

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

SEDE RODRIGO FACIO

FACULTAD DE DERECHO

LA BUENA FE CONTRACTUAL: DE LA TUTELA JURÍDICA

A FAVOR DEL VALOR DE LA CONFIANZA



MARIO ANDRÉS RAMOS SALAS

B05157

SAN JOSÉ, COSTA RICA

24 DE NOVIEMBRE, 2021

22 de noviembre de 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado profesor Salas:

En mi calidad de Director del Trabajo Final de Graduación (TFG), titulado “*La buena fe contractual: de la tutela jurídica a favor del valor de la confianza*”, elaborado por el estudiante Mario Andrés Ramos Salas, carné B05157, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, inciso b) del Reglamento General de los Trabajos Finales de Graduación en Grado de la Universidad de Costa Rica, doy mi aprobación al documento final de tesis, por cumplir con los requisitos de forma y fondo exigidos por la reglamentación universitaria y para que pueda procederse con la Defensa Pública correspondiente.

Atentamente:

MIGUEL
ROMAN
DIAZ
(FIRMA)

Firmado digitalmente por MIGUEL ROMAN DIAZ (FIRMA)
Fecha: 2021.11.22[®] 21:11:19 -06'00'

Dr. Miguel Román Díaz

Director – TFG

22 de noviembre de 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación

Estimado señor

En mi condición de lector del Trabajo Final de Graduación del estudiante Mario Andrés Ramos Salas, carné B05157, titulado "*La buena fe contractual: de la tutela jurídica al valor de la confianza*", doy mi aprobación al documento final. Lo razón por cumplir con los requisitos de forma y fondo exigidos por la normativa universitaria. En consecuencia, puede procederse a la defensa pública.

Atentamente.



Francis Mora Ballesterero
Profesor

23 de noviembre de 2021

**DR. RICARDO SALAS PORRAS
ÁREA DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Estimado señor Director:

En mi calidad de lector del Trabajo Final de Graduación (TFG), titulado **“LA BUENA FE CONTRACTUAL: DE LA TUTELA JURÍDICA A FAVOR DEL VALOR DE LA CONFIANZA”**, elaborado por el estudiante **MARIO ANDRÉS RAMOS SALAS**, carné B05157, doy mi aprobación al documento final de tesis, por cumplir con los requisitos de forma y fondo exigidos por la reglamentación universitaria y para que pueda procederse con la Defensa Pública correspondiente. Atentamente.

OSCAR MIGUEL ROJAS HERRERA
DR. OSCAR MIGUEL ROJAS HERRERA
(FIRMA)

Firmado digitalmente
por OSCAR MIGUEL
ROJAS HERRERA (FIRMA)
Fecha: 2021.11.24
16:17:05 -06'00'

San José, Costa Rica, 23 de noviembre de 2021

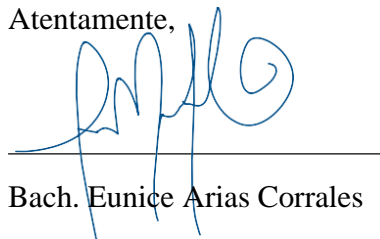
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Me pongo en contacto con ustedes para hacer constar que yo, Eunice Arias Corrales, número de identificación 207270426, bachiller en Filología Clásica, egresada de la Universidad de Costa Rica, número de carné 86928 del Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes, efectué la revisión filológica del trabajo titulado *La buena fe contractual: de la tutela jurídica a favor del valor de la confianza* realizado por Mario Andrés Ramos Salas, número de identificación 1-1492-0583, como Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

Como parte de esta revisión contemplé la corrección de ortografía, estilo, coherencia y cohesión, así como la intención comunicativa, según la norma culta de la lengua española y los principios del lenguaje académico. Asimismo, respeté el estilo personal del autor y el lenguaje técnico del área de conocimiento específica a lo largo del texto.

Atentamente,



Bach. Eunice Arias Corrales
Filóloga

Do what thou wilt shall be the whole of the Law.

A. CROWLEY

That is the real law of life: mutual protection.

P.K. DICK

De trampas se hizo la ley.

G. CERATI

A mi madre, por enseñarme a confiar.

A mi padre, por mostrarme el camino.

AGRADECIMIENTOS

La realización del presente trabajo final de graduación no hubiese sido posible sin la colaboración, asesoramiento y guía que me ha brindado el Dr. Minor E. Salas quien, sin importar los contratiempos y reveses acaecidos a lo largo del camino, me ha acompañado en este recorrido desde el momento inicial en que acudí a él con la semilla de una idea que hoy, finalmente, da sus frutos y de quien, ante todo, me enorgullezco de llamar mi amigo.

Igualmente deseo agradecerle al Dr. Miguel Román Díaz por su comprensiva disposición al asumir el rol de director de este trabajo y por su apertura e interés frente a los planteamientos aquí plasmados. Asimismo, externo mi gratitud a los profesores Oscar Rojas Herrera y Francis Mora Ballesteros, de quienes fui alumno, que amablemente han sido los lectores que, junto al profesor Román, supervisaron el avance de la investigación.

En cuanto al proceso de tramitación del proyecto, en los diversos ciclos de desarrollo doy gracias por contar con la asesoría de don Luis Roberto Campos Vargas —colaborador del Área de Investigación— y por los aportes que me brindó el Dr. Ricardo Salas Porras —director del Área— quien me ayudó a clarificar el problema central de investigación.

Quisiera, también, aprovechar este espacio para reconocer el impecable trabajo de Eunice Arias Corrales y de Jimena Crespo Trejos quienes se encargaron de la revisión filológica y que, con su atención a los aspectos formales del texto, realzaron la calidad del producto final que aquí se presenta.

Por último, concluyo con un reconocimiento especial a mi familia: a Analizh Salas, mi madre, a Jimmy Ramos, mi padre, a Patricia Hernández, mi abuela, y a mis hermanas Karina y Arianna, quienes, junto a mi círculo íntimo de amistades, me brindaron su soporte y me infundieron de fuerzas cuando las mías flaquearon.

A todas y a todos, gracias totales.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
TÍTULO I. DE LAS «VICISITUDES» DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.- UNA RELECTURA A LUZ DEL VALOR JURÍDICO DE LA CONFIANZA	5
CAPÍTULO I. LA CONFIANZA COMO NÚCLEO AXIOLÓGICO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL	9
<i>Sección I. La plataforma conceptual: las «categorías de análisis» de David Graeber y de Geoffrey Hosking</i>	<i>12</i>
A. <i>Debt</i> : una historia alternativa de la economía.....	14
1. De las bases morales de las relaciones económicas	17
a. El principio moral de comunismo	19
b. El principio moral de intercambio.....	21
c. El principio moral de jerarquía	22
B. <i>Trust</i> : la confianza desde una perspectiva histórica	24
1. De las categorías analíticas para el estudio de la confianza	26
a. El concepto de confianza y su campo semántico.....	27
b. Las modalidades de la confianza.....	29
c. Las estructuras, las redes y el radio de confianza	30
d. La confianza en el digno-de-confianza	31
<i>Sección II. El origen romano de la buena fe contractual: una mirada crítica.....</i>	<i>32</i>
A. Los beneficios de situar al derecho romano como punto de partida investigativo	34
1. De la precisa delimitación de las investigaciones histórico-jurídicas	35
2. De la especificidad de datos jurídicamente relevantes	36
B. Los inconvenientes de situar al derecho romano como punto de partida investigativo.....	38
1. De la pregunta axiológica: el valor antecede a su manifestación legal	39
2. De la visión complaciente de la historia: el obscurecimiento de los determinantes socioeconómicos	40
3. Del ensimismamiento del derecho: la ignorancia de hallazgos provenientes de otras disciplinas	44
<i>Sección III. A la búsqueda de un valor: un análisis del contexto de emergencia de la buena fe contractual</i>	<i>46</i>
A. La situación del endeudamiento en la sociedad romana.....	48
1. Del conflicto de los órdenes	49
2. De las condiciones de los deudores.....	52
B. La monetización de la economía romana	56
C. <i>Fides</i> , <i>bona fides</i> y <i>contractus bonae fidei</i> a la luz del valor jurídico de la confianza	62
1. De la <i>fides</i> hacia la <i>bona fides</i>	63
a. El valor potestativo y el valor promisorio de la <i>fides</i>	64
b. La <i>fides</i> como crédito socio-jurídico y la <i>bona fides</i> como garantía tutelar	67
c. Del procedimiento del <i>legis actiones</i> al procedimiento formulario.....	71
2. De la <i>bona fides</i> hacia los <i>contractus bonae fidei</i>	74
CAPÍTULO II. LA RELECTURA HISTÓRICA DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.....	77
<i>Sección I. Periodo medieval.....</i>	<i>78</i>
<i>Sección II. Periodo moderno.....</i>	<i>84</i>
<i>Sección III. Periodo de codificaciones.....</i>	<i>88</i>
<i>Sección IV. Periodo contemporáneo.....</i>	<i>94</i>
<i>Sección V. Síntesis de los principales desarrollos teóricos de la buena fe contractual</i>	<i>98</i>
TÍTULO II. DE LA «DIMENSIÓN AXIOLÓGICA» DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.- UNA CRÍTICA REALISTA DE MITOS DOGMÁTICOS.....	106
CAPÍTULO I. LA DOCTRINA TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL.....	110
<i>Sección I. La plataforma conceptual: las «categorías de análisis» de Enrique P. Haba</i>	<i>113</i>
A. <i>Axiología jurídica fundamental</i> : el estudio de los valores jurídicos.....	114
1. De los juicios valorativos y los juicios meta-valorativos.....	116
2. Del cognitivismo axiológico y el no-cognitivismo axiológico.....	117
3. De las antinomias valorativas	119
4. De los conceptos jurídicos indeterminados y las fórmulas vacías	121
5. Del valor como «importancia de la acción»: [I] enfoque complementario	124
6. Del valor como «hecho»: [II] enfoque complementario	127
B. <i>Los principios generales</i> : en el discurso de los juristas.....	129

1. De las dos corrientes principales en el estudio de los principios generales del derecho	131
2. De los seis grupos de sentido propuestos por Enrique P. Haba	134
3. De las seis posibles vías de obtención propuestas por Enrique P. Haba	135
4. De la fijación del contenido de los principios generales del derecho	137
5. De la relatividad de los principios generales del derecho	138
<i>Sección II. El principio de buena fe contractual en el pensamiento doctrinario</i>	139
A. La buena fe contractual a la luz de la teoría de los principios generales	141
1. De los diversos grupos de sentido que soporta el principio de buena fe	141
2. De las posibles vías de obtención del principio general de buena fe	145
3. De los medios de fijación de contenido del principio general de buena fe	147
B. Las tres vertientes del principio general de buena fe.....	150
1. Del principio general de buena fe	151
2. Del principio general de buena fe en relación con un sector del ordenamiento.....	157
3. Del principio general superior de buena fe.....	160
C. Las dos aristas conceptuales del principio de buena fe	163
1. De la buena fe como estándar de comportamiento.....	163
2. De la buena fe como estándar jurídico	165
D. Las distinciones analíticas del principio de buena fe	167
1. De la buena fe subjetiva.....	167
2. De la buena fe objetiva	169
CAPÍTULO II. LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DEL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL	172
<i>Sección I. La plataforma conceptual: las «categorías de análisis» de Minor E. Salas</i>	173
A. <i>Sin los mitos, somos nada</i> : precisiones terminológicas del concepto «mito»	175
B. <i>Contra la espada y la pared</i> : el realismo jurídico frente al «mito básico del derecho»	177
C. <i>Sistemática jurídica</i> : la pretensión científica de la disciplina jurídica.....	181
<i>Sección II. La dimensión axiológica de la buena fe contractual: diferentes modos de manifestación del valor jurídico de la confianza</i>	184
A. La dimensión axiológica de la buena fe contractual (o de la confianza «al interior del derecho»)	186
1. Del interrogante básico: ¿qué significa confiar en otros?	189
2. De los elementos constitutivos: la «creencia», la «confianza» y la «acción».....	192
a. Elemento base [I]: la «creencia»	193
b. Elemento base [II]: la «confianza».....	196
c. Elemento base [III]: la «acción»	203
3. De la plataforma base: interrelación de elementos constitutivos.....	207
4. Del rol garante de la confianza de la buena fe contractual.....	210
B. El sistema simbólico de la ley (o la confianza «depositada en el derecho»)	218
1. Del derecho en su acepción de «sistema simbólico».....	219
2. De la interrelación derecho-confianza a la luz del «mito básico del derecho»	222
C. La buena fe contractual <i>bajo la mira</i> : una reflexión desde la óptica del «realismo crítico»	233
1. De la —falsa— pretensión de sistematicidad del derecho y de su legitimidad cognitiva	235
a. La legitimidad científica —¿o pecuniaria?— de la disciplina jurídica	235
b. El vínculo de retroalimentación simbiótica entre «sistema» y «principios generales»	239
2. De la discrecionalidad judicial en relación con el principio general de buena fe contractual.....	242
a. Las tres principales concepciones de la discrecionalidad judicial.....	244
b. El caso de la buena fe dado su estatuto de concepto jurídico indeterminado	248
3. De la <i>cacería de mitos</i> que gravitan en torno al principio de buena fe contractual.....	258
a. Mito de la (in)definibilidad inherente	259
b. Mito de la determinación de caracteres esenciales	262
c. Mito de la fundamentación iusnaturalista	265
d. Mito de la jerarquía suprema y absoluta	266
e. Mito de la convivencia armónica	275
CONCLUSIONES	281
BIBLIOGRAFÍA	291

RESUMEN

El presente Trabajo Final de Graduación tiene por objeto de estudio la figura jurídica de la buena fe contractual, un instituto de origen romano que hoy día ocupa un lugar privilegiado al interior de los sistemas jurídicos de tradición romanista, ello por cuanto la mayoría de tales ordenamientos reconocen su estatuto de principio general del derecho.

Por motivos de su prolongada presencia histórica y debido a la importancia que se le confiere a la buena fe en la esfera contractual, son cuantiosos los trabajos dedicados a estudiar tanto aspectos histórico-jurídico como teórico-conceptuales acerca de este objeto.

Así pues, en el marco de tales estudios es común que los juristas emitan toda clase de *proposiciones categóricas* sobre la buena fe contractual —esto es: afirmaciones que, en apariencia, se formulan como postulados definitivos e irreductibles del principio.

A manera de ilustración, hay quien afirma que la buena fe es un principio general que atraviesa transversalmente todo el entramado del derecho; otros, por su parte, sostienen que se trata de un principio rector tanto en derecho público como privado; y algunos incluso afirman que la buena fe se configura como principio de jerarquía superior y absoluta.

Ahora bien, a pesar de la aparente contundencia de tales proposiciones, es realmente poco lo que ellas aportan a la hora de clarificar un núcleo conceptual básico que le sea propio a la buena fe contractual. Esta situación acaece, según se argumenta, debido a que en el discurso de los juristas la buena fe es empleada como una *categoría jurídica vacía*.

En consecuencia, el objetivo central que en estas páginas se persigue es realizar una labor de dotación de contenido y, para ello, se propone perfilar un estudio axiológico de la buena fe que se pregunte por el valor jurídico que dicho principio pretende realizar.

A raíz del examen efectuado, en esta investigación se avanza la tesis según la cual el valor de la confianza se configura como el núcleo axiológico del principio de buena fe.

La interrelación entre confianza y buena fe se muestra de forma patente desde las más tempranas etapas de su desarrollo en el marco del sistema jurídico romano y, con el paso del tiempo, tal ligamen se fortalece conforme el instituto evoluciona conceptualmente.

Con independencia del momento histórico del que se trate, la buena fe se caracteriza por operar como el estándar de comportamiento al que se ha de adecuar la conducta de los contratantes en el contexto de un negocio jurídico y, en tal escenario, la confianza es central.

El valor jurídico de la confianza no figura entre aquellos valores tradicionales que examina la axiología jurídica y, sin embargo, es un valor sin cuya presencia sería impensable asegurar el buen funcionamiento del tráfico jurídico. En el marco de un negocio jurídico es esperable que confiemos en nuestra contraparte pero, simultáneamente, depositamos nuestra confianza en toda la maquinaria de la producción jurídica —querámoslo, o no.

Confiamos en el recto proceder de los operadores jurídicos, en las normativas que rigen nuestras relaciones, así como confiamos en los jueces encargados de aplicarlas.

La buena fe, en tanto que cimiento de las relaciones negociales, a lo largo del tiempo ha desarrollado una labor de salvaguarda a favor de la confianza en materia contractual que en estas páginas se explora en su aspecto histórico y en su aspecto teórico.

Una relectura de la historia jurídica del principio de buena fe contractual muestra como esta figura constantemente desempeña una labor tutelar que protege la confianza que los contratantes depositan unos en otros, a la vez que establece mecanismos para sancionar a aquellos contratantes que se valen del dolo o del engaño en sus negocios.

Más aún, al establecer a la confianza como núcleo axiológico del principio de buena fe contractual resulta factible preguntarse por las relaciones de complementación o de abierta oposición que guarda ella con otras pautas jurídicas. De tal modo, se repasan las categorías propias que la doctrina ha sentado acerca de la buena fe, el estatuto del que goza como principio general y se ahonda en la pregunta por la relación entre derecho y confianza.

El cometido último de este trabajo, por tanto, es ofrecer una indagación exploratoria que tiene por base centrar la atención en la pregunta por el valor jurídico tutelado por el principio de buena fe contractual y, en adelante, se pretende evidenciar los beneficios que reporta este proceder, recurriendo a las herramientas que aporta la filosofía del derecho.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Ramos Salas, Mario Andrés. (2021). *La buena fe contractual: de la tutela jurídica a favor del valor de la confianza*. Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José.

Director: Dr. Miguel Román Díaz

PALABRAS CLAVE: Buena fe contractual | Confianza | Axiología jurídica
| Principios generales del derecho | Realismo jurídico

INTRODUCCIÓN

Desde el momento inicial en el cual —por azar o destino— mostré interés por el tema de la buena fe y la finalización de la presente investigación han transcurrido seis años.

Por aquel entonces, durante mi penúltimo año de carrera, cursaba la asignatura de Derecho Agrario, curso impartido por el Prof. Álvaro Meza Lazarus. Entre las evaluaciones del curso, se me asignó realizar una exposición acerca de la buena fe posesoria. Para mi sorpresa, al revisar la bibliografía sobre la materia, encontré una fuente cuyo estilo de escritura y de expresión me resultaba sumamente familiar, cercano, conocido.

Sin yo saberlo, el Prof. Meza Lazarus, casualmente, fue el director de la tesis de licenciatura titulada *La Buena y la Mala Fe Posesoria y sus Efectos Jurídicos* escrita por mi padre, Jimmy Enrique Ramos Corea, en 1986. Jamás hubiese anticipado que, cerca de treinta años después de redactada esa investigación, un día de tantos entraría a la oficina de mi papá a comentarle esta coincidencia. Le pregunté entonces si todavía guardaba copia de su tesis y así era; me dirigí a su biblioteca y allí estaba el tomo rojo que, a la fecha, me acompaña.

De la lectura de ese tomo rojo se formaron en mí dos fuertes impresiones que, años más tarde, serían decisivas al proponerme abordar el mismo objeto de estudio.

La primera impresión fue que la *bona fides* en el marco de la experiencia jurídica romana abarca, a su vez, a la materia posesoria y a la materia contractual. Tal impresión constituyó el elemento de juicio inicial en el proceso de delimitación del presente trabajo. Visualicé a la buena fe como una *moneda con dos caras*: una cara —la posesoria— la estudió mi padre; el reverso de la moneda —la contractual— lo estudiaré yo, me dije por entonces.

La segunda impresión fue que la *bona fidei possessio* habilita que acontezca un fenómeno que, según mi juicio, es en grado sumo desconcertante; máxime si se repara en el hecho de que la noción de propiedad privada ya se encuentra firmemente enraizada en los tiempos romanos. Sin entrar en mayor detalle, lo crucial es que la buena fe, bajo determinados supuestos, posibilita que al poseedor de buena fe se le adjudique aquel bien inmueble sobre el cual ha ejercido posesión efectiva durante un lapso prestablecido legalmente.

Más allá de los tecnicismos y de los requisitos necesarios que se deben cumplir para que esta situación jurídica se concrete, en mi fuero interno surgió la intuición de que la figura de buena fe constituye un mecanismo jurídico que genera un *estado de excepción* respecto a

instituciones tradicionales del derecho que, por regla general, no admiten excepción; en el caso puntual de la posesión, respecto a las reglas que rigen la propiedad privada.

«¿Acaso sucederá lo mismo con la otra cara de la moneda?». Esa fue la pregunta que, fruto de mi intuición, formulé en ese momento, antes de dar comienzo a mi averiguación. Una vez confeccionado el anteproyecto del trabajo, luego de una vasta revisión bibliográfica, confirmé mi sospecha inicial: la buena fe, en el ámbito contractual, también entraña un estado de excepción, esta vez respecto a la propia institución del contrato.

A título ilustrativo, tal circunstancia queda en evidencia con tan solo reparar en el hecho según el cual, por influencia de esta figura, es factible que el juez reconozca la presencia de obligaciones implícitas originalmente no pactadas por las partes, lo cual —en apariencia— contradice presupuestos básicos del principio de la autonomía de la voluntad.

Al notar esta contradicción aparente, recordé mis clases de Filosofía del Derecho y me interrogué si la relación entre ese principio y el principio de buena fe calificaba como una *relación antinómica*. Sin embargo, en ese momento no me fue factible arribar a una respuesta por un simple motivo: desconocía cuáles eran los *valores* en pugna en dicha relación.

Por los motivos comentados, opté por perfilar la presente investigación desde el enfoque de la axiología jurídica que, a la manera de un lente magnificador, me permitiese estudiar una figura propia de la materia contractual: la buena fe. Esto con la intención de contar con los medios para determinar cuál valor pretende realizar tal figura jurídica.

El problema de la fijación del valor jurídico tutelado por la buena fe contractual es tema recurrente a lo largo de este estudio; empero, dicho asunto es nomás que un síntoma de la problemática neurálgica a la que, realmente, se hace frente en estas páginas.

Tal problemática neurálgica —para cuya precisión conté con la ayuda del Prof. Ricardo Salas— se sintetiza en que la buena fe contractual es un concepto jurídico vacío.

Consecuentemente, el objetivo central de esta investigación es realizar una labor de dotación de contenido conceptual, ello a partir de la averiguación de lo que, en este contexto, denomino como el «núcleo axiológico» del principio de la buena fe contractual.

Por la categoría de núcleo axiológico entiendo cuál sea el valor jurídico cuya realización interesa al principio y que, según se mostrará, apunta hacia la fijación del valor de la confianza; tal fijación, a su vez, habilita hablar de una «dimensión axiológica» del principio de buena fe, categoría con la cual se pretende establecer un puente de comunicación entre la

confianza, la buena fe y el fenómeno legal, y cómo ellos se interrelacionan. En la formulación de estas dos categorías se encuentra la hipótesis por la cual se apuesta en el marco del desarrollo por efectuar.

En cuanto a su estructura argumentativa, la presente investigación consta de dos títulos: un título histórico y un título teórico; cada título consta de dos capítulos.

En lo que concierne a los objetivos específicos a los cuales apunta este estudio, cada capítulo se corresponde con un objetivo por concretar; por ende, dos objetivos son de orden histórico y dos objetivos son de orden teórico, según la estructura que se indica.

En el primer capítulo histórico se muestra la idoneidad de fijar al valor jurídico de la confianza como núcleo axiológico del instituto de la buena fe contractual, esto a partir de un análisis histórico de los primeros estadios de evolución conceptual del instituto. Después, en el segundo capítulo histórico se narra una relectura del devenir histórico que atravesó el instituto en los diversos periodos de su evolución posterior a su génesis romana, estos son: el periodo medieval, el periodo moderno, el periodo de codificaciones y el periodo contemporáneo; para, finalmente, ofrecer una síntesis de sus principales desarrollos.

En el primer capítulo teórico se examina críticamente la teoría dogmática tradicional acerca del principio general de buena fe, contrastándola con las precisiones terminológicas y conceptuales que aporta la teoría de los principios generales del derecho. Luego, en el segundo capítulo teórico, se formula la denominada «dimensión axiológica» del principio de buena fe, para lo cual se interrelaciona la confianza con otros elementos base con tal de esclarecer las diversas manifestaciones de este valor en el plano legal.

Para la concreción de estos objetivos específicos, la metodología por aplicar es de corte histórico en los primeros dos objetivos y de corte analítico en los dos últimos objetivos. Asimismo, en el cuerpo del trabajo —en su momento oportuno— se explicitarán ciertos posicionamientos y lineamientos a seguir en la elaboración del examen y, ante todo, se opta por encuadrar el estudio de acuerdo con la postura del «realismo crítico».

Por último, una vez especificados los aspectos formales de la investigación, quisiera formularle una invitación a quienquiera tenga la bondad de leer este estudio: por necesidad, esta tesis se inscribe en el dominio del derecho; empero, en lo fundamental, es una reflexión acerca de aquello que estimamos valioso, tanto en el ámbito individual como colectivo.

La buena fe contractual no se reduce meramente a un instituto jurídico antiguo ni a un principio general del derecho, entre tantos otros. Por el contrario, la buena fe se vincula, estrecha y primordialmente, a una *praxis* —a una «forma de vida»—: a una *actitud* y a una *disposición* que asumimos ‘con’ y ‘frente a’ nuestros pares al entablar relaciones. Ella no se extingue con los mandatos que dicten los tribunales de justicia, tampoco la petrifican las decisiones de los jueces al decidir aplicarla y menos aún se agota con los pronunciamientos que sobre ella emitan los juristas con su dogmática, con su añeja doctrina. Al hablar de «buena fe» hablamos de comportamientos humanos y, en especial, de aquellas conductas a las que nos entregamos, cotidianamente, los seres de carne y hueso al decidir vincularnos los unos con los otros al negociar y, por encima de todo, al convivir.

La génesis de este instituto no es fruto de abstracciones ni de ensoñaciones noctámbulas de los pretores, sino de una atenta y cuidadosa lectura de la realidad jurídica. He allí, en operación, el inmemorial ingenio de la cultura legal romanista: por un lado, su lucidez para reconocer los hitos y las fluctuaciones que, con el paso del tiempo, modifican el fenómeno jurídico; y, por otro lado, su capacidad para tomar acción de forma decisiva con tal de adecuar su derecho a tales cambios. Prueba de dicho ingenio es que hoy día —milenios después— aún sea relevante una figura cuyo origen se remonta a los tiempos de la República.

Es una perogrullada afirmar que, durante ese lapso, desde dicho momento genético hasta arribar a la actualidad, son incontables las transformaciones atravesadas por la buena fe y por los ordenamientos jurídicos que en su seno la reconocen. Sin embargo, a pesar de la obviedad de tal aserción, el hecho de que la buena fe perviva requiere explicación y en estas páginas se exploran posibles avenidas de respuesta con tal de dilucidar ese enigma.

La clave para despejar tal incógnita, según se argumentará, radica en concentrar la atención en el núcleo común de significado que la buena fe contractual, invariablemente, ha sido capaz de preservar con su persistente presencia en la escena jurídica. La protección que ella incorpora a favor del valor jurídico de la confianza, sin importar el periodo histórico en que se encuentre inmersa, constituye el hilo conductor que la liga al presente.

La buena fe y la confianza se encuentran entretejidas indisociablemente y lo que su interrelación nos muestra es que, en última instancia, son nuestros actos —cómo decidimos comportarnos— los elementos que dotan de contenido al principio.

TÍTULO I. DE LAS «VICISITUDES» DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.- UNA RELECTURA A LUZ DEL VALOR JURÍDICO DE LA CONFIANZA

La buena fe contractual es un instituto de larga data en el marco de los sistemas jurídicos occidentales. En cuanto a su contexto de origen, este se sitúa en el seno del sistema jurídico romano, aproximadamente entre los siglos III y II a.C.¹, por lo cual se inscribe en el periodo histórico de la República romana y en la etapa de desarrollo jurídico denominada derecho romano preclásico². Desde su concepción hasta la actualidad, en la que la buena fe contractual goza del estatuto de principio general del derecho así como del reconocimiento expreso en innumerables legislaciones internas, ha transcurrido un lapso mayor a los dos milenios. Hoy día su vigencia es incontrovertible, lo cual permite deducir dos atributos centrales de su evolución conceptual: una extraordinaria resiliencia y una vasta adaptabilidad.

Desde el punto de vista de la Historia de las ideas, el caso de la buena fe contractual resulta paradigmático en virtud de su prolongada presencia histórica. Por este motivo, es pertinente preguntarse cómo este instituto preservó tan amplia esfera de influencia hasta arribar al presente, eludiendo el olvido siglo tras siglo.

Quizás más importante todavía sea la pregunta respecto a las vicisitudes, al decir de Javier Humberto Facco, que atravesó la buena fe en su milenario recorrido al interior de escenarios sociopolíticos en extremo disímiles entre sí. ¿Cómo este concepto fue capaz de mutar para amoldarse a los cambiantes entornos en los que fue empleado, cumpliendo con tan variada gama de funciones según las exigencias de cada momento? Gran cantidad de juristas han ensayado respuestas a estos y tantos otros interrogantes análogos, avanzando la comprensión del instituto y detallando con esmero las distintas transformaciones de este.

Estudiar la buena fe contractual desde una perspectiva histórica resulta imprescindible debido a su extensa vigencia —sea de modo latente o manifiesta— en virtualmente todos los estadios significativos del desarrollo del quehacer jurídico, a lo largo del tiempo.

Desde sus antecedentes arcaicos bajo la forma de la *fides* que, luego, dará paso a la primera manifestación del instituto con la creación de las acciones reputadas *bonae fidei iudicia*, aparejadas al procedimiento formulario, hasta desembocar, por último, en los *bonae*

¹ Josef Schermaier, “Bona fides in Roman contract law” en *Good faith in European contract law*, eds. Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 71–72.

² Javier Humberto Facco, *Vicisitudes de la buena fe contractual: Reflexiones histórico-comparativas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 52.

fidei contractus propios de la *cognitio extra ordinem*, la buena fe avanza de la mano de la experiencia legal romana y se configura como pieza clave de dicho sistema jurídico.

Tras el redescubrimiento del sistema jurídico romano en el medioevo, la *bona fides* resurge al fusionarse con la noción de la *aequitas naturalis* para ser empleada en el marco del *Ius gentium* medieval. De allí al periodo moderno, los desarrollos medievales sobre el instituto son retomados por la corriente de pensamiento jurídico de la escuela de derecho natural y, en adelante, goza de renovada vitalidad al establecer un ligamen crucial con la categoría de contrato al servirle a ella de fundamento conceptual.

Con el tránsito del periodo moderno hacia el periodo de codificaciones, a pesar de ocasionales reveses y desprestigios por otras corrientes, la buena fe consigue consagrarse en las primeras codificaciones europeas de derecho civil. Subsecuentemente, gracias al impulso brindado por el proceso de codificación, el instituto experimenta una gran difusión que le permite afianzarse como noción central en la articulación de los sistemas de enjuiciamiento civil de corte romanista en multitud de latitudes en todo el orbe.

Todo este largo recorrido conduce hasta el escenario contemporáneo en el cual la buena fe, inserta en cuantiosos ordenamientos jurídicos que reconocen su estatuto de principio general del derecho, funge de eje cardinal en las recientes discusiones en el marco de los proyectos de armonización del derecho de las obligaciones y de los contratos.

Por fortuna, esta somera recapitulación del distendido camino atravesado por la buena fe contractual puede reconstruirse de manera rigurosa y pormenorizada, gracias al avanzado estadio de las investigaciones histórico-jurídicas al respecto. Ahora, si bien la reconstrucción histórica del instituto no es perentoria, esta goza del mérito de articularse mediante una meticulosa labor investigativa, debidamente sustentada en la evidencia y fuentes disponibles y, asimismo, cuenta con alto grado de consenso entre los especialistas en la materia.

En suma, dado el estado de cosas que ha sido descrito, puede hablarse hoy día de una historia canónica de la buena fe contractual, tal cual se le denominará en el contexto de la presente investigación para los efectos aquí perseguidos.

Sin embargo, gracias a los frutos de tales esfuerzos, es posible vislumbrar una nueva vía de interrogación que inquiete acerca de cuál es la valía que el instituto reporta para el discurso jurídico y debido a cuáles razones —aún hoy— continúa siendo imprescindible. Consecuentemente, para desentrañar cuál es el valor que ostenta la buena fe contractual es

preciso indagar cuál es el valor jurídico que tutela este instituto. Esta es la tarea a la cual se encomienda el presente título con el objetivo puntual de mostrar que la buena fe contractual es un mecanismo de tutela del valor jurídico de la confianza, tarea que se efectúa mediante una relectura de su historia canónica.

Para concretar dicho objetivo, el presente título se estructura en dos capítulos. Un primer capítulo argumenta a favor de la idoneidad de establecer el valor jurídico de la confianza como núcleo axiológico de la buena fe contractual, desde una perspectiva histórica y de los insumos que ella aporta; dicho capítulo consta de tres secciones.

En una primera sección se presenta una plataforma conceptual indispensable para perfilar el abordaje histórico del valor jurídico de la confianza, así como para desentrañar los determinantes socioeconómicos que influyen en la emergencia y posterior desarrollo de la buena fe contractual: se defiende la tesis según la cual es preciso recurrir a insumos de carácter extrajurídico para fijar el núcleo axiológico del instituto, por lo cual se recurre a categorías de análisis ajenas a la disciplina jurídica con tal de ejecutar dicha labor.

En una segunda sección, se lanza una mirada crítica a la decisión metodológica de situar al derecho romano como el invariable punto de partida investigativo de la historia jurídica de la buena fe contractual: se sopesan, entonces, los beneficios y los inconvenientes que reporta tal proceder en relación con el enfoque axiológico por el cual se aboga en esta investigación, con lo cual se fundamenta la necesidad de franquear los límites tradicionales impuestos por las investigaciones histórico-jurídicas del instituto.

En una tercera sección, por último, se emplean las categorías de análisis descritas para analizar el contexto de emergencia de la buena fe contractual: se arguye que el núcleo axiológico de la buena fe contractual viene dado por su labor de tutela a favor del valor jurídico de la confianza, en atención a los determinantes socioeconómicos que condicionan su surgimiento y al tránsito del instituto de la *fides* hacia su cristalización jurídica bajo la modalidad de la *bona fides* que deviene, por último, en los *contractus bonae fidei*.

Un segundo capítulo brinda un recuento de los diversos periodos históricos que atraviesa la buena fe contractual, con posterioridad a su génesis romana, y de los principales desarrollos conceptuales que se constatan en cada uno de ellos.

Este recuento se articula según dos rangos de visibilidad a la hora de estudiar la evolución histórica del instituto. El primer rango de visibilidad plantea una visión

microscópica que concentra la atención en la historia canónica del instituto en cada uno de los periodos de su desarrollo, desde una perspectiva exclusivamente jurídica. El segundo rango de visibilidad, por su parte, plantea una visión macroscópica con la que se busca ampliar el horizonte de la investigación histórica para considerar, a manera de síntesis, la labor de tutela que despliega el instituto a favor del valor jurídico de la confianza a lo largo de los periodos históricos previamente comentados; dicho capítulo consta de cinco secciones.

En una primera sección se aborda la transición de la *bona fides* romana hacia el periodo medieval en el cual el instituto experimenta una fusión con la noción de la *aequitas naturalis* propia del derecho canónico, periodo en el que sobresalen los desarrollos teóricos de Baldo de Ubaldis y la recuperación del instituto por parte de la escolástica tardía.

En una segunda sección se pasa revista al periodo moderno caracterizado por el auge de la corriente de pensamiento del iusnaturalismo racionalista, que será terreno fértil para el desarrollo conceptual de la buena fe; de la mano de pensadores tales como Grocio, Pufendorf, Pothier y —en especial— de Domat, el instituto se configura como pieza clave en materia contractual y estos aportes constituyen el trasfondo de su posterior consagración positiva.

En una tercera sección se considera el periodo de codificaciones, esto es cuando a la buena fe contractual se le reconoce expresamente en los dos modelos paradigmáticos del movimiento codificador, en el ámbito europeo: el *Code civil* francés de 1804 y el BGB alemán vigente desde 1900; empero, a pesar de su inclusión en la órbita del derecho positivo, el instituto experimenta una reducción de su capacidad operativa producto de la influencia de las escuelas de la exégesis y de la pandectística imperantes en este momento.

En una cuarta sección se arriba al periodo contemporáneo que supone una paulatina revalorización de la buena fe contractual, una vez que el esquema codificador comienza a mostrar sus falencias y que, a la postre, conduce a que el instituto juegue un rol cardinal en los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado y de las obligaciones.

En una quinta sección, por último, se recapitulan los principales desarrollos teóricos que informan la evolución histórica del instituto y a estos se los examina a partir de las categorías de análisis empleadas para el estudio del valor de la confianza con el propósito de evaluar la labor de tutela desempeñada por la buena fe en pos del valor en cuestión.

CAPÍTULO I. LA CONFIANZA COMO NÚCLEO AXIOLÓGICO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

Todo dominio de conocimiento humano, para merecer tal estatuto, concentra su atención sobre determinada parcela de la realidad; dentro de la infinita gama de fenómenos se seleccionan aquellos que sean significativos para el observador, según criterios de interés fijados con antelación. La realidad, esa totalidad inabarcable, se secciona tal cual se tratase de un terreno que se delimita con mojones para facilitar su comprensión. Cada disciplina, en su expresión mínima, cuenta con su propio perímetro delimitado y, consecuentemente, cuenta con sus propias herramientas para trabajar dentro de dicho dominio: el perímetro posibilita la formulación de interrogantes con respecto al fenómeno que se pretende conocer, mientras que las herramientas permiten perfilar posibles vías para la obtención de respuestas.

Al decir del iusfilósofo Minor E. Salas, mediante esta dinámica de formulación de interrogantes y ensayo de respuestas, ultimadamente: «Se aspira a encontrar una *verdad* que, si bien es cierto nunca es concluyente y definitiva, siempre está allí, como un horizonte de proyección al cual hay que acercarse, paulatinamente, a través de los tiempos»³.

En lo que atañe a la disciplina jurídica, en el ámbito específico de sus investigaciones históricas, el perímetro primordial que funge como punto de partida y, vale acotar, a partir del cual se articula la propia concepción de *qué es el derecho*, está conformado por el sistema jurídico romano. El influjo del derecho romano permea palmariamente las instituciones jurídicas contemporáneas; empero, lo que resulta todavía más significativo es que por su influjo se define, en gran medida, la manera en la que se concibe y se aborda el fenómeno de *lo legal* en el marco de los sistemas jurídicos occidentales de corte romanista, en virtud del gran peso de su tradición.

El peso de la tradición romana no es un hecho fortuito. No en vano sentencia Rudolf von Ihering que «Roma conquistó el mundo tres veces: primero con sus ejércitos, segundo con su religión, tercero con su ley. Esta tercera conquista, la más pacífica de todas, es quizás la más incomparable de todas»⁴.

³ Minor E. Salas, “¿Por qué el realismo coloca a los juristas entre la espada y la pared?” en *Jerome Frank irrefutado: El realismo jurídico como desmitificación*, Jerome Frank, Enrique P. Haba y Minor E. Salas (Chile: Ediciones Olejnik, 2020), 102.

⁴ Rudolf von Ihering, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Enrique Príncipe y Satorres (Granada, España: Editorial Comares, 2011).

La buena fe contractual es parte integral de ese legado: esta emerge en un momento de grandes transformaciones para Roma, producto de una vasta expansión territorial y del concomitante auge económico que dicha expansión supuso; más aún, su cristalización como instituto obedece a la protección jurídica que brinda a relaciones negociales que antes no contaban con amparo legal y, asimismo, al rol preponderante que desempeña en la articulación de un nuevo sistema de enjuiciamiento civil capaz de responder a las nuevas exigencias que plantea el creciente tráfico comercial, el cual demanda una mayor agilidad comercial que el antiguo sistema, debido a su excesiva rigidez y formalismo, no podía suplir.

En consecuencia, en lo que concierne a las investigaciones histórico-jurídicas acerca de la buena fe contractual, situar al sistema jurídico como punto de partida es una decisión metodológica evidente que aporta invaluable insumos para su comprensión cabal. A partir de tal proceder, ante todo, es factible rastrear las funciones atribuidas al instituto, así como esclarecer la manera en que este operaba en el plano procedimental, todo lo cual resulta fundamental para dilucidar elementos claves de su contenido y, con base en ellos, dar cuenta de su evolución conceptual de ese punto en adelante.

Para retomar la frase de Salas, se puede decir que si la verdad es un horizonte al cual se aspira, estas investigaciones han dado pasos significativos en pos de su persecución. Sin embargo, una situación paradójica se suscita al reparar en lo siguiente. Por un lado, en el dominio de la investigación histórico-jurídica existe suficiente grado de consenso que habilita hablar de una historia canónica de la buena fe contractual —esto en aquellos puntos de su desarrollo jurídicamente relevantes—; empero, por otro lado, en el dominio de las investigaciones teórico-dogmáticas no existe consenso alguno acerca de cuál sea el contenido conceptual que define y que distingue a este instituto jurídico.

La buena fe contractual es un concepto inherentemente indefinible —sostienen los juristas— o, en su defecto, en caso de que se proporcionara una definición unitaria, el instituto perdería, entonces, su potencial de aplicación respecto a todo negocio jurídico. Así pues, el cuestionamiento que permite enlazar el dominio histórico-jurídico con el dominio teórico-dogmático podría formularse así: ¿cómo es posible que este instituto —cuya historia abarca un lapso mayor a los dos milenios y que, a su vez, ha desempeñado funciones concretas en el ámbito de la praxis jurídica— carezca de contenido conceptual?

Es más, aún en el supuesto de que se aceptara que la buena fe es un concepto inherentemente indefinible, ¿acaso esto no implicaría aceptar, también, que la buena fe ha carecido de contenido conceptual desde su mismísima génesis? Ahora bien, habría que considerar que, si tal fuese el caso, se llegaría a una conclusión algo embarazosa: la buena fe contractual no podría siquiera considerarse un concepto —por definición— y, a pesar de ello, es un concepto central al discurso jurídico. Este concepto es el principio rector de la materia contractual y, como se verá más adelante, juega un papel crucial en la operación que permite que el derecho pueda concebirse como un sistema.

Por esta razón, la problemática neurálgica que se detecta en este trabajo es que la buena fe contractual opera como una *categoría jurídica vacía* en el discurso de los juristas y, en respuesta, el objetivo central que aquí se persigue es, precisamente, efectuar una labor de dotación de contenido conceptual mediante un abordaje axiológico del instituto.

Para llevar esta labor a buen puerto, primeramente, es indispensable zanjar un interrogante principal: ¿cuál es el valor jurídico que tutela la buena fe contractual? O, dicho de otro modo, ¿cuál es su núcleo axiológico?

En el plano teórico-dogmático, a pesar de no mediar consenso explícito entre los juristas acerca del contenido conceptual del instituto, estos extrañamente concuerdan en que dicho contenido es de corte ético-moral. Los juristas, por lo general, al referirse a este punto se limitan a afirmar que dicho contenido está presente en su aplicación práctica —sin explicar cómo o de qué manera— y en los casos excepcionales en los que señalan cuáles elementos lo podrían conformar, nombran virtudes tales como la lealtad, la honestidad o la rectitud. No obstante, no se ocupan de justificar tal elección, de profundizar en ella o de aclarar cómo cualesquiera de estos elementos tendrían alguna significación para su estudio.

Así pues, para no incurrir en una elección arbitraria al fijar la confianza como núcleo axiológico de la buena fe contractual y con tal de sustentar el argumento con suficiente grado de asidero histórico y conceptual, se estima necesario realizar tres tareas.

La primera tarea por realizar consiste en presentar una plataforma conceptual que incluye una serie de categorías de análisis —ajenas a la disciplina jurídica— con las cuales perfilar el interrogante que versa acerca del valor que tutela el instituto. En cuanto a la segunda tarea, con ella se requiere defender la pertinencia de franquear los límites

tradicionales impuestos por las investigaciones histórico-jurídicas sobre el objeto de estudio, lo que conlleva considerar su origen romano desde una perspectiva crítica.

Y, por último, la tercera tarea demanda efectuar un análisis centrado en el contexto de emergencia de la buena fe contractual, con especial atención a su antecedente arcaico bajo la forma de la *fides* y a los fenómenos del endeudamiento y de la monetización en la sociedad romana, que fungen de determinantes socioeconómicos respecto a su génesis.

Sección I. La plataforma conceptual: las «categorías de análisis» de David Graeber y de Geoffrey Hosking

La pregunta axiológica formulada en la presente investigación demanda averiguar cuál es el valor jurídico que tutela la buena fe contractual, cuya fijación daría por resultado el esclarecimiento de su núcleo axiológico.

En este sentido, a la axiología jurídica le compete el estudio de los valores que son de interés para el derecho, aquellos que se hacen valer a partir de dicha disciplina y aquellos que, por ende, le imponen un *deber ser*. Estos valores introducen componentes que, estrictamente, le son ajenos al discurso jurídico por cuanto tales valores fungen como una compuerta que permite el ingreso de elementos característicos de otros saberes distintos al legal como lo son la ética y la moral, razón por la cual se les atribuye un carácter extrajurídico, ya que encuentran su sustento por fuera del discurso en cuestión.

Es por este motivo que, al perfilar la pregunta respecto al valor tutelado por el instituto, se estima idóneo la inclusión de insumos ajenos a la disciplina jurídica que permitan, a la vez, dimensionar la pregunta axiológica en toda su extensión y brindar los fundamentos teóricos necesarios para sustentar la decisión de optar por cierto valor jurídico.

Al inicio de este capítulo se ha empleado una analogía que en este punto conviene retomar. Se ha dicho, entonces, que cada dominio de conocimiento cuenta con su propio perímetro y con sus propias herramientas con las cuales trabajar dentro de tales coordenadas. Ahora bien, en el marco general de las ciencias sociales, los conceptos, entendidos como categorías de análisis para el estudio de determinados aspectos de la realidad social, son instrumentos lingüísticos de primer orden que permiten reducir la complejidad de los fenómenos bajo estudio; estos remiten, necesariamente, al lenguaje empleado en tal o cual

dominio y, en el mejor de los casos, proporcionan criterios de uso y parámetros de aplicación con los cuales referir a determinados objetos, eventos, dinámicas, y demás.

A tenor de lo anterior, debe señalar que, dado que en adelante se recurre a categorías de análisis ajenas a la disciplina jurídica, es imperioso dar cuenta del trasfondo teórico en que dichas categorías se encuentran inscritas, al igual que el propósito que estas cumplen al ser empleadas en relación con las tesis centrales postuladas por sus respectivos autores. Esto con el fin de disminuir el riesgo de incurrir en un abuso de lenguaje al utilizarlas en un dominio de conocimiento distinto a aquel en que estas fueron inicialmente formuladas.

Una vez realizada la anterior salvedad, en la presente sección se ofrece una plataforma conceptual con la cual se abordará la pregunta axiológica que esta investigación plantea. Así pues, de seguido se ofrece una serie de categorías de análisis que cumplen un doble propósito: al recurrir a ellas, por un lado, se profundiza en fenómenos socioeconómicos de los cuales participa la buena fe contractual y, por otro lado, se muestra la pertinencia, en el ámbito histórico y conceptual, de fijar al valor de la confianza como núcleo axiológico del instituto. Más aún, una vez finalizada la exposición, esta plataforma conceptual opera como un marco referencial al que se recurre constantemente a lo largo de esta investigación para examinar la labor de tutela que despliega la buena fe contractual en el plano axiológico.

Dicho esto, solamente resta presentar las obras de las cuales se toman las categorías de análisis en cuestión. El primer conjunto conceptual se extrae de la obra *Debt: The First 5,000 years*⁵ (en adelante, '*Debt*'), escrita por el antropólogo estadounidense David Graeber, mientras que el segundo conjunto conceptual se extrae de la obra *Trust: A History*⁶ (en adelante, '*Trust*'), escrita por el historiador británico Geoffrey Hosking.

A continuación, se expone el núcleo argumentativo de ambas obras, se comentan ciertos puntos de interés en cuanto a las temáticas que los autores abordan y, por último, se puntualizan los conceptos clave que cada uno de ellos aportan y que resultan vitales para perfilar la averiguación histórica que se emprende en este título.

⁵ David Graeber, *Debt: the first 5,000 years* (Nueva York: Melville House Publishing, 2014); David Graeber, *En deuda: Una historia alternativa de la economía*, trad. Joan Andreano Weyland (Barcelona: Ariel, 2012). EPUB. Aclaración: para las citaciones se utiliza la traducción al español pero al tratarse de una versión digital se referencia, adicionalmente, el número de página del original físico inglés para mayor certeza.

⁶ Geoffrey Hosking, *Trust: A History* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

A. *Debt*: una historia alternativa de la economía

A manera de noción preliminar, lo primero que cabe acotar con respecto a la obra *Debt* es que se inscribe en el dominio de la antropología económica, subdisciplina de la antropología caracterizada por una orientación interdisciplinaria que se nutre de insumos históricos, geográficos y culturales. En su núcleo, la antropología económica puede ser definida como «la descripción y análisis de la vida económica, utilizando una perspectiva antropológica»⁷ en aras de comprender el comportamiento económico humano.

En cuanto a los términos que componen dicha definición estipulativa, el término ‘vida económica’ comprende «aquellas actividades a través de las cuales las personas producen, circulan y consumen cosas [y] la manera en que esas personas y sociedades aseguran su sustento o provisiones para sí mismas»⁸; mientras que, por ‘perspectiva antropológica’ se denota un enfoque que «aborda y localiza aspectos de las vidas individuales y colectivas de las personas, lo que es decir de sus vidas y sociedades, en términos de cómo estos aspectos se relacionan entre sí [como un todo interconectado]»⁹.

A raíz de esta perspectiva, este campo de estudio emplea la técnica de la observación participativa extendida y se vale del abordaje del naturalismo empírico; por ello, al estudiar la vida económica, los especialistas en la materia tienden a evitar esquemas de pensamiento que postulen leyes sociales o conceptos universales, ya que tales pretensiones de universalidad se desdican frente a la evidencia empírica recabada¹⁰.

Por esta razón, se considera que la antropología económica despliega una labor crítica con respecto a los edificios teóricos de la teoría económica tradicional. Esta labor crítica, en relación con tales edificios teóricos, es palmaria en la obra *Debt*, en la cual se abordan dos ejes temáticos propios de la antropología económica.

El primero de ellos es el tópico del dinero que suele abordarse en conjunción con la figura del trueque y que, a partir del acervo empírico recabado por este campo de estudio, muestra la concepción reduccionista de la cual se vale la teoría económica tradicional al

⁷ James G. Carrier, “Introduction” en *A Handbook of Economic Anthropology*, ed. James G. Carrier (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005), 1; traducción propia.

⁸ Carrier, 3; trad. propia y texto agreg.

⁹ Carrier, 1; trad. propia y texto agreg.

¹⁰ Carrier, 3.

postular que el dinero surge para solventar la ineficacia que supone el trueque, lo que tiene por correlato atribuir primacía a la función del dinero como medio de intercambio¹¹.

El segundo de ellos es el tópico del endeudamiento, o de la deuda, cuyo estudio se enmarca «particularmente en el contexto del campesinado y del intercambio no-industrial y de sistemas de mercado en los cuales las relaciones de confianza siempre fueron centrales»¹², tópico que se entreteje con el aspecto de la inversión productiva pero que, asimismo, se vincula con relaciones de explotación como lo son la servidumbre y la esclavitud.

En *Debt* ambos tópicos se encuentran íntimamente entrelazados.

En la actualidad, la deuda es un fenómeno que alcanza proporciones globales y que juega un rol preponderante en la vida económica contemporánea¹³. Empero, la deuda es un concepto sobre el cual reina la ignorancia —arguye Graeber—, por lo cual goza de una amplia flexibilidad que, en última instancia, es la fuente de la cual deriva su poder; gracias a la deuda es posible revestir con un halo de moralidad relaciones humanas cuya base es la violencia¹⁴.

Para decirlo con las palabras de Livia Jiménez Sedaño, la deuda es concepto que «sirve (...) para ocultar todas las desigualdades estructurales del sistema y todo el mecanismo de explotación»¹⁵ que lo caracteriza, de tal modo que pasa desapercibido.

El argumento central que avanza Graeber es que deuda y dinero son, en realidad, términos correlativos. Lo que diferencia a una deuda de cualquier otro tipo de obligación es que una deuda pueda ser cuantificada con precisión, para lo cual se requiere de la mediación del dinero: «Esto permite que las deudas sean sencillas, frías e impersonales, lo que, a su vez, permite que sean transferibles»¹⁶. Por medio del dinero se cuantifica el adeudo y ello conlleva

¹¹ En el marco de la teoría económica tradicional, se sostiene que el dinero desempeña tres funciones principales: fungir de medio de intercambio, de almacenaje de valor y de unidad de contabilidad.

¹² Chris Hann, “Economic Anthropology” en *The International Encyclopedia of Anthropology*, ed. Hilary Callan (New Jersey: Wiley-Blackwell, 2018), 8; trad. propia.

¹³ A manera de ilustración, considérese el caso de la deuda pública de los Estados Unidos que, a la fecha de mayo de 2021, asciende a la suma de 28.19 trillones de dólares, cf. Erin Duffin, “Public debt of the United States of America from November 2019 to November 2020, by month”, Statista, <https://www.statista.com/statistics/273294/public-debt-of-the-united-states-by-month/> (consultado el 25 de junio de 2021); o el caso costarricense en el cual ha sucedido que «Desde la crisis financiera del 2008-2009, el déficit en las finanzas públicas del Gobierno Central ha sido cubierto con endeudamiento» en Programa Estado de la Nación, *Estado de la Nación 2020* (San José, C.R.: CONARE – PEN, 2020), 307.

¹⁴ Graeber, *En deuda*, 7; *Debt*, 5.

¹⁵ Livia Jiménez Sedaño, “David Graeber: antropología económica de la deuda”, CanalUNED. <https://canal.uned.es/video/5dfb1a645578f270cb4c93fe> (consultado el 25 de junio de 2021).

¹⁶ Graeber, *En deuda*, 17; *Debt*, 13.

a que, en gran medida, se torne irrelevante «calcular los efectos humanos» de las relaciones entre acreedor y deudor, sin necesidad de atender a las necesidades, intereses o posibilidades de la contraparte —lo que es en suma significativo por cuanto esa es una de las finalidades a las que apunta la buena fe como patrón ideal de conducta en las relaciones negociales.

En consecuencia, a juicio del autor, el elemento de la cuantificación —*i.e.*, el dinero— se vincula estrechamente al elemento de la violencia, esto porque el factor crucial en esta operación es «la capacidad del dinero de convertir la moralidad en un asunto de impersonal aritmética, y al hacerlo, justificar cosas que de otra manera nos parecerían un ultraje o una obscenidad»¹⁷. La deuda, así entendida, funciona de cortina de humo que esconde detrás de sí todo un entramado institucional y conceptual que, históricamente, ha legitimado dinámicas económicas y prácticas comerciales cuestionables en virtud del alto costo —en cuanto a los efectos humanos— que han producido y continúan produciendo.

Dado el estado de cosas descrito, el autor plantea que la historia del dinero que ofrece la teoría económica tradicional suele reducirse a una ‘historia de la moneda acuñada’ cuando, en realidad, los sistemas de crédito y débito anteceden en el tiempo a la ‘invención’ de la moneda¹⁸. Más aún, sobre la base de esta historia convencional es que se formulan una serie de axiomas neurálgicos que cimientan el discurso económico, cuya validez teórica es sumamente controvertible a la luz de la evidencia antropológica de la cual se dispone.

Por contrapartida, Graeber sostiene que una auténtica historia del dinero requiere ubicar como eje central al concepto de la deuda y, justamente, esa es la tarea que emprende en *Debt*. A partir de dicho concepto, el antropólogo estadounidense articula una historia alternativa de la economía, la cual le demanda efectuar una revisión de los últimos 5000 años de historia, todo con tal de explicar cómo y por qué el fenómeno de la deuda ha calado tan hondo en las nociones básicas mediante las cuales se conciben las relaciones humanas.

Dada su extensión, la obra puede dividirse en tres momentos, de conformidad a su estructura argumentativa: en un primer momento se explica la profunda confusión moral que gira en torno al tema de la deuda, a la vez que se critican aquellos mitos a los que tal confusión ha dado pie en el marco del discurso económico. En un segundo momento, se da cuenta de las coordenadas conceptuales básicas que permiten una mejor comprensión del concepto bajo

¹⁷ Graeber, *En deuda*, 17; *Debt*, 14.

¹⁸ Graeber, *En deuda*, 22; *Debt*, 18.

estudio y las problemáticas que acarrearán. Y, en un tercer momento, se efectúa el recuento histórico de la deuda, propiamente dicho, que culmina en el tiempo presente.

En este punto interesa traer a colación, por encima de todo, el segundo momento: las coordenadas conceptuales básicas que el autor ofrece y, dentro de ellas, la atención recae sobre lo que Graeber denomina las bases morales de las relaciones económicas.

Tales bases, según su planteamiento, encuentran asidero en tres principios morales que coexisten en el marco de la vida económica y que fundamentan diversos tipos de relaciones económicas, motivo por el cual dichos principios es factible extraerlos a raíz de rasgos compartidos de los cuales da cuenta la evidencia antropológica¹⁹.

1. De las bases morales de las relaciones económicas

En las páginas iniciales de *Debt*, Graeber sintetiza la pregunta cardinal a la que pretende dar respuesta en su libro, la cual reza así:

(...) ¿qué significa exactamente decir que nuestro sentido de la moral y la justicia se reduce al lenguaje de un contrato económico? ¿Qué significa que reducimos nuestras obligaciones morales a deudas? ¿Qué cambia cuando unas se convierten en las otras? ¿Y cómo hablar acerca de ellas cuando nuestro lenguaje está tan modelado por el mercado?²⁰

De una lectura atenta de tales interrogantes queda claro que, desde la perspectiva de Graeber, la deuda no es un simple concepto económico o una categoría del comercial (*i.e.*, débito y crédito). La deuda, más bien, es un fenómeno complejo en el que convergen la *moralidad* y las *obligaciones contractuales*; se trata, pues, de una noción en la cual los contornos que delinean a estas dos esferas de las relaciones humanas se desdibujan y que, finalmente, ambas terminan por confundirse.

Inicialmente podrá resultar extraña la idea según la cual la moralidad pueda devenir en —o reducirse a— los términos de un contrato; pensar, por ejemplo, que el deber moral de mantener una promesa pueda convertirse en una operación comercial. Para explicar cómo ello ocurre es necesario reparar en la problemática que se comenta de seguido, la que versa acerca de la centralidad de la noción de intercambio.

¹⁹ Graeber, *En deuda*, 101; *Debt*, 94.

²⁰ Graeber, *En deuda*, 17; *Debt*, 13.

Un tema recurrente que Graeber encara a lo largo de la obra es la primacía que, históricamente, se le ha atribuido a la noción de intercambio como el fundamento de las relaciones humanas e incluso como atributo distintivo del género humano —esa antiquísima propensión innata de los seres humanos que los impulsa a «trocar, cambiar y permutar una cosa por otra» que Adam Smith postula como la base de la vida económica²¹.

La primacía que ocupa este supuesto atributo requiere un modelo de comportamiento humano que conciba a todo individuo como si este fuese un actor motivado exclusivamente por su interés propio —‘*self-interested actor*’—; todo individuo, por tanto, es nomás que un agente involucrado en múltiples operaciones de cálculo racional cuya consigna última sería el lema de ‘maximizar ganancias, minimizar pérdidas’.

Ahora bien, es gracias a esta concepción de individuo que plantea dicho modelo de comportamiento que resulta factible concebir toda interacción como si todas y cada una de ellas estuviesen regidas por la lógica del intercambio —*i.e.*, como un contrato: dar tanto como se recibe, equivalencia de contraprestaciones, equilibrio sinalagmático—; lo que faculta reducir toda relación humana a los términos de una sencilla transacción comercial.

Graeber es enfático al recalcar que no toda interacción humana es reducible a la lógica del intercambio. Esto es así debido a que «El intercambio genera una manera peculiar de concebir las relaciones humanas [tal cual se ha descrito]. Esto se debe a que el intercambio implica igualdad, pero también implica separación»²². En tal sentido, sucede que la deuda es el fenómeno que acontece cuando la igualdad entre las partes todavía no se ha restablecido y que, por ende, supone que ellas aún no se encuentran en posibilidad de separarse²³.

La deuda, así entendida, es un producto de la lógica del intercambio, pero, a juicio del autor, esta no es la única modalidad moral que las relaciones humanas pueden asumir.

Sin embargo, esta ‘manera peculiar de concebir las relaciones humanas’ se encuentra tan arraigada en la cultura que incluso corrientes teóricas que abogan por la centralidad de un sentido de justicia en el marco de las interacciones humanas terminan por postular como eje central de su pensamiento una noción de reciprocidad, entendida como un balance entre dar y recibir, que en poco se diferencia de la noción de intercambio tal cual²⁴.

²¹ Graeber, *En deuda*, 28; *Debt*, 25.

²² Graeber, *En deuda*, 132; *Debt*, 122; texto. agreg.

²³ Graeber, *En deuda*, 132; *Debt*, 122.

²⁴ Graeber, *En deuda*, 98; *Debt*, 91.

Por consiguiente, a manera de conclusión de la discusión hasta aquí entablada, Graeber sostiene que si bien es cierto la antropología evidencia una vasta diversidad de formas de organización humanas, ella también da cuenta de ciertos comunes denominadores que parecieran estar operando indistintamente del lugar en que uno se encuentre.

A estos puntos de encuentro es a lo que Graeber se refiere al hablar de principios morales fundamentales de las relaciones económicas y a ellos los denomina: comunismo, intercambio y jerarquía, cada uno de los cuales responde a una lógica distinta y sobre estos principios morales destaca que —en la práctica— ninguno goza de una preponderancia absoluta por sobre los otros debido a que ellos tienden a contradecirse entre sí²⁵.

Cada uno de estos principios morales se comentan de seguido.

a. El principio moral de comunismo

El primer principio moral recibe el nombre de comunismo, el cual se define como «cualquier relación humana que opere según los principios de «a cada cual según sus posibilidades; a cada cual, según sus necesidades»»²⁶. A tenor de la definición planteada, el vocablo ‘comunismo’ no es empleado en su acepción ideológica, sino como una modalidad moral²⁷. El comunismo, bajo esta acepción, denota un principio operativo de las relaciones humanas, regido por una lógica de mutualidad, a partir del cual las personas involucradas colaboran sin necesidad de «llevar cuentas» o de esperar contraprestación alguna por una acción efectuada; esto debido a la presunción de que cualquier persona —que no sea un enemigo— tiende a actuar de conformidad con dicho principio en bases cotidianas²⁸.

A esta presunción Graeber le llama comunismo base, según el cual las personas están predispuestas a actuar de acuerdo con el principio de ‘a cada cual según sus posibilidades; a cada cual, según sus necesidades’ en caso de que: los involucrados no se encuentren en una posición de abierta enemistad, las necesidades sean suficientemente grandes o los costos sean suficientemente razonables²⁹. Más aún, «Se puede considerar al comunismo de base como la

²⁵ Graeber, *En deuda*, 123–124; *Debt*, 113–115.

²⁶ Graeber, *En deuda*, 101; *Debt*, 94.

²⁷ El autor reconoce abiertamente que el uso del vocablo «comunismo» es provocativo por su carga ideológica, en tanto puede asociarse a regímenes políticos y a tesis relativas a la tenencia colectiva de propiedad. No obstante, el término se emplea específicamente en el sentido mentado.

²⁸ Graeber, *En deuda*, 110; *Debt*, 102.

²⁹ Graeber, *En deuda*, 105; *Debt*, 98.

materia prima de la socialización, un reconocimiento de nuestra mutua interdependencia, la sustancia misma de la paz social»³⁰. Empero, es innegable que la disposición solidaria se experimenta con mayor intensidad con ciertas personas en específico en lugar de otras.

Por esta razón también se habla de comunismo individualista, para referirse a aquellas relaciones individuales en las cuales el principio en cuestión rige en virtud de un mayor vínculo de solidaridad que puede darse en el trato con ciertas personas en específico y que, incluso, puede extenderse a entornos grupales de mayor amplitud³¹.

El principio del comunismo remite, en última instancia, a la pregunta acerca de quién tiene acceso a determinados bienes y en qué condiciones³². En este sentido, se plantea que dicho principio juega un rol crucial en el contexto de proyectos de colaboración conjunta debido a la alta efectividad que supone —al asignar tareas según habilidad y brindar los insumos necesarios para ejecutarlas—, así como es constatable en escenarios de crisis —en los cuales las necesidades son apremiantes— o en dominios cotidianos tales como la conversación o el trato de cortesía —en los cuales los costos son exiguos³³.

Ahora, los grados en que dicho principio opera varían, desde el extremo de brindar comida a una persona que la necesita hasta el simple acto pedir una dirección.

No obstante, lo crucial es que:

(...) una vez comenzamos a pensar en el comunismo como un principio moral en lugar de como una cuestión de propiedad, se hace evidente que este tipo de moralidad está presente en mayor o menor medida en toda transacción, incluso comercial. Si uno se encuentra en términos amistosos con alguien, es difícil ignorar por completo su situación³⁴.

Para Graeber el principio moral de comunismo no se limita simplemente a dinámicas de cooperación social, sino que va más allá al postular que «En realidad, *el comunismo es la base de toda sociabilidad humana*»³⁵ debido a la interdependencia que lo fundamenta.

Por consiguiente, el principio moral de comunismo se basa en una presunción de eternidad intrínseca a las relaciones sociales a las que da pie, lo que es decir que en dichas relaciones los individuos involucrados operan *como si* los vínculos que establecen con otros fuesen perpetuos en el tiempo; esto en virtud de que, en el marco de tales relaciones, no se

³⁰ Graeber, *En deuda*, 107; *Debt*, 99.

³¹ Graeber, *En deuda*, 107; *Debt*, 99–100.

³² Graeber, *En deuda*, 102; *Debt*, 95.

³³ Graeber, *En deuda*, 103; *Debt*, 96.

³⁴ Graeber, *En deuda*, 110; *Debt*, 102.

³⁵ Graeber, *En deuda*, 104; *Debt*, 94.

contempla la posibilidad de cancelación del vínculo³⁶ —posibilidad que, por el contrario, sí se contempla en el caso de los vínculos fundados bajo el principio de intercambio.

Así pues, si bien es cierto que en las relaciones a las que da pie este principio moral también se constatan expectativas y responsabilidades mutuas de los individuos que las conforman, estos vínculos operan bajo una lógica radicalmente diferente a la lógica de reciprocidad en sentido estricto o a la lógica de intercambio, propiamente dicha.

b. El principio moral de intercambio

El segundo principio moral recibe el nombre de intercambio, el cual se define como «un proceso de ida y vuelta que implica a dos partes, cada una de las cuales da tanto como recibe»³⁷ en una constante dinámica de interacción que tiende hacia la equivalencia. Este último factor, el equilibrio entre dar y recibir al que se tiende, es el rasgo distintivo de las relaciones morales basadas en el principio de intercambio, por lo que se dice que estas operan bajo una lógica de equivalencia. En el contexto del intercambio sucede que cada parte involucrada en la interacción intenta sobreponerse a la otra, circunstancia que introduce un elemento de tensión entre ellas que, llegado el caso, puede introducir un elemento de competencia en la interacción; por dicho motivo, en las relaciones que se fundan bajo el principio moral de intercambio, para las partes sí resulta necesario «llevar cuentas»³⁸.

En el contexto de un intercambio comercial, en principio, quien sea el vendedor o el comprador es un dato irrelevante dado que la operación que allí se lleva a cabo es meramente la comparación del valor de dos objetos aunque, en la práctica «Para que una transacción siquiera se lleve a cabo ha de haber un mínimo elemento de confianza (...) que suele requerir alguna manifestación externa de sociabilidad»³⁹. Empero, en este caso concreto se trata de relaciones de corte impersonal en las cuales ambas partes buscan una equivalencia entre los objetos que cada una de ellas pretende dar y recibir, respectivamente.

Al respecto, Graeber apunta que en las relaciones de intercambio:

³⁶ Graeber, *En deuda*, 108; *Debt*, 100.

³⁷ Graeber, *En deuda*, 111; *Debt*, 103.

³⁸ Graeber, *En deuda*, 111; *Debt*, 103.

³⁹ Graeber, *En deuda*, 112; *Debt*, 103.

(...) los objetos que cambian de manos se ven como equivalente. Por tanto, y por implicación, también lo son las personas: al menos cuando se cruzan regalos, o cuando el dinero cambia de manos; cuando no hay más deudas ni obligaciones y ambas partes son libres de marchar⁴⁰.

Con esto se quiere decir que este tipo de relaciones operan bajo una presunción de igualdad entre las partes —al menos en un momento inicial y en un sentido formal—, lo cual lleva a que, una vez consumado el intercambio, ambas partes pueden separarse.

A la luz de lo anterior, se desprende que las relaciones de intercambio se articulan en torno a la posibilidad que tienen ambas partes de saldar cuentas, lo que se traduce en la posibilidad de la cancelación del vínculo. A diferencia de lo que ocurre en las relaciones fundadas bajo el principio de comunismo (basadas en una presunción de eternidad), aquí lo que acontece, por el contrario, es que «El intercambio nos permite cancelar nuestras deudas. Nos ofrece una manera de quedar en paz: es decir, de acabar la relación»⁴¹.

Una vez saldada la obligación o el adeudo, las partes pueden dar por terminado su vínculo y separarse, lo que denota la autonomía de la cual ambas gozan en tanto que, formalmente, la relación se predica en términos de igualdad⁴². Sin embargo, cabe acotar un dato adicional que destaca Graeber: en el interín entre el punto inicial del intercambio y el punto final de finiquitarlo —de saldar cuentas o de arribar a la equivalencia última— existe un sinnúmero de variaciones que el vínculo en cuestión es capaz de asumir⁴³.

Justamente es durante dicho interín cuando la deuda entra en juego, esto debido a que la igualdad entre las partes no se restablece sino hasta que las cuentas son saldadas.

c. El principio moral de jerarquía

El tercer principio moral recibe el nombre de jerarquía, la cual se define como cualquier relación humana que opere según un marco referencial mediante el cual haya al menos dos partes involucradas que se conciben, la una a la otra, en términos de superioridad e inferioridad⁴⁴. Respecto a las relaciones de abierta jerarquía, es un rasgo en extremo común que ellas se tiendan a presentar en términos de reciprocidad cuando, en realidad:

⁴⁰ Graeber, *En deuda*, 116; *Debt*, 108

⁴¹ Graeber, *En deuda*, 113; *Debt*, 104.

⁴² Graeber, *En deuda*, 117; *Debt*, 108.

⁴³ Graeber, *En deuda*, 117; *Debt*, 108.

⁴⁴ Graeber, *En deuda*, 117; *Debt*, 109.

Allá donde las líneas de superioridad e inferioridad están claramente dibujadas y todas las partes las aceptan como marco de una relación, y siempre que las relaciones lleven funcionando el tiempo suficiente para no tratarse simplemente de la aplicación de fuerza arbitraria, estas mismas relaciones se percibirán como reguladas por el hábito o la costumbre⁴⁵.

Consecuentemente, las relaciones basadas en el principio de jerarquía operan, entonces, bajo una lógica de precedentes que se asienta sobre actuaciones pasadas, cuya exigencia se proyecta a futuro. Esto es así debido a que, en tales escenarios, para probar la existencia de un deber u obligación basta con mostrar que la persona, de quien se exige el cumplimiento, ha cumplido con ese deber u obligación en el pasado⁴⁶.

Las dinámicas producto de relaciones de explícita jerarquía fácilmente pueden devenir en una lógica de casta o en una lógica de identidad, por cuanto solamente una vez que se establece un orden social en que unos son superiores a otros se torna factible «hablar de personas unidas por su naturaleza esencial; acerca, fundamentalmente, de diferentes tipos de seres humanos»⁴⁷. El caso de las ideologías de casta o de raza son ejemplos extremos, empero toda vez que un grupo se coloca por encima o por debajo de otros —en tanto superior e inferior se conciben como seres humanos fundamentalmente diferentes— ocurre que los estándares comunes de reciprocidad cesan de aplicar⁴⁸.

Graeber sintetiza lo anterior con la siguiente fórmula: «toda acción, si se repite, se vuelve costumbre; como resultado, [dicha acción] pasa a describir la naturaleza esencial de quien la realiza»⁴⁹. Bajo la misma lógica, igualmente sucede que «A la inversa, la naturaleza de una persona se puede definir por cómo han actuado hacia ella los demás en el pasado»⁵⁰.

En consecuencia, las relaciones morales basadas en el principio de jerarquía se fundamentan en la asimetría entre las partes involucradas, de modo tal que modifican o anulan por completo los estándares de reciprocidad comunes. En este sentido, cuando bienes materiales —sean pagos o regalos— se intercambian entre superiores e inferiores, «el principio fundamental parece ser que el tipo de cosas dadas a cada parte deben considerarse diferentes cualitativamente, y su valor relativo imposible de cuantificar»⁵¹.

⁴⁵ Graeber, *En deuda*, 119; *Debt*, 110.

⁴⁶ Graeber, *En deuda*, 120; *Debt*, 111.

⁴⁷ Graeber, *En deuda*, 120; *Debt*, 111.

⁴⁸ Graeber, *En deuda*, 120; *Debt*, 111.

⁴⁹ Graeber, *En deuda*, 121; *Debt*, 111; texto agreg.

⁵⁰ Graeber, *En deuda*, 121; *Debt*, 111–112.

⁵¹ Graeber, *En deuda*, 121; *Debt*, 112.

Por ende, debido a que en dichos intercambios se trata de bienes cualitativamente diferentes —y al concebirse las partes como fundamentalmente diferentes entre sí— se torna inconcebible la posibilidad de saldar cuentas. Así, los vínculos de jerarquía se perpetúan en el tiempo, cimentándose gracias a los precedentes que han regulado la relación.

B. *Trust*: la confianza desde una perspectiva histórica

La obra *Trust*, escrita por Hosking, se inscribe en el campo de estudio de la historia. Por tal motivo, al tratarse de una ciencia social con mayor grado de afinidad respecto a la disciplina jurídica —a diferencia del caso de *Debt*— se prescinde de una discusión en detalle de dicho campo para entrar de lleno a plantear los puntos de interés de la obra.

Así pues, a manera de contextualización, *Trust* comienza por hacer referencia a cierta percepción generalizada según la cual, en la actualidad, el ‘mundo occidental’ atraviesa una aguda crisis de confianza. Hosking arguye que en los últimos años es factible constatar una notoria pérdida de confianza de la población con respecto a las instituciones públicas: así, se desconfía de los gobiernos, de las instituciones financieras, de los servicios de seguridad estatales, de los medios de comunicación masiva, y demás⁵². En tiempos recientes abundan cantidad de eventos que han despertado la desconfianza pública. Piénsese, por ejemplo, en el auge la denominada ‘era de los *fake news*’⁵³, los alegatos de interferencia extranjera en el desenlace de elecciones presidenciales⁵⁴ o el llamado ‘Facebook-Cambridge Analytica data scandal’⁵⁵, por mencionar solamente algunos casos ilustrativos.

A la luz de sucesos de tal envergadura que abundan en el mundo contemporáneo, todo apunta a que el diagnóstico de Hosking parece ser, cuando menos, tendencialmente correcto.

Frente a este complejo panorama, en su libro Hosking se propone explorar «lo que la confianza —y la desconfianza— han significado en diferentes sociedades en diferentes periodos de la historia»⁵⁶ con tal de dimensionar los alcances de la actual crisis. Para ello, el autor formula la siguiente hipótesis, según la cual «la confianza es mediada a través de

⁵² Hosking, *Trust*, 1.

⁵³ Jonathan Albright, “Welcome to the era of fake news”, *Media and Communication* 5, no. 2 (2017), 87–89.

⁵⁴ Stephen McCombie, Allon J. Uhlmann y Sarah Morrison, “The US 2016 presidential election & Russia’s troll farms”, *Intelligence & National Security* 35, no 7. (2019): 95–114.

⁵⁵ Margaret Hu, “Cambridge Analytica’s black box”, *Big Data & Society* (jul. 2020).

⁵⁶ Hosking, *Trust*, 2; trad. propia.

sistemas simbólicos [y de sus] instituciones asociadas, las cuales cambian con el tiempo, usualmente de manera gradual, [aunque] algunas veces abruptamente»⁵⁷.

Esta hipótesis, a su vez, constituye el argumento central que Hosking defiende a lo largo de la obra. En este orden de ideas, para el autor la antropología brinda la clave para el estudio de la confianza al vincularlo a sistemas simbólicos⁵⁸. Bajo tal óptica, los símbolos, entre otras funciones, permiten enlazar a individuos que poco tiene en común; más aún, es gracias a los símbolos que la realidad se torna comprensible, de tal modo que ellos posibilitan que los seres humanos actúen conjuntamente para influenciar dicha realidad⁵⁹.

Según versa este planteamiento, tratar con otras personas y afrontar el futuro son actos que suponen una confrontación con lo desconocido —o con el «Otro», si se quiere—, razón por la cual confianza y la desconfianza son medios con los cuales se pretende asegurar la seguridad y así evitar incurrir en riesgos innecesarios. El recurso a los sistemas simbólicos permite salvar esa brecha ya que, al depositar la confianza en ellos, estos operan como un filtro capaz de disminuir la complejidad de la realidad: «ellos nos habilitan para confiar tanto en otros seres humanos como también en objetos y eventos en el mundo real, al menos en el sentido de que podemos predecir cómo se comportarán»⁶⁰.

De estos sistemas simbólicos depende, en gran medida, la estabilidad social y entre ellos destacan: el lenguaje, el mito, la religión, la ciencia, la ley, la cultura y las artes, así como el dinero; todos los cuales tienden a crear sus propias instituciones asociadas⁶¹. Con respecto a estos sistemas simbólicos, Hosking enfoca su análisis histórico sobre dos de ellos: la religión y el dinero, que configuran los ejes temáticos de *Trust*.

Tanto en un caso como en el otro, se trata de dos poderosos sistemas simbólicos — esto en cuanto a su capacidad de vehicular la confianza pública— cuyas instituciones asociadas se encuentran bajo asedio, en el escenario contemporáneo, por cuanto las dinámicas a las cuales ambos dan pie han contribuido a gestar la actual crisis de confianza.

⁵⁷ Hosking, *Trust*, 8; trad. propia y texto agreg.

⁵⁸ El concepto de «sistema simbólico» de Hosking es análogo y, en gran medida, heredero del concepto de «universo simbólico» acuñado por Peter L. Berger y Thomas Luckmann. Al respecto, ver: Peter L. Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad* (Buenos Aires: Amorrortu, 2001), 120–163.

⁵⁹ Hosking, *Trust*, 40.

⁶⁰ Hosking, *Trust*, 41; trad. propia.

⁶¹ Hosking, *Trust*, 41–42.

En cuanto a su estructura argumentativa, la obra puede dividirse en tres momentos: en un primer momento se presenta una serie de categorías analíticas con las cuales Hosking emprende su abordaje histórico de la confianza; en un segundo momento se estudia el devenir histórico de los dos sistemas simbólicos recién mencionados, en relación con el objeto de estudio; y en un tercer momento se entrelaza el estudio de ambos sistemas simbólicos con el rol desempeñado por el estado-nación, en lo concerniente a la gestión de la confianza, para culminar con un comentario acerca de la situación actual y qué hacer respecto a ella.

Para el análisis por efectuar interesa traer a colación, por encima de todo, el primer momento con tal de presentar nociones claves relativas al concepto de confianza.

1. De las categorías analíticas para el estudio de la confianza

En primera instancia cabe subrayar que, en el ámbito de la teoría social, el concepto de confianza ha sido tematizado, principalmente, por la sociología. Sin embargo, Hosking juzga que los estudios sociológicos son inconclusos debido a que los científicos sociales: primero, tienden a aislar la confianza de otros conceptos semejantes con tal de generar una teoría aplicable para toda sociedad; segundo, se concentran —ante todo— en la confianza ‘consciente’ y ‘reflexiva’; tercero, en su mayoría, ellos parten de la suposición de que la confianza es voluntaria y la suelen concebir como si fuese un bien en sí mismo⁶².

Tales estudios comúnmente prescinden de un trasfondo histórico, mientras que los historiadores, por su parte, han brindado escasa atención al tema, esto a pesar de ellos contar con las habilidades que el autor estima necesaria para abordarlo adecuadamente⁶³. Por contrapartida, Hosking recalca la trascendencia de examinar la confianza desde una perspectiva histórica y por ello, respecto a los inconvenientes recién reseñados que detecta en tales estudios, opone las siguientes puntualizaciones.

Primero, el autor se plantea la necesidad de abordar la confianza en relación con otros conceptos afines, los cuales —si bien cuentan con diferenciación en cuanto a su significado— se inscriben en lo que denomina el campo semántico de la confianza. Luego, el autor sostiene que la confianza puede ser tanto irreflexiva como involuntaria; esto quiere decir que ella

⁶² Hosking, *Trust*, 23–24.

⁶³ Hosking, *Trust*, 24.

puede manifestarse en situaciones en las que el individuo no es plenamente consciente de que deposita su confianza en otros y que ciertas circunstancias exigen la confianza del individuo sin importar su voluntad, por lo cual cabe hablar de ‘confianza compulsiva’ o ‘confianza forzada’. Por último, contra la concepción de la confianza como bien en sí mismo, señala los efectos perniciosos que acarrea la confianza mal depositada, lo que habilita distinguir entre la confianza tal cual y la «confianza en el digno-de-confianza»⁶⁴.

Con base en las tesis propugnadas, Hosking elabora una serie de categorías analíticas que emplea para llevar a cabo su análisis histórico de la confianza.

Para los efectos aquí perseguidos, entre ellas destacan: primero, la conceptualización de la confianza que el autor ofrece, aunado a su campo semántico; segundo, las diferentes modalidades de confianza que identifica y las interrelaciones que traza entre ellas; tercero, las nociones de *redes*, *barreras* y *radio* de confianza; y, cuarto, el concepto de la «confianza en el digno-de-confianza» que el autor propone.

a. El concepto de confianza y su campo semántico

Según el punto de vista de Hosking, una de las dificultades principales con respecto al estudio de la confianza es que en ella confluyen diversos fenómenos a un mismo tiempo. Por ende, el concepto de confianza opera, cuando menos, en tres planos.

En un plano sentimental la confianza remite a un estado interno en que el individuo experimenta un sentimiento de seguridad, no percibe amenazas y goza de libertad para actuar, mientras que la desconfianza remite a un estado de incertidumbre con limitada capacidad de acción. Por ello, ambos refieren a acciones futuras y a sentimientos de índole personal⁶⁵.

En un plano actitudinal la confianza remite a una perspectiva duradera del individuo respecto a objetos, eventos o personas, la cual ejerce influencia sobre su comportamiento, al inducir a actuar o a pensar de determinada manera. En este sentido, se refiere al carácter del individuo que, a su vez, puede ser compartido por otros⁶⁶.

En un plano relacional, la confianza remite a una relación entre el individuo y otros individuos, colectivos de individuos o instituciones, por lo cual prima el componente social.

⁶⁴ Hosking, *Trust*, 23–24.

⁶⁵ Hosking, *Trust*, 27.

⁶⁶ Hosking, *Trust*, 27.

Este plano es de particular relevancia para el análisis de la buena fe, ya que aquí la confianza: «Es parte de una interacción en curso, y el comportamiento de la otra persona puede modificar la naturaleza de esa confianza, [e] incluso convertirla en desconfianza [por lo cual las] acciones de cada parte pueden cambiar la relación»⁶⁷.

Atendiendo a todo lo anterior, Hosking ofrece dos definiciones complementarias de confianza. A su entender, la confianza se puede definir como:

1. Apego a una persona, colectivo de personas o institución, basado en la expectativa fundada pero no certera de que [los otros] actuarán por mi bien.
2. La expectativa, basada en buena evidencia aunque menos que perfecta, de que los eventos tendrán un desenlace que no me será perjudicial.⁶⁸

La confianza, así definida, se traslapa con toda una gama de conceptos que admiten diferentes significados tales como fe, lealtad, o dependencia, por ejemplo. Empero, para el autor, estos conceptos se ubican dentro del mismo campo semántico⁶⁹ que la confianza. Con ello se quiere dar a entender que la confianza comparte con dichos conceptos un núcleo común de significado o, para decirlo con otro término, entre la confianza y conceptos afines existe un *parecido de familia* (Wittgenstein) que los vincula recíprocamente.

A tenor de lo anterior, Hosking brinda un mapa semántico⁷⁰, dentro del cual ubica a estos conceptos dependiendo de dos factores: el grado de conocimiento con que se cuenta para lidiar con contingencias y el grado de libertad del que se disponga para lidiar con ellas⁷¹. Dicho mapa semántico cuenta con un axis vertical y con un axis horizontal.

En su axis vertical, el extremo superior representa la libertad y el extremo inferior representa la compulsión/obligación. En su axis horizontal, el extremo derecho representa la certeza y el extremo izquierdo representa la incertidumbre. Ahora bien, dentro de dichas coordenadas, la confianza se sitúa en el centro del mapa, en la intersección entre ambos axis.

Por lo demás, este aporte del autor, al mostrar aquellas nociones con las cuales la confianza se encuentra emparentada —entre ellas, la noción de fe—, más adelante servirá

⁶⁷ Hosking, *Trust*, 27; trad. propia y texto agreg.

⁶⁸ Hosking, *Trust*, 28; trad. propia y texto agreg.

⁶⁹ Se trata de un concepto propio de la lingüística, acuñado por Gunter Ipsen, que refiere a palabras «cuyo contenido semántico objetivo se relaciona con otros contenidos semánticos» mediante el cual estas palabras se agrupan. Cf. Marcos Martínez, “Definiciones del concepto *campo* en semántica: antes y después de la *lexamática* de E. Coseriu”, *Odisea* 3 (2003): 103.

⁷⁰ Al respecto, ver *infra*, X, el Anexo N°1 en donde figura el mapa semántico de Hosking.

⁷¹ Hosking, *Trust*, 28.

para esclarecer la dificultad a la que se enfrentan los juristas respecto a la fijación de los elementos que configuran el contenido ético-moral de la buena fe contractual.

b. Las modalidades de la confianza

Para Hosking, la confianza puede categorizarse según dos pares conceptuales que describen el tipo de relaciones a las cuales esta da pie que se describen de seguido. Así, la confianza puede ser, por un lado, fuerte o débil; por otro, gruesa o estrecha’.

La confianza fuerte comprende aquellas «relaciones en las cuales los individuos comprometen recursos valiosos»⁷² por lo que concierne a decisiones que requieren reflexión y sopesar alternativas disponibles; mientras que la confianza débil comprende aquellas «relaciones cooperativas en las cuales las decisiones son rutinarias, hay menos en juego o el riesgo es escaso»⁷³. Entre uno y otro tipo de confianza no hay una línea divisoria clara, sino que se trata de una gradación que depende de la seriedad del riesgo asumido, del valor de los bienes comprometidos y de la índole reflexiva o rutinaria de la interacción.

La confianza gruesa, por su parte, «se basa en conocimiento extensivo que resulta del contacto frecuente o cercano con una persona o institución en que se confía»⁷⁴; mientras que la confianza estrecha «se basa en conocimiento escaso, dado contacto infrecuente o superficial»⁷⁵. Para dichos tipos de confianza lo que interesa es el grado de conocimiento y de cercanía que tiene el individuo con respecto a quien le deposita su confianza.

La anterior categorización da como resultado cuatro posibles combinaciones a las que Hosking les denomina «modalidades de confianza» que son las siguientes.

La confianza fuerte-gruesa consiste en las relaciones en que los individuos comprometen recursos valiosos y se basan en un conocimiento extensivo dado un contacto frecuente, de índole personal o institucional —*e.g.*, contraer matrimonio.

La confianza débil-gruesa que son relaciones cooperativas rutinarias que suponen escaso riesgo para los individuos y que se basan en un conocimiento extensivo dado contacto frecuente, de índole personal o institucional —*e.g.*, pagar el pasaje de bus a un colega.

⁷² Hosking, *Trust*, 46; trad. propia.

⁷³ Hosking, *Trust*, 46; trad. propia.

⁷⁴ Hosking, *Trust*, 47; trad. propia.

⁷⁵ Hosking, *Trust*, 47; trad. propia.

La confianza fuerte-estrecha consiste en relaciones en las cuales los individuos comprometen recursos valiosos y que se basan en un conocimiento escaso dado un contacto infrecuente, de índole personal o institucional —*e.g.*, formalizar un crédito hipotecario.

La confianza débil-estrecha son relaciones cooperativas rutinarias que suponen escaso riesgo para los individuos y que se basan en un conocimiento escaso dado un contacto infrecuente, personal o institucional —*e.g.*, realizar compras en un supermercado.

Para concluir, al postular las anteriores modalidades de la confianza, Hosking arguye que, en el contexto contemporáneo, predomina la confianza fuerte-estrecha⁷⁶.

Hoy día los individuos dependen de, e interactúan con, muchas instituciones de grandes proporciones en términos organizacionales —*e.g.*, corporaciones, aseguradoras, entidades financieras— que, debido a su vasta magnitud, resultan más remotas e impersonales. Sucede, entonces, que los individuos no gozan de un conocimiento certero de con quién están tratando —el componente estrecho— y, sin embargo, en dichas relaciones los individuos comprometen recursos valiosos para ellos —el componente fuerte.

c. Las estructuras, las redes y el radio de confianza

Antes se ha dicho que los sistemas simbólicos cumplen una función mediadora de la confianza y que estos sistemas tienden a crear sus propias instituciones asociadas.

Estas instituciones dependen del funcionamiento de lo que Hosking denomina como estructuras de confianza que se pueden comprender como «los arreglos sociales de mayor amplitud» de orden comercial-financiero, étnico-nacional, religioso o socio-político «dentro de los cuales se integran las redes [de confianza]»⁷⁷. Las redes de confianza, por su parte, son aquellas asociaciones «donde las personas interactúan pacífica y regularmente o donde trabajan juntas para alcanzar algún propósito en común que requiera confianza mutua»⁷⁸, las cuales se caracterizan por ser duraderas en el tiempo y por ejecutar actividades complejas sin mayor necesidad de un monitoreo constante. A título ilustrativo, piénsese en las instituciones educativas, las familias extendidas, las sociedades científicas o las empresas.

Estas redes de confianza trazan barreras rígidas en torno a ellas.

⁷⁶ Hosking, *Trust*, 49.

⁷⁷ Hosking, *Trust*, 45; trad. propia y texto agreg.

⁷⁸ Hosking, *Trust*, 45; trad. propia.

Dentro de ellas los individuos gozan de la confianza de los otros individuos que conforman la red, aunque esto no excluye la posibilidad de conflictos; fuera de ellas se proyecta un mayor grado de recelo que, incluso, puede convertirse en abierta desconfianza con respecto a otros individuos que no son integrantes de la red. Dada esta situación, el autor propone el concepto de radio de confianza para referir al grado de variabilidad según el cual estas barreras experimentan un mayor o un menor rango de amplitud⁷⁹.

d. La confianza en el digno-de-confianza

Por último, Hosking distingue entre la confianza tal cual, en términos generales, y la confianza en el digno-de-confianza que denota la importancia de la confiabilidad de la cual goza un individuo, o una institución, como criterio para poder reconocer si depositar la confianza en tal individuo o institución es un acto prudente⁸⁰.

La utilidad de esta distinción radica en el hecho de la confianza mal depositada suele producir efectos perniciosos dado que —en tales escenarios— incentiva la propagación de la desconfianza lo que puede ocasionar una drástica reducción del radio de las redes que, en última instancia, acarrea un debilitamiento de las estructuras de confianza —en el ámbito social— o de las relaciones de confianza —en el ámbito interpersonal⁸¹.

La confianza en el digno-de-confianza tiende a operar en las líneas de la confianza gruesa —basada en conocimiento extensivo dado contacto frecuente— que el autor sostiene debe fortalecerse para contrarrestar los efectos que, hoy día, produce la confianza estrecha⁸².

**

En síntesis, en la presente sección se han repasado las categorías de análisis que ofrecen los autores David Graeber, en *Debt*, y Geoffrey Hosking, en *Trust*, respectivamente.

De la primera obra se extraen tres principios morales que configuran la base de las relaciones económicas, según el planteamiento del autor: estos son los principios de comunismo, de intercambio y de jerarquía. De la segunda obra se toman diversas categorías

⁷⁹ Hosking, *Trust*, 48.

⁸⁰ Hosking, *Trust*, 24.

⁸¹ Hosking, *Trust*, 24.

⁸² Hosking, *Trust*, 200.

analíticas empleadas por el autor en su estudio histórico de la confianza: se presenta su conceptualización de la confianza, el campo semántico en el cual se insertan conceptos afines, las diversas modalidades que esta es capaz de asumir y un grupo de conceptos adicionales que contribuyen a comprender las dinámicas a las que da pie el concepto.

El propósito que se persigue al presentar esta plataforma conceptual obedece a la necesidad de contar con herramientas analíticas aptas para ejecutar el análisis del contexto de emergencia de la buena fe contractual y el repaso de su historia canónica. Por medio del análisis por efectuar se argumenta a favor de la idoneidad de fijar a la confianza como núcleo axiológico de la buena fe contractual. Sin embargo, previo a proseguir con esta averiguación, resulta indispensable, en primer lugar, comprender a cabalidad cómo se integra la pregunta axiológica que formula esta investigación con respecto al área de estudio del derecho romano y a los determinantes socioeconómicos que posibilitan el surgimiento de la buena fe.

Todo lo anterior para comprobar si el uso de las categorías relativas al estudio de la confianza contribuye a clarificar cuál es el valor jurídico tutelado por el instituto.

Sección II. El origen romano de la buena fe contractual: una mirada crítica

En términos generales, el análisis histórico del derecho romano se encauza a partir de diversas corrientes de pensamiento jurídico que difieren entre sí en cuanto a su aproximación con respecto a las posibles lecciones que se extraen de los estudios romanistas.

Para Miklos Könczöl, a la hora de examinar la historia legal no solo entra en cuestión el método académico empleado, sino que, ante todo, cabe cuestionarse cuál es el propósito que sirve la reconstrucción de las instituciones romanas. Según el autor, las corrientes jurídicas principales, a este respecto, plantean aproximaciones que sirven tres propósitos diferentes: en primer lugar, el enfoque neo-pandectista, que centra su atención en el sistema conceptual de derecho romano, sostiene la utilidad de estos conceptos para los proyectos de armonización legal; en segundo lugar, el enfoque iusnaturalista, por su parte, recurre al derecho romano para descubrir verdades morales o valores atemporales que subyacen a tales

instituciones; mientras que, en tercer lugar, las instituciones romanistas también se estudian como constructos sociales dependientes de contextos históricos concretos⁸³.

En el caso puntual de la buena fe contractual, a raíz de la revisión bibliográfica efectuada, se estima que su abordaje histórico-jurídico discurre primariamente en la línea del enfoque neo-pandectista. Esto quiere decir que se estudia el origen romano del instituto, al igual que sus subsecuentes desarrollos, con miras al rol que pueda desempeñar como concepto en el marco del derecho contractual en cuanto a sus efectos y funciones y, asimismo, en el marco de los proyectos contemporáneos de armonización legal en materia contractual.

Igualmente, la influencia del enfoque iusnaturalista es notoria, en especial debido a que este se encuentra entrelazado con el propio desarrollo histórico del instituto. Para los teóricos del derecho natural, como Jean Domat, la buena fe contractual entra «en la categoría de las leyes inmutables que al provenir de la *naturalis ratio* encierran preceptos universal y eternamente válidos para todos los hombres»⁸⁴. En este sentido, si bien no se constata en la bibliografía intentos por desentrañar cuál valor atemporal subyace al instituto, lo cierto del caso es que la noción de buena fe, como tal, es empleada en el discurso iusnaturalista, en gran medida, como una regla de aplicación universal gracias a su influjo romanista.

Por contraposición, el enfoque socio-histórico, en cuyo abordaje las instituciones jurídicas romanas se estudian como constructos sociales ligados a contextos históricos específicos, no goza de la misma preeminencia que los dos enfoques anteriores en lo que atañe al instituto en cuestión. Vale destacar, en particular, el esfuerzo de Facco quien dedica los primeros apartados de su obra *Vicisitudes de la buena fe negocial*⁸⁵, la cual se comenta en profundidad adelante, a rastrear los antecedentes de la buena fe contractual en el periodo arcaico romano y a señalar ciertos elementos de orden sociopolítico de relevancia en su periodo de emergencia. No obstante, recurrir solo a estos datos no basta para esclarecer por qué la buena fe contractual se origina precisamente en el momento en que lo hace.

Para dar respuesta al anterior interrogante, al igual que para indagar acerca del núcleo axiológico del instituto, se argumenta a favor de franquear los límites tradicionales impuestos

⁸³ Miklos Könczöl, “The Relevance of Roman Law: A Look at its Roles and Ideologies”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* 112 (2017): 99–100.

⁸⁴ Facco, *Vicisitudes*, 131.

⁸⁵ Para la citación completa ver *supra*, 1, nota al pie 2.

por las investigaciones histórico-jurídicas que se ocupan de la buena fe contractual cuyo punto de partida, invariablemente, viene dado por el sistema de derecho romano.

Para evidenciar la necesidad de franquear tales límites, los próximos dos apartados se ocupan de sopesar *críticamente* los beneficios que reporta tal proceder y los inconvenientes que surgen a raíz de su implementación, respecto a los fines aquí fijados.

A. Los beneficios de situar al derecho romano como punto de partida investigativo

Todo recuento histórico requiere necesariamente de un punto de inicio. En el caso de la buena fe contractual, este punto de partida investigativo se sitúa con respecto a su génesis en el marco del derecho romano. El derecho romano, por ende, opera como el marco referencial primario a partir del cual se articula el recuento histórico del instituto. Esta decisión metodológica, desde el plano del sentido común, resulta autoevidente ya que ¿cómo se podría estudiar un fenómeno, un instituto o un concepto, antes de que este se manifieste?

En esta investigación no se obvia este hecho elemental.

No obstante, como el enfoque axiológico planteado se pregunta por el núcleo axiológico en cuestión y no solamente por el instituto *per se*, se requiere de una maniobra contra intuitiva dado que el centro de atención se desplaza hacia aquel valor jurídico tutelado.

Esta maniobra tiene por resultado, cuando menos, dos posibles vías de acción.

Primero, una vez establecido aquel valor jurídico tutelado por la buena fe contractual, se torna posible recurrir a dicho valor como categoría de análisis para releer la historia canónica del instituto; y, segundo, al concentrar la atención sobre el valor tutelado, se puede indagar acerca de *otros* mecanismos mediante los cuales se pretende proteger dicho valor que no por ello deben estar necesariamente supeditados a la lógica y la evolución del derecho romano que dio, como producto, el mecanismo de la buena fe contractual.

En la presente investigación se opta por encauzar el análisis a partir de la primera vía de acción, dado que se toma a la buena fe contractual como objeto de estudio. Empero, cabe destacar que, al comprender al instituto como un mecanismo de tutela entre otros posibles, la segunda vía de acción puede dar pie a futuras investigaciones.

Ahora bien, para siquiera contemplar este proceder, en primera instancia vale clarificar que no se ignora el hecho de que la decisión de situar al derecho romano como punto de partida investigativo de la buena fe contractual reporta claros resultados.

Tal decisión faculta dilucidar el contenido jurídico del instituto para así rastrear la evolución conceptual de este mecanismo de tutela, en particular.

Perfilar la investigación histórica de esta manera reporta dos notables beneficios que merecen ser debidamente considerados: primero, el marco referencial del derecho romano permite una precisa delimitación de las investigaciones histórico-jurídicas concernientes al instituto; y, segundo, el hecho de que la historia jurídica de la buena fe contractual se sustente con base en la especificidad de aquellos datos jurídicamente relevantes permite desentrañar su operatividad pragmática en el marco quehacer jurídico.

Ambos beneficios se comentan de seguido.

1. De la precisa delimitación de las investigaciones histórico-jurídicas

Según lo dicho con anterioridad, la buena fe contractual es un instituto jurídico de origen romano. Por ende, resulta transparente la decisión metodológica de situar al derecho romano como punto de partida de las investigaciones histórico-jurídicas por cuanto permite una precisa delimitación de su objeto de estudio: la *bona fides*. En este sentido, el derecho romano funge como marco referencial primario a partir del cual articular la historia jurídica del instituto en cuestión. Más aún, desde una perspectiva estrictamente jurídica, es solo una vez que la *bona fides* ingresa en este marco referencial que adquiere sentido preguntarse acerca del rol que desempeña el instituto dentro de las lindes de la historia legal romana.

Para abordar la pregunta acerca del rol que desempeña la *bona fides* es menester refinar la delimitación del objeto de estudio en atención a dos factores adicionales: un criterio de delimitación material y un criterio de delimitación espacio-temporal.

En cuanto a la delimitación material del objeto de estudio, el estudio de la *bona fides* se circunscribe al derecho privado romano⁸⁶, lo cual es especialmente significativo ya que

⁸⁶ En el campo del derecho privado romano la *bona fides* se manifiesta como *contractus bona fidei*, en materia contractual, y como *bona fidei possessio*, en la usucapión y en la posesión; al respecto, sobre el segundo aspecto, ver la obra: Jimmy Enrique Ramos Corea, “La Buena y la Mala Fe Posesoría y sus Efectos Jurídicos” (Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986), 3.

esta entra en escena en un periodo de transición entre dos sistemas de enjuiciamiento civil — del *legis actiones* al sistema formulario— que supuso modificaciones sustanciales en el quehacer jurídico romano de gran envergadura para su posterior evolución.

En cuanto a la delimitación espacio-temporal del objeto de estudio, debido a la prolongada presencia histórica de la *bona fides*, se ubica en diversas etapas de desarrollo de la experiencia jurídica romana —en cuanto al tiempo— y, a raíz de la expansión territorial de Roma, aunado a la ampliación del radio de aplicación de la *bona fides* en virtud del creciente tráfico comercial, esta no se aplica solamente a la esfera restringida de la comunidad romana, sino también a un creciente contexto internacional —en cuanto al espacio.

Este es el primer beneficio que supone situar al derecho romano como punto de partida de la historia jurídica de la buena fe contractual: facilitar su precisa delimitación en cuanto a su objeto —la *bona fides*—, en cuanto a su materia —el derecho privado romano— y en cuanto su referente espacio-temporal —los diferentes contextos y etapas de su aplicación—; todo lo cual permite un alto nivel de detalle en el plano investigativo que se refuerza gracias a la especificidad de los datos jurídicamente relevantes con los cuales se articula la historia legal del instituto, beneficio que se comenta a continuación.

2. De la especificidad de datos jurídicamente relevantes

En un plano general, el estudio de la historia legal romana se enfrenta a la dificultad de requerir disponibilidad de información fáctica lo suficientemente satisfactoria sobre la cual basar sus reconstrucciones de las instituciones jurídicas, situación particularmente gravosa respecto a sus primeros estadios: el denominado derecho arcaico romano.

Esta dificultad, no obstante, aminora progresivamente según avanzan las etapas de desarrollo de la experiencia jurídica romana gracias a una mayor afluencia y a una mayor calidad de fuentes literarias fiables; para el periodo de la República tardía ya se constata esta mejoría, la cual se acrecienta todavía más a partir del periodo del Principado, en adelante⁸⁷.

Ahora, si bien el antecedente directo de la *bona fides* puede remontarse al derecho arcaico bajo la forma de la *fides* romana, en la cual confluyen elementos jurídicos y religiosos indiferenciadamente, lo cierto del caso es que esta «ha dado lugar a un estadio posterior en

⁸⁷ Olga Tellegen-Couperus, *A Short History of Roman Law* (London: Routledge, 2002), 3 y 65.

el cual, al recibir el calificativo de *bona*, resultó secularizada y pasó a constituir el fundamento de los negocios no amparados por el *ius civile* en sentido estricto»⁸⁸. Por lo demás, en cuanto a esta mutación de la *fides* arcaica hacia la *bona fides* secular, ella «se verificó en un momento histórico impreciso, pero que puede ubicarse de manera aproximada hacia los albores del derecho romano preclásico (en torno al siglo III a.C.)»⁸⁹.

Esto significa que la mutación hacia la *bona fides* acontece en medio del periodo de la República, razón por la cual, a partir de dicho punto, el estudio histórico de la buena fe se favorece de la mayor disponibilidad de información fáctica fiable antes señalada.

Esta situación contribuye a que en la articulación de la historia jurídica del instituto sea factible recabar aquellos datos jurídicamente relevantes específicos a su desarrollo, los cuales, en su primera manifestación estrictamente legal —bajo el modo de la *bona fides*—, se dirigen por un énfasis pragmático atinente a desentrañar la operatividad del instituto en el plano procedimental; es decir, cómo este era aplicado en el quehacer jurídico romano. Con posterioridad, una vez el instituto comienza a operar en el marco de la *cognitio extra ordinem* —bajo el modo de los *bonae fidei contractus*— la pregunta procesal da paso a la pregunta sustancial; lo que quiere decir, cómo este deviene en regla de derecho material.

La especificidad de estos datos, en atención a los factores netamente jurídicos, es crucial para dilucidar las funciones desempeñadas por la buena fe contractual. No obstante, tal circunscripción entraña, asimismo, una aguda desatención respecto a elementos propios de órdenes exógenos al orden jurídico; datos económicos, económicos y sociales que confluyen con el fenómeno legal —en general— y con el contexto de emergencia de la buena fe contractual —en particular— cobran vital relevancia cuando la pregunta por los aspectos técnico-jurídicos del instituto es relevada por la pregunta que inquiere acerca del valor jurídico que a este instituto en cuestión le corresponde tutelar y realizar.

Cuando el foco de la investigación se centra en dilucidar el núcleo axiológico de la buena fe contractual, tal como aquí se propone, situar al sistema de derecho romano como punto de partida de la historia legal del instituto reporta los siguientes inconvenientes.

⁸⁸ Facco, *Vicisitudes*, 51.

⁸⁹ Facco, *Vicisitudes*, 50–51.

B. Los inconvenientes de situar al derecho romano como punto de partida investigativo

El estudio de la buena fe contractual, perfilado desde una perspectiva histórica —sea que este discurra en la línea de un enfoque neo-pandectista o iusnaturalista—, arroja luz sobre aristas claves del objeto de estudio, tales como: cuál es el importe jurídico de la buena fe; cómo esta opera en cuanto a su funcionamiento pragmático (en el ámbito procesal); o cómo ella muta en cuanto a su evolución conceptual (en el ámbito sustancial). Tales interrogantes, desde dicha perspectiva, cuentan con respuestas satisfactorias que se articulan en virtud de la decisión metodológica de situar al derecho romano de punto de partida investigativo.

Dado el estado de cosas descrito, una nueva vía de interrogación se vislumbra; una vía capaz de interrogar acerca de la *valía* de la buena fe contractual cuyo eje central sea dilucidar por qué este instituto se estima valioso en el marco del discurso jurídico. Esta pregunta revela su pertinencia en cuanto se repara en el uso recurrente que los juristas hacen de la fórmula verbal de la buena fe, a pesar —o quizás, *en virtud*— del escaso consenso teórico-dogmático acerca de un núcleo duro de contenido que le sea propio.

Por ende, en esta investigación se apuesta por un enfoque que focalice su atención en la dimensión axiológica de la buena fe contractual dado que, en este contexto investigativo, la buena fe se concibe como un mecanismo de tutela de un valor jurídico en particular: la confianza. En consecuencia, al remitir a la dimensión axiológica del instituto, en realidad se inquiere acerca del valor jurídico que este mecanismo particular pretende tutelar.

Ahora bien, cuando el foco de atención se desplaza del instituto *per se* hacia el valor que este pretende realizar en la práctica, situar al derecho romano como punto de partida investigativo presenta, cuando menos, tres inconvenientes nada desdeñables.

El primer inconveniente es que la pregunta axiológica pone de relieve que la buena fe contractual no agota, por sí sola, al valor jurídico que pretende tutelar; el instituto es un mecanismo mediante el cual se hace efectiva esa tutela, mas no por ello se entiende que esa tutela sea una preocupación exclusivamente romana. El segundo inconveniente es que el enfoque histórico, de corte estrictamente jurídico, plantea una visión complaciente al no atender a los determinantes socioeconómicos que dan pie al instituto. Y, finalmente, el tercer inconveniente radica en que la historia legal del instituto no es ajena a cierto grado de ensimismamiento del derecho proclive a ignorar hallazgos de otras disciplinas.

Acto seguido, se describe en qué consiste cada uno de estos inconvenientes.

1. De la pregunta axiológica: el valor antecede a su manifestación legal

A la axiología jurídica, tradicionalmente, le compete la tarea de fijar cuáles valores importan al derecho, en tanto, a este último, ciertos valores le determinan un «deber ser»⁹⁰. Para Recaséns Siches, el derecho real y efectivo se enfrenta a necesidades concretas que busca solventar mediante la consecución de fines específicos; dichos fines son fijados mediante juicios de valor que, en última instancia, se sustentan en valores⁹¹.

El caso de la *bona fides* puede comprenderse a luz del esquema descrito.

Para el momento histórico en que se data la emergencia de la *bona fides*, la necesidad que atraviesa el derecho romano puede catalogarse —al decir de Recaséns— como la «urgencia de resolver los conflictos en la convivencia y en la cooperación»⁹² en el ámbito comercial, propiamente, cuyas repercusiones, empero, atraviesan asimismo la posterior experiencia jurídica romana. Esta necesidad obedece dos motivos puntuales: la expansión territorial de Roma por la cuenca del Mediterráneo y el consecuente auge del tráfico mercantil debido al mayor contacto con otros centros de comercio, todo lo cual conlleva a «una modificación estructural de las relaciones socioeconómicas»⁹³ romanas y que deja en plena evidencia el extemporáneo formalismo del *ius civile* en este nuevo panorama económico.

En cuanto a la finalidad que se persigue «En una primera instancia, la *bona fides* desempeñó una función dirigida a la protección jurídica de las relaciones del tráfico comercial»⁹⁴ cuya concreción depende del hecho de que el instituto pasa a servir de «fundamento para la accionabilidad de aquellos negocios de derecho privado celebrados entre romanos y peregrinos, o de estos entre sí»⁹⁵. En otras palabras, esto significa que sujetos y relaciones que previamente no gozaban de amparo legal, gracias al influjo de la *bona fides*, ahora sí cuentan con tal prerrogativa. Lo anterior denota, asimismo, que el fin antes dicho se

⁹⁰ Luis Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho* (México: Porrúa, 1965), 368, citado en Enrique P. Haba, *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico*, 3ª. ed. (San José, C.R.: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2016), 10.

⁹¹ Recaséns Siches, 368.

⁹² Recaséns Siches, 368.

⁹³ Facco, *Vicisitudes*, 52.

⁹⁴ Facco, *Vicisitudes*, 54.

⁹⁵ Facco, *Vicisitudes*, 54.

fija en virtud de un juicio de valor ya que se valora, entonces, que «El *ius civile* (...) no venía en auxilio de tales relaciones que, no obstante, eran merecedoras de tutela jurídica»⁹⁶.

Lo que resta por averiguar, por tanto, es conforme a qué valor jurídico es factible juzgar valorativamente que estas relaciones son merecedoras —o no— de dicha tutela.

En la sección final de este capítulo se profundiza en esta averiguación⁹⁷: mediante un análisis de la *fides* romana arcaica, entendida como un *crédito sociojurídico*, se muestra la importancia del atributo de confiabilidad de los sujetos en la comunidad romana de este periodo; frente al nuevo panorama económico que entraña la dificultad de constatar con certeza este atributo, surge la *bona fides*, producto de la praxis comercial, que se vale del sistema simbólico de la ley para desplegar una ampliación del radio de confianza que brinda protección legal a relaciones negocial que previamente no gozaban de ella.

Una vez que se introduce en el análisis la pregunta por el núcleo axiológico de la buena fe contractual, esta puede comprenderse como un mecanismo que pretende tutelar determinado valor en el plano jurídico, mas no puede prejuzgarse que este sea el único mecanismo que desempeñe dicha tarea. Por ende, situar al derecho romano como punto de vista investigativo permite comprender este mecanismo en particular. No obstante, como el propio caso de la *fides* arcaica evidencia, en la cual los elementos religiosos y jurídicos confluyen indistintamente, el valor se manifiesta en la praxis —comercial— con antelación a su manifestación estrictamente jurídica. Así pues, cabe preguntarse cómo opera dicho valor antes de incorporarse a la esferal legal y con qué fenómenos se halla en contacto.

Dicha pregunta conduce al segundo inconveniente, el cual apunta hacia la escasa atención que se brinda a los determinantes socioeconómicos que dan pie al instituto.

2. De la visión complaciente de la historia: el obscurecimiento de los determinantes socioeconómicos

Tal como se señala al inicio de esta sección, en el marco de las investigaciones histórico-jurídicas acerca de la buena fe contractual, predominan estudios en las líneas del enfoque neo-pandectista, aunado al enfoque iusnaturalista por motivos de evolución histórica

⁹⁶ Facco, *Vicisitudes*, 54–55.

⁹⁷ Al respecto, ver *infra*, 4, la Sección III de este capítulo titulada: «A la búsqueda de un valor: un análisis del contexto de emergencia de la buena fe contractual».

del instituto. La misma preponderancia no puede predicarse del enfoque socio-histórico, cuyo énfasis radicaría, en cambio, en perfilar el estudio del instituto romano de la *bona fides* en calidad de constructo social dependiente de un contexto histórico en específico.

A manera de ejercicio especulativo, es posible conjeturar que quizás sean los mismos beneficios, antes citados, los factores que entorpecen el análisis socio-histórico del instituto.

Tanto la precisa delimitación de estas investigaciones como la especificidad de los datos jurídicamente relevantes, demandan una lógica que privilegia, por encima de todo, la comprensión del objeto de estudio según intereses, parámetros de utilidad y criterios de conveniencia que importen a la disciplina jurídica. La atención estricta al fenómeno de lo legal, desde una perspectiva histórica, es irreprochable en virtud de los resultados a los que conduce y a los productos con los que enriquece a la disciplina. Sin embargo, esta actitud también tiene como correlato una necesaria desatención con respecto a otros dominios de conocimiento que se encuentran entretnejidos en la historia de los institutos bajo estudio y que, al ser examinados desde otros ángulos, revelan aspectos que bien podrían enriquecer el análisis y que, incluso, podrían entrar en conflicto con la narrativa histórico-jurídica.

Debido al hecho de que el objetivo central de esta investigación no es exclusivamente histórico, desplegar un análisis del instituto a partir de un enfoque socio-histórico, en su entereza, sobrepasa los límites aquí establecidos. No obstante, esto no excluye la posibilidad de articular un estudio —aunque este sea necesariamente parcial— mediante el cual se examine a la buena fe contractual como constructo social para considerar los «factores materiales» de corte socioeconómicos y político-jurídicos que, al decir de Facco, «contribuyeron para que [este] se concretara»⁹⁸. Esto con el propósito de contribuir a la labor de explicar las razones detrás del porqué la buena fe contractual emerge en este momento histórico específico.

Afortunadamente, Facco avanza en esta tarea al subrayar la trascendencia de dos circunstancias fundamentales que definen este momento histórico en particular, las cuales ya han sido mencionadas sumariamente: la modificación del modelo social de producción de la sociedad romana y el tránsito del proceso del *legis actiones* hacia el sistema formulario.

Ahora bien, si lo que verdaderamente se pretende es comprender la buena fe contractual como constructo social, es menester considerar dos factores socioeconómicos

⁹⁸ Facco, *Vicisitudes*, 54; texto agreg.

cuya trascendencia no puede resaltarse lo suficiente: se trata, pues, del fenómeno del endeudamiento y del fenómeno de la monetización de la economía romana, los cuales se encuentran estrechamente ligados entre sí. Estos factores, según se argumentará, operan como determinantes socioeconómicos que condicionan la emergencia y desarrollo de la buena fe contractual, tal cual se discute en profundidad más adelante⁹⁹.

Por el momento, conviene plantear la problemática: en consecuencia del limitado ahondamiento que se brinda al aspecto socio-histórico de la buena fe contractual, sucede que las investigaciones histórico-jurídicas tienden a presentar una versión higienizada de su contexto de origen, en particular, y de la sociedad romana, en general.

Con tal de ilustrar el punto, considérense las tres siguientes objeciones que es factible oponer al recuento de Facco, reconociendo —a manera de salvedad— que en su análisis el autor sí se preocupa por abordar ciertos aspectos socio-históricos del instituto.

En primer lugar, considérese el supuesto según el cual la *fides* arcaica «viene a constituir el fundamento de la relación de clientela»¹⁰⁰, lo cual es particularmente relevante al reparar en el hecho de que esta es una institución que «surge y florece en tiempos antiguos debido a las desigualdades de la sociedad romana»¹⁰¹ y que, parcialmente, contribuye a mitigar las disparidades sociales y económicas al vincular a personas de diferente riqueza y estatus en obligaciones recíprocas¹⁰². Cabe acotar que la sociedad romana se caracteriza por estructurarse jerárquicamente y las relaciones de patronazgo no son la excepción: patrono y cliente no son términos iguales en una relación entre pares; este es un vínculo en que prima, ante todo, la superioridad de una parte con respecto a la otra —*i.e.*, principio de jerarquía.

Ante tal estado de cosas cabe cuestionar si para cuando cristaliza la noción de *bona fides* está lógica de jerarquía se depura o si, por el contrario, perviven resabios de ella.

En segundo lugar, ¿no resulta sugerente el hecho de la *fides* arcaica «desde épocas remotas» fuese «un atributo, sobre todo del estamento patricio»¹⁰³? Conviene averiguar por

⁹⁹ Al respecto, ver *infra*, 48–52 y 52–60, los apartados A y B de la Sección III del presente capítulo.

¹⁰⁰ Facco, *Vicisitudes*, 40.

¹⁰¹ Gary Forsythe, *A critical history of early Rome: from prehistory to the first Punic War* (California: University of California Press, 2005): 216

¹⁰² Forsythe, 216.

¹⁰³ Facco, *Vicisitudes*, 49.

qué este estamento gozaba de un mayor «crédito sociojurídico»¹⁰⁴ que el estamento de los plebeyos, por ejemplo; máxime si esta diferencia se constata con respecto a una cualidad — la credibilidad— que era «esencial para la supervivencia del individuo en el grupo»¹⁰⁵. Ahora, si se repara en que la «historia arcaica [de Roma], según la registran cronistas oficiales como Livio, es la historia de continuas tensiones entre patricios y plebeyos, y de continuas crisis de deudas»¹⁰⁶, pues bien, cabe indagar acerca de la dinámica de las relaciones entre acreedores y deudores, cómo estas mutan una vez que se monetiza la economía romana y qué función desarrolla la *bona fides*, en calidad de instrumento pecuniario, en dicho contexto.

Y, en tercer lugar, al tratarse de la mutación de la infraestructura socioeconómica romana, que conduce a la transición de la *fides* a la *bona fides*, se sostiene que esta obedece a la expansión territorial de Roma y al auge comercial del cual esta población goza en adelante. Sin embargo, lo que se omite mencionar en esta explicación es que la expansión territorial romana es de corte netamente militar y que el auge comercial que surge como producto de esta incluye mercancías tales como botines de guerra y prisioneros de guerra (que devienen esclavos) que indudablemente beneficiaron la economía romana de entonces.

En otras palabras, el clima negocial que impera durante el periodo en que se consolida la buena fe contractual no es una suerte de panacea de intercambio pacífico entre iguales sino un contexto histórico complejo, el cual, al ser analizado sin una clara referencia a los determinantes socioeconómicos antes dichos, conduce a un panorama investigativo en que prima una «visión complaciente» de la historia del instituto, por no decir de la historia legal romana en toda su extensión; he allí el carácter higienizado del recuento.

Claro está que introducir al análisis consideraciones respecto a fenómenos de tan vasto alcance como lo son el dinero y la deuda, los cuales se encuentran estrechamente relacionados con graves problemáticas sociales como la guerra y la esclavitud —temáticas espinosas para el derecho— no es una tarea sencilla. Empero, omitir toda mención a estos fenómenos se estima injustificable en tanto que ellos, en efecto, acontecieron y formaron parte del ambiente socioeconómico en que tuvo que operar el derecho y la buena fe.

¹⁰⁴ Por el concepto de «crédito socio-jurídico» se entiende el atributo de confiabilidad que despliega un individuo con respecto a los demás miembros de su comunidad, mediante sus palabras y actos; para una descripción completa del concepto, ver *infra*, 67, nota al pie 184.

¹⁰⁵ Facco, *Vicisitudes*, 50.

¹⁰⁶ Graeber, *En deuda*, 251; *Debt*, 230; texto agreg.

En gran medida sería insensato catalogar estas omisiones como malicia por parte de los investigadores. Más bien, pareciera que esto obedece a cierta mentalidad de los juristas en el plano investigativo que, en este caso, es el último inconveniente por comentar.

3. Del ensimismamiento del derecho: la ignorancia de hallazgos provenientes de otras disciplinas

Dentro de la plétora de principios de uso habitual en el discurso de los juristas, uno de ellos es particularmente útil para mostrar en qué consiste el presente inconveniente: se trata, en cuestión, del principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico.

Al decir de García este «es un dogma jurídico que presupone una relación entre el derecho y todo lo que existe» ideado «con la intención de fundamentar la presencia del Estado en cualquier actividad humana»¹⁰⁷. La formulación de tal dogma habilita concebir al derecho como un sistema que, en su quehacer, tiene respuesta para cualquier caso que se le presente por cuanto no cuenta con lagunas, a raíz de lo cual se deduce su supuesta plenitud.

Más allá de la conveniencia o validez lógica del principio, lo que aquí verdaderamente interesa es la mentalidad que deja patente su sola enunciación. Para enunciar dicho principio se requiere de una mentalidad que opere bajo la suposición de que el derecho es un dominio de conocimiento y una praxis social de carácter autosuficiente; el derecho se basta a sí mismo, razón por la cual no requiere de influencias externas o foráneas, ya que todos los insumos necesarios para guiar su proceder se los proporciona por cuenta propia.

Debido a este alto grado de reclusión en el propio universo teórico, tal cual le denomina Salas, se utiliza el calificativo de ensimismamiento del derecho, para dar cuenta de dicha mentalidad que, en el plano de la investigación jurídica, se manifiesta bajo el modo de una propensión a desatender los aportes que ofrecen otros saberes, distintos al legal.

A pesar de que en este punto se critica esta mentalidad jurídica, la cual tiende hacia el ensimismamiento, por igual se reconoce la dificultad que entraña integrar al análisis perspectivas provenientes de otras disciplinas. Sea a nivel histórico o teórico-dogmático, tal proceder resulta dificultoso dado que existen obstáculos epistemológicos nada desdeñables que entorpecen la cooperación o colaboración de saberes, desde un plano lógico.

¹⁰⁷ Ignacio García, “El principio de Plenitud Hermética y la Lex Mercatoria” (Trabajo final de graduación para optar por el grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005), iii.

Al respecto, Minor E. Salas trata este punto al referirse al problema de los sistemas jurídicas, en el contexto del «sofisma de la interdisciplinariedad». En este sentido, hay ciertos autores que plantean que el derecho puede comprenderse como un sistema autopoiético, lo cual significa que el derecho goza de la capacidad de reproducir sus propios componentes, de conservarlos y de auto-describirse¹⁰⁸. En otras palabras, esto remite a un atributo característico de los ordenamientos jurídicos porque estos tienen la «capacidad de producir, transformar o anular sus propios instrumentos de generación, todo ello de una manera bastante autónoma o independiente de otras formas de control social»¹⁰⁹.

A partir de esta autonomía —o si se quiere, a partir de esta autodeterminación de su propio proceder— el derecho, en principio, no tendría motivo alguno por el cual entrar en contacto con cualesquiera otras disciplinas ni para integrar sus posibles aportes.

Para tal postura este contacto sería superfluo debido a que los ordenamientos jurídicos se conciben como una suerte de entidades con la facultad de crearse a sí mismos, de regularse sin injerencia externa y de establecer sus propios medios de modificación —que poco o nada tienen que ver con los individuos encargados de ejecutar tales labores; lo que quiere decir, los operadores jurídicos de carne y hueso. Nótese que, en este caso, se parte del mismo dogma de autosuficiencia que postula el principio de plenitud hermética; solamente se le denomina de otro modo, lo cual remite, nuevamente, al ensimismamiento antes criticado.

Para decirlo con Salas, quien por lo demás desaconseja caer presa de un optimismo desmesurado en lo que respecta a la tarea interdisciplinaria en el marco de las ciencias sociales, el verdadero obstáculo que se enfrenta es el siguiente:

El factor fundamental para un trabajo en conjunto entre las distintas disciplinas del saber humano no es, empero, de naturaleza lógica, sino subjetiva-volitiva, es decir, *psicológica*. Con otras palabras: se trata de un problema de actitud de los individuos concretos que forman parte de una comunidad científica¹¹⁰.

El problema de actitud hasta aquí reseñado, el ensimismamiento del derecho tiene consecuencias no solamente en el quehacer práctico de la disciplina sino además en el plano investigativo que, en el caso puntual de buena fe contractual, discurren por dos vías.

¹⁰⁸ Minor E. Salas, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...*, 2ª. ed. (San José, C.R.: ISOLMA, 2013), 151.

¹⁰⁹ Salas, *Yo me engaño*, 152.

¹¹⁰ Salas, *Yo me engaño*, 157.

Primero, en el campo de la investigación histórico-jurídica, la decisión metodológica de situar al derecho romano como punto de partida investigativo limita el espectro de la interrogación al atender, exclusivamente, a aquellos insumos que la propia disciplina produce; si bien aquí interesa el abordaje de un instituto jurídico, queda manifiesto que cuando se focaliza la atención sobre el valor que se tutela, las dinámicas y los fenómenos con los cuales tal valor se vincula supera la esfera de lo estrictamente legal. Es por este motivo que aquí se aboga por franquear los límites tradicionales que trazan las investigaciones históricas del instituto, para así abordar apropiadamente la pregunta axiológica.

Por otro lado, la segunda vía por la que discurren tales consecuencias es con respecto al tratamiento del objeto de estudio en el campo teórico-dogmático, a raíz del contenido ético-moral —*i.e.* extrajurídico— que introduce la buena fe en el contexto contractual, situación que no se ha abordado satisfactoriamente tal cual se muestra más adelante¹¹¹.

Sección III. A la búsqueda de un valor: un análisis del contexto de emergencia de la buena fe contractual

Tras haber introducido, previamente, las plataformas conceptuales y las categorías de análisis que cada una de ellas aporta, la presente sección se consagra a emplearlas para con ellas examinar el contexto de emergencia del instituto en el sistema jurídico romano.

Según se dijo con anterioridad, la aparición de la buena fe contractual se remonta al periodo comprendido entre los siglos III y II a.C., punto a partir del cual es común que avancen las investigaciones histórico-jurídicas al respecto. A este lapso puede denominarse como el momento genético de la buena fe contractual, para decirlo con una metáfora; es durante este periodo que se perfila el contenido netamente jurídico del instituto que da pie a una serie de rasgos distintivos —genes, si se quiere— que, en gran medida, permanecen a lo largo del tiempo aunque indudablemente algunos de ellos experimenten mutaciones. Más aún, fijar la atención sobre tal momento reviste suma importancia porque es hasta entonces que la noción de *bona fides* experimenta su cristalización (Lenski) jurídica; dicho en otras palabras, es hasta entonces que dicha noción adquiere pleno interés para el derecho.

¹¹¹ Al respecto, para una explicación detallada de esta problemática, ver *infra*, 106–107, en las páginas introductorias del Título II de la presente investigación.

Con antelación a dicha cristalización, la *bona fides* tiene por antecedente directo la antigua noción de la *fides* que prevalece durante el periodo arcaico de la historia legal romana, periodo que se caracteriza por la concurrencia de elementos jurídicos y religiosos por cuanto los límites entre ambos sistemas simbólicos —para usar el término de Hosking— no se encuentran enteramente diferenciados sino hasta tiempos de la República¹¹². Esta confluencia jurídico-religiosa es propia del primer sistema de enjuiciamiento civil romano, el antiguo *ius civile Quiritium* que se caracteriza por su marcado formalismo y solemnidad procedimental. A tenor de lo anterior, la transición de la *fides* hacia su versión secularizada bajo el modo de la *bona fides* es especialmente significativa debido a que esta coincide en el tiempo con el paulatino desplazamiento hacia el segundo sistema de enjuiciamiento civil, el procedimiento formulario —*per formulam*— que marca un nuevo estadio en la experiencia jurídica romana.

Una vez realizado este comentario inicial, ahora conviene realizar tres aclaraciones de procedimiento respecto al análisis histórico que a continuación se ofrece.

En primer lugar, el análisis por efectuar se perfila desde un enfoque socio-histórico debido a que interesa comprender el momento genético de la buena fe contractual como el contexto histórico específico que forja al instituto en calidad de constructo social.

En segundo lugar, en aras de abordar adecuadamente al instituto como constructo social en relación con el contexto histórico que lo forja, es preciso dar cuenta de ciertos desarrollos socioeconómicos clave que acontecen en Roma con antelación al momento genético bajo estudio. Dichos desarrollos son los fenómenos del endeudamiento y de la monetización de la economía romana, los cuales fungen de determinantes socioeconómicos del instituto, con especial atención a la incidencia de ambos durante el siglo IV a.C.

En tercer lugar, adviértase que debido a que esta investigación no es exclusivamente histórica, el análisis no pretende ser exhaustivo; este se limita a considerar los determinantes antes citados que, según se argumenta, ejercen una poderosa influencia sobre la eventual consolidación del instituto. A partir de las consideraciones que se efectúan, se busca mostrar el complejo entorno socioeconómico en el que la buena fe contractual se inscribe para, de tal manera, dimensionar apropiadamente la trascendencia de su momento genético.

Una vez efectuadas tales aclaraciones, el análisis se estructura en tres apartados.

¹¹² Víctor Bastante Granel, “La buena fe contractual: un apunte histórico-jurídico”, *e-Legal History Review* n.22 (2017): 2–3.

En un primer apartado se examina la situación del endeudamiento que aqueja, de forma recurrente, a la sociedad romana desde los tiempos de la República temprana en adelante, para lo que se remite a datos atinentes a la estructura social romana y a las adversas condiciones que afrontan los deudores en el marco de las relaciones negociales.

En un segundo apartado se explican las modificaciones que entraña la introducción de la moneda acuñada en la vida económica romana y las profundas repercusiones que se constatan a partir de tal acontecimiento, recalándose que la monetización se emplea como solución —a la larga, inefectiva— para hacer frente a la problemática del endeudamiento y cómo este desarrollo socioeconómico se vincula con la práctica bélica romana.

En un tercer apartado, por último, se estudia la transición de la *fides* arcaica hacia la *bona fides*, así como la posterior traslación de esta última hacia los *bonae fidei contractus*, en aras de mostrar la idoneidad de establecer al valor de la confianza como núcleo axiológico de la buena fe contractual, en relación con los desarrollos socioeconómicos antes discutidos.

Con este proceder se atina a contribuir a la discusión respecto al porqué y debido a qué motivos es que la buena fe contractual experimenta su momento genético precisamente en tal periodo, entre el siglo III y II a.C., tomando en debida consideración las múltiples dificultades que atraviesa por entonces la sociedad romana en el ámbito comercial.

En consecuencia, las plataformas conceptuales de Graeber y de Hosking se emplean a lo largo del examen para sustentar el argumento central antes formulado, mientras que, con tal de profundizar en las temáticas por discutir, asimismo, se recurre a fuentes históricas y jurídicas complementarias con cuales se ampliar el panorama de la averiguación.

A. La situación del endeudamiento en la sociedad romana

Para iniciar el examen de la situación del endeudamiento conviene traer a colación una cita de Graeber a la que ya se hizo mención¹¹³ según la cual la historia arcaica romana se articula en torno a continuas tensiones entre dos órdenes sociales: el orden social de los patricios y el orden social de los plebeyos, partes que protagonizan la disputa política conocida como el conflicto de los órdenes el cual se enmarca en un panorama marcado por continuas crisis de deuda que, consistentemente, afectan al plano socioeconómico.

¹¹³ Para la citación en cuestión, ver *supra*, 43, nota al pie 106.

Ahora bien, las crisis de deudas a las que se hace alusión no aquejan exclusivamente a la antigua sociedad romana. Por el contrario, el endeudamiento constituye una problemática recurrente que afrontaron, virtualmente, todas las grandes civilizaciones que gozaron de preminencia en la antigüedad, tales como las civilizaciones del Mediterráneo, de la China y de la India, durante el periodo de la «Era Axial»¹¹⁴ (800 a.C.-600 d.C.).

En el caso concreto de las civilizaciones del Mediterráneo el autor traza un estrecho paralelismo entre Roma y Grecia en el sentido de que «La historia de los orígenes de Roma, como la historia de los orígenes de las ciudades-estado griegas, era la de continuas luchas políticas entre acreedores y deudores»¹¹⁵. Tales luchas políticas, en gran parte, son producto de las adversas condiciones y de las graves sanciones que recaen sobre los primeros en las relaciones comerciales que entablan con los segundos, marcadas por la disparidad.

Al tratarse de la forma que asume dicho conflicto acreedor-deudor en el contexto romano, el cual se remonta, cuando menos, a los primeros tiempos de la República, resulta posible equiparar —*grosso modo*— al orden social de los patricios con la figura de los acreedores y al orden social de los plebeyos con la figura de los deudores¹¹⁶.

Por ende, en aras de dimensionar la envergadura que entraña el endeudamiento en el seno de la sociedad romana, resulta necesario realizar dos tareas puntuales.

En primera instancia, caracterizar a cada una de las partes involucradas en el conflicto de los órdenes para comprender los factores que motivan tal disputa; y, en segunda instancia, reparar en las adversas condiciones que afrontan los deudores en el plano socioeconómico y las dinámicas comerciales a las cuales estos se encuentran sometidos.

1. Del conflicto de los órdenes

Lo primero que cabe señalar con respecto al conflicto de los órdenes es el carácter oscuro de la distinción social entre patricios y plebeyos. Según indica Gary Forsythe, a la fecha no se sabe a ciencia cierta en qué momento ni debido a qué razones se instaura dicha

¹¹⁴ El término «Era Axial» es acuñado, originalmente, por el filósofo alemán Karl Jaspers con tal de denominar el periodo comprendido entre 800 a.C. y 200 a.C.; al respecto, véase: Karl Jaspers, *The Origin and Goal of History* (London: Routledge, 2010). Nótese que en el contexto de la obra de *Debt* se emplea el mismo término pero Graeber amplía el rango temporal que dicho periodo abarca.

¹¹⁵ Graeber, *En deuda*, 219; *Debt*, 201.

¹¹⁶ Cabe aclarar que esta es una *generalización gruesa*; con ella no se pretende afirmar que no hubiese relaciones negociales entre deudores y acreedores al interior de cada uno de estos órdenes.

distinción; empero, sí es factible aseverar que ya para mediados del siglo IV a.C. esta dicotomía social se encuentra enraizada en el interior de la sociedad romana¹¹⁷.

En consonancia con el criterio predominante en la literatura especializada, George Mousourakis sostiene que el conflicto al cual da pie esta dicotomía social configura una disputa política que define el desarrollo interno de Roma aproximadamente por los dos siglos posteriores al establecimiento de la República¹¹⁸ (509 a.C.). Para atemperar esta afirmación cabe atender la advertencia de Forsythe quien desaconseja comprender el conflicto de los órdenes como un único movimiento social sostenido. El autor concuerda con fechar el inicio del conflicto a partir de la primera secesión de los plebeyos de 494 a.C. y el final de este con la promulgación de la Ley Hortensia de 287 a.C., pero previene que «no deberíamos asumir que la naturaleza del conflicto social en 500 a.C. era más o menos la misma que en 400 a.C. o 300 a.C.»¹¹⁹ en virtud de la prolongada duración de la pugna.

Así pues, para vislumbrar cuáles fueron los motivos que impulsan esta confrontación entre patricios y plebeyos es menester brindar una descripción general de cada uno de los órdenes en cuestión, en su estadio temprano, la cual se presenta de seguido.

Por un lado, se encuentra el orden social de los patricios que conforma un orden aristocrático cerrado y que ostenta privilegios en virtud de nacimiento y de tenencia de propiedad inmueble; en un inicio, solamente los patricios gozan de la totalidad de derechos que confiere la ciudadanía romana, ejercen un monopolio del poder político de Roma al controlar las principales instituciones y cargos del estado y, por último, desempeñan las funciones sacerdotales —de carácter jurídico-religioso— por lo que cuentan con amplio margen de interpretación de las costumbres y discrecionalidad en la articulación de las leyes¹²⁰.

Por otro lado, se encuentra el orden social de los plebeyos que conforma el grueso de la población romana y que comprende, cuando menos, a tres subgrupos sociales: un proletariado rural, un campesinado de agricultores en el campo y de artesanos en las ciudades, y un conjunto de prominentes familias acaudaladas que aspiran a gozar de los mismos

¹¹⁷ Forsythe, 157.

¹¹⁸ George Mousourakis, *A Legal History of Rome* (London: Routledge, 2007), 6.

¹¹⁹ Forsythe, 158–159; trad. propia.

¹²⁰ Mousourakis, 5.

derechos que los patricios¹²¹. Esta aspiración se explica por cuanto los plebeyos son excluidos de la participación en el estado romano, al mismo tiempo que se hayan subordinados social y económicamente a los patricios, motivo por el cual se definen como un orden social independiente cuyo principal reclamo es la igualdad política¹²².

De esta caracterización de ambos órdenes queda manifiesta la notoria asimetría que gobierna las relaciones entre patricios y plebeyos en los primeros tiempos de la República. Dicho con los términos de Graeber, tales relaciones pueden comprenderse como fundadas bajo una «lógica de identidad» con base en la cual se justifica el dominio que ejerce un orden social sobre el otro; por ejemplo, es en virtud de la identidad de patricio que ciertos ciudadanos romanos gozan de la facultad de participar en el estado y, viceversa, es en virtud de la identidad de plebeyo que otros ciudadanos romanos son excluidos de tal participación.

Más aún, a la luz de las condiciones que afrontan los deudores que se comentan adelante y al tomar por punto de partida la generalización según la cual el grueso de deudores son plebeyos, puede argumentarse que esta lógica de identidad llega hasta el extremo en que las categorías de *patricio* y de *plebeyo* denotan a dos tipos, cualitativamente diferentes, de seres humanos por lo cual, en un momento inicial, los estándares comunes de reciprocidad en las relaciones entre los miembros de un orden y de otro simplemente no aplican.

A tenor de lo anterior, la superioridad de los patricios opuesta a la inferioridad de los plebeyos debe entenderse mediada por el peso de la costumbre y la tradición en el marco de una sociedad profundamente conservadora y estructurada jerárquicamente¹²³, todo lo cual repercutirá en la dinámica de las relaciones interpersonales en la temprana sociedad romana.

Asimismo, el conflicto de los órdenes es significativo en otro respecto.

Frente al panorama de constatación de disputa «Los patricios, cuyo poder ultimadamente dependía de la cooperación plebeya en la lucha de las guerras de Roma, se hallaron bajo creciente presión para realizar concesiones políticas y gradualmente cedieron, aunque no sin considerable resistencia, a las exigencias plebeyas»¹²⁴. Sin embargo, tales concesiones, lejos de significar la erradicación de las desigualdades sociales y económicas que históricamente aquejan al orden de los plebeyos, conducen a la creación de una nueva nobleza que suplanta

¹²¹ Forsythe, 158

¹²² Mousourakis, 8.

¹²³ Mousourakis, 4.

¹²⁴ Mousourakis, 8; trad. propia.

a la aristocracia patricia de antaño; esto quiere decir que cambia la constitución de la aristocracia en el poder —cuyo criterio de pertenencia es ahora la riqueza y la tenencia de oficinas estatales— para incluir tanto a patricios como a plebeyos pero ello no implica, en lo absoluto, una modificación sustancial del carácter aristocrático del estado romano¹²⁵.

En otras palabras, las concesiones efectuadas por los patricios que conllevan a la reconfiguración de la aristocracia dominante no anulan a la aristocracia. No obstante, este desarrollo es crucial por cuando supone la primera ampliación radical del radio de confianza que experimenta la sociedad romana, cuyo carácter es netamente interno. Al concebirse este acontecimiento de dicho modo, restricciones tales como la exclusión de participación estatal o el monopolio de funciones sacerdotales, por ejemplo, se entienden como fuertes barreras de confianza que impuso la aristocracia de antaño. Debido a la constante presión que los patricios afrontan, tales barreras deben ser modificadas para integrar a ciertos agentes que antes eran excluidos, configurándose un nuevo radio de confianza que los incluya.

Esa operación es congruente con un corolario de Hosking: frente a un escenario de crisis, la mejor táctica por adoptar es, justamente, ampliar el radio de confianza¹²⁶.

2. De las condiciones de los deudores

Una vez descrito, en sus generalidades, el conflicto de los órdenes y caracterizadas ambas partes que lo protagonizan, cabe cuestionar qué papel desempeña el fenómeno del endeudamiento en tal disputa, al igual que su incidencia en la vida económica romana.

Antes se ha citado la advertencia de Forsythe respecto a las variaciones que asume el conflicto de los órdenes a lo largo del tiempo. Sin embargo, el mismo autor reconoce que las adversas condiciones que afrontan los deudores son un factor recurrente que persiste en las tensiones entre patricios y plebeyos: «No puede haber duda de que la temprana población romana era periódicamente plagada por endeudamiento y escases de comida»¹²⁷, indica el autor en relación con los inicios de la República, mientras que, con base en su examen de los testimonios de Livio, concluye que para mediados del siglo IV «el endeudamiento era de

¹²⁵ Mousourakis, 9.

¹²⁶ Hosking, *Trust*, 26.

¹²⁷ Forsythe, 158; trad. propia.

hecho un problema crónico durante este periodo»¹²⁸. Según el punto de vista de Forsythe no es factible precisar puntualmente las razones por las cuales el endeudamiento aqueja de manera persistente a la sociedad romana¹²⁹, empero, su análisis sirve como punto de partida para perfilar la discusión sobre este determinante socioeconómico en específico.

Ahora bien, la gravedad que supone la situación del endeudamiento en el seno de la sociedad romana no se limita únicamente a las adversas condiciones de vida y de índole económico que afrontan los deudores sino a las consecuencias que se desprenden del incumplimiento de sus obligaciones comerciales. Para ilustrar las consecuencias que entraña el incumplimiento de pago por deudas tómesese, por ejemplo, la descripción que ofrece Martin Breaugh al referirse a esta situación en marco de la primera secesión de los plebeyos:

Los destituidos eran propensos a perder su estatus de hombres libres y convertirse en esclavos por deudas impagas. Este estado de cosas parecía tanto más injusto porque a los plebeyos se les requería defender la República Romana sirviendo en el ejército. Esta situación paradójica—defensa de la libertad de Roma contra amenazas externas pero sujeción doméstica—engendró ‘disensión interna’ entre patricios y plebeyos que hizo inevitable el conflicto de los órdenes¹³⁰.

En lo que concierne a la reducción a servidumbre por deudas impagas, debe hacerse hincapié en que dicho tema, aún hoy día, es objeto de polémica y debate en el marco de la literatura romanista especializada. En el marco de tales discusiones ocupa un lugar prominente la Tabla III, contenida en la Ley de las XII Tablas (circa 450 a.C.), que versa sobre la legislación relativa a la deuda, así como los recuentos de historiadores propios de la República tardía tales como Livio, Dionisio de Halicarnaso y Varro.

Asimismo, respecto al tema es significativo el pasaje que Aulo Gelio, en su obra *Noches áticas*, dedica a comentar las provisiones referentes al endeudamiento previstas en la Tabla III. En dicho pasaje el autor describe el procedimiento que aguarda a los deudores insolventes en el momento en el que acreedor reclama su pago y que, en caso de que el deudor fuese incapaz de saldar su deuda del modo establecido, ultimadamente conduce a dos posibles desenlaces: la condena a muerte del deudor o la venta del deudor como esclavo fuera del territorio romano¹³¹. No obstante, Aleksandr Koptev sostiene que de este pasaje se ha

¹²⁸ Forsythe, 261; trad. propia.

¹²⁹ Forsythe, 262.

¹³⁰ Martin Breaugh, *The Plebeian Experience: A Discontinuous History of Political Freedom* (New York: Columbia University Press), 7; trad. propia.

¹³¹ Morris Silver, “The *Nexum* Contract as a “Strange Artifice””, *Revue internationale des droits de l’antiquité* 59 (2012): 223

extrapolado la supuesta regulación legal según la cual el deudor puede saldar sus deudas mediante su labor a favor del acreedor¹³²; es decir, mediante servidumbre por deuda.

A causa de la complejidad que entraña esta temática, se recurre como fuente primaria al artículo escrito por el historiador estadounidense Seth Bernard titulado *Debt, Land and Labor in the Early Republican Economy*¹³³ en el cual el autor traza una interrelación entre el fenómeno del endeudamiento, la expansión territorial romana y la subsecuente necesidad de mano de obra que tal expansión supone, luego de la conquista romana de Veyes en 396 a.C.

Primero Bernard repara en un patrón según el cual durante el siglo V a.C. la hambruna era un fenómeno típico que asolaba a la población romana pero que cesa durante un lapso cercano a un siglo después del 383 a.C., fecha que guarda cercanía temporal con las primeras legislaciones sobre deuda que inician en 376 a.C.¹³⁴. Tanto la falta de alimento como la deuda reflejan aspectos de la economía de agricultura romana, razón por la cual Bernard se pregunta por qué después de la conquista de Veyes se erradica el indicador de producción insuficiente (hambruna) y persiste el indicador de distribución desigual (deuda)¹³⁵. Según el punto de vista del autor, con la nueva adquisición territorial —que se calcula en unas 50 000 hectáreas de terreno según estándares modernos— el punto de tensión del siglo IV a.C. se desplaza de la disponibilidad de tenencia de propiedad hacia el problema de la mano de obra¹³⁶.

Durante el siglo IV a.C. se constatan cuando menos seis piezas de legislación que abordaron el problema de la deuda¹³⁷. No obstante, Bernard sostiene la tesis según la cual el inicio de la legislación sobre la deuda, que ocurre poco después del cese de la hambruna, no debe equiparse con el inicio de la problemática de la deuda en la sociedad romana; así la legislación se entiende como una nueva estrategia institucional para un problema antiguo¹³⁸.

Adicionalmente, el autor argumenta que, en el periodo de la República temprana, el endeudamiento sistemático conformaba parte regular del cálculo económico anual de los

¹³² Aleksandr Koptev, “Principles of the *Nexum* and Debt Law in the Twelve Tables” en *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, ed. Fernando Reinoso Barbero (Madrid: Thomson Reuters, 2014), 227–228.

¹³³ Seth Bernard, “Debt, Land, and Labor in the Early Republican Economy”, *Phoenix* 70, no. 3/4 (2016): 317–338.

¹³⁴ Bernard, 317.

¹³⁵ Bernard, 317.

¹³⁶ Bernard, 318.

¹³⁷ Entre ellas: la *lex Licinia Sextia de aere alieno* (367 a.C.), la *lex Duilia Menenia de unciario fenore* (357 a.C.) la *lex de quinqueviris mensariis creandis* (352 a.C.), la *plebiscitum de fenore semunciario* (347 a.C.), la *lex Genucia de feneratione* (342 a.C.) y la *lex Poetelia Papiria de nexis* (326 o 313 a.C.); Bernard, 318.

¹³⁸ Bernard, 321.

terratenientes¹³⁹. En este sentido recalca que, para los antropólogos que trabajan en la línea de Mauss, la deuda constituye un mecanismo fundamental para el mantenimiento a largo plazo de las jerarquías sociales¹⁴⁰. Cabe distinguir, pues, entre *la deuda* entendida como déficit temporal de recursos y *el endeudamiento* como una situación permanente en la que no se espera, necesariamente, el ingreso futuro del deudor para cubrir un préstamo, sino que el extender crédito busca reforzar la dominación social del prestamista a largo plazo¹⁴¹.

En este estado de cosas la figura contractual del «*nexum*» adquiere capital importancia para comprender la problemática del endeudamiento en la República temprana.

Si bien los orígenes de la figura contractual del *nexum* son oscuros, «Dentro del rango de interpretación moderna, la lectura más simple parecer ser que el *nexum* era un tipo de servidumbre por deuda que involucraba la obligación de trabajar en intercambio por formas de propiedad»¹⁴². Según indica Bernard, el registro histórico muestra que el contrato de *nexum* contribuyó a definir la jerarquía social prevaleciente en tanto que, a partir del recuento de los analistas, los plebeyos solían ser los *nexi* (deudores) por lo cual esta forma de endeudamiento coadyuvó a definir su relación con los patricios (acreedores)¹⁴³.

Aunque los *nexi* no fuesen esclavos en sentido estricto, la figura del *nexum* debe entenderse en un contexto de desigualdad estructural; empero, cuando el contrato por *nexum* era formado por consenso debe suponerse que este era útil para acreedor y deudor, a pesar de la desigualdad de los riesgos involucrados: este proveía al prestatario con capital o producto en tiempos de necesidad, mientras reforzaba el dominio social del acreedor¹⁴⁴.

Para Bernard la conquista de Veyes marca un pivote del desarrollo económico romano por cuando contribuyó tanto terreno como mano de obra a la economía, dado que la población sobreviviente fue empleada como esclava en su propio territorio; se trata de la primera esclavitud en masa de la historia republicana y se argumenta que esta quizás marcó un precedente que significara un punto de quiebre en la naturaleza y los objetivos de la práctica bélica romana¹⁴⁵. Sin embargo, la adquisición de territorio fue desproporcional con

¹³⁹ Bernard, 321.

¹⁴⁰ Bernard, 321.

¹⁴¹ Bernard, 322.

¹⁴² Bernard, 322; trad. propia.

¹⁴³ Bernard, 322.

¹⁴⁴ Bernard, 323.

¹⁴⁵ Bernard, 326.

respecto a la ganancia en mano de obra, por lo cual se adjudicó tierra no solamente a los *pater familias* sino también a los libertos, quienes por hallarse en una situación de mayor vulnerabilidad eran más propensos a endeudarse por medio de *nexum* para subsistir¹⁴⁶.

En virtud de todo lo anterior, Bernard concluye que la expansión territorial producto de la conquista de Veyes pudo aminorar la problemática de la hambruna pero desplazó la tensión hacia la búsqueda de mano de obra a través de servidumbre por deuda y hacia un incremento en la práctica de la esclavitud, de tal manera que el «endeudamiento no solo era común, sino que permaneció siendo un factor fundamental en la estructura de la sociedad republicana luego del movimiento de Roma en el *ager Veientanus*»¹⁴⁷.

Ahora bien, al igual que la legislación sobre deuda del siglo IV a.C. es una estrategia para hacer frente a una antigua problemática, lo mismo sucede con la introducción de la moneda acuñada hacia finales de ese mismo siglo y la subsecuente monetización de la economía romana, según versa el argumento de Graeber, temática que se aborda de seguido.

B. La monetización de la economía romana

En su descripción del tránsito de la *fides* a la *bona fides*, Facco destaca como factor fundamental de este pasaje la «modificación del modo social de producción» que experimenta la sociedad romana —en sus inicios una economía agropastoril— que le permite abrirse al «complejo y variable mundo del tráfico internacional»¹⁴⁸.

Ahora, para comprender esta modificación estructural de las relaciones económicas debe repararse en la confluencia de desarrollos socioeconómicos que acontecen durante el siglo IV a.C.: en primer lugar, es hasta este siglo que se promulgan las primeras leyes con el objeto de mejorar la condición de los deudores, según se discutió en la sección anterior; en segundo lugar, es solamente hacia finales de dicho siglo que se registra la aparición de la moneda acuñada en Roma (circa 338 a.C.); y, en tercer lugar, es durante el siglo IV a.C. que inicia la expansión territorial de Roma por la cuenca del Mediterráneo, la cual se extiende en el tiempo hasta el siglo III a.C. Por tanto, de extraerse los elementos operativos detrás de

¹⁴⁶ Bernard, 332.

¹⁴⁷ Bernard, 334; trad. propia.

¹⁴⁸ Facco, *Vicisitudes*, 53.

estos desarrollos se establece un vínculo entre el fenómeno de la deuda, de la moneda acuñada y de la política de conquista y, por ende, de guerra que emprende Roma.

Sobre esta temática Facco apunta lo siguiente: «Nótese que desde la época más remota de la república romana se registra el traspaso a un sistema económico monetario basado en el intercambio de mercaderías, y el subsiguiente desarrollo del comercio nacional e internacional»¹⁴⁹. Ahora, tal cual se ha visto antes, el fenómeno del endeudamiento se instala como una problemática persistente que aqueja a la sociedad romana y que precede en el tiempo a la aparición de la moneda acuñada en Roma. Por dicho motivo, para mayor claridad, debe oponerse una objeción frente al comentario previamente citado de Facco.

La objeción, entonces, versa sobre el siguiente punto.

En su comentario, si Facco se refiere al uso de la moneda en la vida económica romana sin acuñación por parte del estado, su juicio es correcto por cuanto el uso de la moneda se remonta a tiempos tempranos de la República. No obstante, si Facco, al referirse a un sistema económico monetario lo equipara a este con la monetización de la economía romana en sentido estricto, su juicio es errado; esto por cuanto ello implicaría el empleo de la moneda acuñada por parte del estado romano, lo cual es un desarrollo en la vida económica romana que no se constata sino hasta una etapa posterior de la República. Lo crucial, aquí, es que el empleo de la moneda —tal cual— se diferencia del fenómeno de la acuñación dado que, en este último caso, la moneda cuenta con aval y es emitida por el estado¹⁵⁰.

En esta misma línea de ideas, el comentario de Facco sobre este periodo también se extiende sobre el tema particular del fenómeno del crédito al autor señalar que:

Aquí [alrededor del siglo IV-III a.C.] es cuando se recurre a la venta a futuro y, en general, a las operaciones propias de una economía crediticia. El fenómeno del crédito, hasta entonces de uso infrecuente, empieza a generalizarse y funge de instrumento idóneo para subvenir a las nuevas necesidades de un incesante e intenso intercambio comercial en el ámbito del *ius gentium*¹⁵¹.

En este caso, el desarrollo del crédito y, por ende, del débito —*i.e.*, de la deuda— es congruente con los desarrollos antes descritos propios del siglo IV a.C. aunque resulta necesario reiterar el parecer de Bernard según el cual la legislación sobre la deuda, que

¹⁴⁹ Facco, *Vicisitudes*, 52.

¹⁵⁰ La moneda acuñada (a diferencia del uso de metales preciosos como dinero) se distingue por ser una pieza metálica empleada como medio de pago que cuenta con marca de identificación y con certificación del estado; ver, Richard Seaford, *Money and the Early Greek Mind* (New York: Cambridge University Press, 2004), 114, 120 y 125.

¹⁵¹ Facco, *Vicisitudes*, 56; texto agreg.

comienza en este siglo, no debe equiparse con el inicio del problema del endeudamiento. A pesar de que Facco indique que el fenómeno del crédito es de uso infrecuente hasta este momento, de acuerdo con el análisis de Bernard y de Graeber, lo cierto es que es altamente probable que las raíces del problema del endeudamiento sean todavía más antiguas.

Así pues, conviene explicitar las razones e implicaciones de la monetización de la economía romana hacia finales del siglo IV a.C. y en qué consiste el auge comercial del cual goza Roma en este periodo y que Facco atribuye a su expansión territorial.

Para ello resulta esclarecedora la tesis de Graeber en este punto, la cual postula que empleo de la moneda acuñada funge como una solución frente a las recurrentes crisis de deuda por cuanto permite el mantenimiento de un campesinado libre, sin vínculos de servidumbre, capaz de prepararse para la guerra¹⁵². En el contexto del conflicto entre los órdenes sucede que, dado que el poder de los patricios depende, en última instancia, de la cooperación de los plebeyos en la lucha de las guerras romanas, los primeros realizaron concesiones políticas y cedieron a las exigencias de los segundos, ya que:

(...) las élites romanas idearon el principio que, posteriormente, aprendieron las elites con más éxito del Mediterráneo: que un campesinado libre significa un ejército más eficaz, y que un ejército conquistador puede proporcionar prisioneros de guerra capaces de hacer lo mismo que sus antiguos peones de deuda [los plebeyos], y que por tanto les interesaba un compromiso social¹⁵³.

Consecuentemente, hablar de la expansión territorial de Roma es nomás que un eufemismo que disfraza la expansión imperial romana, según la denomina William Harris, quien por imperialismo entiende «el comportamiento mediante el cual un estado o una población toma y retiene poder supremo sobre otros estados, poblaciones o territorios»¹⁵⁴.

En su obra *War and Imperialism in Republican Rome. 327—70 B.C.*, Harris estudia el tema de la guerra y del imperialismo romano durante el periodo de la expansión italiana y Mediterránea¹⁵⁵, considerando las actitudes de los romanos frente a la práctica bélica. El autor plantea que los estados varían en su disposición para ejercer la extensión y el mantenimiento de su poder político e indica que «Sería, sin embargo, difícil encontrar otros estados antiguos

¹⁵² Graeber, *En deuda*, 248–249; *Debt*, 228.

¹⁵³ Graeber, *En deuda*, 219; *Debt*, 201; texto agreg.

¹⁵⁴ William V. Harris, *War and Imperialism in Republican Rome, 327-70 B.C* (Oxford: Clarendon Press, 1985), 4; trad. propia.

¹⁵⁵ W. Harris, 5.

tan dispuestos, como Roma aparentemente lo era durante la República media, a tolerar las bajas y dificultades de la expansión imperial por un periodo tan prolongado»¹⁵⁶.

Durante el periodo bajo estudio Roma fue a la guerra prácticamente todos los años, de tal manera que este estado de guerra regular encontraba su sustento en un *ethos* social militar sumamente extendido en las diferentes capas sociales de la población romana¹⁵⁷. Por consiguiente, una de las tesis principales de Harris postula que las motivaciones económicas —entendidas como la búsqueda de beneficio material—, eran motivaciones centrales de la política de expansión imperial romana. Para decirlo con palabras del autor:

La ganancia económica era para los Romanos (y generalmente en el mundo antiguo) una parte integral del éxito bélico y de la expansión de poder. Terreno, botines, esclavos, ingresos eran resultados regulares y naturales del éxito; ellos eran los resultados asumidos de la victoria y el poder¹⁵⁸.

En una línea de pensamiento similar se pronuncia Forsythe al señalar que muchos de los aliados de Roma también contaban con una tradición militar bien establecida que, en virtud de la rentabilidad de librar guerras exitosas —de las cuales era posible extraer esclavos y botines de guerra—, enlazaba a la élite romana, a la población romana adulta y a los aliados de Roma en un interés común en la práctica de entablar conflictos bélicos¹⁵⁹.

Por un lado, en lo atinente a la adquisición de terreno, según los estimados de Beloch el territorio romano, luego de la conquista de Veyes (396 a.C.), rondaba los 1510 kilómetros cuadrados, cifra que aumento tres veces y medio para el final de la Guerra Latina (338 a.C.) para una extensión territorial última de 5289 kilómetros cuadrados¹⁶⁰. Mientras que, por otro lado, a raíz de estos desarrollos, Forsythe apunta que es factible establecer una relación inversa entre la servidumbre por deuda y la esclavitud. Esto es así porque, si bien es cierto los terratenientes más acaudalados pudieron haber empleado la servidumbre por deuda como un medio para obtener mano de obra, a partir del éxito bélico de Roma durante el siglo IV a.C., la mayor disponibilidad de esclavos que tal éxito trajo aparejado debió proporcionar una forma más confiable de acceder a labor humana; todo lo cual contribuye a explicar la mejoría de las condiciones de los deudores que se reflejan en la legislación¹⁶¹.

¹⁵⁶ W. Harris, 2; trad. propia.

¹⁵⁷ W. Harris, 2.

¹⁵⁸ W. Harris, 56; trad. propia.

¹⁵⁹ Forsythe, 286.

¹⁶⁰ Forsythe, 292.

¹⁶¹ Forsythe, 313.

Con la expansión territorial, Roma adquirió nuevos territorios y el control de los depósitos minerales de esas poblaciones; muchos de los esclavos capturados durante las guerras fueron entonces empleados en las minas produciendo todavía más oro, plata y cobre¹⁶². De la mano de Geoffrey Ingham, Graeber denomina al sistema resultante un «complejo militar-acuñador-esclavista» en el cual los esclavos, adquiridos por medios militares, eran forzados a trabajar en las minas para la acuñación de la moneda¹⁶³.

Más aún, en cuanto a la relación inversa entre la servidumbre por deuda y la esclavitud dentro de este entramado, sucede que «La acuñación de moneda jugó un papel crítico en el mantenimiento de este tipo de campesinado libre [plebeyos]: con la seguridad de poseer sus tierras, sin estar atados a ningún gran señor ni a servidumbre por deudas»¹⁶⁴, cuyos hijos podrían entonces dedicar buena parte de su tiempo preparándose para la guerra.

En virtud de lo anterior, se establece una suerte de círculo vicioso que se retroalimenta a sí mismo: mediante la expansión militar se obtienen botines guerra y esclavos que son empleados para la acuñación de moneda, la cual, a su vez, permite la preparación del campesinado libre para librar la guerra. Ante tal situación Graeber postula que:

En realidad, el Imperio romano entero, en su momento de máximo esplendor, se puede concebir como una gigantesca maquinaria de extracción de metales preciosos y su acuñación y distribución entre los soldados, combinada con políticas fiscales sobre los territorios conquistados, diseñadas para impulsar a sus poblaciones a adoptar las monedas para sus transacciones cotidianas¹⁶⁵.

No obstante, el empleo de la moneda acuñada en conjunción con la expansión militar no solucionó las recurrentes crisis de deuda, sino que desplazó el problema por cuanto, en el momento en el que la expansión cesa, las viejas problemáticas resurgen¹⁶⁶.

*
**

En síntesis, en las dos secciones anteriores se ha pasado revista a dos determinantes socioeconómicos que, según se ha argumentado, ejercen una influencia determinante en el momento genético de la buena fe contractual: estos son, puntualmente, el fenómeno del endeudamiento y el fenómeno de la monetización de la economía romana.

¹⁶² Graeber, *En deuda*, 250; *Debt*, 229.

¹⁶³ Graeber, *En deuda*, 250; *Debt*, 229.

¹⁶⁴ Graeber, *En deuda*, 249; *Debt*, 228.

¹⁶⁵ Graeber, *En deuda*, 251–252; *Debt*, 230–231.

¹⁶⁶ Graeber, *En deuda*, 252; *Debt*, 231.

Al tratarse del fenómeno del endeudamiento se ha mostrado como a lo largo de su historia, con especial énfasis en el periodo de la República temprana, la sociedad romana era constantemente aquejada por recurrentes crisis de deuda. Estas crisis de deuda se manifiestan, en gran medida, bajo el modo de un conflicto político-económico entre acreedores y deudores que, en el caso de la sociedad romana, se torna patente mediante el denominado conflicto de los órdenes que enfrenta al estamento social de los patricios contra el estamento social de los plebeyos en una larga pugna cuya consigna central es la igualdad política.

Asimismo, otro elemento de capital importancia en este contexto son las condiciones adversas que enfrentan los deudores, quienes, bajo determinados supuestos, pueden perder su libertad, su vida o encontrarse reducidos a la condición de peones de deuda —*nexi*— bajo la figura del contrato de *nexum*, un tipo de servidumbre por deudas impagas. Este estado de cosas no comienza a cambiar sino hasta mediados del siglo IV a.C. cuando se presentan las primeras piezas de legislación que regulan y mejoran las condiciones que enfrentan los deudores; empero, no por ello se puede afirmar que la sociedad romana haya solucionado la distribución desigual de la riqueza o la problemática crónica del endeudamiento.

Ahora bien, en lo que atañe al fenómeno de la monetización de la economía romana, este desarrollo se constata hacia finales del siglo IV a.C. Sin embargo, para comprender cabalmente este determinante socioeconómico es menester reparar en que, a partir de la conquista de Veyes (396 a.C.) en adelante, Roma experimenta un considerable aumento en su tenencia territorial que trae aparejada una mayor disponibilidad de mano de obra producto de la esclavización de la población sobreviviente del conflicto, lo que marca un punto de inflexión en la política de expansión romana, según Bernard. Durante los siglos IV y III a.C. inicia la expansión territorial —de carácter *militar*— de Roma por la cuenca del Mediterráneo que supone un auge comercial que, de acuerdo con el argumento que avanza Facco, resulta determinante para la posterior emergencia de la buena fe entre los siglos III y II a.C.

Tras analizar este periodo con mayor detenimiento queda en evidencia la proclividad romana para iniciar conflictos bélicos debido a las motivaciones económicas que se desprenden de tal actuar por cuanto ello supone un mayor flujo de terreno, botines de guerra y esclavos, bienes que contribuyen a explicar el auge económico que goza Roma.

Por un lado, la mayor disponibilidad de esclavos asiste a esclarecer el relajamiento de las condiciones de los deudores dado que los primeros —los esclavos— pueden desempeñar

las labores que antaño les correspondieran a los deudores sometidos a servidumbre por deudas impagas. Mientras que, por otro lado, de la mano del complejo militar-acuñador-esclavista resultante, el empleo de la moneda acuñada funge de solución —a largo plazo, inefectiva— ante las recurrentes crisis de deuda. La acuñación de la moneda permite que el campesinado libre —plebeyos— se prepare para la guerra, al mismo tiempo que los esclavos extraídos de los conflictos bélicos constituyen la mano de obra necesaria para trabajar las minas con tal de extraer los metales con que se acuñan las monedas con las cuales se les paga a los soldados.

Por ende, el propósito perseguido al examinar los dos determinantes socioeconómicos antes citados, los cuales confluyen el uno con el otro, discurre en un doble sentido.

En primer lugar, con este análisis se pretende combatir cierta visión higienizada de la historia, que presenta a la expansión territorial y al auge comercial como hechos neutros, sin explicar los complejos fenómenos que dan pie a tales desarrollos, obviando, de manera sumamente conveniente, factores tales como la guerra, la esclavitud y el endeudamiento —crónico y sistémico— al que se encuentra sometido el grueso de la población romana.

En segundo lugar, también se busca mostrar el complejo entorno social, político y económico que domina la vida económica romana previo al momento genético de la buena fe contractual, esto dado que muchas de las condiciones descritas persisten en el tiempo, en mayor o menor grado, lo cual brinda una imagen distinta del clima negocial imperante para el momento en el cual el instituto hace su entrada en escena en el plano jurídico.

Con estos determinantes socioeconómicos en mente, el próximo apartado procede con la reconstrucción del tránsito de la *bona fides* en la experiencia jurídica romana.

C. *Fides*, *bona fides* y *contractus bonae fidei* a la luz del valor jurídico de la confianza

Previamente se ha dicho que el caso de la buena fe puede comprenderse según el esquema planteado por Recaséns Siches: a partir de dicho esquema el derecho se enfrenta a *necesidades* que busca solventar a través de la consecución de *fines*, en tanto que tales fines se fijan por medio de *juicios de valor* y los cuales, a su vez, se sustentan en *valores*.

En tal contexto se planteó, sumariamente, cuáles serían las necesidades, los fines y el juicio de valor a los que responde la *bona fides* en su momento genético¹⁶⁷ y se postergó la fijación del valor jurídico mediante el cual se sustenta la decisión —valorativa— de proteger ciertas relaciones jurídicas a las cuales el antiguo *ius civile* no brindaba auxilio legal.

Al llegar a este punto se retoma esta discusión, razón por la cual se somete a examen, propiamente, el contexto de emergencia de la buena fe contractual en aras de evidenciar la tutela jurídica que el instituto —desde sus inicios— despliega a favor del valor de la confianza.

Así pues, en primera instancia se estudia la transición de la *fides* arcaica hacia su versión secularizada bajo el modo de la *bona fides*, de la mano del proceso formulario que suplanta al *ius civile*; y, posteriormente, se estudia la traslación substantiva de la *bona fides* hacia los denominados *contractus bonae fidei* que son característicos del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, todo esto dentro el marco del sistema jurídico romano.

Consecuentemente, el análisis se efectúa en dos momentos, tomando como fuente primaria la obra *Vicisitudes* de Facco y aplicando las categorías de análisis de Hosking sobre la confianza y, supletoriamente, los tres principios morales esbozados por Graeber.

1. De la *fides* hacia la *bona fides*

Un análisis de la transición de la *fides* arcaica hacia la *bona fides* resulta vital para averiguar el criterio de valor que opera como sustento del juicio de valor a partir del cual se juzga que la buena fe constituye un instituto jurídico capaz de otorgarle protección jurídica a relaciones negociales que anteriormente no gozaban de amparo legal alguno.

Para dar inicio, primeramente cabe señalar la alta polisemia propia de la locución latina *fides* en la cual concurren «nociones como las de fe, fidelidad y confianza»¹⁶⁸, mientras que con base en el «dato etimológico cabe un deslizamiento hacia un presunto significado de *fides* como ligamen o vínculo»¹⁶⁹. Debido a esta alta polisemia resulta difícil precisar el

¹⁶⁷ Al respecto, ver *supra*, 39.

¹⁶⁸ Facco, *Vicisitudes*, 39.

¹⁶⁹ Facco, *Vicisitudes*, 39.

desarrollo de la *fides* en el periodo arcaico romano, máxime que esta es empleada bajo distintas acepciones en diversos dominios de la experiencia jurídica romana¹⁷⁰.

Para emprender su análisis de la *fides*, Facco remite a dos referencias documentadas en fuentes romanas del periodo arcaico que son la Tabla 8, ley 21 de la Ley de las XII Tablas, que da cuenta del valor potestativo de la *fides*, y el primer tratado —*foedus*— celebrado entre Roma y Cartago, que da cuenta de su valor promisorio, las cuales son discutidas de seguido.

a. El valor potestativo y el valor promisorio de la *fides*

En la primera referencia, en el marco de la Ley de las Doce Tablas, «la *fides* viene a constituir el fundamento de la relación de clientela»¹⁷¹.

La clientela es «una relación recíproca fundada en un convenio privado entre dos sujetos (patrono y cliente)»¹⁷² de carácter hereditario para ambas partes involucradas y que las vincula en el ejercicio de derechos y deberes recíprocos¹⁷³. Los vínculos patrono-cliente conforman las relaciones más antiguas y fundamentales de la sociedad romana dado que permiten entablar ligámenes entre individuos de distinto estatus y riqueza en obligaciones de mutua confianza y solidaridad¹⁷⁴. Se trata de una relación sacra que le impone al patrono la obligación de no traicionar la fidelidad de su cliente a riesgo de ser reducido a la condición de sacrilegio —*sacer*— por la que pierde toda protección jurídica. De esto se desprende que «Cualquier violación de la confianza consagrada dentro de la relación cliente-patrono implicada era fuertemente condenada por la costumbre y la opinión pública como contraria al orden establecido y a las normas religiosas»¹⁷⁵.

Sucede entonces que «En este ámbito [de la clientela], la *fides* surgía del voto solemne hecho por el patrono a los dioses, frente a quienes contraía la obligación de obrar *sine fraudatione* [sin defraudar la confianza del cliente]»¹⁷⁶. Así entendida, la *fides* viene a

¹⁷⁰ Schermaier, 78.

¹⁷¹ Facco, *Vicisitudes*, 40.

¹⁷² Facco, *Vicisitudes*, 40.

¹⁷³ Mousourakis, 5.

¹⁷⁴ Forsythe, 216; Koenraad Verboven, “*Clientela*, Roman Republic” en *The Encyclopedia of Ancient History*, eds. Roger S. Bagnall et al., (Chichester: Wiley-Blackwell, 2013), 1577.

¹⁷⁵ Mousourakis, 5.

¹⁷⁶ Facco, *Vicisitudes*, 41; texto agreg.

constituir el sustrato a partir del cual surgen los deberes recíprocos que obligan tanto al patrono como al cliente a comportarse entre sí de manera honesta y leal.

No obstante, esta reciprocidad debe comprenderse en un contexto de asimetría entre las partes en el cual el patrono se encuentra en una posición de superioridad socioeconómica con respecto al cliente. En razón de esta asimetría deviene la acepción semántica de la *fides* como valor potestativo que funge como autolimitación del poder del patrono, que este se impone a sí mismo, y que permite la tutela del término más débil de la relación:

De esta manera, la *fides* permitía atemperar la excesiva rigurosidad de las relaciones de subordinación instauradas entre sujetos desiguales desde el punto de vista jurídico, y las transformaba en relaciones de protección de una de las partes respecto a la otra¹⁷⁷.

Por contraste, en la segunda referencia, que corresponde al *foedus* entre Roma y Cartago, la *fides* adquiere una acepción semántica como valor promisorio que «presupone (en principio) una relación de paridad (simétrica) entre los sujetos [las dos comunidades extranjeras] y una promesa que define el contenido del compromiso»¹⁷⁸.

En dicho tratado, la *fides* constituye el núcleo normativo del acuerdo por cuanto ambas partes prometan, con base en su propia *fides*, auxiliar a los ciudadanos de su contraparte en lo que respecta a aquellos intereses que surjan de negocios de derecho privado¹⁷⁹. En este orden de ideas, la *fides* en su sentido promisorio reviste connotaciones ético-religiosas y puede equiparse a guardar la «lealtad de la palabra dada»¹⁸⁰, entendiendo que esta lealtad implica una correspondencia entre el *decir* y el *hacer* de tal forma que se cumpla con los compromisos libremente asumidos por las partes.

Los dos sentidos citados de la *fides*, esto es como valor potestativo y como valor promisorio, implican dos formas distintas de entablar un vínculo —jurídico, en este caso— que pueden ser explicados al remitir a los tres principios morales básicos de las relaciones económicas postulados por Graeber. Dentro de este esquema las relaciones de clientela, con su característica asimetría entre las partes, pueden comprenderse a la luz del principio de jerarquía, mientras que las relaciones producto del *foedus*, que suponen paridad entre las partes, pueden comprenderse a la luz del principio de intercambio.

¹⁷⁷ Facco, *Vicisitudes*, 45–46.

¹⁷⁸ Facco, *Vicisitudes*, 47; texto agreg.

¹⁷⁹ Facco, *Vicisitudes*, 44.

¹⁸⁰ Facco, *Vicisitudes*, 47.

Según es definido por Graeber, el principio moral de jerarquía rige aquellas relaciones económicas en cuyo marco referencial las partes involucradas se conciben, entre sí, en términos de superioridad e inferioridad. Como suele suceder con las relaciones de jerarquía, la institución de la clientela puede presentarse *como si* operase en términos de reciprocidad, en tanto ambas partes perciben beneficios y soportan expectativas mutuas. Empero, las relaciones de clientela se articulan en torno a la superioridad del patrono, con su mayor cuota de estatus y de riqueza, frente a inferioridad del cliente que se encuentra subordinado al primero. Según se deduce del carácter hereditario de las relaciones de clientela, el fundamento de ellas parece residir en una lógica de precedentes; es en virtud de la costumbre o el hábito que este vínculo persiste en el tiempo, de generación en generación.

Ahora, si bien es cierto que tanto patrono como cliente asumen derechos y deberes, el cumplimiento de dichas obligaciones, así como los casos en los que bienes que pasan de mano, deben entenderse como cualitativamente diferentes en virtud de los criterios de superioridad e inferioridad que rigen la relación. Al patrono le corresponde la protección de la integridad física del cliente, su representación legal, el monitoreo de sus finanzas, mientras que del cliente se espera el apoyo incondicional al patrono en sus empresas y la promoción de los intereses de este con todos los medios materiales y morales a su disposición¹⁸¹.

Por ende, lo que cada una de las partes ofrece a la otra no puede concebirse en los términos de un intercambio en el cual rige la equivalencia, máxime que en estos vínculos se elimina por completo la posibilidad de cancelar la relación y de saldar cuentas.

Sin embargo, debe recordarse estos principios no son excluyentes entre sí y que pueden convivir bajo determinados supuestos, de tal forma que:

Por ejemplo, muchas relaciones extremadamente jerárquicas pueden operar, al menos durante algún tiempo, sobre principios comunistas. Si tienes un mecenas [patrono] rico y acudes a él en un momento de necesidad, se espera que te ayude. Pero sólo hasta cierto grado: nadie espera que el mecenas proporcione tanta ayuda como para amenazar la desigualdad subyacente¹⁸².

Así considerada, la clientela es una institución de patronazgo que, al vincular a individuos de diferente estatus y riqueza, contribuyó —parcialmente— a paliar disparidades sociales y económicas que eran características de la sociedad romana¹⁸³.

¹⁸¹ Mousourakis, 5.

¹⁸² Graeber, *En deuda*, 125; *Debt*, 115; texto agreg.

¹⁸³ Forsythe, 216.

No obstante, la clientela no erradica la asimetría entre las partes, sino que, por el contrario, la *fortifica*. Esta fortificación de la asimetría acontece por cuanto esta institución encuentra su sustento al trazar una clara diferenciación entre superiores e inferiores. Al hablar de la clientela se trata, pues, de un vínculo dominado por la jerarquía del superior —el patrono— en la que vale, por encima de todo, el poder o la potestad que este despliega con respecto al otro término de la relación —el cliente— que se halla supeditado a su voluntad.

Por su parte, la *fides* entendida en su sentido promisorio, que entraña la simetría o la paridad entre las partes, empata con la presunción de igualdad que caracteriza las relaciones económicas fundadas bajo el principio moral de intercambio. Debe reconocerse, empero, que el caso del *foedus* entre Roma y Cartago, que Facco toma como referencia, se asemeja más a un tratado de derecho internacional público —en términos contemporáneos— que a un convenio privado entre particulares, propiamente dicho. Si bien es cierto el tratado en cuestión versa sobre la protección de intereses producto de negocios de derecho privado entre comunidades extranjeras, aquí lo crucial no es el contenido o la materia del tratado.

Lo verdaderamente significativo es el reconocimiento recíproco de la igualdad formal que comparten los signatarios del acuerdo. En este caso, aquello que se intercambia no son bienes materiales sino una promesa fundada en la *fides* respectiva que presupone la lógica de equivalencia propia del principio moral de intercambio. En esta dinámica cada parte da tanto como recibe —la protección de los nacionales en zona de influencia extranjera—, situación que no sería factible sin que ambas partes se consideraran, la una a la otra, como iguales.

En consecuencia, si se parte del hecho de que la *bona fides* viene a ser informada por las dos acepciones antes citadas de la *fides*, esto es como valor potestativo y como valor promisorio, resulta entonces que en el instituto en cuestión convergen cuando menos dos de los principios morales que fundamentan las relaciones económicas, según se desprende de la consideración de sus antecedentes en el periodo arcaico. Lo crucial, en adelante, es por tanto determinar cuál de estos principios prima al consolidarse la figura en el plano jurídico.

b. La *fides* como crédito socio-jurídico y la *bona fides* como garantía tutelar

Ahora bien, una caracterización que ofrece Facco para explicar el tránsito en cuestión es considerar a la *fides* como un crédito socio-jurídico según el cual:

Con esta expresión se ha querido decir que la *fides* sería la calidad predicada de un sujeto que aparece confiable frente al grupo; el atributo de alguien que inspira confianza en los demás miembros de la comunidad a la que pertenece, y que esta confianza se funda en sus comportamientos y palabras¹⁸⁴.

Bajo esta categoría la *fides* puede identificarse con un atributo: la confiabilidad, la cual se predica de aquellos sujetos que son *dignos de confianza* a los ojos de la colectividad en que estos se encuentran inmersos. En atención a la estructura de la sociedad romana arcaica cuyo carácter es estamental, ser digno de confianza depende, inicialmente, de las condiciones económicas y sociales del sujeto; gozar de confiabilidad, pues, conlleva merecer una consideración social elevada —*status*— que deviene en credibilidad —crédito. Durante el periodo arcaico la esfera negocial se restringe a una comunidad reducida —la comunidad de los *quirites*—, dentro de la cual la credibilidad era fácilmente constatable, esto en tanto que «cada uno comprometía la propia *fides* real, efectiva»; es decir, el propio crédito¹⁸⁵.

Esta dinámica se altera drásticamente debido a la expansión territorial de Roma y del auge comercial que trae aparejado, los cuales, conjuntamente, conducen a una ampliación de la esfera negocial. Frente al nuevo panorama económico, que demanda una mayor agilidad negocial, queda en evidencia la insuficiencia del antiguo *ius civile* debido a su severo formalismo y por cuanto, en este nuevo contexto, resulta necesario entablar el comercio entre personas que «en razón de no pertenecer a la misma comunidad, no podían tener un conocimiento cierto y efectivo del crédito (credibilidad) del otro término de la relación»¹⁸⁶.

Dada la imposibilidad de constatar con certeza el *status*, la confiabilidad y la credibilidad de los sujetos, se estima factible que «la praxis comercial haya ido forjando y el pretor romano adoptado un patrón abstracto de conducta», esto «por cuanto el concepto fue puesto a disposición de cualquier individuo que estableciera un vínculo comercial con otro»¹⁸⁷. Tal patrón ideal se funda en el ideal romano del *bonus vir* —buen varón— que deviene en el empleo de una *fides* convencional o, si se quiere, de una ficción jurídica, bajo el modo de la *bona fides*

Los desarrollos relativos al paso de la *fides* a la *bona fides*, hasta este momento discutidos, pueden comprenderse de mejor manera al examinarlos con el auxilio de las categorías analíticas de Hosking en su estudio histórico sobre la confianza.

¹⁸⁴ Facco, *Vicisitudes*, 48.

¹⁸⁵ Facco, *Vicisitudes*, 48–50.

¹⁸⁶ Facco, *Vicisitudes*, 53.

¹⁸⁷ Facco, *Vicisitudes*, 53.

Para recapitular: se ha mostrado que la *fides* arcaica soporta una doble acepción como valor potestativo —ligado a la institución de la clientela y al principio moral de jerarquía— y como valor promisorio —ligado al *foedus* entre Roma y Cartago y al principio moral de intercambio—; más aún, la *fides* deviene en *bona fides* en medio de un nuevo panorama económico que suscita, para el derecho romano, la necesidad de una mayor agilidad negocial; con la consolidación de la *bona fides* se persigue, entonces, la finalidad de brindar protección jurídica a las relaciones negociales que conforman el creciente tráfico comercial; por tanto, se estima que relaciones negociales que antes no eran merecedoras de tutela jurídica, ahora sí son meritorias de ella por influencia de una *fides* de índole convencional.

Por consiguiente, cabe preguntarse ¿en qué valor se sustenta este juicio? Del análisis efectuado, todo apunta a la importancia capital asignada a la confianza en el marco de los desarrollos jurídicos comentados.

En primer lugar, al tratarse de la *fides* arcaica, entendida como atributo de confiabilidad del sujeto, ligada al *status* y a la credibilidad, prima lo que Hosking denomina como la confianza en el digno-de confianza que asegura una mayor certidumbre en las relaciones negociales; la confianza aquí se manifiesta en un plano actitudinal dado que esta se predica como una cualidad que ostenta el individuo con fundamento en sus palabras y comportamientos, a la vez que remite a un plano relacional de índole social por cuanto dicha cualidad se despliega al interior de una colectividad que juzga el grado de confianza del cual los sujetos son depositarios.

Adicionalmente, en el marco de la sociedad romana arcaica, un indicador del peso de esta confianza en el digno-de-confianza puede extraerse de las fuertes sanciones que recaían sobre aquellos patronos que incurrieran en fraude —*fraus*— al traicionar la confianza de sus clientes, como sucede en el caso de la institución de la clientela, de lo cual se sigue la importancia de evitar los efectos perniciosos de la confianza mal depositada.

En segundo lugar, el punto anterior se refuerza al considerar las dimensiones limitadas de la sociedad arcaica romana en la cual, para ese entonces, todavía era factible acreditar la confiabilidad de los sujetos. En razón de esta circunstancia, es posible aseverar que en dicha sociedad prima la modalidad de *confianza gruesa*, característica de la confianza en el digno-de-confianza, por cuanto esta se basa en un conocimiento extensivo producto de un contacto frecuente entre los miembros de la sociedad en cuestión. Este componente de

confianza gruesa permite que la confianza se manifieste en su modalidad fuerte —en caso de que los recursos comprometidos fuesen valiosos— o bajo una modalidad débil —en caso de relaciones cooperativas y rutinarias entre los miembros— que involucra pocos riesgos.

En tercer lugar, el incremento del tráfico comercial que conduce a la ampliación de la esfera negocial que experimenta la sociedad romana y la subsecuente articulación de la *bona fides* como garantía tutelar de los negocios *iuris gentium* supone una considerable apertura del radio de confianza que otrora era limitado a la comunidad de los *quirites*.

En este contexto comercial ampliado, en el cual se torna imposible constatar el crédito del otro término de la relación, la *bona fides* funge como un medio a través del cual es factible entablar el comercio con individuos ajenos a la comunidad romana —*i.e.* los peregrinos— al aplicar un patrón abstracto de conducta a relaciones negociales que antes no gozaban de protección jurídica. De esta manera, se constata una transición de una modalidad de confianza gruesa a una modalidad más cercana a la *confianza estrecha* —en la que prima la escasez de conocimiento y el contacto infrecuente entre las partes— que, empero, se contrarresta por cuanto la articulación de la *bona fides* se gesta en íntima relación con el sistema simbólico de la ley que asegura el cumplimiento de los negocios por medio de respaldo legal.

Por las razones recién expuestas, se estima que la tutela del valor jurídico de la confianza es una preocupación central del derecho desde los tiempos de la sociedad romana arcaica. Esta tutela, inicialmente, se manifiesta bajo el modo de la *fides* que cumple con una función social de acreditación de la confiabilidad de los miembros de la comunidad romana, con anclaje en la institución de la clientela y que, asimismo, se expresa en el caso del *foedus*.

Esta preocupación persiste en el tiempo hasta cristalizar en la noción jurídica de la *bona fides* que, frente a una nueva coyuntura socioeconómica, se articula de forma tal que esta se convierte en la garantía tutelar de aquellas relaciones negociales que previamente no gozaban de protección jurídica, operan así como un patrón abstracto de conducta que permitió solventar la incapacidad de acreditar la confiabilidad de los contratantes.

En atención a todo lo anterior, se detecta una relación de continuidad entre la *fides* y la *bona fides* en cuanto ambas figuras despliegan una función de protección de la confianza de los sujetos en el plano negocial, aunque lo hacen desde modalidades distintas.

c. Del procedimiento del *legis actiones* al procedimiento formulario

El tránsito de la *fides* a la *bona fides* supuso una transformación de índole sustancial del instituto mediante la cual se le encomendó «la protección jurídica de las relaciones del tráfico comercial» por cuanto esta se convierte en el fundamento de la accionabilidad de aquellos negocios que entablaran entre sí los romanos y los peregrinos, o de los peregrinos entre sí, por cuanto el *ius civile* no tutelaba dichas relaciones negociales:

Ergo, las acciones de buena fe concernientes a los negocios *iuris gentium* del comercio internacional aparecen en un momento crucial de la historia del derecho romano: cuando el procedimiento de las *legis actiones* devino como insuficiente para asegurar el amparo a todas las situaciones jurídicas y fue progresivamente suplantado por el procedimiento formulario¹⁸⁸.

El procedimiento del *legis actiones* fue el primer sistema de enjuiciamiento civil romano que se distinguía por el uso de fórmulas solemnes prescritas por estatuto que las partes debían emplear para adecuar su reclamo y contestación, correspondientemente¹⁸⁹. Este procedimiento se dividía en dos etapas: en la primera de ellas el pretor (o anteriormente, el pontífice) debía evaluar si la ley proveía una solución al reclamo planteado; mientras que en la segunda etapa las partes, junto al pretor, elegían un juez —*iudex*— al que se le presentaba la evidencia para que diera su veredicto¹⁹⁰. En este escenario, el pretor no tenía el poder para crear nuevas acciones y debía atenerse al número limitado de acciones que la ley proveía¹⁹¹.

Sin embargo, durante la república entró en la escena jurídica un nuevo procedimiento conocido como el sistema formulario, el cual convivió con el *legis actio* hasta desplazarlo definitivamente al este último ser abolido en el año 17 a.C.¹⁹².

Al igual que con el procedimiento del *legis actio*, el procedimiento del sistema formulario consistía en dos fases: la primera de ellas se desarrollaba frente al pretor quien evaluaba si las partes calificaban como demandante o demandado en una acción legal según los hechos del caso y, en caso de ser así, el pretor consultaba el edicto —*ius edicendi*— que había emitido al inicio de su término en oficina que contenía todos los remedios legales que estaba dispuesto a conceder durante ese año junto al texto de la fórmula asociada¹⁹³; mientras

¹⁸⁸ Facco, *Vicisitudes*, 58.

¹⁸⁹ Schermaier, 72.

¹⁹⁰ Tellegen-Couperus, 22.

¹⁹¹ Schermaier, 72.

¹⁹² Tellegen-Couperus, 22 y 53.

¹⁹³ Tellegen-Couperus, 54.

que la segunda fase se llevaba a cabo frente a un juez seleccionado por el pretor y las partes, pudiendo las partes exponer libremente sus alegatos para que el juez llegara a un veredicto que debía encontrarse en conformidad con lo dispuesto por la fórmula respectiva¹⁹⁴.

La introducción del sistema formulario supuso, cuando menos, dos cambios de capital importancia para el desarrollo de la experiencia jurídica romana.

En primera instancia, bajo este nuevo sistema el pretor no se encontraba limitado por el limitado número de acciones que imponía el procedimiento del *legis actiones* sino que ahora podía interpretarlas, introducir cambios e incluso formular nuevos remedios legales que, al ser plasmados por escrito en la fórmula, permitía prescindir del uso de las fórmulas solemnes¹⁹⁵. A partir de esta mayor apertura surge una nueva categoría de acciones denominadas *iudicia bonae fidei* —acciones de buena fe— cuyo núcleo obligacional lo conforma la *fides*, de tal forma que se consolida una nueva categoría de contratos concluidos por acuerdo —contratos consensuales— cuyas obligaciones derivan de la *bona fides*¹⁹⁶.

Según Martin Schermaier el estándar de *bona fides* no se limitaba meramente a mantener la palabra dada sino que, en atención a relaciones fiduciarias de confianza tales como el mandato, la tutela y la asociación, estas marcaban un estándar de comportamiento basado en valores éticos de la sociedad romana; dicho estándar vendría dado por la actuación del *bonus vir* en tanto que el ciudadano romano se haya conducido de manera cuidadosa y prudente, a la vez que haya respetado los intereses contractuales de su contraparte¹⁹⁷.

En segunda instancia se introduce una notable modificación respecto a las tareas encomendadas al juez —*iudex*— que, anteriormente, se limitaban al acto de determinar los hechos del caso. Ahora, en cambio, el juez gozaba de la facultad de evaluar el reclamo por sí mismo y juzgar hasta qué extremo el reclamo se encontraba substanciado, aunque debía atenerse a la fórmula dictada por el pretor; de tal modo la cláusula *bona fides* permitía al juez moldear el contenido substantivo del reclamo, lo que condujo a un aminoramiento de la rigidez formal de las acciones con miras a obtener resultados justos¹⁹⁸. A tenor de lo anterior,

¹⁹⁴ Tellegen-Couperus, 57–59.

¹⁹⁵ Tellegen-Couperus, 54.

¹⁹⁶ Tellegen-Couperus, 56.

¹⁹⁷ Schermaier, 82.

¹⁹⁸ Schermaier, 76.

en tal momento «se le concedía un mayor margen al arbitrio judicial en orden a la valoración de la relación (en particular de sus efectos) a la luz de la buena fe [*ex fide bona*]»¹⁹⁹.

La transición entre estos dos sistemas de enjuiciamiento civil es significativa en un aspecto adicional por cuanto, si bien ambos procedimientos se enmarcan en lo que Hosking denomina el sistema simbólico de la ley, cada uno de ellos cuenta con un mayor ligamen en relación con otros sistemas simbólicos de igual importancia en la vida social.

En el caso del procedimiento del *legis actio*, al tratarse del sistema de enjuiciamiento civil que rige a partir del periodo arcaico, su ligamen más estrecho se establece con respecto al sistema simbólico de la religión. Según el planteamiento de Hosking, la religión se distingue por ser el sistema simbólico con mayor capacidad abarcadora, lo que se traduce en que los miembros pertenecientes al mismo credo tienden a generar fuertes vínculos de confianza entre sí y a establecer un rígido radio de confianza, fuera del cual la desconfianza se proyecta con mayor potencia frente a otros individuos que son extraños al grupo²⁰⁰.

Este planteamiento resulta congruente con la temprana experiencia jurídica romana que, en tiempos del derecho arcaico, se caracteriza por la confluencia de elementos jurídico-religiosos de manera indiferenciada. En esta línea de ideas, Forsythe resalta que los académicos contemporáneos concuerdan en que la temprana jurisprudencia romana y la formulación de las *legis actiones* fueron desarrolladas por el colegio pontificio e, incluso, el autor se inclina a aceptar la tesis según la cual la jurisdicción fue inicialmente ejercida por los pontífices²⁰¹. Los pontífices llevaban a cabo funciones sacerdotales, empero también se les consideraba los guardianes de la ley en tanto les concernía la aplicación de la ley sacra y la regulación del calendario, a la vez que supervisaban la ley secular²⁰².

Más aún, los cargos sacerdotales eran de carácter vitalicio, solían pasar de padre a hijo, o dentro del mismo seno familiar aristocrático, y se sostiene que la tenencia de estos cargos jugó un rol importante en la definición del estamento patricio²⁰³.

Por ende, Forsythe concluye que:

¹⁹⁹ Facco, *Vicisitudes*, 59.

²⁰⁰ Hosking, 51–53.

²⁰¹ Forsythe, 212.

²⁰² Tellegen-Couperus, 18.

²⁰³ Forsythe, 136.

Podemos por lo tanto postular que la jurisdicción, como todos los otros aspectos del temprano derecho privado romano, era la responsabilidad de los pontífices, y que la jurisdicción fue eventualmente suplantada durante el tardío siglo V a.C. por la jurisdicción de los curules²⁰⁴.

De todo lo anterior se desprende que en los primeros tiempos de la República el sistema simbólico de la religión y el sistema simbólico de la ley se encontraban íntimamente entrelazados, situación que comienza a cambiar, primero, con la promulgación de la Ley de las XII Tablas que facilita el traslado de la jurisdicción a manos de los magistrados²⁰⁵ —los pretores— y, más adelante todavía, con la instauración del proceso formulario.

El proceso formulario convive en el tiempo con el *legis actio* hasta eventualmente suplantarlo y, como se ha visto antes, este proceso surge en conjunción con las acciones de buena fe, creadas por el pretor, en un escenario de creciente tráfico comercial para brindar una mayor flexibilidad en las relaciones negociales. Para este momento puede afirmarse que el sistema simbólico de la ley se asienta por sí mismo, con mayor independencia de la religión, aunque establece un vínculo importante con el sistema simbólico del dinero.

Para Hosking el dinero es uno de los más eficaces mecanismos mediadores de confianza dado que, en tanto se deposite la confianza en este sistema simbólico, se torna factible entablar intercambios comerciales con individuos que pueden ser completos desconocidos²⁰⁶. En el caso en cuestión, una vez que se constata la monetización de la economía romana y una vez que se torna imposible acreditar el crédito sociojurídico del otro término de la relación, así como su confiabilidad, la operación conjunta del dinero con el respaldo legal que supone la *bona fides*, como garantía tutelar de los negocios *iuris gentium*, permiten mediar la confianza entre los contratantes en este nuevo panorama socioeconómico.

Ahora, por último, se comenta el paso del proceso formulario hacia el proceso de la *cognitio extra ordinem* en el cual la *bona fides* deviene en los *contractus bonae fidei*.

2. De la bona fides hacia los contractus bonae fidei

El proceso formulario domina la experiencia legal romana aproximadamente a partir del siglo II a.C. hasta el siglo III d.C.²⁰⁷ y a lo largo de dicho periodo se gesta una progresiva

²⁰⁴ Forsythe, 213; trad. propia.

²⁰⁵ Forsythe, 213.

²⁰⁶ Hosking, 89.

²⁰⁷ Mousourakis, 32.

dilatación de la categoría de la buena fe, incluyendo aquellas acciones que nacen de los contratos consensuales como la *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *mandatum*, *societas*, *actio tutelae*, además de una subsecuente ampliación de acciones durante la época posclásica²⁰⁸. En virtud de su presencia en estas figuras, Facco indica que «la protección por la buena fe hallaba su cauce en el ámbito procesal»²⁰⁹ por lo que cabe diferenciar entre los *bonae fidei iudicia*, caracterizados por la fórmula *ex fide bona*, en contraposición con las *actiones stricti iuris* o acciones de derecho estricto que, por su parte, no implicaban el mayor grado de discrecionalidad que se les concedía al primer tipo de acciones²¹⁰.

Lo distintivo de las acciones de buena fe es que su fórmula contenía la indicación dirigida al juez para que, en el supuesto de detectar un incumplimiento obligacional, este condenara al demandado «“a todo lo que debiera dar, hacer o fuese conveniente cumplir de conformidad con la buena fe” (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*)»²¹¹. Esto significa una mayor indagación e interpretación del asunto que el juez debiera juzgar al tratarse de acciones de buena fe en el proceso formulario, de tal forma que este incluso podría considerar cuestiones conexas al litigio y no solamente atenerse al núcleo fáctico del caso²¹².

En este sentido, Facco indica al respecto que:

En efecto, en este periodo [clásico], la buena fe consistía en una cualidad que presentaban ciertos tipos de acciones, en cuya virtud comportaba un determinado método o modo de juzgamiento, *ergo*, la decisión del *iudex* (como era prescripto en la fórmula) debía estar inspirada y gobernada por la buena fe, mediante el recurso a una interpretación que atendiera al espíritu y a los fines sustanciales del mismo *iudicium* (*interpretatio plenior*)²¹³.

Consecuentemente, en el periodo clásico la connotación que prima de la buena fe es de índole procesal, situación que se modifica notablemente una vez que cae en desuso el procedimiento formulario y este es suplantado por el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, entrado el periodo posclásico justiniano, en el cual prima una connotación sustancial de la buena fe de la mano de los *bonae fidei contractus* en tanto que «relaciones contractuales cuya regulación jurídica se encontraba regida por la *fides bona*»²¹⁴.

²⁰⁸ Facco, *Vicisitudes*, 60–61.

²⁰⁹ Facco, *Vicisitudes*, 61.

²¹⁰ Facco, *Vicisitudes*, 61.

²¹¹ Facco, *Vicisitudes*, 62.

²¹² Facco, *Vicisitudes*, 62.

²¹³ Facco, *Vicisitudes*, 63; texto agreg.

²¹⁴ Facco, *Vicisitudes*, 64.

Este desplazamiento de una connotación procesal a una connotación sustancial supone dar un paso decisivo hacia su futura concepción como un principio general del derecho dado que «en el derecho posclásico la *bona fides* pierde su valor puramente adjetivo: se transforma —podríamos decir con terminología actual— en una suerte de cláusula general de derecho material que domina todo el sistema contractual»²¹⁵; se supera de esta manera la influencia que ejerce la buena fe como un modo de juzgamiento en la esfera procesal «y se convierte en una regla de derecho material prescriptiva de la conducta de los particulares»²¹⁶.

Según el punto de vista defendido por Facco, resulta probable que la generalización del procedimiento de la *cognitio extra ordinem* haya sido un factor decisivo en el cambio de la buena fe en su connotación sustancial²¹⁷. Por la *cognitio extra ordinem* se entienden todos aquellos procesos legales que cuentan con una sola etapa y en los cuales el veredicto emana del emperador o de un oficial actuando en representación suya²¹⁸. Para Mousourakis, el afianzamiento de este procedimiento como la forma predilecta de procedimiento legal se explica en virtud de su simplicidad y flexibilidad, aunado al hecho de que este facilitó la centralización de la autoridad estatal²¹⁹. Al consagrarse la *cognitio extra ordinem* como procedimiento único, caracterizado por la iniciativa y el impulso estatal, pierde sentido la distinción entre los distintos tipos de *iudicia* de tal forma que se «torna inútil la distinción entre *iudicia* de buena fe y de estricto derecho»²²⁰ dada la unificación procedimental.

Por último, para finalizar con el recuento de las diversas traslaciones que experimenta la buena fe, debe señalarse que, ya avanzado el periodo posclásico, la doctrina cristiana ejerce notable influencia en la compilación justiniana en cuyo marco «La *fides bona*, ya concebida de modo sustancial, implicará un reenvío a la ética del ordenamiento de la Iglesia»²²¹.

En dicho contexto gana preminencia la noción de la *aequitas*, entendida como una norma objetiva para todos, la que —de la mano de la sensibilidad y de los ideales cristianos— «debía aplicarse en beneficio de todos y no sólo de quien podía ser considerado merecedor de ella por su conducta proba y honesta»²²², requerimientos propios de la buena fe.

²¹⁵ Facco, *Vicisitudes*, 65.

²¹⁶ Facco, *Vicisitudes*, 65.

²¹⁷ Facco, *Vicisitudes*, 66.

²¹⁸ Tellegen-Couperus, 90.

²¹⁹ Mousourakis, 141.

²²⁰ Facco, *Vicisitudes*, 68.

²²¹ Facco, *Vicisitudes*, 69.

²²² Facco, *Vicisitudes*, 70.

Esta conceptualización de la *aequitas*, de influencia cristiana, introduce un elemento de tensión con respecto a la institución de la buena fe, esto en virtud de que «la *bona fides* continúa siendo una noción jurídica que se resiste a confundirse con un vago e inasible concepto ético-filosófico o a identificarse plenamente con los principios cristianos»²²³, una tensión que se exagera al constatarse la transición de la buena fe hacia el periodo medieval.

Con estas puntualizaciones finales concluye el primer capítulo del título histórico de la presente investigación sobre cuyos insumos se elabora para así dar paso a la relectura de la historia canónica de la buena fe, tarea a la que se dedica el próximo capítulo.

CAPÍTULO II. LA RELECTURA HISTÓRICA DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

A lo largo del capítulo anterior, el análisis histórico de la buena fe contractual se ha concentrado, primordialmente, en el momento genético en que emerge el instituto en el seno del sistema jurídico romano. Tras haber explicitado los determinantes socioeconómicos que contribuyeron a su surgimiento y con ayuda de la plataforma conceptual propuesta, se han brindado argumentos a favor de la idoneidad de fijar al valor jurídico de la confianza como el núcleo axiológico del instituto. Según se ha mostrado, desde sus inicios, la buena fe fue ideada como mecanismo protector de las relaciones negociales de derecho privado y dicha función tutelar ha evolucionado a través de distintas etapas de la experiencia jurídica romana.

Sin embargo, la historia jurídica de la buena fe contractual no concluye en Roma; por el contrario, su historia se extiende, siglo tras siglo, hasta arriba a la actualidad.

Por tanto, el presente capítulo se encomienda a la tarea de continuar trazando la evolución conceptual que ha experimentado este instituto en cuatro periodos claves de su desarrollo, estos son: el periodo medieval, el periodo moderno, el periodo de codificaciones y el periodo contemporáneo; se le dedica a cada uno de ellos una sección, respectivamente. A lo largo de estos periodos se constatan etapas de florecimiento en cuanto al abordaje teórico de la buena fe contractual y, asimismo, etapas en que, más bien, el instituto sufre reducciones y limitaciones en lo que atañe a sus horizontes de aplicación.

²²³ Facco, *Vicisitudes*, 70.

Este repaso de los puntos cardinales en la progresión histórica del instituto, desde una perspectiva exclusivamente jurídica, constituye lo que, anteriormente, se ha denominado como la *visión microscópica* de la historia jurídica de la buena fe contractual.

Así pues, una vez concluido este recuento, en una última sección se articula la denominada *visión macroscópica* de la historia jurídica del instituto en cuestión.

En esta sección final se realiza una síntesis de los principales desarrollos teóricos del instituto, en las diferentes etapas de su desarrollo conceptual, para ofrecer una relectura de ellos a partir de la categoría del valor jurídico de la confianza, con el auxilio de las categorías analíticas de Graeber y Hosking. Todo esto con el propósito en mente de fortalecer el argumento central que se defiende en el presente título, según el cual se aboga por la fijación del valor jurídico de la confianza como núcleo axiológico de la buena fe contractual.

Sección I. Periodo medieval

La historia legal romana comúnmente se divide en dos periodos distintivos: el primer periodo se origina en la antigüedad y culmina con la legislación de justiniana del siglo VI d.C. —periodo abordado en el capítulo anterior— y el segundo periodo, si bien formalmente comienza a inicios de dicho siglo, no adquiere trascendencia sino hasta finales del siglo XI d.C. cuando el derecho romano es redescubierto y comienza a ser estudiado en Europa²²⁴.

Este resurgimiento del derecho romano acontece de la mano de la Escuela de Bolonia cuyos estudiosos son denominados glosadores y quienes «llevaron a cabo detallados estudios de los textos [romanos], los cuales resultaron en colecciones de explicaciones»²²⁵ que tomaron por base la recopilación del *Corpus iuris civilis* encargado por Justiniano.

Es en el marco del periodo medieval cuando la buena fe experimenta una serie de cambios que la alejan del desarrollo exclusivamente romano que había tenido hasta la fecha.

Entre ellos, sucede que en este periodo la buena fe pierde su característico rol técnico en la aplicación del derecho. Esto ocurre, preponderantemente, debido a que la buena fe experimenta un proceso de consubstanciación con la noción canónica de la *aequitas*²²⁶. De

²²⁴ Tellegen-Couperus, xii.

²²⁵ Lorena Carvajal Arenas, “La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 36 (2014): 351; texto agreg.

²²⁶ Facco, *Vicisitudes*, 99.

tal manera «La *aequitas* cristiana, identificada con la ausencia de pecado y el correlativo valor sagrado que adquiere el respeto por la palabra dada, absorbe a la buena fe y ambas terminan confundándose»²²⁷ por lo que esta noción y la buena fe suelen equipararse.

En este contexto, los juristas medievales, ya sea que escribiesen acerca de derecho romano o derecho canónico, empleaban los términos de buena fe y equidad —*aequitas*— para describir tres tipos de conductas que a las que debían adecuarse las partes contratantes. Primero, cada parte debía mantener la palabra dada; segundo, ninguna parte debía aprovecharse de su contraparte o inducir a equívocos, cuidándose de no incurrir en dolo, engaño o en un tratamiento injusto, y, tercero, cada parte debía atenerse a las obligaciones que una persona honesta reconocería aunque estas no estuviesen formuladas expresamente, reconociéndose así la eventual emergencia de obligaciones tácitas o implícitas²²⁸.

Ahora, cabe aclarar que los juristas medievales no analizaron los conceptos de buena fe y de equidad con tal de desprender de ellos cómo es que deberían comportarse las partes en un negocio; más bien, los juristas medievales describían cómo debían actuar las partes creando para ello un sistema con el cual clasificar los textos romanos²²⁹; es decir, con base en la clasificación de los textos romanos, se desprendían cuáles eran estos deberes.

Más adelante, en el periodo medieval, con la entrada en escena de la Escuela de los comentaristas —*mos italicus*— «la buena fe representa una de las piezas más importantes para la configuración de la categoría del contrato»²³⁰. El contenido ético de la buena fe permite la generalización de la categoría de contrato, y de este modo es que «surge la idea de que la buena fe es inmanente a todo contrato»²³¹. Al respecto Facco comenta que:

Puede notarse que el razonamiento de los comentaristas aproxima la *bona fides*, en lo que hoy denominaríamos como la faz ejecutiva del contrato, a la noción de *natura contractus*. El enlace entre ambas nociones radicaba en que la adopción de un cierto plexo de intereses (tipificado por vía consuetudinaria en un específico esquema negocial) comportaba el surgimiento de obligaciones ínsitas en la propia naturaleza de la relación jurídica, aun cuando las mismas no hubieran sido expresadas²³².

²²⁷ Facco, *Vicisitudes*, 99–100.

²²⁸ James Gordley, “Good faith in contract law in the medieval *ius commune*” en *Good faith in European contract law*, eds. Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 94.

²²⁹ Gordley, 94.

²³⁰ Facco, *Vicisitudes*, 101.

²³¹ Facco, *Vicisitudes*, 101.

²³² Facco, *Vicisitudes*, 101–102.

En este orden de ideas, para explicar las obligaciones implícitas que devienen de la naturaleza del contrato, revisten especial importancia los desarrollos de Baldo de Ubaldis cuya tarea consistió en explicar el derecho romano, tal como lo hicieron los juristas que lo precedieron, pero que, a diferencia de ellos, logró articular una idea coherente de la buena fe y de la equidad, tomando como base las obras de Aristóteles y Tomás de Aquino²³³.

Las obras de Aristóteles resurgen en Europa hacia finales del siglo XII e inicios del siglo XIII y estas auxiliaron a Tomás de Aquino en su empresa de construir un sistema de filosofía moral, por lo que ambos acervos teóricos son centrales en la obra de Baldo²³⁴.

Una de las nociones centrales que lega la obra aristotélica es la diferenciación entre justicia distributiva y justicia conmutativa, es esta última la noción que postula que, en el contexto de un intercambio, cada parte debe recibir un objeto o contraprestación equivalente a aquello que esta da²³⁵ —lo que guarda estrecho paralelismo con el principio moral de intercambio postulado por Graeber, en razón del factor de equivalencia, que brinda indicios acerca del tipo de relaciones en que se inserta la buena fe en este periodo.

Con respecto al tema de las promesas, Tomás de Aquino y Baldo concuerdan con la postura de Aristóteles según la cual las promesas deben mantenerse por fidelidad a la palabra dada y de estas podían derivar dos tipos de acuerdos: primero, un acto de justicia conmutativa que requiere de la equivalencia de las contraprestaciones o, segundo, un acto de liberalidad en que solo una de las partes brinda una contraprestación sin obtener algo a cambio²³⁶.

En la línea de los juristas que lo precedieron, para Baldo la buena fe, la equidad y la consciencia eran términos equiparables, pero en sus planteamientos le brindó primacía al requerimiento de no enriquecerse a expensas de otro, por cuanto tal actuar va en contra de la base de la justicia conmutativa; esta es, la equivalencia²³⁷.

De tal forma, Baldo distinguía entre diversos tipos de buena fe: en un primer sentido, la buena fe podía tomarse en consideración en los contratos para saber si estos eran vinculantes o no y, en un segundo sentido, la buena fe contribuía a saber cuáles eran las obligaciones de las partes y si estas habían sido efectivamente satisfechas. En este segundo

²³³ Gordley, 94.

²³⁴ Gordley, 106.

²³⁵ Gordley, 106.

²³⁶ Gordley, 107.

²³⁷ Gordley, 108.

sentido, por un lado, la buena fe significaba ausencia de dolo y engaño, por otro lado, implicaba la observancia de las partes a lo que estas se habían comprometido según la equidad natural —*aequitas naturalis*— y a aquello que haya sido dispuesto por la ley. Para Baldo, entonces, la equidad natural determina las obligaciones a las cuales se encuentran sujetas las partes de un contrato cuando la ley no se pronuncia sobre tal particular²³⁸.

Por consiguiente, de los planteamientos de Baldo se desprende que las obligaciones implícitas a las que debían atenerse las partes son producto de la naturaleza del contrato —*natura contractus*—; más aún, no sostenía solamente que las obligaciones implícitas eran naturales al contrato, sino que, además, el contrato debía interpretarse de conformidad con el principio de que nadie debe enriquecerse a expensa de otro, lo que hace que su perspectiva se acerque considerablemente a la idea aristotélica y tomista que sostiene que la naturaleza del contrato de intercambio se define en términos de igualdad y equivalencia²³⁹. De ello se sigue la doctrina de Baldo según la cual todo contrato debe tener una *causa*, ya sea esta la liberalidad o el recibir algo a cambio por lo que se da, en los actos de justicia conmutativa²⁴⁰.

Mientras que los juristas que lo precedieron lograron establecer tres requerimientos centrales a la buena fe y a la equidad —*i.e.*, el mantenimiento de la palabra dada, el actuar sin dolo o engaño y la presencia de obligaciones implícitas—, Baldo identifica como principio cardinal el requerimiento de que nadie debe enriquecerse a expensas de otro, lo cual le permite formular dos precisiones considerables: las promesas deben mantenerse y el engaño debe evitarse pero esto es así solamente en el caso en que medie una causa —ya sea la liberalidad o el intercambio equivalente— y, de igual forma, este principio constituye la fuente de las obligaciones implícitas que las partes deben respetar aunque ellas no las acordaran expresamente por cuanto, de lo contrario, se podría trastocar la naturaleza del contrato²⁴¹.

En el seno de la corriente del *mos italicus*, tanto en los trabajos de Baldo como en los de su maestro Bártolo de Saxoferrato, se encuentra formulada la tesis que postula que la exigencia de buena fe es intrínseca a todos los contratos.²⁴² Empero, esta exigencia de buena

²³⁸ Gordley, 110.

²³⁹ Gordley, 111.

²⁴⁰ Gordley, 112.

²⁴¹ Gordley, 114.

²⁴² Facco, *Vicisitudes*, 102.

fe se encuentra presente con mayor potencia en aquellos contratos reputados *bonae fidei contractus* en contraposición a aquellos contratos reputados de derecho estricto, tal cual destaca Facco, al citar el punto de vista de Baldo, a partir del cual se indica que:

Todos los contratos, sean de buena fe o de estricto derecho, requieren la buena fe, es decir la buena mente de los contrayentes, aunque es cierto que una cierta buena fe conviene más a los contratos de buena fe que a aquellos de estricto derecho²⁴³.

De tal fragmento Facco concluye que la buena fe contractual, en el bajo medioevo, conserva dos formas básicas: en un primer sentido, la buena fe resultaba exigible en todos los contratos en cuanto esta se oponía directamente al dolo y, en un segundo sentido, concernía a las reglas aplicables al contrato aunque las partes no las hubiesen acordado expresamente —es decir, como obligaciones implícitas—. Dichas reglas solamente eran valederas para los contratos *bonae fidei*, ya que en los contratos de derecho estricto la interpretación del juez no podía desligarse de los términos empleados por las partes en el acuerdo²⁴⁴.

Más adelante con la escuela humanista —*mos gallicus*— se pretende reconstruir un concepto unívoco de la buena fe que supone que «la naturaleza informadora de la buena fe se expresa a partir de su consideración unitaria como máxima ético-jurídica de carácter fundamental»²⁴⁵. Los humanistas, a diferencia de los comentaristas, consideraban al *Corpus iuris civilis* como una obra histórica que fungía como fuente de conocimiento del derecho clásico y no como un texto dogmático de aplicación jurídica práctica, tal como pretendía la jurisprudencia medieval²⁴⁶. Esta desvinculación con respecto a la tradición precedente les permite trazar nuevos rumbos en la aproximación al derecho entre los cuales destaca una incipiente preocupación por la sistemática, ya que en el caso del *mos gallicus*:

En todo caso, es posible observar una constante preocupación de los humanistas por los problemas de la mejor disposición de la materia jurídica, y en ello podemos ver un anticipo de la misma preocupación que tendrá la escuela yusnaturalista de los dos siglos posteriores²⁴⁷.

²⁴³ Baldo, “Consilia sive Responsa” *Examinanda sunt (consilium 343)* (1970): lib. I, foglio 110v., citado en Javier Humberto Facco, *Vicisitudes de la buena fe negocial: apuntes histórico-jurídicos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 105.

²⁴⁴ Facco, *Vicisitudes*, 105–106.

²⁴⁵ Facco, *Vicisitudes*, 107.

²⁴⁶ Alejandro Guzmán Brito, “Mos italicus y mos gallicus”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 2 (1978): 36.

²⁴⁷ Guzmán Brito, 38.

Entre los mayores expositores del humanismo figura Jacques Cujas quien busca recuperar los diversos sentidos que soporta la *bona fides* en el *Corpus iuris civilis*. Para Cujas los contratos han de entenderse como convenciones de las cuales nacen obligaciones recíprocas y, a raíz de ello, propone una definición de contrato propia, que concierne a los negocios sinalagmáticos, y una definición impropia²⁴⁸. Así pues, al tomar como base la definición propia de contrato, que se encuentra restringida a los convenios de los que derivan obligaciones recíprocas, «entendemos que se lograba asegurar una operatividad fuerte de la buena fe cimentada en la preservación del equilibrio sinalagmático»²⁴⁹.

Más aún, otros juristas de la corriente humanista recuperan elementos que son propios de la buena fe. Tal es el caso de Hugues Doneau, quien se encarga de retomar la correlación entre comportamiento correcto y ausencia de dolo que entraña la buena fe, al igual que la influencia de ella para la determinación de los efectos del contrato. Mientras que un autor como Mantica retoma la relación directa entre buena fe y *natura contractus* —fuente de la cual derivan las obligaciones implícitas en los contratos—, a la vez que también reconocía la trascendencia de la buena fe al asegurar el carácter vinculante de los pactos nudos²⁵⁰.

Este recorrido del tratamiento medieval de la buena fe concluye con los desarrollos de la escolástica tardía cuyo plan de trabajo consistía en realizar una síntesis del derecho romano a partir de la filosofía moral de Aristóteles y Tomás de Aquino²⁵¹. En los últimos tiempos del movimiento, este se configuró bajo el nombre de la Segunda escolástica española cuyo rasgo distintivo es que se trató «de una concepción filosófica que situaba como base de su pensamiento al derecho natural en cuanto participación del hombre en la ley eterna de Dios, y tuvo su sede principal en Castilla durante los siglos XVI y XVII»²⁵². La significancia histórica de la escolástica tardía radica en que muchas de sus conclusiones son retomadas, posteriormente, por la Escuela de Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII²⁵³, de tal modo que, por medio de ella, la buena fe ingresa a la órbita del pensamiento moderno.

²⁴⁸ Facco, *Vicisitudes*, 108.

²⁴⁹ Facco, *Vicisitudes*, 109.

²⁵⁰ Facco, *Vicisitudes*, 110–111.

²⁵¹ Gordley, 115.

²⁵² Facco, *Vicisitudes*, 113–114.

²⁵³ Gordley, 115.

Sección II. Periodo moderno

Durante el periodo moderno, tras un desplazamiento del centro cultural europeo lejos de España e Italia hacia Alemania, Reino Unido, Países Bajos y Francia a inicios del siglo XVII, a partir de la segunda mitad del siglo XVII y el siglo XVIII, gana preminencia una nueva corriente pensamiento denominada como la Escuela moderna del Derecho Natural²⁵⁴.

Ahora bien, cabe acotar que los postulados centrales de la doctrina del derecho natural ya se encuentran formulados en periodos anteriores, desde la tradición clásica con Platón y Aristóteles, pasando por la compilación justiniana que desemboca en su posterior recepción por parte de la tradición medieval; empero, no es sino hasta este momento que el derecho natural se erige como una disciplina autónoma, con sus propios rasgos distintivos que la separan de la influencia del pensamiento teológico del periodo que la antecedió²⁵⁵.

Sucede, entonces, que el derecho natural suplanta a la teología como «ciencia de los principios supremos de la convivencia social» y su ruptura con la concepción medieval responde, entre otros factores, a las guerras religiosas características de este periodo, a la fuerte influencia de la reforma protestante, al laicismo que postula la autonomía del saber racional frente a la fe religiosa y, asimismo, a la entrada en escena del racionalismo²⁵⁶.

En dicho tránsito es de especial relevancia este último factor, por cuanto:

El racionalismo, basado en la exaltación de las fuerzas naturales de la razón y en la aceptación de una estructura racional necesaria del universo y de toda realidad, propendía a la búsqueda de las *leyes racionales* de la conducta humana, que no podían ser otras —según su modo de pensar— que las leyes de la naturaleza, esto es, el derecho natural²⁵⁷.

Una vez desechada la teología, es el saber racional —en cambio— el medio que permite el descubrimiento de las leyes naturales que, al estatuir al derecho natural como un saber autónomo, también reporta un distanciamiento con respecto a la ciencia jurídica.

Lo anterior desemboca en que «El derecho natural se concibió como un orden o sistema de leyes de la naturaleza que regula la sociedad, junto a otro orden o sistema de leyes constituido por el derecho positivo»²⁵⁸. Por ende, en el periodo en cuestión, se reconocen dos

²⁵⁴ Javier Hervada, *Síntesis de la historia de la ciencia del Derecho natural* (Pamplona: EUNSA, 2006), 75.

²⁵⁵ Hervada, 76.

²⁵⁶ Hervada, 78–79.

²⁵⁷ Hervada, 79.

²⁵⁸ Hervada, 82.

grandes sistemas de normas jurídicas diferenciados que se encontraban enfrentados el uno contra el otro. A la postre, tal situación conduce a que «De ahí que el ideal racionalista del siglo XVIII terminó por ser la plasmación de ese derecho *racional* en unos cuerpos legales, dando así impulso al movimiento codificador»²⁵⁹, tal cual se profundiza más adelante.

Esbozado este contexto general del periodo, conviene redirigir la mirada nuevamente a los desarrollos conceptuales específicos que conciernen a la buena fe contractual.

En este sentido, Facco destaca los aportes de cuatro expositores del iusnaturalismo racionalista: el neerlandés Hugo Grocio (1583-1647), el alemán Samuel Pufendorf (1632-1694), así como los franceses Jean Domat (1625-1696) y Robert Joseph Pothier (1699-1772). Estos juristas encuentran en las ideas de la *bona fides* y de la *aequitas* un medio para cerrar la brecha entre derecho natural y derecho positivo de modo tal que en sus desarrollos teóricos se constata una revaloración de la buena fe contractual en el ámbito contractual²⁶⁰.

El caso de Hugo Grocio es de especial relevancia por cuanto se le considera el precursor de la Escuela moderna del Derecho Natural o iusnaturalismo racionalista y debido a que es el primer pensador que postula la existencia independiente del derecho natural sin la necesaria remisión a dios, postura que constituye el primer paso hacia la desvinculación de los fundamentos teológicos por la que se caracteriza el periodo moderno²⁶¹.

Para Grocio el ser humano exhibe una tendencia a vivir en sociedad, por lo cual la facultad de saber y actuar debe conformarse a una serie de principios generales, entre los cuales destaca los siguientes: «abstenerse de los bienes ajenos, restituir aquellos bienes ajenos que estén en nuestro poder y el lucro obtenido mediante ellos, la obligación de cumplir la palabra dada, reparar los daños causados culpablemente y el castigo de los delitos»²⁶².

En lo que respecta a la obligación de mantener la palabra dada, esta encuentra su raigambre en la buena fe, la cual ocupa un lugar central en su teoría de la declaración negocial. De ello se desprende una concepción del instituto cercana a la formulación de un principio general del derecho, dado que: «En este sentido, el deber de mantener la fe en los

²⁵⁹ Hervada, 82.

²⁶⁰ Facco, *Vicisitudes*, 120.

²⁶¹ Hervada, 88.

²⁶² Hervada, 89.

pactos representa una máxima basilar, un principio que desenvuelve la función de categoría jurídica universal de la cual es posible deducir una serie de preceptos más específicos»²⁶³.

Consiguientemente, la noción del *pactum* —pacto— adquiere carácter de elemento constitutivo que, al exigir la observancia de lo pactado, les brinda un fundamento racional a las instituciones del derecho privado. Al respecto, Facco explica que:

Grocio considera que el derecho privado reconoce un origen pacticio, fundado en el consenso de los individuos y determinado por su utilidad particular. El pacto como hecho voluntario se encuentra en la base, y a través del mismo se introduce la propiedad individual sustituyendo la comunión básica del estado de naturaleza. Así es que el pacto es concebido como un elemento constitutivo de todas las instituciones privadas, no solo patrimoniales sino también familiares²⁶⁴.

Igualmente significativa es esta noción de pacto de Grocio que engloba, por un lado, a las *promisiones* —promesas—, entendidas como actos unilaterales de liberalidad o gratuitos; y, por otro lado, a los *contractus* —contratos—, entendidos como actos onerosos que son los únicos que admite como contratos auténticos en virtud de su carácter sinalagmático²⁶⁵. Es más, para Grocio la «contractualidad» es un estado de inminente racionalidad, lo cual supone, asimismo, su concepción gradual de la buena fe: la *fides* reconoce diferentes estadios de intensidad, el grado máximo de intensidad es el supuesto de la convención al que las partes se someten voluntariamente, por la libertad y responsabilidad que entraña²⁶⁶.

Ahora bien, si a Hugo Grocio se le considera el precursor del iusnaturalismo racionalista, esta corriente de pensamiento termina por consolidarse con Samuel Pufendorf, quien desempeña una labor sistemática del derecho natural²⁶⁷. En la obra de Pufendorf, que es fuertemente influenciada por Grocio, la centralidad de la noción de contrato, al igual que la diferenciación entre contratos gratuitos y onerosos, se retoman con mayor ímpetu.

En lo tocante a los tipos de contratos, Pufendorf recurre a las categorías de derecho romano para equiparar a los *contractus stricti iuris* con los contratos gratuitos —de carácter no lucrativo— y a los *contractus bonae fidei* con los contratos onerosos —de carácter lucrativo— y, en concordancia con el esquema romano, le atribuye a estos últimos una «laxa

²⁶³ Facco, *Vicisitudes*, 123.

²⁶⁴ Facco, *Vicisitudes*, 125.

²⁶⁵ Facco, *Vicisitudes*, 125.

²⁶⁶ Facco, *Vicisitudes*, 126.

²⁶⁷ Hervada, 98.

interpretación valorativa» que permite la interpretación, y la eventual corrección, de los contratos con arreglo a la buena fe y la equidad, posibilidad que no admite para los contratos gratuitos²⁶⁸. Por ende, para Pufendorf, la buena fe y la equidad solo vienen en auxilio en el caso de aquellos negocios que involucran deberes y ventajas para ambos contrayentes, ya que al no constatarse la igualdad en el dar y el recibir, el derecho natural demanda la modificación del vínculo sinalagmático para que este no presente desequilibrios²⁶⁹.

En una veta similar, en cuanto a la empresa de sistematización, se encuentran los desarrollos teóricos de Domat y Pothier quienes emprendieron la labor de sistematizar el derecho romano con la intención de explicarlo racionalmente y cuyos trabajos se consideran las principales fuentes de inspiración para el *Code civil* francés del año 1804²⁷⁰.

De especial trascendencia para la concepción de la buena fe es la línea de pensamiento de Domat, según la cual de la *naturalis ratio* —razón natural— se desprende que: «las leyes que ordenan (mandan) la buena fe, la fidelidad, la sinceridad, y que prohíben el dolo, el fraude y toda sorpresa, son leyes de las que no se puede liberar, ni tener excepción»²⁷¹. Dentro de la concepción iusnaturalista, por provenir de la razón natural, la buena fe adquiere el estatuto de una ley inmutable o, si se quiere, de una norma pétreo, por cuanto se le estima como perteneciente a una serie de «preceptos universal y eternamente válidos para todos los hombres» cuyo sustento se deduce del *Corpus iuris civile*, en materia obligacional²⁷².

En su obra, Domat revaloriza a la buena fe, al igual que la equidad y la naturaleza del contrato, al remitirlas a su concepción de la *convention* —convención— que estriba en el mutuo consentimiento; de tal manera reconoce que las obligaciones surgen de lo estipulado por la convención pero, asimismo, de lo que la naturaleza de la convención demande²⁷³.

En dicho orden de ideas, sucede que:

Postulando una aplicación general de la buena fe a toda convención, la concibe como un deber que se extiende inclusive a la fase de ejecución y la pone en relación con la equidad y con la naturaleza de la convención, que son también asumidas como criterios de definición de los efectos de la convención²⁷⁴.

²⁶⁸ Facco, *Vicisitudes*, 129.

²⁶⁹ Ramos Corea, 40–41.

²⁷⁰ Facco, *Vicisitudes*, 131.

²⁷¹ Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus, I* (Paris: Chez la Veuve Cavalier, 1771): 1, citado por Javier Humberto Facco, *Vicisitudes de la buena fe negocial: reflexiones histórico-comparativas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 131.

²⁷² Facco, *Vicisitudes*, 131.

²⁷³ Facco, *Vicisitudes*, 132.

²⁷⁴ Facco, *Vicisitudes*, 132.

Por su parte, a Pothier se le reconoce, en gran medida, como continuador del pensamiento de Domat. Para Pothier, la buena fe debe hacerse valer en el campo contractual y ella requiere la honestidad, la apertura y la sinceridad por parte de los contratantes y, además, también se ocupó de derivar las funciones operativas del principio general en diversos contratos²⁷⁵. Sin embargo, la postura de Pothier frente a la buena fe es más restringida que la propugnada por Domat, lo que a la postre conduce a una concepción más reservada sobre esta que tendrá mayor cabida al sancionarse el *Code civil* francés²⁷⁶.

Para finalizar este apartado, conviene realizar un señalamiento puntual respecto a la evolución conceptual de la buena fe que se ha trazado hasta el momento.

Tal cual se indicó con respecto al abordaje de Grocio, en el caso del pensamiento de Domat puede apreciarse, nuevamente, una tendencia por parte del iusnaturalismo racionalista a partir de la cual se le atribuye a la buena fe un lugar privilegiado en el seno de la materia contractual, lo que realza su grado de abstracción en calidad de categoría jurídica.

Según se ha visto, si bien es cierto que a lo largo del tiempo la buena fe experimenta un progresivo proceso de dilatación en cuanto conceptualización, no es sino hasta el periodo moderno cuando se comienza a predicar de ella atributos tales como su *universalidad* o su *validez eterna*. Probablemente esto se deba al rol que la buena fe desempeña en la articulación de la noción de contrato, tal como se ha comentado en páginas anteriores.

Sin embargo, lo cierto del caso es que durante este periodo resulta factible detectar cómo la buena fe contractual comienza a ser perfilada, a partir de los desarrollos de los diversos juristas comentados, como un principio general del derecho aunque, por razón del momento histórico del que se trata, no se emplee dicha nomenclatura propiamente.

Sección III. Periodo de codificaciones

En primera instancia, como antecedente inmediato al movimiento codificador que tiene lugar en Europa durante el siglo XIX, cabe destacar el rol de las obras institucionales de los siglos XVIII y XIX. Estas obras fueron producciones didácticas cuya pretensión era

²⁷⁵ Facco, *Vicisitudes*, 134.

²⁷⁶ Facco, *Vicisitudes*, 134.

exponer el derecho nacional que, por dicho motivo, configuran un primer momento de la ciencia civilista moderna, al igual que contribuyeron a una mayor amplitud de la buena fe²⁷⁷.

Entre ellas sobresalen las *Instituciones de Derecho Romano* de Hienecio en las cuales se distingue entre dos tipos de contratos según se obligue a una o ambas partes: los contratos unilaterales o de estricto derecho y los contratos bilaterales o de buena fe, respectivamente. Ahora bien, esta diferenciación no implica que en los contratos de estricto derecho se prescinda de la exigencia de lealtad que demanda la buena fe sino que la buena fe se despliega con mayor intensidad en los contratos que entrañan obligaciones recíprocas al punto de que de estos pueden surgir obligaciones no convenidas expresamente²⁷⁸. Este esquema básico es replicado en las obras institucionales del guatemalteco María José Álvarez, del chileno Andrés Bello y de los portugueses Manuel Antonio Coelho da Rocha y Pascoal José de Mello Freire²⁷⁹.

Las obras institucionales vienen a asentar que la buena fe no se limita a los contratos consensuales, pudiéndose extender incluso a contratos reales, al mismo tiempo que se confirma su capacidad para enriquecer el contenido del contrato a raíz de la reciprocidad de deberes que tienen entre sí las partes, a partir de lo cual Facco concluye que:

Estas reflexiones debidamente sopesadas por la doctrina jurídica han sido la antesala de la manera en que fue incorporado el principio de buena fe objetiva en los códigos civiles modernos, lo que denota un nuevo pasaje de su secular presencia en el sistema jurídico romanista²⁸⁰.

En cuanto al movimiento de codificación respecta, propiamente, este fenómeno se desenvuelve en estrecha vinculación con el surgimiento de los Estados nacionales en Europa y toma sus presupuestos filosóficos e ideológicos del seno del iusnaturalismo racionalista predominante durante la modernidad. Sus inicios se remontan a mediados del siglo XVII, extendiéndose a lo largo del siglo XVIII y teniendo su mayor apogeo durante el siglo XIX, momento en que se asienta sobre los presupuestos de la sociedad liberal²⁸¹: «esto es, la separación entre la Iglesia y el Estado, el respeto irrestricto del hombre como individuo y el reconocimiento del carácter inviolable de la propiedad privada»²⁸². A tenor de lo anterior, el

²⁷⁷ Facco, *Vicisitudes*, 137.

²⁷⁸ Facco, *Vicisitudes*, 139.

²⁷⁹ Facco, *Vicisitudes*, 140–149.

²⁸⁰ Facco, *Vicisitudes*, 150.

²⁸¹ Beatriz Bernal, *Historia del derecho* (México: UNAM, 2016), 187.

²⁸² Bernal, 187.

proceso codificador puede comprenderse como el punto culminante al que arriba la renovación de la ciencia jurídica, la que inicia con la corriente del humanismo renacentista y que continúa, posteriormente, con el iusnaturalismo racionalista de la modernidad²⁸³.

Según lo indicado por Beatriz Bernal sucede que «Al amparo del iusnaturalismo racionalista, los países europeos, desde el siglo XVII, se abocaron a la tarea de planear un futuro elaborando cuerpos de leyes llamados códigos»²⁸⁴ al ser el código aquel «cuerpo jurídico que comprendía, por ramas específicas, todo el derecho positivo que se daba cada nación con base en sus presupuestos ideológicos y filosóficos, y que respondía a un plan, a un sistema y a un método previamente establecido»²⁸⁵.

Con la práctica de la codificación, que viene acompañada por la idea del Estado nación, se busca eliminar el particularismo jurídico característico del periodo feudal en el afán de alcanzar una estabilización del derecho; empero, este proceso tuvo por resultado instalar un nuevo particularismo jurídico, el de los Estados nacionales, «que al gozar del monopolio de la producción normativa proclaman positivamente en sus respectivos territorios un derecho propio»²⁸⁶. Estos nuevos ordenamientos jurídicos se asientan sobre las premisas de su carácter hermético y de su propia autosuficiencia, lo cual da paso al nacionalismo jurídico, de modo que los códigos se convierten en «instrumentos de nacionalización del derecho romano» al servicio de la «perspectiva estatal-legalista»²⁸⁷.

En este contexto, Facco postula un ligamen entre el derecho romano y los nuevos códigos modernos «a partir de la asunción que aquellos [los códigos] hacen de la totalidad del sistema jurídico romanista desde el *principium* »²⁸⁸ que, según las connotaciones de esta locución —la primera como inicio que guía un proceso y la segunda como pieza clave de un andamiaje— remiten a una primacía en el orden del tiempo y a una primacía en el orden de lo estructural, afirmando así que «ambos significados han tenido especial ascendencia en la elaboración de la categoría jurídica de los principios general del derecho»²⁸⁹.

²⁸³ Facco, *Vicisitudes*, 155.

²⁸⁴ Bernal, 163.

²⁸⁵ Bernal, 164.

²⁸⁶ Facco, *Vicisitudes*, 157.

²⁸⁷ Facco, *Vicisitudes*, 157.

²⁸⁸ Facco, *Vicisitudes*, 158; texto agreg.

²⁸⁹ Facco, *Vicisitudes*, 158.

Los códigos civiles modernos, precisamente, remiten a la buena fe contractual bajo el modo de principio general del derecho; a la vez, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos modernos reconocen, ya sea de manera explícita o implícita, un reenvío hacia ella que, a pesar de la diversidad en su tratamiento, concuerdan en resaltar la exigencia de la corrección del comportamiento en el ámbito contractual²⁹⁰. No obstante, en los tiempos iniciales del movimiento codificador del siglo XIX se constata una tensión entre la buena fe, como principio general, y la norma de derecho positivo, esto producto de la perspectiva estatal-legalista que atribuye una primacía a la ley como fuente de producción normativa²⁹¹.

Esta situación resulta evidente en el caso del *Code civil* francés de 1804, en el cual la buena fe objetiva figura solamente en el numeral 1134 de dicho cuerpo normativo, en donde se le limita a la fase ejecutiva del contrato —no a todo el iter contractual—, además de excluírsele como una de las fuentes subsidiarias de las obligaciones contractuales. Esta disminución del principio de buena fe se explica, en gran medida, al tomar en cuenta la influencia que ejerce la denominada Escuela de la exégesis que prioriza, por encima de todo, la supremacía de la ley escrita, se limita a comentar el texto legal y se ciñe a una interpretación estrictamente literal de este. Tal como señala Andreu Gálvez:

(...) en el siglo XIX el Código se convirtió en la nueva verdad revelada; la preminencia del texto hizo que la ley fuera el derecho y que el derecho se ajustara al espíritu de la ley. Como si de algo inmutable se tratara, este espíritu se hizo intocable, pues la letra sólo admitía explicación pero nunca creación ni confrontación. Lo que realmente tenía valor era la significación que el legislador le había dado con las palabras que estaban escritas en ella²⁹².

Bajo esta concepción, tanto la buena fe como la equidad se perciben como principios de derecho natural «en lugar de nociones y criterios técnicos de derecho positivo (aun con un fundamento ético de base), [que] ha conducido a considerarlas como valores axiológicos y metaempíricos extraños al contrato e inclusive potencialmente en conflicto con él»²⁹³.

Así pues, en los conceptos de buena fe y de equidad se reconoce un potencial desequilibrio que atentaría contra la certeza del derecho que materializa la ley positiva, por

²⁹⁰ Facco, *Vicisitudes*, 162.

²⁹¹ Facco, *Vicisitudes*, 163.

²⁹² Manuel Andreu Gálvez, “Una breve aproximación histórica a la escuela de la exégesis y conclusiones a las que nos ha llevado la codificación”, *Revista del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM* (2016): 17.

²⁹³ Facco, *Vicisitudes*, 171; texto agreg.

lo cual al juez se le proscribía la posibilidad de invocarlas para modificar el contrato —una de las funciones que, históricamente, ambas han desempeñado—:

En líneas generales, los exégetas descartaban que el juez pudiera resolver las controversias con base en principios equitativos: juzgar a la luz de la equidad, argumentaban, comporta graves peligros, en cuanto la anarquía y el arbitrio terminan prevaleciendo sobre el orden y la igualdad, y el dogma de la certeza se disuelve de modo irrecuperable²⁹⁴.

Por consiguiente, la inclusión de la buena fe contractual al interior del proceso codificador francés tiene por resultado dos desenlaces que denotan una tensión subyacente que repercute en su futuro desarrollo: por un lado, gracias a la influencia determinante que ejerce el código civil francés en otros códigos modernos que lo toman como inspiración, se constata una amplia difusión de la buena fe; empero, por otro lado, el mismo proceso codificador, al instaurar el código —la ley— como fuente normativa privilegiada, desemboca en un recorte de la capacidad operativa del principio en razón del posible conflicto que este supone con respecto a la certeza que se conquista con la empresa de codificar.

Un modelo de código que discurre en una vertiente diferente al francés es el código civil alemán —el *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB— de 1886 y vigente desde 1900, debido a la influencia que ejerce sobre su desarrollo la corriente de pensamiento jurídico de la Escuela pandectística alemana, también conocida como *usus modernum pandectarum*.

Precedidos por la Escuela Histórica del Derecho, los autores de la Pandectística «toman como base el Derecho Romano y lo observan como una unidad homogénea y estática»²⁹⁵ y «su estudio lo dedican al Corpus Iuris de Justiniano y dentro de éste, las Pandectas o Digesto. Lo enuncian como un *ius commune* y se instauran una serie de modelos y de principios generales»²⁹⁶. En cuanto a su pretensión central destaca que «Los pandectistas querían construir la ciencia del derecho con su sistema de conceptos lógicos encadenados con pretensión de validez universal»²⁹⁷ cuyo énfasis metódico y sistemático será crucial para la formulación de la posterior corriente jurídica de la Jurisprudencia de conceptos.

En cuanto a la significancia que esta corriente de pensamiento supone para el abordaje de la buena fe, Ramos Corea sostiene que esta configura un terreno que no es propicio para

²⁹⁴ Facco, *Vicisitudes*, 175.

²⁹⁵ Ramos Corea, 44.

²⁹⁶ Ramos Corea, 44.

²⁹⁷ Margarita Fuenteseca Degeneffe, “El nacimiento de la historia jurídica y su contraposición con la dogmática pandectística”, *Anales de la Universidad de Alicante* 9 (1994): 33.

su desarrollo en razón de que la Pandectística «es sensible a reconstruir el reino de la lógica y a tratar de eliminar el irracionalismo del intérprete»²⁹⁸. En igual sentido se pronuncia Facco, quien recalca que la cultura jurídica alemana, previo a la codificación, era recelosa con respecto al uso de conceptos flexibles debido a que entrañan optar por una pauta axiológica y que, en virtud de la ideología individualista imperante, el acuerdo entre las partes no debía ser sujeto a modificación alguna por parte del juez, reticencias que se explican —al igual que en el caso de la exégesis francesa— por la pretensión o ideal de certeza del derecho²⁹⁹.

Un momento importante en la experiencia jurídica alemana se constata alrededor de 1870 con la polémica entre los juristas Bruns y Wächter, en torno al tema de la buena fe.

Esta disputa permitió perfilar la distinción entre la buena fe objetiva —que corresponde a la rectitud de la conducta en el ámbito contractual— y la buena fe subjetiva —que corresponde a la ignorancia de lesionar un derecho ajeno en el ámbito del derecho real—; empero, producto de la influencia pandectística, en los tiempos iniciales luego de la promulgación del BGB, continúan imperando las tendencias reduccionistas de la buena fe contractual³⁰⁰.

El código civil alemán reconoce el principio de buena fe en su párrafo 242 bajo el requerimiento de un patrón de lealtad en la conducta que alcanza a ambos términos de la relación contractual y, además, en su párrafo 157, que versa acerca de la buena fe como fuente de interpretación de los contratos. Según versa el análisis efectuado por Facco, los redactores del BGB inicialmente no les atribuyeron demasiada importancia a estas normas relativas a la buena fe y no fue sino hasta tiempo después que se reconoció, plenamente, que este código «ha consagrado a la buena fe objetiva bajo la forma de una cláusula general, posibilitando de esta manera el desarrollo por la vía doctrinaria y jurisprudencial de todas sus potencialidades operativas, y facilitando también la apertura del sistema»³⁰¹.

Sin embargo, lo cierto del caso es que, durante el periodo codificador, la postura dominante frente a la figura de la buena fe fue una postura de rechazo; de desconfianza y de recelo con respecto a las cláusulas flexibles, en general. Tal circunstancia se explica por un sencillo motivo: el ideal que en este periodo se desea preservar, a toda costa, es el ideal de

²⁹⁸ Ramos Corea, 45.

²⁹⁹ Facco, *Vicisitudes*, 193.

³⁰⁰ Facco, *Vicisitudes*, 194, 197.

³⁰¹ Facco, *Vicisitudes*, 168.

certeza del derecho que los códigos representan. Frente a dicho ideal, la buena fe y figuras afines se consideran riesgosas por cuanto, por su apertura, atentan contra él y muestra de esa percepción es la limitación operativa del instituto en el código francés y alemán.

El desprestigio descrito que experimenta la buena fe contractual no comienza a revertirse sino hasta entrado el periodo contemporáneo cuando, paulatinamente, el esquema codificador muestra sus falencias y es entonces cuando se reconoce la valía de figuras como ella que, en virtud de su contenido ético-moral, coadyuvan a adecuar el derecho a la realidad.

Estos desarrollos son los que se comentan de seguido en la próxima sección.

Sección IV. Periodo contemporáneo

Según se ha visto en la sección anterior, el periodo de codificaciones supuso un complejo pasaje para la evolución conceptual de la buena fe contractual.

Esta circunstancia acaece debido a que, a pesar de reconocérsele expresamente en los dos modelos de código paradigmáticos en Europa (con la amplia difusión que ello entrañó), la buena fe experimenta una drástica disminución de su capacidad operativa en los primeros tiempos luego de la promulgación de dichos cuerpos legales. Contribuye a esclarecer esta situación el hecho de que las corrientes de pensamiento jurídico de las cuales se nutren el *Code civil* francés —*i.e.*, Escuela de la exégesis— y el BGB alemán —*i.e.*, Escuela pandectística y, más tarde, Jurisprudencia de conceptos— se encuadran, todas ellas, dentro de un marco de racionalidad jurídica de índole «formalista» que marca una tendencia duradera.

Para explicitar este punto cabe destacar que, por un lado, la Escuela de la exégesis francesa postula al derecho como un sistema axiomático, de lo cual se desprende que «el derecho es completo (sin lagunas o vacíos), coherente (sin antinomias) y unívoco (sin ambigüedades)»³⁰²; mientras que, por otro lado, la Jurisprudencia de conceptos alemana postula al derecho como un sistema piramidal de conceptos en cuya cumbre se sitúa un concepto general «que determina en sus contenido a todos los restantes y bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos o derivarlos deductivamente»³⁰³.

³⁰² Yezid Carrillo de la Rosa, “Panorámica histórica del razonamiento jurídico y la adjudicación del derecho”, *Saber, ciencia y libertad* 4, no. 2 (2009): 19.

³⁰³ Carrillo de la Rosa, 19.

Ambas corrientes de pensamiento se enmarcan dentro del formalismo jurídico en tanto comparten una serie de creencias entre las cuales destacan las siguientes: la creencia en el carácter completo y comprensivo del sistema jurídico; la creencia según la cual producto de la separación de poderes solamente los legisladores crean derecho —no los tribunales—; la creencia en la elevada abstracción y generalidad como virtudes del derecho; la creencia en que recurrir a la lógica interna de los conceptos jurídicos —el conceptualismo— es la principal herramienta del razonamiento jurídico; y la creencia en la certeza y predecibilidad como los máximos ideales jurídicos³⁰⁴; entre otras creencias del mismo tipo.

Ante este credo formalista, hacia finales del siglo XIX se comienzan a articular una serie de tendencias opuestas denominadas tendencias anti-formalistas que surgen tanto en Francia, con la figura de François Geny como su principal exponente, como en Alemania, con la figura de Rudolf von Ihering quien criticará, arduamente, los postulados centrales del conceptualismo y cuyo trabajo, a la postre, dará pie a la Escuela de derecho libre.

En términos generales las tendencias anti-formalistas se caracterizan por denunciar las insuficiencias de comprender el derecho como un ente estático frente a una realidad social cambiante que, al ser incluida al análisis, evidencia las lagunas, las antinomias y las contradicciones internas del sistema jurídico, se resquebrajan así el estatalismo y el legicentrismo que trajo consigo el proceso codificador³⁰⁵. Asimismo, dichas tendencias rechazan el modelo lógico-deductivo como instrumento básico de la interpretación del derecho, objetan la pretensión de asumir al derecho como un sistema completo y hermético, al igual que muestran recelo ante la tesis según la cual la función del juez es meramente declarativa, señalando que no se reconoce su función interpretativa ni creadora de derecho³⁰⁶.

Bajo el auspicio del anti-formalismo «cambia en forma sustancial el papel y la función de los jurisconsultos y del Juez y [se] le atribuye importancia a los principios de la equidad y de la buena fe, como medios que pueden incidir en el Derecho o *Ius Scriptum*»³⁰⁷.

³⁰⁴ Juan Antonio Pérez Lledó, *El movimiento «Critical Legal Studies»* (Madrid: Tecnos, 1996), 169-170, citado por Enrique P. Haba, *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico*, 3.ª ed. (San José, C.R.: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2016), 200.

³⁰⁵ Andrés Botero Bernal, “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX” en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, eds. Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (México: UNAM, 2015): 93–104.

³⁰⁶ Carrillo de la Rosa, 20.

³⁰⁷ Ramos Corea, 48–49; texto agreg.

Es precisamente en este periodo cuando el esquema de los códigos comienza a mostrar sus falencias; se cuestiona, entonces, el estricto apego a la literalidad del texto legal, la disminución de la función jurisdiccional y el temor que supone el uso de pautas valorativas que involucren juicios axiológicos. Ante tal situación, pronto queda en evidencia que:

Las lagunas se presentan en el ordenamiento y se acrecientan conforme cambian las exigencias de la vida y para satisfacer las mismas, la tendencia anti conceptualista [o anti-formalista] estima que se deben hacer uso de las máximas que los Códigos no definen con contornos precisos, para adaptar el derecho a los cambios que se dan en la sociedad³⁰⁸.

En consecuencia, sucede que las figuras del juez y de la buena fe ingresan en un proceso de revalorización en el que recobran el protagonismo que les había sido vedado durante el tiempo en que imperaron los postulados de la Exégesis, la Pandectística y la Jurisprudencia de conceptos. A diferencia de antaño, al juez, ahora, le concierne no solamente la estricta interpretación del cuerpo legal sino, también, la función de detectar posibles antinomias y contradicciones en el seno de este, mientras que el principio de buena fe se muestra como un instrumento idóneo para colmarlas cuando ellas se presenten.

Inmerso en tal contexto se suele hablar de la entrada en crisis del positivismo jurídico decimonónico, lo que acarrea que:

(...) este modelo paradigmático y sólido por décadas entraría en crisis, para dar paso a lo que sería un Nuevo Derecho basado en principios y por supuesto en reglas, pero ya no de estricto absolutismo a la legalidad que estableció el legislador decimonónico, sino a la corrección permanente del carácter de su contenido sustancial y procesal³⁰⁹.

Así pues, producto resultante de esta crisis es la operación de un cambio en la manera en que se perciben los preceptos legales de origen ético con raigambre axiológico.

A aquellos preceptos, los mismos que tiempo atrás despertaban recelo y temor en razón de su potencial conflictividad con respecto al ideal de la certeza jurídica, en esta nueva etapa se les reconoce un rol capital al interior del ordenamiento para ajustar al derecho a las cambiantes exigencias sociales. En este orden de ideas, «Las cláusulas flexibles como la buena fe dan a los jurisconsultos la posibilidad de abrir brechas en el formalismo del sistema (...) [dado que estas] pueden conectar el derecho a las experiencias del diario vivir»³¹⁰.

³⁰⁸ Ramos Corea, 49; texto agreg.

³⁰⁹ Ferney Rodríguez Serpa y Pilar Ruiz Zapata, “De la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho”, *Revista Republicana* 9 (2010): 205.

³¹⁰ Ramos Corea, 51; texto agreg.

Asimismo, en virtud de este cambio de enfoque es que se termina por considerar a la buena fe como un principio inserto en el sistema de derecho positivo, particular sobre el cual Corradini se refiere al indicar lo siguiente:

Y a punto de eludir los engaños, la ausencia del dolo, este elemento de una buena fe, de un pensar y actuar para los que es bueno, deviene del derecho un elemento técnico, se llama el principio de la buena fe y es el principio reconocido a [la] base de los ordenamientos jurídicos como un principio general³¹¹.

Sin embargo, el recorrido histórico de la buena fe contractual no culmina con su reconocimiento como parte integrante del sistema de derecho positivo, bajo el modo de principio general del derecho. Adicionalmente, el principio de buena fe contractual constituye una pieza clave de los proyectos de armonización legislativa —en materia de derecho privado y, en especial, de derecho de los contratos— que se gestan en Europa durante el siglo XX y que continúan en el siglo XXI. Ante el panorama supranacional europeo que supone «la libre circulación de personas, bienes y servicios»³¹² en un contexto de integración regional, el objetivo de tales proyectos es unificar las legislaciones de los países europeos para así hacer frente a las nuevas exigencias del tráfico comercial contemporáneo.

Entre los proyectos de armonización legislativa que otorgan un rol central a la buena fe contractual destacan, ante todo, los siguientes: los *Principios de los contratos comerciales internacionales* o los «Principios UNIDROIT»; los *Principios de Derecho Contractual Europeo* (PECL); el *Código Europeo de los contratos* (Proyecto de la Academia de *iusprivatistas* europeos); el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) o «Marco Común de Referencia»; y la propuesta del *Common European Sales Law* (CESL).

En todos estos proyectos la buena fe es reconocida expresamente como principio rector en materia contractual, exigiendo de las partes, invariablemente, el deber de actuar de buena fe en la esfera negocial. Más aún, el tratamiento que se le brinda a la buena fe en el contexto de estos proyectos no es homogéneo. Dependiendo del proyecto del cual se trate, a la buena fe se le reconocen funciones de índole integradora de los contratos³¹³, mientras que en otros además se le reconoce una función de índole informativa respecto a la interpretación

³¹¹ Domenico Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto Privato* (Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1970), 524, citado en Jimmy Enrique Ramos Corea, “La Buena y la Mala Fe Posesoría y sus Efectos Jurídicos” (Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986), 51; texto agreg.

³¹² Facco, *Vicisitudes*, 330.

³¹³ UNIDROIT, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (Rome: UNIDROIT, 2016), art. 4.8.

de los principios y de los acuerdos³¹⁴; asimismo, la buena fe fundamenta variedad de institutos que hacen mención directa a ella³¹⁵ y contribuye a articular deberes tales como el deber de reserva durante las tratativas y los deberes de cooperación e información³¹⁶.

Consecuentemente, en la actualidad, la vigencia de la buena fe contractual es un hecho incontrovertible: su largo proceso de maduración conceptual ha conducido a que a esta se le atribuya el estatuto de principio general del derecho, incluso atribuyéndosele el estatuto de principio general superior del derecho; a la fecha son sumamente numerosos los ordenamientos jurídicos que remiten a ella y que la reconocen expresamente en sus legislaciones; mientras que, producto del lugar central que ocupa en materia contractual, en tiempos recientes la buena fe ha contribuido, decisivamente en los proyectos de armonización legislativa en la materia en cuestión, reafirmando así su valía en el contexto negocial.

Sección V. Síntesis de los principales desarrollos teóricos de la buena fe contractual

Dar cuenta del devenir histórico-jurídico de la buena fe contractual conlleva ahondar en una historia dilatada en cuanto a su dimensión espacio-temporal. El amplio tratamiento que recibe el instituto en el seno del sistema jurídico romano, a pesar de su prolongada extensión, configura tan solo el primer estadio de una vasta progresión que abarcará siglos. A lo largo de dichos siglos, los epicentros de su maduración conceptual cambian de sede continuamente, desplazándose de ordenamiento jurídico a ordenamiento jurídico, primero circunscribiéndose a nivel europeo y, posteriormente, proyectándose a escala global.

En las páginas precedentes se ha procurado brindar una mirada panorámica del trayecto recorrido por el instituto a través de diversos periodos de suma trascendencia para la articulación de la disciplina jurídica, al interior de los cuales la buena fe surge, una y otra vez, como una categoría clave en la materia contractual y para el discurso jurídico, como tal.

Concluido el recuento de la historia canónica del instituto, la sección final del presente título se encarga de sintetizar, sumariamente, los principales desarrollos teóricos que son fruto de la evolución conceptual de la buena fe contractual. Tales desarrollos se examinan a

³¹⁴ The Commission on European Contract Law, *The Principles of European Contract Law*, eds. Ole Lando y Hugh Beale (La Haya: Kluwer Law International, 2000), art. 1:106.

³¹⁵ Academia de Pavía, *Código Europeo de Contratos*, trad. José Luis de los Mozos y Carlos Rogel (Madrid: Editorial Reus, 2009).

³¹⁶ Facco, *Vicisitudes*, 344–346.

la luz de la categoría del valor jurídico de la confianza y con auxilio de las demás categorías empleadas en el análisis. Todo ello con el propósito de fortalecer la tesis central según la cual el instituto en cuestión despliega una labor de tutela a favor del valor de la confianza.

Inicialmente, pues, conviene retomar las principales conclusiones que se extraen del análisis efectuado con respecto al momento genético de la *bona fides* romana.

En primer lugar, en atención a los antecedentes de la buena fe bajo el modo de la *fides* arcaica, se ha mostrado que el valor potestativo de la *fides* —derivado de la institución de la clientela— remite, primariamente, al principio moral de jerarquía, lo que da pie a relaciones que se fundan en la asimetría entre las partes, en términos de superioridad e inferioridad, en virtud de una lógica de precedentes basada en el hábito y la costumbre, tal cual sucede en el caso de la relación patrono-cliente. Mientras que el valor promisorio de la *fides* —derivado del *foedus* entre Roma y Cartago— remite, primariamente, al principio moral de intercambio, lo que, en cambio, da pie a relaciones que se basan sobre una presunción de igualdad entre las partes, bajo una lógica de equivalencia entre lo que cada una de ellas da y recibe.

Con esta caracterización de la *fides* arcaica se señala la presencia de, cuando menos, dos principios morales y operativos distintos que fungen de sustrato para las relaciones negociales a las cuales, posteriormente, da cabida la *bona fides* en el plano legal.

En segundo lugar, también se ha visto que la *fides*, entendida como un crédito socio-jurídico, implica la centralidad del atributo de confiabilidad que, en el contexto del grupo, se predica de los individuos en razón de sus comportamientos y de sus palabras. Este atributo entraña, entonces, mostrarse confiable a los ojos de los demás miembros de la comunidad, en un entorno inicial en el que cada quien compromete su propio crédito —su propia *fides*— y, por ende, la credibilidad de los individuos resulta fácilmente constatable. Tal como se ha descrito, la confiabilidad es homologable a lo que Hosking denomina la confianza en el digno-de-confianza que, al operar en las líneas de la confianza gruesa (lo que supone conocimiento extensivo y contacto frecuente con el otro término de la relación) sirve como un indicador de la confianza que ha sido bien depositada, en un plano relacional.

En tercer lugar, al constatar el tránsito de la *fides* a la *bona fides*, en un escenario de creciente tráfico comercial, dado que se entablan relaciones negociales con individuos ajenos a la esfera de la comunidad romana, sucede que se torna imposible acreditar la confiabilidad y la credibilidad del otro término de la relación. Así, esto conduce a un

desplazamiento de una confianza gruesa hacia una confianza estrecha, debido a la escases de conocimiento y al contacto infrecuente con el otro contratante. Para salvar esta brecha, en tal contexto emerge la *bona fides* como una *fides* convencional y secular, con el propósito de propósito de proteger jurídicamente las relaciones negociales del tráfico comercial.

De la mano del proceso formulario, la *bona fides* pasa a constituir el fundamento de accionabilidad de los negocios *iuris gentium* y opera como la garantía tutelar de aquellas relaciones negociales que no gozaban de amparo legal bajo el antiguo *ius civile*. Ante dicha situación, se sostiene que la entrada en escena de la *bona fides* implica una ampliación del radio de confianza —en el marco de la comunidad romana—, gracias a la cual se extiende protección legal a relaciones negociales que, anteriormente, no eran merecedoras de tal tutela.

Y por último, en cuarto lugar, se ha considerado cómo el sistema simbólico de la ley, bajo el procedimiento del *legis actio*, se vincula estrechamente con el sistema simbólico de la religión y, asimismo, cómo a partir de la entrada en vigencia del proceso formulario este vínculo se modifica para enlazarse con el sistema simbólico del dinero que facilita entablar el comercio entre individuos desconocidos entre sí, situación que se mantiene aún en la etapa posterior de desarrollo bajo el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*.

Estos cuatro puntos constituyen el grueso del análisis efectuado acerca del momento genético de la *bona fides* romana y de la interrelación que se puede trazar entre ella y la labor de tutela que esta despliega en relación con el valor jurídico de la confianza.

Ahora bien, realizada esta breve recapitulación, resulta necesario examinar cómo los desarrollos teóricos posteriores, en cuanto a la evolución conceptual de la buena fe, pueden encuadrarse de acuerdo con los parámetros del esquema hasta aquí descrito.

Una primera consideración que se puede efectuar al respecto, en el marco del periodo medieval, concierne a las tres conductas exigibles a las partes, en el marco de un contrato, que los juristas del medioevo reconocen que se desprenden de la buena fe contractual.

La primera de estas conductas exigibles a los contratantes es el deber de mantener la palabra dada cuyo ligamen, relativo al valor de la confianza, se torna patente al reparar en el hecho según el cual la confianza, en cualquiera de sus tres aspectos —ya sea un plano sentimental, actitudinal, o relacional—, tiene que ver con la acción o el potencial de acción de los individuos y con la relación que dichos individuos entablan con el futuro³¹⁷.

³¹⁷ Hosking, *Trust*, 27.

En este orden de ideas, es atinada la tesis de Luhmann que postula que la confianza es un mecanismo reductor de complejidad y que el acto de confiar permite a los individuos operar *como si* solamente ciertos desenlaces futuros fuesen posibles³¹⁸. Quien deposita su confianza en la promesa o en la palabra de otro relega su potencial de acción en relación con el cumplimiento de lo acordado, descartando otros desenlaces posibles y reduciendo así la complejidad; esto es decir que mantener la palabra dada —y depositar la confianza en ella— posibilita un entendimiento mutuo que permite afrontar la incertidumbre intrínseca al futuro.

Ahora bien, otro punto de relevancia en el encuadramiento medieval concierne al principio moral operativo que se privilegia al conceptualizar la buena fe contractual.

Según la perspectiva jurídica medieval, de base aristotélica y tomista, del deber de mantener las promesas por fidelidad a la palabra dada se desprenden dos tipos de actos: actos de justicia distributiva y actos de justicia conmutativa. Esta diferenciación se fundamenta en que los actos de justicia conmutativa implican que, en el contexto del intercambio, debe darse una equivalencia de las contraprestaciones; por ende, en los intercambios comerciales, a cada parte le corresponde dar tanto como recibe. La centralidad que ocupa la equivalencia, en el marco de las exigencias de buena fe, empata precisamente con la lógica que caracteriza las relaciones económicas fundadas en el principio moral de intercambio, junto a su presunción de igualdad de las partes. Por tal motivo, las discusiones medievales confirman la prevalencia operativa de este principio, esto con respecto a la manera en que se perfilan y se conciben las relaciones jurídicas a las que da pie la buena fe y las exigencias que ella entraña.

Más aún, para un autor como Baldo, la equivalencia también es el fundamento de las dos restantes conductas exigibles a los contratantes, con fundamento en la buena fe.

Por un lado, los contratantes no deben aprovecharse de su contraparte —requerimiento que en el pensamiento de Baldo se traduce en la exigencia de no enriquecerse a expensas de otro— debido a que tal proceder atenta contra la equivalencia en las contraprestaciones puesto que se recibe más de lo que se da; y, por otro lado, el reconocimiento de obligaciones implícitas se funda en la naturaleza del contrato con su respectiva causa que, en el caso de los actos de justicia conmutativa, viene dada por la equivalencia en el intercambio.

³¹⁸ Niklas Luhmann, *Trust and Power* (Chichester: John Wiley & Sons, 1979), 20.

Esta centralidad de la noción de equivalencia se mantendrá como pieza clave en la articulación de la noción de contrato en el periodo moderno. Los contratos de buena fe se equiparán, entonces, con actos onerosos que involucran deberes y ventajas correlativos para ambos contratantes. Es en el marco de tales contratos que se admite que la buena fe y la equidad operen de tal forma que ellas puedan modificar el vínculo sinalagmático, con el propósito de mantener el equilibrio —o la equivalencia— en las contraprestaciones.

En este punto, la consolidación moderna de la noción de contrato —sustentada en la máxima basilar de mantener lo pactado— configura un mecanismo mediador de la confianza que vincula estrechamente al sistema simbólico del dinero (siendo el dinero un instrumento de capital importancia en el ámbito comercial) con el sistema simbólico de la ley.

La interrelación entre estos dos sistemas simbólicos suele ser compleja, ya que fácilmente se podría pensar que, en el contexto del intercambio comercial, el hecho de que las partes recurran al auxilio de la legalidad denota desconfianza más que confianza. Sin embargo, dado que en las operaciones comerciales es inevitable evaluar riesgos, distribuirlos entre las partes y lidiar con las contingencias futuras, un documento legal preciso —*i.e.*, un contrato— faculta potenciar la confianza mutua de las partes. Dicho documento le asegura a los signatario que ellos cuentan no solo con la buena voluntad de su contraparte, sino que, además, cuentan con un registro de lo pactado que los vincula recíprocamente y que, llegado el caso eventual, puede hacerse valer en las instancias judiciales correspondientes³¹⁹.

Por ende, en el periodo moderno la noción de contrato es informada por los requerimientos del mutuo consenso, del equilibrio sinalagmático y de la buena fe, y de tal manera se instaura como una categoría pilar del derecho privado y como un instrumento jurídico idóneo para mediar la confianza de los contratantes en el marco del tráfico comercial.

Ahora bien, una vez que se da la transición del periodo moderno al periodo de codificaciones se presenta una situación paradójica en relación con la labor de tutela desplegada por la buena fe contractual a favor del valor jurídico de la confianza.

Con la entrada en vigencia del movimiento codificador sucede que la buena fe experimenta una considerable reducción de su capacidad operativa. Esto a pesar de ser una figura clave para el desarrollo de la noción de contrato que, a su vez, es la piedra angular sobre la cual se cimienta esta empresa en el ámbito civil. La incorporación de la buena fe al

³¹⁹ Hosking, *Trust*, 84.

interior del esquema de los códigos, más que suponer su plena consagración en el derecho positivo, significa una disminución de su valía conceptual y un importante recorte de ciertas funciones cardinales que teóricos precedentes le atribuyeron a ella. Esto es claro en el caso del *Code civil* francés en el cual la buena fe se limita solamente a la fase ejecutiva del contrato, al mismo tiempo que se le excluye como fuente subsidiaria de las obligaciones.

Tales desarrollos pueden explicarse de mejor manera al incluir el componente axiológico al análisis y al considerar la dinámica antinómica de los valores³²⁰.

A los ojos de los juristas de este periodo, insertos en un entorno jurídico en que prima, ante todo, el ideal de certeza del derecho fundado en la supremacía normativa de los códigos, la categoría de la buena fe contractual se mira con recelo. Con el advenimiento de la ley positiva se pretende combatir la influencia de las corrientes iusnaturalistas imperantes en la escena jurídica hasta entonces. Esto conduce a que figuras jurídicas como la buena fe y la equidad —con su marcado trasfondo axiológico y metaempírico— sean relegadas a un lugar secundario debido a que a estas se las considera principios de derecho natural en lugar de criterios de aplicación en el derecho positivo.

Asimismo, en un panorama ideológico individualista en que predomina el ideal de conservación del acuerdo entre las partes, la aplicación de tales figuras se estima riesgoso por cuanto son un portillo abierto para la modificación del contenido contractual. Se entiende, pues, que la función del juez es meramente declarativa —no interpretativa ni integradora—, ya que su accionar se encuentra supeditado a la voluntad de las partes. Dicho en otras palabras, lo paradójico de estos desarrollos, en relación con la tesis central a favor de la cual se ha argumentado, es que en el periodo en cuestión se termina por proyectar *desconfianza* sobre la propia buena fe contractual —instrumento cuya pretensión neurálgica es, precisamente, tutelar la confianza en las relaciones negociales.

Esta contradicción aparente se disuelve al reparar en el carácter antinómico de las relaciones entre valores jurídicos —dinámica de la cual no está exenta la buena fe contractual— y cuya resolución conviene explicitar mediante dos señalamientos puntuales.

El primer señalamiento estriba en postular que, en atención a las razones antes expuestas, en el periodo de codificaciones acontece que el núcleo axiológico de la buena fe

³²⁰ Al respecto, ver *infra*, 115–129, para un análisis detallado del enfoque de la axiología jurídica y de los conceptos que dicha rama de la filosofía del derecho incorpora.

contractual —la confianza— experimenta un desplazamiento que lo relega a un segundo plano, esto producto de la aparición de, cuando menos, dos valores jurídicos. Estos valores son los ideales de la certeza jurídica y de la autonomía de la voluntad cuya realización gana preponderancia en la esfera legal gracias al impulso de la empresa codificadora.

La realización de un valor jurídico tiende a implicar el sacrificio de otros valores importantes para el derecho porque ningún valor rige sin excepción. En el caso en cuestión, la reducción operativa de la buena fe contractual, al igual que los límites que se imponen a su accionar, pueden comprenderse como evidencia de una **tensión antinómica** entre la tutela del valor jurídico de la confianza —por parte de la buena fe— y los nuevos valores jurídicos que entran en escena en este momento histórico en específico. Tal tensión antinómica culmina con que el primer valor —la confianza— cede lugar frente a los segundos —certeza y autonomía— que adquieren mayor vigencia y relevancia en la pragmática jurídica.

El segundo señalamiento, de carácter supletorio, radica en considerar la alternativa de que la realización del valor de la confianza no cesa con la reducción operativa de la buena fe sino que *dicha realización muta* de modo tal que se encuentra subordinada a la primacía que, ahora, ostentan los valores de la certeza jurídica y de la autonomía de la voluntad.

La buena fe contractual, en tanto que instituto jurídico, entraña una manera particular de concebir y de proteger la confianza en las relaciones negociales; empero, esto no significa que goce de prerrogativa de exclusividad en lo concerniente a cómo dicha tutela se despliega. Al interior del sistema simbólico de la ley, la buena fe es un mecanismo protector y mediador de la confianza, mas no por ello se debe prejuzgar que esta sea la única herramienta jurídica capaz de cumplir tales tareas. Esto quiere decir que no hay razón por la cual suponer que, necesariamente, las funciones y las exigencias características de la buena fe deban empatar con los requerimientos que planteen otros mecanismos protectores de la confianza.

En consecuencia, cabe contemplar el supuesto según el cual, en el contexto de las relaciones negociales, la protección de la confianza pueda articularse de conformidad con las exigencias de la certeza jurídica y de la autonomía de la voluntad. En tal supuesto cabría argumentar, por ejemplo, que la realización de la confianza se asegura cuando existe un estricto apego a la literalidad de lo dictado por el cuerpo normativo o cuando no existe medio alguno con el cual el juez sea capaz de modificar lo que las partes hayan acordado entre sí. Esto implica una manera diferente de tutelar la confianza y, justamente, en este orden de

ideas discurren las respuestas a las que se acogen las corrientes del formalismo jurídico al enfrentarse al rol disminuido de la buena fe contractual, aunque vale añadir que, en el marco de tales corrientes, la pregunta por la protección de la confianza no se formula expresamente.

Sin embargo, aun cuando se acepte el supuesto contemplado en este segundo señalamiento, la experiencia jurídica posterior conduce a una revalorización de la buena fe que reafirma la valía de esta categoría jurídica en materia contractual y a partir de la cual se posibilita que esta opere con mayor flexibilidad y que desempeñe su labor tutelar de la confianza con mayor plenitud. Con el resquebrajamiento del esquema de los códigos que muestra sus falencias bajo el modo de la presencia de lagunas, antinomias y contradicciones en el sistema jurídico y con la fuerte crítica por parte de las corrientes anti-formalistas a los postulados cardinales del formalismo jurídico decimonónico, se pierde el temor que antes generara la aplicación de cláusulas flexibles como la buena fe contractual que, en este nuevo escenario, permiten la adecuación del derecho a una cambiante realidad social.

Por último, a manera de consideración final, debe subrayarse, necesariamente, la trascendencia que adquiere la buena fe contractual, durante el periodo contemporáneo, al reconocérsele como principio general del derecho inserto en el sistema de derecho positivo.

Producto de la gran difusión que tuvo la buena fe al haber sido incorporada en los principales códigos civiles que sirven de modelo a nivel global, el instituto se consagra en multitud de ordenamientos jurídicos y, a partir tal desarrollo, se postula que dicho principio es reconocido a la base de tales ordenamientos jurídicos. De tal manera, el principio de buena fe pasa constituir parte integral de la lógica interna del sistema jurídico, potenciando, así, tanto su aplicación práctica como su labor tutelar del valor jurídico de la confianza.

TÍTULO II. DE LA «DIMENSIÓN AXIOLÓGICA» DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.- UNA CRÍTICA REALISTA DE MITOS DOGMÁTICOS

A manera de recapitulación, el título precedente se consagró a la labor de dar cuenta de las vicisitudes histórico-jurídicas atravesadas por la buena fe contractual, razón por la cual se abordaron los diferentes estadios de su evolución conceptual a lo largo del tiempo.

En primera instancia se formuló la pregunta axiológica que inquiere acerca del valor jurídico tutelado por el instituto, interrogante frente al cual se optó por fijar a la confianza como núcleo axiológico de la buena fe contractual. Para justificar tal elección se recurrió a una serie de categorías de análisis con las cuales sustentan el argumento a nivel histórico y conceptual. Acto seguido, se brindó una mirada crítica a la decisión metodológica de situar al derecho romano como punto de partida investigativo, para luego analizar el contexto de emergencia del instituto en aras de evidenciar la labor de tutela que despliega el instituto a favor del valor jurídico de la confianza. Mientras que, por último, se ofreció una relectura de la historia canónica de la buena fe contractual, que toma como referencia el valor antes dicho para así repasar los diversos periodos atravesados por el instituto jurídico en cuestión.

Una vez concluidas tales tareas, el presente título se ocupa de focalizar la atención sobre las discusiones teórico-dogmáticas que giran en torno a la buena fe contractual.

Anteriormente, al presentar el problema investigativo que aborda este trabajo, se hizo referencia a una situación paradójica que emerge en el momento de comparar el estadio de las investigaciones histórico-jurídicas con respecto al estadio de las investigaciones teórico-dogmáticas. Al realizar esta comparación, se constata que en el primer dominio existe un alto grado de consenso respecto al devenir histórico del instituto, mientras que en el segundo dominio es factible detectar un mayor grado de disputa respecto a los postulados teóricos centrales que conciernen al contenido conceptual que se predica del objeto de estudio.

La razón de ser de esta discordancia, según se argumentará, obedece a la falta de consideración que brindan las investigaciones teórico-dogmáticas a lo que en este contexto se denomina la dimensión axiológica, la cual es intrínseca a la buena fe contractual.

A raíz de la averiguación histórica aquí conducida es posible aseverar que la buena fe contractual, desde su época más remota, cumple con el cometido de introducir un patrón ideal de conducta al cual cada parte debe adecuar su comportamiento en el negocio jurídico, con

miras a que el negocio se desarrolle de conformidad con los intereses que persigue cada contratante. Esta remisión a un patrón ideal de conducta refiere, entonces, a las actuaciones que ejecuta cada una de las partes en el marco del contexto contractual, incluso contemplando actuaciones que no figuran expresamente en el contrato, esto con tal de que cada contratante disfrute, plenamente, de los beneficios que les reporta el haber contraído el negocio.

Cuando la examinación recae sobre las actuaciones de las partes, de conformidad con el patrón ideal de conducta que la buena fe contractual demanda, aquello que se somete a análisis son actuaciones y comportamientos humanos frente a los cuales resulta inevitable que ingresen consideraciones de índole ético-moral a la esfera contractual. De lo anterior se sigue que las partes involucradas, en tal o cual negocio jurídico, deben dirigir su actuar de forma tal que no defrauden la confianza que su contraparte ha depositado en ellas y viceversa.

La incursión de consideraciones ético-morales a la esfera contractual usualmente suele representar un problema para los juristas que abordan el instituto desde el dominio teórico-dogmático. Tales consideraciones, por regla general, tienden a relegarse a un segundo plano o ser pasadas por alto por el grueso de autores, quienes, en cambio, prefieren redirigir su atención y esfuerzos ora a los aspectos formales del instituto, ora a los aspectos técnicos de su aplicabilidad. Valga aclarar, la importancia de tales abordajes no se pone en entredicho.

Empero, que estos sean los principales ejes temáticos de las investigaciones de corte dogmático acerca de la buena fe conduce a que estos trabajos adolezcan de un fundamento teórico sólido capaz de explicar *por qué motivo y cómo es posible* que este instituto permita el ingreso del ámbito ético-moral al ámbito jurídico —ante todo, al campo contractual.

Las consecuencias que se desprenden de esta omisión en el tratamiento del objeto de estudio son palmarias al examinar las proposiciones categóricas que los juristas formulan al referirse a la buena fe contractual. Esta categoría, en el marco del pensamiento doctrinario, se concibe no solamente como instituto jurídico en materia negocial sino, ante todo, bajo el estatuto de *principio general del derecho*. Dicha circunstancia, aunada a la pretensión de sistematicidad que sustenta al discurso jurídico —discurso en el cual los principios generales juegan un rol pivote—, eleva notoriamente el grado de abstracción y las repercusiones que se siguen de la aplicación de la buena fe, en su faceta de principio general del derecho.

Lo anterior obedece a que, por motivos de su evolución histórica-conceptual, el principio de buena fe ostenta, simultáneamente, el rango de principio rector con respecto a

un sector del ordenamiento jurídico —*i.e.*, del derecho contractual—, de principio general del derecho y, a un mismo tiempo, ella funge de principio general *superior* del derecho.

Por consiguiente, en lo que concierne a las investigaciones teórico-dogmáticas que versan acerca de la buena fe contractual, necesariamente debe repararse en el hecho de que se trata de un objeto de estudio que requiere tomar en debida consideración las múltiples aristas por medio de las cuales es factible encuadrar su estudio. Para ejemplificar, no es lo mismo estudiar la buena fe contractual bajo la óptica de los principios generales del derecho —dentro de los cuales esta goza de diverso rango—, a estudiar la buena fe contractual en relación con una figura jurídica de derecho privado, en específico, tal como sería el caso de la figura de la compraventa —indagación que responde a su marco de aplicabilidad.

Ahora bien, independientemente de por cuál arista se decida perfilar el examen de dicho objeto de estudio, acontece que, en términos generales, las investigaciones teórico-dogmáticas suelen adolecer de un núcleo de contenido básico que sea capaz de conciliar dos aspectos cruciales de la buena fe contractual: por un lado, el lugar que le corresponde a la buena fe al interior del sistema jurídico y, por otro lado, las aspiraciones ético-morales intrínsecas a la buena fe y que, con su aplicación, se pretenden introducir al quehacer jurídico.

La dificultad de conciliar estos dos aspectos no es un hecho fortuito. Por parte de los juristas existe la propensión a concebir al derecho como un saber autónomo, hermético, cerrado sobre sí mismo, que poco o nada tiene que ver con saberes tales como la moral o la ética, a tal grado de que son cuantiosas las obras consagradas a fijar límites entre estos dominios de conocimiento. Por contrapartida, la invocación de la buena fe contractual plantea la necesidad de introducir, al universo legal, elementos que se estiman exógenos a este: ideales, valores, valoraciones y —en definitiva— conceptos cuya raigambre compete a saberes que, por largo del tiempo, han sido excluidos del dominio jurídico.

Ante el estado de cosas descrito, en la presente investigación se opta por recurrir a la axiología jurídica, a la manera de un puente capaz de salvar la brecha entre esos saberes y que habilite el tránsito entre ellos, con tal de que logren enriquecerse recíprocamente.

Con tal propósito en mente, de la mano de la axiología jurídica se formula la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe contractual, entendida como un concepto que denota un plano de análisis cuyo cometido es integrar, en una misma noción, tres pretensiones cardinales: primero, otorgar un lugar central a las aspiraciones ético-morales intrínsecas al

instituto; segundo, defender la idoneidad de fijar al valor jurídico de la confianza como su núcleo axiológico; y, tercero, al tomar por base dicho valor jurídico tutelado, establecer posibles relaciones antinómicas que se desprenden de la interrelación de este valor con otros valores, instituciones o principios jurídicos, todo esto al interior del sistema jurídico.

Así pues, el objetivo primordial que se persigue a lo largo del presente título, al postular la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe contractual, es proponer un andamiaje conceptual con el cual abordar la diversa gama de problemáticas detectadas en el marco de las investigaciones teórico-dogmáticas que versan acerca del instituto en cuestión.

Para concretar dicho objetivo, el presente título se estructura en dos capítulos.

Un primer capítulo examina críticamente la doctrina tradicional fruto del estudio teórico-dogmático del concepto de la buena fe contractual, en atención a su estatuto de principio general del derecho; dicho capítulo se estructura según dos secciones.

En una primera sección se ofrece una plataforma conceptual que introduce una serie de categorías de análisis desarrolladas, principalmente, por Enrique P. Haba, relativas a dos ejes temáticos que corresponden a la disciplina de la axiología jurídica, en lo que respecta al asunto del estudio y la tutela de los valores jurídicos, y a la cuestión de la fórmula verbal de los principios generales del derecho, categorías que son aplicadas en el examen por efectuar.

En una segunda sección, por su parte, se realizan dos tareas: la primera de ellas consiste en confrontar las categorías de análisis antes consignadas con el principio de buena fe, esto para dilucidar aspectos claves, tales como los grupos de sentido, las vías de obtención y los medios de fijación de contenido, que a este principio le son propios; mientras que la segunda tarea radica en sondear los principales conceptos, nociones y distinciones que integran al principio de buena fe, según estos son esbozados por la doctrina jurídica, tomando por referencia primaria los estudios al respecto del jurista Gustavo Ordoqui Castilla.

Un segundo capítulo articula la dimensión axiológica de la buena fe contractual, categoría cuyo propósito estriba en brindar los elementos de juicio para criticar toda una serie de postulados teórico-dogmáticos que emiten los juristas, a la manera de proposiciones categóricas, acerca del principio en cuestión; dicho capítulo consta de dos secciones.

En una primera sección se ofrece una plataforma conceptual que comprende un conjunto de categorías de análisis desarrolladas, principalmente, por Minor E. Salas, que versan acerca tres asuntos centrales entre los que figuran: el abordaje del concepto del mito,

el enfoque del realismo jurídico y la problemática de la sistemática jurídica, categorías que son empleadas, conjuntamente, para efectuar la crítica de los postulados teórico-dogmáticos.

En una segunda sección se formula, propiamente, la dimensión axiológica de la buena fe contractual que toma por marco referencial primaria al valor jurídico de la confianza. Para articular esta categoría, se conceptualiza la confianza en conjunción con las categorías de la creencia y de la acción para crear, así, un tríptico conceptual con el cual considerar dos planos de la interrelación entre la confianza y el derecho: primero, se considera la labor de tutela de la buena fe desplegada por el principio de buena fe, al *interior* del derecho; y, segundo, se considera el rol de la confianza depositada *en* el derecho. Y, finalmente, una vez descritos ambos planos, se perfila una reflexión final desde la óptica del realismo crítico para evaluar el progreso investigativo, concluyendo con una *cacería de mitos* sobre la buena fe.

CAPÍTULO I. LA DOCTRINA TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL

Hasta el momento, en el contexto de la presente investigación, se ha hecho referencia a la buena fe contractual con el calificativo de instituto jurídico para, con ello, remitir a la labor que ella despliega preponderantemente en materia contractual.

Llegado a este punto, conviene realizar un leve giro semántico a partir del cual, en adelante, se referirá a la buena fe contractual, primariamente, según su estatuto de principio general del derecho para, así, remitir al rol que juega este concepto como una parte integrante de la noción discursiva de sistema jurídico. Este giro semántico supone un cambio de acepción con respecto a qué se entenderá por buena fe contractual, esto debido a que perfilar a esta figura desde su estatuto de principio general trae aparejada la tarea de situar a la buena fe dentro de las coordenadas que son fijadas por un *sistema* y por su *lógica interna*.

Sin embargo, con la introducción de este cambio de acepción no se suscribe la tesis según la cual el derecho, tal cual, deba comprenderse por necesidad como un sistema en sentido estricto. En el marco de la presente investigación, la pretensión de sistematicidad del derecho se juzga como un presupuesto discursivo; con esto se quiere decir que, para los efectos aquí perseguidos, el derecho se concibe, primordialmente, como un *saber discursivo* —no sistemático—, a pesar de que la pretensión de sistematicidad sea central a tal discurso.

Esta distinción terminológica entre discurso y sistema no es gratuita. Tal cual quedará en evidencia más adelante³²¹, la distinción adquiere relevancia dado el hecho según el cual, de un estudio de los postulados teórico-dogmáticos que se formulan acerca del principio de buena fe, es factible constatar la presencia de toda una serie de proposiciones categóricas acerca de ella que incurren en un grosero cisma entre *teoría* y *praxis*. Tal cisma teórico-pragmático obedece a multitud de malentendidos conceptuales que surgen a raíz de la escasa claridad con la que los juristas: primero, ubican a la buena fe al interior del ordenamiento jurídico —*i.e.* la jerarquía que se le asigna—; segundo, a la pluralidad de funciones atribuidas a ella cuya aplicación es oscura; y, tercero, al papel crucial que se le atribuye, bajo su acepción de principio, como fuente legitimante de la pretensión sistémica.

En este sentido, la importancia conferida al principio de buena fe, en el ámbito doctrinario, es incuestionable; empero, el problema cardinal que en tal ámbito se detecta es que las presuposiciones a partir de las cuales se deriva su jerarquía capital y su legitimidad jurídica nunca son sometidas a escrutinio crítico alguno. En el plano teórico, por tanto, las proposiciones categóricas en cuestión —que los juristas tienden a emitir acerca de la buena fe— se formulan tal cual si estas fuesen postulados irreductibles del principio. Tal proceder trae aparejado el grave inconveniente de que se ignoren las causas que informan a dichas proposiciones, situación que conduce a que no sea posible dimensionar los efectos a los cuales estas darían cabida en caso de considerarse sus implicaciones en la *praxis*.

A título ilustrativo, considérese el siguiente caso. En ninguna otra instancia es más notoria la problemática descrita que al enfrentar la proposición categoría que afirma que el principio general de buena fe ostenta jerarquía suprema y absoluta al interior de *todo* ordenamiento jurídico³²². El significado de tal proposición, por sí solo, no es transparente, por lo cual cabe formular ciertos interrogantes en un intento —acrobático— de clarificación.

En primera instancia, al formular tal proposición: ¿se está frente a una afirmación de hecho empírica —plano del *ser*— o frente a una aspiración jurídica —plano del *deber ser*?

En caso de suponer que se tratase de una afirmación de hecho empírica —lo cual, tras un balance de probabilidades, es altamente improbable—: ¿debe entenderse que el principio

³²¹ Al respecto, ver *infra*, 181–184, para una presentación de la categoría de la «sistemática jurídica» y, en especial, 230–239, para una discusión crítica relativa a la pretensión de sistematicidad del derecho.

³²² Al respecto, ver *infra*, 157–159, sobre la temática del principio general *superior* de buena fe y, en especial, 257–X en relación con el «Mito de la jerarquía suprema y absoluta».

general de buena fe goza de primacía con respecto a la totalidad de principios generales restantes? Más aún: ¿tal primacía es oponible solamente respecto a los restantes principios o acaso también es oponible respecto a otras fuentes del derecho? Y, para concluir: ¿qué sucedería en el supuesto de constatarse un estado de cosas que contravenga esta proposición?

¿Es siquiera posible figurarse una *constatación fáctica* de este tipo? Tales interrogantes no cuentan ni siquiera con un atisbo de respuesta debido a que, en el ámbito doctrinario, tales interrogantes ni siquiera se formulan. La proposición se perpetúa al ser reproducida por los juristas en su discurso; ella opera de presupuesto en sus análisis, mas nunca se detienen a considerar las ramificaciones que se desprenderían para el discurso jurídico, en un plano global, en caso de que esta gozara de valor de verdad.

El caso de la proposición categórica recién planteada —o del mito de la jerarquía suprema y absoluta, tal cual aquí se le denomina— contribuye a ilustrar la problemática macro que se encara por medio del esfuerzo investigativo del presente título.

Las proposiciones categóricas emitidas por los juristas acerca del principio general de buena fe, consolidadas por repetición y por hábito en el pensamiento doctrinario, operan a la manera de ideas fijas, de preconcepciones incuestionadas y, en alto grado incuestionables, que constriñen las alternativas de abordaje del objeto de estudio. La perpetuación de tales *mitos*, asimismo, excluye la posibilidad de obtener resultados divergentes en la labor investigativa, respecto al acervo teórico previamente afianzado, circunstancia que termina por obstaculizar la clarificación de un núcleo duro de contenido conceptual de este principio.

Sin embargo, previo a emprender cualquier tentativa de análisis crítico, es menester contar con las herramientas conceptuales idóneas para ejecutar el examen, al igual que resulta indispensable pasar revista al estadio actual de las investigaciones teórico-dogmáticas sobre el principio de buena fe y de las categorías básicas que estos estudios han sentado.

En este orden de ideas, la primera tarea por llevar a cabo consiste, precisamente, en aportar las categorías de análisis que facultan perfilar el estudio del tratamiento teórico-dogmático que recibe el principio de buena fe contractual. Mientras que la siguiente tarea estriba en realizar una exposición de la teoría tradicional que versa acerca del principio en cuestión, tal cual este se concibe en el marco del pensamiento doctrinario.

Sección I. La plataforma conceptual: las «categorías de análisis» de Enrique P. Haba

A lo largo del presente título se hará mención, recurrentemente, a dos acervos teórico-conceptuales a partir de los cuales se encauza el abordaje del principio de buena fe contractual que aquí se propone. Estos son el enfoque de la axiología jurídica, en lo atinente al estudio de los valores jurídicos, y la teoría relativa a la fórmula verbal de los principios generales del derecho. Ambos acervos teórico-conceptuales han sido trabajados extensivamente por el iusfilósofo uruguayo Enrique P. Haba, cuyos estudios son de referencia obligatoria.

En lo que concierne a la axiología jurídica, esta cobra especial relevancia en aras de articular la discusión acerca de la dimensión axiológica del principio de buena fe. El interrogante capital es, por tanto, ¿qué es un valor jurídico?

La formulación de este interrogante trae aparejada la necesaria consideración de una serie de asuntos conexos que merecen ser atendidos. Entre tales asuntos conexos figuran los siguientes interrogantes: la pregunta que versa acerca de qué manera se conciben los valores jurídicos, cómo se encara su análisis y su estudio, qué lugar ocupan al interior del sistema jurídico, qué rol desempeñan al interior de este y qué clase de relaciones entablan los valores entre sí, al igual que qué clase de relaciones entablan con respecto a otras instancias jurídicas.

Por otra parte, en lo que concierne a la teoría de los principios generales del derecho, esta adquiere particular interés para dimensionar los alcances del principio de buena fe y, asimismo, por ser una temática que se encuentra entrelazada con su devenir histórico.

Según se discutió en el título histórico de esta investigación, el tránsito del periodo moderno hacia el periodo de codificaciones es un punto culminante de la historia jurídica de la buena fe contractual en tanto supone su reconocimiento en las fuentes de derecho positivo.

Empero, examinado desde un plano macro, este tránsito es igualmente significativo para elaboración de la categoría de los principios generales del derecho. En tal sentido, sucede que «los códigos modernos sancionados en Europa son empleados como instrumentos de nacionalización del derecho romano»³²³. Este ligamen entre el derecho romano y la empresa codificadora se realiza por medio de la asunción que los códigos realizan de la totalidad del sistema jurídico romano a partir de la noción del *principium*³²⁴.

³²³ Facco, *Vicisitudes*, 157.

³²⁴ Al respecto, ver *supra*, 90, nota al pie 288.

Por ende, a partir de la remisión que los códigos modernos hacen a la noción de *principium* se perfila la primacía temporal y la primacía estructural que, posteriormente, convergen en la categoría jurídica de los principios generales del derecho.

La anterior consideración faculta trazar una interrelación histórica entre la remisión que los códigos modernos realizan a partir de la noción de *principium*, la emergencia de los atributos centrales propios de la categoría de los principios generales y el desarrollo de la buena fe contractual a la cual, en una etapa posterior, se le endilga tal estatuto.

Ahora bien, vale dejar de lado esta puntualización histórica y, en cambio, retomar el propósito al que se dedica esta sección para presentar, en las siguientes páginas, las categorías de análisis que corresponden a los dos campos temáticas de interés.

En este orden de ideas, el primer conjunto conceptual se extrae, principalmente, de la obra titulada *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico*³²⁵ (en adelante, ‘*Axiología jurídica fundamental*’) a cargo de Enrique P. Haba; y el segundo conjunto conceptual se extrae de la obra *Los principios generales del derecho: según la doctrina internacional y en los tribunales costarricenses*³²⁶ (en adelante, ‘*Los principios generales*’) escrita por el mismo autor de manera conjunta con Francisco Barth.

A continuación, se comenta el núcleo argumentativo de las obras, ciertos puntos de interés de cada una de ellas y, por último, se puntualizan los conceptos que aportan.

A. *Axiología jurídica fundamental*: el estudio de los valores jurídicos

Desde un plano de análisis básico cabe aseverar que al derecho le compete perseguir la consecuencia y salvaguardar ciertos valores que se juzgan valiosos en determinado medio social sujeto a su jurisdicción y a su vigencia normativa, esto por medio de los múltiples mecanismos de producción jurídica a su disposición —sea que se trate de la creación de leyes, del dictado de sentencias o del quehacer cotidiano de los operadores jurídicos. Todos estos procedimientos tienden hacia la realización de tales valores, de forma tal que estos fungen, implícita o explícitamente, de justificantes de la vasta gama de producciones jurídicas.

³²⁵ Enrique Pedro Haba Müller, *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico*, 3ª ed. (San José, C.R.: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2016).

³²⁶ Enrique Pedro Haba Müller y Francisco Barth, *Los principios generales del derecho: según la doctrina internacional y en los tribunales costarricense* (San Jose, C.R.: IJSA, 2004).

El caso paradigmático de un valor cuya realización interesa, primordialmente, a la disciplina jurídica viene dado por el ideal de la justicia que se erige como pilar de la tutela que garantiza el derecho: «Ninguna otra exigencia se le plantea a la mente jurídica con tanta fuerza y persistencia como aquella que demanda ser “justo”» advierte Salas, con el leve inconveniente de que «La dificultad radica en saber qué significa exactamente eso»³²⁷.

La justicia representa el valor cardinal que guía —en sana teoría— el proceder jurídico, mas ¿qué se quiere dar a entender por ‘justicia’ cuando se le invoca? El caso de la justicia es ilustrativo en cuanto evidencia uno de los formidables obstáculos a los que se enfrenta el estudio de los valores: este es la profunda indeterminación de los términos cuyo contenido es inminentemente valorativo, debido a la pluralidad de usos que tales términos soportan. A la axiología jurídica le incumben justamente este tipo de disputas que emergen a raíz de la pregunta por los valores. El valor o, mejor dicho, las valoraciones, conforman la materia prima de la cual se nutre esta rama propia de la filosofía del derecho.

En *Axiología jurídica fundamental* el iusfilósofo Enrique P. Haba emprende una invaluable labor de recopilación que consiste en reunir, en una sola obra, cuantiosos insumos textuales, procedentes de un número considerable de autores reconocidos por sus aportes en la materia, que brindan un panorama global y, a la vez, pormenorizado, de los principales ejes temáticos y problemáticas de las que se ocupa este dominio —aunado a los comentarios y complementos, al igual que los desarrollos propios que Haba ofrece al respecto.

Tras esta breve presentación, en las próximas páginas se esbozan los principales planteamientos que propugna la axiología jurídica en su estudio de los valores, para lo que se repasan las diversas perspectivas a partir de las cuales se encuadra este objeto de estudio, considerando las consecuencias que se siguen de optar por tal o cual posicionamiento y destacando, asimismo, los conceptos que facilitan la aproximación a los asuntos de las antinomias valorativas y de los conceptos jurídicos indeterminados. Una vez realizada esta esquematización, a manera de suplemento, se presentan dos enfoques complementarios que abordan la pregunta por el valor desde otras posibles aristas a las ya consideradas.

³²⁷ Minor E. Salas, *La mente del jurista. Cómo piensan (y sobre todo cómo no piensan) los operadores jurídicos y sus teóricos*, (Chile: Ediciones Olejnik, 2021), 101.

1. De los juicios valorativos y los juicios meta-valorativos

Primeramente, para iniciar con la descripción del enfoque de la axiología jurídica, conviene enfatizar un atributo por el cual se destaca este dominio de conocimiento que atraviesa, de modo íntegro, los múltiples planteamientos que se formulan en su seno.

Tal atributo es el especial cuidado con el que la axiología jurídica se posiciona frente al lenguaje ordinario, en general, y frente al lenguaje jurídico, en particular.

Los pensadores que reflexionan en las líneas de este campo de estudio, en su vasta generalidad, reconocen plenamente la inevitable indeterminación del lenguaje con el que, por fuerza, trabajan los juristas; reconocen, por igual, la amplia multivocidad de los términos que se emplean en el discurso jurídico y el diverso plexo de usos —y abusos— en los que se incurre en tal discurso, dada la profusión de fórmulas verbales de las que se valen los juristas en el ejercicio de su quehacer profesional. Con base en este cuidado al encarar el lenguaje, se articulan gran número de precisiones terminológicas y de observaciones críticas que la axiología jurídica aporta al estudio del derecho y que, en cuantiosas ocasiones, muestra que las problemáticas que aquejan a la disciplina tienen su raíz en equívocos verbales.

Con este atributo en mente —en un nivel básico de análisis—, una primera distinción por trazar toma por objeto cierto tipo de proposiciones lingüísticas comúnmente emitidas capaces de transmitir dos clases diferentes de juicios que pueden ser sujetos a examen: estos son los juicios valorativos, por un lado, y los juicios metavalorativos, por otro lado.

Así pues, por juicio valorativo se entiende toda aquella proposición mediante la cual un emisor juzga que cierto objeto o situación ostenta —o no— un determinado valor, de forma que tales juicios tienden a configurarse a través de opuestos polares (*e.g.*, tales como los pares bondad-maldad, belleza-fealdad, adecuado-inadecuado) y que, por ende, pueden ser de carácter positivo, en cuanto la cualidad se predique favorablemente respecto al objeto o situación, o de carácter negativo, en cuanto la cualidad se predique desfavorablemente³²⁸.

En contraposición, por juicio metavalorativo se entiende toda aquella proposición mediante la cual un emisor, en lugar de juzgar, se limita a referirse a los valores de manera descriptiva de tal suerte que, con dicho juicio, no predica cualidad alguna del objeto o situación y tampoco acepta o rechaza la valoración que se haga de estos: «De lo que se trata,

³²⁸ Haba, *Axiología*, 12.

entonces, es de sacar a la luz —¡análisis!— qué implicaciones lógico-semánticas o acaso qué consecuencias fácticas tiene el *hecho* de que la gente efectúe tales o cuales valoraciones»³²⁹.

Al contrastar estos dos tipos de juicios salta a la vista que, en el caso de los juicios valorativos, estas son proposiciones que se emiten con el propósito de pronunciarse, sea de manera favorable o desfavorable, acerca de determinados objetos, situaciones o juicios a los cuales el emisor les adscribe un valor; mientras que, en el caso de los juicios metavalorativos, estas son proposiciones que se emiten con respecto a las *valoraciones en sí mismas* —estas constituyen, por así decirlo, su material de trabajo. Quien emite tales juicios metavalorativos se limita a describir las valoraciones, sin pronunciamiento a favor o en contra, ya que la pretensión es analizar «los *usos lingüísticos* en que consisten dichas valoraciones»³³⁰ por lo que, en tanto el emisor del juicio se limite a describir, no realiza valoración alguna.

En consecuencia, dependiendo de cuál sea el tipo de juicio que se privilegie al encuadrar el análisis, es dable distinguir entre una axiología jurídica valorativa, que adscriba valor, y una axiología jurídica metavalorativa, que describa valoraciones.

2. Del cognitivismo axiológico y el no-cognitivismo axiológico

En estrecha relación con los dos tipos de juicios descritos, y con las clases de acercamientos a la axiología jurídica a las que da pie cada cual, se oponen dos perspectivas, contradictorias entre sí, que son la postura del cognitivismo axiológico y la postura del no-cognitivismo axiológico, cuya discusión de fondo Haba sintetiza de la siguiente manera: «La pregunta es si a tales modalidades de la conciencia, las valoraciones, corresponde asimismo un *objeto* propio, externo, específico, «algo» que esté más allá del sujeto valorante»³³¹.

Ante tal interrogante, para la postura del cognitivismo axiológico, la respuesta es afirmativa por cuanto, según esta concepción, los valores constituyen el fundamento de toda valoración que pueda efectuarse; del hecho de que haya valoraciones se sigue, entonces, que haya valores —sean estos absolutos o relativos, permanentes o cambiantes— por lo cual se entiende que la palabra *valor* denota cierto objeto-valor cuyo correlato subjetivo viene dado por las valoraciones; este objeto-valor goza de objetividad propia, lo que significa que se le

³²⁹ Haba, *Axiología*, 12.

³³⁰ Haba, *Axiología*, 13.

³³¹ Haba, *Axiología*, 14.

concibe como ente independiente, con existencia externa u objetiva, lo que faculta un acceso de conocimiento directo a los valores que, por ende, los hace cognoscibles³³².

Por contrapartida, para la postura del no-cognitivism axiológico, enfrentada al mismo interrogante, la respuesta es negativa por cuanto esta postula que las valoraciones carecen de correlato objetivo alguno, lo que significa una negación radical de la tesis según la cual los valores configuran una suerte de objeto-valor; esta postura plantea que, desde un punto de vista netamente empírico, lo único que en efecto es constatable es la presencia de valoraciones emitidas por los sujetos, motivo por el cual solamente se admite un acceso de conocimiento indirecto de los valores —por vía de valoraciones, no del valor en sí³³³.

Dado que en el marco del discurso jurídico se emiten multitud de valoraciones, en tal escenario la palabra *valor* puede emplearse con el objeto de designar un «tipo habitual de valoraciones»; empero, en virtud de la carencia de correlato objetivo de tales valoraciones, sucede que los valores *per se* —entendidos tal cual si fuesen una suerte de ‘entes’— resultan incognoscibles, imposibilitándose así la empresa de acceder directamente a ellos³³⁴.

*

**

Aclaración de posicionamiento.- Tras arribar a este punto, para mayor claridad expositiva y con el afán de no inducir a equívocos, conviene explicitar el posicionamiento desde el cual se parte en esta investigación, en relación con las posturas recién reseñadas.

En esta investigación se opta por seguir los lineamientos de una **axiología jurídica metavalorativa de corte no-cognitivista**. Tal decisión metodológica y de procedimiento tiene como correlato dos pautas cardinales a las que se adecúan los planteamientos que, en adelante, se formulan respecto al principio general de buena fe y al valor jurídico de la confianza —esto, claro está, en la medida en que las facultades así lo permitan.

La primera pauta concierne a la materia prima de trabajo, la cual viene dada por los juicios de valor que emiten los juristas acerca del principio de buena fe contractual, mientras que el acercamiento a dichos juicios pretende ser inminentemente descriptivo.

³³² Haba, *Axiología*, 14.

³³³ Haba, *Axiología*, 14.

³³⁴ Haba, *Axiología*, 14–15.

La segunda pauta concierne al abordaje frente a los valores, lo que conlleva a rechazar cualquier tentativa de desentrañar alguna suerte de ‘esencia última’ que le corresponda al valor jurídico de la confianza, de conformidad con una postura no-cognitivista.

Con este proceder se desea recalcar que, en el contexto de la presente investigación, se reusa conducir un abordaje esencialista de los valores jurídicos, en general.

En cambio, con tal proceder, se pretende fijar la atención, por encima de todo, sobre aquellas valoraciones que son comúnmente emitidas por los juristas acerca del principio y sobre aquello que ellas revelan acerca de la comprensión del valor en cuestión.

Una vez explicitadas estas dos pautas que marcan el rumbo que se habrá de seguir a lo largo del presente título, se continúa con la exposición conceptual acerca de las categorías de las antinomias valorativas, de los conceptos jurídicos indeterminados y, dentro de esta última —en relación de género a especie—, de las fórmulas vacías.

3. De las antinomias valorativas

En el discurso jurídico se encuentran en juego —subrepticia o manifiestamente— un sinnúmero de criterios de valor que remiten, cada uno de ellos, a diferentes ideales cuya realización se espera que el derecho satisfaga y, más aún, habrá quien asuma que dichos ideales deban ser satisfechos plenamente. Sin embargo, justo en razón de este pluralismo de ideales, resulta imposible que el derecho sea capaz de satisfacerlos —simultáneamente— a cada uno de ellos. Por ello, acontece que entre los valores jurídicos se instaura una *dinámica conflictual* que se manifiesta bajo el fenómeno de las antinomias valorativas.

Los valores —entendidos como unos tipos habituales de valoraciones— varían en cuanto a su nivel de abstracción y en cuanto a su nivel de jerarquía; a raíz de tal grado de variabilidad, sucede que entre los valores pueden presentarse relaciones de complementación y relaciones de abierta oposición³³⁵. Las relaciones de complementación acontecen cuando un valor, cuyo grado de abstracción es mayor, es integrado por criterios de valor de mayor especificidad que permiten su concreción o cuando se trata de valores de similar jerarquía³³⁶.

Por otra parte, al tratarse de las relaciones de oposición, Haba indica que:

³³⁵ Haba, *Axiología*, 119.

³³⁶ Haba, *Axiología*, 119.

Estas pueden, a su vez, revestir distintos grados: van desde simples «tensiones», es decir, contradicciones (si es que pueden denominarse así) de carácter más bien secundario y susceptibles tal vez de ser eliminadas o reducidas, hasta la presencia de antinomias propiamente dichas, esto es, contradicciones radicales, que solo se zanja mediante el sacrificio de uno de los valores en juego³³⁷.

Similar a lo que sucede en el caso de los principios generales, tal como se verá más adelante³³⁸, los valores jurídicos no valen sin excepción. Los valores se encuentran insertos en un complejo entramado de interrelaciones con otros valores, circunstancia a la cual se suma la dificultad de saber con precisión qué se pretende mentar al invocarlos debido a la polisemia y a la vaguedad que suelen caracterizar el empleo de los criterios de valor.

Atendiendo a lo anterior, para saber dónde reside el conflicto en el caso de las antinomias valorativas, Haba aconseja reconocer «cuáles sean los criterios de valoración *misimos* que se hacen jugar, ya que estos pueden ser unos u otros»³³⁹ y, además, «qué sentidos *específicos* son recubiertos por los términos ahí manejados»³⁴⁰, ya que tales términos pueden soportar una variedad de sentidos. Dicho en otras palabras, en primera instancia se requiere clarificar cuáles son los valores (criterios de valoración) que se oponen en la supuesta disputa —por qué estos y no otros— y, luego, especificar cuál sentido es el que se les atribuye a dichos valores —entre otros posibles sentidos—, todo esto para clarificar si la antinomia en efecto responde a las valoraciones o si, en cambio, se trata de una mera discusión de palabras.

Ahora, lo verdaderamente distintivo de las antinomias valorativas, entendidas como este tipo de contradicciones radicales entre criterios de valor, es que la realización de un valor implica, concomitantemente, la no-realización del valor opuesto. De esta situación se desprenden dos consecuencias de peso: primero, la resolución de la antinomia conduce, necesariamente, al escenario en el cual el operador jurídico debe **optar** por la prevalencia de un valor en detrimento de otro; y, segundo, de este desenlace se deduce que la tutela jurídica de los valores que ofrece el derecho no es una protección total o absoluta por cuanto es imposible asegurar simultáneamente la realización de dos, o más, valores antitéticos entre sí.

Carlos Vaz Ferreira brinda una explicación atinente a estas dos consecuencias.

Según este autor, la razón de ser de este estado de cosas estriba en que, en el contexto macro del proyecto humano, históricamente «Cada vez se agregan más ideales y cada vez los

³³⁷ Haba, *Axiología*, 119.

³³⁸ Al respecto, ver *infra*, 138–139, sobre la relatividad de los principios generales del derecho.

³³⁹ Haba, *Axiología*, 120.

³⁴⁰ Haba, *Axiología*, 120.

queremos satisfacer más plenamente»³⁴¹. Dado lo anterior, se instaura un proceso de suma continua de ideales que desemboca en dos hechos resultantes: el primer hecho es la gestación de una *interferencia de ideales*, según la cual los diversos ideales defendidos solo son conciliables parcialmente, por lo que estos interfieren o se encuentran en pugna entre sí; y el segundo hecho es que, con el tiempo, se termina por consolidar una *moral conflictual* en los asuntos humanos dado que los ideales compiten entre sí por su realización mientras que, en términos generales, se desea la satisfacción de todos o de gran parte de ellos³⁴².

Por los motivos indicados, Vaz Ferreira concluye que «la «conciliación» en el sentido de satisfacer todos los ideales, es imposible»³⁴³. La conciliación, tal cual es descrita, resulta irrealizable debido a que, llegado el caso, habrá ideales que deberán sacrificarse.

El valor jurídico de la confianza, al igual que cualquier otro criterio de valor, no es inmune ni se encuentra exento de participar de esta dinámica conflictual de los valores. Por ende, esta circunstancia es determinante al abordar las relaciones de complementación y, sobre todo, las relaciones de oposición propias del principio de buena fe contractual.

4. De los conceptos jurídicos indeterminados y las fórmulas vacías

Las últimas precisiones terminológicas corresponden a la categoría de análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, categoría general dentro de la cual se encuentra un tipo específico de tales conceptos que merece el nombre de fórmulas vacías.

Los conceptos jurídicos indeterminados conforman una categoría que carece de un uso lingüístico unívoco, ya que en la dogmática jurídica no existe un acuerdo acerca de que haya de entenderse por esta, a la vez que no suele ser definida con precisión³⁴⁴. Haba indica que, si bien es cierto en el discurso jurídico no hay una uniformidad semántica, esta clase de conceptos se distingue porque su grado de indeterminación es especialmente amplio: estos conceptos son «aquellos cuyo ámbito *semántico* es muy elástico: a menudo resultan polisémicos, siempre ofrecen anchos márgenes de vaguedad (“aureolas de penumbra”)³⁴⁵.

³⁴¹ Carlos Vaz Ferreira, *Algunas conferencias sobre temas científicos, artísticos y sociales*, vol. XI de *Obras* (Montevideo: Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 1956), 398-399, citado en Haba *Axiología*, 121.

³⁴² Vaz Ferreira, 155-157, citado en Haba, *Axiología*, 121.

³⁴³ Vaz Ferreira, 398-399, citado en Haba, *Axiología*, 121.

³⁴⁴ Haba, *Axiología*, 237.

³⁴⁵ Haba, *Axiología*, 236.

En cuanto a sus características fundamentales, de la mano de Henke, se indica que los conceptos jurídicos indeterminados se destacan, en primer lugar, por su carácter abierto, en razón de sus límites fluidos y de la remisión que hacen a valores y reglas extra jurídicas; y, en segundo lugar, por el auxilio que brindan al legislador para que este le transfiera al juez la labor de concretar una norma dado que, valiéndose de la vaguedad de estos conceptos, el legislador puede crear «lagunas *intra legem*» que requieran de la suplencia del juez³⁴⁶.

Especialmente significativa es esta segunda característica, en lo que respecto al papel que juega el juez, ya que a este le corresponde, entonces, determinar el contenido que soporta el concepto en cuestión, para lo cual se atiende a las siguientes consideraciones: la primera concierne al parecer del juez frente a la conducta juzgada, sea este favorable o desfavorable; y la segunda remite a la estimación que haga el juez de las consecuencias prácticas, que considere justas o injustas, de pronunciarse en determinado sentido³⁴⁷.

A manera de síntesis de las anteriores consideraciones, Haba termina por concluir que la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados:

Abarcará todos esos términos que registran notorias gamas de indecisión y hasta de contradicciones, en la práctica lingüística, para las posibles decisiones jurídicas que en ellos se basan o podrían basarse. Son aquellas formulaciones, consignadas en textos jurídicos, que al intérprete le otorgan —*de hecho*— anchos grados de autonomía para decidir, él, si las entenderá de unas u otras maneras, entre las viables al respecto en su medio lingüístico³⁴⁸.

Ahora bien, cuando se trata de la categoría de las fórmulas vacías, estas pueden comprenderse como una especie perteneciente al vasto género de los conceptos jurídicos indeterminados, entre las cuales Opp indica a la buena fe como una de ellas³⁴⁹. Las fórmulas vacías, al igual que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados, son sumamente vagas y admiten una enorme cantidad de contenidos contradictorios; empero, lo que las diferencia es que las fórmulas vacías cuentan con un «carácter emocionalizante» que las torna propicias para ser empleadas retóricamente, y con fines ideológicos, en el discurso jurídico³⁵⁰.

³⁴⁶ Haba, *Axiología*, 237.

³⁴⁷ Haba, *Axiología*, 238.

³⁴⁸ Haba, *Axiología*, 242.

³⁴⁹ Karl-Dieter Opp, *Methodologie der Sozialwissenschaften. Einführung in Probleme ihrer Theoriebildung* [Metodología de las ciencias sociales. Introducción a problemas de elaboración de sus teorías] (Hamburgo: Rororo, 1970), 136, n. 36, citado en Haba, *Axiología*, 245.

³⁵⁰ Haba, *Axiología*, 246.

Según el planteamiento de Haba, «una fórmula lingüística se halla provista de verdadero alcance normativo, solo cuando ella sirve para *EXCLUIR* de su esfera de aplicación, y esto en forma netamente intersubjetiva, el contenido de ciertas conductas, actitudes, formas de pensar»³⁵¹. Es precisamente al ejecutar esta tarea de exclusión cuando las fórmulas vacías *fallan* debido a que —al admitir una variada gama de usos lingüísticos—, se torna imposible distinguir entre «lo que ella señala *exactamente* como su contenido referencial *propio*» y todo aquel contenido exógeno que no consiguen excluir de su esfera de aplicación³⁵².

Para distinguir cuándo se está en presencia de una fórmula vacía, Haba aconseja reparar en tres de los rasgos fundamentales que estas fórmulas conjugan en la práctica de sus variados usos lingüísticos, los cuales se detallan de seguido.

El primero de esos rasgos es que tales fórmulas «Son fuertemente emotivas, suscitan *automáticamente* la adhesión sentimental de la gente, funcionan como una especie de anclajes sagrados en la mentalidad de las personas»³⁵³; el segundo rasgo señala que, por el motivo anterior, nadie se proclama en contra de ellas: «son *in-discutibles*, tanto a los ojos del locutor como de su auditorio, no precisan ni admiten prueba alguna para justificar su carácter de *ratio* suprema»³⁵⁴; y el tercero rasgo apunta a que, en razón de la extrema vaguedad que las caracteriza, es imposible saber con certeza cuáles medidas específicas se deducen de ellas: «mejor dicho, su letra permite, justamente «deducir» *las más variadas y contradictorias interpretaciones* en la práctica, según las preferencias de cada grupo de locutores»³⁵⁵.

Debido a estos rasgos queda en evidencia que recurrir a fórmulas vacías permite un *aparente acuerdo* en cuanto a la letra de dicha etiqueta —dado que cada grupo de locutores la admite—, empero, en virtud de la enorme vaguedad que las caracteriza, asimismo estas fórmulas posibilitan que cada grupo de locutores les atribuya su propia interpretación (de acuerdo a sus intereses particulares) que, llegado el caso, pueden ser diametralmente contradictorias entre sí en cuanto a qué consecuencias prácticas se deducen de su uso.

³⁵¹ Haba, *Axiología*, 246.

³⁵² Haba, *Axiología*, 246.

³⁵³ Haba, *Axiología*, 247.

³⁵⁴ Haba, *Axiología*, 247.

³⁵⁵ Haba, *Axiología*, 247.

5. Del valor como «importancia de la acción»: [I] enfoque complementario

Concluida la exposición del enfoque de la axiología jurídica, por último, se ofrecen dos enfoques complementarios a este, ello con el propósito de resaltar otras posibles aristas por medio de las cuales se puede encarar la consideración acerca de los valores.

Para retomar un punto de la discusión hasta ahora entablada, según se ha visto la postura no-cognitivista niega la existencia de una suerte de *esencia* de los valores o, más precisamente, niega que las valoraciones tengan un correlato objetivo en relación con un objeto-valor. Por ende, esta postura únicamente reconoce un acceso indirecto al conocimiento de los valores, mediante las valoraciones emitidas por los sujetos. Haba lo expresa lapidariamente al postular que «vale decir, que hay *valoraciones* pero no *Valores*»³⁵⁶.

Un valor como la justicia, en consecuencia, resulta incognoscible. Ante el enunciado: *Esta sentencia es justa*, el defensor de la postura no-cognitivista reconoce que tal enunciado nada revela acerca de la justicia en sí misma, por cuanto objeto-valor, y repara en que dicho enunciado simplemente podrá tabularse como un juicio valorativo más acerca de aquello que estimamos justo para, en adelante, ocuparse en describir qué clase de presupuestos lógico-semánticos operan en la valoración emitida por el sujeto en cuestión.

El importe de la postura no-cognitivista estriba en brindar una precisión de uso lingüístico que invita a no confundir la palabra —esto es, el valor— por un objeto.

Ahora bien, un inconveniente implícito de esta postura es su tendencia a reducir todo el fenómeno de los valores al cúmulo de enunciados lingüísticos —es decir, proposiciones valorativas o valoraciones— que puedan emitirse acerca de ellos. No obstante, en el marco de la postura no-cognitivista, la categoría de valor, si bien no se plantea como un objeto-valor en sentido estricto, igualmente hace las veces de un objeto imaginario gracias al cual es posible aglutinar todas aquellas valoraciones que usualmente se emiten con respecto al valor del que se trate —sea esto bajo la modalidad de unos tipos habituales de valoraciones, o sea como una suerte de común denominador de juicios referentes a un mismo objeto.

Esto quiere decir que, aún para la postura no-cognitivista, la noción de objeto, vinculada a la noción de «valor», no desaparece por completo —aunque debe reconocerse

³⁵⁶ Haba, *Axiología*, 14.

que, en este caso, el grado de objetividad de la noción de valor es sustancialmente diferente del grado de objetividad que una postura como la cognitivista le endilga a los valores.

Este predominio de la remisión a la categoría de objeto en el estudio de los valores no es un rasgo exclusivo de la axiología jurídica. En su obra *Toward an Anthropological Theory of Value*, Graeber pasa revista a los intentos emprendidos en el campo de la antropología que buscan formular una teoría del valor³⁵⁷ y, asimismo, examina dos direcciones en las que discurren las preocupaciones respecto al valor en la teoría social: estos son una dirección economicista, en la que el valor se concibe como una medida del deseo individual, y una dirección lingüística, en la que el valor se concibe como una diferencia significativa en el sentido de la lingüística estructural de Ferdinand de Saussure³⁵⁸, las que han dominado la formulación de teorías del valor al menos de 1960, según el autor.

El economicismo, por un lado, «tiende a reificar todo lo que tiene a la vista, reduciendo relaciones sociales entre personas—comprensiones acerca de derechos de propiedad, honor o posición social—a objetos que los actores individuales pueden entonces buscar adquirir»³⁵⁹ mientras que el estructuralismo saussureano «por otro lado adscribe valor no a cosas sino a categorías abstractas—estas categorías juntas constituyen un código de sentido más amplio»³⁶⁰, código que según el propio Saussure debe tratarse como si existiese fuera de la acción, el cambio y el tiempo. De lo anterior se sigue que ambas aproximaciones, al igual que aquellas teorías del valor que las toman como punto de partidas, tienen serios problemas para dar cuenta de procesos de cambio y de transformación³⁶¹.

Por contrapartida, a las aproximaciones economicistas y estructuralistas, cuyo rasgo común es el estatismo de aquello que se valora, Graeber opone la aproximación que ofrece el trabajo antropológico de Nancy Munn, cuyo punto de partida es una noción de actividad: para Munn —señala Graeber— «El valor emerge en la acción; es el proceso mediante el cual la “potencia” invisible de una persona—su capacidad para actuar—se convierte en formas

³⁵⁷ Graeber, *Toward an Anthropological Theory of Value: The False Coin of Our Own Dreams* (New York: Palgrave, 2001), 1–5; 23–47.

³⁵⁸ Graeber, *Value*, 2–3; 46.

³⁵⁹ Graeber, *Value*, 46; trad. propia.

³⁶⁰ Graeber, *Value*, 46; trad. propia.

³⁶¹ Graeber, *Value*, 46.

concretas y perceptibles»³⁶² y por esta razón «El valor, entonces, es la manera en la que las personas se representan la importancia de sus propias acciones a sí mismas»³⁶³.

Este énfasis que en la aproximación de Munn se le otorga a la acción implica una reformulación de la pregunta por el valor, dado que entendido bajo esta óptica «el valor en cuestión es ultimadamente el poder de *crear* relaciones sociales»³⁶⁴; si bien es cierto no se pasa por alto que en una sociedad inevitablemente deben producirse mercancías u objetos que se estimen valiosos, este enfoque muestra, de igual manera, que:

[las] relaciones sociales tienen que ser creadas y mantenidas; todo esto requiere una inversión de tiempo humano y energía, inteligencia, preocupación. Si uno ve el valor como un asunto de la distribución relativa de *eso* [la inversión efectuada], entonces uno tiene un común denominador³⁶⁵.

Por lo tanto, el enfoque del valor como importancia de la acción entraña un cuestionamiento directo dirigido a la premisa según la cual, al tratarse del estudio de los valores, aquello que ultimadamente se evalúa sean objetos estáticos, abstraídos del tiempo y del cambio —tales como los valores pétreos e inmutables que postula el cognitivismo—; y, por el contrario, implica el reconocimiento de que aquello que en definitiva se evalúa son acciones humanas —cercano a la postura no cognitivista, bajo el entendido de aceptar que las valoraciones son *actos* (lo que supone una concepción amplia de «acción»)—, lo cual introduce un mayor grado de dinamismo al estudio de los valores, esto porque a la acción se le reconoce un potencial implícito en la creación de relaciones sociales.

A un mismo tiempo, esta diferenciación entre un *objeto-valor* y una *acción-valor* se inserta, asimismo, en un debate filosófico más vasto y de larga data que se remonta a la disputa ontológica entre las teorías de Parménides y Heráclito, en la cual Parménides niega el fenómeno del cambio para postular la permanencia de los objetos, fuera del tiempo y el cambio, lo que habilita que los objetos sean aprehensibles; mientras que Heráclito, en contraposición, niega el estatismo para postular la impermanencia de los objetos, los cuales se encuentran en un estado de fluctuación constante al estar sujetos al devenir.

La tradición filosófica occidental, en sus formulaciones teórico-conceptuales, ha privilegiado las tesis parmenideas consolidando así la primacía de la noción del objeto,

³⁶² Graeber, *Value*, 45; trad. propia; Nancy Munn, *The Fame of Gawa: A Symbolic Study of Value Transformation in a Massim (Papua New Guinea) Society* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986).

³⁶³ Graeber, *Value*, 45; trad. propia.

³⁶⁴ Graeber, *Value*, 45; trad. propia.

³⁶⁵ Graeber, *Value*, 45; trad. propia y texto agreg.

abstraída de la temporalidad, en calidad de una tradición alterna de corte heracliteo que ve los objetos como procesos, como definidos por sus potencialidades, y a la sociedad como constituida primariamente por acciones»³⁶⁶ no ha gozado de la misma preeminencia.

6. Del valor como «hecho»: [II] enfoque complementario

Para finalizar, el denominado enfoque del valor como hecho no se encuentra expresamente formulado por un teórico en particular, sino que este posicionamiento frente a los valores se puede deducir de una tendencia argumentativo presente en las obras de ciertos intelectuales públicos que, en tiempos recientes, han abogado por la defensa de determinados valores recurriendo, en mayor o menor grado, a un trasfondo de carácter científico.

El caso paradigmático de este enfoque es la obra de Sam Harris titulada *The Moral Landscape: How Science Can Determine Human Values*³⁶⁷. En esta obra se critica la denominada posición de los magisterios no-traslapados, según la cual a la ciencia le compete el estudio de los hechos y a la religión el estudio de los valores, al ser ambos dominios de indagación válidos que, empero, no deben informarse recíprocamente³⁶⁸.

Contra esta posición, Harris argumenta que la ciencia sí puede emplearse para identificar valores humanos y sostiene que las preguntas por los valores pueden traducirse a preguntas y hechos acerca del bienestar de los seres conscientes³⁶⁹.

Según el argumento de Harris, dado que el bienestar de los seres consciente depende de eventos en el mundo y de diversos estados en el cerebro humano, esto brinda un sustrato material que puede ser conocido empírica y científicamente³⁷⁰. Al tomar el bienestar de los seres conscientes como parámetro, aunado a los conocimientos que aporta la ciencia, es posible determinar —indica el autor— cuáles valores potencian ya sea el florecimiento —la *buena vida*— o el sufrimiento humano —la *mala vida*—, en el espacio hipotético denominado el paisaje moral que cuenta con diferentes grados de realización³⁷¹. Para Harris

³⁶⁶ Graeber, *Value*, 52.

³⁶⁷ Sam Harris, *The Moral Landscape: How Science Can Determine Human Values* (New York: Free Press, 2010).

³⁶⁸ James W. Diller y Andrew E. Nuzzolilli, “The science of values: *The Moral Landscape* by Sam Harris”, *Behavior Analyst* 35, no. 2 (2012): 265; S. Harris, 6.

³⁶⁹ Sam Harris, 1-2.

³⁷⁰ S. Harris, 3.

³⁷¹ S. Harris, 15–22.

los valores humanos son relativos a los cambios, actuales y potenciales, que puedan experimentar los seres conscientes siendo el criterio de valor primordial el bienestar de ellos.

Ahora, dejando de lado el asunto de la corrección o incorrección del argumento del autor, el esquema argumentativo propuesto por Harris en su obra parte de, cuando menos, tres supuestos: primero, requiere del establecimiento de un criterios de valor que se pretende defender racional o científicamente; segundo, exige la evaluación de datos relativos a determinadas acciones o comportamientos que potencian o menoscaban el criterio de valor especificado; y, tercero, resalta los diversos grados de realización que es posible predicar en relación con dicho criterio de valor y respecto a los efectos que de ello se desprenden.

Un esquema argumentativo similar es empleado por otros intelectuales públicos, tales como es el caso de Steven Pinker en su obra *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism and Progress*³⁷² y de Jordan Peterson en sus obras *Maps of Meaning: The Architecture of Belief*³⁷³ y *12 Rules for Life: An Antidote to Chaos*³⁷⁴, cuyas obras conviene señalar debido a su incidencia en la arena de discusión pública contemporánea.

En cada uno de estos casos se aboga por la defensa científica o racional de un criterio de valor. Para Pinker el criterio de valor cardinal es el progreso, mientras que para Peterson lo es el sentido. Más aún, ambos autores plantean una dicotomía entre orden y caos análoga a la dicotomía entre florecimiento y sufrimiento que propone Harris.

Sin embargo, si bien las pretensiones de estos trabajos son un intento de defensa racional y científica de determinados valores humanos, es dudoso hasta qué punto dichas tentativas puedan alcanzar un sólido consenso intersubjetivo —entendido como criterio de objetividad— a la hora de propugnar los valores que cada autor defiende. Consecuentemente, se estima que los análisis avanzados en estas obras, en tanto requieren de un acuerdo sobre valores básicos, han de comprenderse como unos análisis de carácter valorativo a diferencia de lo que sucede con un análisis metavalorativo que prescindiera de dicho acuerdo requerido³⁷⁵.

La motivación de traer a colación estos trabajos, y el esquema argumentativo que comparten, radica en mostrar cómo se emprende el análisis —y, en estos casos, la defensa—

³⁷² Steven Pinker, *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism and Progress* (New York: Viking, 2018).

³⁷³ Jordan Peterson, *Maps of Meaning: The Architecture of Belief* (New York: Routledge, 1999).

³⁷⁴ Jordan Peterson, *12 Rules for Life: An Antidote to Chaos* (Canada: Random House Canada, 2018).

³⁷⁵ Haba, *Axiología*, 42.

de valores en ciertos círculos de discusión contemporáneos, ajenos a la disciplina jurídica, que no por ello implica que se suscriba esta manera de proceder en la materia en cuestión.

Dicho esto, en adelante se aborda el segundo conjunto conceptual que aporta Enrique P. Haba, en relación con la temática de los principios generales del derecho.

B. *Los principios generales*: en el discurso de los juristas

El punto de partida de la obra bajo análisis es una observación de hecho según la cual el manejo del discurso jurídico, por parte de los juristas, sería impensable sin la remisión, directa o indirecta, a la fórmula verbal de los principios generales del derecho.

Esta fórmula verbal es multívoca, admite una pluralidad de significados posibles y, a pesar de ello, es empleada consistentemente en el quehacer jurídico de forma tal que esta atraviesa el tejido del derecho de un extremo al otro, en palabras de Enrique P. Haba. Dado este estado de cosas, el propósito de la obra es brindar luz sobre el *uso real* de la fórmula verbal de los principios generales del derecho en el discurso de los juristas. Para concretar tal tarea la obra se estructura en dos partes: una primera parte, a cargo de Enrique P. Haba, versa acerca de los elementos generales de análisis doctrinario internacional respecto a esta fórmula verbal; mientras que una segunda parte, a cargo de Francisco Barth, se consagra al análisis jurisprudencial del uso de la fórmula por parte de los tribunales costarricenses.

Para los efectos aquí perseguidos interesa, particularmente, la primera parte de la obra, por cuanto ella aporta discusiones y nociones clave acerca de los principios generales del derecho que resultan vitales para el abordaje del principio de buena fe contractual.

En esta primera parte de la obra, el cometido de Haba es ofrecer un panorama «de ciertas cuestiones centrales que se plantean sobre la naturaleza y las funciones de los PGD en el discurso jurídico, vistos como un medio apropiado para la interpretación, y hasta para la “integración”, del derecho positivo»³⁷⁶. Dicho autor, a la vez, aborda ciertas discrepancias a nivel teórico respecto a interrogantes que figuran en la literatura sobre el tema.

³⁷⁶ Enrique Pedro Haba Müller, “¿Qué son, y cómo funcionan, los principios generales del derecho? (Elementos generales de análisis doctrinario)” en *Los principios generales del derecho: según la doctrina internacional y en los tribunales costarricense*, Enrique Pedro Haba Müller y Francisco Barth (San José, C.R.: IJSA, 2004), 25.

Entre estos interrogantes sobresalen: ¿de dónde emergen estos principios? —lo que remite a la búsqueda de su fuente material con el objeto de hallar el contenido que les es específico—; ¿qué relaciones guardan con otras fuentes jurídicas y entre ellos mismos? —pregunta dirigida a dilucidar cuál es la jerarquía jurídica a la que los principios se encuentran sujetos—; y, ¿cuál es el rol *real* que estos principios juegan en el marco del derecho jurídico? —consideración que remite a la interrelación de estos con otras instancias jurídicas³⁷⁷.

Asimismo, en el marco del pensamiento doctrinario, el estudio de los principios generales da pie a la emergencia de diversos puntos de contención. En este orden de ideas, entre esos puntos en disputa son de particular relevancia los que se indican de seguido.

Primeramente, debe subrayarse la «multivocidad» propia de la categoría jurídica de los principios generales del derecho cuya pluralidad de significados conduce a que los criterios que de ella se desprenden ostenten un marcado carácter heterogéneo a partir del cual se formulan distinciones que buscan resaltar determinados aspectos de estos. En otras palabras, los múltiples significados que soporta esta categoría dificultan la aprehensión de un contenido conceptual plenamente determinado y esta indeterminación conduce a que gran cantidad de discusiones al respecto queden reducidas a meras cuestiones de palabras.

Luego, en cuanto a la disputa relativa al origen de los principios generales, se remite necesariamente a la cuestión de las *fuentes* del derecho dado que de ellas se desprende el sustento de los principios en cuanto se inquiriere por el fundamento legal que legitima las diversas funciones que a estos les son encomendadas. De igual manera, en comparación con otras normas jurídicas, los principios generales gozan de un mayor grado de generalidad que refiere a un mayor grado de abstracción, asunto que implica considerar la jerarquía a la que estos están sujetos con respecto a otros principios o normas. Más aún, en estrecha relación con lo anterior, las funciones que a estos se les encomienda cumplir dependen del rango que a tal principio le corresponda al interior del sistema jurídico del que se trate.

A tenor de lo anterior, se entiende que los procedimientos de obtención de los principios generales van a depender de la concepción de la ‘naturaleza’ que a estos se les atribuya; así pues, en virtud de la concepción que se predique de tal o cual principio va a depender el procedimiento por medio del cual este se formula. Mientras que, por último, el asunto de la evaluación metodológica responde a los métodos de razonamiento empleados

³⁷⁷ Haba, *Principios generales*, 25–26.

para arribar a determinadas soluciones jurídicas, al recurrir a principio generales, y a la precisión —o falta de— con que se empleen ciertas pautas metodológicas con tal fin.

Las elucidaciones formuladas por Haba con respecto a estas cuestiones, y otras afines, constituyen el grueso de la primera parte de la obra *Los principios generales*.

Acto seguido, se concentra la atención sobre las claves básicas que el autor aporta para estudiar los principios generales del derecho, entre las que figuran las dos corrientes principales por medio de las cuales abordar su examen; los seis grupos de sentido que soporta esta fórmula verbal; las seis vías de obtención de principios generales del derecho; y, por último, el fenómeno de la relatividad de estos en lo que concierne a sus interrelaciones.

1. De las dos corrientes principales en el estudio de los principios generales del derecho

Una conceptualización tradicional de la fórmula verbal de los principios generales del derecho la presenta Barth, citando a Del Vecchio, autor para quien estos son «las verdades del derecho *in genere*, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos»³⁷⁸. Ahora, de la citación de Del Vecchio, nótese el énfasis que el autor le dedica a la *racionalidad intrínseca* y al grado de *universalidad* que, según tal punto de vista, es posible predicar de los principios generales del derecho; estos dos atributos son elementos centrales de la primera corriente que se encarga del estudio de los principios generales, tal como se verá de seguido.

Para Haba, una postura tal como la de Del Vecchio deja en evidencia rasgos generales de una perspectiva clásica, aún vigente hoy día, que incluso coincide con desarrollos contemporáneos, según la cual: «Los PGD son concebidos, en el marco de tales posiciones, como una ideas que, sin perjuicio de tener su lugar dentro del derecho positivo, a la vez están más allá de este, lo exceden en valor y en amplitud»³⁷⁹ y cuya valía deriva de su inminente racionalidad —propia de derecho natural—, la que permite considerarlos como pautas básicas del orden jurídico. Más aún, es en razón de este criterio de inminente racionalidad

³⁷⁸ Giorgio Del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, 3 ed. (Barcelona: Bosch, 1979), 49, citado en Enrique Pedro Haba Müller y Francisco Barth, *Los principios generales del derecho: según la doctrina internacional y en los tribunales costarricense* (San José, C.R.: IJSA), 183.

³⁷⁹ Haba, *Principios generales*, 28.

que los principios generales del derecho son «recogidos —«postivizados»— también por el legislador, expresa o implícitamente, en mayor o menor medida»³⁸⁰.

En líneas generales, los autores que comulgan con estos postulados básicos, al enfrentarse al estudio de los principios generales del derecho, tienden a presuponer la existencia de una definición real que le sea propia a esta fórmula verbal. La labor desempeñada por ellos, en el marco de la dogmática tradicional, consiste en una búsqueda por la *esencia* de tales principios, lo cual supone —según el juicio de Barth— que estos juristas le endosan a la ciencia jurídica la competencia de desentrañar tales esencias lo cual requiere, asimismo, presuponer que tal labor es cognoscitivamente posible³⁸¹.

Por consiguiente, esta corriente de estudio merece el nombre de esencialismo en su abordaje de los principios generales del derecho.

Ahora bien, el esencialismo, en términos generales:

(...) postula, básicamente, que existen en los entes individuales (las cosas: sillas, mesas, animales, personas, por ejemplo) unas ciertas *cualidades esenciales* que son “universales” y que son esas *cualidades esenciales* las que le dan a lo particular su naturaleza de tal³⁸².

Cuáles sean las cualidades esenciales que dotan de contenido a los principios generales del derecho es el eje en torno al cual se articulan tales discusiones, en especial con respecto a la distinción entre principios y otros tipos de normas jurídicas, discusiones que tienen en común que, al ignorar la multivocidad de la fórmula verbal, pretenden postular un significado único que conduce a que tales disputas devengan en meras «cuestiones de palabras», al decir de Haba. Se incurre así en el sofisma del naturalismo lingüístico, entendido como «aquella tendencia, al parecer antiquísima, de los seres humanos de atribuirle a todos los nombres o substantivos un correspondiente referente empírico»³⁸³.

Por el contrario, el no-esencialismo descarta la búsqueda de una esencia o de un significado único para, en cambio, abogar a favor de desentrañar el *uso real* de la fórmula verbal de los principios generales del derecho en el discurso jurídico.

³⁸⁰ Haba, *Principios generales*, 28.

³⁸¹ Francisco Barth, “Principios general del derecho y la jurisprudencia costarricense” en *Los principios generales del derecho según la doctrina internacional y en los tribunales costarricense*, Enrique P. Haba y Francisco Barth (San José, C.R.: IJSA), 188–189.

³⁸² Minor E. Salas, “Sofismas del derecho” (en posesión del autor, 2020), 4.

³⁸³ Salas, *Yo me engaño*, 62

A diferencia de la corriente esencialista, la corriente no-esencialista admite la multiplicidad de significados que la fórmula verbal soporta, por cuanto considera que «Cualquiera que sea el concepto de PGD adoptado, eso constituye una determinación convencional dentro del ámbito de los posibles significados recogidos por dicha expresión»³⁸⁴. Lo crucial para esta corriente de estudio consiste en reconocer el hecho de que recurrir a la expresión principios generales del derecho es inevitable en la comunidad de hablantes conformada por los juristas y, asimismo, en escrutar los distintos modos en que tal expresión es empleadas por los juristas en el contexto en cuestión, de tal manera que:

Lo que importa no es la palabra misma, «principios», pero sí tener claras las *diferencias* sobre maneras de usarla, en atención a los efectos prácticos que de ello pueden seguirse según se acoja este o aquel entre los sentidos posibles³⁸⁵.

Al colocar el énfasis en la determinación convencional con que los operadores jurídicos invocan tal o cual principio, la corriente no-esencialista muestra que, en tal operación, se *opta* por un determinado significado entre todos los significados posibles que se pueden predicar de la fórmula verbal en cuestión. Esto adquiere particular relevancia en tanto se cae en cuenta de que dicha determinación convencional implica la producción de ciertos efectos jurídicos en el plano pragmático del quehacer jurídico y son esos usos reales, aquellos que se dan en la práctica, los que la corriente no-esencialista toma como material de trabajo para su estudio de los principios generales del derecho.

Para sintetizar, la corriente esencialista en cara el estudio de los principios generales de tal manera que predica de ellos un sustrato de derecho natural, atribuyéndoles una racionalidad intrínseca y un alto grado de universalidad, todo lo cual conduce a una búsqueda por la ‘esencia última’ de tales principios con el ánimo de establecer una definición real o única que les sea propia. Por dicha razón, tales discusiones en poco avanza la comprensión de la fórmula verbal. Por el contrario, la corriente no-esencialista descarta tal búsqueda de esencias y se interesa, más bien, en la determinación convencional mediante la cual un operador jurídico opta por cierto sentido al emplear la fórmula verbal de los principios generales, concentrándose en el uso real y efectivo de ella en el discurso jurídico.

³⁸⁴ Haba, *Principios generales*, 42.

³⁸⁵ Haba, *Principios generales*, 63.

2. De los seis grupos de sentido propuestos por Enrique P. Haba

En atención a estas dos corrientes, el enfoque seguido por Haba y Barth en *Los principios generales* es de corte no-esencialista, por lo cual la obra, primordialmente, busca desentrañar el uso real que se hace de la fórmula verbal en el discurso de los juristas.

Tras haberse reparado en que esta fórmula verbal es multívoca, lo que significa que soporta una pluralidad de significados, Haba se entrega a la tarea de esquematizar seis grupos de sentido que es posible predicar de los principios generales del derecho, los cuales se transcriben de seguido en una cita extensa que conviene reproducir íntegramente.

1. **Principios de derecho natural, sean o no de inspiración religiosa.** —Esto es: unos principios de justicia o de equidad, o que en general implican ciertos valores éticos fundamentales; o bien, ciertos ideales socio-culturales, o los principios esenciales de las instituciones que fundamentan el derecho. Se entiende, en todas esas variantes, que el derecho positivo se halla sometido, sea de una u otra manera, a ciertas directrices «superiores», tanto si ellas se encuentran como si no se encuentran expresadas en las leyes.
2. **Ciertos principios universales emplazados en la base de todo ordenamiento jurídico.** —Se entiende que ellos están ahí, necesariamente, pues constituirían presupuestos inherentes a la «lógica» propia del derecho; o bien, se los caracteriza por su inminente «racionalidad», aun admitiendo que no es posible que tal o cual ordenamiento positivo llegue empíricamente a apartarse de ellos, en pocas o muchas de las ordenaciones establecidas por el Estado.
3. **Los principios fundamentales tradicionales en el derecho.** —Se trata, señaladamente, de aquellos que provienen del derecho romano; o bien, los principios que generalmente la doctrina jurídica, la llamada ciencia del derecho, reconoce como tales.
4. **Los principios fundamentales que caracterizan en particular a tal o cual ordenamiento jurídico vigente o en especial a cierta rama de ese mismo.** —Algunos o muchos de ellos no coincidirán, acaso, con principios de otros ordenamientos. Pueden ser materiales, es decir, brindar criterios para la solución jurídica de las relaciones jurídicas entre particulares, o entre estos y el Estado; o son formales, concernientes a la organización interna del Estado, es decir, a la estructura y el funcionamiento de sus órganos.
5. **Principios doctrinarios positivos.** —Son reglas que una parte significativa de la doctrina jurídica en un país reconoce como correspondientes al derecho positivo de ese país, sea o no que en el seno de aquella reine unanimidad al respecto.

6. **Principios jurisprudenciales.** —Son aquellas reglas jurídicas que la jurisprudencia reconoce, en el ordenamiento jurídico-positivo de determinado país, justamente a título de «principios generales del derecho»³⁸⁶.

Al postular estos seis grupos de sentido, a Haba no le interesa brindar un listado exhaustivo de significados sino mapear las principales coordenadas semánticas dentro de las cuales se encuentra inscrita la fórmula verbal de los principios generales.

Asimismo, el autor tampoco estima que los límites entre unos sentidos y otros sean tajantes e inflexibles. En este orden de ideas, dependiendo de cómo se concibe un principio general, este podrá empatar con uno o más de los grupos de sentido propuestos, tal cual sucede en el caso del principio de buena fe, según se verá más adelante³⁸⁷.

3. De las seis posibles vías de obtención propuestas por Enrique P. Haba

Al enfrentarse al estudio de los principios generales del derecho un interrogante cardinal que surge es la pregunta acerca de dónde se pueden encontrar estas pautas jurídicas. En esta misma línea de interrogación, a los principios ¿se los descubre o se los crea?

Para esclarecer este punto, Haba, de la mano Jeanneau, enumera seis posibles vías de obtención que recurren a diferentes procedimientos jurídicos con tal de desentrañar cuales son estos principios. Asimismo, el autor clarifica que, en el marco de tales operaciones, el *modo* mediante el cual se conciba cuál sea el origen o la naturaleza de los principios contribuye a determinar el *medio* por el cual estos son obtenidos, en última instancia.

A continuación, se ofrece una síntesis de estas seis vías de obtención, se le brinda a cada de ellas una denominación propia con la cual mentarlas y, a la vez, se modifica el orden original que se presenta en el texto para ganar mayor claridad en la exposición.

La primera vía de obtención se denomina la **vía de la generalización** a partir de los textos del derecho positivo, la cual se obtiene por medio del *método lógico-dogmático* y que toma las fuentes del derecho positivo como el insumo primario a partir del cual postular que de tal insumo es posible extraer el principio por generalización³⁸⁸.

³⁸⁶ Haba, *Principios generales*, 44–46; énfasis agreg.

³⁸⁷ Al respecto, ver *infra*, 142–145, para la discusión relativa a los grupos de sentido que soporta la fórmula verbal del principio general de buena fe.

³⁸⁸ Haba, *Principios generales*, 69; 103.

La segunda vía de obtención se denomina la **vía del espíritu del texto**, la cual se obtiene por medio del *método psicológico-voluntarista* y que consiste en la búsqueda de la intención de legislador en un texto o en un conjunto de textos que contendrían el principio³⁸⁹.

La tercera vía de obtención se denomina la **vía de la formulación directa** en un texto de derecho positivo, la cual se obtiene por medio del *método de interpretación literal* por cuanto el principio se encuentra contemplado expresamente en un cuerpo normativo³⁹⁰.

A estas tres primeras vías de obtención de principios generales del derecho les corresponde un ligamen al tipo de fuente del derecho de la ley positiva, lo que implica que los principios pueden buscarse o estar contenidos en textos de derecho positivo, por lo cual su contenido sería dependiente de la voluntad del legislador³⁹¹.

La cuarta vía de obtención se denomina la **vía de la esencia de la institución**, la cual se obtiene por medio del *método realista-psicologista* y que entraña un alto grado de abstracción porque remite a exigencias superiores que resultan imperiosas y cuya valía resulta de cierto grado de sentido común que se permite que ingrese al derecho³⁹².

La quinta vía de obtención se denomina la **vía de las aspiraciones latentes**, la cual se obtiene por medio del *método realista-psicologista* y que concentra a aquellos principios no escritos que gozan del asentimiento de los sujetos de derecho, a la vez que reflejan el andamiaje moral y político de una población determinada³⁹³.

La sexta vía de obtención se denomina la **vía de las nociones inherentes**, la cual se obtiene por medio del *método axiológico-finalista* y que remite a la esencia que se predica del derecho, por un amplio grupo de individuos, y que debe interpretarse en estrecha conformidad con el derecho positivo, en tanto que haya ciertos valores jurídicos absolutos³⁹⁴.

A estas últimas tres vías de obtención de principios generales del derecho les corresponde un ligamen al tipo de fuente del derecho de los factores extralegales que no se encuentran contemplados expresamente en los cuerpos legales, por lo cual el contenido de tales principios se encuentra por fuera del libre arbitrio del legislador³⁹⁵.

³⁸⁹ Haba, *Principios generales*, 69; 103.

³⁹⁰ Haba, *Principios generales*, 72; 104.

³⁹¹ Haba, *Principios generales*, 76.

³⁹² Haba, *Principios generales*, 70; 103–104.

³⁹³ Haba, *Principios generales*, 70; 103–104.

³⁹⁴ Haba, *Principios generales*, 71; 104.

³⁹⁵ Haba, *Principios generales*, 76.

4. De la fijación del contenido de los principios generales del derecho

En lo que atañe a la discusión relativa a la ubicación de los principios generales del derecho al interior del sistema jurídico, Haba distingue, por un lado, entre el contenido que le corresponde a los principios y, por otro lado, la validez jurídica que tal contenido soporta en calidad de solución jurídica al interior de un ordenamiento jurídico en específico. El contenido remite a la materia a partir de la cual el principio se forja, mientras que la validez jurídica remite a la legitimidad de dicho contenido por solución jurídica.

Al contenido de los principios generales le corresponde un ligamen con respecto a las fuentes materiales del derecho, entendidas como aquellas fuentes constituidas «por los factores o elementos determinantes del contenido de las normas jurídicas»³⁹⁶, lo que es decir, por todos aquellos aspectos que ejercen influencia sobre los operadores jurídicos (*i.e.*, funcionarios, jueces, legisladores) al crear o aplicar una norma, dadas las exigencias y necesidades que estos buscan suplir; entre las cuales destacan las leyes —de las cuales se pueden extraer principios por inducción—, el derecho natural, los valores jurídicos de justicia y de la equidad, la naturaleza de las cosas, la jurisprudencia y la doctrina³⁹⁷.

A la validez jurídica de los principios generales le corresponde un ligamen con respecto a las fuentes formales del derecho, entendidas como aquellas fuentes que configuran «los procedimientos de manifestación de las normas»³⁹⁸, lo que es decir, todas aquellas manifestaciones legales que tienen por sello distintivo establecer obligaciones emanadas de autoridad competente; entre las cuales destacan la ley, la costumbre, la jurisprudencia, los tratados internacionales y las instituciones³⁹⁹.

En palabras de Haba, la importancia de esta distinción estriba en que «El señalar con precisión cuáles son las fuentes *materiales* de los PGD brinda la clave para saber dónde y cómo averiguar qué es lo que estos dicen exactamente»⁴⁰⁰ por lo cual estas fuentes son cruciales para desentrañar el contenido de los principios, a partir del asidero legal de un determinado ordenamiento jurídico. No obstante, «Mas la última palabra sobre la legitimidad

³⁹⁶ Haba, *Principios generales*, 80.

³⁹⁷ Haba, *Principios generales*, 85–86.

³⁹⁸ Haba, *Principios generales*, 80.

³⁹⁹ Haba, *Principios generales*, 85–86.

⁴⁰⁰ Haba, *Principios generales*, 82.

jurídica de los principios extraídos de las fuentes materiales recae en la fuente *formal*»⁴⁰¹ de lo que desprende que un principio toma su sitio en determinado ordenamiento jurídico en razón de las fuentes formales que lo validen como una solución jurídica específica.

5. De la relatividad de los principios generales del derecho

Al tratarse de la interrelación de los principios generales del derecho con otros principios o con otras fuentes de derecho sucede que el grado de generalidad que estos ostentan es variable. Esta variabilidad en el grado de generalidad de los principios implica que estos pueden abarcar un conjunto amplio o limitado de normas particulares bajo su seno. A esta circunstancia Haba, siguiendo a Cristafulli, la denomina la **relatividad** de los principios generales del derecho⁴⁰². Con este concepto se pretende mostrar que una norma puede presentarse como principio frente a un conjunto de normas que le son subordinadas, mientras que, a un mismo tiempo, puede suceder que tal principio se encuentre en relación de subordinación frente a una norma que ostente un mayor grado de generalidad⁴⁰³.

En este sentido, se entiende que habrá principios generales del derecho cuyo grado de generalidad los sitúe como principios con respecto a ciertas normas particulares, con respecto a un sector en específico del derecho, o con respecto a la totalidad del ordenamiento jurídico en cuestión⁴⁰⁴. Dado este último supuesto sucede que «Apenas un número muy reducido de principios son absolutamente fundamentales, en la base misma del ordenamiento jurídico, a tal punto que no pueden ser subordinados a otros principios todavía superiores»⁴⁰⁵.

A tales pautas jurídicas, exentas de la dinámica subordinación recíproca a la que se encuentran sometidos el grueso de los principios, se les denomina principios generales superiores del derecho a los cuales compete, en buena teoría, fundamentar y limitar todo el entramado del derecho positivo. Sobre los principios generales superiores se piensa que ellos «son inmanentes a *todo* lo que sea derecho, al menos en el seno de la cultura occidental, de modo que estarían aun por encima de lo que pueda disponer cada ordenamiento de Derecho

⁴⁰¹ Haba, *Principios generales*, 82.

⁴⁰² Haba, *Principios generales*, 55.

⁴⁰³ Haba, *Principios generales*, 55.

⁴⁰⁴ Haba, *Principios generales*, 54.

⁴⁰⁵ Haba, *Principios generales*, 55.

positivo en particular»⁴⁰⁶. Vale señalar esta cuestión dado que, como bien indica Haba, dentro de esta categoría figura «la antigua indicación romana sobre la conducta de “bona fides”»⁴⁰⁷.

Sección II. El principio de buena fe contractual en el pensamiento doctrinario

Una vez concluido el esbozo de las categorías de análisis introducidas en la sección anterior, en la presente sección se focaliza la atención sobre los desarrollos propios del pensamiento doctrinario acerca del principio general de la buena fe contractual.

La buena fe contractual ha dado pie a voluminosos estudios, esto en virtud de su prolongada presencia histórica y de la preminencia de la que goza en el dominio del derecho contractual y de las obligaciones. En dichos estudios, los juristas tienden a delimitar su abordaje de la buena fe contractual, prioritariamente, según su estatuto de principio general del derecho. Ahora bien, tal circunscripción del objeto de estudio tiene por resultado la fijación del principio de buena fe contractual al interior del sistema jurídico.

Sin embargo, esta decisión metodológica reporta, cuando menos, dos problemas que suelen ser pasados por altos en el marco de los trabajos teórico-dogmáticos.

En primer lugar, la delimitación según el estatuto de principio, en lo que respecta a la buena fe contractual, se asume sin explicitar bajo cuál acepción se entiende que la buena fe sea un principio jurídico; de esta manera sucede que no se clarifica si se estudia a la buena fe como un principio *general* del derecho, como un principio general en relación con una *rama* del derecho o como un principio general *superior* del derecho. Esta falta de distinción entre las diversas vertientes, a partir de las cuales es posible predicar la categoría de principio respecto a la buena fe, induce a que afirmaciones relativas a una vertiente se traspasen a otras.

En segundo lugar, son muchos los casos en los cuales se presupone la discusión acerca de la noción de principio, pero no se elabora sobre ella ni se asume desde una perspectiva crítica en relación con las implicaciones que de ella se desprenden. A título ejemplificativo, considérese el caso según el cual se suscriba una noción de principio general desde la perspectiva del Derecho Natural. El análisis, entonces, por la mera remisión a dicha corriente

⁴⁰⁶ Haba, *Principios generales*, 23.

⁴⁰⁷ Haba, *Principios generales*, 23.

de pensamiento, dará por resueltas ciertas controversias e incurrirá, con alta probabilidad, en vicios que comúnmente son achacables a tal postura —desde un enfoque crítico.

La confluencia de estos dos problemas acarrea múltiples confusiones conceptuales que aquejan al estudio del principio de buena fe contractual. En virtud de esta circunstancia, dada la falta de distinción entre las diferentes vertientes por las que discurre el principio de buena fe, se da pie a la formulación de proposiciones categóricas infundadas acerca del principio en cuestión. Y, adicionalmente, la suscripción de perspectivas doctrinarias de manera acrítica conduce a que los juristas se limiten a introducir al principio de buena fe dentro de las coordenadas del sistema jurídico, sin especificar el lugar que allí dentro le corresponde; tal situación termina por relegar a un plano secundario a la pregunta por el contenido ético-moral del principio que se convierte en una preocupación de segundo orden.

Con el objetivo de contrarrestar los efectos de estas confusiones conceptuales se estima idóneo encarar cuatro asuntos centrales a lo largo de la presente sección.

Inicialmente, resulta indispensable examinar el principio general de buena fe a la luz de las categorías de análisis formuladas por Enrique P. Haba respecto a la teoría de los principios generales del derecho: de este modo se busca dilucidar el sentido —o sentidos— que el principio soporta, la dotación de contenido que le corresponde y la legitimidad que ella ostenta. Acto seguido, se presentan las diferentes vertientes a través de las cuales discurre el principio general de buena fe —ya sea bajo la forma de principio general, principio general superior del derecho o principio general en relación con un sector del ordenamiento jurídico— en atención a las particularidades de cada una de ellas, de acuerdo con la doctrina. Luego se repasan las dos aristas conceptuales por cuyo medio se aborda el principio, en calidad de estándar de comportamiento y estándar jurídico. Y, finalmente, se revisan las distinciones analíticas que los estudios doctrinarios han planteado acerca de dicho principio.

Más aún, para asegurar un abordaje adecuado de todos los puntos antes dichos se toma como base de referencia primaria la obra *Buena fe contractual*⁴⁰⁸ del jurista uruguayo Gustavo Ordoqui Castilla, a la cual se recurre a lo largo de la presente sección.

⁴⁰⁸ Gustavo Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 2ª ed. (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012).

A. La buena fe contractual a la luz de la teoría de los principios generales

En la sección anterior se extrajo una plataforma conceptual de la obra *Los principios generales* de Enrique P. Haba. Al llegar a este punto resulta apropiado tomar las categorías de análisis allí presentadas para con ellas examinar distintos aspectos del principio general de buena fe. Así pues, la intención de este apartado es realizar una serie de puntualizaciones que contribuyan a dimensionar las diferentes maneras en que puede ser concebida la buena fe en calidad de principio general del derecho, el lugar que esta ocupa al interior del sistema jurídico y los alcances que pueda ostentar su contenido dentro de la esfera legal.

Por consiguiente, en adelante se consideran tres cuestiones fundamentales. Primero, la relación de la buena fe con respecto a los diversos grupos de sentido que es posible predicar de los principios generales del derecho; segundo, las vías de obtención que mejor se acoplan al principio en cuestión; y, tercero, la discusión relativa a la fijación de su contenido debido a las fuentes materiales y formales que le son propias.

Ahora, previo a proseguir, cabe plantear una aclaración preliminar. Según se ha visto antes, el enfoque del trabajo realizado por Haba, del cual se extraen las categorías de análisis por aplicar, se distingue por considerar el uso real de la fórmula verbal de los principios generales del derecho en el discurso de los juristas. En este orden de ideas, para realizar las siguientes puntualizaciones se pretende seguir un enfoque análogo, razón por la cual, en adelante, se prestará especial atención al empleo de la fórmula verbal del «principio de buena fe» tal cual esta es utilizada por los juristas en el ámbito doctrinario.

Con esta aclaración planteada, el primer punto por tratar consiste en averiguar a cuál grupo —o grupos— de sentido remite el principio general de buena fe al contrastarlo con los seis grupos de sentido que propone Haba para identificar qué significado es dable conferirle a los principios generales del derecho.

1. De los diversos grupos de sentido que soporta el principio de buena fe

El primer grupo de sentido está conformado por los principios de derecho natural que fungen de directrices de rango superior cuya superioridad radica en que estas directrices o principios expresan ciertos valores éticos fundamentales de la sociedad, por lo cual su vigencia implica —en teoría— el sometimiento del derecho positivo a ellos; es decir, se trata

de principios que, en consonancia con la corriente de pensamiento del derecho natural, encuentran legitimidad en la —supuesta— *inminente racionalidad* que los caracteriza.

Es justamente sobre la base de este grupo de sentido que se pronuncia José Luis de los Mozos al sostener que el principio de buena fe «constituye uno de los cuatro principios fundamentales del Derecho natural, junto a la equidad, la “naturaleza de las cosas” y la *naturalis ratio*»⁴⁰⁹ puesto que la inclusión de la buena fe a este listado obedece a razones de evolución histórica del instituto. En una línea de ideas similar se manifiesta Facco al referirse a la postura del iusnaturalista Jean Domat, para quien las leyes que ordenan la buena fe no pueden tener excepción. Al respecto comenta Facco que «Ellas entran, [las leyes que ordenan la buena fe] por tanto, en la categoría de leyes inmutables que al provenir de la *naturalis ratio* encierran preceptos universal y eternamente válidos para todos los hombres»⁴¹⁰.

El segundo grupo de sentido hace eco de la anterior citación en tanto concierne a aquellos principios universales emplazados en la base de todo ordenamiento jurídico. En este caso sucede que el carácter universal de tales principios implica que estos operan como presupuestos inherentes a la lógica del derecho y, por ende, proscriben la posibilidad de que el derecho positivo pueda desentenderse de ellos, empíricamente. Así pues, este sentido es dable predicarlo del principio de buena fe, tal cual lo atribuyen autores como Ordoqui Castilla y Muñoz Valverde al emitir proposiciones categóricas de la siguiente clase.

Por una parte, para Ordoqui la buena fe «Constituye un principio universalmente reconocido e incorporado en todas las materias del derecho, públicas o privadas»⁴¹¹, mientras que Muñoz Valverde asevera que «Sobre él [la buena fe] se construyen todos los demás [principios]. Ninguna institución, regla de comportamiento o costumbre, puede edificarse en su contra. Este es el principio rector de todo orden jurídico»⁴¹². Ambas de estas proposiciones sirven de muestra del carácter universal con que los juristas tienden a investir al principio de buena fe, una investidura que, por lo demás, tiene por consecuencia que el principio, debido a su predicada universalidad, se encuentre emplazado en la base del ordenamiento.

⁴⁰⁹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 41.

⁴¹⁰ Facco, *Vicisitudes*, 131; texto agreg.

⁴¹¹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 61.

⁴¹² Sergio Muñoz Laverde, “El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano”, en *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI* (Bogotá: Temis, 2010), 211, citado en Gustavo Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 2ª ed. (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012), 56.

El tercer grupo de sentido, por su parte, se puede desprender fácilmente del análisis histórico contenido en el título primero de esta investigación por cuanto involucra a los principios fundamentales tradicionales del derecho, especialmente aquellos que tienen raigambre en el derecho romano. Según se ha discutido en su momento oportuno, la génesis del instituto de la buena fe tiene su origen en el seno del derecho romano y por influjo de la tradición romanista es que dicho instituto devino en principio general del derecho⁴¹³.

El cuarto grupo de sentido puede entenderse que comprende al principio de buena fe como principio fundamental característico de cierta rama del ordenamiento jurídico en razón de la determinante influencia que juega la buena fe al interior de la rama del derecho contractual y de las obligaciones. Al respecto, Vladimir Monsalve ha señalado que «(...) la buena fe se presenta en la actualidad como un concepto vigente y que gobierna sobre todo el derecho de las obligaciones»⁴¹⁴ y añade que «La buena fe como una norma general por tanto es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico, el cual le reconoce su carácter heterónomo tanto del contrato como de todo el ordenamiento legal»⁴¹⁵.

Ahora, en lo que respecta al quinto grupo de sentido, que viene dado por los principios doctrinarios positivos, sucede que la vigencia de un principio —en este caso, el de la buena fe— dependerá de que en el marco del ordenamiento jurídico de un determinado país a tal principio se le reconozca expresamente como perteneciente al derecho positivo de dicho país. De similar manera acontece con el sexto grupo de sentido que versa sobre los principios jurisprudenciales por cuanto se requiere que al principio se le reconozca tal estatuto en el marco de los precedentes que sienta la judicatura del ordenamiento en cuestión.

Tanto en un caso como en el otro, predicar el estatuto de principio con respecto a la buena fe —sea en sentido doctrinario positivo o en sentido jurisprudencial— debe determinarse casuísticamente, esto para constatar en un plano fáctico si, al interior del ordenamiento jurídico del país cuyo caso interese considerar, se introdujo expresamente —por las vías señaladas— al principio de buena fe como parte de su derecho positivo. En virtud de esta circunstancia sería inapropiado realizar generalizaciones totalizantes. Empero, lo que sí es factible afirmar es que, dado el devenir histórico de los ordenamientos jurídicos de corte

⁴¹³ Al respecto, ver *supra*, 87.

⁴¹⁴ Vladimir Monsalve Caballero, “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”, *Revista de Derecho* 30 (2008): 34.

⁴¹⁵ Monsalve Caballero, 34–35.

romanista que tomaron por modelo el Código Civil francés en materia contractual, dichos ordenamiento *tendieron* a incluir en su normativa civil referencias expresas al principio de buena fe contractual que facilitarían su ingreso por vía doctrinaria o jurisprudencial.

*

**

A raíz del examen efectuado es factible extraer una primera conclusión preliminar. El estatuto de principio de la buena fe es predicable, potencialmente, en concordancia con todos y cada uno de los grupos de sentido evaluados, en mayor o menor grado.

Esto quiere decir que si se parte de los diversos sentidos según los cuales es posible atribuir el estatuto de principio, la buena fe es una noción que soporta cualesquiera de los sentidos señalados simultáneamente, dado que predicar de ella uno de esos significados no excluye que los significados restantes le sean atribuibles. A partir de tal examen, el empate semántico de la buena fe con respecto a cada uno de estos grupos de sentido evidencia, de modo contundente, la profunda multivocidad que entraña el uso de esta fórmula verbal.

Ahora bien, en el marco del pensamiento doctrinario, debe señalarse que los trabajos teórico-dogmáticos exhiben la tendencia a privilegiar una comprensión de la buena fe según sus sentidos de ‘principio de derecho natural’ y de ‘principio emplazado en la base de todo ordenamiento jurídico’. Dicha circunstancia en la doctrina tiene por correlato que a la buena fe se le confiera un nivel extremo de abstracción, a tal grado que al principio de buena fe se le llegue a estimar como un principio inherente al fenómeno jurídico en cuanto tal.

Asimismo, en esos mismos trabajos también es constable la suma importancia que se le atribuye a la buena fe en su sentido de ‘principio rector de un sector del ordenamiento’, cuya trascendencia es capital en el seno del sector contractual-obligacional. Tanto es así que en dichas materias se juzga que la buena fe funge de pilar que fundamenta sus instituciones.

Debido a estos motivos, se comprenderá fácilmente porqué los sentidos destacados son aquellos que revisten mayor envergadura en cuanto a las implicaciones de orden teórico-pragmático que se siguen de atribuirle al principio de buena fe tales significados.

2. De las posibles vías de obtención del principio general de buena fe

Tras examinar los diversos grupos de sentido que soporta la fórmula verbal del principio de buena fe, ahora se pasa a considerar las vías de obtención que permitirían desentrañar la cuestión respecto al lugar de donde se extrae este principio general.

Al respecto, la vía de la formulación directa en un texto de derecho positivo es la vía de obtención más transparente para el caso en cuestión, tal como sucede al tratarse del ordenamiento jurídico costarricense en cuyo texto del artículo 21 del Código Civil se remite expresamente a este principio al indicarse allí que: «Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe»⁴¹⁶. Dado que en el caso antes citado el principio de buena fe se encuentra incorporado directamente en un cuerpo legal de derecho positivo, este principio se obtendría por medio del método de interpretación literal del texto.

En este sentido, lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil costarricense sigue la línea trazada por el pensamiento doctrinario según la cual se sostiene que las partes de un negocio, en su actuar, no pueden desligarse de la buena fe por cuanto esta «constituye la norma esencial del acto contractual»⁴¹⁷. Consecuentemente, al tratarse de la norma fundante que rige la relación negocial, se comprende el juicio que postula que «el principio de buena fe contractual se ha instalado en la cúspide del derecho de las obligaciones»⁴¹⁸.

Para continuar con el ejemplo del caso costarricense, supletoriamente es posible tomar las diferentes disposiciones legales que contemplan la buena fe⁴¹⁹ para obtener el principio por la vía de la generalización, aunque tal vía gozaría de mayor relevancia en el supuesto de que el principio no se hallase contemplado en el derecho positivo. Más interesante todavía es considerar la obtención del principio por vía del espíritu del texto en virtud de ciertas particularidades propias de la buena fe.

Según se ha visto antes, la fórmula verbal del principio de buena fe es multívoca por cuanto admite una pluralidad de significados posibles. En gran medida esto es así debido a

⁴¹⁶ Código civil de Costa Rica, artículo 21.

⁴¹⁷ Jorge Cubides Camacho, “Los deberes de la buena fe contractual”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: IV, Vol. 1* (Bogotá: Temis, 2010), 247, citado en Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 56.

⁴¹⁸ Dieter Medicus, *Tratado de las relaciones obligacionales* (Barcelona: Bosch, 1995), 174, citado en Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 56.

⁴¹⁹ A título ilustrativo, considérese el caso del Código civil de Costa Rica en el cual la buena fe figura en los siguientes numerales: arts. 21, 284, 285, 286, 327, 328, 330, 332, 507, 508, 513, 533, 534, 803, 847, 848, 853, 855, 863, 900, 1038, 1061, 1065, 1143, 1158, 1199, 1231, 1246 y 1287.

que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado o, como sostiene Ordoqui Castilla y cierto sector de la doctrina, es un estándar jurídico —noción en la que se profundiza más adelante. Bajo esta óptica la vigencia de la buena fe —sea esta expresa en el derecho positivo o latente— se entiende como una técnica legislativa con la peculiaridad de que:

Se trata de una fórmula a través de la cual el codificador autoriza una mayor discrecionalidad al juez (al intérprete) para que dada la enormidad de circunstancias diferentes que pueden presentarse, que no hayan podido ser reguladas expresamente por el legislador, se pueda llegar a una solución más justa para el caso concreto⁴²⁰.

A partir de esta consideración se puede avanzar la tesis según la cual la intención del legislador, al remitir a la buena fe en el texto de derecho positivo, es brindar al juez un mayor margen para que despliegue funciones de interpretación y de integración del derecho ante supuestos no contemplados normativamente, o ante vacíos y lagunas que puedan presentarse en los negocios jurídicos contraídos por las partes en sede contractual.

En caso de aceptarse esta tesis debe repararse en que las tres vías de obtención comentadas hasta este punto comparten el hecho de establecer un ligamen entre principios generales del derecho y la ley positiva, lo que tiene por implicación que el contenido de los principios se encuentra supeditado a la voluntad del legislador. No obstante, la remisión del legislador al principio de buena fe como concepto jurídico indeterminado, o estándar jurídico, permite el tránsito de una modalidad de principio general apegada al texto positivo hacia una modalidad de principio general que establece un ligamen entre ellos y aquellos factores extralegales no contemplados expresamente en cuerpos normativos, lo que conlleva a que el contenido del principio se encuentre por fuera del libre arbitrio del legislador.

Lo anterior tendría por resultado que, en el caso del principio de buena fe, otras vías de obtención podrían operar complementariamente con respecto a aquellas que tienen su asidero en la ley positiva. Tal sería el caso de la vía de las nociones inherentes que remite a ciertas ideas esencialistas de lo que sea el derecho, las cuales deben ser interpretadas en conjunción con el derecho positivo. Sobre esta vía de obtención Haba indica que:

Aquí cabría remitir a las distintas concepciones del derecho natural, pues ellas presentan al menos un rasgo general común: todas admiten unos valores jurídicos *absolutos*, si bien la naturaleza —el grado de concreción y de extensión espacio-temporal— de ese Absoluto varía de una doctrina a otra⁴²¹.

⁴²⁰ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 101.

⁴²¹ Haba, *Principios generales*, 71.

La presencia de estos valores jurídicos absolutos, desde un plano extralegislativo, conlleva a «estimar que existen también principios inherentes, como «idea objetiva», a *todo* ordenamiento de derecho, o cuando menos a ciertos institutos jurídicos»⁴²².

De esta manera, según se ha señalado, la buena fe podría obtenerse por vías que guardan estrecha relación con el derecho positivo siempre y cuando dicho principio sea formulado expresamente por el legislador. Ahora, esta suscripción del legislador es relevante con respecto al caso de los principios inherentes por cuanto «Bastaría con que el legislador estableciera las normas positivas que recogen la institución considerada, para que la totalidad de los principios inmanentes a su «esencia» sean puestos en vigencia asimismo»⁴²³.

Dado este supuesto, de la ley formulada por el legislador depende la aceptación —o no— de un principio como parte integrante del derecho positivo; empero, el contenido de dicho principio escapa al libre arbitrio del legislador debido a su carácter inherente y, a la vez, necesario «para la institución respectiva, o hasta para el derecho en general»⁴²⁴.

En consecuencia, cuando el legislador suscribe el principio de buena fe por medio de norma de derecho positivo acontecen dos situaciones: primero, a partir de esa inclusión resulta obtenible el principio de buena fe por vía del espíritu del texto (en tanto que dicho principio sea empleado como concepto jurídico indeterminado o estándar jurídico) lo que denotaría que la intención del legislador sería conferirle discrecionalidad a los operadores jurídicos; y, segundo, tal inclusión del principio al interior del ordenamiento positivo conduciría a que el principio pueda obtenerse, complementariamente, por vía de las nociones inherentes que entran en vigencia al establecerse que pertenecen al derecho positivo.

3. De los medios de fijación de contenido del principio general de buena fe

Por último, resta por tratar el asunto de la fijación del contenido del principio general de buena fe y de la validez jurídica que dicho contenido soporta en tanto ello le brinda legitimidad como solución jurídico-positiva. Por consiguiente, la discusión que se ofrece de seguido pretende considerar ciertas de las fuentes materiales y formales que gravitan en torno de la buena fe, reconociendo que tales categorías suelen entrecruzarse.

⁴²² Haba, *Principios generales*, 76.

⁴²³ Haba, *Principios generales*, 76.

⁴²⁴ Haba, *Principios generales*, 77.

Tratándose del contenido que le compete al principio de buena fe conviene interrogar acerca de las fuentes materiales que integran la materia con la que este puede dotarse.

Para el caso en cuestión se debe reparar en la interrelación entre dos fuentes materiales que ejercen influencia determinante en cómo se moldea el contenido de la buena fe: esta es la interrelación entre el derecho natural que postula una concepción del principio que es ampliamente acogida por la doctrina, según la cual la buena fe se entiende como inherente al ser humano y, por ende, inherente a las relaciones negociales. A partir de estos postulados se extrae la conclusión de que la buena fe no se limita a fungir como un patrón de comportamiento al que las partes adecuan su actuar, sino que el principio es ensalzado como un valor en sí mismo que permea todo el tejido del derecho. Así entendida, la buena fe se predica como principio de todo ordenamiento jurídico en tanto que opera como «principio general superior» del derecho, temática en la que se ahonda en detalle más adelante⁴²⁵.

En este orden de ideas es ilustrativo el comentario que ofrece Ordoqui según el cual, en lo que concierne a la buena fe «Se trata de un principio que está en la naturaleza misma del ser humano y de las relaciones obligatorias, cuya vigencia se proyecta mucho más allá de lo que puedan sobre él decir las normas o incluso las mismas partes»⁴²⁶. Y sobre el mismo particular agrega el autor, remitiendo a Solarte Rodríguez, que «la importancia de la buena fe es hoy de tal magnitud que ella es la base de un principio general del derecho que incluso se ha llegado a calificar por la doctrina como “supremo” y “absoluto”»⁴²⁷.

Varios señalamientos se pueden efectuar sobre tales comentarios. El primero de ellos es la evidente acepción que se le brinda a la buena fe como una noción inherente que depende de predicar una esencia —naturaleza— tanto respecto al ser humano como respecto a un sector del ordenamiento. En segundo término, nótese que es a partir de esta remisión a la esencia que se postula una jerarquía superior del principio frente a la norma de derecho positivo y frente a lo estipulado por las partes en el marco global de los negocios jurídicos. Por último, considérese que el estatuto de principio superior y absoluto es conferido por influjo de la doctrina y que tal operación tiene por sustrato una línea de pensamiento jurídico que comulga con tesis básicas de derecho natural.

⁴²⁵ Al respecto, ver *infra*, 160–162.

⁴²⁶ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 56.

⁴²⁷ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 56–57.

Lamentablemente esta situación no avanza, sustancialmente, la averiguación acerca del contenido que le es propio al principio de buena fe. Sin embargo, mediante ella se apunta a una posibilidad contemplada por Haba al discutir la interacción entre fuentes formales y materiales. Para el autor, a este respecto, resulta crucial la concepción de principio de la cual se parte (que tipo de ‘naturaleza’ se les atribuye a ellos) que, en este caso, se inclina a considerar a la buena fe como principio de derecho natural o principio universal emplazado en la base de todo ordenamiento. Así pues, a partir de tal posicionamiento:

(...) se pensará que aun cuando el legislador decide, como fuente formal, sobre la positividad de un principio, empero no los crea arbitrariamente sino que los toma de otro sitio, de cierta fuente material que es extralegislativa o hasta supralegislativa (derecho natural, naturaleza de las cosas)⁴²⁸.

Considerar esta posibilidad contribuye a esclarecer porqué se le atribuye a la buena fe una concepción de principio cuya jerarquía —establecida por vía doctrinaria— conlleva, finalmente, a que «el derecho positivo se [halle] sometido, sea de una u otra manera, a ciertas directrices “superiores”, tanto si ellas se encuentran como si no se encuentran expresadas en las leyes»⁴²⁹. De este modo, el hecho de que la doctrina conciba al principio de buena fe en calidad de *directriz superior* acarrea repercusiones para la validez jurídica de su contenido.

Por otra parte, al tratarse, propiamente, de la validez jurídica que le corresponde al contenido del principio, conviene indagar acerca de las fuentes formales que le otorgan legitimidad a dicho contenido en calidad de solución jurídico-positiva, en concreto.

Es común que se enliste como fuentes formales del derecho a aquellas normas que emanan de autoridad competente, de lo cual ellas derivan su obligatoriedad, siendo el caso paradigmático el de la ley positiva promulgada por el legislador; más aún, otras fuentes formales son la costumbre, la jurisprudencia, los tratados internacionales y las instituciones.

En este punto lo crucial es que tales dispositivos jurídicos comparten que: «Por el hecho de que tal o cual órgano es fuente formal de derecho, y porque ese órgano mismo sustenta la validez de un principio, se admite que este tome sitio en el ordenamiento jurídico»⁴³⁰. A esta circunstancia puntual es, justamente, a la que Haba se refiere al señalar que la legitimidad de los principios generales —extraídos de fuente material—, descansa en

⁴²⁸ Haba, *Principios generales*, 82–83

⁴²⁹ Para la citación completa, ver cita *supra*, 134–135, nota al pie 386; texto agreg.

⁴³⁰ Haba, *Principios generales*, 82.

última instancia sobre la fuente formal que al principio le corresponda, con lo que se «Quiere decir que la jerarquía del principio responde a la que tiene su fuente formal»⁴³¹.

Ahora, si se suscribe una distinción estricta entre fuentes formales y materiales, sucede que, en un caso como el del ordenamiento costarricense, la buena fe ostenta una jerarquía igual a la de la ley por cuanto esta funge como su fuente formal por cuanto el principio ha ingresado al ordenamiento por formulación directa del legislador. Diferente supuesto se presenta, por ejemplo, en un ordenamiento jurídico como el colombiano en el cual el principio de buena fe se encuentra consagrado a nivel constitucional⁴³²; en tal caso, la buena fe ostentaría un rango igual al de la Constitución Política de dicho país.

Sin embargo, en virtud de la generalizada tendencia doctrinaria que le atribuye al principio de buena fe un estatuto superior a la ley positiva, producto de una concepción del principio con fuerte arraigo de derecho natural, debe entenderse que la respuesta implícita que manejan los juristas respecto a la validez jurídica que le compete a la buena fe encuentra su sustento en las fuentes materiales de la doctrina y del derecho natural que operan, simultáneamente, como las fuentes formales de las cuales el principio deriva su legitimidad.

B. Las tres vertientes del principio general de buena fe

Los señalamientos recién efectuados permiten ubicar ciertas coordenadas básicas, de índole conceptual, respecto a la interrelación entre la buena fe y la teoría de los principios generales del derecho y, de esta manera, se ha logrado mostrar la prevalencia de ciertas discusiones sobre la materia que, en el ámbito del pensamiento, tienden a figurar como *presuposiciones* en el discurso de los juristas o que, simplemente, no figuran del todo.

Tal es el caso de la compleja red de significados que la fórmula verbal *principio de buena fe* es capaz de soportar sin que los juristas clarifiquen bajo qué sentido es que la emplean, lo mismo que sucede con las diversas vías de obtención del principio o con el esclarecimiento de las fuentes que lo dotan de contenido y de legitimidad jurídica.

⁴³¹ Haba, *Principios generales*, 82.

⁴³² Constitución Política de la República de Colombia de 1991, artículo 81.

Con miras a la crítica de los postulados teórico-dogmáticos que se realiza más adelante⁴³³, resta por considerar una cuestión cuya importancia es capital.

Esta cuestión, puntualmente, es el fenómeno de la relatividad de los principios generales del derecho, un fenómeno que es fuente de multitud de malentendidos en el caso concreto del principio de buena fe. En su núcleo, lo que este fenómeno pone de manifiesto es la interrelación que existe entre principios generales con respecto a otros principios, y con respecto a otras instancias jurídicas. Dada esta dinámica de interacción, y en razón de que los principios ostentan diversos niveles de alcance y de jerarquía, sucede que el grado de ‘generalidad’ de ellos es variable. Por tal motivo, entre los principios se entablan relaciones de subordinación, lo que implica, por regla general, que los principios no valen sin excepción.

El principio de buena fe no es ajeno a este fenómeno, empero cuenta con una peculiaridad: el calificativo de principio puede predicarse de la buena fe de tal manera que este discorra por, cuando menos, tres vertientes diferentes, cada una de las cuales supone un grado diverso de generalidad y de posibles relaciones de subordinación.

Por este motivo, en las siguientes páginas se discute cada de estas vertientes. Primero, se aborda el principio de buena fe entendido en su estatuto primario, esto es como principio general del derecho. Segundo, se encara el principio general de buena fe en relación con un sector del ordenamiento jurídico para mostrar la primacía que este ocupa en el sector del derecho contractual y obligacional. Tercero, se examina el rol de la buena fe bajo el manto de ‘principio general superior’ del ordenamiento jurídico con tal de enfatizar las consecuencias que se desprenden de que la buena fe ostente dicho estatuto.

1. Del principio general de buena fe

Una discusión que hasta el momento no se ha entablado, recurrente en las disputas doctrinarias relativas al principio de buena fe, versa acerca de la diferenciación entre los conceptos de norma y principio. Al plantear esta diferenciación se ha pretendido señalar cuáles son los rasgos característicos de cada una de estas pautas jurídicas con el objeto de

⁴³³ Al respecto, ver *infra*, 258–279, el acápite titulado «De la *cacería de mitos* que gravitan en torno al principio de buena fe contractual».

distinguir las operaciones que cada cual despliega dentro del ordenamiento jurídico, asunto que ha propiciado extensos debates entre los juristas⁴³⁴.

A título ilustrativo, considérese el caso de un autor como Boulanger para quien lo distintivo de las normas jurídicas es que ellas se establecen para un número indeterminado de actos o hechos, pero lo crucial de las normas es que estas rigen sobre tales actos o hechos por cuanto responden a una situación jurídica determinada; mientras que «Un principio, por el contrario, es general en cuanto comporte una *serie indefinida de aplicaciones*»⁴³⁵. De ello el autor deduce que los principios gozan de jerarquía frente a las normas, de forma tal que los principios «reinan sobre el derecho positivo; dirigen los desarrollos de este»⁴³⁶.

Contra una postura de este tipo se pronuncia Josef Esser, de manera mucho más esclarecedora, quien descarta la tesis según la cual los principios vienen a concretar criterios de mayor generalidad que son postulados por los principios. De acuerdo con el punto de vista de Esser —expresado en palabras de Haba—, lo que cabe destacar es que:

Lo esencial sería, en cambio, que los principios no constituyen reglas de derecho en tanto no contengan en forma inmediata la indicación de una solución obligatoria para un núcleo de cuestiones jurídicas concretas, mas sus indicaciones tienen necesidad de ser desarrolladas por el legislador o el juez: de tal suerte, principios y reglas se oponen como la forma al contenido⁴³⁷.

Por consiguiente, la diferencia entre estos dos conceptos radica en que el principio, a diferencia de la norma, carece de remisión expresa al supuesto fáctico de su aplicación. De ello se sigue que «el principio no es una norma jurídica, como ya decía, en sentido técnico, porque no contiene indicación vinculante con carácter inmediato para un determinado campo de problemas»⁴³⁸. En otras palabras, solamente una vez que el principio es aplicado por operadores jurídicos autorizados, ya sea en sede legislativa o judicial, es que este adquiere una modalidad normativa porque es empleado como solución jurídico-positiva.

⁴³⁴ Acerca de tales debates, ver la crítica de Haba en contra de los planteamientos de Ronald Dworkin en Haba, *Principios generales*, 127–139.

⁴³⁵ Jean Boulanger, “Principes généraux du droit et droit positif”, en *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. I (París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950), 56–57, citado en Haba y Barth, *Principios generales*, 50.

⁴³⁶ Boulanger, 56–57.

⁴³⁷ Haba, *Principios generales*, 51.

⁴³⁸ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 76.

Esta diferenciación conceptual entre norma y principio encuentra su raíz en una tensión subyacente entre dos posicionamientos disímiles frente al fenómeno jurídico, una tensión que se ha dejado entrever en pasajes anterior y que, ahora, conviene explicitar.

Se trata, propiamente, de la tensión que domina las relaciones entre las corrientes del positivismo jurídico y las corrientes del iusnaturalismo. Cada una de estas corrientes de pensamiento se anclan en ciertos presupuestos teóricos a partir de los cuales se modelan ciertas respuestas respecto al lugar que ocupan los principios al interior del ordenamiento jurídico y que, por ende, repercuten en el lugar que allí ocupa el principio de buena fe.

Lo primero que cabe señalar sobre esta vetusta pugna, entre la corriente positivista y la corriente iusnaturalista, es que en el seno de cada una de ellas existen múltiples enfoques que se pronuncian, a favor o en contra, de determinados postulados teóricos, motivo por el cual no resulta apropiado afirmar que exista una corriente única, en cada caso.

Sin embargo, con ánimo de guiar la discusión, de seguido se ofrecen dos citas que describen ciertos lineamientos básicos propios de cada una de estas corrientes.

En primera instancia, en lo que respecta a la corriente del iusnaturalismo jurídico, resulta óptimo atender a las palabras de Ross, quien indica que:

A pesar de todas las divergencias, hay una idea común a todas las escuelas de derecho natural: la creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre sino que son descubiertos, principios verdaderos, que son obligatorios para todos, incluso para aquellos que no pueden o no quieren reconocer su existencia⁴³⁹.

En segunda instancia, en lo que respecta a la corriente del positivismo jurídico, conviene reparar en las palabras de Henkel, quien apunta que:

Si partimos de que la *contemplación positivista* se limita a lo real, en el sentido de lo *dado* y *demostrable* «positivamente», habremos hallado el punto de enlace para la fundamentación e interpretación que nos da el positivismo jurídico. Se atiende al material dado, en base al cual se conforma el Derecho o en el que es existente este mismo⁴⁴⁰.

A tenor de las anteriores descripciones, queda claro el posicionamiento —y las diferencias— de ambas de estas corrientes de pensamiento jurídico.

⁴³⁹ Alf Ross, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *Revista sobre enseñanza del Derecho* 6, no. 12 (2008): 204–205.

⁴⁴⁰ Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig (Madrid: Taurus, 1968), 616, citado en Haba, *Axiología*, 155.

Por un lado, las múltiples corrientes iusnaturalistas comparten entre sí la defensa férrea de la existencia de principios (*valores*) absolutos, pétreos e incondicionados —vinculantes para todos los sujetos— frente a los cuales el derecho positivo necesariamente se encuentra supeditado y que fungen, a su vez, de fundamento de los mandatos legales.

Por otro lado, las múltiples corrientes positivistas comparten entre sí que se formulan en los términos de una «teoría relativista de los valores»⁴⁴¹ en tanto reconocen la mutación histórica de los valores y se interesan, más bien por los datos productores del derecho.

Dentro de tales datos productores destaca, por encima de todo, la importancia que se le atribuye a las normas de derecho positivo emanadas de autoridad competente que juegan un papel central en la articulación del llamado positivismo jurídico —variante ampliamente difundida del positivismo que, empero, no es la única variante de corriente positivista.

Asimismo, en lo que atañe al vínculo entre estas corrientes sucede que, por lo general, la corriente iusnaturalista se instala —ella misma— en una posición de jerarquía respecto a la corriente positivista, mientras que la corriente positivista desestima —de lleno— la distinción entre positivismo y derecho natural, por lo cual el único derecho sería el derecho positivo⁴⁴².

Estas puntualizaciones básicas acerca de ambas corrientes adquieren relevancia, para el estudio del principio de buena fe, por cuanto la tensión que caracteriza la dinámica entre positivismo e iusnaturalismo es palmaria en los trabajos doctrinarios. En dichos trabajos tal tensión se manifiesta a la manera de *respuestas implícitas* que se manejan, por parte de los juristas, con respecto a controversias tales como la ya mentada diferenciación entre principio y norma o, además, al considerarse el ligamen entre principios y valores jurídicos.

En este orden de ideas cabe señalar que la obra *Buena fe contractual*, que sirve aquí de referencia primaria, no escapa a esta situación. Allí, al referirse al particular sobre norma y principio, Ordoqui se expresa en una veta claramente iusnaturalista al decir que:

En el primer caso [el principio], no se está ante un mandato sino ante la justificación de un mandato. El principio puede luego ser positivizado, tal como ha ocurrido en distintas normas que regulan o refieren, por ejemplo, al principio general de buena fe, pero puede no haber ingresado al derecho positivo en consagración expresa. Los principios generales del derecho son **justificativos de la norma**

⁴⁴¹ Haba, *Axiología*, 153.

⁴⁴² Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés (México: Fontamara, 1991), 67–68 y 70, citado en Haba, *Axiología*, 156–157.

y ellos responden siempre a lo **justo**, y sirven para orientar el derecho hacia lo justo. Los principios operan como directivas, justifican el **carácter racional** de todo el ordenamiento. Tienen justificación propia y no se derivan de otras normas o principios⁴⁴³.

Del anterior pasaje, el elemento crucial por subrayar es la concepción de principio por la cual opta Ordoqui Castilla para entablar su análisis del principio de buena fe.

La concepción de principio de la que parte el autor, allegada al grupo de sentido de los principios de derecho natural, es el factor que le permite postular que el principio de buena fe no se encuentra sometido, por completo, a lo dispuesto por la norma de derecho positivo, sino que, en cambio, sería el principio la instancia que justifica a la norma. Más aún, desde el punto de vista del autor, acontece que la buena fe, en razón de su estatuto de principio, tendería hacia la realización de la justicia y, así concebida, la buena operaría como noción inherente capaz de dotar de ‘racionalidad’ al ordenamiento jurídico en su totalidad.

Ordoqui pronto atempera su juicio al estimar que «Entre los principios generales y las normas existe una relación de interdependencia»⁴⁴⁴ y al señalar que «Ambas están en relación de coordinación y no de subordinación»⁴⁴⁵. Sin embargo, lo cierto del caso es que si lo que se pretende es justificar las múltiples funciones que se le atribuyen a la buena fe contractual, a la par de su amplio alcance, resulta imprescindible —para la doctrina— conferirle primacía por sobre el derecho positivo; primacía que se sustenta en postulados iusnaturalistas.

La anterior observación se refuerza al reparar en las consideraciones del autor acerca de la relación entre principios y valores jurídicos ya que, según su juicio: «Los principios generales del derecho evocan a los valores esenciales del orden jurídico»⁴⁴⁶, principios que residen en la ‘naturaleza humana’. Por ello, continúa el autor, «la función más trascendente de los principios generales está en que reflejan “valores” con su aplicación»⁴⁴⁷.

Así pues, desde la óptica de Ordoqui, el principio de buena fe cumple, entonces, con la tarea de reflejar —con su aplicación— la vigencia de ciertos valores inherentes a la persona humana, óptica que comulga, necesariamente, con una concepción esencialista de los valores.

⁴⁴³ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 75; texto y énfasis agreg.

⁴⁴⁴ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 81.

⁴⁴⁵ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 81.

⁴⁴⁶ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 79.

⁴⁴⁷ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 80.

Por lo demás, seguir una línea de pensamiento como la recién descrita tiene por correlato facilitar que sobre el principio se avancen enunciados grandilocuentes del siguiente tipo, que afirman cuestiones tales como que: «La buena fe como una norma general por tanto es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico, el cual le reconoce su carácter heterónomo tanto del contrato como de todo el ordenamiento legal»⁴⁴⁸.

Por consiguiente, de aceptarse afirmaciones tales como la anterior, acontece que el grado de generalidad del principio de buena fe sobrepasa la esfera del sector contractual y de las obligaciones para atravesar transversalmente la totalidad del entramado jurídico.

Expresado con otras palabras, esto quiere decir que la buena fe goza de un alcance tan vasto que ella abarca tanto a las materias de derecho privado como a las materias de derecho público, por lo cual, según se concibe este principio en la doctrina, sus relaciones de subordinación con respecto a otros principios serían virtualmente nulas —o, en el mejor de los casos, escasas— debido que ningún otro principio sería capaz de igualar su jerarquía.

*
**

De la discusión entablada cabe plantear una segunda conclusión preliminar.

Cuando se trata del estudio del principio de buena fe, en el marco del pensamiento doctrinario y, puntualmente, en los estudios teórico-dogmáticos al respecto, se detecta una propensión a privilegiar un abordaje del objeto de estudio que se asienta sobre *nociones claves de derecho natural y sobre postulados centrales de corrientes iusnaturalistas*.

Asimismo, con base en esta conclusión provisional, resulta factible defender la tesis según la cual, sin la remisión —sea explícita o implícita— a estos acervos teóricos (*i.e.*, derecho natural, iusnaturalismo, esencialismo), sería imposible para los juristas articular una gran cantidad de los postulados teórico-dogmáticos —o proposiciones categóricas— que están acostumbrados a emitir acerca del principio de buena fe, al igual que, si no recurriesen a tales acervos, carecían del fundamento que justifica el amplio alcance del principio.

⁴⁴⁸ Monsalve Caballero, 34–35.

2. Del principio general de buena fe en relación con un sector del ordenamiento

En cuanto a su grado de generalidad, debe recalcarse que la buena fe en su acepción de instituto y, ante todo, en su acepción de principio general, ocupa un lugar privilegiado al interior del sector del ordenamiento jurídico constituido por la materia contractual.

Con ánimo de perfilar este punto, vale recordar el recorrido histórico de la figura de la buena fe cuyo origen se enmarca en el seno del sistema jurídico romano, en específico en el ámbito contractual de tal sistema, según se consigna en el título histórico de este estudio⁴⁴⁹.

Es allí —inmersa en el contexto negocial romano— en donde la buena fe concreta su potencial, primero al asumir la forma de una *fides* convencional que se instaura como patrón ideal de conducta y como fundamento de accionabilidad de los *bonae fidei iudicia* y luego, en una etapa posterior, al contribuir de sustrato teórico para cimentar la noción de contrato⁴⁵⁰. Este último aporte será la clave que, a la postre, le valdrá a la buena fe su inclusión durante el proceso codificador y su eventual consagración como principio general del derecho.

Esta contribución de la buena fe, respecto a la articulación de la noción de contrato, es especialmente significativa para explicar la preminencia que adquiere este principio al interior del sector contractual, circunstancia que se remonta al periodo medieval y moderno del desarrollo histórico del instituto. Por aquel momento, sucede entonces que:

En la época de la escuela de los comentaristas (*mos italicus*), la buena fe representa una de las piezas más importantes para la configuración de la categoría general del contrato (sobre todo porque el contenido ético que entraña sirve de base para la generalización de la noción) (...) ⁴⁵¹

El contenido ético que entraña la buena fe al que se hace alusión, para ese momento específico en el tiempo, incluye asuntos tales como la oposición del instituto frente al dolo, el deber de mantener la palabra dada y la presencia de obligaciones implícitas no expresadas en el acuerdo, las cuales comienzan a gravitar en torno a la categoría de contrato.

Lo anterior tiene por resultado que «Desde esta perspectiva que comienza a perfilarse surge la idea de que la buena fe es inmanente a todo contrato, aunque en aquellos reputados *bonae fidei* puede asumir una importancia mayor»⁴⁵² aunque también debe señalarse que,

⁴⁴⁹ Al respecto, ver en especial *supra*, 62–76.

⁴⁵⁰ Al respecto, ver *supra*, 79.

⁴⁵¹ Facco, *Vicisitudes*, 101.

⁴⁵² Facco, *Vicisitudes*, 101.

posteriormente, esta distinción entre tipos de contrato pierde su vigencia de tal modo que, a fin de cuentas, terminan por prevalecer los denominados contratos de buena fe⁴⁵³.

Por consiguiente, debe entenderse que a partir de la época medieval y moderna, en adelante, la buena fe guarda una relación de consubstancialidad con respecto a la categoría de contrato, la cual figura, propiamente, como la categoría central por cuyo medio se sustenta el sector del ordenamiento jurídico que compete al derecho contractual y de las obligaciones.

Esta afirmación es respaldada por el tratamiento contemporáneo del tema por parte del pensamiento doctrinario según el cual el principio de buena fe goza de primacía al interior del sector en cuestión. Así las cosas, Monsalve Caballero indica que «(...) la buena fe se presenta en la actualidad como un concepto vigente y que gobierna sobre todo el derecho de las obligaciones»⁴⁵⁴, pronunciamiento igual al de Medicus para quien la buena fe se ha instalado en la cúspide de tal sector⁴⁵⁵, mientras que un autor tal como Cubides Camacho sostiene que la buena fe «constituye la norma esencial del acto contractual»⁴⁵⁶.

En este mismo orden de ideas, Carvajal Arenas plantea que la presencia de la buena fe es constatable en múltiples instituciones de derecho privado y señala que se trata de un principio bien establecido en ámbitos tales como el derecho internacional público y privado, el derecho contractual, el derecho de compañías, el derecho de quiebra y el derecho de propiedad⁴⁵⁷, por lo que cabría afirmar una *cuasiomnipresencia* de la buena fe en este sector.

En atención a la vasta influencia que ha adquirido la buena fe en el sector contractual, José Luis de los Mozos incluso afirma que ella «ha llegado a modelar sus conceptos fundamentales que constituyen categorías del propio orden que el Derecho establece»⁴⁵⁸.

Ordoqui Castilla comulga con el parecer del jurista español al considerar que:

El tema adquiere singular trascendencia cuando advertimos que, en realidad, todos los principios básicos del derecho contractual, “hacen vértice” en el principio general y superior de la buena fe. Así, el principio de la autonomía privada, el principio de la fuerza vinculante, el principio del relativismo,

⁴⁵³ Facco, *Vicisitudes*, 101.

⁴⁵⁴ Para la citación completa, ver *supra*, 143, nota al pie 414.

⁴⁵⁵ Para la citación completa, ver *supra*, 146, nota al pie 418.

⁴⁵⁶ Para la citación completa, ver *supra*, 145, nota al pie 417.

⁴⁵⁷ Lorena Carvajal Arenas, “Good faith in the lex mercatoria: an analysis of arbitral practice and major Western legal systems” (Thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the award of the degree of Doctor of Philosophy, University of Portsmouth, 2011), 15.

⁴⁵⁸ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 40.

el principio de la equivalencia de las prestaciones, en principio del consensualismo... coexisten e interaccionan con el principio general de la buena fe⁴⁵⁹.

De acuerdo con lo dicho hasta este punto, la magnitud que ostenta la buena fe como principio rector del campo contractual y obligacional obedece a dos razones fundamentales: la primera razón es que, gracias al principio de buena fe, se torna factible la articulación de la categoría de contrato que es piedra angular de este sector del ordenamiento; y la segunda razón estriba en que la buena fe opera como fundamento de los restantes principios generales que atañen, exclusivamente al campo negocial. Esos principios generales se derivan de la buena fe, de tal manera que ellos (*e.g.*, principio de autonomía de la libertad) se hallan en una relación de subordinación con respecto al principio de mayor jerarquía (*i.e.*, buena fe).

En este sentido, resulta atinado juzgar que, entre las funciones encomendadas a los principios generales del derecho, el principio de buena fe cumple con aquella función según la cual es propio de estas pautas jurídicas: «actuar como fundamento y legitimación del orden jurídico»⁴⁶⁰, de índole contractual y obligacional, para este caso en específico.

Adicionalmente, es de capital importancia reparar que en este plano de análisis —en el cual el principio de buena fe opera como principio rector de la materia contractual— la buena fe juega un rol crucial en el dominio en cuestión por cuanto establece el patrón de conducta al que se encuentran sometidos los sujetos al entablar entre sí vínculos negociales.

Según se muestra más adelante, en consonancia con el núcleo axiológico de la buena fe, a este principio le compete la realización del valor jurídico de la confianza⁴⁶¹. De esto se desprende que las partes de un negocio jurídico deben conducirse, a lo largo de las diferentes etapas del contrato, de manera que no defrauden la confianza que ha depositado en ellas su contraparte, por lo cual el ejercicio de los derechos y deberes debe ejecutarse en concordancia con una exigencia de lealtad, honradez y sinceridad, por parte de los contrayentes.

A modo de cierre, en virtud de su estatuto de principio rector —de fundamento y de legitimación— del sector contractual, el principio de buena fe proyecta la protección del valor jurídico de la confianza, al plantear las exigencias de comportamiento debido, a la totalidad

⁴⁵⁹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 61–62.

⁴⁶⁰ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 80–81.

⁴⁶¹ Al respecto, ver en especial *infra*, 210–217, el acápite titulado «Del rol garante de la confianza de la buena fe contractual».

de las relaciones negociales, cuyos efectos serán dimensionados casuísticamente por el juez.

3. Del principio general superior de buena fe

Resta por considerar una última vertiente por la cual discurre el principio de buena fe que es, puntualmente, bajo el manto de principio general superior del ordenamiento jurídico.

A diferencia de las dos vertientes anteriores por las que discurre la buena fe —sea en calidad de principio general, en sentido primario, o como principio rector de un sector del ordenamiento—, a los principios generales superiores del derecho les corresponde el mayor grado de generalidad y el mayor rango de alcance que estas pautas jurídicas son capaces de ostentar —de modo que ellos no se encuentran sometidos a subordinación alguna.

Según el comentario de Haba al respecto⁴⁶², se trata de unos principios —escasos— cuyo rasgo esencial es que se entiende que son *inmanentes* al derecho; es decir, que son inseparables o que conforman una unidad con la idea del derecho en sí misma. Así pues, los principios generales superiores cumplen la «función es fundamental y limitar el Derecho [positivo]»⁴⁶³ con el inconveniente de que, debido a su vasta amplitud —que abarca al derecho en su totalidad— estas pautas jurídicas suelen ser extremadamente vagas, de forma tal que ellas pueden adecuarse al contenido con que cada intérprete pretenda dotarlos.

Para perfilar este punto, atiéndase al comentario que Ordoqui ofrece al respecto:

Comenzamos por señalar que la comprensión del significado y alcance del “principio general y superior de la buena fe” es básico para entender no sólo la vida misma del contrato desde su preparación hasta su extinción sino, además, algo tan importante como es la dependencia e interrelación que existe entre el derecho y los valores éticos, encontrándose en este principio el camino seguro de adaptación permanente de la norma a la realidad, permitiendo que sin que las leyes varíen se resuelvan con justicia situaciones en permanente cambio⁴⁶⁴.

De este pasaje se pueden extraer, cuando menos, dos consideraciones con respecto al estatuto del principio general superior que se predica de la buena fe.

Una primera consideración que se desprende del texto es que el principio general superior de la buena fe no se agota en la comprensión que este brinda en relación con su

⁴⁶² Al respecto, ver *supra*, 139.

⁴⁶³ Erik Wolf, “Die Natur der allgemeinen Rechtsgrundsätze” [La naturaleza de los principios generales del derecho] en *Rechtsphilosophische Studien. Ausgewählte Schriften*, vol. I, ed. Alexander Hollerbach (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1972), 90, citado en Haba y Barth, *Principios generales*, 23.

⁴⁶⁴ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 58.

incidencia en la materia contractual (*i.e.*, principio general en relación con un sector del ordenamiento) sino que por medio suyo se evidencia —en sana teoría— cómo interactúan los valores y el derecho, entendido como un todo. La pregunta que entonces salta a la vista es ¿cómo se puede entender esta interacción entre los valores y el derecho?

Ante tal interrogante, cabe ensayar una respuesta exploratoria. Así las cosas, si se parte del supuesto según el cual los principios generales reflejan valores con su aplicación, y en caso de aceptarse que la buena fe despliega una labor de tutela en pos del valor jurídico de la confianza, resulta concebible que la buena fe pueda integrar la protección de la confianza valiéndose de sus funciones de fundamentación y de limitación del derecho —funciones propias derivadas de su estatuto de principio general *superior*.

Para expresarlo de otro modo, si todo lo anterior fuese el caso, esto quiere decir que por influjo de la superioridad normativa que ostentaría la buena fe, por tratarse de principio general superior, la confianza podría operar como un presupuesto básico en la comprensión de las dinámicas del fenómeno jurídico. A título ilustrativo, esto facultaría presuponer que los sujetos de derecho se encuentran predispuestos a confiar en otros sujetos o instituciones con las que entablen algún tipo de relación jurídica —ya no solo negocial— y que, por ende, le compete al derecho salvaguardar la confianza depositado por tales sujetos de derecho.

Consecuentemente, se arribaría a una conclusión análoga a una de las tesis centrales defendidas por Hosking en *Trust*, según la cual los seres humanos exhiben una propensión a confiar en otros individuos y en la diversa gama de instituciones sociales con las que entran en contacto, con el añadido de que —si se concediera la validez del argumento anterior— tal propensión hacia el acto de confiar gozaría de amparo legal, en un sentido estructural.

Ahora bien, conviene realizar una aclaración fundamental: el argumento descrito es simplemente una manera —entre innumerables maneras— de concebir cómo podría operar el principio de buena fe en su vertiente de principio general superior, sin pasar por alto la ineludible vaguedad y ambigüedad que entraña el uso de esta amplia fórmula verbal.

Es más, desde un posicionamiento crítico, un argumento como el efectuado es una *muestra* de cómo un intérprete —*mi persona*— puede manipular a su gusto el sentido de un principio general superior para que esa fórmula se ajuste a sus —mis— intereses personales.

Dicho esto, resta una consideración por efectuar.

Una segunda consideración que es posible articular a partir del pasaje citado radica en postular que la superioridad general que se le atribuye al principio de buena fe permite justificar su función de mecanismo de adaptabilidad entre norma y realidad jurídica. Tal situación remite al carácter de concepto jurídico indeterminado como sello distintivo de la buena fe y, asimismo, pone de relieve —nuevamente— la tensión entre el principio y el derecho positivo. El legislador podrá dictaminar cuáles serán las normas jurídicas aplicables; empero, en virtud de la variabilidad de la realidad jurídica, el principio de buena fe, gracias a su vasta generalidad, permite adaptar el derecho vigente a las exigencias de cada caso.

Por consiguiente, se dice de la buena fe que este es un concepto «multisignificativo y proteiforme»⁴⁶⁵ cuyo significado es inagotable debido a la multiplicidad de su contenido, el cual responde a las diversas instancias en que este es empleado en el orden jurídico.

A tenor de lo anterior, la consideración acerca de la adaptabilidad del principio de buena fe conduce a una conclusión que resultará contra intuitiva. En el caso del concepto de buena fe, sucede que a mayor grado de generalidad —y por añadidura: a mayores grados de ambigüedad, vaguedad e imprecisión conceptual—, mayor cantidad de funciones le son encomendadas para desempeñar en el orden jurídico.

Tal circunstancia conduce, entonces, a que la amplísima indeterminación conceptual de la buena fe, en lugar de ser un inconveniente para su aplicación práctica, es la fuente de la que mana —la pretensión de— su vasta aplicabilidad, de tal suerte que dependerá de cada caso particular cuáles sean las funciones que a este principio le competen.

Dicho lapidariamente: la indeterminación del concepto, lejos de ser un obstáculo para su aplicación, es justamente el rasgo que vuelve al concepto tan atractivo. En consecuencia, lo mínimo que sí resulta claro de esta discusión, relativa al estatuto de principio general superior que se predica de la buena fe, es que tal estatuto superior le otorga a la buena fe el mayor grado de generalidad y el mayor rango de alcance imaginable, a tal extremo que no habría ningún otro principio al que este se encontrase subordinado.

Ahora, si se atiende a las conclusiones del apartado anterior, la pregunta clave no es por qué la buena fe goza de este estatuto sino *quiénes* se lo atribuyen —*i.e.*, la doctrina.

⁴⁶⁵ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 95.

C. Las dos aristas conceptuales del principio de buena fe

Según se ha visto anteriormente, al tratarse del principio de buena fe, su estatuto como principio general puede discurrir por diversas vertientes, cada una de las cuales comporta un grado variable de generalidad y de rango de alcance. Distinguir entre estas vertientes resulta necesario debido a que, dependiendo de la acepción bajo la cual se maneje el estatuto de principio, se obtienen por resultado diferentes repercusiones en un plano teórico-pragmático.

No obstante, los señalamientos efectuados deben comprenderse en el orden de argumentos de índole estructural, esto por cuanto refieren, primordialmente, al lugar que le corresponde ocupar al principio de buena fe al interior del ordenamiento jurídico. Por dicho motivo, hasta el momento solo se ha abordado tangencialmente la cuestión respecto al contenido conceptual que la doctrina tiende a dotarle a la buena fe.

Ahora, una vez que se ha alcanzado este punto en la exposición, cabe realizar un cambio de enfoque para interrogar, más bien: ¿qué es, precisamente, lo que demanda el cumplimiento de las exigencias que plantea la buena fe contractual en el contexto negocial? En definitiva, ¿qué es lo que se invoca al traer a colación este principio?

Interrogantes de esta clase suponen averiguar qué implicaciones entraña el actuar de buena fe en materia contractual por parte de los sujetos de derecho y cómo es empleada esta figura por parte de los operadores jurídicos autorizados que evalúan ese actuar.

Con el propósito de abordar este asunto, a continuación, se presentan las principales aristas conceptuales que dan cuenta del contenido del principio de buena fe contractual. Para ello se analiza, en primer lugar, el principio de buena fe contractual entendido según la arista conceptual de un estándar de comportamiento, mediante el cual se exige a las partes de un negocio jurídico que adecúen su conducta; y, en segundo lugar, se considera el mismo principio según la arista conceptual de un estándar jurídico, figura que requiere de la concreción del juez para su aplicación a los diversos negocios jurídicos.

1. De la buena fe como estándar de comportamiento

Para avanzar una respuesta que atienda al interrogante antes formulado, aquel que inquiere acerca de qué es lo que exige la buena fe de los contratantes en el ámbito contractual, inicialmente, conviene retomar la tesis central defendida a lo largo de esta investigación:

según esta tesis, el núcleo axiológico del principio de buena fe viene dado por su labor de tutela a favor del valor jurídico de la confianza en el contexto de la relación negocial.

Desde una perspectiva general, esta tesis encuentra sustento adicional por influencia de sectores de la doctrina que juzgan que la buena fe cumple con la función de introducir un elemento moralizante en los contratos; así, los contratos no se agotan en lo que en ellos manifiestan los contratantes, sino que, por influencia de la buena fe, consideraciones de índole ético-moral ingresan a los negocios, en relación con las actuaciones de las partes.

En esta misma línea de ideas se pronuncia Ordoqui Castilla para quien «La buena fe incorpora como valor ético la tutela de la confianza y comporta una regla de conducta normal[,] recta y honesta, o sea, la conducta debida del hombre medio»⁴⁶⁶ que se refiere al comportamiento de los contratantes al establecer entre sí un vínculo negocial. Según añade el autor, según su punto de vista, la «fe» —o más precisamente, la fidelidad— implica una «cualidad que se puede atribuir a algo que nos es digno de creencia o confianza. Refiere a que alguien inspiró con su proceder una creencia en la que finalmente se tuvo fe»⁴⁶⁷.

Tal descripción coincide, plenamente, con el atributo de confiabilidad al que Facco le otorga un lugar central respecto a la antigua noción de *fides* que, antaño, funge de «crédito socio-jurídico» de capital importancia para el desarrollo de la actividad comercial romana⁴⁶⁸.

Para ambos autores, lo crucial del atributo de confiabilidad es que este encuentra su sustento en el hecho de que, mediante sus acciones, un individuo adecúa su comportamiento de forma tal que su actuar inspira la confianza de la otra parte con la que entabla una relación negocial. Dicho individuo honra las creencias que su contraparte se forja a partir de su interacción recíproca, por lo cual goza de credibilidad a los ojos del otro término del vínculo.

Así pues, se entiende que el principio de buena fe contractual comprende un estándar de comportamiento a partir del cual las partes involucradas en un negocio jurídico dirigen su actuar con miras a no defraudar la confianza de la que ellas son depositarias. Esto implica, asimismo, que tanto los derechos como los deberes se ejecutan en concordancia con los designios del principio, esto es con lealtad, honradez y sinceridad⁴⁶⁹, de forma que:

⁴⁶⁶ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 96; texto agreg.

⁴⁶⁷ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 96.

⁴⁶⁸ Al respecto, ver *supra*, 67–68.

⁴⁶⁹ Vladimir Monsalve Caballero y Diana Paola Rodado Barreto, “La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo”, *Vniversitas* 122 (ene.–jun. 2011): 500.

El modelo o regla de conducta que representa la buena fe tiene un componente de lealtad hacia la consecución del fin propuesto de un lado, y del otro, implica la protección de la confianza depositada en el comportamiento de cada parte, de acuerdo con la corrección con la que hay que proceder con base en la bondad de las conductas recíprocas de los contratantes⁴⁷⁰.

Cada parte, en el contexto de un negocio jurídico, claramente alberga sus propios intereses al ingresar a la relación contractual. Sin embargo, bajo la influencia del principio de buena fe, ambas partes deben conducirse de manera que ellas velen no solamente por la consecución de su propio interés sino, además, por el interés de su contraparte.

De esta circunstancia se sigue que la dinámica reinante en plano negocial es una dinámica de cooperación entre los contratantes, tal cual postula Carvajal Arenas al sostener que tal cooperación se torna efectiva cuando el comportamiento de los contratantes se dirige al cumplimiento de las expectativas recíprocas a partir de las cuales ambos involucrados contrajeron el vínculo y que, en caso de no ser posible arribar al cumplimiento contractual, el requerimiento se mantiene en cuanto a los esfuerzos por minimizar los daños eventuales⁴⁷¹.

2. De la buena fe como estándar jurídico

La buena fe, entendida como un estándar de comportamiento, se proyecta sobre todo el dominio contractual en razón de su estatuto de principio general rector de este sector del ordenamiento jurídico (e incluso más allá de tales fronteras al considerarlo como principio general o general superior del derecho). Según se ha visto en el apartado anterior, el contenido conceptual de la buena fe demanda que los sujetos de derecho, en el contexto negocial, dirijan su actuar de tal suerte que no defrauden la confianza del otro término de la relación y que ejerciten tanto sus derechos como sus deberes con la debida corrección del caso.

No obstante, cuando se afronta la aplicación del contenido conceptual de la buena fe se constata que este abarca toda una vasta gama de vínculos negociales, al igual que supone una incidencia variable dependiente de las diferentes fases en la vida del contrato en las que esta vaya a operar. Sucede, entonces, que al principio de buena fe se le encomienda una multitud de funciones con respecto a un número indeterminado de relaciones contractuales,

⁴⁷⁰ Monsalve Caballero y Rodado Barreto, 502.

⁴⁷¹ Carvajal Arenas, *Good faith*, 159.

por lo cual, en el marco de la doctrina, se subraya la dificultad de brindar un concepto unitario capaz de responder a todos los supuestos de hecho en que este principio es aplicable.

Frente a esta circunstancia, para concretar la vigencia del estándar de comportamiento que la buena fe exige, debe repararse en que estas pautas generales de conducta brindan lineamientos cuya operatividad reside en que la buena fe funja como un estándar jurídico.

Por estándar jurídico se entiende «un procedimiento que prescribe al juez tomar en consideración el tipo medio de conducta social para determinada categoría de acto que se trata de juzgar»⁴⁷² siendo esta «la medida de conducta social susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada»⁴⁷³. Adicionalmente, esta categoría jurídica guarda estrecha relación otras nociones análogas tales como lo son las cláusulas generales, las «cláusulas delegación» o los «conceptos jurídicos indeterminados».

Con independencia de que estas nociones se manejen bajo una etiqueta u otra, lo crucial del estándar jurídico es que es una pauta jurídica que le adjudica una mayor cuota de discrecionalidad al juez, en calidad de intérprete autorizado, para que este pueda incluir a su consideración factores no contemplados de manera expresa por el legislador, o por las partes, con tal de poder arribar a soluciones jurídicas adecuadas para cada caso particular.

El principio de buena fe, en su acepción de estándar jurídico, se entiende como una «norma abierta», caracterizada por su apertura y flexibilidad, al servicio del juez con la cual este puede desplegar las funciones de interpretación e integración del derecho, en el ámbito comercial, de lo cual se sigue que:

La buena fe como criterio rector fue reconocida por la norma expresamente con función de apertura y con plena consciencia de que para su concreción se deben contemplar los valores y la realidad socioeconómicas, y ello no porque los diga una doctrina sino porque la propia ley así lo ordena al utilizar conceptos abiertos también denominados estándares jurídicos⁴⁷⁴.

La labor de concreción, pues, compete al juez quien será el encargado de ajustar el contrato a la norma; en este caso, al principio de buena fe. En razón de lo anterior se desprende que «La conducta debida “a priori” no es de aplicación general sino que requiere

⁴⁷² Marcel Stati, *Le standard juridique* (París: É. Duchemin, L. Chauny y L. Quinsac, 1927), 45, citado en Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 101.

⁴⁷³ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 99.

⁴⁷⁴ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 73.

la concreción por parte del intérprete»⁴⁷⁵ de tal modo que el concepto de buena fe se ajuste a las circunstancias de los casos concretos, lo cual puede suceder por dos vías principales.

Por un lado, por vía de legitimación de proceder ante una conducta errónea, ligada a la buena fe subjetiva o, por otro lado, por vía del establecimiento de la conducta exigible a las partes, ligada a la buena fe objetiva. Ambas distinciones analíticas se estudian de seguido.

D. Las distinciones analíticas del principio de buena fe

En el marco del pensamiento doctrinario se han cimentado, con el tiempo, dos distinciones analíticas centrales al estudio del principio de buena fe que dan cuenta de dos sentidos mediante los cuales esta se ha plasmado en el derecho positivo.

Se trata, pues, de la distinción entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. Cada una de estas categorías supone una conceptualización diferente a partir de la cual se perfila el abordaje de la buena fe cuya importancia radica en los distintos efectos jurídicos que cada una de ellas produce, los cuales se consideran de seguido.

1. De la buena fe subjetiva

El elemento central de la buena fe subjetiva es la creencia que alberga un sujeto de derecho en relación con una actuación suya que juzga correcta o en concordancia con lo dispuesto por un orden jurídico en particular. La buena fe subjetiva evalúa el estado de consciencia o el estado psicológico del sujeto de derecho con respecto a una creencia razonada —según los insumos a su disposición— que lo moviliza a actuar con la convicción de que dicha actuación es conforme a derecho, mientras que, en realidad, tal no es caso⁴⁷⁶.

Esta situación puede advenir según dos supuestos.

En el primer supuesto se trata de una creencia del sujeto sobre su propia situación jurídica que «consiste en la ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el derecho

⁴⁷⁵ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 103.

⁴⁷⁶ Monsalve Caballero y Rodado Barreto, 499.

y tiene como consecuencia un efecto legitimante»⁴⁷⁷, cuyo caso paradigmático acontece en el ámbito de los derechos reales con la figura del poseedor de buena fe⁴⁷⁸.

En el segundo supuesto la creencia del sujeto versa sobre la legitimidad del derecho de la otra parte en un vínculo jurídico o de un tercero, por lo cual se trata de una creencia errónea producto de una «apariencia jurídica»⁴⁷⁹ en la que el sujeto deposita su confianza, tal como sucede, por ejemplo, cuando se presenta una parte que asegura ostentar el título de acreedor o heredero cuando, en realidad, este no lo es.

Desde la óptica de la buena fe subjetiva:

La creencia, desde el punto de vista del que cree, es razonada, fundada y lógica en atención a los elementos de juicio a su alcance. El sujeto procede en correspondencia entre el creer y el actuar. Esta creencia en lo que no es no puede ser culposa ni dolosa. (...) El derecho como veremos, protege especialmente al que cree razonablemente en la apariencia que inspiró su confianza. Lo que pondera la buena fe subjetiva es la situación del sujeto por la cual resulta finalmente amparado⁴⁸⁰.

Este amparo del que goza el sujeto de derecho que cree actuar con corrección jurídica «excluye el carácter de ilícito de la actitud y opera como factor legitimante»⁴⁸¹, lo cual trae aparejado un efecto justificativo de la conducta.

Para De Lafuente y Lavalle los caracteres esenciales de la buena fe subjetiva son los siguientes: (a) supone la creencia del sujeto según la cual este actúa conforme a derecho; (b) dicha creencia se caracteriza por ser razonada en tanto se aprecien los elementos de juicio a consideración; (c) la apreciación del sujeto es diligente, al este tomar en consideración los insumos con los que cuenta; (d) en la creencia del sujeto no se constata culpa o dolo; (e) la creencia recae ya sea sobre una situación propia del sujeto o sobre la persona con la que el sujeto se relaciona; y (f), con base en todo lo anterior, se constata una correspondencia creencia entre el creer y el actuar del sujeto⁴⁸².

Por consiguiente, el factor determinante para la aplicación de la buena fe subjetiva y, por ende, de la concomitante protección que esta ofrece, reside en la confianza legítima que

⁴⁷⁷ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 112.

⁴⁷⁸ Ramos Corea, 58.

⁴⁷⁹ Ramos Corea, 58–59.

⁴⁸⁰ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 112.

⁴⁸¹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 113.

⁴⁸² De Lapuente y Lavalle, “Fuerza de buena fe” en *Contratación contemporánea* (Colombia: s.e., 2002), 30.

el sujeto deposita en aquella apariencia de derecho —propia o ajena— que al sujeto se le presenta como una realidad con fundamento en la creencia que este alberga.

2. De la buena fe objetiva

El factor distintivo de la buena fe objetiva es la operación que esta despliega como un modelo de conducta social debido ante el cual las partes de un negocio jurídico deben adecuar su comportamiento. A diferencia de lo que sucede con la buena fe subjetiva, mediante la cual se evalúa la actuación y la voluntad de las partes para el otorgamiento de un derecho, la buena fe objetiva cumple el rol primordial de imponer deberes que deben acatarse durante todo el iter contractual —*i.e.*, durante las etapas precontractual, contractual y post contractual.

La buena fe, en su vertiente objetiva, consiste en un comportamiento de fidelidad y esta adquiere función de norma dispositiva, situada en el mismo plano que los usos o la ley positiva. Es justamente a partir de esta situación que ella deriva su ‘naturaleza objetiva’ por cuanto se funda «en la adecuación de [la voluntad de las partes] al principio de buena fe que inspira y fundamenta el vínculo negocial»⁴⁸³.

Más aún, al evaluar cuáles conductas son requeridas en determinadas circunstancias negociales, se requiere que la buena fe funja de criterio de valor fundado objetivamente. Con esto se quiere decir que para reconocer qué deber y, por ende, cuáles conductas son exigibles en cada caso, se debe realizar un juicio de valor que contemple las exigencias vigentes en el ámbito social en el que se actúa, los usos y las costumbres, los criterios jurisprudenciales en casos análogos y las circunstancias del caso concreto⁴⁸⁴.

A tenor de lo anterior resultan ilustradoras las palabras de Monsalve Caballero y Rodado Barreto, quienes indican sobre esta distinción analítica que:

La buena fe objetiva, en cambio, se refiere a la honradez moral de una conducta, de acuerdo con el tipo de negocio de que se trate y lo que resulte de las características sociales, económicas y jurídicas en las que se inserta aquella, lo que equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 121–122; texto agreg.

⁴⁸⁴ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 122.

⁴⁸⁵ Monsalve Caballero y Rodado Barreto, 499.

Con respecto a los deberes cuyo cumplimiento la buena fe demanda, debe actuarse conforme a la fidelidad, a la lealtad, a la honestidad, a la probidad y a la cooperación.

La razón de ser de las normas de conducta que exige la buena fe objetiva encuentra su sustento en la presuposición según la cual, en el contexto comercial, se asume que las partes no deben aprovecharse indebidamente de su contraparte; por el contrario, se requiere que las partes tomen debida consideración la protección de los derechos del otro término de la relación para facilitar la realización del interés propio y ajeno.

La necesidad de cumplir con este modelo de conducta obedece a que «Todo sujeto que se pone en contacto con otro tiene una razonable confianza en que éste se comportará leal y honestamente [por lo que se] protege su estado de confianza»⁴⁸⁶. Ahora bien, de lo contrario, en caso de incumplirse con tal modelo, se entiende que «Quien defrauda la confianza viola la honorabilidad que caracteriza el mundo de los negocios»⁴⁸⁷.

Para De Lapuente y Lavalle los caracteres esenciales de la buena fe objetiva son los siguientes: (a) se trata de un deber de conducta de contenido ético impuesto a los sujetos; (b) este deber de conducta implica no perjudicar los intereses ajenos; (c) para apreciar la conducta se requiere de un criterio objetivo; (d) dicha objetividad puede tomar en cuenta el elemento subjetivo del dolo y de la culpa; (e) el criterio objetivo supone la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico; y (f) el estándar jurídico aplicable para el caso particular debe buscarse en relación con el contexto social en el que el sujeto actúa⁴⁸⁸.

Por último, al interior de la categoría de la buena fe objetiva, la doctrina reconoce dos distinciones analíticas adicionales: la buena fe objetiva puede ser *activa* o *pasiva*.

Por un lado, se entiende que la buena fe objetiva es activa cuando los deberes de comportamiento son positivos en el sentido de que requieren la ejecución de una acción de acuerdo con ciertas pautas de conducta (*e.g.*, deberes de diligencia y de cooperación).

Por otro lado, se entiende que la buena fe objetiva es pasiva cuando los deberes de comportamiento son negativos en el sentido de que requieren la abstención de cualquier conducta deshonesto, por lo cual se torna imposible invocar la buena fe objetiva cuando se ha actuado con dolo o culpa (*e.g.*, deber de confidencialidad).

⁴⁸⁶ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 124; texto agreg.

⁴⁸⁷ Monsalve Caballero y Rodado Barreto, 506.

⁴⁸⁸ De Lapuente y Lavalle, 30.

*

En síntesis, en las páginas precedentes se efectuó una revisión global del tratamiento teórico que recibe el principio general de buena fe en el seno del pensamiento doctrinario.

Para ello, en primer lugar, se aplicaron las categorías de análisis desarrolladas por Enrique P. Haba en *Los principios generales* con tal de facilitar la determinación de los grupos de sentido, las vías de obtención y los medios de fijación de contenido del principio general de buena fe; y, en segundo lugar, se repasaron las tres vertientes por las que discurre tal principio, al igual que sus dos aristas conceptuales principales y sus distinciones analíticas.

A raíz del examen, se arribó a dos conclusiones preliminares.

De acuerdo con la **primera conclusión preliminar**, en el caso puntual de la buena fe, el estatuto de principio general del derecho es predicable de ella, potencialmente, de conformidad con todos y cada uno de los grupos de sentido que fueron evaluados.

Asimismo, dentro de tales grupos de sentido, es factible constatar que los juristas son propensos a atribuirle al principio de buena fe, principalmente, los sentidos relativos al estatuto de ‘principio de derecho natural’ y de ‘principio emplazado en la base de todo ordenamiento’, aunado al sentido de ‘principio rector’ en materia contractual.

De acuerdo con la **segunda conclusión preliminar**, al considerar la vertiente del principio general de buena fe, en su forma primaria, igualmente se constata una inclinación por parte de los juristas a privilegiar un abordaje del objeto de estudio que toma por base y fundamento *nociones claves de derecho natural y postulados iusnaturalistas*.

La consideración respecto a las vías de obtención y de los medios de fijación de contenido que le competen al principio en cuestión refuerzan dicha tesis. En primer término, el principio de buena fe es obtenible por múltiples vías, incluida entre ellas la vía de las nociones inherentes y, en segundo término, la validez jurídica de este principio encuentra su sustento, en lo fundamental, gracias al influjo de la doctrina y del derecho natural.

En virtud de todo lo anterior, a manera de **conclusión última** del presente capítulo, cabe postular lo siguiente: si los juristas no recurriesen a los acervos teóricos del derecho natural y del iusnaturalismo —respaldados por el peso de la doctrina— no se entendería cómo ni de qué otra manera sería justificable, en el ámbito normativo, el hecho de atribuirle a la buena fe el vastísimo alcance del que ella goza como principio general del derecho.

CAPÍTULO II. LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DEL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL

A lo largo de la presente investigación se ha insistido, en reiteradas ocasiones, en señalar la necesidad e idoneidad de abordar el estudio de la buena fe atendiendo a lo que, en este contexto, se ha denominado la dimensión axiológica de la buena fe contractual.

Ante tales aseveraciones, la pregunta que de inmediato salta a la vista es, entonces, en qué consiste, precisamente, esta supuesta dimensión axiológica que en este trabajo se predica del principio de buena fe contractual y que, según se argumenta, permite perfilar su examen crítico desde un ángulo que resulte novedoso. Respecto a la categoría propuesta, ¿cuáles datos fenómenos y precisiones terminológicas incorpora ella? Y, lo que es todavía más relevante, ¿qué aportes brinda emplearla para comprensión del objeto de estudio?

Tal cual su nombre lo indica, con la formulación de esta categoría se opta por posicionar el acento de la investigación conforme al enfoque de la axiología jurídica. Esto en concordancia con el compromiso de articular una indagación que, primordialmente, se interese por la pregunta que interroga acerca del valor tutelado por la buena fe contractual, valor cuya realización persigue esta figura con su aplicación en la pragmática jurídica.

Con dicho compromiso en mente, y en aras de concretar el objetivo último de dotar de contenido al principio en cuestión, conviene repasar el plan de trabajo trazado que se ha seguido hasta el momento: en primer lugar, en el título histórico de esta investigación se ha mostrado la pertinencia de fijar al valor jurídico de la confianza como núcleo axiológico de la buena fe contractual, a partir de lo cual se realizó una relectura de su historia canónica; y, en segundo lugar, en el capítulo anterior del presente título, se expuso el tratamiento teórico-dogmático que ha recibido el principio de buena fe, en el marco del pensamiento doctrinario, complementado con los aportes que brinda la teoría de los principios generales del derecho.

Tras haber llegado a este punto en la indagación, ahora corresponde explicitar las consecuencias que se desprenden de la fijación del valor jurídico de la confianza, cómo este valor se integra a la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe contractual y, por ende, de qué manera dicha categoría repercute en la comprensión global de este principio general, todo para dar respuesta cabal a los interrogantes previamente formulados.

Por consiguiente, el capítulo final de la presente investigación se dedica a desarrollar conceptualmente la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe contractual con la cual se emprende la labor crítica de los postulados teórico-dogmáticos que emiten los juristas

como proposiciones categóricas —a la manera de mitos persistentes en el pensamiento doctrinario—, lo cual demanda ejecutar una serie de tarea puntuales que se detallan de seguido.

Para iniciar, la primera tarea por llevar a cabo consiste en aportar las categorías de análisis que serán indispensables para realizar un aproximamiento crítico al conjunto de temáticas que a lo largo del capítulo se encaran, que versan acerca de los asuntos del concepto de mito, de la postura del realismo jurídico y del problema de la sistemática jurídica.

Acto seguido, la segunda tarea por concretar —la cual se juzga que constituye el corazón de la presente investigación— se encarga de articular la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe contractual. Para ello se formula un hilo argumentativo que avanza según tres fases: en una primera fase se profundiza en el concepto de confianza, a la par de conceptos afines, para considerar el rol de la confianza al *interior* del derecho; en una segunda fase se considera el rol de la confianza depositada *en* el derecho; y en una tercera fase se concluye con una reflexión final, formulada desde la óptica del realismo crítico, con la cual se realiza un balance final del progreso investigativo que se haya alcanzado.

Sección I. La plataforma conceptual: las «categorías de análisis» de Minor E. Salas

A diferencia de la sección homóloga del capítulo anterior, en la cual se extrae una plataforma conceptual a partir de dos obras extensas sobre temáticas en específico, en la presente sección se realiza una revisión de una serie de trabajos escritos por el pensador crítico Minor E. Salas. Por la diversidad de temas que se abordan —a primera vista—, dará la impresión de que se trata de asuntos inconexos entre sí; empero, una vez se comience a entretejer el hilo argumentativo propuesto, quedarán patentes sus puntos de contacto.

Para formular la plataforma conceptual que sirve de base para el examen por efectuar, se extraen tres conjuntos conceptuales de los siguientes trabajos del autor en cuestión.

El primer conjunto conceptual proviene del ensayo filosófico *Sin los mitos, somos nada: Debatiendo con el horror metaphysicus de Leszek Kolakowski*⁴⁸⁹ (en adelante, ‘*Mitos*’) que brinda las coordenadas conceptuales básicas para precisar el término de mito, una

⁴⁸⁹ Minor E. Salas, “Sin los mitos, somos nada: Debatiendo con el horror metaphysicus de Leszek Kolakowski”, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* 58 (2019): 75–88.

categoría de análisis crucial para evaluar el talante mitológico con el que los juristas tienden a aproximarse a la buena fe contractual. Asimismo, el tratamiento de este asunto muestra las razones por las cuales esta concepción de la realidad es tan persistente y cómo su presencia resulta mucho más común de lo que se cree, en dominios que se asume están exentos de ella.

El segundo conjunto conceptual proviene del capítulo «¿Por qué el realismo coloca a los juristas entre la espada y la pared?»⁴⁹⁰ (en adelante, ‘*Realismo jurídico*’) que se encuentra contenido en la obra *Jerome Frank irrefutado: El realismo jurídico como desmitificación*. Con este capítulo se desplaza la discusión del mito hacia el campo del derecho —campo en el que mitos abundan— para detallar en qué consiste la corriente de pensamiento del realismo jurídico y cómo, a partir de su enfoque, resultan ilusorias las pretensiones de certidumbre y de racionalidad de la mente jurídica que se sustentan en el mito básico del derecho (Frank).

El tercer conjunto conceptual proviene del prólogo «Todo ya ha sido dicho, pero como nadie escucha hay que repetirlo todo de nuevo: Presentación crítica de «Sentido y alcance de la sistemática jurídica» de Karl Engisch»⁴⁹¹ (en adelante, ‘*Sistemática jurídica*’) que se encuentra contenido en la obra de Engisch indicada en el título. En este caso, Salas sintetiza las principales tesis que propugna el autor comentado respecto a la pretensión sistemática de la disciplina jurídica, las evalúa críticamente y enfatiza que, detrás de los intentos por adecuar al derecho a parámetros sistemáticos, se esconde una falsa pretensión de cientificidad.

A todos estos trabajos los une —a manera de hilo conductor— un enfoque realista a la hora encarar las temáticas en discusión, a la vez que en cada uno de ellos se despliega una labor desmitificadora en relación con los objetos de estudio bajo examen; existe entre ellos, por tanto, un «parecido de familia» (Wittgenstein). Esta circunstancia, en lo que respecta al acercamiento a la cuestión, habilita la interrelación de las categorías de análisis que forman la plataforma conceptual por cuyo medio se perfila la crítica de aquellos postulados teórico-dogmáticos —míticos— que comúnmente se formulan acerca del principio de buena fe.

⁴⁹⁰ Minor E. Salas, “¿Por qué el realismo coloca a los juristas entre la espada y la pared?” en *Jerome Frank irrefutado: El realismo jurídico como desmitificación*, Jerome Frank, Enrique P. Haba y Minor E. Salas (Chile: Ediciones Olejnik, 2020).

⁴⁹¹ Minor E. Salas, “Todo ya ha sido dicho pero como nadie escucha hay que repetirlo de nuevo. Presentación crítica de «Sentido y alcance de la sistemática jurídica» de Karl Engisch” en *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, Karl Engisch, trad. Marcelino Rodríguez Molinero (Chile: Ediciones Olejnik, 2020).

Cada uno de estos conjuntos conceptuales, al igual que las categorías de análisis que ellos aportan se detallan a continuación. Adicionalmente, vale añadir que una obra que no figura en esta plataforma conceptual, pero la que se hará mención recurrentemente por su inmensa valía, es la más reciente publicación de Minor E. Salas, titulada *La mente del jurista. Cómo piensan (y cómo no piensan) los operadores jurídicos y sus teóricos*. Tal obra será introducida en su momento oportuno, al realizar la reflexión final de este capítulo.

A. *Sin los mitos, somos nada*: precisiones terminológicas del concepto «mito»

De acuerdo con Salas, existen diferentes modos de emprender el análisis filosófico. Entre ellos destaca el filosofar desde las ideas mismas, lo que conlleva entregarse a un aproximamiento netamente analítico, aproximamiento al cual se entrega el filósofo polaco Leszek Kolakowski en *La presencia del mito*⁴⁹². Para esta manera particular de filosofar importan poco las vicisitudes históricas y los datos biográficos de quien filosofa, sino que, en cambio, pone el acento sobre problemáticas neurálgicas de la condición humana que se enfrentan desde una mentalidad fría cuyo abordaje de las ideas busca la objetividad⁴⁹³.

El campo desde el cual opera Kolakowski, según lo describe Salas, es la demolición de mitos por lo cual lo primero que debe esclarecerse es cuál es la problemática que los mitos entrañan para luego precisar los diversos significados que el concepto soporta.

En cuanto a la problemática, esta se remonta a un estadio primigenio, cuando —en un lejano pasado— el ser humano toma consciencia de sí mismo y, así, adquiere la facultad de «aprehender cognitiva y lingüísticamente su entorno, representándolo mediante una serie de signos comunicables»⁴⁹⁴. Esta facultad remite al uso del lenguaje por cuyo medio se formulan teorías con tal de explicar el entorno que se busca aprehender.

No obstante, Salas sostiene, de la mano de Noah Harari, que la función del lenguaje no se agota en la aprehensión del entorno y ni en la formulación de teorías que pretendan esclarecer su funcionamiento, sino que los seres humanos «también desarrollaron un talento gigantesco para imaginar cosas que *no existen* en la realidad puramente empírica»⁴⁹⁵.

⁴⁹² Salas, *Mitos*, 76; Leszek Kolakowski, *La presencia del mito*, 2ª ed. (Argentina: Amorrortu, 2018).

⁴⁹³ Salas, *Mitos*, 76.

⁴⁹⁴ Salas, *Mitos*, 78.

⁴⁹⁵ Salas, *Mitos*, 78.

De acuerdo con esta línea de razonamiento, el verdadero rasgo distintivo del lenguaje humano es su capacidad para hablar sobre ficciones⁴⁹⁶.

La capacidad para hablar sobre ficciones —*i.e.*, sobre aquellas cosas que no existen en la realidad empírica— no es un mero divertimento. Esta cumple la función ulterior de facilitar la cooperación masiva de colectividades humanas bajo el estandarte de una idea o de una creencia compartida; en otras palabras, bajo el estandarte de un mito que, al ser compartido, habilita la organización de un conjunto de individuos que, salvo por ese *pegamento mítico*, poco o nada tienen que ver los unos con los otros⁴⁹⁷.

A raíz de lo anterior, el autor plantea tres maneras principales mediante las cuales es dable concebir el significado del concepto «mito».

Una primera manera de comprender el mito es como una narración extraordinaria por medio de la cual se presentan e introducen entidades no existentes en la realidad empírica (*e.g.*, dioses, monstruos, deidades) que contribuyen a explicar fenómenos centrales para las colectividades humanas (*e.g.*, vida, muerte, origen) de forma alegórica o simbólica, del tipo de las leyendas o de ciertos fenómenos de índole sobrenatural⁴⁹⁸.

Una segunda manera de comprender el mito, la cual demanda un mayor grado de abstracción, se encuentra en la concepción del mito como un fenómeno poco factible que goza de consenso: «una situación o evento que, aunque muy poco creíble y probable, es admitido por una colectividad humana»⁴⁹⁹ cuya admisión les reporta sosiego a los individuos. Surge así la denominada paradoja del absurdo incondicional, según la cual «cuanto menos factible resulte un fenómeno, o incluso cuanto más absurdo sea este, mayor inclinación tendrán algunas personas de aceptarlo incondicionalmente»⁵⁰⁰.

Entre tales fenómenos que se aceptan de manera incondicional, para lo que interesa, considérese el caso de la aceptación ante instituciones (*e.g.*, matrimonio) o prácticas sociales (*e.g.*, ejercicio del voto) que son propias del quehacer jurídico.

En este orden de ideas, los mitos funcionan de herramientas —de *fabricación humana*— que, al gozar de aceptación generalizada por las comunidades humanas, al creer en ellos y

⁴⁹⁶ Al respecto, ver *supra*, 193–196, para un examen detallado de la cuestión.

⁴⁹⁷ Salas, *Mitos*, 80.

⁴⁹⁸ Salas, *Mitos*, 79.

⁴⁹⁹ Salas, *Mitos*, 79.

⁵⁰⁰ Salas, *Mitos*, 79.

suscribirlos, permiten la cooperación (no siempre pacífica) a una escala tan amplia que, por otros medios —como el recurso a la fuerza—, sería llanamente inalcanzable.

Para sintetizar: la creencia en los mitos es *aceite* para los *engranajes* de la civilización. Más aún, resta por considerar una tercera manera mediante la cual concebir qué sea un mito y esta estriba en concebir el mito en sentido específico. Conceptualizar los mitos en su sentido específico implica reconocer que los mitos encuentran cabida incluso en aquellos ámbitos en los cuales se asume que ellos no operan; es decir, en los dominios en los cuales prima la «cultura tecno-científica»⁵⁰¹. En tales dominios, debido a su perfil, privilegian el conocimiento científico con su pretensión de objetividad —*e.g.*, el dominio de conocimiento lógico—, sucede que el mito se encuentra presente en cuanto este opera, quiérase o no, «como una *estructura de sentido* de cada aspecto de la vida del ser humano»⁵⁰².

El mito ejerce, así, una influencia inalienable capaz de infiltrarse incluso en dominios estatuidos en torno a la persecución de la racionalidad y de la objetividad en la formulación del conocimiento humano, a lo cual subyace «la necesidad profunda de disponer de un instrumento (el conocimiento justamente) que sirva a nuestra especie para estatuir su propia existencia y sobre todo la existencia de un “algo incondicionado”»⁵⁰³.

A la pregunta que inquiere acerca del porqué los seres humanos anhelan, con fervor, lo incondicionado, se le opone, según Kolakowski, la experiencia de la indiferencia del mundo. Frente a esta experiencia, al no constatarse por ninguna parte señal alguna de lo incondicionado, el ser humano busca su refugio en la opción mítica, indica Salas.

A fin de cuentas, frente a un mundo indiferente al deseo, al anhelo y a la voluntad de los individuos, el mito se ofrece tal cual bálsamo con el cual paliar la impotencia que se suscita al enfrentar un mundo que no se postra —ni se postrará— ante los designios humanos.

B. *Contra la espada y la pared*: el realismo jurídico frente al «mito básico del derecho»

De los tres significados atribuible al concepto de mito, el segundo significado —aquel que postula al mito como fenómeno poco factible que goza de consenso— es el que guarda estrecha relación con la disciplina jurídica. En el ámbito del derecho, la presencia del mito

⁵⁰¹ Salas, *Mitos*, 82.

⁵⁰² Salas, *Mitos*, 81.

⁵⁰³ Salas, *Mitos*, 85.

no empata por completo con el sentido de una narración extraordinaria (aunque un autor como Haba afirmaría que en tal ámbito lo tiene lugar son novelas de conceptos) ni con el mito en su sentido específico, por cuanto no es pertinente predicar del derecho un grado de racionalidad y de objetividad análogo al de un dominio como el del conocimiento lógico.

Por el contrario, en el ámbito del derecho, el mito opera más bien en un plano institucional, esto debido a los juristas les es inescapable trabajar con un vasto repertorio de creencia colectivas que se manifiestan bajo el modo de instituciones sociales (*i.e.*, Estado, Justicia, Derechos Humanos, la propia noción de Derecho) que son las que legitiman, en última instancia, su quehacer práctico, aunado a la plétora de instituciones jurídicas que surgen de la actividad judicial. Todas estas son abstracciones, entidades imaginarias —en suma, ficciones— en las que los individuos creen —ampliamente aceptadas en el ámbito social y profesional— y que, por ende, habilitan la organización de la maquinaria jurídica.

A tenor de lo anterior puede avanzarse la tesis según la cual el mito, en el dominio jurídico, cumple un papel fundacional dado que, sin su presencia, su quehacer práctico se tornaría irrealizable, tesis que se desarrolla en profundidad más adelante⁵⁰⁴.

Sobre este segundo significado de mito se fundamenta el análisis de Minor E. Salas en su capítulo, contenido en la obra *Jerome Frank irreatido*, que se consagra a sondear una serie de tesis centrales de la corriente de pensamiento del realismo jurídico, con especial atención a los aportes del jurista norteamericano Jerome Frank.

Sin embargo, valga acotar que hablar del realismo jurídico en los términos de una ‘corriente de pensamiento’ puede inducir a equívocos. Del realismo jurídico no se puede afirmar que este constituya una corriente de pensamiento, en sentido estricto, dado que los pensadores que se agrupan bajo esta nómina no conforman una suerte de agrupación que haya sido formalmente estatuido en torno a cierto canon teórico común.

Un pensador de este tipo se distingue de otros por su notable mentalidad realista al encarar el fenómeno legal en sus variadas facetas, lo que consiste:

(...) a su vez, en un esfuerzo —sincero y de honestidad intelectual— por observar y entender cómo es que funcionan el Derecho, su *praxis vital*, su interpretación y aplicación en los tribunales y agencias

⁵⁰⁴ Al respecto, ver *infra*, 222–233, el acápite titulado «De la interrelación derecho-confianza a la luz del «mito básico del derecho»».

donde este se aplica; además claro está, de comprender las múltiples relaciones humanas y dinámicas subyacentes a dicha *praxis*⁵⁰⁵.

En virtud de la importancia que estos pensadores le confieren al quehacer jurídico — a la materia viva del derecho, si se quiere— el autor insiste en que esta mentalidad realista se practica, se ejerce, razón por la cual no se trata de una doctrina propiamente dicha sino, más bien, de un posicionamiento desde el cual el realista hace frente a la *praxis* legal. Estos pensadores «eran realistas porque querían comprender a fondo cómo es que funcionan los tribunales, las oficinas de abogados y las escuelas de Derecho, las normas, los principios jurídicos y las instituciones sociales, en la práctica misma de su existencia concreta»⁵⁰⁶.

A raíz del lugar privilegiado que ocupa la *praxis* legal en la mentalidad jurídica de los pensadores realistas, con todas las controversias, vicisitudes e irregularidades que acontecen en tal contexto, de mano de tales pensadores surge un reconocimiento acerca de la profunda incertidumbre que impera en el quehacer jurídico y que deviene en una actitud de marcado escepticismo frente a las dinámicas reales que caracterizan dicho quehacer.

Este escepticismo, tradicionalmente, discurre por dos vías.

Primero figuran los escépticos ante las normas quienes sostienen, a la manera de respuesta ante la ineludible indeterminación del lenguaje legal, que «resulta imposible que el contenido de una decisión judicial esté fijado o determinado valiéndose solo del contenido de la norma aplicable en sí misma»⁵⁰⁷. Así pues, la norma aplicable, al valerse del lenguaje jurídico, participa de su indeterminación y, más allá de lo que esta disponga, se reconoce que en la aplicación de tales normas entran en juego factores extra-normativos que influyen en el modo en que se arriba a una decisión judicial, por lo cual estas se tornan inciertas.

Luego figuran los escépticos ante los hechos quienes «no solo desconfían de las normas, sino también del proceso mismo de determinación de los hechos (*fact finding*) de un litigio»⁵⁰⁸. En virtud de esta sospecha, independientemente de que sea factible o no contar con reglas precisas, sucede que la determinación de los hechos, en la sede judicial, no es unívoca, sino que tales hechos son contingentes y de difícil determinación previa, de lo cual se desprende que la propia determinación fáctica por parte de un juez es igualmente fortuita.

⁵⁰⁵ Salas, *Realismo jurídico*, 98.

⁵⁰⁶ Salas, *Realismo jurídico*, 99.

⁵⁰⁷ Salas, *Realismo jurídico*, 100.

⁵⁰⁸ Salas, *Realismo jurídico*, 100.

A estos dos tipos de escepticismo tradicionales del realismo jurídico, Minor E. Salas agrega un tercer tipo: los escépticos ante las personas. De acuerdo con esta postura, al escepticismo, ya sea ante las normas o ante los hechos, le subyace la problemática según la cual, al considerar el factor humano, serán los operarios jurídicos (en sus diversas variantes) quienes determinen «la implementación y la eficacia operativas de los logros teóricos alcanzados en cualquier etapa evolutiva del desarrollo científico-tecnológico»⁵⁰⁹. Por tanto, son las personas de carne y hueso, con todos los variables factores que puedan incidir en su juicio, en quienes recae la determinación de qué será estimado derecho —sea en el ámbito judicial, doctrinario, legislativo—, lo que magnifica enormemente el grado de incertidumbre.

Al respecto, la sentencia de Salas es contundente: «Las normas podrán ser precisas, los hechos verificables, mas si no hay una disposición anímica-personal para su cumplimiento, comprensión, aprehensión y puesta en práctica, entonces los logros alcanzados serán siempre precarios e inseguros»⁵¹⁰. Por ende, el escepticismo ante las personas pone de relieve que el factor humano no debe ser pasado por alto al encarar —desde una óptica realista— el quehacer jurídico, esto por cuanto el talante propio de los operarios jurídicos es un hecho que resulta determinante en la aplicación práctica del derecho.

Estas variaciones del escepticismo, propias del realismo jurídico, comparten como común denominador que todas ellas combaten la idea según la cual, en el dominio jurídico, imperan la certidumbre y la seguridad jurídica. Tal no es el estado de cosas efectivo que se desprende de una consideración realista de la *praxis* legal que, por el contrario, muestra los altos grados de incertidumbre que soporta el fenómeno jurídico. Sea por la indeterminación de las normas, de los hechos o de las conductas humanas que allí entran en juego, resulta cercanamente a lo imposible —o, cuando menos, sumamente improbable— poder anticipar el resultado de una decisión judicial o de cualquier procedimiento sometido a arbitrio.

Ahora bien, esta palmaria incertidumbre que denuncian los pensadores realistas, no obstante, en gran medida es simplemente negada por los juristas. De tal forma pervive una insana ilusión respecto a la racionalidad, previsibilidad y estabilidad del discurso jurídico, ilusión a la que Jerome Frank le denomina el mito básico del derecho, que supone:

⁵⁰⁹ Salas, *Realismo jurídico*, 113.

⁵¹⁰ Salas, *Realismo jurídico*, 113.

La idea de que las decisiones de los jueces y de los operadores jurídicos son, en buen grado, el resultado de unas normas «correctas» y de unos hechos «verdaderos», y en que sobre la base de esas normas y de esos hechos es posible construir una doctrina (la «dogmática jurídica») que orientará, racional y sabiamente, la aplicación del Derecho en los casos difíciles⁵¹¹.

Para Salas tal acto de negación de la incertidumbre jurídica se explica, sencillamente, al reparar en que allí lo que opera es una comprensión mítica de la realidad —de la realidad jurídica, en este caso— por lo que combatirla por vías racionales no avanza en mucho la tarea.

Empero, este pensador realista va más allá e, incluso, sostiene la tesis según la cual la erradicación del dogma de la certidumbre jurídica es una empresa irrealizable. Esta empresa es inejecutable en el sentido de que, dado el hecho de que la sociedad humana se construye sobre la base de elementos simbólicos y míticos, la labor desplegada por el realismo jurídico es impertinente sociológica y psicológicamente, por cuanto «le dice a su público (a la comunidad jurídica y a la sociedad) lo que este no puede aceptar sin socavar, simultáneamente, las bases de su propia organización histórico-cultural y social»⁵¹².

El mito básico del derecho se muestra, así, como un presupuesto irrenunciable dentro de toda una gama de creencias jurídicas que participan de una mitología fundamental que no pueden abandonarse sin que suponga un colapso de la estructura de tal dominio.

Por consiguiente, la empresa de los pensadores realista, si bien consiste en gran parte en la tarea de *cazar mitos*, tal tarea debe emprenderse dejando de lado el ensueño de que, con tal labor, se llegará a alterar radicalmente el estatus actual de la actividad legal.

Dicho con tono irónico: los pensadores realistas deben ser doblemente realistas con respecto a los efectos que, con sus esfuerzos y con sus empeños, esperan producir.

C. *Sistemática jurídica*: la pretensión científica de la disciplina jurídica

En la *Presentación crítica* al texto *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, Minor E. Salas evalúa los esfuerzos del jurista alemán Karl Engisch al responder a la pregunta que interroga acerca de la validez —o no— de atribuirle al derecho el estatuto de sistema.

⁵¹¹ Salas, *Realismo jurídico*, 101.

⁵¹² Salas, *Realismo jurídico*, 124.

Tal interrogante guarda íntima relación con el hecho de que, para el momento de publicación de la obra de Engisch, en el año 1957, el carácter sistemático de una disciplina de conocimiento humano era requisito indispensable para que esta gozara de reconocimiento como disciplina científica⁵¹³. En otras palabras, en la pregunta por sistemática del derecho se juega el carácter científico del derecho; poder denominarle ciencia jurídica, propiamente.

Engisch pasa revista —una por una— a diferentes alternativas a partir de las cuales se podría predicar sistematicidad con respecto al derecho. Estas alternativas que examina son el método axiomático-deductivo, la sistemática interna concerniente al ámbito de la creación legislativa y la sistemática externa relativa al ámbito de los trabajos dogmáticos.

Primeramente, descarta el método axiomático deductivo por cuanto la estructura lógica de la deducción en la disciplina jurídica, si bien puede presentarse como análoga a la de otras disciplinas deductivas, la deducción formal «en la Jurisprudencia sólo aparece más bien como un andamio de las ideas»⁵¹⁴, como unos conceptos que remiten a otros, sin un claro paralelismo a los requerimientos que demanda cumplir el método en cuestión.

A lo anterior se suma la dificultad de que la deducción en el derecho, bajo la forma del silogismo jurídico, consiste en plantear una primera premisa como axioma y una segunda premisa que formula constataciones fácticas; empero, sucede que los contenidos empíricos que se deducirían de tal operación lógica no se encuentra implícitos en el axioma, motivo por el cual se termina por desdecir que esa primera premisa en realidad sea un axioma.

En segunda instancia se descarta la sistematización interna concerniente a la creación legislativa: «es decir, [a] cuán sistemático puede ser el Derecho al momento de la creación normativa misma»⁵¹⁵. Tal desestimación obedece a que, sin importar que tan riguroso sea el legislador en su apego a ciertos principios generales en la promulgación de las leyes, esto no exime al legislador de que en su tarea acontezcan contradicciones.

Sin embargo, Engisch no descarta del todo la posibilidad de una sistemática jurídica y sostiene que esta es viable a partir de una tercera alternativa: la sistemática externa propia de los trabajos dogmáticos. A este respecto, el autor toma al derecho penal como un caso paradigmático en el cual se ha formulado una sistematización por parte de la doctrina, siendo posible para el derecho una sistemática de clasificación y una sistemática categorial.

⁵¹³ Salas, *Presentación crítica*, 13.

⁵¹⁴ Salas, *Presentación crítica*, 39.

⁵¹⁵ Salas, *Presentación crítica*, 15; texto agreg.

Concluye así Engisch que «la idea de sistema es irrenunciable»⁵¹⁶ al hacer frente a un orden jurídico en concreto, de lo que se sigue, desde el parecer del autor, que sin la categoría de sistema no es factible afrontar el fenómeno legal.

A este estudio de Engisch, Minor E. Salas opone tres consideraciones críticas con respecto a los esfuerzos que abogan por la sistemática jurídica.

En primer lugar, Salas comienza por indicar que cada quien está en su derecho de postular la definición estipulativa que mejor le convenga con respecto a determinada palabra, tal como sucede en el caso de la palabra sistema, palabra que Engisch juzga de inescapable y que, según su examen, es posible predicar del campo del derecho penal.

El autor formula dos preguntas al respecto.

Primero, ¿por qué debe aceptarse tal definición como válida en detrimento de otras?; y, acto seguido, ¿cuáles son las consecuencias prácticas que desprenden de tal aceptación para la aplicación del derecho? El punto crucial es que del hecho de plantear una definición estipulativa no se sigue que ella vaya a ejercer influencia determinante en la *praxis* legal. Esto debido a que los operadores jurídicos, en el contexto de su quehacer, necesariamente se ven forzados a optar por determinados puntos de vista y, por ende, a sacrificar otros.

Es en razón de este carácter optativo, desplegado en la *praxis* legal, que el valor o la perspectiva por la cual se propugna entren en conflicto con otros valores o perspectivas, de lo cual se desprende, como corolario, lo siguiente:

Así pues, el hecho de que todo ordenamiento jurídico o valorativo esté, en la realidad de las relaciones sociales mismas, compuesto por valores contradictorios o antinómicos hace que la idea de un «sistema» jurídico unitario se muestre, esencialmente, como un *giro retórico*, en el mejor de los casos, o como una pura *fantasía* para auto-engañarse, en el peor⁵¹⁷.

En segundo lugar, al tratarse de la temática del derecho como un sistema categorial-clasificadorio, el pensador realista sostiene que el asignar un valor formal a una serie de conceptos no implica que por ello tal clasificación ostente un valor de verdad.

Del hecho de definir y agrupar una serie conceptos no se sigue que la clasificación resultante pueda estimarse verdadera, sino que esta podrá juzgarse útil o inútil con respecto a las vías que ofrece para una mejor comprensión de los fenómenos que se pretende conocer. El valor de un sistema categorial-clasificadorio no radica en que este sea verdadero o correcto;

⁵¹⁶ Engisch, 76.

⁵¹⁷ Salas, *Presentación crítica*, 21.

en cambio, su único valor estriba «en ver cómo esas definiciones o clasificaciones aclaran, modifican o explican aspectos de la realidad que no es posible hacerlo de otra manera»⁵¹⁸.

La conclusión del autor a este respecto es terminante al plantear que los diversos intentos clasificatorios del derecho, cuya pretensión es atribuirle a este un grado mayor o menor de sistematicidad, obedecen a una falsa pretensión de cientificidad. Así pues, tales desarrollos se valen de la noción de sistemática para postular a la disciplina jurídica como un saber científico; lo que es decir que la proponen como una ciencia jurídica.

Y, por último, en tercer lugar, Salas trae a colación la diferencia entre semántica y pragmática del derecho, entendiendo por la primera un plano de interrelación conceptual de índole lingüístico y entendiendo por la segunda un plano de aplicación práctica en el cual tales conceptos son empleados. Según el autor los planteamientos que abogan por la sistematicidad del derecho operan en el nivel de la semántica del derecho cuyo «presunto carácter científico es una mera *doctrina de los conceptos*»⁵¹⁹ que se limita a trazar relaciones conceptuales que poca relación guardan con la pragmática del discurso jurídico.

Con esta plataforma conceptual clara, en la próxima sección se procede a explicitar la dimensión axiológica de la buena fe, de acuerdo con el plan investigativo trazado, y para cuyo abordaje los conceptos aquí ofrecidos habilitan ahondar en asuntos claves.

Sección II. La dimensión axiológica de la buena fe contractual: diferentes modos de manifestación del valor jurídico de la confianza

En la introducción a la obra *The Philosophy of Trust* los editores Paul Faulkner y Thomas Simpson subrayan que el tratamiento filosófico de la confianza ha sido oscurecido por voluminosos trabajos acerca de otros conceptos, tales como los conceptos de justicia, conocimiento y verdad, que gozan de una mayor preminencia en el plano investigativo⁵²⁰. Sin embargo, el artículo *Trust and Antitrust* escrito por la filósofa neozelandesa Annette Baier marca un punto de quiebre en esta tendencia y es considerado el punto de partida de las reflexiones contemporáneas sobre el tema de la confianza en el campo filosófico⁵²¹.

⁵¹⁸ Salas, *Presentación crítica*, 23.

⁵¹⁹ Salas, *Presentación crítica*, 26.

⁵²⁰ Paul Faulkner y Thomas Simpson, eds., *The Philosophy of Trust* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 1.

⁵²¹ Faulkner y Simpson, 1–2.

En dicho artículo, Baier destaca el escaso abordaje, a nivel histórico, que los filósofos morales le han brindado al concepto de confianza, lo cual es especialmente significativo dado el interés que estos profesan por las dinámicas de cooperación humanas en las cuales la confianza juega un rol capital⁵²². En otras palabras, las reflexiones morales de los filósofos suelen articularse contra un trasfondo en el que la confianza se encuentra operando, empero son anómalas las ocasiones en que se reflexiona directamente sobre este concepto. Al decir de la autora, «La pregunta, ¿en quién deberíamos confiar, de qué manera y por qué? no ha sido una pregunta central en la filosofía moral tal como la conocemos»⁵²³.

Un juicio análogo al anterior es extrapolable, en términos generales, al campo de la disciplina jurídica por cuanto, en dicho dominio, la pregunta por la confianza cede terreno frente a conceptos tradicionales de mayor envergadura. Así sucede con el caso de los conceptos de justicia, de seguridad, de orden o de paz social⁵²⁴, entre otros, que constituyen valores fundamentales al discurso jurídico cuya realización se encomienda al derecho. Tales conceptos tradicionales se encuentran fuertemente anclados en la mentalidad de los juristas, a la vez que dominan la escena de la reflexión jurídica tanto en el marco del pensamiento teórico-dogmático, en general, así como en el marco de la axiología jurídica, en particular.

No obstante, si se examina la cuestión con suficiente detenimiento, pronto salta a la vista que la prevalencia de criterios de valor tales como la justicia o la seguridad, en el medio social, sería en extremo dificultosa si ellos no operasen de manera conjunta con una cuota nada desdeñable de confianza. Ya sea que esta confianza se manifieste bajo el modo de la confianza que los individuos depositan en las diversas autoridades e instituciones encargadas de hacer valer el derecho o sea que se trate de la confianza recíproca que los individuos se endilgan, unos a otros, en sus actos y negocios jurídicos cotidianos, sería arduo figurarse un escenario en el cual la confianza no juegue un rol significativo en los procesos de convivencia y de cooperación social que el tráfico jurídico demanda para su buen funcionamiento.

El cometido que persigue la presente sección es, precisamente, abrir un espacio de discusión en el cual indagar acerca de los diferentes modos bajo los cuales el valor jurídico de la confianza opera y se manifiesta en el dominio de la disciplina jurídica.

⁵²² Annette Baier, "Trust and Antitrust", *Ethics* 96, no. 2 (ene. 1986): 232

⁵²³ Baier, 232.

⁵²⁴ Carlos José Gutiérrez, *Lecciones de Filosofía del Derecho* (San José, C.R.: Educa, 1976), 379, citado en Haba, *Axiología*, 9.

Por razones de claridad expositiva, el examen por efectuar se estructura según dos planos de análisis que avanzan desde el mayor grado de especificidad hacia el mayor grado de generalidad; y, en un apartado final, se concluye con una reflexión crítica.

En un primer plano de análisis se considera el rol de la confianza al *interior* del derecho, para lo cual, necesariamente, se articula la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe contractual, en calidad de mecanismo de tutela de dicho valor jurídico. Para ello, se especifican conceptualmente los elementos constitutivos de la buena fe —la confianza, la creencia y la acción— para luego, tras su interrelación, plantear una plataforma base con la cual evaluar el rol garante de la confianza que despliega la buena fe contractual.

En un segundo plano de análisis se considera el rol de la confianza depositada *en* el derecho, para lo cual se parte de una concepción de derecho de acuerdo con la categoría del sistema simbólico de la ley —en la terminología de Hosking—, lo que implica abordar como este sistema simbólico funge de mediador de la confianza de los individuos. Esto permite, asimismo, trazar una interrelación entre la confianza y el mito básico del derecho que propone Frank con tal de mostrar la incidencia de este valor con respecto a las pretensiones de seguridad y de previsibilidad jurídicas sobre las que se fundamenta el derecho.

Finalmente, tras exponer estos dos planos de análisis, a modo de cierre del hilo argumentativo que se ha tejido a lo largo de esta investigación, se perfila una reflexión final desde la óptica del «realismo crítico» con el objeto de juzgar los esfuerzos hechos.

A. La dimensión axiológica de la buena fe contractual (o de la confianza «al *interior* del derecho»)

En este apartado y en el siguiente se estudian los diferentes modos de manifestación bajo los cuales el valor jurídico de la confianza opera en el marco del discurso jurídico. Para llevar a cabo el estudio de estos modos de manifestación de la confianza resulta ineludible remitir a la figura de la buena fe contractual, la cual ocupa un lugar primario en este hilo argumentativo por cuanto su núcleo axiológico viene dado por el valor en cuestión.

Sin embargo, cuando se perfila la buena fe contractual según su estatuto de principio general del derecho, queda patente que los modos de manifestación del valor de la confianza pueden variar en cuanto a su grado de generalidad y en cuanto a su alcance.

La buena fe contractual al ser concebida como instituto jurídico, a la vez que, como principio general del derecho de aplicación en una rama específica del ordenamiento jurídico, brinda una protección de la confianza *intra-sistémica*; es decir, circunscrita a las reglas jurídicas que dicta el derecho en materia contractual. Diferente es el caso cuando la buena fe contractual es concebida como principio general, o general superior del derecho, dado que estos remiten al sistema jurídico considerado en su totalidad, lo que supone una considerable apertura de las diversas vías mediante las cuales se manifiesta el valor de la confianza.

Debido a esta variabilidad, en cuanto al grado de apertura de los modos de manifestación de la confianza, se distingue, por un lado, entre la confianza al *interior* del derecho que corresponde a la dimensión axiológica de la buena fe y, por otro lado, la confianza depositada *en* el derecho que versa acerca de los mecanismos a través de los cuales el derecho, como tal, media la confianza de los individuos sujetos a su control.

En lo que concierne a la confianza al interior del derecho, para explicar la necesidad de formular la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe contractual, primeramente, debe repararse en una serie de problemáticas asociadas a su abordaje tradicional. Los estudios teórico-dogmáticos acerca de la buena fe, en especial aquellos que se centran en su estatuto de principio general, tienden a articularse a partir de un acercamiento *top-down*⁵²⁵ (‘de arriba abajo’): en un inicio se parte del más alto grado de generalidad para formular una visión global del sistema y, en lo subsiguiente, se crean nuevos subniveles en orden de descenso, elevando la especificidad hasta descender a los elementos constitutivos.

Para ilustrar, un estudio que distinga sobre cuál acepción de principio trabajará puede delimitar su análisis de la buena fe siguiendo un modelo similar al siguiente: en un inicio, el derecho, necesariamente, es asumido como sistema; a partir de esta visión de sistema un primer subnivel viene dado por el conjunto de los *principios generales* y, a raíz de este, un segundo subnivel se focaliza en el *principio de buena fe*. Llegado este punto, los próximos subniveles pueden surgir por múltiples vías: el estudio puede encuadrarse según ramas del derecho, diversidad de criterios, temáticas o problemáticas y figuras específicas.

Esta manera de proceder en la investigación supone dos inconvenientes principales.

⁵²⁵ El término «top-down» es empleado por Graeber para dar cuenta de una perspectiva que da pie a teorías que parten de cierta noción de estructura social, orden social u otras nociones totalizantes con el fin de abordar determinado objeto de estudio; al respecto, ver: Graeber, *Value*, 20.

En primer lugar, un modelo de delimitación como el anterior no requiere que cada subnivel se especifique enteramente, pero, en caso de estos no explicitarse, tales subniveles deben presuponerse. La presuposición del derecho como sistema aporta la estructura básica para que se dé la emergencia de los restantes subniveles, mientras que cada subnivel superior condiciona la emergencia de los subniveles inferiores. Esto quiere decir que cada subnivel superior funge de axioma respecto a los subniveles que le son inferiores y, en razón de tal condicionamiento, se imposibilita la crítica de dichos axiomas: al ocupar un escalafón más alto al interior del sistema, los subniveles superiores se inmunizan contra la crítica.

En otras palabras, si se desea abordar un aspecto puntual de la buena fe contractual necesariamente se debe aceptar la jerarquía de sus subniveles superiores de análisis, tales como su estatuto de principio general y las reglas que rigen a tales figuras jurídicas.

En segundo lugar, a pesar de que las investigaciones teórico-dogmáticas siguen un modelo *top-down* similar al planteado, estas no avanzan hasta el punto de determinar los elementos constitutivos propios de la buena fe. Según se ha dicho antes, existe consenso con respecto al hecho de que la buena fe se distingue por un marcado contenido ético-moral; empero, raramente se considera cuál sea ese contenido y sus rasgos característicos.

Estos inconvenientes conducen, cuando menos, a tres problemas: primero, nunca se plantea la necesidad de preguntarse cuál es el valor jurídico tutelado por el principio de buena fe contractual; segundo, por dicho motivo no es posible esclarecer las relaciones antinómicas entre este principio y otras instancias jurídicas; y, tercero, como consecuencia de todo lo anterior, se gesta una profunda incoherencia entre las proposiciones categóricas que emiten los juristas acerca del principio y las pretensiones axiológicas que este busca realizar.

Con el ánimo de superar estas dificultades, por contraposición, en este contexto se perfila el abordaje de la buena fe contractual mediante una aproximación *bottom-up*⁵²⁶ ('de abajo arriba'): este tipo de acercamiento no tiene por punto de partida una visión global de sistema sino que, en cambio, plantea ciertos elementos constitutivos individuales que requieren ser especificados con sumo detalle para conformar una plataforma base y, a partir de la interrelación de estos elementos, se posibilita que surjan nuevos subniveles emergentes.

⁵²⁶ El término «bottom-up» es empleado por Graeber para dar cuenta de una perspectiva que da pie a teorías que parten de un sustrato de motivación individual con el fin de abordar determinado objeto de estudio; al respecto, ver: Graeber, *Value*, 20.

En consecuencia, a la plataforma resultante de este ejercicio es a lo que se denomina la dimensión axiológica de la buena fe contractual cuyo elemento constitutivo central viene dado por el valor jurídico de la confianza. Empero, para articular esta plataforma se requiere que la confianza entre en relación con otros elementos constitutivos y, por ello, resulta necesario conducir una breve indagación con tal de determinar cuáles serán estos.

1. Del interrogante básico: ¿qué significa confiar en otros?

Para dar por iniciado este espacio de discusión conviene formular un interrogante básico que sirva de punto de partida mediante el cual encausar la reflexión acerca del rol que desempeña la confianza al *interior* del derecho —esto es, dentro de las coordenadas que el fenómeno de la legalidad impone a las relaciones jurídicas y, en especial, a las relaciones negociales. Dicho interrogante básico es el siguiente: ¿qué significa confiar en otros?

A todas luces se trata de un interrogante vasto en su alcance, en cuanto a su grado de abstracción, lo cual es intencional: con ello no se busca dar respuesta definitiva al asunto sino, más bien, poner de manifiesto distintas aristas conceptuales que inevitablemente surgen al emprender la averiguación. Asimismo, la formulación de este interrogante faculta plantear una serie de preguntas conexas al acto de confiar que son igualmente significativas, tales como: ¿qué motiva a los individuos a comportarse de esta manera?, ¿qué beneficios les depara hacerlo? y ¿cómo varía la confianza al encuadrarla en el esquema del derecho?

En aras de ensayar una respuesta provisional a tales cuestionamientos primero debe recordarse que la confianza opera en diferentes planos, ya que esta involucra la confluencia de diversos fenómenos, según se reseñó al presentar las categorías de análisis de Hosking⁵²⁷.

La confianza opera en un plano sentimental cuando el individuo experimenta un sentimiento de seguridad que fomenta su libertad de acción; la confianza, asimismo, se manifiesta en un plano actitudinal, esto respecto a una perspectiva duradera que el individuo alberga en relación con objetos, eventos o personas, que influencia su comportamiento; y, finalmente, la confianza se presenta en un plano relacional, en el que prima el componente social, en tanto la confianza se concibe como parte de una interacción en curso en la cual el comportamiento de los individuos involucrados es capaz de alterar la dinámica de la relación.

⁵²⁷ Al respecto, ver *supra*, 27–30.

A pesar de tratarse de tres planos diferenciados, no hay razón por la cual suponer que estos sean mutuamente excluyentes entre sí, sino que, por el contrario, ellos pueden coexistir a un mismo tiempo: puede concebirse el caso, por ejemplo, en que la confianza opere como un sentimiento al igual que como una actitud, todo dentro del contexto de una relación.

Para los efectos aquí perseguidos, la atención recae principalmente sobre la confianza en su plano relacional: esto quiere decir que, en este contexto, interesa la confianza por cuanto esta involucre un vínculo entre, cuando menos, dos partes, sea que este vínculo se entable entre un individuo y otro o entre un individuo con respecto a un colectivo de personas o con respecto a una institución. Más aún, igualmente cabe considerar el caso en que el vínculo de confianza se entable, ya no solo entre individuos, sino entre colectivos de personas y otros colectivos o instituciones, o entre instituciones y colectivos de personas u otras instituciones.

El motivo por el cual se privilegia el plano relacional por encima de los planos restantes es debido al factor que lo distingue de estos. Este factor es la posibilidad que se contempla de que el comportamiento de las partes incida directamente en la manera en la que se desenvuelve el vínculo de confianza; es decir que, dependiendo de cómo las partes se conduzcan en la interacción, su conducta modifica la confianza que se gesta entre ellas, lo que en casos extremos conduce a que la confianza se convierta en abierta desconfianza.

A raíz de esta consideración cabe extraer un primer componente clave presente en los vínculos de confianza: este es el componente de la acción. Así pues, si se parte del supuesto según el cual el comportamiento de las partes es lo que potencialmente modifica la confianza entre ellas, esto quiere decir que el factor decisivo para que esta modificación ocurra son las actuaciones que los individuos llevan a cabo en el curso de su interacción. Esta tesis se refuerza al reparar en que el énfasis en la acción igualmente es constatable en el plano sentimental, bajo el modo del potencial de acción que el sentimiento de confianza fomenta, y en el plano actitudinal, bajo el modo de la adecuación de conducta del individuo en razón de la perspectiva duradera de confianza con que se enfrenta a externalidades.

En este orden de ideas, ante el interrogante básico —¿qué significa confiar en otros?— la primera acotación por efectuar es que las acciones fungan como un indicador del grado variable de confianza que los individuos depositan unos en otros, recíprocamente. Sin embargo, aun llegado a este punto no se cuenta con un panorama completo de la cuestión por cuanto todavía no se clarifica por qué los individuos se entregan al acto de confiar, en primera

instancia. Sobre este punto se presenta un argumento al respecto que será considerado con mayor detenimiento al trabajar el mito básico del derecho de Frank.

Según la postura de Hosking, la mayoría de los seres humanos exhibe una tendencia predeterminada a confiar, salvo que se les presente evidencia convincente al contrario⁵²⁸. El autor remite al trabajo psicológico de Erik Erikson quien sostiene que esta propensión hacia la confianza podría arraigarse durante tempranas etapas de desarrollo en la historia de vida del individuo, en razón del vínculo de confianza que se gesta entre el infante y su madre: para Erikson la confianza del infante en la madre es la base de todas las relaciones humanas, a la vez que genera sentido de bienestar, identidad personal y sentimiento de pertenencia⁵²⁹.

A partir de estos insumos Hosking afirma que «La confianza, entonces, juega un rol crucial en la génesis de la personalidad, y por tanto también en el desarrollo de facultades cognitivas»⁵³⁰. En consecuencia, dado que para un individuo no es posible aprender todo lo que a este se le inculca por vía de experiencia personal, de manera directa, gran parte del conocimiento inculcado acerca del mundo y de otras personas se cimienta por vía de la confianza. Resulta patente, entonces, que «la confianza es una parte indispensable de la socialización, de la manera en que aprendemos acerca de la sociedad en la que vivimos, y de cómo aprendemos a relacionarnos unos con otros y a enfrentar el futuro»⁵³¹.

En caso de aceptarse las tesis anteriores resulta viable postular que, por lo general, los individuos tienden a exhibir una predisposición que los impulsa a confiar en otros aunque, vale aclarar, tal predisposición no opera en términos absolutos. De regreso al plano relacional, existen factores que serán determinantes en la manera en cómo se desenvuelve el vínculo de confianza, factores tales como un trasfondo común entre los individuos, el grado de cercanía y conocimiento que se tenga acerca del otro término de la relación (confianza fuerte-débil) o qué tan valiosos son los recursos comprometidos (confianza gruesa-estrecha).

A raíz de esta predisposición hacia el acto de confiar cabe extraer un segundo componente clave en los vínculos de confianza: este es el componente de la creencia. Para explicitar la importancia de este componente considérese, de nuevo, el caso de la *fides* como

⁵²⁸ Hosking, *Trust*, 43.

⁵²⁹ Hosking, *Trust*, 43; ver *infra*, 230–233, para una exposición de ciertas tesis centrales relativas a la teoría psico-social de Erik Erikson.

⁵³⁰ Hosking, *Trust*, 44.

⁵³¹ Hosking, *Trust*, 44; trad. propia.

crédito socio-jurídico⁵³²: aquí el atributo de confiabilidad se funda en los actos, pero también en las palabras del individuo; esto quiere decir que la credibilidad depende, entonces, de que los miembros de la comunidad crean en la palabra que el individuo empeña y, por tanto, que este cumplirá con los actos que se ha comprometido a realizar. Durante el lapso en el que el acto todavía no se ha concretado, la garantía mediante la cual se vehiculiza la confianza es la creencia que albergan los otros miembros acerca del eventual cumplimiento del individuo respecto al acto por realizar. Asimismo, este énfasis en la creencia contribuye a explicar la valía que históricamente se reconoce a la máxima basilar de mantener la palabra dada.

Por consiguiente, si el componente de acción es indicador del grado de variabilidad de confianza en el marco de la relación, el componente de creencia, por su parte, funge como mecanismo garantizador que vehiculiza la confianza con anterioridad a la ejecución del acto.

2. De los elementos constitutivos: la «creencia», la «confianza» y la «acción»

En consecuencia, como resultado de la averiguación preliminar que se ha llevado a cabo en las páginas precedentes respecto al interrogante básico que inquiriere acerca de qué significa confiar en otros, los argumentos formulados dejan en evidencia que la pregunta por la confianza, circunscrita al plano relacional, no puede abordarse aisladamente. La confianza, siempre y cuando esta comprenda un vínculo, se encuentra entrelazada íntimamente con un componente de acción y con un componente de creencia, los cuales contribuyen a esclarecer las operaciones involucradas en el acto de confiar. De este modo, para expresarlo con una fórmula sintética: *La confianza se sitúa en el intersticio entre la creencia y la acción.*

Debido a que en este espacio interesa considerar el rol de la confianza al *interior* del derecho esto supone examinar bajo qué modo se manifiesta la confianza que los individuos se depositan entre sí en sus relaciones jurídicas dentro de los parámetros impuestos por el esquema de la legalidad. Por dicha razón resulta idóneo postular al principio de buena fe contractual como *un* mecanismo cuyo propósito último es mediar esta confianza entre los sujetos de derecho en materia contractual.

Vale advertir que esto no excluye la posibilidad de que existan otros mecanismos, en otras materias, que cumplan una función análoga a la función desempeñada por la buena fe

⁵³² Al respecto, ver *supra*, 67–70.

en calidad de garante de la confianza de los particulares; empero, dado el escaso tratamiento que recibe la confianza en el pensamiento jurídico, circunscribir el análisis al modo de manifestación que le es característico a este principio contribuye a delinear, inicialmente, las operaciones propias de este valor jurídico.

Por consiguiente, para indagar acerca del modo de manifestación de la confianza que entraña este principio se propone la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe contractual que integra tres elementos base: la creencia, la confianza y la acción.

El valor de la confianza constituye el núcleo duro de esta categoría, pero, tal cual se señaló anteriormente, este valor por sí solo no basta para dar cuenta de la labor de tutela característica de la buena fe contractual. Tanto la creencia como la acción, por igual, son componentes centrales enlazadas al acto de confiar por lo cual, al establecerlos a ambos como elementos base —en conjunción con la confianza—, se pretende que estos contribuyan a esclarecer la dinámica protectora que la buena fe despliega a favor de dicho valor.

Para ello, la formulación de la dimensión axiológica de la buena fe contractual requiere especificar conceptualmente cada uno de estos elementos base, todo con el propósito de clarificar la red de interrelaciones que se entretajan entre cada uno de ellos.

A esta tarea puntual se consagran los siguientes tres puntos.

a. Elemento base [I]: la «creencia»

La creencia se estatuye como el primero de los tres elementos base que integra la dimensión axiológica de la buena fe contractual, por lo cual resulta necesario especificar conceptualmente este término para trazar su interrelación con los otros elementos base.

Para cumplir con esta labor el concepto de creencia se aborda a partir de dos planos de análisis: el primero de ellos es un plano epistemológico de carácter individual cuyo énfasis radica en mostrar la incidencia de la creencia en la adquisición de conocimiento por parte del individuo; mientras que el segundo es un plano epistemológico de carácter colectivo cuya atención recae en cómo, mediante la creencia, las colectividades humanas son capaces de generar realidades imaginarias. La confluencia de estos dos planos sienta las bases para discutir cómo los individuos, por medio de la interacción con sus pares y a través de las

creencias que comparten con ellos, logran entablar relaciones de cooperación y colaboración en virtud del surgimiento de un grado mínimo de confianza que así lo posibilita.

En el tratamiento de ambos planos de análisis la discusión se entabla reconociendo la influencia determinante del lenguaje en la gestación de las creencias. Por este motivo, en virtud de la ligazón entre creencia y lenguaje, se contrastan los planteamientos al respecto de Sam Harris⁵³³ y de Yuval Noah Harari⁵³⁴. Ambos autores reconocen la importancia capital que juega el lenguaje como herramienta en el desarrollo cognitivo humano por cuanto este permite la emergencia de un grado de pensamiento y comunicación sin precedente⁵³⁵ que, en tiempos pretéritos, brinda una ventaja definitiva frente a otras subespecies humanas⁵³⁶.

La divergencia en los planteamientos entre ambos autores surge ante la pregunta que versa acerca de cuál sea el rasgo distintivo del lenguaje humano: para Harris ese rasgo distintivo es la capacidad del lenguaje para representar el mundo, mientras que para Noah Harari dicho rasgo es la capacidad que ostenta el lenguaje para crear ficciones.

Los planteamientos de Harris sobre este particular sirven de sustento para el plano epistemológico-individual dado que el autor sostiene que «la capacidad del cerebro para aceptar tales proposiciones como verdaderas (...) explica el poder transformativo de las palabras»⁵³⁷ y a este acto de aceptación lo identifica con la creencia. Para Harris las creencias pueden expresarse como enunciados discretos, de tal forma que «la aceptación de tales declaraciones como verdaderas (o probablemente verdaderas) es el mecanismo mediante el cual adquirimos la mayor parte de nuestro conocimiento sobre el mundo»⁵³⁸.

Descrita de este modo, la creencia se concibe como un mecanismo mediante el cual se experimenta la disposición de aceptar una proposición —o, mejor dicho, un enunciado lingüístico— como verdadera o probablemente verdadera. Por esta razón la mejor manera de entender la creencia es como un proceso que acontece en el presente y que concierne, principalmente, al acto de comprensión, y no al objeto comprendido⁵³⁹. Dicho en otras palabras, esto quiere decir que la creencia se experimenta no por virtud del objeto que

⁵³³ Para la citación completa, ver *supra*, 127, nota al pie 367.

⁵³⁴ Yuval Noah Harari, *Sapiens: A Brief History of Humankind* (Canada: Signal Books, 2014).

⁵³⁵ S. Harris, 114–115.

⁵³⁶ Noah Harari, 24.

⁵³⁷ S. Harris, 115; trad. propia.

⁵³⁸ S. Harris, 116; trad. propia.

⁵³⁹ S. Harris, 117.

pretende comprenderse sino, más bien, que la creencia involucra el proceso por medio del cual un individuo se dispone al acto de comprender.

Asimismo, desde un punto de vista pragmático, la mayoría de las creencias se presentan como declaraciones cuya aceptación depende de que estas provengan de fuente fidedigna o debido a un alto volumen de fuentes que disminuyan la probabilidad de error, sin motivo o medio que justifique dudar de ellas⁵⁴⁰.

Los planteamientos de Noah Harari con respecto al lenguaje, por su parte, sirven de sustento para el plano epistemológico-colectivo. A diferencia de la postura de Harris que descansa sobre la capacidad representacional del lenguaje humano, para Noah Harari «la característica verdaderamente única de nuestro lenguaje (...) es su habilidad de transmitir información acerca de cosas que no existen en absoluto»⁵⁴¹. Esta habilidad del lenguaje posibilita que las comunidades humanas imaginen “cosas” —entes, eventos, narrativas— de manera colectiva, creando así mitos o ficciones⁵⁴².

La generación colectiva de estas creencias guarda estrecha relación con la primera acepción de mito planteada por Salas, esto es como narraciones extraordinarias acerca de entidades que no existen empíricamente pero que cumplen la función de explicar fenómenos de importancia para las comunidades humanas.

Sin embargo, según reza el argumento central de Noah Harari, estos mitos o ficciones, por el hecho de ser compartidos por un gran número de individuos desconocidos entre sí, permiten el desarrollo de un nivel de organización y de cooperación para la consecución de metas comunes que, de lo contrario, sería impracticable. Las creencias que involucran estos mitos o ficciones pueden recaer sobre entidades tales como dioses, espíritus o fantasmas, pero el autor advierte que «lo que no conseguimos apreciar es que nuestras instituciones modernas funcionan exactamente sobre la misma base»⁵⁴³.

Descrita de este modo, la creencia se acerca a la segunda acepción de mito propuesta por Salas, esto es como un fenómeno poco factible que goza de amplio consenso y que, según dicho autor, debido al sinnúmero de creencias de este tipo (*i.e.* creencias religiosas, creencias

⁵⁴⁰ S. Harris, 118; en igual sentido, ver *supra*, 190, el comentario de Hosking acerca del rol que juega la confianza en el proceso de intelección de mundo.

⁵⁴¹ Noah Harari, 28.

⁵⁴² Noah Harari, 29.

⁵⁴³ Noah Harari, 32.

en instituciones sociales: familia, estado, matrimonio, etc.) «se podría afirmar que buena parte de la existencia social depende, en grandísima medida, de la presencia y existencia de tales mitos colectivos»⁵⁴⁴.

Desde este punto de vista, los planteamientos de Noah Harari no contradicen el rol crucial del lenguaje en el proceso de intelección de mundo, propuesto por Harris, sino que estos amplían la función que desempeña la creencia en dicho proceso.

Esta ampliación de la función de la creencia acontece por dos razones: en primer lugar, sucede que el acto de aceptación que entraña la creencia no se limita exclusivamente al acto de aceptar proposiciones como verdaderas o probablemente verdaderas sino que esta aceptación también recae sobre ficciones humanas u objetos imaginarios, sin correlato empírico; y, en segundo lugar, los aportes de Noah Harari señalan que un dato crítico en el proceso de aceptación de una creencia es que otros individuos alberguen esa misma creencia.

Con respecto a este segundo punto, el hecho de la aceptación de una creencia dependa de que otros también la acepten, obedece a que aquello creado mediante las narraciones humanas son realidades imaginarias, las cuales se definen por ser creencias comunales —es decir, ‘algo’ en lo que todos creen— que, mientras persisten en el tiempo, ejercen una gran fuerza sobre el mundo⁵⁴⁵. Es la creencia en estas realidades imaginarias lo que permite la cooperación entre extraños y una rápida innovación del comportamiento social⁵⁴⁶.

b. Elemento base [II]: la «confianza»

La confianza se estatuye como el segundo de los tres elementos base que integra la dimensión axiológica de la buena fe contractual, por lo cual resulta necesario especificar conceptualmente este término para trazar su interrelación con los otros elementos base.

En la Sección I del Título I de esta investigación se avanzó en esta labor al presentar las categorías de análisis sobre la confianza desarrolladas por Hosking en su obra *Trust* con las cuales el autor emprende su indagación histórica sobre este objeto de estudio⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Salas, *Mitos*, 79.

⁵⁴⁵ Noah Harari, 35–36.

⁵⁴⁶ Noah Harari, 36–37.

⁵⁴⁷ Al respecto, ver *supra*, 24–32, el apartado titulado «*Trust*: la confianza desde una perspectiva histórica».

Con estos insumos se realiza un primer acercamiento con respecto al concepto de confianza; empero, dado que el énfasis de Hosking es inminentemente histórico, se estima idóneo profundizar en la especificación conceptual a partir de otros insumos teóricos.

Para ahondar en la especificación conceptual de la confianza se recurre a dos fuentes puntuales: la primera de ellas es la tesis doctoral de Patricia Revuelta titulada *La confianza en cuestión: Aproximación crítica a las teorías contemporáneas*⁵⁴⁸ que brinda un panorama global del tratamiento teórico que recibe la confianza en las ciencias sociales y la segunda fuente es el artículo *Three Aspects of Interpersonal Trust*⁵⁴⁹ de Bernd Lahno que, por su parte, se enfoca en la confianza al interior de la problemática de la cooperación social.

Con respecto a la primera fuente por comentar, Revuelta comienza por indicar que con anterioridad a las últimas dos décadas la confianza fue tematizada de manera limitada en el marco de las ciencias sociales pero que, a partir de dicho punto en adelante, esta recibe una creciente atención en campos de estudio tales como la economía, la sociología, la psicología social, las ciencias empresariales y las ciencias políticas⁵⁵⁰. Por dicho motivo, la confianza se convierte en un concepto multifacético en las ciencias sociales que se emplea como una variable para explicar variados fenómenos con el afán de que este contribuya a mediar problemas intrínsecos a distintas concepciones de lo social, a la vez que también se trata de un concepto de uso común utilizado en los discursos sociales y políticos actuales⁵⁵¹.

Por consiguiente, la conceptualización de la confianza depende del marco teórico con que se pretende dar cuenta de ella, siendo múltiples los marcos teóricos al respecto.

Al respecto la autora destaca tres enfoques principales a través de los cuales se encauza el estudio de la confianza que son: primero, el enfoque de la Teoría de Elección Racional que «concibe la confianza como un cálculo de riesgos y hace hincapié en su utilidad para economizar en los costes de transacción»⁵⁵² y que parte del supuesto del individuo como maximizador de utilidades; segundo, el enfoque filosófico y psicológico social según el cual «la confianza implica una dimensión emocional y plantea compromisos normativos entre los

⁵⁴⁸ Patricia Revuelta, “La confianza en cuestión: Aproximación crítica a las teorías contemporáneas” (Tesis para optar por el grado de Doctorado en Humanidades, Universidad Carlos III de Madrid, 2016).

⁵⁴⁹ Bernd Lahno, “Three Aspects of Interpersonal Trust”, *Analyse & Kritik* 26 (2004): 30–47.

⁵⁵⁰ Revuelta, *Confianza*, 6.

⁵⁵¹ Revuelta, *Confianza*, 6–8.

⁵⁵² Revuelta, *Confianza*, 11.

miembros de una relación que van más allá del puro cálculo de intereses»⁵⁵³; y, por último, el enfoque del capital social que postula que «la confianza está basada en normas de reciprocidad y en redes de compromiso cívico»⁵⁵⁴.

Debido a la presencia de esta pluralidad de enfoques se han formulado múltiples definiciones de este concepto: «La confianza aparece definida como “virtud cívica”, “capital social”, “clima”, tipo de creencias, actitud; también aparece fundamentada en cálculos o en hábitos o normas compartidas, en intereses, en voluntades»⁵⁵⁵. Según el recuento realizado por Revuelta, autores de renombre describen la confianza de diferentes modos: para Simmel se trata de un medio que permite superar la ausencia de pruebas, para Axelrod y Gambetta es más bien un lubricante de la cooperación, para Yamagishi configura una inteligencia social, mientras que para Hardin opera como un interés encapsulado⁵⁵⁶.

Cada una de estas definiciones —al igual que otras formulaciones por el estilo— se corresponden con esquemas explicativos que difieren entre sí en cuanto a los postulados básicos a partir de los cuales se concibe la confianza; se trata, pues, de un concepto multidimensional en el sentido de que son múltiples los niveles de análisis en que es posible encuadrar su estudio y, asimismo, dicho estudio tiende a abordarse interdisciplinariamente, todo lo cual conduce a un alto grado de confusión conceptual en el plano teórico⁵⁵⁷.

Sin embargo, a pesar de la divergencia e incompatibilidad entre enfoques y teorías, Revuelta realiza un esfuerzo formidable al brindar una aproximación al concepto de confianza que contribuye a clarificar sus rasgos distintivos: la autora considera la etimología y los usos de lenguaje que soporta el concepto; destaca una serie de características que a este le son propias, entre las que sobresale la incertidumbre de la interacción humana; plantea dos niveles en los que se establece la actitud de confianza; explica las condiciones de posibilidad de la emergencia de este fenómeno; y, por último, señala tres dimensiones que lo constituyen.

En lo que respecta al primer punto, a partir del dato etimológico se desprende que «Confianza, al igual que fe, tiene su raíz griega en [la locución] *pistis*»⁵⁵⁸ la cual remite a garantías epistémicas de toda clase y que usualmente podría traducirse como ‘creencia’

⁵⁵³ Revuelta, *Confianza*, 11.

⁵⁵⁴ Revuelta, *Confianza*, 11.

⁵⁵⁵ Revuelta, *Confianza*, 12.

⁵⁵⁶ Revuelta, *Confianza*, 12.

⁵⁵⁷ Revuelta, *Confianza*, 12; 68.

⁵⁵⁸ Revuelta, *Confianza*, 36; texto agreg.

porque «Dependiendo del contexto *pistis* puede significar creencia, dependencia o un compromiso hacia algo»⁵⁵⁹. La palabra griega *pistis* guarda estrecha relación con el grupo léxico de la *philia* que, por su parte, remite a «la totalidad de las relaciones en que la confianza se da de forma espontánea»⁵⁶⁰ y cuyas relaciones se caracterizan por involucrar expectativas que las partes de un pacto se forman con respecto al otro término de la relación.

Más aún, resulta oportuno señalar que «*Pistis* está emparentada al término latino *fides* (...) cuyo sentido originario es “crédito” y “garantía” o bien “confianza” y “fidelidad”»⁵⁶¹ con la diferencia de que en el contexto griego la *pistis* se daba entre iguales mientras que en el contexto romano la *fides* se daba entre partes desiguales⁵⁶². De tal manera, «encontramos que [la confianza] comparte el mismo origen etimológico que la fe y su relación con las creencias, en especial con las expectativas [que se forman] con respecto a otros»⁵⁶³.

Adicionalmente, al considerar los usos de lenguaje que soporta el concepto de confianza estos refieren a una actitud que se toma respecto al futuro o respecto a otros y que, a la hora de confiar, se encuentran dos sentidos recurrentes que tienen que ver con las garantías, por lo cual: «encontramos dos formas distintas de entender la confianza: hablamos de la confianza como un estado de creencias de un individuo con respecto de acciones posibles pero no ciertas, con mayor garantía o sin ella, de otro individuo»⁵⁶⁴.

Estas consideraciones, en especial en relación con la confianza como actitud frente al futuro y con las garantías —o falta de ellas— que involucra el acto de confiar, dan pistas de las características centrales de este concepto. La necesidad e importancia de la confianza radican en lo que Revuelta denomina la incertidumbre radical de la interacción humana en razón de la imprevisibilidad que se experimenta con respecto a la agencia de otros individuos sobre la cual no es posible ejercer control⁵⁶⁵. Esta incertidumbre radical configura el campo de juego en el que opera la confianza por cuanto esta implica «la necesidad de transferir algún poder de control de nuestras vidas a otros, entregándoles el poder de dañarnos»⁵⁶⁶.

⁵⁵⁹ Revuelta, *Confianza*, 36.

⁵⁶⁰ Revuelta, *Confianza*, 36.

⁵⁶¹ Gerardo Ramírez Vidal, “La “*pistis-fides*” como el objeto de la retórica”, *Quadripartita ratio*, no. 5 (ene.–jun. 2018): 41.

⁵⁶² Ramírez Vidal, 44.

⁵⁶³ Revuelta, *Confianza*, 37; texto agreg.

⁵⁶⁴ Revuelta, *Confianza*, 38.

⁵⁶⁵ Revuelta, *Confianza*, 15.

⁵⁶⁶ Revuelta, *Confianza*, 9.

El acto de confiar, por ende, abre un portillo para que acaezca el daño por lo cual quien confía, simultáneamente, asume un riesgo al mismo tiempo que se presenta frente al otro en una posición de vulnerabilidad: «La confianza compromete la acción y por tanto expone al riesgo»⁵⁶⁷ pero lo verdaderamente distintivo de las relaciones de confianza es que este riesgo se asume de tal modo que «Voluntariamente aceptamos ser vulnerables»⁵⁶⁸ debido a que se estiman valiosos los beneficios que se siguen de comportarse de tal manera.

En un sentido más concreto, la confianza intenta captar nuestra voluntad para entrar en relaciones que conllevan riesgo, pero son potencialmente ventajosas, y en último término, ineludibles. La confianza, por tanto, está involucrada en cualquier situación en la cual una parte tiene que tomar el riesgo de depender de la acción de otra⁵⁶⁹.

Por tanto, la vulnerabilidad voluntaria es el posicionamiento que asume quien confía para hacer frente al riesgo al que se expone al depender de la acción de otro individuo y este riesgo es el producto resultante de la incapacidad de controlar el comportamiento ajeno y de la imposibilidad de contar con un conocimiento completo acerca de las motivaciones de los demás⁵⁷⁰; es decir, el acto de confiar entraña lidiar con la falta de información.

No obstante, en calidad de mecanismo reductor de la complejidad social, tal como lo plantea Luhmann, la confianza «abre el campo de posibilidades de los actores al delimitar aquello que es esperable por parte de otros actores»⁵⁷¹ puesto que esta «supera la información disponible y generaliza las expectativas de comportamiento, al reemplazar una información que no puede dejar de ser insuficiente por una seguridad internamente garantizada»⁵⁷².

La confianza, así entendida, opera desde un marco de incertidumbre y, a su vez, permite superar esa falta de certeza, al igual que la carencia de información completa, al posibilitar que el individuo se muestre vulnerable frente al riesgo que trae consigo depender de la acción de otros dado que las relaciones que así se entablan resultan ventajosas.

Por otra parte, Revuelta distingue dos niveles de profundidad en los que se establece la actitud de confianza: una confianza básica y una confianza contextual o particular.

La confianza básica ostenta un carácter constitutivo, pasivo y prerreflexivo que funciona como una suerte de predisposición hacia el acto de confiar que se instaura en las

⁵⁶⁷ Revuelta, *Confianza*, 41.

⁵⁶⁸ Revuelta, *Confianza*, 55.

⁵⁶⁹ Revuelta, *Confianza*, 9.

⁵⁷⁰ Revuelta, *Confianza*, 55.

⁵⁷¹ Revuelta, *Confianza*, 34.

⁵⁷² Revuelta, *Confianza*, 34.

tempranas etapas de desarrollo del individuo (Erikson) para luego venir a ser reforzada por el proceso de socialización y que consiste en confiar sin mayor miramiento; esta confianza es básica en el sentido de que domina en el accionar cotidiano, en la interacción con el medio social e incluso se le considera una condición de posibilidad de la racionalidad⁵⁷³. Desde la sociología también se le denomina confianza sistémica (Simmel, Luhmann) con lo cual se denota que el orden sistémico, o los sistemas simbólicos, son aceptados automáticamente⁵⁷⁴.

La confianza contextual o particular se asienta sobre la confianza básica como una confianza secundaria que implica un mayor grado de discernimiento relativo a la deliberación racional sobre acciones por ejecutar y a la toma de decisiones, por lo cual se trata de un tipo de confianza discriminativa, reflexiva y activa en la que opera una cuota de desconfianza dado que entraña duda, escepticismo y descreimiento de las pretensiones de otros⁵⁷⁵.

Aunado a estos niveles, también se constatan diversos tipos de confianza entre los que figuran, por ejemplo: la confianza depositada en el contexto de roles que desempeñan distintos individuos (*i.e.*, el caso de un policía o un juez) que cumplen determinado papel; la confianza en instituciones, de carácter impersonal, que se vale de puntos de acceso que son sus funcionarios lo que la vuelve más accesible o confiable; la confianza en sistemas abstractos o expertos (Giddens) que se caracterizan por su complejidad y la opacidad que experimentan los usuarios frente a ellos; al igual que se confía en autoridades epistémicas⁵⁷⁶.

Asimismo, Revuelta subraya tres condiciones de posibilidad para la emergencia de la de la confianza: la dependencia, el discernimiento y las expectativas positivas.

La dependencia supone que quien confía, al entregarse al acto de confiar, se somete voluntariamente a depender de la acción de otro: Revuelta indica que «Confiamos “a pesar”, “aunque”, “como si”»⁵⁷⁷ lo que significa que se confía a pesar de la incertidumbre que tal acto implica, aunque se reconozca que tal accionar trae consigo la posibilidad del daño y como si se contara con más información de la que en realidad se posee.

Empero, la confianza no se despliega irrestrictamente, sino que esta se ejerce con discernimiento lo cual «Es un modo de asegurar que la dependencia no sea arbitraria, que la

⁵⁷³ Revuelta, *Confianza*, 45.

⁵⁷⁴ Revuelta, *Confianza*, 46–48.

⁵⁷⁵ Revuelta, *Confianza*, 51.

⁵⁷⁶ Revuelta, *Confianza*, 52–53.

⁵⁷⁷ Revuelta, *Confianza*, 55.

confianza no sea una temeridad»⁵⁷⁸; el discernimiento contribuye a restringir la dependencia dado que «La confianza exige un cierto grado de creencia justificada en que el otro es digno de confianza»⁵⁷⁹ porque los efectos de la confianza mal depositada tienden a ser perniciosos.

La tensión entre estas dos condiciones se aligera al introducir la tercera de ellas que son las expectativas positivas, las cuales reafirman la dependencia por cuanto «Confiar conlleva cierto “optimismo” de que el otro será digno de confianza; somos optimistas sobre su competencia y buena voluntad»⁵⁸⁰. Estas expectativas positivas inclinan a quien confía a esperar que el desenlace deseado se cumpla, puesto que «este optimismo restringe las inferencias que hacemos sobre las acciones posible de otros, da lugar a una interpretación selectiva, lo cual en último término abre la posibilidad del daño»⁵⁸¹.

Por último, la confianza puede comprenderse a partir de tres dimensiones: una dimensión cognitiva, una dimensión afectiva y una dimensión psicológica o cultural.

Con respecto a la segunda fuente por comentar, estas dimensiones se corresponden con los tres aspectos que Lahno identifica en su estudio de la confianza interpersonal con la diferencia de que a la dimensión psicológica le atribuye un carácter comportamental.

El interés de Lahno, en su artículo, es estudiar el rol de la confianza en relación con el problema general de la cooperación social que, según plantea el autor, se encuentra integrado por los siguientes tres subproblemas: el problema de los incentivos cooperativos, el problema de la información y el problema del consentimiento normativo⁵⁸².

Lahno parte de una tesis bien establecida en el medio según la cual la confianza involucra un riesgo y que lo que define a la confianza comportamental es que quien confía incurre en dicho riesgo voluntariamente; es decir, quien confía, por su propia voluntad, se posiciona como vulnerable frente a las acciones de otros⁵⁸³. Lo anterior introduce el primer subproblema de la cooperación: el problema de los incentivos cooperativos⁵⁸⁴.

En la práctica sucede que incentivos de cooperación como la moral internalizada, la ejecución institucional y la reputación son factores que incitan a que el depositario de

⁵⁷⁸ Revuelta, *Confianza*, 56.

⁵⁷⁹ Revuelta, *Confianza*, 56.

⁵⁸⁰ Revuelta, *Confianza*, 58.

⁵⁸¹ Revuelta, *Confianza*, 58.

⁵⁸² Lahno, 30.

⁵⁸³ Lahno, 32.

⁵⁸⁴ Lahno, 32.

confianza cumpla con aquello que se le encomienda⁵⁸⁵. Empero, para que quien confía esté dispuesto a desplegar un comportamiento de confianza se requiere de tres condiciones: primero, que haya un incentivo de reciprocidad ante una acción cooperativa; segundo, que la posible pérdida por esa acción sea suficientemente escasa; y, tercero, que quien confía esté suficientemente seguro de que su contraparte se abstendrá de abusar de su acción⁵⁸⁶.

Esta última condición refiere al problema de la información: quien confía debe encontrarse en una posición que le permite adquirir la suficiente información que le brinde una certeza fundada de que los otros actuarán cooperativamente; en este sentido se requiere, entonces, de un estado de confianza cognitiva para que quien confía sea capaz de discriminar la información con la que cuenta con tal de esperar que su contraparte no abusará de las opciones que se le presentan como resultado de un comportamiento de confianza⁵⁸⁷.

No obstante, existen circunstancias en las que cuales la información acerca de los incentivos de otros no es suficiente para fundamentar una decisión basada en confianza: en tales contextos surge el problema del consentimiento normativo⁵⁸⁸. En este sentido, Lahno señala que «la confianza parece formar parte de un mecanismo psicológico que transforma la información suministrada a los individuos en creencias»⁵⁸⁹. Cuando la información es escasa se requiere de la confianza afectiva, la cual opera como un filtro que determina cómo una situación, al igual que las personas involucradas, son percibidas: se requiere asumir una actitud participativa y una sensación de conexión con el otro en virtud de objetivos, valores o normas compartidas⁵⁹⁰. En estas situaciones, la confianza afectiva plantea un marco normativo que restablece la posibilidad del comportamiento de confianza⁵⁹¹.

c. Elemento base [III]: la «acción»

La acción se estatuye como el tercero de los tres elementos base que integra la dimensión axiológica de la buena fe contractual, por lo cual resulta necesario especificar conceptualmente este término para trazar su interrelación con los otros elementos base.

⁵⁸⁵ Lahno, 33.

⁵⁸⁶ Lahno, 36.

⁵⁸⁷ Lahno, 38.

⁵⁸⁸ Lahno, 43.

⁵⁸⁹ Lahno, 38; trad. propia.

⁵⁹⁰ Lahno, 39–41.

⁵⁹¹ Lahno, 43.

En la Sección I del presente título se realizó un primer acercamiento con respecto a este concepto al discutir el enfoque del valor como importancia de la acción⁵⁹².

En dicho contexto, Graeber sostiene que, frente a la pregunta por el valor, aquello que en última instancia se estima valioso no son los objetos en sí mismos sino las acciones involucradas en su producción; esto significa que el rasgo característico del valor es su potencial implícito para crear relaciones sociales, lo cual implica una noción de actividad a partir de la cual se reconoce la acción —y por ende el valor— como un proceso.

No obstante, dado que en el argumento de Graeber las nociones de valor y de acción se informan recíprocamente, aquí conviene abordar el concepto de acción de manera aislada.

Para ello se recurre a las siguientes tres fuentes: el artículo «La acción social en la teoría sociológica: una aproximación»⁵⁹³, escrito por Bruno Lutz, que considera la acción desde la sociología; a la obra *The Philosophy of Action: An Introduction*⁵⁹⁴ de Carlos J. Moya que se posiciona desde la filosofía; y, por último, a la obra *Action Science: Foundations of an Emerging Discipline*⁵⁹⁵ editada por Wolfgang Prinz, Miriam Beisert y Arvid Herwig.

Desde el campo de la sociología, Lutz afirma que Max Weber fue el primer sociólogo que incorporó el concepto de *acción social* en el centro de su teoría sociológica, esto en respuesta frente a los enfoques estructuralistas característicos de su época⁵⁹⁶. En cuanto a la definición del concepto de acción y de acción social, Lutz reproduce la propuesta de Weber:

Por “acción” debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción *enlacen* a ella un *sentido* subjetivo. La acción social, por tanto, es una acción donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de *otros*, orientándose por ésta en su desarrollo⁵⁹⁷.

Así pues, la acción social se concibe como una manera elemental de sociabilidad porque esta entraña el acto de relacionarse y de entrar en relaciones con otros; más aún, este tipo de acción siempre se encuentra orientado hacia los otros, tanto en sus motivos como en

⁵⁹² Al respecto, ver *supra*, 124–127, el acápite titulado «Del valor como «importancia de la acción»: [II] enfoque complementario».

⁵⁹³ Bruno Lutz, “La acción social en la teoría sociológica: una aproximación”, *Argumentos* 23, no. 64 (set.–dic. 2010): 199–218.

⁵⁹⁴ Carlos J. Moya, *The Philosophy of Action: An Introduction* (Cambridge: Polity Press, 1990).

⁵⁹⁵ Wolfgang Prinz, Miriam Beisert y Arvid Herwig, eds., *Action Science: Foundations of an Emerging Discipline* (Massachusetts: MIT Press, 2013).

⁵⁹⁶ Lutz, 205.

⁵⁹⁷ Max Weber, *Economía y sociedad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1996), 5, citado en Bruno Lutz, “La acción social en la teoría sociológica: una aproximación”, *Argumentos* 23, no. 64 (set.–dic. 2010): 206.

sus efectos⁵⁹⁸. Por esta razón, la comprensión del fenómeno de la acción social discurre por dos vías principales: por una vía directa, esto en virtud de la observación del sentido subjetivo del acto de otra persona; y por una vía indirecta, esto mediante la comprensión del motivo que opera en la intelección del razonamiento intencional del actor⁵⁹⁹.

Con este breve esbozo quedan en evidencia ciertas de las nociones e ideas básicas que atañen al estudio de la acción que, de una manera u otra, son retomadas y replanteadas en elaboraciones de mayor complejidad. Entre estas nociones e ideas básicas que sirven de presupuestos teóricos destacan: primero, el definir la acción tomando al ser humano como punto de referencia; segundo, la necesidad de enlazar un sentido subjetivo a la acción, lo que es decir preocuparse por su motivación o por su intencionalidad; y, tercero, el carácter relacional que se le atribuye a la acción al ella ser referida a la conducta de otros.

Desde la perspectiva de la filosofía de la acción se detecta un hilo de continuidad sobre todo con respecto a los primeros dos presupuestos: tomar al ser humano como punto de referencia de la acción y centrar la atención en la preocupación por la intencionalidad. Ambos gozan de amplia aceptación por parte del grueso de contribuyentes a la obra *A Companion to the Philosophy of Action*⁶⁰⁰, al igual que por parte de Carlos J. Moya para quien el punto de partida del análisis radica en trazar una distinción entre las acciones y las meras ocurrencias —‘happenings’, en inglés— desde un plano ontológico, lo que requiere de agentes capaces de dar pie a cambios con independencia de la historia pasada del mundo⁶⁰¹.

La necesidad de agentes, para dar cuenta de la acción, introduce la noción de la agencia humana cuyo criterio general, según Moya, viene dado por la intencionalidad. Al respecto, la manera de entender la intencionalidad propuesta por Moya merece particular atención ya que esta captura el carácter relacional de la acción, por cuanto:

La intención (...) debería ser entendida como una especie de compromiso de actuar y la acción intencional como un comportamiento que honra ese compromiso y lo hace de manera correcta. (...) [Esto implicaría que la] normatividad es un aspecto esencial de las intenciones y de las acciones intencionales⁶⁰².

⁵⁹⁸ Lutz, 207.

⁵⁹⁹ Lutz, 205–207.

⁶⁰⁰ Timothy O'Connor y Constantine Sandis, eds., *A Companion to the Philosophy of Action* (New Jersey: Wiley-Blackwell, 2010), 3–8.

⁶⁰¹ Moya, 3.

⁶⁰² Moya, 4–5; trad. propia y texto agreg.

Ahora bien, al comprender la intención y la acción intencional en términos de un compromiso de actuar, esto implica que la intención futura del agente es crucial para esta visión de la agencia que defiende Moya. La intención futura opera tal cual si se tratase de un compromiso, por parte del agente, de ejecutar el contenido del compromiso para que este pueda catalogarse de *correcto* —aunque el término *efectivo* resulta más apropiado. Por esta razón, el núcleo de la agencia es la habilidad de comprometer al agente a ciertas actuaciones en el futuro⁶⁰³. Frente a tal concepción de la agencia, la precisión exigible a Moya estriba en saber si ese compromiso lo establece el agente *consigo mismo* o con respecto a *otros*.

Una posible vía para clarificar este último punto es considerar la cuestión desde la perspectiva de la ciencia de la acción. En este sentido, en la introducción a *Action Science* los autores Herwig, Beisert y Prinz, reconocen la dificultad de formular una definición de trabajo de la acción debido a la pluralidad de formas que esta es capaz de asumir⁶⁰⁴. Sin embargo, reconocen que, en su medio, los acercamientos actuales parten de un consenso según el cual toda acción tiene como fundamento dos tipos de antecedentes: primero, que el mundo exterior provee y sugiere oportunidades de acción; y, segundo, que el estado interno del agente debe interactuar con esas oportunidades externas presentadas⁶⁰⁵.

Con base en lo anterior, los autores formulan una definición de trabajo preliminar: «las acciones pueden ser consideradas como movimientos corporales que dependen de factores externos e internos y que están dirigidas hacia un estado-meta prospectivo»⁶⁰⁶.

Para formular esta definición los autores parten del supuesto según el cual: «Dado que nuestras acciones se encuentran inscritas en un flujo continuo de comportamiento en marcha, necesitamos establecer un criterio para analizar gramaticalmente ese flujo»⁶⁰⁷. Por lo tanto, el mayor reto que se le presenta a la denominada ciencia de la acción estriba en brindar una individuación de la acción que sea capaz de clarificar cuál información es pertinente para saber cuándo comienza y cuándo concluye una acción⁶⁰⁸.

Frente a esta exigencia la mayoría de los acercamientos actuales al respecto se concentra en las metas subyacentes de la acción. Así se dice que una acción comienza con la

⁶⁰³ Moya, 4–7.

⁶⁰⁴ Prinz, Beisert y Herwig, 2.

⁶⁰⁵ Prinz, Beisert y Herwig, 5.

⁶⁰⁶ Prinz, Beisert y Herwig, 5; trad. propia.

⁶⁰⁷ Prinz, Beisert y Herwig, 2; trad. propia.

⁶⁰⁸ Prinz, Beisert y Herwig, 2.

primera actividad comportamental dirigida hacia una meta particular y que concluye con la consecución de dicha meta⁶⁰⁹. Esta noción se compone de dos elementos: el primero de ellos es la actividad comportamental en marcha —que serían los movimientos corporales— y el segundo es la orientación de estos movimientos hacia un estado-meta prospectivo —que sería una orientación dirigida a los efectos creados por estos movimientos corporales⁶¹⁰.

A tenor de lo anterior, para explicar las acciones en términos de metas una alternativa es considerar los requisitos que recaen sobre el planeamiento y la ejecución de las acciones, lo que permite plantear tres criterios que son los siguientes.

En primer lugar, un criterio de locación en relación con el rango perceptivo del agente: se habla entonces de metas *dentro* del rango perceptual cuando el agente tiene acceso a ciertas cosas y objetos llamados «blancos» (*e.g.*, levantar un vaso) mientras que se habla de metas *más allá* del rango perceptual cuando se requiere de un cambio situacional; en segundo lugar, se distingue entre metas abstractas —débilmente conectadas a acciones específicas— y metas concretas —acciones específicas claramente establecidas; y, en tercer lugar, se distingue entre metas calientes —que requieren un proceso activo al buscar oportunidades para la ejecución de la acción— y metas frías —en las que se espera que la oportunidad para actuar se presente⁶¹¹.

Por ende, desde esta perspectiva no se vislumbra razón por la cual el comportamiento de otros no pueda participar de un estado-meta prospectivo.

3. De la plataforma base: interrelación de elementos constitutivos

De acuerdo con la aproximación *bottom-up* de la buena fe contractual que aquí se propone, una vez concluida la especificación conceptual de los tres elementos constitutivos que integran la plataforma base a la que se le denomina su dimensión axiológica, el próximo paso consiste en trazar las posibles interrelaciones entre estos elementos con tal de clarificar el rol que la buena fe desempeña como garante de la confianza al interior del derecho.

Un primer acercamiento a esta cuestión radica en considerar la confianza como un dispositivo que tiene por puerto de entrada una serie de determinadas creencias y que tiene

⁶⁰⁹ Prinz, Beisert y Herwig, 3.

⁶¹⁰ Prinz, Beisert y Herwig, 3.

⁶¹¹ Prinz, Beisert y Herwig, 3–5.

por puerto de salida una serie de determinadas acciones. Al ser concebida de esta manera, la confianza operaría tal cual si fuese un componente capaz de vehiculizar cierta creencia para que esta, tras ser procesada, se traduzca en cierta acción: la interrelación entre estos tres elementos supone, entonces, un proceso en el cual la creencia brinda el insumo inicial que, por influencia de la confianza, concluye con la acción como su producto resultante.

Para explicar de mejor manera la dinámica de este proceso conviene analizar la relación entre confianza y creencia, al igual que la relación entre confianza y acción.

En lo que concierne a la interrelación creencia-confianza el primer dato por destacar es el carácter epistémico del componente de la creencia. Según se ha visto, la creencia juega un rol crucial en el proceso de intelección de mundo, tanto en el sentido de aceptación de proposiciones como verdaderas o probablemente verdaderas como en el sentido de elemento posibilitador de realidades imaginarias. En caso de admitirse la tesis de Harris según la cual el acto de aceptación que la creencia entraña es el medio por el cual se adquiere la mayor parte de conocimiento acerca del mundo, igualmente debe reconocerse el rol complementario que la confianza juega en este proceso de intelección de mundo debido a que, para el individuo, resulta imposible adquirir todo ese conocimiento por experiencia directa.

Dicho lacónicamente: a la hora de creer, también se confía; y, más aún, la confianza puede mediar la adquisición de conocimiento en, cuando menos, dos sentidos.

En primer lugar, en un sentido laxo, en relación con la confianza básica, esto puesto que la creencia da pie a las expectativas que el individuo se forja con respecto a otros, en especial con respecto a sus acciones, lo cual se vincula con la predisposición hacia el acto de confiar. En este nivel básico, un incentivo primario que impulsa a creer o a confiar radica en el hecho de que, precisamente, otros individuos están dispuestos a hacerlo. Frente a las creencias colectivas que sustentan las realidades imaginarias de las que habla Noah Harari, tiende a experimentarse una confianza prerreflexiva dado que estas gozan de aceptación general y dado que la respuesta ante ellas suele ser la adhesión automática, sea que la aceptación recaiga sobre instituciones sociales, mitos colectivos o sistemas simbólicos.

En segundo lugar, en un sentido fuerte, en relación con la confianza contextual, esto por cuanto la creencia se fortalece cuando esta se funda a partir de fuentes fidedignas o en razón de un alto volumen de fuentes que disminuyan la probabilidad de error en cuyo caso la aceptación de la creencia depende de un mayor grado de deliberación y de la presencia de

operaciones racionales que permitan discriminar la información con la que se cuenta, lo que guarda estrecho paralelismo con la confianza discriminativa que requiere acción y reflexión.

Atendiendo a lo anterior queda claro que la creencia se corresponde con el rasgo de la falta de información completa característica del marco de incertidumbre que involucra el comportamiento de confianza. Esta falta de información completa se debe a la imposibilidad de controlar las acciones ajenas y al desconocimiento respecto de las motivaciones de otros.

En este orden ideas, la creencia discurre por dos vías: por un lado, la creencia recae sobre las acciones posibles, pero no ciertas, de otros individuos, razón por la cual esta tiene que ver con la condición de posibilidad del discernimiento por cuyo medio se pretende disminuir la dependencia al asegurar que depositar la confianza sea prudente; empero, por otro lado, la creencia igualmente tiene que ver con la condición de posibilidad de las expectativas positivas por cuanto para confiar se requiere de la creencia justificada de que el otro es digno de confianza. Por consiguiente, para decirlo con una imagen, la confianza funciona como un puente que permite superar la brecha de la información incompleta y por dicho motivo se sostiene que «la confianza es creer a pesar de la incertidumbre»⁶¹².

En lo que atañe a la interrelación confianza-acción, en caso de tomar de base las nociones de acción y de acción social propias de la sociología, pareciera una tarea sencilla determinar el sentido subjetivo que un individuo le atribuye a la acción de otro y comprender los motivos detrás del razonamiento intencional del actor. Sin embargo, cuando la acción se considera desde el plano interpersonal y, sobre todo, se encuadra dentro del contexto de un comportamiento de confianza, clarificar tales cuestiones implica serias dificultades.

Estas dificultades obedecen a la ya mentada imposibilidad de ejercer control sobre el accionar ajeno y, aunado a ello, se suma el inconveniente de que el comportamiento de confianza necesariamente conduce a un escenario en el cual quien confía acepta, por su propia voluntad, depender de la acción del depositario de confianza. En tal escenario, un individuo transfiere control de ciertos aspectos de su vida a otro individuo, lo que supone asumir el riesgo de que se abuse de ese comportamiento lo que conduciría a sufrir un daño y, por tanto, supone que quien confía muestre una vulnerabilidad aceptada frente al otro.

Esto es a lo que se refiere Revuelta al indicar que «La confianza compromete la acción», lo cual se relaciona con la noción de intencionalidad que propone Moya: si se

⁶¹² Revuelta, *Confianza*, 58.

entiende la intención como un compromiso de actuar, mientras que la acción intencional es el comportamiento que honra dicho compromiso, habría razones de normatividad por las cuales el agente —el depositario de confianza— se vería compelido a cumplir con su acción. Empero, dada la incertidumbre de la interacción humana, no hay garantía suficiente capaz de asegurar que el agente cumplirá con el compromiso implícito de su actuar intencional.

En lugar de centrarse en el cumplimiento, la acción se vincula primordialmente con la condición de posibilidad de la dependencia, esto en el sentido de que es ineludible que quien confía se encuentre en una posición en la que debe depender de la acción de otro, en el marco de un comportamiento de confianza. El discernimiento puede brindar cierto grado de seguridad para estimar la confiabilidad del otro, pero, precisamente porque las garantías no son absolutas, es que resulta necesario confiar. Más bien, la acción también se vincula con la condición de las expectativas positivas ya que, al confiar, dicha cuota de optimismo es un factor que disminuye las inferencias que se realizan acerca de las posibles acciones de otros.

Por consiguiente, a partir de las interrelaciones recién trazadas queda en evidencia que la creencia, la confianza y la acción se encuentran estrechamente vinculadas entre sí en una cadena en la cual cada uno de ellos presupone a los elementos restantes.

Para retomar la imagen de la confianza como dispositivo, esta sirve de compuerta para que la creencia devenga en acción. Con la creencia, como insumo inicial, el individuo ejerce discernimiento para saber si depositar la confianza es un acto prudente pero, asimismo, esta implica asumir la disposición de que el depositario de confianza es digno de dicha confianza. Por su parte, con la acción se encuentra una precondition central intrínseca al acto de confiar por cual para tal acto es indispensable aceptar depender de las acciones de otros, a la vez que quien confía esta dependencia la asume con una cuota de optimismo con respecto al cumplimiento del depositario de confianza de tal manera que se honren sus creencias, por lo cual las acciones son producto resultante del comportamiento de confianza.

4. Del rol garante de la confianza de la buena fe contractual

Tras cumplir con la tarea de interrelacionar los elementos constitutivos que integran la plataforma básica que se denomina la dimensión axiológica de la buena fe contractual,

resta dar respuesta a un interrogante: ¿cómo esta dimensión axiológica es capaz de dar cuenta de la protección a la confianza que brinda la buena fe al interior del derecho?

Para establecer un punto de partida en la indagación resulta idóneo proponer una suposición básica: dada la incertidumbre radical de la interacción humana, el esquema de la legalidad, por medio de sus mecanismos de producción jurídica, pretende ofrecer un marco normativo capaz de fomentar la certeza y seguridad de los sujetos de derecho.

En qué medida y en qué grado el derecho sea capaz de cumplir con estas pretensiones es un asunto cuya discusión se reserva para el próximo apartado. Por el momento, sin entrar a considerar la validez y la corrección de la suposición, lo cierto del caso es que al derecho le compete establecer criterios legales a partir de los cuales se encuadran las relaciones jurídicas que entablan entre sí los sujetos de derecho y tales criterios, llegado el caso, son empleados para juzgar las conductas de dichos sujetos. Esto significa que el fenómeno de la legalidad se caracteriza por imponer parámetros dentro de los cuales se encuadran una vasta multiplicidad de vínculos, incluyendo aquellos en los que prima la confianza.

Ahora bien, las relaciones jurídicas que involucran vínculos de confianza son de muy variada índole: a título ilustrativo, estos vínculos pueden manifestarse en la relación entre patrono y empleado en el marco del derecho laboral o en la relación entre padres e hijos en el marco del derecho de familia, por mencionar dos casos. Empero, en ninguna otra instancia jurídica se presentan los vínculos de confianza con tanta incidencia y relevancia como en el contexto de las relaciones negociales insertas en el ámbito del derecho contractual.

Dado que aquí lo que interesa es considerar cómo opera la confianza al interior del derecho, el ámbito del derecho contractual es terreno propicio para encausar esta indagación y para circunscribir el análisis debido a la centralidad que la confianza ocupa en el medio de las relaciones negociales. Por tal motivo, dentro de dicho terreno, la buena fe contractual adquiere importancia capital al tratarse de un principio general del derecho que domina todo este sector del ordenamiento jurídico y debido a la influencia directa que ella ejerce sobre el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas que surgen dentro de este ámbito.

Primeramente, un factor determinante de las operaciones de confianza que toman lugar en el ámbito contractual, a diferencia de los modos que esta asume en otros sectores del ordenamiento jurídico, es la preminencia que en dicho campo ocupa la noción de contrato. El contrato, entendido como el pacto entre dos o más partes en el cual cada contrayente

expresa libremente su voluntad de asumir deberes y derechos recíprocos, constituye el marco paradigmático dentro del cual se encuadran las relaciones negociales. Por tanto, cualquier tentativa de dar cuenta de la manera en la que la confianza se manifiesta en este ámbito requiere posicionar al contrato como el primer punto que merece recibir atención.

Tal cual se señaló en su momento, el hecho de que los individuos estimen necesario formalizar su acuerdo por medio de un contrato puede interpretarse como una señal de que existe desconfianza entre las partes y no como una muestra de confianza⁶¹³.

Aceptar esta interpretación, sin más, sería conformarse con un análisis superficial de la cuestión. Esto es así puesto que, si bien es cierto que en la práctica se presentan casos en los que se prescinde de un contrato al entablar un intercambio comercial gracias a la confianza mutua que albergan entre sí las partes, se pasa por alto el hecho de que las operaciones comerciales siempre conllevan un grado de riesgo para los involucrados y que, en su transcurso, es factible que acontezcan situaciones imprevisibles no contempladas por las partes. Ante tales supuestos el contrato funge de garantía que fomenta la confianza, en lugar de minarla, asegurándole así a los contrayentes que, independientemente de las circunstancias que acaezcan, estos cuentan con un registro de lo pactado.

Contar con este registro de lo pactado es lo que, precisamente, permite contar con el amparo de la ley a nivel jurisdiccional, en caso de ser necesario. A la luz de lo anterior, al considerar nuevamente la suposición básica antes formulada, queda claro que si el derecho establece un marco normativo para asegurar la certeza y la seguridad esto significa que el contrato es parte integrante de este esquema de la legalidad y el medio por antonomasia a través del cual se persigue la consecución de dichos fines en el ámbito contractual.

Por ende, en el contexto de un contrato, se argumenta que la confianza se manifiesta cuando menos bajo dos modos: primero, bajo el modo de la confianza interpersonal de las partes entre sí que el contrato fomenta al fungir de registro de lo pactado y de garantía de accionabilidad judicial; y segundo, bajo el modo de la confianza impersonal⁶¹⁴ que las partes del negocio depositan en el sistema simbólico de la ley, en general, y en sus instituciones adscritas, en específico, al estas aceptar someterse a los criterios legales que reglan los

⁶¹³ Al respecto, ver *supra*, 101.

⁶¹⁴ Al respecto, ver *infra*, 218–233, el apartado titulado «El sistema simbólico de la ley (o la confianza «depositada en el derecho»)».

contratos —y, por extensión, también el vínculo— y al ellas aceptar la eventual intervención de las instancias judiciales con miras a la resolución de cualquier posible conflicto.

Sin embargo, la confianza en el contexto del contrato, bajo cualquiera de ambos modos descritos, es mediada por la buena fe contractual que viene a especificar maneras concretas y perceptibles que ejercen influencia determinante sobre el desenvolvimiento del vínculo negocial en sus diversas etapas. A continuación, se precisan estos aspectos.

En primer lugar, recuérdese que el principio de buena fe domina el sector contractual del ordenamiento jurídico de tal forma que se entiende que las exigencias de buena fe son inmanentes a todo contrato, además de encontrarse incorporado en múltiples instituciones de derecho privado. La buena fe, al ser inmanente al contrato, tiene vigencia durante todo el iter contractual lo cual supone diversos deberes y derechos que dependerán no solo del tipo de contrato del que se trate sino, además, de la etapa en que se encuentre la relación negocial.

Asimismo, conviene no olvidar que, durante un trayecto importante de la historia jurídica, el paradigma dominante en materia contractual lo sienta el principio de autonomía de la voluntad cuyo cometido es la preservación del acuerdo, reduciendo la función del juez a una función meramente declarativa e imposibilitándolo para modificar el contrato.

Por el contrario, con el regreso a escena del principio de buena fe contractual se gesta una recuperación de ciertas atribuciones antaño encomendadas al juez: su labor interpretativa para analizar tanto el contrato como el vínculo y su labor integradora, que lo faculta a modificar el contenido del contrato cuando así lo amerite el caso.

Conforme a lo dicho, el principio de buena fe guarda una relación antinómica con respecto al principio de autonomía de la voluntad; empero, tal cual se señaló en su momento, tanto un principio como el otro, cada uno a su manera, vehiculizan la confianza en el ámbito contractual, aunque difieran en cuanto a los medios⁶¹⁵.

En segundo lugar, resulta oportuno retomar la categoría de la buena fe subjetiva que se vincula primariamente con la creencia, lo que establece un puente de comunicación con la dimensión axiológica de la buena fe contractual.

Para sintetizar, la buena fe subjetiva es un estado de creencias del sujeto que recae ya sea sobre la corrección jurídica de su actuar o sobre una apariencia jurídica que se le presenta

⁶¹⁵ Al respecto, ver *supra*, 103–105.

respecto al derecho de un tercero. En cada caso el sujeto confía en que no infringe el orden jurídico, de tal forma que «El sujeto procede en correspondencia entre el creer y el actuar»⁶¹⁶.

Ante un error o una ilegalidad, la buena fe subjetiva cumple una función legitimante que exime de la infracción dado que para gozar de su protección «en realidad lo importante es aquello en lo que se confió como real»⁶¹⁷. Lo anterior acarrea que quien actúa de buena fe, en su aspecto subjetivo, alberga la convicción de obrar conforme a derecho, sin desconfiar de su actuar o de la apariencia que se le presenta, por lo cual «Esta confianza legítima en lo que se le presenta al sujeto como Real es lo que se protege»⁶¹⁸.

Como queda en evidencia, la buena fe subjetiva es una categoría en la que convergen los tres elementos base que conforman la dimensión axiológica: el estado de creencias del sujeto es análogo a un estado de confianza en el que no se duda de los propios actos ni del derecho aparente de un tercero, todo lo cual faculta emprender la acción. Ahora, si bien es notorio que aquí el acento se posiciona sobre la creencia, como un estado de consciencia del sujeto, lo cierto del caso es que la buena fe subjetiva debe ser valorada como conducta para determinar si hubo o no culpa a partir del criterio de la diligencia debida⁶¹⁹.

Una situación análoga se presenta con la categoría de la buena fe objetiva dado que esta igualmente requiere de una valoración subjetiva⁶²⁰, que se comenta de seguido.

Esto conduce a Ordoqui Castilla a reconocer que la distinción entre buena fe subjetiva y objetiva es de corte académico y a abogar por una visión unitaria del concepto de buena fe que está integrada por estos dos aspectos⁶²¹.

En tercer lugar, a diferencia de su aspecto subjetivo, la buena fe objetiva posiciona el acento sobre el elemento base de la acción en tanto se interesa, primordialmente, por la conducta de los contratantes, en el marco de la relación negocial, al fungir como el estándar de comportamiento esperable de las partes: «La buena fe objetiva pondera si la conducta asumida se ajusta a un estándar jurídico objetivo de conducta social y éticamente exigible»⁶²². Se entiende, por tanto, que la voluntad de las partes, expresada mediante el contrato, se

⁶¹⁶ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 112.

⁶¹⁷ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 114.

⁶¹⁸ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 114.

⁶¹⁹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 130.

⁶²⁰ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 130.

⁶²¹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 130.

⁶²² Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 130.

adecúa a las exigencias que plantea la buena fe en su aspecto positivo que se caracteriza por la imposición de deberes. Con respecto a estos deberes cabe indicar que:

La buena fe se concreta en la generación de normas de conducta (función normativa) que comienzan siendo concretas para el caso en cuestión y luego, según los casos, pueden derivar en normas de aceptación jurisprudencial generalizada⁶²³.

La generación de estas normas de conducta es influida por usos y costumbres, al igual que por exigencias sociales del medio, por lo que pueden variar en cada caso. Empero, en términos generales, a las partes se les exige que actúen con honestidad, lealtad, corrección, características típicas de un vínculo de confianza y la presencia de estos deberes busca asegurar que las partes no defrauden la confianza que recíprocamente se han depositado la una a la otra. Más aún, el énfasis en la acción no se agota en la imposición de deberes en las diferentes etapas del contrato. Aunado a ello, el énfasis en la acción también es significativo por cuanto, en última instancia, serán las acciones concretas de las partes las que son sometidas a escrutinio por parte del juez, a quien le corresponde juzgar su conformidad en relación con el estándar de comportamiento que entraña la buena fe objetiva.

En cuarto lugar, este último punto sirve de enlace entre la función del juez, a la cual recién se hace alusión, y el tema por abordar en el siguiente apartado respecto a la confianza depositada *en* el derecho. En este sentido, si bien el esquema de la legalidad proporciona tutela al valor jurídico de la confianza mediante sus mecanismos de producción jurídica, siendo la buena fe contractual fiel ejemplo de ello, lo cierto del caso es que dicha tutela debe ser ejercida por *alguien*. En el caso puntual de la buena fe, ese *alguien* es justamente el juez, quien sirve como un punto de acceso para el sistema simbólico de la ley al encausar la confianza impersonal depositada en dicho sistema y traducirla a formas perceptibles.

Circunscrito al ámbito contractual, la buena fe, entendida bajo su acepción de estándar jurídico, le permite al juez desempeñar esta labor de concreción al otorgarle a este un mayor margen de discrecionalidad para contemplar factores no contemplados por el legislador o por las partes con tal de arribar a una solución jurídica para cada caso. Asimismo, esto entraña que el juez goce de poderes de interpretación y de integración del contrato, debido a la flexibilidad de la buena fe en calidad de estándar jurídico, de tal manera que se le faculta

⁶²³ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 132.

modificar su contenido por dos vías: al establecer los deberes antes discutidos (buena fe objetiva) o al legitimar el proceder de una conducta errónea (buena fe subjetiva).

**

En síntesis, los cuatro aspectos recién explorados son muestra del rol garante de la buena fe contractual a favor de la confianza y de cómo los elementos integrantes de su dimensión axiológica operan en esta manera particular de concebir la confianza al *interior* del derecho.

Al partir de la tesis según la cual la importancia y la necesidad de la confianza surgen a raíz de la incertidumbre radical de la interacción humana, resulta factible aseverar que el derecho pretende disminuir dicha incertidumbre con tal de asegurar la certeza y la seguridad en el tráfico jurídico. En materia contractual el contrato es un baluarte, en dicho sentido, aunado al hecho de que la protección que esta figura ofrece viene a ser reforzada por las exigencias que la buena fe demanda que deben seguirse en las relaciones negociales.

Frente a la incertidumbre, en el marco de un contrato, la buena fe fija un estándar de comportamiento al que las partes deben adecuar su conducta, impone deberes por cumplir a ambos contrayentes y resguarda a quien cree actuar conforme a derecho. En cada uno de estos supuestos, la buena fe protege la confianza y, simultáneamente, protege contra el engaño; esto es así dado que ella en ninguna instancia ampara al sujeto que procede con dolo.

Los dos aspectos de la buena fe, subjetivo y objetivo, privilegian cada uno de ellos uno de los elementos base de su dimensión axiológica —creencia y acción, respectivamente. Sin embargo, no debe perderse de vista que se trata de una distinción analítica útil para diferenciar efectos pero que, en la praxis, estos elementos operan conjuntamente.

La génesis de la confianza, en el plano social, viene condicionada por la interacción humana. Solamente una vez que los individuos deciden vincularse recíprocamente, ya sea al prometer, al trocar o al tranzar, en relaciones de cooperación que entrañan deberes y derechos correlativos, es que la confianza adquiere relevancia para el derecho en su faceta contractual. Esta relevancia se manifiesta en el establecimiento de parámetros contractuales —*ex ante*— y en la ejecución frente al incumplimiento —*ex post*—, funciones que le competen al derecho como garante de los negocios jurídicos. Ahora, más allá del respaldo de la legalidad, la pregunta es qué garantías se brindan las partes para asegurar el cumplimiento de lo pactado.

Así pues, para que un vínculo de confianza devenga en negocio jurídico resulta indispensable cumplir cuando menos con dos condiciones de posibilidad: primero, que los contrayentes alberguen la *creencia* recíproca de que su contraparte cumplirá con lo pactado; y, segundo, que dicha creencia movilice a la *acción* de cumplir con la prestación a la cual cada contrayente se comprometió. El sustrato de la creencia es subjetivo pero que esta creencia sea recíproca le brinda un carácter intersubjetivo que permite a las partes operar *como si* tuviesen un parámetro objetivo, basado en la confianza, que sustente su expectativa del cumplimiento del otro. Gracias a esta operación de la creencia, que fortalece las expectativas de las partes, cada una de ellas puede ejecutar los actos tendientes al cumplimiento de la propia conducta —la acción— que se comprometieron a realizar.

Comprendida de esta manera, la confianza funciona como un conducto que facilita que una creencia se materialice en una acción. Las creencias versan acerca de las expectativas con respecto a las acciones del otro, mientras que por influencia de la confianza se facilita que dichas expectativas sean satisfechas. No obstante, este proceso también puede acontecer de manera inversa. Recuérdese que, dado el carácter relacional de la confianza, las acciones de las partes guardan el potencial de repercutir en cómo se desenvuelve el vínculo. En este sentido, las acciones de las partes se encuentran informadas por las creencias que se hayan forjado acerca de su contraparte y de sus expectativas. Por ello, al actuar, las partes, asimismo, influyen en el estado de creencias del otro y, por ende, es posible que dichas acciones repercutan en la confianza ya depositada —fortaleciéndola o minándola.

En conclusión, de los tres elementos base que conforman la dimensión axiológica de la buena fe contractual, puede comprenderse la confianza como si esta cumpliera la función de un puente que comunica las creencias y las acciones de los individuos involucrados en un vínculo, negocial en este caso. De esta manera se entabla así un proceso de retroalimentación entre cada uno de estos elementos de forma tal que tanto las acciones ejecutadas por las partes —sus *comportamientos*— como las creencias que estas albergan —sus *expectativas*— juegan un rol crucial que incide directamente en el grado de confianza que media su relación.

Con estas consideraciones finaliza la discusión respecto al rol de la confianza al *interior* del derecho para dar paso a la segunda parte del examen por efectuar.

B. El sistema simbólico de la ley (o la confianza «depositada *en* el derecho»)

Concluido el análisis respecto al rol de la confianza al interior del derecho, con énfasis en la labor de tutela de la buena fe en el ámbito contractual, a continuación, se prosigue con una línea de interrogación que avanza en la misma dirección, pero que se perfila desde un enfoque de mayor amplitud. Ahora lo que interesa examinar es la confianza depositada *en* el derecho; es decir, cómo el propio sistema simbólico de la ley gestiona la confianza que los particulares le depositan al entregarse al tráfico jurídico y al someterse a su autoridad.

Para iniciar, pues, conviene traer de nuevo a colación la suposición básica formulada con anterioridad según la cual, ante la incertidumbre, el derecho pretende ofrecer un marco normativo que fomente la certeza y seguridad de los particulares. Esta suposición básica sirve de premisa para el argumento respecto al rol de la confianza al interior del derecho. Empero, en este momento se somete esta misma suposición a un abordaje crítico que comienza por interrogar si el derecho, realmente, es capaz de cumplir con estos ideales que, en buena teoría, disminuyen la incertidumbre que opera dentro de su ámbito de acción en concreto.

Puesto en otras palabras, al confiar los individuos en el quehacer jurídico, ¿está la confianza de los particulares bien depositada? ¿Confían ellos, verdaderamente, en el derecho o no les queda otro remedio más que hacerlo? En este último supuesto, entonces ¿no implica la sujeción al derecho una variante de la confianza forzada que postula Hosking?

Dicho con un tono que invita a la polémica: ¿es prudente confiar en el derecho? Estos son los cuestionamientos centrales en torno a los cuales gravita la presente discusión cuya estructura argumentativa se divide en dos momentos.

En un primer momento, se introducen las consideraciones pertinentes para poder comprender al derecho como *sistema simbólico*, para lo cual se recurre a la definición que Hosking ofrece respecto y a dicha categoría y, a partir de ella, se elaboran los argumentos que de tal concepción se desprenden recurriendo a insumos complementarios. En un segundo momento, por su parte, se examina el asunto de la confianza de la que es depositaria el sistema simbólico de la ley, cómo dicho sistema gestiona esa confianza y tales respuestas se contraponen al mito básico del derecho formulado por Jerome Frank, lo cual pone de relieve las problemáticas de la incertidumbre y de la inseguridad jurídica.

1. Del derecho en su acepción de «sistema simbólico»

A lo largo de la presente sección se ha privilegiado una concepción interpersonal de la confianza —de aquella confianza que los individuos se depositan recíprocamente en sus relaciones, sean estas de índole jurídico, comercial o de otro tipo. Sin embargo, tal cual se señaló oportunamente, esta no es la única variante que asume la confianza. La confianza también puede operar en un plano impersonal, análogo a lo que autores provenientes de la sociología —como Luhmann— han denominado confianza sistémica a aquella confianza que recae sobre el orden simbólico ante el cual los individuos experimentan adhesión automática.

Steven Johnstone brinda una definición útil de confianza impersonal, según la cual ella «denota las maneras en que los sistemas abstractos permiten a las personas interactuar rutinariamente, incluso con desconocidos, *como si ellos confiaran el uno en el otro*»⁶²⁴. Esta variante de la confianza no recae sobre las relaciones que entre sí entablan los individuos, sino que, más bien, remite a los sistemas abstractos o sistemas simbólicos en los cuales los individuos depositan su confianza y que, asimismo, son los que posibilitan el surgimiento de diversas manifestaciones de confianza personal o interpersonal⁶²⁵. Según Johnstone, para autores tales como Luhmann y Giddens, «la confianza impersonal o la confianza generalizada —la confianza depositada en sistemas abstractos como el dinero o el derecho— hace que las nociones usuales de confianza personal sean marginales o incluso irrelevantes»⁶²⁶.

Esta última apreciación no se comparte por completo debido a que, si bien es cierto que en las sociedades contemporáneas la confianza impersonal es imperante —sobre todo en las relaciones que los individuos establecen con respecto a las instituciones asociadas a diversos sistemas simbólicos (*e.g.*, entidades financieras, en el caso del dinero o tribunales de justicia, en el caso del derecho)— esto no anula la necesidad de la confianza interpersonal para el mantenimiento y el fortalecimiento de la confianza impersonal. Es más, la actual crisis de confianza se predica no de la confianza interpersonal, sino del fallo de ciertas estructuras de confianza impersonal que han generado desconfianza pública.

⁶²⁴ Steven Johnstone, *A History of Trust in Ancient Greece* (Chicago: University of Chicago Press, 2011), 2; trad. propia.

⁶²⁵ Johnstone, 2.

⁶²⁶ Johnstone, 3; trad. propia.

En este punto conviene retomar el argumento central que avanza Hosking según el cual la confianza es mediada a través de sistemas simbólicos y de sus instituciones asociadas. Dentro de los principales sistemas simbólicos figura el sistema simbólico de la ley que se encarga de sustentar «un marco de referencia socialmente avalado dentro del cual las relaciones personales e institucionales puedan conducirse, y cuando sea necesario habilita que los conflictos sean resueltos de manera no violenta»⁶²⁷. Todo sistema simbólico tiende a crear sus propias estructuras institucionales y, en este respecto, el derecho no es excepción, razón por la cual los órganos estatales que ejercen las labores legislativas, ejecutivas y judiciales pueden considerarse expresiones de este sistema simbólico en particular.

No obstante, a pesar de que las labores legislativas y ejecutivas son indispensables para avalar socialmente el marco de referencia normativo que el derecho entraña, conducir la actividad judicial es aquella labor que define al quehacer jurídico y que le compete con exclusividad al derecho, en calidad de disciplina y praxis social.

Al interior del sistema simbólico de la ley, la conducción de la actividad judicial — de la denominada administración de justicia— adquiere capital importancia porque esta funge de vértice en torno al cual se articula todo el entramado institucional jurídico.

Asimismo, la relevancia de este entramado institucional radica en el hecho de que, para que este surta sus efectos, resulta necesario facultar a determinados individuos con las potestades suficientes para que estos cumplan con la tarea de salvaguardar o de *hacer valer*, precisamente, el marco de referencia normativo que rige las relaciones y conductas de los sujetos de derecho en un medio social determinado.

En caso de aceptarse el argumento anterior, la conclusión que se sigue es transparente: los tribunales de justicia son la principal institución —mas no la única— asociada al sistema simbólico de la ley, motivo por el cual, dentro de dicho entramado institucional, la figura del juez ocupa una posición preponderante como garante del esquema de la legalidad.

Vale aclarar que con esta conclusión no se afirma que los tribunales de justicia sean la única institución creada por el sistema simbólico de la ley: las escuelas de derecho, las firmas de abogados, las instituciones no-gubernamentales, los colegios de abogados, las casas de justicia, todas ellas son instituciones asociadas a este sistema simbólico. De la misma manera, tampoco se afirma que el juez sea el único actor involucrado en este entramado

⁶²⁷ Hosking, *Trust*, 42; trad. propia.

institucional: los abogados litigantes, los defensores públicos, los fiscales, los árbitros, las partes en una litis, todos ellos son actores participantes dentro del mismo sistema simbólico.

Lo que sí se afirma es que si se parte de la premisa de que el derecho es un sistema simbólico, tanto los tribunales de justicia como la figura del juez son engranajes centrales de dicho sistema sin los cuales las piezas restantes, que conforman el todo, pierden su propósito.

Los tribunales de justicia constituyen, así, el principal escenario dentro del cual se garantiza la vigencia y la aplicación del marco de referencia normativo del derecho, esto por medio de las funciones y de las potestades encomendadas a los jueces, junto al auxilio y a las labores desempeñadas por los funcionarios judiciales. Así pues, se entiende que instituciones asociadas como las comentadas con anterioridad, al igual que los actores mencionados, se encuentran supeditadas a las determinaciones a las que arribe el órgano jurisdiccional.

Por consiguiente, atendiendo a todo lo dicho hasta este punto, resulta factible aseverar que la confianza «depositada *en* el derecho», por parte de los particulares, es gestionada por el sistema simbólico de la ley por dos vías centrales que operan complementariamente.

Primeramente, por vía de una confianza sistémica o confianza generalizada, de corte impersonal, que recae propiamente sobre el marco de referencia normativo que el derecho impone de manera coactiva. En el contexto de un estado de derecho, se confía en la vigencia de una serie de cuerpos y preceptos legales (*e.g.*, constitución política, legislación, reglamentos, decretos, etc.) que estipulan determinados derechos, deberes y obligaciones, además de la presencia de procedimientos por cuyo medio estos son accionables; se confía en que las relaciones personales o institucionales que entablan los sujetos están reguladas por la legalidad y que gozan de su amparo; y se confía en que, en caso de conflicto, es posible acudir a las autoridades judiciales para que emitan una sentencia que dirima dicho conflicto.

Ahora bien, en caso de que se acuda a las autoridades judiciales, es decir, en caso de que un individuo decida entablar un proceso judicial con la pretensión de hacer valer sus derechos, se modifica la gestión de la confianza por parte del sistema simbólico de la ley. La confianza sistémica, de corte impersonal, requiere de una mayor concreción y esta se redirige hacia el rol del juez, en cuya figura confluyen distintos tipos de confianza.

En el escenario de un proceso judicial la confianza de los particulares es gestionada, principalmente, por vía de una confianza institucional que recae sobre la figura del juez,

quien funge de punto de acceso por cuya mediación las partes de un litigio se aproximan y se relacionan con la institucionalidad jurídica, puntualmente, con los tribunales de justicia.

Sin embargo, esto no agota la confianza que los particulares depositan en la figura del juez. En este mismo escenario también opera una confianza que versa acerca de las expectativas asociadas al contexto del rol que el juez desempeña: en virtud de su rol, las partes del litigio albergan la expectativa de que el juez actúe con imparcialidad, con objetividad, con equidad y que este brinde justicia pronta y cumplida. Asimismo, de manera complementaria, se confía en la figura del juez como una autoridad epistémica, confianza que se sintetiza en la máxima latina *Iura novit curia*: el juez conoce el derecho.

Estas son, pues, las vías centrales por medio de las cuales el derecho, en su acepción de sistema simbólico, gestiona la confianza que le es depositada por parte de los particulares. Resulta oportuno señalar que las consideraciones efectuadas son producto de aplicar las categorías para el estudio de la confianza a una serie de presupuesto básicos que informan el desarrollo del quehacer jurídico. Por dicha razón, el contexto de validez de los argumentos ofrecidos se circunscribe a los límites de un examen conducido en un plano teórico.

Ahora, en los siguientes apartados —por el contrario— se pretende elaborar, a partir de los insumos formulados, una reflexión que incorpore elementos propios de una *pragmática jurídica*, al decir de Haba, al considerar la interrelación derecho-confianza a la luz del mito básico del derecho y las respuestas que ofrece la óptica del realismo-crítico.

2. De la interrelación derecho-confianza a la luz del «mito básico del derecho»

En el apartado anterior se ha avanzado la tesis según la cual puede comprenderse que la confianza de los particulares en el sistema simbólico de la ley recae, en primer lugar, sobre la presencia del *marco de referencia normativo* que el derecho garantiza y, en segundo lugar, sobre la figura del juez —bajo distintos modos—, en el contexto de un proceso judicial, cuando estos acuden a los tribunales de justicia con el fin de hacer valer sus pretensiones.

Ahora, en esta instancia la pregunta por formular es la siguiente: ¿qué sucede con esta confianza una vez que se ingresa al escenario concreto de la *praxis* judicial?

En aras de no inducir a equívocos con respecto al alcance del análisis hasta aquí conducido, conviene plantear una respuesta preliminar a este interrogante: un individuo que

acuda a las autoridades judiciales podrá confiar en que el marco de referencia normativo que garantiza sus derechos será aplicado, pero esta confianza no justifica la creencia de que la aplicación que haga el juez de tal marco de referencia normativo será predecible de antemano.

Aquí el factor de juicio determinante es la predecibilidad del resultado último —de la sentencia que dicte el juez— que se obtenga en el marco de una contienda judicial.

En los capítulos iniciales de *Law and the modern mind*⁶²⁸ el jurista norteamericano Jerome Frank explica a qué obedece esta falta de predecibilidad en la aplicación del derecho.

En dicha obra Frank comienza por señalar que el público lego muestra una actitud ambivalente frente a la profesión abogadil que oscila entre el respeto y el recelo; el lego, en su imaginario, cree que los juristas complican el derecho deliberada e innecesariamente con el ejercicio de su oficio⁶²⁹. Cuando se encuentra en un aprieto legal, el lego recurre al abogado para que este, por medio de sus artimañas, lo ayude a solucionar la situación a la que se enfrenta; empero, el empleo de tales artimañas es también un motivo de sospecha.

En la opinión pública impera la creencia, por tanto, de que una revisión honesta de los textos legales conduciría a que estos se simplifiquen y reduzcan a una suerte de tabla logarítmica y que, si los juristas estuviesen realmente dispuestos a hacerlo, ellos podrían «idear algún tipo de reglas diapositivas legales para encontrar respuestas legales exactas»⁶³⁰. El lego cree que el derecho puede convertirse en un dominio certero, invariable, y que, si en la práctica no sucede así, los abogados —por su falta voluntad— son los responsables.

Ante tal creencia popular Frank opone la siguiente objeción: «Pero el derecho tal como lo tenemos es incierto, indefinido, sujeto a cambios incalculables»⁶³¹.

La exigencia de exactitud legal denota, subrepticamente, un reconocimiento de este carácter incierto del derecho. Es más, puede concederse que la opinión del lego sea justificada en cuanto «el coeficiente de incertidumbre legal es incuestionablemente amplio, que predecir las decisiones de las cortes en muchos puntos es imposible»⁶³². No obstante, al tratarse de cuál sea la fuente de dicha incertidumbre, el parecer del autor se distancia de las suposiciones

⁶²⁸ Jerome Frank, *Law and the modern mind* (New York: Tudor Publishing Company, 1936).

⁶²⁹ Frank, *Law*, 3.

⁶³⁰ Frank, *Law*, 5; trad. propia.

⁶³¹ Frank, *Law*, 5.

⁶³² Frank, *Law*, 5; trad. propia.

comunes que al respecto se formula la opinión pública: «Empero, el lego erra en su creencia de que esta carencia de precisión y finalidad debe adscribirse a los abogados»⁶³³.

Esta es una tesis central en el pensamiento de Jerome Frank que defiende a lo largo de su obra: el derecho es fundamentalmente incierto y que así sea es una condición intrínseca a su quehacer práctico —no una circunstancia de la que sean culpables sus practicantes.

Así pues, si estas carencias no deben adscribirse a los abogados, entonces ¿cuál es la razón de ser de dichas carencias? ¿Por qué el derecho carece de precisión y finalidad?

Esto es así, explica Frank, por un sencillo motivo:

La verdad de la cuestión es que la noción popular de las posibilidades de exactitud legal está basada en un malentendido. El derecho siempre ha sido, lo es ahora, y siempre seguirá siendo, ampliamente vago y variable. Y bien ¿cómo podría esto ser de otra manera? El derecho trata con relaciones humanas en sus más complicados aspectos⁶³⁴.

Ahora, este malentendido respecto a las posibilidades de exactitud legal no radica solamente en el obscurecimiento del carácter incierto, vago y variable del derecho. Dicho malentendido también estriba en juzgar que tales características del derecho son indeseables e incluso perjudiciales. Tal no es el caso, señala Frank, dado que «Mucha de la incertidumbre del derecho no es un accidente desafortunado; ella es de inmenso valor social»⁶³⁵.

El valor social que reporta la incertidumbre jurídica consiste en que son múltiples los factores de innovación que se presentan en la práctica jurídica cotidiana debido a que el derecho regula una realidad social cambiante. En virtud de dicho potencial de innovación es factible que acontezcan situaciones no contempladas originalmente por las normas cuando estas fueron creadas, al igual que resulta imposible anticipar todas las permutaciones futuras y combinaciones fácticas que puedan presentarse en el marco del quehacer jurídico⁶³⁶.

El derecho, por tanto, busca continuamente un compromiso entre la necesidad de estabilidad y la necesidad de ajustamiento ante los supuestos novedosos que formula la realidad social, por lo cual: «El desarrollo constante de problemas sin precedentes requiere de un sistema legal capaz de fluidez y de flexibilidad»⁶³⁷. Tal fluidez y flexibilidad son incompatibles con la pretensión de un sistema legal exacto, estático e inmutable que

⁶³³ Frank, *Law*, 5; trad. propia.

⁶³⁴ Frank, *Law*, 5–6; trad. propia.

⁶³⁵ Frank, *Law*, 7; trad. propia.

⁶³⁶ Frank, *Law*, 6.

⁶³⁷ Frank, *Law*, 6; trad. propia.

contemple de antemano la solución de todas las disputas legales imaginables. Por ello sucede que la incertidumbre jurídica —con la variabilidad y vaguedad propias del derecho— abre un portillo para que el derecho devenga mutable y que así se adecúe a la realidad social.

Un rasgo de suma valía que ostenta el derecho es su provisionalidad, rasgo que potencia su capacidad de adaptación. Contrario a la pretensión de un sistema legal exacto, el derecho no está escrito en piedra: que este sea provisional —que sea transitorio en lugar de ser perenne— es un hecho inevitable y, a la postre, un efecto deseable por la gran utilidad que reporta. Esto es así porque, gracias a ello, los abogados —con independencia del rol que desempeñen— son capaces de moldear el derecho para que este se adapte a una pluralidad de condiciones sociales, políticas y económicas que fluctúan continuamente⁶³⁸.

Sin embargo, en lo tocante a este punto, acontece una circunstancia paradójica. A pesar de que —en apariencia— no habría personas mejor calificadas que los juristas para reconocer el carácter provisional del derecho, esto por cuanto son ellos quienes se valen de dicha provisionalidad en la práctica de su oficio, resulta que son los mismos juristas quienes se encargan de perpetuar la ilusión de que el derecho es (o puede llegar a ser) certero.

Frank es consciente de esta circunstancia paradójica, y se cuestiona cuál es la razón detrás de este ocultamiento: «¿Tienen los abogados un propósito siniestro en ocultar la inherente incertidumbre del derecho? ¿Por qué, podría justamente preguntarse, ellos mantienen viva la creencia popular de que las reglas legales pueden tornarse predecibles?»⁶³⁹.

El autor descarta que se trate de hipocresía profesional o de cinismo, sino que lo que sucede es, simplemente, que los abogados, al igual que el lego, «fallan al no reconocer plenamente el carácter esencialmente plástico y mutable del derecho»⁶⁴⁰. Se puede sostener que los abogados experimentan inopia frente a tal incertidumbre, razón por la cual suelen conducirse como si el derecho fuese un dominio en el cual se arriba a decisiones correctas «por deducción lógica a partir de un cuerpo de reglas legales preciso y preexistente»⁶⁴¹.

Por consiguiente, en el contexto concreto del quehacer jurídico, la incertidumbre jurídica es un hecho que pasa desapercibido o que es abiertamente negado —consciente o inconscientemente— por parte de los juristas. Los juristas se empeñan en brindar la

⁶³⁸ Frank, *Law*, 7.

⁶³⁹ Frank, *Law*, 7; trad. propia.

⁶⁴⁰ Frank, *Law*, 9; trad. propia.

⁶⁴¹ Frank, *Law*, 9; trad. propia.

impresión de que la incertidumbre jurídica no se encuentra operando cuando, en realidad, esta es la condición que define, en gran medida, las operaciones jurídicas cotidianas. Así, el problema que deriva de esta circunstancia paradójica se formula en los siguientes términos:

¿Por qué los hombres ansían una permanencia y fijeza en el derecho indeseable y, en efecto, irrealizable? ¿Por qué en un mundo moderno persiste el antiguo sueño de un cuerpo legal comprensivo e inmutable? ¿Por qué la generalidad de abogados insiste en que el derecho puede ser claramente conocible y precisamente predecible, aunque, al hacerlo, ellos justifican la creencia popular en un absurdo estándar de exactitud legal? ¿Por qué los abogados, en efecto, reconocen ellos mismos tan absurdo estándar, lo que hace que su logro admirable y socialmente valioso —mantener el derecho elástico y flexible— parezca torpe y prejudicial?⁶⁴²

En otras palabras, promover la creencia en tan absurdo estándar de exactitud conduce al obscurecimiento del verdadero valor de la labor de los juristas. Al rechazar la provisionalidad y la transitoriedad del derecho —su carácter inminentemente mutable— se termina por distorsionar las posibilidades efectivas del ejercicio del oficio jurídico.

Todos los interrogantes anteriores encuentran su raíz común en lo que Frank denomina el mito básico del derecho o '*basic legal myth*'. Con este mito se denuncia la negativa por parte de los juristas, y del público lego, a reconocer que «Solo un grado limitado de certeza legal puede alcanzarse»⁶⁴³. El mito básico del derecho involucra una concepción mitológica del derecho a partir de la cual se busca satisfacer un deseo social —un profundo anhelo por un mayor grado de certeza legal— que excede las posibilidades fácticas de certeza que el derecho es capaz de ofrecer. La presencia de este deseo social implica que:

La actual exigencia de exactitud y de predecibilidad en el derecho es incapaz de satisfacción porque se busca un mayor grado de finalidad legal que aquel que es asequible, deseable o necesario. Si fuera cierto que se busca un mayor grado de certeza legal del que es prácticamente requerido o alcanzable, entonces la exigencia por excesiva estabilidad legal no surge de necesidades prácticas. Debe tener sus raíces no en la realidad sino en un anhelo por algo irreal. Lo que es decir que la difundida noción de que el derecho es o puede llegar a ser aproximadamente estacionario y certero es irracional y debería ser catalogado como una ilusión o un mito⁶⁴⁴.

En atención a lo anterior, el mito básico del derecho muestra que este deseo social por un derecho certero —estático y definitivo— se encuentra anclado en expectativas irreales que no se corresponden con las necesidades efectivas, de índole práctico, que requiere el

⁶⁴² Frank, *Law*, 10; trad. propia.

⁶⁴³ Frank, *Law*, 11; trad. propia.

⁶⁴⁴ Frank, *Law*, 11–12; trad. propia.

derecho para cumplir sus funciones. De esta incongruencia entre expectativas irreales y necesidades efectivas es que deriva el carácter irracional, ilusorio y mítico de este deseo social; este supone una demanda excesiva de certeza jurídica que, en última instancia, es innecesaria y que sobrepasa el grado de certidumbre que es dable alcanzar o desear.

Al cuestionarse por la fuente de este mito básico del derecho Frank ofrece una explicación parcial que fundamenta con base en insumos psicoanalíticos.

Según reza esta explicación, llega un momento en el desarrollo vital del infante en que este experimenta una transición lejos de un estado de seguridad hacia una confrontación con un ambiente que se le presenta incierto y sobre el cual no ejerce mayor control; el infante, entonces, recurre a sus padres para que ellos lo escuden de las nuevas exigencias que enfrenta y con el afán de recobrar aquel estado primigenio de seguridad y control⁶⁴⁵. En este esquema, el padre se le presenta al infante bajo la figura del Padre-Juez, cuyo juicio es infalible y como encarnación de los rasgos de creador, pronunciator y ejecutor de reglas⁶⁴⁶.

Sin embargo, la figura del Padre-Juez pronto termina por mostrar su falibilidad, pero, a pesar de ello, la necesidad del infante por la autoridad paternal no merma; por el contrario, se gesta una operación de sustitución, de tal modo que las características adscritas al padre se proyectan en otros individuos que fungen de «padres-sustitutos»⁶⁴⁷. Esta operación de sustitución acontece a nivel inconsciente —repitiendo el patrón de la relación padre-hijo— y a medida que el infante crece y se convierte en adulto, esta operación gana mayor sutileza a tal grado que la figura de los padres sustitutos se torna difusa, vaga e impersonal⁶⁴⁸.

Esta misma operación de sustitución es extrapolable, en el adulto, con respecto a su actitud frente al derecho, esto en tanto al derecho se le adscriben aquellas características que antaño se le atribuyeran al Padre-Juez del infante: «Para el infante el padre es el Juez Infalible, el Creador de reglas de conducta definitivas»⁶⁴⁹ y tales atributos, propios de la autoridad paternal, se antropomorfizan en la relación del adulto con el derecho. En su relación con el derecho, el adulto busca satisfacer el deseo infantil de contar con un universo

⁶⁴⁵ Frank, *Law*, 13–14.

⁶⁴⁶ Frank, *Law*, 15.

⁶⁴⁷ Frank, *Law*, 16.

⁶⁴⁸ Frank, *Law*, 16.

⁶⁴⁹ Frank, *Law*, 18; trad. propia.

completamente controlable —aquel universo que antes representara el padre— de tal forma que el adulto proyecta en el derecho los rasgos que definen a la figura del Padre-Juez.

En definitiva, esto conduce a la operación psicológica según la cual: «El Derecho — un cuerpo de reglas aparentemente diseñadas para determinar infaliblemente qué es correcto e incorrecto y para decidir quién debe ser castigado por sus fechorías— inevitablemente se convierte en un sustituto del Padre-como-Juez-Infalible»⁶⁵⁰.

Que el derecho devenga sustituto de la autoridad paternal contribuye a clarificar, desde una perspectiva psicológica, la persistencia de este mito básico del derecho.

Todo parece apuntar a que existe —en la *psique* de los individuos— una profunda necesidad por contar con una figura de autoridad que brinde seguridad, predecibilidad e infalibilidad en el juicio. Dicha figura de autoridad substitutiva es capaz de mitigar —tal como lo hiciese el padre del infante— los efectos producto de la incertidumbre. No es de extrañar, entonces, que el derecho termine por convertirse en una suerte de receptáculo en el cual se depositan tales afanes, por vía de substitución y de proyección. En palabras de Haba, aquel «anhelo por algo irreal» —la total certidumbre y predecibilidad del derecho— se encuentra arraigada en una operación inconsciente que toma lugar en los individuos y que consiste en el ansía «de hallar en el derecho un sucedáneo de la infalible autoridad paterna»⁶⁵¹.

Del mito básico del derecho manan hondas repercusiones para la comprensión de la interrelación entre el derecho y la confianza. Esto es así puesto que esta falsa creencia en las desmedidas posibilidades de certeza y de predecibilidad jurídicas —ampliamente difundida en el medio legal y social— modela y condiciona las expectativas que tanto los juristas como los particulares se forman con respecto al funcionamiento esperable del derecho.

Sobre estas expectativas el polemista Minor E. Salas ofrece una síntesis concisa:

Las esperanzas que se forman los individuos de una sociedad respecto a las preguntas arriba formuladas y respecto a un desenlace justo, correcto y afianzado en las normas puras y los hechos «verdaderos», la fe ciega en la certidumbre del resultado, la confianza en el «buen abogado», la seguridad en los tribunales, la certeza en el correcto funcionamiento de la maquinaria judicial, con sus peritos, sus

⁶⁵⁰ Frank, *Law*, 18; trad. propia.

⁶⁵¹ Enrique P. Haba, “En torno a la lucidez jurídica de Jerome Frank. (Notas sobre el «basic legal myth» y el realismo jurídico)” en *Jerome Frank irreatido: El realismo jurídico como desmitificación*, Jerome Frank, Enrique P. Haba y Minor E. Salas (Chile: Ediciones Olejnik, 2020), 52.

jueces y sus dictámenes... eso sólo puede encontrar su fundamento, su justificación, su *raison d'être*, en un mito: ¡el Mito básico del Derecho (Frank)!⁶⁵²

*
**

Al proseguir con esta línea de pensamiento resulta factible detectar cuando menos tres puntos de contacto de la interrelación derecho-confianza a la luz de las tesis de Frank acerca del mito básico del derecho y de la problemática de la incertidumbre jurídica.

Un **primer punto de contacto** consiste en considerar que tanto el quehacer jurídico como todas aquellas relaciones que involucren desplegar confianza participan del mismo fenómeno fundante: la incertidumbre radical de la interacción humana. Antes se ha dicho que la necesidad e importancia de la confianza responden a esta incertidumbre radical y, en este contexto, tal dato adquiere una nueva significación por cuanto al derecho le corresponde, justamente, regular dicha interacción, con toda su imprevisibilidad y complejidad. Tanto la confianza como el derecho comparten el hecho de que ambas operan dentro de las mismas coordenadas fijadas por una dinámica social radicalmente incierta.

Por un lado, sucede que, si tal incertidumbre no estuviese presente, no habría razón por la cual confiar en primera instancia; y, por otro lado, la vaguedad y variabilidad que desde siempre han acompañado al ejercicio del derecho, según Frank, son producto de esta condición irreductible e inescapable.

Un **segundo punto de contacto** refiere a las expectativas que los individuos se forman respecto al funcionamiento de la institucionalidad jurídica y de la predecibilidad que estos esperan de ella. Al inicio de este apartado se interrogó acerca de qué sucede con la confianza una vez que se ingresa en el escenario de la praxis judicial. Se dijo entonces, a manera de respuesta provisional, que un individuo podrá confiar en que el marco normativo del derecho será aplicado; no en que dicha aplicación será predecible de antemano. Esta respuesta es congruente con las tesis de Frank respecto a la incertidumbre jurídica antes discutidas: debido al carácter inminentemente mutable del derecho —debido a su fluidez y flexibilidad— resulta imposible predecir con certeza el resultado de un proceso judicial.

Un análisis realista, tal como el conducido por Frank, no niega que haya normas de derecho positivo ni que estas carezcan de relevancia en la práctica dado que tales «tales reglas

⁶⁵² Salas, *Realismo jurídico*, 105–106.

creídas suelen tener influencias considerables»⁶⁵³. Lo que este análisis realista sí pone de relieve es que el acto de *creer* en un «absurdo estándar de exactitud legal» —a partir del cual las normas se conciben *puras* y cuya aplicación sea siempre *correcta*— es un acto injustificado. Por extensión, pues, se entiende que *confiar* en tales expectativas de certeza es un acto igualmente insensato, a pesar de que perviva la ilusión de un derecho exacto.

Por último, un **tercer punto de contacto** remite a la explicación parcial propuesta por Frank para dar cuenta de la fuente del mito básico del derecho. De conformidad con esta explicación sucede que, ante la incertidumbre, los individuos encuentran en el derecho un sucedáneo de la autoridad paternal. Por proyección, al derecho se le atribuyen los rasgos antes atribuidos al padre del infante del tal modo que el derecho se convierte en sustituto de la figura del Padre-como-Juez-Infalible. Tal explicación parcial se encuentra en consonancia y en relación de complementariedad con la teoría psicosocial⁶⁵⁴ de Erik Erikson, aunque psicólogo alemán centra su atención en el rol materno durante el proceso de desarrollo.

Para desarrollar este punto de contacto se remite a dos ideas propuestas por Erikson: una respecto a la confianza básica y otra respecto a la interacción del infante con el orden adulto de las cosas. Adicionalmente, cabe advertir que, sobre esta misma temática, otros autores también han brindado teorías, hipótesis y respuestas al respecto⁶⁵⁵; empero, para los efectos aquí perseguidos interesa considerar solamente las ideas que se exponen de seguido.

Según teoriza Erikson, en su obra *Childhood and Society*⁶⁵⁶, la primera etapa de desarrollo del infante lo confronta con la resolución del conflicto entre la confianza básica y la desconfianza básica, a la que llama «la primera tarea del ego y [que], por tanto, es en primer lugar una tarea de cuidado maternal»⁶⁵⁷. Con esto el autor refiere a que la resolución de este conflicto a favor de la confianza básica, que a la postre contribuye a forjar un sentido de

⁶⁵³ Haba, *Frank irrefutado*, 73.

⁶⁵⁴ Sobre la teoría psico-social de Erik Erikson señala Rotenberg: «De acuerdo con esta teoría, el desarrollo está formado por una secuencia de ocho etapas de desarrollo psico-social. En cada etapa se produce un conflicto que puede resolverse de un modo psicológicamente positivo o negativo. La resolución es una etapa que afecta la capacidad del individuo para resolver las etapas posteriores. La primera etapa está formada por el binomio «confianza frente a desconfianza», y se desarrolla desde el nacimiento hasta los 18 meses de edad» en Ken J. Rotenberg, *La psicología de la confianza* (Bilbao: Ediciones Mensajero, 2019), 11–12.

⁶⁵⁵ Al respecto, ver: Jacques Derrida, *Fuerza de Ley: El fundamento místico de la autoridad* (Madrid: Tecnos, 2018); sobre la Teoría del apego, ver: John Bowlby, *Attachment and loss: Vol. I. Attachment* (New York: Basic Books, 1969).

⁶⁵⁶ Erik H. Erikson, *Childhood and Society* (London: Paladin, 1977).

⁶⁵⁷ Erikson, *Childhood*, 223–224; trad. propia y texto agreg.

seguridad y de bienestar en etapas posteriores, dependerá de la calidad de la relación materna; es decir, dependerá del cuidado que al infante se le brinde y de la atención de sus necesidades⁶⁵⁸.

Más aún, con respecto al tema del sentido, de la seguridad y de la infalibilidad del juicio, es ilustrativo el señalamiento de Erikson según el cual:

Los padres no deben solamente contar con ciertas vías para guiar por prohibición y permiso; ellos también deben ser capaces de representarle al infante una profunda convicción, casi somática, de que hay un sentido en lo que ellos están haciendo⁶⁵⁹.

En atención a lo anterior, más allá de la creación y ejecución de reglas de conducta definitivas, tanto el padre como la madre deben ser capaces de infundirle al infante la honda sensación de que sus acciones gozan de plenitud de sentido; que sus actos reflejan orden y control, que reflejan que ellos saben lo que están haciendo. El hecho de que tal etapa se resuelva exitosamente contribuye a contrarrestar los efectos de la incertidumbre y, asimismo, a explicar la predisposición hacia el acto de confiar de la que habla Hosking.

Ahora, la segunda idea a tomar en cuenta de Erikson parte de lo recién comentado.

En caso de resolverse con éxito la primera etapa, esto conduce a que la confianza básica emergente se afiance y coadyuve a forjar la autonomía del infante —en oposición a la vergüenza y la duda—; tal circunstancia acontece cuando el infante, progresivamente, se inserta en un contexto social de mayor amplitud, a tal punto que sucede que:

La duradera necesidad, por parte del individuo, de que su voluntad sea reafirmada y delineada por un orden adulto de las cosas, que a un mismo tiempo reafirma y delinea la voluntad de otros, tiene una salvaguarda institucional en el *principio de la ley y el orden*. En la vida cotidiana al igual que en los tribunales superiores de justicia —domésticos e internacionales— este principio prorrotea a cada uno sus privilegios y sus limitaciones, sus obligaciones y sus derechos⁶⁶⁰.

Por consiguiente, si bien desde el punto de vista de Frank el infante encuentra en otras figuras un sustituto de la autoridad paternal, el punto de vista de Erikson añade una nueva dimensión a dicha explicación parcial. La relación del infante con el orden de la legalidad no se agota en la réplica del patrón relacional padre-hijo. Inserto en un plano social de mayor amplitud acontece que la interacción del infante con aquel «orden adulto de las cosas» promueve —o menoscaba— su sentido de autonomía al marcar los límites de la voluntad propia y ajena. Esta función delimitadora de la voluntad, bajo el modo del principio de la ley

⁶⁵⁸ Erikson, *Childhood*, 224.

⁶⁵⁹ Erikson, *Childhood*, 224; trad. propia.

⁶⁶⁰ Erikson, *Childhood*, 228–229; trad. propia.

y el orden, le asigna a cada quien aquello que le corresponde de tal forma que «Así el sentido de autonomía fomentado en el infante y modificado según la vida progresa, sirve (y es servido por) la preservación, en la vida económica y política, de un sentido de justicia»⁶⁶¹.

Expresado con otras palabras: al tratarse de la pregunta por la fuente del mito básico del derecho —en el ámbito psicológico— conviene hablar de distintas fuentes (no de una, solamente) que se encuentran ancladas en una serie de operaciones psíquicas, persistentes en el tiempo y arraigadas desde las más tempranas etapas de desarrollo vital del individuo. Igualmente, la concurrencia de esta serie de operaciones psicológicas condiciona —en gran medida— la relación que los individuos establecen con el derecho y con el orden de la ley.

Primero, por proyección y sustitución, al derecho se le atribuyen los rasgos del Padre-como-Juez-Infalible propios del padre del infante. Segundo, el cuidado maternal y la atención a las necesidades del infante son factores determinantes para que este forje una confianza básica, instaurándose así una predisposición a confiar. Y tercero, la interacción con el orden adulto fomenta en el infante un sentido de autonomía para cuya preservación —en etapas posteriores— resulta indispensable el afianzamiento de un sentido de justicia.

Todas estas operaciones psicológicas no se excluyen entre sí. Por el contrario, estas acaecen concurrentemente —de manera acumulativa, incluso— y ellas juntas contribuyen a esclarecer los motivos detrás de la perpetuación del mito básico del derecho. El derecho se juzga infalible, lo cual aunado a una predisposición a confiar y al fuerte arraigo de un sentido de justicia en la vida política y económica, opone fuertes obstáculos para que los individuos logren dimensionar, en toda su extensión, la incidencia de la incertidumbre jurídica.

Así pues, para concluir, el objetivo primario del análisis aquí efectuado ha consistido en introducir el factor de la confianza a la discusión relativa al mito básico del derecho con tal de mostrar cómo este factor brinda luz sobre aspectos ausentes en la elucidación de Frank.

El principal de estos aspectos refiere, puntualmente, al porqué los individuos exhiben una propensión a confiar en expectativas irreales acerca del funcionamiento práctico del quehacer jurídico. Dichas expectativas irreales, al igual que la relación que los individuos entablan con el derecho, se encuentran enraizadas en el proceso de desarrollo psicosocial del individuo, tal cual postula Frank y reafirma Erikson. Empero, el deseo social por una mayor certidumbre legal (que aquella que es asequible o deseable) no se explica solo debido al ansia

⁶⁶¹ Erikson, *Childhood*, 229; trad. propia.

de infalibilidad, por influencia paternal, que se proyecta en el derecho. Asimismo, de manera concomitante, juega un rol decisivo el establecimiento de una confianza básica, por influencia maternal, que infunde orden y control, esto aunado al papel que desempeñan ambos padres al representarle al infante acciones que gozan de plenitud de sentido.

Finalmente, tal cual lo hiciese Frank al reconocer abiertamente el carácter parcial de su explicación sobre este mito, debe entenderse que las explicaciones complementarias aquí ofrecidas —de la mano de la teoría psicosocial de Erikson— *son igualmente parciales*.

C. La buena fe contractual *bajo la mira*: una reflexión desde la óptica del «realismo crítico»

En los dos apartados previos se condujo un examen estructurado según dos planos de análisis por medio del cual se abordó, por un lado, el rol de la confianza al *interior* del derecho —con énfasis en la dimensión axiológica de la buena fe contractual— y, por otro lado, el rol de la confianza depositada *en* el derecho —con énfasis en el papel de esta en relación con el sistema simbólico de la ley y con el mito básico del derecho—, respectivamente.

Con dicho examen se ha propuesto introducir una discusión, en gran medida ausente e inédita en la esfera de debate legal, que verse acerca de las diversas manifestaciones que es capaz de asumir el valor jurídico de la confianza. Esta discusión es novedosa, en el marco de la teoría general del derecho y de la axiología jurídica, en el sentido de que la confianza no figura entre aquellos valores tradicionalmente reconocidos como pautas valorativas (*e.g.*, seguridad, justicia, orden) que le imponen un *deber ser* al derecho. Postular a la confianza como núcleo axiológico de la buena fe sirve el propósito de abrir el portillo para que dicha discusión tome lugar y, asimismo, para comprender la interrelación derecho-confianza.

En aras de encauzar la discusión en cuestión, el presente capítulo se ha consagrado a la empresa de aportar los elementos de juicio pertinentes y los insumos teóricos necesarios que permitan profundizar en el concepto de la confianza —en conjunción con otros conceptos afines—, lo que ha facultado proponer la categoría de la dimensión axiológica de la buena fe. El examen crítico de tales elementos de juicio e insumos teóricos ha dado pie a la tarea de formular una serie de argumentos, expuestos a lo largo de esta sección, que sirven de bloques de construcción sobre los cuales edificar una concepción alterna de la buena fe que habilite un abordaje del objeto de estudio desde aristas que difieren de aquellas tradicionales.

Tras arribar a este punto en la exposición argumentativa del presente título, resulta idóneo realizar un alto en el camino para mirar en retrospectiva y obtener así una visión global del recorrido atravesado hasta este momento, esto con el motivo expreso de evaluar críticamente el progreso que se ha alcanzado a partir del plan investigativo propuesto.

Para conducir dicha evaluación crítica del progreso alcanzado se juzga provechoso perfilar una reflexión final desde la óptica del realismo crítico, variante de la corriente de pensamiento del realismo jurídico, que enfatiza la trascendencia de incorporar la dimensión simbólica al análisis realista para la comprensión cabal del fenómeno jurídico. Este enfoque ha sido cultivado por el filósofo del derecho Minor E. Salas, presente a lo largo de su vasta producción intelectual y que adquiere plena madurez en su más reciente obra *La mente del jurista. Cómo piensan (y cómo no piensan) los operadores jurídicos y sus teóricos*⁶⁶².

Esta obra cumbre del pensamiento realista contemporáneo —*La mente del jurista*—, junto con las categorías de análisis presentadas en la sección primera del presente capítulo, configuran las referencias primarias a las cuales se acude para posicionar *bajo la mira* del realismo crítico a la figura de la buena fe contractual —a todo lo que aquí ha sido dicho y propuesto sobre ella y, asimismo, a todos aquellos mitos que gravitan en torno a esta.

Por tanto, a modo de cierre, la reflexión final que en adelante se articula desde la óptica del realismo crítico cumple con el propósito último de llevar a buen puerto la labor investigativa que, a lo largo de estas páginas, se ha llevado a cabo. Con esta evaluación crítica se pretende, en primera instancia, sintetizar las principales problemáticas que encierra el estudio de la buena fe contractual que aquí se han enfrentado; esto para, en segunda instancia, mostrar las respuestas que opone frente a ellas una concepción realista del derecho y las puntualizaciones que tal concepción es capaz de aportar respecto al objeto de estudio.

Para ello el plan por seguir consta de tres momentos y este se detalla a continuación. Primeramente, se inicia por exponer la —*falsa*— pretensión de sistematicidad que comúnmente se predica del derecho de la mano del problema de su legitimidad cognitiva y, en concordancia tal pretensión, se considera el rol que cumplen los principios generales del derecho en relación con ambos asuntos. De seguido se aborda la cuestión del arbitrio y la discrecionalidad judicial en conjunto con la función que desempeña la buena fe en calidad de concepto jurídico indeterminado. Y, finalmente, se concluye con una *cacería de mitos*, tal

⁶⁶² Para la citación completa, ver *supra*, 115, nota al pie 327.

cual le denominaría Salas, para dimensionar y, sobre todo, para desmentir una serie de proposiciones categóricas emitidas por los juristas sobre el principio de buena fe contractual.

1. De la —falsa— pretensión de sistematicidad del derecho y de su legitimidad cognitiva

Tal cual se indicó oportunamente, en la obra *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, Karl Engisch descarta distintas alternativas que facultan atribuirle al derecho el carácter de sistema. Para Engisch esto solo es factible bajo el modo de una sistemática científica referente al ámbito de los trabajos dogmáticos y concluye que, al concebir y al hacer frente al fenómeno legal, la idea de sistema resulta necesaria e ineludible⁶⁶³.

Ahora bien, en el contexto de esta reflexión, ¿qué importancia tiene el asunto de la sistemática jurídica y qué tiene que ver este asunto con la buena fe contractual?

Para responder a esta pregunta cabe destacar que la importancia que reviste el hecho de considerar que el derecho ostenta —o no— un carácter sistemático remite a dos cuestiones fundamentales: por un lado, predicar sistematicidad del derecho guarda estrecha relación con la legitimidad científica de la disciplina jurídica (*i.e.*, el hecho de que a tal disciplina se le considere una ciencia) y, por añadidura, refiere a los grados de legitimidad cognitiva de los que goza —o carece— la actividad jurídica; y, por otro lado, admitiéndose el carácter sistémico del derecho (*i.e.*, aceptándose que el derecho opere sistemáticamente), sucede que los principios generales del derecho —incluido el principio de buena fe— sirven de fuentes legitimadoras e informadoras de la concepción sistemática del discurso jurídico.

Tras introducir estas cuestiones fundamentales a la reflexión, de seguido se aborda cada una de ellas y se puntualizan las implicaciones que de ellas se desprenden.

a. La legitimidad científica —¿o pecuniaria?— de la disciplina jurídica

En lo tocante a la primera cuestión, acerca de la legitimidad científica de la disciplina jurídica, resulta crucial retomar una de las precisiones críticas formuladas por Salas que le opone al planteamiento de Engisch, en contra de la tesis según la cual la idea de sistema es irrenunciable. El autor realista desestima dicha tesis en virtud del *hecho* de que en todo

⁶⁶³ Al respecto, ver *supra*, 182.

ordenamiento jurídico es constatable la presencia de valores antinómicos en conflicto, enraizados en las relaciones sociales mismas. Dado este hecho, acontece que el grado de contradicción interna de los ordenamientos jurídicos desvirtúa —por completo— los criterios de unidad, de coherencia y de completitud cuya satisfacción sería necesaria para juzgar que estos ordenamientos jurídicos constituyen, en efecto, un sistema —propriadamente dicho.

En consecuencia, la no-satisfacción de los criterios antes mentados —los cuales le otorgarían al derecho su carácter sistemático— conduce a que el *uso* de la noción de sistema, predicada del derecho, sea no solo inadecuado, sino que, además, este se muestre como un mero giro retórico o una pura fantasía para auto-engañarse, en palabras del autor.

Sin embargo, este uso retórico de la noción de sistema, aunado a los esfuerzos por hacer que el derecho se adecúe a los parámetros de un sistema categorial-clasificadorio, cumple una función velada que jamás se declara expresamente, a la manera de una pantalla de humo: esta es mantener viva la ilusión —una más— de que el derecho es un dominio de conocimiento, al igual que una *praxis* social discursiva, que se distingue por su inminente científicidad —cuando tal no es el caso. Se entiende, pues, que a esta ilusión es a lo que, en este contexto, se denomina la *falsa* pretensión de científicidad del derecho.

La pregunta que surge, de manera inevitable, es entonces ¿por qué motivo el derecho o, más precisamente, los operadores jurídicos, se esfuerzan por aparentar que la disciplina jurídica goza de un mayor carácter científico que aquel que, en realidad, posee?

La contestación de Minor E. Salas, expresada con su distintivo tono provocador, es terminante al sentenciar que «¡por las decisiones racionales y científicas —o al menos que lo aparenten— se paga mucho más!»⁶⁶⁴. De la mano del jurista alemán Bernd Rüthers, destaca el pensador realista que la pregunta por la científicidad de la ciencia —o por la *legitimidad cognitiva*, denominación por la que él aboga— se resume, al final de la partida, a que gozar de dicho estatuto le confiere a una disciplina dos atributos: prestigio y credibilidad⁶⁶⁵.

Este prestigio y esta credibilidad, en el caso puntual del derecho y en virtud de la dinámica propia de su quehacer, dependen, en sumo grado, de que la actividad judicial se conduzca según ciertas exigencias básicas, tales como lo son la objetividad y la justicia. Empero, entre tales exigencias básicas la racionalidad ocupa un lugar preponderante:

⁶⁶⁴ Salas, *Mente del jurista*, 63.

⁶⁶⁵ Salas, *Mente del jurista*, 63.

Tanto los juristas como las personas legas, en especial los ciudadanos que se ven involucrados en un pleito legal o administrativo, esperan que la aplicación del derecho, por ejemplo un proceso judicial, sea conducido como una actividad *cognitiva (racional, razonable)*⁶⁶⁶.

En caso de que la aplicación del derecho no se condujese —efectiva o aparentemente— según los parámetros propios de una actividad cognitiva, sucedería que su *praxis*, como tal, no sería aceptada —en sana teoría— por los individuos sujetos a la autoridad judicial.

Todo lo cual nos lleva a pensar que las personas, en particular para algunas cosas, dicen creer en la *ciencia* y en la *razón*. Para aceptar lo que se les impone, —en especial si eso que se les impone afecta sus vidas, su honor o su bolsillo— piden que se les presenten *evidencias* que, en mayor o menor grado, estimen como racionales, razonables o al menos justificadas.⁶⁶⁷

Ahora bien, qué tan racionales, razonables o justificadas sean estas evidencias, o la aplicación del derecho tal cual, es una temática cardinal que se problematiza en *La mente del jurista*. Allí, sucede que tal expectativa —según la cual el derecho opera como una actividad cognitiva— es el punto de partida de Salas para proponer lo que él denomina la escala cognitiva del derecho, de la cual se sirve con tal de evaluar los variables grados de legitimidad cognitiva que soporta la actividad jurídica. Para mayor claridad, cabe anotar que el concepto de legitimidad cognitiva designa: «la aspiración de una disciplina normativa cualquiera (*e.g.*, del derecho) a obtener unos conocimientos teoréticamente afianzados; o sea, defendibles empírica e intersubjetivamente en el plano de la discusión científica»⁶⁶⁸.

Claro este concepto, el ejercicio realizado consiste en avanzar a lo largo de esa escala antes dicha, atravesando los diversos grados de legitimidad que usualmente se predicán del derecho, entre ellos la racionalidad en sentido estricto, la razonabilidad, la discrecionalidad y, por último, la abierta arbitrariedad; todo esto con el fin de indagar cuál de estos grados es aquel que mejor empata con los criterios epistemológicos que el derecho satisface⁶⁶⁹.

Sin ánimo de restarle valía a estos aportes, se prescinde de una discusión en detalle de cada uno de estos grados por cuanto tal proceder rebasaría los límites de la reflexión aquí entablada. No obstante, dígase que aquel grado que resulta pertinente traer a colación, y al

⁶⁶⁶ Salas, *Mente del jurista*, 60.

⁶⁶⁷ Salas, *Mente del jurista*, 60.

⁶⁶⁸ Salas, *Mente del jurista*, 60.

⁶⁶⁹ En relación con los grados de legitimidad cognitiva, Salas descarta tres sentidos de racionalidad que podrían predicarse de la actividad jurídica; enfatiza el carácter retórico de la razonabilidad jurídica; postula la tesis de la ubicuidad del arbitrio respecto al quehacer jurídico; y, por último, muestra como la arbitrariedad entre en escena por medio de conceptos jurídicos indeterminados; ver: Salas, *Mente del jurista*, 64–97.

que se hará referencia próximamente, es el grado de la discrecionalidad judicial. Por el momento, más bien, lo que interesa resaltar es que la trascendencia del esquema analítico propuesto, al igual que el énfasis en la racionalidad del derecho, no se agota, meramente, a nivel teórico, sino que, a su vez, alberga importancia capital a nivel pragmático.

Dicha importancia capital —*el corazón de la cosa*— radica, pues, en lo siguiente:

Esto significa, en concreto, que los ciudadanos de carne y hueso acuden a los tribunales de justicia, confían en los jueces, someten sus conflictos a los juzgados, interponen denuncias y querellas ante los fiscales y, sobre todo, sí, sobre todo, aceptan *pagarle* a sus abogados grandes o pequeñas sumas de dinero para que lleven sus pleitos por la simple y sencilla razón de que ellos piensan que ese conjunto de cosas se hará de una forma más o menos sensata y objetiva. Pues si no se creyera esto, no se ve cómo una persona aceptaría someterse a semejantes situaciones⁶⁷⁰.

A partir del estado de cosas descrito, la creencia en la sensatez y la objetividad del funcionamiento de la maquinaria judicial implica, cuando menos, cierto grado de confianza básica que se encuentra operando y que, por ende, moviliza a los individuos a accionar en el escenario en el que acontece el drama simbólico del derecho —en definitiva: a que estos acepten supeditarse al orden de la legalidad. No es ninguna casualidad ni una sorpresa, pues, la vehemencia con la que el analista crítico que es Salas hace hincapié, denuncia y dirige su atención —una y otra vez— hacia los aspectos *monetarios* y *económicos* de la cuestión.

Que el derecho constituya un saber sistemático —o no—, que este goce del estatuto de disciplina científica —o no—, que la actividad jurídica sea racional, razonable, objetiva (entre tantos otros apelativos) —o no— resulta ser mucho más que una ‘inquietud epistemológica’; cada una de estas ‘inquietudes’ —quíerese o no reconocer— traen aparejadas una *motivación dineraria* de por medio. Tal motivación, desde la óptica del realismo crítico, no puede ser pasada por alto, máxime que, las más de las veces, esta constituye el *factor real* cuyo peso (en *oro*) inclina la balanza de la Dama de la Justicia sea a favor, sea en contra, de algunas de las posturas en pugna que se encuentran involucradas en las disputas teóricas bajo análisis.

La anterior consideración ejemplifica la llamada «impertinencia sociológica» de la que peca el realismo jurídico. Mostrar aquellos aspectos embarazosos e incómodos que entraña el fenómeno jurídico y que los juristas tienden a *esconder bajo el tapete* —en este caso, la manera en que la legitimidad científica deviene en la legitimidad pecuniaria para

⁶⁷⁰ Salas, *Mente del jurista*, 61.

cobrar mejor cuota de honorarios—, bien puede comprenderse como un gesto antipático. En fin, el realista «le dice a su público (la comunidad jurídica) lo que no se puede aceptar sin socavar, simultáneamente, las bases de su propia organización social y cultural»⁶⁷¹.

Tras evaluar esta primera cuestión puede interrogarse ¿qué tiene todo esto que ver con los principios generales del derecho? Y, de manera todavía más puntual, ¿cómo entra el principio de buena fe en esta ecuación? Tal asunto, justamente, se trata de seguido.

b. El vínculo de retroalimentación simbiótica entre «sistema» y «principios generales»

En lo concerniente a la segunda cuestión, relativa al punto de enlace entre la figura jurídica de los principios generales del derecho y el problema general de la falsa pretensión de científicidad legal, lo primero por apuntalar es lo siguiente: la idea de un sistema jurídico y la categoría de los principios generales fungen de presupuestos —firmemente anclados en la mente de los juristas— que tienden a operar de la mano, en mayor o menor grado.

Al respecto, cabe proponer que ambos de estos presupuestos establecen entre sí un vínculo de retroalimentación simbiótica: por un lado, la idea de un sistema, esto en tanto se reconozca que en tal supuesto sistema existan lagunas y ambigüedades, se vale de los principios generales para colmar esos vacíos, supliendo así las varias exigencias (plenitud, coherencia, y demás) que le aseguran merecer tal estatuto; mientras que, por otro lado, los principios generales del derecho encuentran una fuente de validez normativa dentro de las coordenadas que dicho sistema impone, afianzándose así como fuentes de derecho.

En resumen, para expresarlo con una metáfora: la relación entre el sistema y los principios es análoga a la de dos organismos que cooperan con tal de asegurar su mutua supervivencia o, si se quiere, su mutua validez: uno asegura la vigencia del otro, y viceversa.

Para la comprensión cabal de este vínculo de retroalimentación simbiótica, entre ambos presupuestos, se requiere tomar por punto de partida cierta concepción del fenómeno jurídico que Salas, atinadamente, denomina una «visión ortodoxa de la mente jurídica» según la cual dicho fenómeno y «su implementación práctica están sujetos a determinados procesos de decisión racional, o cuando menos razonable»⁶⁷². Tales procesos —de cualesquiera tipos

⁶⁷¹ Salas, *Mente del jurista*, 55.

⁶⁷² Salas, *Mente del jurista*, 31.

que estos sean—, en caso de que los operadores jurídicos los aplicasen con debida diligencia, al igual que con la suficiente rigurosidad y sistematicidad, «devienen, finalmente, en unas decisiones correctas y justas sistemáticamente»⁶⁷³. Esta visión ortodoxa, por ende:

(...) postula, finalmente, una cuasi omnipotencia normativa de la ley, un fetichismo de la razón ilustrada aplicada al derecho, el carácter autómatas o poco menos del juez, la existencia de una solución única, la hipótesis de la plenitud hermética del ordenamiento, entre otras cosas, que representarían verdaderos dogmas de la mente jurídica⁶⁷⁴.

Nótese que tales dogmas o «credos de fe» de la mente jurídica han sido previamente reseñados en el título histórico de esta investigación⁶⁷⁵, esto por cuanto tales postulados, propios de la visión ortodoxa de la mente jurídica, encuentran su sustento en las corrientes de pensamiento imperantes durante el siglo XIX; puntualmente, en la Escuela de la exégesis francesa y en la Jurisprudencia de conceptos alemana⁶⁷⁶. Vale recordar que, inicialmente, durante el periodo codificador, ambas corrientes se muestran recelosas frente a la inclusión de cláusulas flexibles —*e.g.*, principios generales del derecho— en el esquema de los códigos por no desear sacrificar el afán de certeza con que se infunde a estos cuerpos normativos⁶⁷⁷.

No obstante, cuando en una etapa posterior el esquema codificador muestra sus falencias (*i.e.*, cuando la plenitud del ordenamiento no resulta tan plena como se creía, cuando resultan evidentes sus lagunas, cuando queda patente su incoherencia), es en tal momento que los principios generales del derecho, por largo tiempo desprestigiados, acuden al auxilio de la idea de sistema. Con su notorio carácter de apertura y de flexibilidad —rasgos que antaño se desdeñan por atentar contra las pretensiones de certidumbre de los códigos—, los principios generales son empleados por los juristas para colmar las profundas lagunas que, en dicha instancia, comienzan a detectar en los ordenamientos jurídicos; ahora, con tales pautas jurídicas incorporadas a la ‘lógica interna del derecho’⁶⁷⁸, se (*re*)introduce una figura capaz de habilitar la (*re*)formulación de cierta concepción sistemática del fenómeno legal.

A partir de esta breve disquisición histórica resulta sencillo reconocer la consecuencia que se desprende a nivel teórico: hablar de una (*re*)formulación de la idea de sistema implica

⁶⁷³ Salas, *Mente del jurista*, 31.

⁶⁷⁴ Salas, *Mente del jurista*, 32.

⁶⁷⁵ Al respecto, ver en especial *supra*, 88–93 y 93–97, puntualmente la Sección III y la Sección IV del Capítulo II del título histórico de la presente investigación.

⁶⁷⁶ Salas, *Mente del jurista*, 32; al respecto, ver *supra*, 93–94.

⁶⁷⁷ Al respecto, ver *supra*, 90–92.

⁶⁷⁸ Acerca de la relación entre lógica y sistemática, ver: Engisch, 40–41.

que esa idea, en ningún momento, se abandona; por el contrario, esa idea persiste, aunque esta experimente una mutación. Los principios generales *ingresan* al interior del sistema, pasan a formar parte de este, de forma tal que el sistema confiere validez normativa a los principios y, al mismo tiempo, los principios refuerzan la validez del sistema, en cuanto tal.

Los principios generales del derecho coadyuvan a la validación del sistema debido a las funciones que, comúnmente, les son atribuidas. Entre esas funciones conferidas a los principios figuran: primero, «actuar como fundamento y legitimación del orden jurídico»⁶⁷⁹; segundo, «facilitar la interpretación y la integración del sistema normativo»⁶⁸⁰; y, tercero, «limitar el alcance del ejercicio de los derechos»⁶⁸¹. En atención a lo anterior, se comprende que los principios generales cumplen funciones fundacionales, interpretativas, integradoras y delimitadoras, todo ello respecto al propio orden jurídico⁶⁸²; esto implica, por necesidad, el reconocimiento tácito de una idea de sistema que posibilita articular tales funciones.

Por ende, las funciones desempeñadas por los principios generales —sea que ellos fundamente, interpreten, integren o limiten el derecho— contribuyen a solidificar la creencia en la coherencia del sistema; creencia que, a su vez, se traduce en brindar insumos o, si se quiere, evidencias, de que la actividad jurídica es conducida sensata y objetivamente.

Asimismo, para complementar el argumento, otro aspecto, nada desdeñable y digno de considerar, es el *uso* que hacen los juristas de la fórmula verbal de los principios generales. Este tema se discute *in extenso* al presentar las categorías de Haba sobre el particular⁶⁸³ y, en este punto, resulta útil remitir al asunto de la multivocidad de estas fórmulas verbales.

La visión ortodoxa de la mente jurídica es equiparable a lo que, en otro contexto, Haba denomina «Síndrome normativista»⁶⁸⁴. De conformidad con esta visión o con dicho síndrome, según se prefiera, los juristas inclinados a concebir al derecho de tal modo suelen valerse de una amplia gama de conceptos jurídicos, en sumo grado indeterminados, que se manejan habitualmente tal cual si estos soportaran un significado unívoco⁶⁸⁵. Ahora, dentro

⁶⁷⁹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 80.

⁶⁸⁰ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 81.

⁶⁸¹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 81.

⁶⁸² Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 80.

⁶⁸³ Al respecto, ver *supra*, 129–139, el apartado titulado «*Los principios generales: en el discurso de los juristas*».

⁶⁸⁴ Haba, *Frank irreatado*, 66.

⁶⁸⁵ Salas, *Mente del jurista*, 36.

de esta vasta plétora de «fórmulas vacías persuasivas con funciones de comodín retórico omnibicable»⁶⁸⁶ es dable incluir al listado a la fórmula de los principios generales.

Insertos en el marco del discurso de los juristas, los principios generales se manejan como si estos remitiesen a un único significado verdadero cuya ‘esencia’ le corresponde al jurista desentrañar. No es de extrañar, entonces, que se pase por alto el inminente carácter multívoco de esta fórmula verbal cuyo *uso real* da cabida a la articulación de los intereses más dispares y a la confrontación de interpretaciones radicalmente opuestas entre sí.

Tal cual quedará patente en el próximo subapartado, esta situación adquiere suma relevancia por cuanto los principios generales del derecho y el principio general de buena fe, en particular, son conceptos jurídicos que debido a su alto grado de indeterminación le otorgan amplios márgenes de opción a los operadores jurídicos. Dada la multivocidad de estos conceptos, al emplearlos, los operadores jurídicos se ven forzados a *optar* por unos significados en detrimento de otros; esto quiere decir que, en lugar de encontrar una suerte de ‘esencias’, son ellos quienes *eligen* el sentido que soportan esas fórmulas verbales.

De esta elección dependen, en última instancia, los efectos jurídicos que se siguen de la aplicación práctica de los principios generales y dicha operación —en la que se «*opta por*» en «*detrimento de*»— remite, de forma directa, a la discrecionalidad judicial que el derecho confiere a los operadores jurídicos e introduce, en lo subsecuente, el tema del arbitrio.

2. De la discrecionalidad judicial en relación con el principio general de buena fe contractual

Los operadores jurídicos y piénsese, en especial, en el caso paradigmático del juez, no se limitan a la mera aplicación de las normas de derecho positivo en el ejercicio de su quehacer. Al tratarse de la figura del juez, esas normas requieren ser interpretadas y, en materia contractual, dicha necesidad de interpretación se extiende al contrato vinculante que rige entre las partes y a los pormenores de la relación que ellas han entablado entre sí.

Del juez se exige, por ende, que este *valore* los elementos de juicio a su disposición —*i.e.*, normas, contrato, relación— a la hora de juzgar los asuntos sometidos a su conocimiento. Ahora, del hecho de que del juez se exija la valoración de tales insumos con los que cuenta se sigue que, al pronunciarse sobre ellos, el juez opta por ciertas

⁶⁸⁶ Haba, *Frank irreatado*, 67.

interpretaciones en lugar de otras posibilidades interpretativas que podrían ser igualmente válidas, en el ámbito jurídico.

¿Cómo lleva a cabo el juez este proceso de elección? Y, lo que resulta todavía más importante, ¿por qué razón goza de la facultad para tomar tal decisión, en primera instancia?

Con respecto a estos interrogantes, nota Salas que «el problema de la interpretación de las normas se convierte en un problema de los *intérpretes autorizados* y no de la simple interpretación literal de los textos»⁶⁸⁷; más aún, a raíz de lo anterior, al tratarse de cláusulas de discrecionalidad o normas de delegación, el asunto clave por averiguar es «¿Quién es la instancia (o la autoridad) llamada a resolver el caso concreto?»⁶⁸⁸. Vale decir, entonces, que la autoridad llamada a resolver el caso concreto, en materia contractual, es el juez.

En el contexto de la materia contractual, por el tipo de asuntos que en dicha sede se discuten y en virtud de la dinámica propia de las relaciones jurídicas allí tuteladas, es común que los ordenamientos jurídicos le confieran al juez una serie de prerrogativas o de poderes discrecionales que en otros sectores del ordenamiento (*e.g.*, derecho penal) ni siquiera son contemplados. En la materia en cuestión, el juez funge no solo de intérprete autorizado, sino que, dados ciertos supuestos fácticos, cuenta con la facultad de *integrar* el derecho y el contrato cuando las circunstancias del caso lo ameriten, según lo estime conveniente.

La buena fe, tanto en su aspecto de figura jurídica propia de la materia contractual como en su aspecto de principio general del derecho, constituye una cláusula de discreción, también denominada «estándar jurídico»⁶⁸⁹, que ocupa un lugar preponderante dentro del arsenal de conceptos jurídicos indeterminados a disposición del juez para desempeñar sus labores interpretativas e integradoras. Esto es así puesto que la buena fe, dado su talante ético-moral, habilita que el juez evalúe ya no solo la letra del contrato, sino que, además, valore si las actuaciones de las partes se ajustan al patrón de comportamiento que ella impone.

Consecuentemente, en razón de que la aplicación del principio general de buena fe entraña amplios márgenes de discreción a favor del juez, en adelante se examinan dos puntos conexos a esta cuestión: primero, se explica en qué consiste el grado de legitimidad cognitiva del arbitrio judicial para subrayar las principales tesis formuladas a tal efecto; y, segundo, se analiza cómo, en concordancia con tales tesis, opera la buena fe dado su carácter de concepto

⁶⁸⁷ Salas, *Mente del jurista*, 96.

⁶⁸⁸ Salas, *Mente del jurista*, 96.

⁶⁸⁹ Al respecto, ver *supra*, 165–167, para una discusión relativa a este concepto.

jurídico indeterminado para sopesar, asimismo, el riesgo latente que conlleva su aplicación que puede conducir al caso eventual en que el arbitrio devenga en la «arbitrariedad».

a. Las tres principales concepciones de la discrecionalidad judicial

En el anterior subapartado, según se recordará, se introdujo la escala cognitiva del derecho que Minor E. Salas propone en *La mente del jurista* con la cual se evalúan los diversos grados de legitimidad cognitiva que soporta la actividad jurídica. De igual manera se dijo, entonces, que más adelante se haría referencia a uno de esos grados en específico. Tal grado es aquel que concierne a la legitimidad cognitiva de la discrecionalidad o arbitrio judicial que, para la presente discusión, ostenta capital importancia. Por ende, con ánimo de guiar la discusión, es idóneo remitir a la definición estipulativa que el autor ofrece.

A este respecto, el pensador realista plantea que «la discrecionalidad (o arbitrio) es una estructura argumentativa, muy propia del campo jurídico, mediante la cual los intérpretes autorizados quieren darle un respaldo y una legitimación jurídica, social y política a sus decisiones»⁶⁹⁰. Ahora, dado que el intérprete autorizado cuyo caso interesa considerar es el caso del juez, cabe añadir a esta definición estipulativa la siguiente descripción:

El arbitrio consiste, básicamente, en un amplio margen de *libertades* que se le brinda al juez para que éste interprete, complemente o incluso suplante una determinada norma según criterios y valoraciones propios; es decir, librados a su concepción de las normas y del ordenamiento valorativo subyacente⁶⁹¹.

En otras palabras, el arbitrio cumple una función justificadora de las decisiones a las que arriban los intérpretes autorizados en multitud de frentes —jurídico, social, político— que, a su vez, opera como un mecanismo que, en el caso puntual del juez, le confiere a este una suerte de *carta en blanco* que lo autoriza, en mayor o menor medida, a encarar el fenómeno jurídico de modo tal que su propia concepción del derecho prevalezca en el plano normativo. A manera de corolario de lo anterior, lo que sucede «es que los jueces, y demás intérpretes, cumplen una función central a la hora de colmar las lagunas, de definir los conceptos fundamentales, de resolver según sus propios valores y creencias los conflictos en juego»⁶⁹².

⁶⁹⁰ Salas, *Mente del jurista*, 80.

⁶⁹¹ Salas, *Mente del jurista*, 80.

⁶⁹² Salas, *Mente del jurista*, 81.

Del hecho de que las disputas legales sean resueltas de acuerdo con los valores y creencias del juez —u otros operadores—, se sigue que, en la actualidad, la discrecionalidad represente un paradigma semántico-político que habilita el ingreso de autorizaciones y salvoconductos político-lingüísticos —también denominadas, fórmulas vacías— «para que los intérpretes autorizados del derecho obtengan así una más amplia libertad de configuración del ordenamiento jurídico y de los valores que ellos cultivan»⁶⁹³. Esta circunstancia que puntualiza Salas es especialmente significativa por cuanto deja en evidencia que los valores jurídicos no se cultivan *en abstracto*, sino que, por el contrario, son los operadores quienes, con su quehacer *practico*, concretizan los valores cuya realización interesa al derecho.

Todo lo anterior conduce, en opinión de Salas, a una pregunta central de carácter político-jurídico: «¿De cuánto poder disponen realmente los jueces para el cumplimiento de su trabajo (plano del Ser) y de cuánto poder deberían disponer (plano del Deber)?»⁶⁹⁴.

Las respuestas que se brinden respecto a este interrogante dependen de las diferentes maneras en que se concibe la discrecionalidad que cuenta con tres concepciones principales.

En primer lugar, para un sector dominante del campo jurídico, la discrecionalidad se concibe como una patología del derecho que, por lo general, tiende a equipararse con ilegalidad y arbitrariedad por parte de los jueces; según esta concepción, el arbitrio judicial, como factor motivante de una decisión, acontece solo en supuestos de excepción y en casos limitados dado que este atenta contra el principio de estricta legalidad⁶⁹⁵. Para Salas dicha concepción entraña una forma de pan-normativismo que desconoce la realidad histórica y que tampoco atiende a la *praxis* del derecho, tratándose de una posición ideológicamente prejuiciada según la cual el ordenamiento jurídico constituye un «todo hermético» que ofrece siempre una solución única y correcta para cada caso imaginable de la justicia»⁶⁹⁶.

Acerca de esta pretensión de plenitud hermética del ordenamiento jurídico (y tesis afines) se ha referido en páginas precedentes⁶⁹⁷. Empero, muchos de los credos de fe allí señalados retornan en este punto, esta vez bajo la forma del pan-normativista antes citado cuyo desprestigio en contra del arbitrio reposa sobre una serie de falacias ampliamente

⁶⁹³ Salas, *Mente del jurista*, 82.

⁶⁹⁴ Salas, *Mente del jurista*, 81.

⁶⁹⁵ Salas, *Mente del jurista*, 83–84.

⁶⁹⁶ Salas, *Mente del jurista*, 84.

⁶⁹⁷ Al respecto, ver *supra*, 239–240, sobre la «visión ortodoxa de la mente jurídica».

difundidas. Entre ellas figuran la falacia de los cánones hermenéuticos, la falacia del método lógico-deductivo, la falacia del determinismo legal y la falacia de la solución única⁶⁹⁸.

Todas estas falacias comparten, a manera de común denominador, que una aplicación correcta de ciertos instrumentos jurídicos —sea de los cánones, sea del método, sea de las normas o sea de los principios— contraría la necesidad de recurrir al arbitrio, el cual se estima una amenaza frente a la plenitud del ordenamiento y que debe, por ende, evitarse a toda costa.

En segundo lugar, la discrecionalidad se concibe como poder de elección del juez que, tal cual su nombre bien lo indica, plantea que el arbitrio se circunscribe a supuestos limitados del quehacer jurídico; esto es, puntualmente, a aquellos casos en los que se brinda autorización legal para que los intérpretes decidan, con base en una norma legal, entre dos opciones —interpretativas o aplicativas de la norma—, ambas de las cuales se juzgan legítimas por igual⁶⁹⁹. Dicha concepción suele gozar de recepción positiva en la doctrina y en la jurisprudencia y, según ella, se sostiene que «el arbitrio existe únicamente en los supuestos en que las alternativas de elección son igualmente legales, lo que implicaría que el juez no puede (*id est*: no debe) elegir una opción ilegítima en detrimento de una legítima»⁷⁰⁰.

Sin embargo, el problema que subyace a tal concepción del arbitrio descansa en presuponer que el ordenamiento jurídico «representa una “totalidad hermenéutica de sentido único” que ofrece, de manera inmediata, dos posibilidades de decisión»⁷⁰¹; lo que es decir que se asume que las posibilidades que el ordenamiento le ofrece al juez están dadas de antemano —apriorísticamente— y que su labor reduce al mero optar por una de tales opciones, lo cual deja en evidencia que se parte de una visión estática de la actividad judicial⁷⁰².

En tercer lugar, por último, se concibe la discrecionalidad a contracorriente de las posturas antes reseñadas dado que, para esta concepción —que Salas, con fines explicativos, denomina la tesis de la ubicuidad—, el arbitrio constituye un fenómeno generalizado, en alto grado ineludible, que toca aspectos estructurales del propio quehacer jurídico⁷⁰³. Según la tesis de la ubicuidad, cuyo criterio se comparte en esta investigación, sucede que «el arbitrio,

⁶⁹⁸ Para una descripción detallada de estas falacias, ver: Salas, *Mente del jurista*, 85–87.

⁶⁹⁹ Salas, *Mente del jurista*, 87–88.

⁷⁰⁰ Salas, *Mente del jurista*, 88.

⁷⁰¹ Salas, *Mente del jurista*, 88.

⁷⁰² Salas, *Mente del jurista*, 88.

⁷⁰³ Salas, *Mente del jurista*, 84.

la discrecionalidad, la valoración interpretativa, representan la regla en el campo jurídico, no pudiendo ser de otra manera, salvo casos muy excepcionales»⁷⁰⁴. Por lo tanto, mientras que para las concepciones previas lo excepcional es el fenómeno del arbitrio, relegado a un segundo plano, por contraposición, esta tesis reconoce que «el arbitrio es un componente *estructural*, inevitable de la profesión de jurista, en especial del juez»⁷⁰⁵.

Queda claro, pues, que la tesis de la ubicuidad dista considerablemente de las concepciones usuales referentes al arbitrio judicial por lo cual, para profundizar en sus diferencias, cabe distinguir entre dos aspectos —uno objetivo y otro subjetivo— de la cuestión.

Acerca del aspecto objetivo de tal tesis, Salas clarifica que:

Si se interpreta el proceso judicial como una serie de posibilidades de decisión (abiertas y alternativas, distintas y contradictorias), se llega a la conclusión de que el arbitrio y la discrecionalidad están presentes en la totalidad del proceso, esto es, en cada una de las diferentes opciones y actuaciones individuales del juez. El arbitrio aparece (...) en todas las etapas relevantes de un caso jurídico⁷⁰⁶.

Por consiguiente, se entiende que el arbitrio es «ubicuo» en el sentido de que, dentro del proceso judicial, este se manifiesta de manera omnipresente: cada acto, decisión o alternativa lo presupone —irremediabilmente—, y de tal hecho se deriva que el arbitrio se convierta en un componente estructural de la actividad judicial. La interpretación llevada a cabo por el juez es, por ende, un acto creativo —no pasivo— y, con el objeto de respaldar esta línea argumentativa, el autor plantea cuatro circunstancias a tomar en debida cuenta.

La primera de ellas es que es usual que surja tensión entre las normas y los hechos producto de la asimetría entre la rápida mutabilidad de la realidad social —plano fáctico— y la fijeza espacio-temporal que, por necesidad, adquieren las normas una vez que estas son promulgadas —plano normativo—; en segundo término, esta fijeza espacio-temporal también aplica respecto a los fines, metas y valores que el legislador busca materializar mediante las normas, los cuales están sujetos al devenir histórico que los torna difíciles de precisar en toda su extensión; una tercera circunstancia es el carácter poroso, vago e indeterminado propio del lenguaje ordinario con que trabajan los operadores jurídicos; y, por último, figura el conflicto latente que puede darse entre las convicción éticas del intérprete y

⁷⁰⁴ Salas, *Mente del jurista*, 84.

⁷⁰⁵ Salas, *Mente del jurista*, 89.

⁷⁰⁶ Salas, *Mente del jurista*, 89.

el sentido literal de la norma que, en caso de no concordar, incrementan la proclividad de recurrir al arbitrio⁷⁰⁷.

Todas las circunstancias enlistadas brindan razones de peso para ratificar el carácter estructural del arbitrio, en su aspecto objetivo, que postula la tesis de la ubicuidad.

Empero, la cuestión del arbitrio también puede perfilarse según un aspecto subjetivo que concierne, más bien, a la actitud que asumen los intérpretes autorizados al contar con poderes discrecionales. Desde esta perspectiva, el arbitrio «también representa una rutina de trabajo, esto es, una *actitud profesional* en la aplicación del derecho o, mejor aún, en la judicatura»⁷⁰⁸; no solo es un rasgo distintivo de la aplicación normativa. Lo crucial que este aspecto subjetivo pone de relieve es que «El arbitrio es el componente humano en la aplicación del derecho»⁷⁰⁹. Con esta aseveración se subraya que, si bien la discrecionalidad es un fenómeno ineludible en la *praxis* jurídica, en fin, es el juez —el funcionario de carne y hueso—, con sus virtudes y, además, con sus prejuicios, sobre quien pesa el compromiso profesional de ejercer tales prerrogativas concienzudamente. Con su análisis realista, Salas enfatiza que es allí donde «radica la *responsabilidad moral y personal* de los jueces»⁷¹⁰.

Toda la discusión hasta aquí entablada relativa al grado de legitimidad cognitiva de la discrecionalidad judicial, al igual que la exposición de las principales concepciones sobre el arbitrio, sirven de marco referencial para examinar, a continuación, el caso puntual de la buena fe como una cláusula discrecional, el uso que se hace de ella y los riesgos que conlleva.

b. El caso de la buena fe dado su estatuto de concepto jurídico indeterminado

Antes de entrar de lleno al estudio del ligamen que es dable trazar entre la buena fe contractual y el arbitrio judicial, se juzga indispensable repasar, brevemente, ciertas de las características centrales de esta figura jurídica, al igual que ciertas categorías de análisis, que conviene tener presentes al vincular los dos temas de interés. Primero, con respecto a los rasgos distintivos de la buena fe, se repasan las tres vertientes por las que discurre este principio, su estatuto de estándar de comportamiento y, sobre todo, su estatuto de estándar

⁷⁰⁷ Salas, *Mente del jurista*, 89–90.

⁷⁰⁸ Salas, *Mente del jurista*, 91.

⁷⁰⁹ Salas, *Mente del jurista*, 91.

⁷¹⁰ Salas, *Mente del jurista*, 91.

jurídico; mientras que, luego, se traen a colación las categorías de análisis que versan acerca de los conceptos jurídicos indeterminados y de las fórmulas vacías, puntualmente.

En lo que concierne al primer conjunto por repasar, cabe apuntalar que la buena fe contractual, entendida en su acepción de principio, opera simultáneamente como principio general, principio general en relación con un sector del ordenamiento jurídico y principio general superior del derecho. Según se señaló en su momento⁷¹¹, en virtud de la concurrencia de esta triple connotación que soporta la buena fe, respecto a la noción de principio, sucede que los efectos jurídicos que se desprende su aplicación práctica dependerán, en última instancia, de bajo cuál de estas tres connotaciones se conciba la figura en cuestión.

Debido a esta circunstancia, en caso de no mediar claridad relativa a cuál de estos posibles sentidos se predica de la buena fe —situación que, por lo demás, es habitual en la doctrina—, resulta factible aseverar lo siguiente: al considerar exclusivamente su acepción de principio, la buena fe soporta un triple grado de indeterminación con respecto a su contenido semántico y pragmático. Dicho con otras palabras, dadas las tres posibles connotaciones de principio que pueden predicarse de la buena fe, estas connotaciones elevan, cada una en un grado, el nivel de vaguedad e imprecisión con que se maneja su significado y su aplicación.

Este nivel de vaguedad e imprecisión —de indeterminación conceptual y práctica— que se presenta al hacer *uso* de la fórmula verbal principio general de buena fe no disminuye, sino que muy por el contrario incrementa al incluir a la ecuación su estatuto de estándar de comportamiento y su estatuto de estándar jurídico, tal cual se muestra de seguido.

Por un lado, en cuanto estándar de comportamiento, la aplicación del principio de buena fe involucra el ingreso de una serie de consideraciones ético morales al interior del contexto contractual que, según se dice, se encuentra en concordancia con el contenido ético-moral que se juzga inherente a este principio⁷¹². Empero, la doctrina, por regla general, no se preocupar por especificar en qué consiste tal contenido, mientras que la jurisprudencia, si bien ha fijado criterios aplicativos, funciones y deberes que se derivan de la buena fe, no lo ha hecho partiendo de un núcleo valorativo —es decir, ético-moral— que sea claro.

⁷¹¹ Al respecto, ver *supra*, 151–162, el apartado titulado «Las tres vertientes del principio general de buena fe».

⁷¹² Al respecto, ver *supra*, 163–165, sobre la buena fe en tanto que «estándar de comportamiento».

Por otro lado, en cuanto estándar jurídico —según se suele definir ese tipo particular de figura jurídica⁷¹³ que es equiparable a una cláusula de discrecionalidad—, acontece que el principio de buena fe supone, para el juez, un principio que lo faculta para el ejercicio del arbitrio judicial. En el contexto contractual, esto significa que el juez es el encargado de concretar el contenido ético-moral (no especificado) a las particularidades de cada caso y a la pluralidad de hipótesis que puedan surgir producto del conflicto entre las partes; el juez, por ende, goza de amplios márgenes de discrecionalidad al decidir aplicar el principio de buena fe, principio que lo faculta para interpretar e integrar el contrato, al igual que para evaluar si la conducta de las partes se adecúa al estándar de comportamiento de buena fe⁷¹⁴.

En razón de todo lo anterior, resulta sencillo comprender por qué motivos el principio de buena fe representa un caso paradigmático de concepto jurídico indeterminado.

Los conceptos jurídicos indeterminados cuentan con un ámbito semántico elástico, con anchos márgenes de vaguedad y suelen ser polisémicos⁷¹⁵, características que satisfacen a cabalidad el principio de buena fe. Más aún, los conceptos jurídicos indeterminados sirven como cláusulas de delegación por medio de las cuales el legislador autoriza al juez para que concrete una norma valiéndose de este tipo de conceptos, para lo cual se requiere que sea el juez quien les dote su contenido. En efecto, esto es lo que sucede en el caso de la aplicación del principio de buena fe cuyo contenido le corresponde fijar al juez, casuísticamente.

Asimismo, existen elementos de juicio suficientes para sostener que el principio de buena fe puede fungir de fórmula vacía, principalmente por el carácter emocionalizante con que se emplea tal categoría en el discurso jurídico, con fines retóricos e ideológicos. El principio de buena fe empata con los rasgos de una fórmula vacía por cuanto se trata de una categoría fuertemente emotiva que suscita la adhesión sentimental del auditorio, motivo por el que rara vez alguien se proclama en su contra y, además, en virtud de su extrema vaguedad, resulta difícil precisar con certeza cuáles medidas se deducen de ella al invocarla⁷¹⁶.

Con estas ideas frescas en mente, se concluye el breve repaso de las características centrales de la buena fe y de las categorías de análisis relevantes para este punto.

⁷¹³ Al respecto, ver *supra*, 166, nota al pie 472, para la definición citada que ofrece Stati.

⁷¹⁴ Al respecto, ver *supra*, 165–167, sobre la buena fe en tanto «estándar jurídico».

⁷¹⁵ Al respecto, ver *supra*, 122–124, sobre la categoría de los «conceptos jurídicos indeterminados».

⁷¹⁶ Al respecto, ver *supra*, 123–124, sobre la categoría de las «fórmulas vacías».

Ahora, con base en estos insumos, se torna factible articular el ligamen entre la buena fe y la discrecionalidad con la que cuenta el juez al aplicar este principio general del derecho.

Con tal de comenzar a tejer este lazo, un primer dato en el que necesariamente debe repararse es que, desde una perspectiva histórica, la buena fe contractual es una figura que nace del seno del arbitrio judicial; desde su concepción original, en el marco del derecho romano, buena fe y arbitrio avanzan de la mano. En dicho momento genético, la *bona fides* surge con el propósito de agilizar el tráfico comercial y de flexibilizar la rigidez del *ius civile*; además, esto tuvo por efecto una redefinición del rol del juez quien, antes, se encontraba limitado por el reducido número de acciones del *legis actio* y a quien, luego, por influencia de la buena fe, se le faculta para moldear el contenido substantivo del reclamo⁷¹⁷.

Esta afirmación es congruente con la tesis con que Salas introduce el tema de la discrecionalidad en *La mente del jurista*, al señalar sobre el arbitrio que: «Ese era el criterio de antaño: ¡la discrecionalidad, el arbitrio, no la actual racionalidad, ni la razonabilidad!»⁷¹⁸. Asimismo, dicha afirmación se ve fortalecida al reparar en el hecho de que el desprestigio que sufre el arbitrio coincide en el tiempo con el desprestigio que sufren la buena fe, los principios generales del derecho y las cláusulas flexibles, en general, por influencia del legalismo imperante a partir del siglo XIX, según se comentó oportunamente⁷¹⁹.

Por consiguiente, si se toman en consideración las diversas concepciones del arbitrio reseñadas, dentro de ellas, la tesis de la ubicuidad es la que mejor se adapta para examinar los poderes discrecionales que, por medio de la buena fe, le son conferidos al juez. El arbitrio es un fenómeno generalizado en el campo del derecho, inevitable en sumo grado, llegando incluso a configurarse como un componente estructural del quehacer jurídico y que, sobre todo, recalca la trascendencia de la responsabilidad ética y profesional de los jueces.

Dado el estado de cosas descrito por la tesis de la ubicuidad, la buena fe juega un rol nada desdeñable en la manera en que se ejerce el arbitrio en materia contractual. Sea que la buena fe sea concebida como principio general, concepto jurídico indeterminado, estándar jurídico o demás, lo cierto es que esta figura constituye un instrumento central con el que cuentan los intérpretes autorizados —*i.e.*, los jueces— para que ellos ejerciten sus poderes discrecionales cuando las circunstancias del caso lo ameriten. Tal importancia radica en que:

⁷¹⁷ Al respecto, ver *supra*, 72.

⁷¹⁸ Salas, *Mente del jurista*, 79.

⁷¹⁹ Al respecto, ver *supra*, 91.

(...) las cláusulas que regulan la discrecionalidad o el llamado arbitrio judicial, así como los conceptos jurídicos indeterminados y los conceptos normativos, juegan en la ciencia del derecho, esto es, en la dogmática jurídica —lo cual también es válido para la jurisprudencia y la praxis judicial— un papel fundamental e innegable⁷²⁰.

Sin embargo, a pesar de los valiosos beneficios que reportan las cláusulas que regulan la discrecionalidad, tales como dotar al ordenamiento jurídico de una cuota necesaria de flexibilidad y apertura para hacer frente a una realidad social cambiante, asimismo es cierto que su aplicación viene aparejada de serios riesgos que no han de obviarse. Para expresarlo de forma sintética: la línea divisoria que separa al arbitrio de la arbitrariedad es sumamente tenue, delgada; conviene, entonces, mantenerse en guardia contra la incurrencia de posibles abusos y, por ello, cabe «(...) enfatizar que, en la práctica real del derecho, las posibilidades de arbitrariedad están muy presentes en diferentes formas, en diferentes expresiones, bajo diferentes vestimentas: muchas de ellas elegantes y refinadas, otras no tanto»⁷²¹.

La insidiosa problemática que atañe a la arbitrariedad judicial es magistralmente explicada por Salas quien, desde la óptica del realismo crítico, advierte lo siguiente:

Lo que sucede es que la arbitrariedad, y llegado el caso la irracionalidad de una decisión, se ocultan bajo ropajes de otras figuras propias y más dignas del derecho, como puede ser el caso de la interpretación evolutiva, de los conceptos jurídicos indeterminados, de los principios generales, de las cláusulas de delegación. Todos estos conceptos son las puertas por donde la arbitrariedad entra, a veces furtivamente, a veces de manera descarada y sin rubor⁷²².

A partir de una lectura cuidadosa de la citación anterior, resultará evidente que la buena fe hace gala de distintos ropajes y vestimentas, propias de otras figuras, que invitan a que la arbitrariedad entre a la escena jurídica. Por lo demás, esta no es una circunstancia que pase desapercibida en las discusiones doctrinarias sobre el principio en cuestión. En el marco de tales discusiones, relativas a la buena fe, se constata un desacuerdo respecto a la temática de la creación judicial del derecho, de la que da cuenta Ordoqui Castilla en su obra.

En palabras del jurista uruguayo, tal disputa «versa, al parecer, sobre qué es lo que hacen los jueces. Unos dicen que crean derecho; otros lo niegan rotundamente. ¿Será posible que los juristas no hayan podido ponerse de acuerdo respecto de un hecho tan fácilmente verificable?»⁷²³. Negar la creación judicial —y, por añadidura, el arbitrio— es común de una

⁷²⁰ Salas, *Mente del jurista*, 95.

⁷²¹ Salas, *Mente del jurista*, 93.

⁷²² Salas, *Mente del jurista*, 92.

⁷²³ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 183.

visión pan-normativista del fenómeno legal, tal como la descrita antes, y frente a tal postura el autor opone la tesis según la cual: «El derecho judicial no es una ley sino lo que surge de la aplicación de la ley a la realidad jurídica»⁷²⁴, tratándose de dos asuntos distintos.

Sin ánimo de ahondar en esta disputa, cabe sintetizar la postura de Ordoqui Castilla en los siguientes términos: esta estriba, a resumidas cuentas, en plantear una diferenciación entre la norma establecida por ley, por un lado, y la aplicación que de ella hace el juez, por otro lado; dada la adecuación que necesariamente realiza el juez, este crea normas para el caso concreto que difieren de la norma positiva, que luego sirven de precedente⁷²⁵.

Más relevante todavía es el juicio según el cual «No podemos olvidar que esta discrecionalidad que da el legislador al juez está vinculada al respeto de datos lógicos, materiales y normas éticas de ponderación de la realidad y sobre todo de la razonabilidad»⁷²⁶.

Es llegado a este punto que la postura del autor se torna problemática, al indicar que: El juez, cuando concreta un estándar jurídico, como es el de la buena fe, lo hace no por libre arbitrio sino aplicando **principios generales** y porque el legislador lo autoriza, orientado a respetar **valores inherentes** a la persona, la **realidad de los hechos** y la **justicia** del caso concreto, guiado por las máximas de la experiencia y la **sana crítica**⁷²⁷.

Nótese que los términos destacados en la citación anterior, todos ellos son términos cuyo significado no es unívoco; se trata, en cada uno de estos casos, de términos de los cuales puede predicarse una pluralidad de sentidos que incluso pueden llegar a ser contradictorios entre sí. En virtud del análisis realista-crítico aquí efectuado, esto resultará claro respecto a términos tales como principios generales o valores sobre cuya vaguedad e imprecisión se ha insistido. Empero, tal señalamiento es igualmente valedero para la realidad de los hechos, la justicia o la sana crítica racional. En cada uno caso de estos casos, los términos destacados desempeñan la función de *fórmulas vacías*, de comodines retóricos emocionalizantes, usuales en el discurso jurídico, pero que, a fin de cuentas, en poco contribuyen a clarificar cómo se concreta el estándar jurídico de buena fe contractual.

La circunstancia recién descrita es en extremo problemática por cuanto muestra que la buena fe es un estándar jurídico cuyo uso, por sí solo, involucra el riesgo latente de convertirse en un portillo para que ingrese la arbitrariedad. No obstante, lo que resulta aún

⁷²⁴ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 184.

⁷²⁵ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 184.

⁷²⁶ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 187.

⁷²⁷ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 189; énfasis agreg.

más gravoso, es que dicho riesgo se magnifica exponencialmente, esto dado el contacto de la buena fe con toda una constelación de fórmulas vacías por cuyo medio se fijan los parámetros que servirán de lineamientos aplicativos para el juez al llevar a cabo su concreción.

Con el objeto de fortalecer el presente hilo argumentativo, considérese, a manera de ejemplo ilustrativo, el caso de dos funciones encomendadas al juez al concretar el estándar jurídico de buena fe: su función interpretadora y su función integradora o jurígena.

Primariamente, al tratarse de la función interpretadora, atiéndase a la descripción que ofrece Ordoqui Castilla sobre cómo el juez *debería* desempeñar dicha labor:

Interpretar de buena fe es asumir el significado que darían a los términos un hombre que **procediera de buena fe** y con normalidad, con buen sentido y **equidad**, lealtad, necesarias en toda relación jurídica. (...) Así, interpretar el contrato de buena fe significa interpretarlo en forma **razonable**, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las máximas de la experiencia para llegar a la intención común de las partes en el caso concreto⁷²⁸.

De un examen cuidadoso de esta descripción, lo primero que salta la vista es que la interpretación de buena fe entrañaría una operación que, considerada desde un plano lógico, es equiparable con una tautología: acontece, entonces, que para interpretar de buena fe los términos de un contrato, se requeriría que el juez conozca —a priori— cómo interpretaría tales términos un sujeto que «procediera de buena fe», antes de interpretarlos por su cuenta.

En caso de que el juez cuente con ese conocimiento, se daría el siguiente supuesto: previo a efectuar la interpretación que se le demanda —interpretación secundaria—, el juez tendría que interpretar, con antelación, los términos que un sujeto que procediera de buena fe le daría a los mismos —interpretación primaria— puesto que, de lo contrario, no contaría con un parámetro para contrastar si tales términos se adecúan, o no, a la buena fe; *ergo*, al realizar la interpretación secundaria, el juez, en realidad, no interpreta (en sentido estricto) sino que el juez, más bien, *proyecta* el significado de los términos —que obtuvo mediante la interpretación primaria— a los términos de la ‘interpretación secundaria’ que realiza.

Dicho de manera llana: el criterio interpretativo del significado que le daría a los términos del contrato un sujeto que procediera de buena fe, incurre en circularidad.

Cómo el juez llega a obtener ese conocimiento no se explicita en ningún momento. Alguien podrá objetar que tal conocimiento lo obtiene el juez en razón de precedentes y,

⁷²⁸ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 212–213; énfasis agreg.

entonces, debe concederse que tal es un método válido de obtención; empero, lo que aquí importa es resaltar la incongruencia lógica del criterio interpretativo que se discute.

Más aún, los criterios interpretativos adicionales que se destacan —puntualmente, la equidad y la razonabilidad— son igualmente problemáticos tanto a nivel semántico como a nivel pragmático. Acerca de la equidad ya advertía Haba que esta suele gozar de recepción espontánea por pertenecer a «universos simbólicos propios del pensamiento social vulgar»⁷²⁹ sin que se realicen precisiones pertinentes respecto a su uso, por lo cual no se estima necesario ahondar en este punto. El caso de razonabilidad, en cambio, merece mayor atención.

La atención adicional que merece el criterio de razonabilidad obedece a tres razones centrales: primero, según Ordoqui Castilla «Las reglas de interpretación en parámetros de buena fe orientan hacia soluciones de equilibrio, eficiencia, racionalidad y razonabilidad en la relación contractual»⁷³⁰ por lo cual la razonabilidad no solo es un criterio interpretativo sino, además, un horizonte hacia el cual tienden las soluciones; segundo, la razonabilidad, entendida en su acepción de principio, es una concreción del principio de buena fe⁷³¹; y, tercero, recuérdese que la razonabilidad es un grado de legitimidad cognitiva del derecho⁷³².

Adicionalmente, al tratarse de la función integradora o jurígena de la buena fe, la razonabilidad también figura entre los criterios que ha de tomar en cuenta el juez. Ahora, respecto a esta función jurígena el jurista uruguayo señala que, si bien por principio a los tribunales les está vedado modificar el contrato por ser vinculante entre las partes, sucede que el legislador otorga al juez la facultad de integrarlo, bajo el entendido de que:

La integración opera como instrumento para salvar omisiones o defectos del sistema jurídico o del contrato. Permite la adaptabilidad o flexibilidad de la norma al caso concreto ante contratos incompletos o insuficiencia, silencio, oscuridad de lo previsto, o bien por el cambio de las circunstancias consideradas⁷³³.

No obstante, esta facultad que se le otorga al juez la debe ejercer dentro de ciertos límites por ser tema sensible introducir cambios a la voluntad expresa de las partes.

La integración *no es arbitrario* sino que se debe realizar dentro de lo previsto por la **norma** (...) valiéndose para la integración de lo que la norma indica o sea la consideración de la **naturaleza del**

⁷²⁹ Haba, *Frank irreatado*, 67.

⁷³⁰ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 217; énfasis agreg.

⁷³¹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 217.

⁷³² Al respecto, ver *supra*, 237.

⁷³³ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 218.

contrato (su causa), la **equidad**, los **usos** o la misma **ley** y lo que se considere más **razonable** consideradas las circunstancias del caso⁷³⁴.

Ahora bien, a pesar de que el autor indica que la integración no es arbitrio porque es una operación que se ajusta —en teoría— a los límites arriba consignados, esto no implica que los márgenes de discrecionalidad no existan del todo. En este sentido, es cierto que el hecho de remitir a lo previsto por la norma, a la naturaleza del contrato, a los usos o a la ley puede brindar la *apariencia* de que estos componentes son plenamente certeros y que representan límites fuertes que el juez no puede (debe) desatender; empero, lo que haya de entenderse por ellos descansa en manos del juez, del significado con que los dote.

Aunado a lo anterior, la inclusión —de nuevo— de los criterios aplicativos de la equidad y de la razonabilidad ensancha, notablemente, los márgenes de discrecionalidad en lo que respecta a la operación de integración contractual. Esto es relevante en especial para el caso de lo que haya de entenderse por razonable puesto que para tal término convergen, cuando menos, tres posibles significados: que lo razonable se entienda como posibilidad dialéctica de argumentación, de lógica material; que lo razonable se predique con respecto a las consecuencias jurídicas de una decisión, bajo una forma de consecuencialismo jurídico; o bien, que lo razonable se equipare a proporcionalidad entre los medios y los fines⁷³⁵. Por ende, remitir a lo razonable es, en realidad, remitir a lo que el juez entienda como tal.

En consecuencia, según la consideración de la función interpretadora y de la función integradora, o jurígena, que se encomiendan al juez para concretar el estándar jurídico de buena fe, se concluye que ellas engloban toda una gama de criterios aplicativos —*i.e.*, proceder de buena fe, equidad, principios generales, razonabilidad, entre otros— que, lejos de contribuir a concretar tal estándar, más bien terminan por difuminar los lineamientos a los que el juez habría de atenerse, incrementando así drásticamente el rango de su poder de arbitrio.

*
**

En síntesis, a lo largo del presente subapartado se examinó, minuciosamente, el vínculo entre la discrecionalidad —o arbitrio judicial— y el principio de buena fe contractual.

⁷³⁴ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 218; énfasis agreg.

⁷³⁵ Salas, *Mente del jurista*, 78.

Inicialmente, se presentaron las tres principales concepciones respecto al arbitrio judicial detalladas por Minor E. Salas en *La mente del jurista*: en tal instancia se consideró la concepción del arbitrio como patología del derecho, poder de elección del juez y, por último, se destacó la denominada tesis de la ubicuidad —cuyo criterio se comparte en el marco de esta investigación. De acuerdo con la tesis de la ubicuidad, la discrecionalidad es un fenómeno en alto grado inevitable de la actividad judicial, salvo en limitados supuestos; esta, en lugar de constituir la excepción, constituye la regla en el quehacer jurídico.

Acto seguido, previo a entretejer el hilo que une al arbitrio y a la buena fe, se realizó un breve repaso de ciertas características propias del principio en cuestión y de dos categorías de análisis pertinentes para el estudio. Primero, se repasaron las tres vertientes por las que discurre el principio de buena fe, concluyéndose que, dado las múltiples connotaciones que soporta, la buena fe sufre de un triple grado de indeterminación semántico-pragmático, en su acepción de principio. Luego, se consideraron dos aspectos de la buena fe, entendida como estándar de comportamiento y como estándar jurídico, recalcando que este segundo aspecto se encuentra ligado directamente al ejercicio del arbitrio. Y, por último, debido a todo lo anterior, se mostraron los motivos por los que la buena fe representa un caso paradigmático de concepto jurídico indeterminado y de fórmula vacía, en concordancia con tales categorías.

Y, finalmente, se examinaron los riesgos latentes que entraña la aplicación que hace el juez del estándar jurídico de buena fe, en ejercicio de sus facultades discrecionales. En tal momento se enfatizó que la arbitrariedad entra en la escena legal por medio de figuras que ostenten los rasgos de contornos imprecisos, límites semánticos y pragmáticos deficientes, polisemia, vaguedad y textura abierta⁷³⁶. En atención a lo anterior, teniendo presente las distintas vestimentas de las que hace gala la arbitrariedad, se condujo un análisis detallado que consistió en lo siguiente: se tomaron, a título ilustrativo, las descripciones que ofrece Ordoqui Castilla acerca de la operación de concreción del estándar de buena fe y de las funciones interpretativas e integradas encomendadas al juez, con base en tal principio.

A partir de este estudio se concluyó que no solo la buena fe es un concepto en sumo grado indeterminado, sino que, asimismo, esta figura jurídica se encuentra en contacto con toda una *constelación de fórmulas vacías* que son las que fungen de criterios aplicativos para llevar a cabo la labor de concreción y para ejercer las funciones que el principio autoriza. A

⁷³⁶ Salas, *La mente del jurista*, 95.

raíz de esta circunstancia es imperioso reconocer que el arbitrio y la buena fe se encuentran íntimamente entrelazados, por lo cual la responsabilidad profesional ética y profesional del juez es vital para concretar este estándar jurídico. Empero, por igual conviene reconocer que: «Hay momentos en que los operadores del derecho sí pueden (y lo hacen), a partir de los conceptos con que trabajan diariamente: conceptos jurídicos indeterminados, principios generales, cláusulas de delegación y arbitrio, resolver según sus prejuicios favoritos»⁷³⁷.

A manera de corolario del examen conducido en las páginas precedentes, resulta factible afirmar, sobre fundamentos sólidos, que si bien es cierto la valía teórico-pragmática de la buena fe es incuestionable en el seno de la materia contractual, en específico, y en el marco de la teoría del derecho, en general, un análisis *realista-crítico* del objeto de estudio muestra que la categoría de buena fe es problemática en multitud de frentes —tanto en su concepción dogmática como en su aplicación práctica— en virtud de su vasta imprecisión, vaguedad, polisemia... en fin, en razón de sus hondas falencias conceptuales; empero, la problemática cardinal —por encima de todo— es el posicionamiento acrítico, por parte de los juristas, al aproximarse a teorizar y a trabajar con esta categoría jurídica.

Como respuesta a esta problemática cardinal, el último subapartado de esta sección se ocupa de emprender una *cacería de mitos* que desmienta las proposiciones categóricas, emitidas por los juristas, que obscurecen la comprensión de la buena fe contractual.

3. De la *cacería de mitos* que gravitan en torno al principio de buena fe contractual

En diversos momentos de la exposición argumentativa de la presente investigación se ha cuestionado la validez teórica de una serie de proposiciones categóricas que los juristas suelen emitir al referirse al principio de buena fe contractual. Esas proposiciones categóricas, repetidas por la doctrina y por los tribunales —cimentadas por hábito y por precedente— han terminado por sedimentar toda una gama de mitos que gravitan en torno al objeto de estudio.

Tras arribar a esta recta final del examen, en este último subapartado se lleva a cabo una labor que, desde el enfoque del realismo-crítico, consiste en una *cacería de mitos* cuya presencia es persistente —a la vez que tenue y sutil— en el marco de los razonamientos de los juristas en su abordaje de la buena fe contractual. Tales mitos son emitidos a la manera

⁷³⁷ Salas, *La mente del jurista*, 97.

de postulados irreductibles del principio —en alto grado incuestionados e incuestionables—, sin una debida consideración de sus implicaciones respecto a la pragmática jurídica.

Con esto se quiere que la generalidad de juristas exhibe una propensión a emitir sus proposiciones categóricas —sus mitos— acerca del principio en cuestión sin detenerse a reparar en las consecuencias fácticas que necesariamente se seguirían de ellas en la práctica, esto en el caso y bajo el supuesto de que tales afirmaciones gozaran de valor de verdad.

El enfoque del realismo-crítico, tal cual ha sido descrito y aplicado en este contexto, por tanto, ofrece un posicionamiento idóneo para desenmascarar tales afirmaciones como aquello que en realidad son: como un abanico de ficciones, de creencias compartidas por una comunidad específica —la comunidad jurídica, en este caso— y que ejercen influencia determinante en la concepción y aplicación del principio de buena fe.

Para expresarlo con las palabras de Minor E. Salas:

(...) el método más honesto, en el derecho o en cualquier otro campo del saber humano, consiste en reconocer abiertamente los múltiples e inevitables sinsentidos que pululan en la esfera de lo jurídico, no importa si es la esfera teórica o práctica⁷³⁸.

Justo esto es lo que se pretende en este punto: mostrar los «múltiples e inevitables sinsentidos» que los mitos por comentar entrañan, esto al incurrir ellos en un grosero cisma entre teoría y praxis tal cual quedará en evidencia mediante los apuntes críticos por efectuar.

Por consiguiente, para concretar esta última tarea se ofrece un compendio de aquellos mitos más comunes —e insidiosos— que, a lo largo de la investigación, se han detectado; a cada uno de ellos se les adscribe una denominación con la cual mentarlos, se comenta cuál es el núcleo teórico de la proposición categórica en cuestión y, por último, se procede a comentar críticamente por qué motivos tal proposición constituye un mito.

Así pues, que inicie la cacería.

a. Mito de la (in)definibilidad inherente

La primera proposición categórica por discutir recibe la denominación de mito de la (in)definibilidad inherente. Tal cual su nombre lo indica, esta proposición categórica afirma

⁷³⁸ Salas, *La mente del jurista*, 103.

que por ciertas condiciones *intrínsecas* al principio de buena fe —cuáles sean estas, no lo sabemos—, tal principio encierra en su seno la imposibilidad de que pueda ser definido.

La formulación más clara de esta proposición la ofrece James Gordley quien advierte que para ciertos juristas modernos la buena fe es un concepto inherentemente indefinible⁷³⁹.

En la misma línea de ideas, el autor señala que para ciertos juristas alemanes (entre ellos: Georg Puchta, Bernard Windscheid y Ludwig Enneccerus) no se debería asumir que sea posible encontrar una regla clara de buena fe, sino que, en cambio, basta contentarse con obtener un listado de *Fallgruppen* ('grupos de casos')⁷⁴⁰. Asimismo, Gordley señala que un caso análogo acontece con la postura del jurista estadounidense Robert Summers para quien la buena fe cumple un rol excluidor, tratándose entonces de un concepto que no puede ser definido pero que excluye instancias heterónomas de mala fe⁷⁴¹. Y, para concluir, conviene remitir al comentario que al respecto ofrece Ordoqui Castilla sobre el tema, quien se refiere a la indeterminación originaria del concepto y a que dada «La diversidad de ámbitos en que opera la buena fe también hace difícil presentar un concepto unitario [de ella]»⁷⁴².

Todas las anteriores son diversas formulaciones de una misma problemática que es factible articular a modo de interrogante: ¿es posible definir el concepto de buena fe? Ante tal interrogante, según los puntos de vista antes comentados, la respuesta por parte de los juristas es un tajante «no». Dicha negativa obedece a que —supuestamente— el concepto que se pretende definir, por factores *inmanentes* al mismo concepto, no puede ser definido; se asegura que sí es posible establecer grupos de casos del concepto (Puchta, *et al*), que el concepto podría operar negativamente como excluidor (Summers) y que sí se pueden precisar sus manifestaciones (Ordoqui Castilla) pero no brindar un concepto unitario.

En virtud de tales aseveraciones, por tanto, cabría concluir que el acto de definición del concepto de buena fe requiere de operación que entraña una imposibilidad semántica. He aquí en donde la proposición categórica de la (in)definibilidad inherente muestra a todas luces su talante mítico, ello al reparar en las tres siguientes objeciones: una de orden lógico, una de orden histórico y una de orden normativo, según se exponen de seguido.

⁷³⁹ Gordley, 116.

⁷⁴⁰ Gordley, 116.

⁷⁴¹ Gordley, 117.

⁷⁴² Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 103; texto agreg.

Primero es necesario clarificar qué significa postular que un concepto —cualquiera— sea indefinible. En su núcleo, los conceptos cumplen con una sencilla función: *designar* y, mediante ese acto de designación, se excluyen otros posibles contenidos semánticos que «aquello designado» soporta; *ergo*, postular que un concepto sea indefinible —*i.e.*, que un concepto no designe— es una contradicción lógica o, más precisamente, una contradicción lingüística. De tal ser el caso, el concepto indefinible, en realidad, no merecería el calificativo de concepto, sino que sería *un-algo* inefable. Bajo ese supuesto, si la buena fe fuese inefable habría que seguir la pauta de Wittgenstein: «De lo que no se puede hablar hay que callar»⁷⁴³.

Empero, resulta fácil verificar que, al tratarse de la buena fe, los juristas no se callan —esta investigación muestra de ello. Dada tal verificación, la pregunta crucial es cuáles son las razones reales que motivan a los juristas a postular que el concepto es indefinible.

La segunda objeción, de orden histórico, radica simplemente en constatar que, a lo largo del devenir histórico de la buena fe contractual, esta figura jurídica —sea en calidad instituto o de principio general del derecho— ha desempeñado claras funciones, específicas y detalladas, de acuerdo con los diferentes momentos de su evolución conceptual.

Ahora, si bien es cierto que esta multiplicidad de funciones que históricamente le han sido encomendadas al concepto de buena fe dificulta poder brindar una definición unitaria de ella, tal circunstancia, bajo ningún motivo, justifica postular que el concepto sea indefinible. En virtud de que se cuenta con la evidencia fáctica que aporta la historia jurídica de la buena fe, una afirmación mucho más acertada y refinada consistiría en aseverar que el contenido semántico del concepto ha mutado en respuesta a diversos periodos de su desarrollo.

La última objeción, de orden normativo, estriba en que la negativa por parte de los juristas de reconocer la multiplicidad de significados que soporta el concepto de buena fe termina por reforzar su estatuto de fórmula vacía. En este punto conviene retomar una cita previa de Haba según la cual «una fórmula lingüística se halla provista de verdadero alcance normativo, solo cuando ella sirve para *EXCLUIR* de su esfera de aplicación, y esto en forma netamente intersubjetiva, el contenido de ciertas conductas, actitudes, formas de pensar»⁷⁴⁴.

En caso de que el concepto de buena fe fuese indefinible sucedería que esta fórmula verbal falla, precisamente, en la necesaria tarea de excluir determinadas maneras de actuar o

⁷⁴³ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 3ª ed. (Madrid: Alianza Editorial, 2012).

⁷⁴⁴ Para la citación completa, ver *supra*, 123, nota al pie 351.

de pensar, posicionándolas «por fuera» de su esfera de aplicación, razón por la que la única conclusión sensata sería entender que el concepto de buena fe carece de verdadero alcance normativo. Al respecto, un autor como Ordoqui Castilla podría objetar que la buena fe sí goza de dicho alcance normativo dado que, por medio de nuevos principios, se precisan «criterios concretos de aplicación»⁷⁴⁵ pero tal objeción en lugar de solucionar el problema, lo profundiza todavía más, ello debido a que esos criterios dados por nuevos principios — que concretizan el alcance de la buena fe— están fundados en una fórmula vacía.

Desde estos tres ángulos es factible desmentir el mito de (in)definibilidad inherente cuya verdadera razón de ser es asegurar que el concepto de buena fe sea lo suficientemente elástico y flexible —*i.e.*, *indeterminado*— para que este sea aplicable respecto a una vasta generalidad de negocios jurídicos distintos entre sí. Esta proposición categórica se revela, en última instancia, como lo que William Scheuerle, en su terminología, denomina un «cripto-argumento»: «un argumento que esconde tras de sí unas motivaciones [cripto-sociológicas] que no aparecen a primera vista»⁷⁴⁶. A primera vista, pareciera que los juristas genuinamente *creen* que la buena fe es indefinible; empero, la motivación es preservar su indeterminación.

Tal cual se verá en las próximas páginas, los cripto-argumentos y las motivaciones cripto-sociológicas detrás de ellos son categorías a las que se hará mención recurrentemente porque ambas abundan al considerar las proposiciones categóricas bajo estudio.

b. Mito de la determinación de caracteres esenciales

La segunda proposición categórica por discutir recibe la denominación de mito de la determinación de caracteres esenciales. Esta proposición categórica postula, en lo básico, que el sistema jurídico romano definió perentoriamente los rasgos fundamentales que, aún hoy en día, caracterizan y distinguen al principio general de buena fe contractual.

Por motivo de honestidad intelectual debe reconocerse que no son todos los autores los que formulan esta proposición expresamente. Un ejemplo de ello es el caso de Javier Humberto Facco cuyo análisis es inminentemente histórico y que jamás, en toda su obra *Vicisitudes*, propone semejante cosa. Por lo general, esta proposición categórica aparece en

⁷⁴⁵ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 103.

⁷⁴⁶ Salas, *Sofisma*, 6.

aquellos trabajos teórico-dogmáticos que introducen consideraciones históricas —supletorias y, a menudo superficiales— a sus estudios. En tales supuestos, se desconoce groseramente el proceso de evolución conceptual que experimenta la buena fe al interior del derecho romano.

A título ilustrativo, esto acontece en la obra *Buena fe contractual* de Ordoqui Castilla en donde el autor hace afirmaciones del siguiente tipo: «Dado que la buena es un imperativo ético emergente de la propia naturaleza humana ya estuvo presente en la época del Derecho Romano»⁷⁴⁷ e igualmente que «Importa destacar que los romanos reconocieron al principio general de la buena fe como un principio fundado en el Derecho Natural»⁷⁴⁸.

Para no ahondar en demasía sobre este asunto y proseguir con la exposición, solo considérese un señalamiento con respecto a cada una de las citas ofrecidas.

En relación con la primera de ellas, según se indicó al abordarse el tema del momento genético de la *bona fides*, es incorrecto afirmar que el instituto emerge de la “propia naturaleza humana” porque ello implica desatender gravemente el hecho de que el instituto emerge en respuesta a necesidades concretas en el ámbito comercial y jurídico; esto quiere decir que la buena fe *emerge en, y responde a* un contexto socio-histórico específico, contexto en el cual esta figura es desarrollada por el pretor para hacer frente a las nuevas exigencias jurídico-económicas que se presentan y que nada tienen que ver con la “naturaleza humana”.

En relación con la segunda de ellas, baste con señalar que el comentario de Ordoqui Castilla sobre este punto incurre en un notorio anacronismo, esto al proyectar las nociones de principio general y de Derecho Natural a un periodo histórico anterior en que esos conceptos ni siquiera han sido formulados. Ahora, si bien la experiencia jurídica posterior de la buena fe se entrelaza con ambas nociones, lo cierto es que los romanos articulan una institución jurídica —no un ‘principio general’— y que, al hacerlo, lo fundan debido a ciertas necesidades y fines que se persiguen —no en alguna suerte de sustrato ‘iusnaturalista’.

Las dos citas criticadas sirven de muestra de cierta preconcepción generalizada según la cual el tratamiento que recibe la buena fe en el derecho romano ha forjado unos supuestos caracteres esenciales propios del instituto —fijos y pétreos— que, inalterables, arriban hasta la actualidad en donde a ellos, hoy día, se les brinda continuidad teórica.

⁷⁴⁷ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 136.

⁷⁴⁸ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 137.

Sin embargo, el carácter mítico de esta proposición categórica estriba en pasar por alto o en desconocer la profunda mutabilidad histórica que atraviesa la buena fe, esto incluso al interior de la misma experiencia legal romana. En dicho sistema jurídico, la buena fe asume una pluralidad de manifestaciones que son divergentes entre sí —*i.e.*, *fides*, *bonae fidei iudicia*, *contractus bonae fidei*—, cada una de las cuales ostentaría sus propios caracteres esenciales.

A manera de hipótesis, pareciera altamente probable que la pervivencia del mito en cuestión obedezca a la tarea de recuperación del instituto llevada a cabo por los juristas del medioevo. Al tomar por base el *Corpus iuris civile* de Justiniano para realizar sus glosas, son los juristas medievales quienes reintroducen la noción de la *bona fides-aequitas* y quienes sientan, mediante sus comentarios e interpretaciones, las características básicas del instituto; así pues, sus estudios son la piedra angular sobre la que descansa la concepción que los juristas modernos se forman del instituto. En tal sentido, adquiere especial relevancia que los desarrollos de la escolástica tardía sean posteriormente retomados por la Escuela de Derecho Natural que, a su vez, modela la concepción del instituto en el periodo codificador.

Asimismo, para terminar de desmentir este mito, considérese el caso de los aportes teóricos de Baldo de Ubaldis quien, al igual que los juristas medievales que lo precedieron, reconoce tres requerimientos centrales de la buena fe dentro de los cuales atribuye primacía al requerimiento de no enriquecerse a expensas de otros. Tales requerimientos —si se deseara— fácilmente podrían considerarse caracteres esenciales del instituto. Empero, sucede algo curioso: el requerimiento —carácter— de no enriquecerse a expensas de otro desaparece por completo de la concepción moderna de la buena fe que se forma el derecho natural.

Dado el estado de cosas descrito: ¿en dónde está lo *esencial* de tales caracteres si algunos de ellos terminan siendo prescindibles? La respuesta que cabe plantear ante dicho interrogante es que los caracteres esenciales de la buena fe cambian en las diferentes etapas de su desarrollo conceptual, lo cual es constatable en el plano fáctico-histórico; ergo, tales caracteres, en realidad, no son esenciales sino mutables y dependerán de quien los proponga.

c. Mito de la fundamentación iusnaturalista

La tercera proposición categórica por discutir recibe el nombre de mito de la fundamentación iusnaturalista. Para decirlo en tono irónico, la esencia» de este mito reside, justamente, en la insistencia, por parte de los juristas, de concebir al principio de buena fe contractual en términos esencialistas y de fundamentar su razón de ser, su amplio alcance normativo y sus múltiples funciones a partir de un trasfondo teórico iusnaturalista.

Esta problemática fue objeto de crítica en el primer capítulo del presente título⁷⁴⁹ en donde se explicaron los diversos sentidos que soporta la fórmula verbal del principio general de buena fe, sus posibles vías de obtención y sus medios de fijación de contenido. En lo que concierne a la multiplicidad de sentidos que soporta esta fórmula verbal, se concluyó que los juristas son propensos a concebir la buena fe, ante todo, según los sentidos de ‘principio de derecho natural’ y de ‘principio emplazado en la base de ordenamiento jurídico’ —sentidos que se refuerzan el uno al otro al ambos anclarse en postulados iusnaturalistas clave.

En este punto cabe cuestionarse, nuevamente, ¿por qué la fascinación de los juristas por el iusnaturalismo como medio ideal para dar sustento al principio de la buena fe?

Tal fascinación obedece a que si no fuese por el recurso a tal acervo teórico sería normativamente injustificable defender, de manera *racional*, todas las prerrogativas que el sistema jurídico —o, más, precisamente, los jurisconsultos— le confieren al principio de buena fe y, por añadidura, al juez quien es el encargado de aplicarlo, ello con las amplias libertades discrecionales con las que cuenta al hacerlo —esa es la respuesta que se propone y se defiende.

El argumento se fortalece todavía más al reparar en que los principales medios de fijación de contenido del principio son, justamente, la doctrina y el derecho natural, con lo cual se entiende que estas fuentes contribuyen de modo decisivo a alimentar el círculo vicioso descrito: la doctrina —*i.e.*, la opinión de los *juristas*, legitimada como fuente de derecho— se vale de los presupuestos del derecho natural —*i.e.*, de postulados teóricos del iusnaturalismo— para así ofrecer razones (poco convincentes) acerca del porqué el principio de buena fe goza de la primacía que de hecho se le otorga, brindando, asimismo, el sustrato

⁷⁴⁹ Al respecto, ver *supra*, 139–171, la Sección II titulada «El principio de buena fe contractual en el pensamiento doctrinario» y, en especial, la síntesis que se ofrece, 171.

que sirve de base para la formulación de las alucinantes proposiciones categóricas que aquí se critican.

Gracias a esta operación, tal cual ha sido explicada, es que los juristas cuentan con la estructura retórica básica para enunciar afirmaciones tales como que el principio de buena fe es inherente a la naturaleza humana, que este configura la esencia del acto contractual, que es un principio que atraviesa transversalmente todo el sistema jurídico y cualesquiera otras aseveraciones grandilocuentes que es común hallar en los trabajos teórico-dogmáticos.

La explicación aquí ofrecida, la cual describe el procedimiento necesario para que los juristas emitan el tipo de juicios reseñado, muestra las motivaciones cripto-sociológicas — *i.e.*, las motivaciones *reales*— que movilizan (¡y legitiman!) a los juristas a la hora de ofrecer sus cripto-argumentos a favor de la indeterminación radical del principio de buena fe.

Para expresarlo con otras palabras, el mito de la fundamentación iusnaturalista funge de pilar y, asimismo, funge de condición de posibilidad para la articulación de las demás proposiciones categóricas que, en este contexto, se pretenden develar como los mitos que en realidad son; es decir, es el cripto-argumento fundante del cual derivan los restantes.

Una excelente muestra de ello, de esta función fundacional que desempeñan tales postulados iusnaturalista, es el caso del mito de la supremacía que se comenta a continuación.

d. Mito de la jerarquía suprema y absoluta

La cuarta proposición categórica por discutir recibe el nombre de mito de la jerarquía suprema y absoluta. En lo fundamental, este mito postula que el principio de buena fe goza de jerarquía suprema y absoluta con respecto a cualesquiera otros principios generales del derecho —incluso con respecto a cualesquiera otras normas de derecho positivo— de modo tal que la buena fe termina instalándose en la cúspide normativa de todo ordenamiento jurídico.

Según se podrá deducir del análisis antes efectuado, este mito se encuentra vinculado indisociablemente con las discusiones que versan acerca del lugar que ocupa el principio de buena fe al interior del sistema jurídico, esto en calidad de principio general *superior* del

derecho, tal cual se discutió en su momento oportuno⁷⁵⁰. Por consiguiente, dentro de tales coordenadas y bajo dicho estatuto, se asevera que la buena fe no cuenta con parangón alguno en lo concerniente a su grado de abstracción y a su rango de aplicabilidad normativa.

Ahora bien, si antes se ha dicho que el mito de la fundamentación iusnaturalista funge de condición de posibilidad sobre la cual se erigen las demás proposiciones categóricas acerca del principio de buena fe, el mito de la jerarquía suprema y absoluta debe entenderse como su fruto último: es gracias a esta proposición categórica que a la buena fe se le dota su máxima capacidad normativa y operativa; se elimina, así, cualquiera oposición a ella.

Esta proposición categórica es particularmente problemática dado el hecho de que la buena fe, en efecto, sí figura entre aquellos (pocos) principios generales que son calificados de superiores. Por ende, criticar tal hecho de manera frontal sería un sinsentido; hacerlo conduce a un callejón sin salida debido a que —quíerose o no— se trata de un dato indiscutible.

Sin embargo, ello no significa que la proposición categórica en cuestión se halle por fuera del alcance de la crítica, sino que el aproximamiento idóneo para desmentir este mito, en particular, consiste en llevar ese dato en específico —el estatuto ‘superior’ de la buena fe— a sus últimas consecuencias; es decir, se requiere indagar cuáles son las consecuencias prácticas que se desprenden de tal dato para mostrar los inconvenientes que entraña.

Para llevar a cabo este desvelamiento, considérese, a manera de marco referencial para el análisis, la descripción de Ordoqui Castilla sobre este «principio jurídico general y superior» en donde el autor comenta cada uno de esos cuatro elementos, tal cual figura en la siguiente citación que —debido a su larga extensión— se reproduce fraccionadamente.

Primero, el autor señala que al tratarse del principio jurídico general y superior de buena fe sucede que este «marca la vigencia de **valores máximos** [cuáles sean, no lo indica] aplicables tanto en el ámbito del **derecho público** como del **derecho privado**»⁷⁵¹; es decir, tales valores máximos —cómo los denomina— rigen irrestrictamente del ámbito que se trate.

Segundo, se califica de *principio* por cuanto «refiere a una **verdad fundamental** que traduce una exigencia ética básica, indiscutida, sustentada en la **naturaleza humana** y la

⁷⁵⁰ Al respecto, ver en especial *supra*, 160–162, el acápite titulado «Del principio general superior de buena fe».

⁷⁵¹ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 148; texto y énfasis agreg.

conciencia social»⁷⁵²; lo cual, debido al lenguaje empleado que se destaca con énfasis, denota —de nuevo— una concepción esencialista de la fórmula verbal de los principios.

Tercero, se califica de *general* por cuanto «tiene vigencia en **todo el ámbito del derecho**, no solamente contractual, no solamente el derecho civil, sino de todo el derecho en general, sin exclusiones»⁷⁵³; lo que, en otras palabras, remite al sentido de unos principios universales emplazado en la base de todo ordenamiento jurídico.

Cuarto, se califica de “superior” por cuanto:

(...) con respecto a otros principios trasciende por su importancia y su funcionalidad sustancial. LARENZ (ob. cit. p. 145) con acierto califica a este principio como “supremo” pues es **irrenunciable** y representa el **precepto fundamental** de la juridicidad. No se trata de una norma de conducta más sino que representa un **principio supremo** del derecho y de las relaciones obligacionales, de forma que todas las normas han de medirse por él y en cuanto se opongan han de ser en principio pospuestas⁷⁵⁴.

Y, quinto, se califica de jurídico por cuanto «trasciende de lo moral y es aceptado **implícita o explícitamente** por el orden jurídico en su normativa, trascendiendo del campo subjetivo al [campo] intersubjetivo en la relación de derecho y obligaciones de los sujetos al conformar una relación jurídica»⁷⁵⁵; lo que hace alusión al reconocimiento, sea latente, sea manifiesto, que los diversos ordenamientos jurídicos le confieren a este principio.

Una opinión como la recién transcrita, tal cual resultará evidente a estas alturas del trabajo, es profundamente problemática en múltiples frentes. Para dimensionar plenamente los múltiples frentes en los que se manifiesta la problemática y en razón de la trascendencia de este mito para los efectos del presente análisis, a este se dedica un mayor espacio para la discusión que aquel concedido a otros mitos. No obstante, con el ánimo de no redundar en puntualizaciones críticas que, en otros puntos, ya fueron efectuadas⁷⁵⁶, en adelante se limita el comentario a tres observaciones puntuales —de orden general— y a un comentario global acerca de lo poco que aporta la supuesta supremacía del principio de la buena fe.

En primer lugar, nótese que, a pesar de la longitud de la citación, realmente se avanza poco en la comprensión del carácter supremo y absoluto de la buena fe. Esto se debe, sencillamente, a que el autor insiste en recurrir a una plétora de fórmulas vacías para intentar

⁷⁵² Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 148; énfasis agreg.

⁷⁵³ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 148; énfasis agreg.

⁷⁵⁴ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 148; énfasis agreg.

⁷⁵⁵ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 148; texto y énfasis agreg.

⁷⁵⁶ Al respecto, ver *supra*, 171.

dar contenido a una fórmula vacía. Frente a etiquetas tales como valores máximos, verdad fundamental, naturaleza humana, conciencia social y tantas otras por el estilo, las que se engarzan en el hilo argumentativo del autor, ningún jurista se proclamará en contra de ellas porque cada quien las dotará del contenido que prefiera; habrá, pues, un aparente acuerdo respecto a la letra debido a la indeterminación conceptual de las etiquetas utilizadas.

En segundo lugar, repárese en que el sustrato de la opinión de Ordoqui Castilla es netamente iusnaturalista y, más adelante, así lo reconoce de forma expresa el autor⁷⁵⁷. Gracias a este sustrato iusnaturalista se fundamenta la supremacía normativa de la buena fe que, al concebirse como principio de derecho natural, se convierte en un principio general *superior* que se sitúa por encima de otros principios e incluso por encima del derecho positivo.

Esta operación, asimismo, es una muestra de la antigua tensión entre las corrientes positivistas y las corrientes iusnaturalistas reseñada antes⁷⁵⁸. Ahora, si bien el autor —al igual que otros juristas que comulgan con una línea de pensamiento análoga— reconocen el peso y la incidencia del derecho positivo —*i.e.*, de la norma— como parte determinante del fenómeno jurídico, lo cierto del caso es que, enfrentados a estas dos concepciones macro de lo legal, ellos rápidamente se inclinan por un marco referencial iusnaturalista al concebir la buena fe.

En tercer lugar, recuérdese que el principio de buena fe puede discurrir por cuando menos tres vertientes —*i.e.*, principio general, principio general con respecto a una rama del derecho y principio general superior— las cuales se entremezclan en la opinión planteada por Ordoqui Castilla. Esto quiere decir que no se diferencia, claramente, cuáles atribuciones del principio se explican según determinado estatuto, sino que, por el contrario, atribuciones de las otras vertientes son absorbidas e integradas por la vertiente del principio general superior de buena fe. Por tanto, al no reconocerse estos tres planos, acontece que afirmaciones propias de cierto plano se extrapolan, se traslapan entre sí y se presentan como si el estatuto superior las reuniese todas a modo de «unidad homogénea», en la cual las atribuciones se confunden.

Con estas tres observaciones se sintetizan y se expanden las objeciones centrales que, en diferentes momentos de la investigación, se han formulado respecto al mito de la jerarquía

⁷⁵⁷ Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual*, 149.

⁷⁵⁸ Al respecto, ver *supra*, 153–154.

suprema y absoluta. Más aún, al respecto, resta un comentario global por efectuar que versa acerca de las implicaciones que en la praxis se siguen de la presencia de tal mito.

Para ello conviene fijar la atención en el cuarto elemento descrito por Ordoqui Castilla en su opinión: el calificativo de “superior” del que goza el principio de buena fe.

Según la opinión del autor, el principio de buena fe es «irrenunciable» —*i.e.*, que no admite derogación alguna— y funge de «precepto fundamental de la juridicidad» —*i.e.*, que es una figura consubstancial al fenómeno legal en cuanto tal—; de allí, pues, se deduce que este sea una «principio supremo del derecho». Pero, la cuestión no termina allí: dado este carácter supremo «todas las normas han de medirse por él» —*i.e.*, *todo* el derecho positivo debe contrastarse con el principio (en el plano del *deber-ser*)— y, todavía más, en cuanto se opongan han de ser en principio pospuestas —*i.e.*, excluye la aplicación de aquellas normas antinómicas que, en principio, no se ajusten a sus criterios (en un plano *ideal*).

Empero, ¿qué significan todas estas afirmaciones para la praxis judicial concreta? He aquí donde queda patente el cisma entre teoría y praxis característico del mito de la jerarquía suprema y absoluta, esto por cuanto ciertas afirmaciones teóricas se presentan como si estas fuesen afirmaciones de hecho. Existe, pues, una incongruencia entre el plano del deber-ser (cómo debería aplicarse —idealmente— el principio) y entre el plano del ser (cómo se aplica —fácticamente— el principio). El ejercicio consiste, pues, en tomar estos datos que aporta la teoría y preguntarse cuál sería el estado de cosas resultante si tales datos se correspondieran con los modos usuales en que se aplica el principio de buena fe.

Expresado de manera inquisitiva: ¿qué significa decir que el principio de buena fe sea irrenunciable?; ¿qué importancia reviste que sea un precepto fundamental de la juridicidad?; ¿qué repercusiones se siguen de que las normas deban medirse respecto a ese estándar?; ¿qué sucede con las normas que no se ajustan al principio y, por ende, son pospuestas?

Ante tales interrogantes no es factible dar una respuesta clara justamente porque los datos que integran tales afirmaciones, sometidas a cuestionamiento, son oscuros.

Para avanzar en la averiguación, por lo tanto, se requiere acceder a una petición de principio: en lo subsecuente se acepta la premisa según la cual el principio de buena fe es, en efecto, un principio general superior del derecho y tal hecho no es puesto bajo tela de juicio.

Sin embargo, partiendo de tal premisa, el primer inconveniente que se detecta es que la buena fe no es el único principio general que goza del estatuto de ser superior. Los

principios generales superiores son escasos —la buena fe es uno de ellos—, mas no es el único. En *Los principios generales*, Haba señala la presencia de estos principios de rango superior y, por motivo de su enfoque, descarta analizarlos. Empero, al citar el estudio de Wolf sobre este tipo de principios, enlista cinco de ellos entre los cuales destacan:

(...) la fórmula platónica de “que cada quien haga lo que le corresponde”, el proverbio ulpiánico “neminem laedere” [*i.e.*, no causar daño a nadie], el principio aristotélico de la justicia distributiva y la conmutativa [bases teóricas de Baldo al concebir la buena fe], la antigua indicación romana sobre la conducta de “bona fides” y la pauta bizantina de la “aequitas” [con la que la *bona fides* se fusiona]⁷⁵⁹.

Una vez introducido este dato, es posible encauzar el argumento por dos senderos que, hacia el final del recorrido, convergen de nuevo en el mismo sitio.

Al tomar el primer sendero se cae en cuenta de que si existe una pluralidad de principios de rango superior —cinco, en este caso— y uno de ellos es la buena fe, sucede que existen otros cuatro principios del mismo rango. Esto es problemático porque la supuesta *supremacía absoluta* de la buena fe depende, en última instancia, de su estatuto de principio superior y —ante todo— de que se conciba como el único principio con tal estatuto.

Ahora, dado el hecho de que otros principios también ostentan el estatuto de principio superior, cabría contemplar, cuando menos, dos supuestos.

En el primer supuesto habría que contemplar que el principio superior de buena fe es equivalente —en cuanto a su rango normativo— a los restantes principios superiores y la conclusión que de ello se desprende sería que cada uno de estos principios superiores es supremo y absoluto —desmintiendo, así, que solo la buena fe lo sea—; o, en su defecto, en el segundo supuesto habría que admitir que ningún principio superior puede ser ni supremo ni absoluto por el simple y sencillo hecho de que solo tendría sentido hablar de esos atributos —la supremacía y el absolutismo del principio— si solamente uno de ellos lo fuera.

Al tomar el segundo sendero, por otra parte, se cae en cuenta de que, con tal de mantener vivo el mito de la jerarquía suprema y absoluta de la buena fe, habría que suponer que entre los principios superiores existe jerarquía. Esto es una contradicción en términos: si existiese jerarquía en la que ciertos principios superiores fuesen superiores a otros, sucede que la categoría de principio general superior se corrompe. En el caso de que hubiese tal jerarquía, habría subordinación entre principios superiores —situación por completo

⁷⁵⁹ Wolf, 90, citado en Haba y Barth, *Principios generales*, 23; texto agreg.

antitética al concepto de principio general superior por cuanto tales principios se definen, justamente, por no entablar relación de subordinación alguna respecto a ningún otro principio.

Así como todos los caminos conducen a Roma, ambos senderos conducen al mismo sitio: en primera instancia, el mito de la jerarquía suprema y absoluta se desmiente cuando se considera esta proposición categórica en su sentido estructural.

Los principios superiores (considerados inmanentes a todo lo que sea derecho y, a su vez, encargados de fijar sus límites) fungen de axiomas del sistema; en calidad de axiomas son indemostrables —por definición—; ergo, el hecho de conferirle los atributos de supremacía y absolutidad a solo uno de los axiomas —*i.e.*, la buena fe— es un sinsentido porque ello implicaría introducir un orden de prelación entre elementos que son equivalentes.

Dicho de manera accesible, un axioma —*i.e.*, un principio superior— no puede ser más valioso que otro ni ostentar atributos de los cuales los otros axiomas carezcan porque, si tal fuese el caso, dichos axiomas serían premisas —no axiomas. Ahora bien, si a pesar de todo lo anterior se insistiera en que los axiomas —en general— son supremos y absolutos, la formulación correcta de la proposición consiste en decir que la buena fe participa de tales atributos debido a su condición de principio superior —dado que es un axioma.

No obstante, alguien —en un desesperado intento acrobático por preservar el mito— podría formular un contrargumento del siguiente tipo: si se mira con detenimiento cada uno de los principios superiores enlistados por Wolf, es factible observar entre ellos la presencia de un común denominador o un parecido de familia; cada principio se puede comprender, entonces, como una expresión divergente —con respecto a otras expresiones— de un contenido jurídico-semántico básico en el cual todos *hacen vértice*, al decir de Ordoqui Castilla; cada principio superior sería una manifestación jurídica particular que es posible retrotraer hasta arribar a un fenómeno jurídico primordial, multifacético, que se expresa de múltiples modos.

Cada principio superior —diría el acróbata argumentador— brota de la misma fuente, expresando una de todas las facetas de un «precepto fundamental de la juridicidad»: la *bona fides* romana y la *aequitas* bizantina convergen en la época medieval —se fusionan—, mientras que las nociones de justicia distributiva y conmutativa son las bases teóricas sobre las cuales se cimenta el concepto del contrato moderno, moldeado por influencia de la buena

fe; luego, la máxima de no causar daño a nadie refiere al acto doloso que, por un lado —en su aspecto axiológico—, constituye el opuesto polar del comportamiento de buena fe según indica Facco y, por otro lado —en su aspecto negocial—, es correlativa al requerimiento de Baldo que manda no enriquecerse indebidamente a expensas de la contraparte. Para finalizar, la fórmula platónica que dicta que *cada quien haga lo que le corresponde* es una reformulación de la antigua máxima basilar del «*Pacta sunt servanda*» [Los pactos han de observarse].

El contrargumento del acróbata argumentador, desde el punto de vista de la evolución histórica-conceptual del principio de buena fe, es una lectura coherente.

En donde todos observan una pluralidad de principios, el acróbata se concentra en el hilo común que los atraviesa y los enlaza a todos ellos; concluye, pues, que cada principio superior expresa el mismo contenido semántico, pero reconoce que cada uno de ellos lo hace de modo distinto, creándose así la apariencia de que se está hablando de dos cosas distintas, plenamente diferenciadas, cuando, en realidad, se está hablando de la misma cosa.

El contrargumento que avanza el acróbata podría, entonces, calificarse como una operación de *sincretismo jurídico-lingüístico*, para denominarle de alguna manera.

Una definición estipulativa de sincretismo reza que este es aquel «Fenómeno por el que diferentes funciones coinciden en una forma única». O, si se quiere, para ajustar esta definición estipulativa a los términos que el acróbata utilizaría, el sincretismo [jurídico-lingüístico] es aquel «Fenómeno por el que diferentes principios superiores coinciden en una *unidad homogénea*». Cuál sea esta unidad homogénea, cómo llamarle —no interesa.

Ahora, llegado este punto, nótese que el contrargumento expuesto, examinado de manera superficial, fácilmente podría tildarse de esencialista: el acróbata busca desentrañar una esencia última de los principios superiores —podría pensarse— al postular esa supuesta unidad homogénea que es equiparable a un precepto fundamental de la juridicidad.

Sin embargo, aunque el argumento se tildase de esencialista, repárese en el hecho de que en ningún momento el acróbata se proclama acerca de qué sea esa unidad homogénea; simplemente muestra el sustrato común que comparten los principios superiores.

Dicho llanamente, los principios superiores convergen en una unidad homogénea de significado y son expresiones de ella; esa unidad homogénea, como tal, no es capaz de

expresarse a sí misma salvo bajo el modo de los principios superiores que remiten a ella y que la nombran a ella, *pero que no son ella* —de ella solo son perceptibles sus expresiones.

Al finalizar su contrargumentación, el acróbata concluye: *Si hubiese esencia, ella es inefable; ergo, sobre esa esencia conviene callarse* y procedería a cerrar la boca.

Contrario a lo que podría suponerse, esta contrargumentación lejos de salvar al mito de la jerarquía suprema y absoluta de la buena fe, más bien evidencia lo que anteriormente se denominó el vínculo de retroalimentación simbiótica entre los principios generales y el sistema jurídico que, en lo fundamental, postula que el sistema legitima a los principios como fuente de derecho y que los principios —por sus atribuciones— legitiman al sistema.

La diferencia, en este caso, es meramente una diferencia de grado.

El sistema jurídico posee una «gramática»⁷⁶⁰ (Wittgenstein) peculiar debido a que las mismas reglas que el sistema impone —*i.e.*, la variadísima cantidad de usos aceptables que tienen las palabras en el discurso jurídico— siempre admiten la posibilidad de que, por medios discursivos, se arribe a razonamientos o se formulen argumentos que reafirmen el carácter “sistemático” del sistema jurídico. Esto es, precisamente, lo que sucede en el caso de los principios generales y lo mismo es valedero para los principios generales superiores.

Al final de la partida, un principio general —sea rastrero o sea superior— solamente cumple una función legitimante que justifica la sistematicidad del discurso jurídico.

El mito de la jerarquía suprema y absoluta se revela, en última instancia, como una estrategia cuya valía radica en que tal proposición categórica, independientemente de su valor de verdad —en caso de tenerlo—, sirve el propósito de brindar la apariencia de que el discurso jurídico ostenta rasgos sistemáticos y de que opera bajo criterios lógicos.

Más aún, para terminar de desvelar el talante mítico de esta proposición categórica, en lo que concierne a las repercusiones que —en la *praxis*— se desprenden de dicho mito, considérese el «mito de la convivencia armónica» que se discute de seguido y que guarda estrecha relación con la creencia de que ningún principio se opone al de buena fe.

⁷⁶⁰ Por el concepto de gramática, en el pensamiento de Ludwig Wittgenstein, se entiende: «La concepción más básica de la gramática de Wittgenstein es que ella consiste en reglas que gobiernan el uso de las palabras que de tal modo constituyen significados y conceptos» en Michael N. Forster, *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar* (New Jersey: Princeton University Press, 2004), 7.

e. Mito de la convivencia armónica

La quinta proposición categórica por discutir recibe el nombre de mito de la convivencia armónica. Este mito, en su expresión mínima, afirma que el principio general de buena fe es capaz de entablar relaciones de concordancia y de complementariedad —no de marcado antagonismo— con otros principios generales y normas de derecho positivo.

Según esta proposición categórica, la buena fe —en el plano axiológico y normativo— convive armónicamente con otros valores, principios, normas y demás pautas jurídicas, esto de forma tal que las relaciones entre tales pautas y el principio de buena fe no son dominadas por la tensión ni por el conflicto. Tal juicio solamente es posible emitirlo al desconocer, por completo, el fenómeno de la relatividad de los principios generales del derecho⁷⁶¹ y, además, al ignorar la dinámica conflictual en la que se hallan inmersos los valores jurídicos⁷⁶².

En este sentido, el mito de la convivencia armónica es heredero de problemáticas asociadas a la proposición categórica anterior, principalmente en lo que atañe a la falta de claridad con respecto a las tres vertientes por las que discurre el principio de buena fe. El hecho de no reconocer estas tres vertientes del principio tiene por secuela que, a la hora de preguntarse por las interrelaciones que ligan a la buena fe a otras figuras jurídicas, sea dificultoso dimensionar cuáles son las características que definen dichos vínculos.

El tipo de vínculos que el principio de buena fe establezca con otros principios, normas o valores, dependerá, en última instancia, de bajo cuál de estas tres vertientes —o, si se quiere, bajo cuál de esos planos— se conciba su estatuto: sea como principio general, como principio general de una rama del ordenamiento o como principio general superior.

Anteriormente, al abordar el tema de la relatividad de los principios generales se ha dicho que ningún principio vale sin excepción: los principios establecen entre sí relaciones de subordinación que se basan en el grado de generalidad de los principios involucrados; así pues, puede acontecer que una norma se presente como principio frente a un conjunto de normas que le son subordinadas y, al mismo tiempo, que dicho principio se encuentre subordinado a otra norma que supere su grado de generalidad y que, por ende, lo subsuma⁷⁶³.

⁷⁶¹ Al respecto, ver *supra*, 138–139.

⁷⁶² Al respecto, ver *supra*, 120–122.

⁷⁶³ Al respecto, ver *supra*, 138–139.

Ahora, si acepta la tesis de Ordoqui Castilla según la cual los principios generales *reflejan* valores con su aplicación⁷⁶⁴, es fácil comprender el fenómeno de la relatividad de los principios generales y la dinámica conflictual de los valores. No obstante, cabe realizar una leve precisión a la tesis del autor: los principios generales, con su aplicación, encarnan valores; los valores —intangibles— encuentran en los principios un medio idóneo para que ellos se vehiculicen, se manifiesten y para que, de tal manera, incidan en el derecho.

Tal formulación permite crear un puente entre los principios generales y los valores jurídicos, ello en la misma línea del enfoque trazado en la presente investigación en la cual se vincula directamente al principio general de buena fe con el valor de la confianza.

Al fijar al valor de la confianza como núcleo axiológico del principio general de buena fe —*i.e.*, al postular que ese principio encarna el valor en cuestión—, resulta factible, primero, crear ese puente entre principio y valor; y, segundo, obtener un parámetro contra el cual sea posible contrastar las relaciones que el principio entreteje con otros principios, sean ellas de complementación o de abierta oposición —en el caso de tratarse de tensiones «antinómicas».

Este segundo aspecto es el que interesa considerar en este punto porque, dado el hecho de que rara vez se especifica cuál valor —o valores— encarna un principio, en general, no se cuenta con parámetro alguno para realizar la operación de contraste arriba indicada.

Así pues, al no contar con ese parámetro a partir del cual comparar qué criterios de valor encarnan determinados principios, cuya realización estos persiguen al ser aplicados, ello conduce a la circunstancia de que sea virtualmente imposible averiguar si las relaciones que tales principios entablan con otras pautas jurídicas son antinómicas o no lo son.

Del mismo modo que ningún principio vale sin excepción, tal juicio es igualmente válido para el caso de los valores jurídicos. Los criterios de valor, tal cual su nombre bien lo indica, son lineamientos a partir de los que se ejecuta el *acto de valorar* —*i.e.*, de adscribir valor. Al entregarse al acto de valorar, el individuo, entre todas las alternativas que se le presentan —sea al juzgar objetos, eventos, pensamientos— necesariamente debe «optar» entre ellas, pronunciándose a favor de alguna en detrimento de otras alternativas posibles.

Dicho sintéticamente: el acto de valorar no es —ni puede ser— un acto neutral. En consecuencia, debido a que el acto de valorar involucra una decisión y dado que, por

⁷⁶⁴ Al respecto, ver *supra*, 156, nota al pie 447.

necesidad, demanda una *toma de postura*, de posicionamiento, acontece que los criterios de valor son divergentes y esa divergencia puede llegar hasta el extremo de que tales criterios sean radicalmente contradictorios entre sí—en cuyo caso se habla de antinomias valorativas.

A esta circunstancia fáctica e irresoluble de lo social es a la que Minor E. Salas se refiere, en su crítica a la idea un sistema, al afirmar «el hecho de que todo ordenamiento jurídico o valorativo [está], en la realidad de las relaciones sociales mismas, compuesto por valores contradictorios y antinómicos»⁷⁶⁵. He allí la razón de ser de la conflictividad que es intrínseca a la dinámica de los valores, puesto que ellos se hallan en constante pugna.

Una vez explicado todo lo anterior, con el fin de desmentir el mito de la convivencia armónica del principio de buena fe, atiéndanse los tres siguientes argumentos.

En primer lugar, cabe anotar que el principio general de buena fe, considerado en su sentido primario —*i.e.*, como principio general del derecho—, se proyecta más allá de los límites del derecho privado y es reconocido, asimismo, dentro de los confines del derecho público. Esto significa que la aplicación del principio general de buena fe es irrestricta, con independencia del sector del derecho del que se trate. Por dicho motivo, antes se planteó que este principio atraviesa transversalmente la totalidad del entramado jurídico⁷⁶⁶.

Ahora bien, de acuerdo con las conclusiones preliminares formuladas al finalizar el primer capítulo del presente título⁷⁶⁷, esta operación —por cuyo medio se instala a la buena fe en la cúspide del sistema jurídico— únicamente es ejecutable al concebir al principio en calidad de principio de derecho natural y al partir de postulados iusnaturalistas. Por tanto, al ser concebido de tal modo, el principio de buena fe adquiere primacía jerárquica por sobre el derecho positivo, lo cual implica que los demás principios generales y las demás normas positivas se encuentran en relación de *subordinación* con respecto a la buena fe.

Así pues, el hecho de que tales relaciones sean de subordinación contradice que el principio de buena fe conviva armónicamente con otras pautas jurídicas, esto por cuanto, en caso de oposición, siempre prevalece —en teoría— el principio en cuestión. Según Ordoqui Castilla tales relaciones, más bien, son de interdependencia y de coordinación —no vínculos

⁷⁶⁵ Para la citación completa, ver *supra*, 183, nota al pie 517; texto agreg.

⁷⁶⁶ Al respecto, ver *supra*, 156.

⁷⁶⁷ Al respecto, ver *supra*, 171.

de subordinación⁷⁶⁸; empero, si tal fuese el caso, habría una contradicción entre la presente proposición categórica y aquella que afirma la supremacía absoluta del principio.

Tal contradicción, pues, es producto de la confusión entre planos que se ha señalado.

Ahora, si ambas proposiciones categóricas se llevasen al límite, una de ellas cancela a la otra por cuanto son excluyentes entre sí: para que haya convivencia armónica no puede haber supremacía absoluta y, viceversa, para que haya supremacía absoluta no puede haber convivencia armónica. Dado tal estado de cosas, se cae en cuenta de que lo que realmente acontece es que —en el plano teórico— el principio de buena fe, debido a su jerarquía, *anula* cualquier tipo de tensión antinómica a pesar de que tales tensiones dominen la praxis.

En segundo lugar, conviene formular un argumento histórico que fortalezca la tesis anterior según el cual, en el caso de la buena fe, las tensiones antinómicas imperan en la praxis. Tal aseveración es fácilmente constatable al dirigir la atención a los desarrollos que acontecen durante el periodo de codificaciones. En dicho momento histórico, en virtud del nuevo modelo que se gesta a partir de la empresa codificadora del derecho positivo, es un hecho incontrovertible que el principio de buena fe es relegado a un lugar marginal dentro de dicho esquema. La buena fe sufre, entonces, una drástica reducción de su capacidad operativa y, como ideal jurídico, lo suplanta el ideal de la conservación del acuerdo⁷⁶⁹.

Durante el periodo de codificaciones prevalece el principio de la autonomía de la voluntad por encima de la buena fe, de los principios generales del derecho y de cualquier clase de cláusula flexible por cuanto, entonces, se entiende que tales pautas jurídicas atentan, potencialmente, en contra del ideal de certeza jurídica que los códigos representan.

Tal circunstancia fáctica, verificable a nivel histórico, es evidencia de una tensión antinómica entre el principio de la autonomía de la voluntad y del principio de la buena fe que —en el marco del periodo en cuestión— se resuelve a favor del primer principio a pesar de que, en una etapa de desarrollo posterior, se resuelva a favor del segundo principio.

Sin embargo, lo crucial de traer este dato a colación es que faculta preguntar ¿cómo puede el principio de buena fe convivir armónicamente si la evidencia histórica apunta a que dicho principio fue desplazado de la cúspide del sistema por otro principio? Más aún, cabe cuestionar ¿a dónde se fue la jerarquía suprema y absoluta del principio durante ese periodo?

⁷⁶⁸ Al respecto, ver *supra*, 155.

⁷⁶⁹ Al respecto, ver *supra*, 102–103.

Ahora bien, la conclusión que se sigue de este argumento es transparente: ¿qué impide que tal situación no vuelva a acontecer? Nada lo impide, esa es la respuesta sensata. Del hecho de que, hoy día, el principio de buena fe ocupe el lugar que, actualmente, ocupa al interior del sistema jurídico, no es dable asumir que, el día de mañana, lo preserve; nada impide que la buena fe sea desplazada —de nuevo— por otro principio antinómico a ella.

Ello es así, sencillamente, porque tanto los principios generales del derecho como los valores jurídicos están sujetos al devenir y a la mutación histórica; tanto los unos como los otros responden a contextos socio-históricos específicos y esos contextos, cambian.

En tercer y último lugar, resulta idóneo retomar el fragmento final de la opinión de Ordoqui Castilla al referirse al carácter “superior” del principio de buena fe. Allí el autor afirma que dado que la buena fe representa un principio supremo del derecho: «todas las normas han de medirse por él y en cuanto se opongan han de ser en principio pospuestas»⁷⁷⁰.

Con tal afirmación se postula, básicamente, que la buena fe —en calidad de principio supremo— se configura como el estándar último contra el cual toda pauta jurídica (sea norma positiva, sea principio o demás) debe contrastarse y, en la medida en que no se ajusten a tal estándar, serán pospuestas lo que, en realidad, significa que serán suspendidas.

Dentro de todas las proposiciones categóricas hasta el momento desmentidas, esta es la más insidiosa de todas porque, a pesar de que se realice la salvedad de que esta suspensión operará en principio, quien definiría —ultimadamente— cuáles normas serán suspendidas sería el juez. En el caso de que esta fuese una afirmación fáctica, si con ella se describiese un estado de cosas efectivo, los poderes discrecionales que se confieren al juez serían absolutos.

Afortunadamente, tal no es el caso; por fortuna, tal proposición categórica es un mito. Sin embargo, es un mito extremadamente peligroso. La amenaza latente que entraña este mito radica en que, si tal mito se llevase a sus últimas consecuencias, en la *praxis*, esta sería la forma ideal para otorgarle al juez un grado máximo de arbitrio judicial, en tanto que el juez podría, entonces, suspender cualquier norma de derecho positivo que le plazca; en otras palabras, es un mito que invita a la arbitrariedad.

Paradójicamente, la misma formulación de tal proposición categórica contiene, en su núcleo, el medio para deshabilitarla y para mostrar el *sustrato mítico* bajo el cual ella opera.

⁷⁷⁰ Para la citación completa, ver *supra*, 267, nota al pie 754.

Ello es así porque exactamente en el mismo momento en que se postula que aquellas normas que se opongan al principio serán postpuestas, se reconoce —implícitamente— que, en efecto, existe oposición por parte de otras normas respecto al principio; *ergo*, en tanto exista oposición —quiérase o no—, se niega la existencia de alguna suerte de convivencia armónica y se admite, simultáneamente, que, en realidad, lo que existe es tensión antinómica.

Así pues, en conclusión, en el momento en que se desmiente la proposición categórica de la convivencia armónica y se muestra que el principio de buena fe entabla, más bien, relaciones antinómicas con respecto a otras pautas jurídicas, asimismo se *anula*, se *invalida* y se *deshabilita* la proposición categórica de la jerarquía suprema y absoluta; jamás podrá haber tal supremacía —predicada de la buena fe o de cualquier otro principio o norma— por el simple hecho de que la dinámica axiológica de los principios excluye tal posibilidad.

Para culminar con una nota mordaz: no está contemplado, en la naturaleza de los principios generales, que ellos admitan la *tiranía de los principios generales*.

CONCLUSIONES

La presente investigación toca a su fin. Tras arribar a esta fase conclusiva del estudio, es menester compartir los corolarios que es dable deducir de la averiguación emprendida.

A lo largo de estas páginas, se ha atravesado un distendido camino cuyo punto de origen —en cuanto a su dimensión espacio-temporal— se remonta a tiempos antiguos: a la arcaica sociedad romana, en la cual la *fides* funge de crédito socio-jurídico; a un periodo previo al momento genético y a la cristalización jurídica de nuestro objeto de estudio.

Fue necesario, entonces, remitir a dos determinantes socioeconómicos que juegan un rol pivote al explicar el contexto de surgimiento de la *bona fides*: el endeudamiento crónico que experimenta la sociedad romana y la monetización de su economía, desarrollos que contribuyen a esclarecer el clima negocial en el cual el instituto entra en escena. Asimismo, a raíz de tales desarrollos, se destacó la importancia de factores tales como el conflicto de los órdenes, las adversas condiciones que enfrentan los deudores, la aparición de la moneda acuñada y su relación directa con la política bélica romana y la esclavitud, todos los cuales facultan comprender el intricado contexto socioeconómico en que nace la *bona fides*.

Una vez consolidada la *bona fides* de la mano del procedimiento formulario, con el lento paso de los siglos, esta deviene finalmente en los *contractus bonae fidei*, aparejados al procedimiento de la *cognitio extra ordinem* y de allí, con la caída del imperio, habrá de transcurrir un lapso prolongado hasta el redescubrimiento del sistema jurídico romano.

La **primera conclusión general** que se extrae del primer capítulo histórico de la investigación consiste en que, desde la época más remota de su evolución conceptual, la buena fe contractual es un instituto jurídico que incorpora la tutela del valor de la confianza en el marco de las relaciones negociales —tutela que se extiende a lo largo de todo el tránsito romano de la *bona fides* y que se proyecta más allá, a futuros periodos de su desarrollo.

La recuperación que los juristas medievales hacen de la buena fe, ahora fusionada con la *aequitas* canónica, es crucial para mantener la continuidad histórica de la figura. Dentro del tratamiento medieval de la buena fe, especialmente relevante son los aportes de Baldo de Ubaldis quien, además de los tres requerimientos que establecen sus predecesores —*i.e.* el mantener la palabra dada, la actuación sin dolo o engaño, y la presencia de obligaciones implícitas—, brinda importancia capital al requerimiento de *no enriquecerse a expensas de la contraparte*. Más aún, ya para este periodo se comienza a articular la noción de la *causa*

del contrato, sea la liberalidad o el intercambio equivalente, que será central en la época moderna.

En el periodo moderno, la buena fe juega un rol pivote al contribuir a forjar la noción de contrato que, a partir de los insumos de la Escolástica tardía, moldearían los juristas inscritos en la corriente de pensamiento del derecho natural. Por razones de su evolución histórica-conceptual, la buena fe se entrelaza directamente con el iusnaturalismo y, gracias al tratamiento de juristas como Domat y Pothier, ella ingresa en el esquema de los códigos a pesar de experimentar una drástica reducción operativa durante el periodo de codificaciones.

La buena fe y los ideales ético-morales que ella integra al contrato son desplazados por los ideales de la conservación del acuerdo y de la certeza de los códigos, dejando patente una fuerte relación antinómica entre ella y el principio de la autonomía de la voluntad.

No será si no hasta que el esquema codificador muestre sus falencias que la buena fe reingresa a la escena jurídica, ahora bajo el estatuto de principio general del derecho durante el periodo contemporáneo, con lo cual recobra atributos antes perdidos y coadyuva a que el juez recupere facultades que superen el ámbito declarativo. Todo ello hasta arribar al presente, donde figura como eje central de los actuales proyectos de armonización legislativa.

La **segunda conclusión general** que se extrae del segundo capítulo histórico de la investigación, a partir de la relectura efectuada, postula que la tutela a favor del valor de la confianza persiste a pesar de ocasionales reveses en que se desprestigia a la buena fe. No obstante, al consagrarse como principio general del derecho, gana mucho más que aquello que, en su momento, perdió: se constituye, entonces, como parte integrante del derecho positivo y, por influencia del sustrato iusnaturalista con que se la concibe, el principio de buena fe contractual se instala en la cúspide jerárquica y normativa del sistema jurídica como un principio de derecho natural, emplazado en la base de todo ordenamiento jurídico.

Sin embargo, este mismo sustrato iusnaturalista y de derecho natural será el punto focal de la crítica que se emprende contra la doctrina tradicional relativa al principio de buena fe contractual, ello al transicionar lejos de la disquisición histórica hacia la consideración teórica-dogmática del principio en cuestión. Sobre el principio de buena fe los juristas emiten cuantiosas opiniones, criterios, juicios —algunos sensatos, otros grandilocuentes.

Tales opiniones, criterios, juicios —en suma: todas aquellas *proposiciones categóricas* que comúnmente emiten los juristas, a modo de presupuestos irreductibles del

principio— son el objeto de análisis central del título segundo de la presente investigación. Allí se somete a fuerte escrutinio a toda una serie de postulados teóricos, cuya validez, fundamento y motivaciones ocultas son cuestionadas y puestas en tela de juicio, ello en razón del grosero cisma entre *teoría* y *praxis* que tales enunciados encierran dadas las repercusiones que acarrearían.

La **tercera conclusión general** que se extrae del primer capítulo teórico de la investigación es producto del ejercicio de contrastar las categorías propias de la teoría de los principios generales del derecho, desarrolladas por Enrique P. Haba, con la doctrina propia del principio general de buena fe. Tal ejercicio tuvo por resultado constatar que: primero, el estatuto de principio general es predicable de la buena fe con respecto a, virtualmente, todos los grupos de sentidos considerados aunque prima la concepción de principio de derecho natural, de principio emplazado en la base de todo ordenamiento y, de forma subsidiaria, de principio rector de un sector del ordenamiento; y, segundo, que sin el recurso a los acervos teóricos del derecho natural y del iusnaturalismo, sería injustificable —en el ámbito normativo y discursivo— atribuirle a la buena fe el vastísimo alcance del que ella goza.

Más aún, en tal instancia también se repasaron las principales categorías analíticas que la doctrina ha sentado sobre el principio en cuestión, atendándose las tres vertientes por las cuales discurre la buena fe —*i.e.*, principio general del derecho, principio general en relación con un sector del ordenamiento y principio general superior del derecho—, sus dos aristas conceptuales principales —*i.e.*, estándar de comportamiento y estándar jurídico— y las distinciones que diferencian entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva —*i.e.*, activa y pasiva.

Posteriormente, se prosiguió el estudio con la formulación de la denominada dimensión axiológica del principio de buena fe contractual, volviéndose a centrar la discusión en el valor jurídico de la confianza. Para ello, se procedió a especificar conceptualmente tres elementos base: la creencia, la confianza y la acción. Tales elementos, una vez detallados, fueron interrelacionados con el objeto de formar una plataforma base a partir de la cual evaluar el rol garante de la confianza que despliega la buena fe contractual y se concluyó, entonces, que *la confianza se sitúa en el intersticio entre la creencia y la acción*.

Asimismo, la articulación de esa misma plataforma base habilitó considerar diversos modos de manifestación de la confianza en su interrelación con el derecho, para lo cual se

perfiló un examen con respecto a la confianza al *interior* del derecho y a la confianza depositada *en* el derecho —ligada a las operaciones del sistema simbólico de la ley.

La **cuarta conclusión general** que se extrae del segundo capítulo teórico de la investigación, por último, radica en examinar los frutos de posicionar a la buena fe contractual bajo la mira del realismo crítico, a partir de las categorías de análisis de Minor E. Salas, con el propósito de juzgar los esfuerzos emprendidos hasta esa altura del trabajo.

A partir del enfoque del realismo crítico se concluye, pues, que: primero, el principio de buena fe desempeña un papel decisivo para afianzas las falsas pretensiones de científicidad y sistematicidad del discurso jurídico al gestarse un vínculo de retroalimentación simbiótica entre los principios generales y el sistema jurídico; segundo, el principio de buena fe, en virtud de estatuto de concepto jurídico indeterminado y de fórmula vacía, es una figura que faculta la presencia de altos grados de discrecionalidad judicial que, llegado el caso, puede facilitar que acaezca la arbitrariedad; y, tercero, con base en todas las observaciones críticas, argumentos y precisiones efectuadas a lo largo del estudio, se desmintieron una serie de mitos que gravitan en torno al principio de buena fe que entorpecen el examen del objeto de estudio.

**

Ahora, luego de detallar los corolarios que se desprenden de los respectivos capítulos que integran el presente estudio, en este espacio quisiera tomarme la libertad de ofrecer las conclusiones personales a las que, a título de investigador, he arribado al final del recorrido.

Tales conclusiones son el fruto del entrecruzamiento de las diversas temáticas aquí tratadas; empero, es imperioso reconocer que —en cuanto a su articulación— ellas resuenan de forma directa con el actual contexto de pandemia, en el cual nos hallamos inmersos, que ha dominado la mayor parte del proceso de redacción de este trabajo final de graduación.

Debido al enfoque realista por el cual se ha optado, sería impertinente desatender el estado de cosas actual. La crisis de salud que hoy día se atraviesa no se agota en su aspecto sanitario; por el contrario, sus repercusiones han implicado, concomitantemente, que se geste la mayor crisis socioeconómica que se registra desde la crisis financiera de 2007-2008.

A la fecha de esta redacción, la cifra de fallecidos a nivel mundial, según reporta la Organización Mundial de la Salud, supera los cuatro millones de personas⁷⁷¹. No obstante, el impacto que, a raíz de la pandemia, ha sufrido la economía es igualmente gravoso.

En el caso puntual de Costa Rica, durante el trimestre de mayo, junio y julio de 2020 la tasa de desempleo alcanzó la cifra récord de 24,4 % y, según los últimos datos del Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC), se registra que para el trimestre comprendido entre febrero, marzo y abril de 2021 la tasa de desempleo ha alcanzado la cifra de 17,3 %⁷⁷².

La esperanza de la reactivación económica, por ahora, es solo eso —una esperanza.

Este es el contexto desde el cual, en el ámbito individual y colectivo, estamos forzados a accionar con tal de salir avante —quiera o no reconocerse la gravedad de la situación.

Justamente podrá cuestionarse, ¿qué tiene todo esto que ver con el fenómeno jurídico? y más aún, ¿qué tienen que ver la buena fe contractual y la confianza en este asunto?

La contestación a dichos cuestionamientos es simple.

Lo que aquí se describe es el contexto dentro del cual el derecho, *por necesidad*, se encuentra obligado a operar y las condiciones que se enfrentan son a tal grado adversas que los métodos convencionales de los que se suele valer la disciplina jurídica —a todas luces— apuntan a ser insuficientes para poder dar respuesta cabal a esta problemática.

¿Acaso puede la figura jurídica de la buena fe contractual constituir un medio capaz de coadyuvar en la tarea de alivianar las extremas circunstancias que han de atenderse?

Soy de la opinión de que esa es una posibilidad real.

Empero, para que dicha posibilidad se tornase efectiva sería indispensable recalibrar nuestra concepción con respecto a aquello que por buena fe entendemos, ello por cuanto, tal cual comúnmente se la concibe, hoy día es una figura *inoperante e inofensiva*.

La buena fe contractual —antes una institución jurídica flexible, con alto potencial para incidir en el derecho y adecuarlo a una cambiante realidad social— ha sufrido un proceso de reificación en el seno del pensamiento doctrinario que ha terminado por desproveerla de cualquier atisbo de significancia en lo que respecta a la pragmática jurídica.

⁷⁷¹ WHO, “WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard”. <https://covid19.who.int/> (consultado el 29 de julio de 2021).

⁷⁷² Newsroom Infobae, “El desempleo en Costa Rica alcanza el 17,3 % a abril de 2021”, Infobae. <https://www.infobae.com/america/agencias/2021/06/03/el-desempleo-en-costa-rica-alcanza-el-173-a-abril-de-2021/> (consultado el 29 de junio de 2021).

Del periodo moderno en adelante, a pesar de las cuantiosas estanterías que podrían rellenarse con los volúmenes y tratados acerca de esta figura jurídica, es sorprendentemente poca la innovación conceptual que, a partir de entonces, puede predicarse de ella.

Esta circunstancia obedece a la influencia determinante que ejerce la concepción de derecho natural, de corte iusnaturalista —ampliamente criticada a lo largo de este trabajo— que termina por petrificar nuestra comprensión acerca de la buena fe contractual. El principal aporte que esta corriente de pensamiento reporta se limita al haber consolidado a la figura como principio general del derecho —principio *pétreo, estático e inamovible*.

Sin embargo, lo que se ha ganado con ello, en cuanto al lugar supremo que se le asigna al principio al interior de las coordenadas del sistema jurídico, palidece en comparación con todo aquello que, en esa misma operación jurídica, se ha perdido.

En suma, ¿de qué nos sirve un principio general —por más superior y absoluto que sea— si se trata de una pauta jurídica completamente desvinculada de la *praxis* jurídica? ¿Qué ha hecho la doctrina, desde ese punto en el tiempo, hasta el momento presente? Lo que la doctrina ha hecho consiste, pura y llanamente, en reproducir una serie de postulados teóricos —heredados de la modernidad— sin someterlos a crítica alguna.

Así pues, si lo que de verdad se desea es *revitalizar* a la buena fe contractual con tal de que ella se adecúe a los tiempos de crisis que vivimos, es menester orquestar una ruptura con respecto a los paradigmas imperantes que fueron responsables de su reificación.

Para explicar cómo es posible que acontezca esta ruptura, remito —de nuevo— a los tres principios morales en torno a los cuales se articulan las relaciones económicas, propuestos por Graeber, que facilitan visualizar una concepción alterna de la figura jurídica.

Defiendo la tesis, pues, según la cual la buena fe contractual puede concebirse a la luz de estos tres principios morales —*i.e.*, intercambio, jerarquía, comunismo— como una serie de actos que se ejecutan a lo largo y ancho de una escala de conductas negociales.

La concepción primaria que aporta la doctrina radica en concebir la buena fe en las líneas del principio moral de intercambio; esto es, como relaciones negociales dominadas por la noción de equivalencia (en las contraprestaciones) y de igualdad (formal) entre las partes que conforman un negocio jurídico. Recuérdese, además, que las relaciones económicas fundadas bajo este principio y bajo la lógica de equivalencia que esta entraña, se articulan en torno a la posibilidad de *saldar cuentas* —es decir, de *cancelar el vínculo*.

Sin embargo, la cancelación del vínculo —y, por ende, la posibilidad de que las partes puedan *separarse la una de la otra*— solamente es admitida una vez que la equivalencia y la igualdad entre las partes se ha restablecido. Ahora bien, tal restablecimiento de la equivalencia y de la igualdad entre las partes solo acontece cuando se salda el adeudo o cuando se ejecuta la obligación contraída. En tanto eso no suceda, nos encontramos en el *dominio de la deuda* y —tal cual Graeber enfatiza— las relaciones predicadas en términos de intercambio, con facilidad y sin mayor esfuerzo, pueden devenir en relaciones de jerarquía.

Por ende, al partir de este supuesto —*i.e.*, de la *posibilidad real* según la cual las relaciones de intercambio pueden deslizarse hacia relaciones de jerarquía— y al considerar la desigualdad y el endeudamiento sistémico que caracterizan la vida económica en nuestras sociedades contemporáneas, resulta sencillo comprender cómo muchas de las relaciones negociales que creemos equitativas son, en realidad, relaciones entre superiores e inferiores.

En este caso, el criterio de superioridad-inferioridad no está dado por motivos de raza o de casta sino, netamente, por un criterio de estatus socioeconómico: por un lado tendremos a los acreedores y por otro lado tendremos a los deudores como si se tratase de una réplica sacada de un libro de historia; como si se tratase de un conflicto de los órdenes aplicado a los nuevos tiempos romanos y cabría concluir que, tal cual Philip K. Dick sentencia en *VALIS* en voz de Horselover Fat: «The Empire never ended» —El Imperio nunca acabó.

Ahora, con esta línea de argumentación no deseo caricaturizar maniqueamente a los acreedores como los malos de la película y a los deudores como los buenos. Ojalá el asunto fuese así de llano, pero, por desgracia, no lo es.

Las razones que explican nuestro actual predicamento son de índole estructural, sistémico —y ellas no desaparecerán con apuntar el dedo en búsqueda de culpables.

Las reglas económicas que dócilmente suscribimos —postuladas a modo de leyes de la mecánica celeste (tal cual si de la misma ley de la gravedad se tratase) y avaladas por el entramado de la juridicidad— son el punto focal de la crítica que aquí se efectúa.

Para proseguir con el argumento, en definitiva, ¿cuáles son las características que definen las relaciones económicas fundadas bajo el principio moral de jerarquía?

Estas características son, por una parte, la recién mentada asimetría que rige la dinámica entre los involucrados y, por otra parte, la lógica de precedentes bajo la cual operan tales relaciones: el hábito y la costumbre. El hábito y la costumbre son la única justificación

que explica las reglas económicas que facultan situar a ciertos seres humanos por encima o por debajo de otros, sea ello por criterios socioeconómicos o por cualesquiera otros.

En consecuencia, es por la repetición de determinados patrones de comportamiento que se perpetúa la diferenciación entre superiores e inferiores, al mediar precedente.

Asimismo, nótese la especial relevancia con que se reviste al hábito y a la costumbre al repararse en un hecho peculiar que distingue a la materia contractual de otras materias que conforman a los ordenamientos jurídicos. Tal hecho peculiar radica en que, en el seno de la materia contractual, una fuente del derecho que es pasada por alto en otros campos del derecho y que adquiere aquí sumo valor es —justamente— el uso y la costumbre.

Para expresarlo de modo sintético: el uso es un *hacer*; la costumbre, un *hábito*.

Ahora bien, a diferencia de otras fuentes del derecho —*e.g.*, norma positiva, principios generales, jurisprudencia— que conciernen a los operadores jurídicos, sucede que el uso y la costumbre es una fuente del derecho que se distingue por ella involucrar, directamente, a los sujetos de derecho —*i.e.*, a los contratantes— que establecen entre sí vínculos negociales.

En última instancia son los contratantes (no los tribunales) quienes, con su hacer y sus hábitos comerciales, moldean, informan y dotan de contenido a esta fuente del derecho en particular y a como hay hábitos sanos, también los hay perjudiciales —también hay vicios.

Cuáles sean estos vicios negociales no me corresponde a mí determinarlo y entregarme a tal tarea superaría el objeto que persigo al compartir estas conclusiones. No obstante, lo crucial de traer este dato a colación estriba en mostrar que, en el seno de la materia contractual, los usos y las costumbres —los hábitos beneficiosos o perjudiciales— que rigen cómo se desenvuelven los negocios jurídicos los definen los contratantes, más allá de lo que dispongan los tribunales, los jueces o la jurisprudencia; en este ámbito se reconoce que los contratantes, con sus actos, inciden en qué prácticas comerciales son admitidas o no.

Dicha circunstancia es relevante por cuanto, si bien es cierto la buena fe contractual usualmente se concibe con base en el principio de intercambio con el riesgo de que ella pueda operar con base en el principio de jerarquía, resta una alternativa por considerar.

Tal alternativa consiste en que, asimismo, es factible concebir que las relaciones negociales a las que da pie la buena fe operen bajo el principio moral de comunismo con su distintiva lógica de mutualidad. Tales vínculos, a diferencia de aquellos fundados bajo el

intercambio y la jerarquía, parten de una presunción de eternidad —en tanto se presupone que los vínculos societales siempre existirán—; en virtud de ello, no se estima necesario llevar cuentas y, por ende, se desecha la posibilidad de la cancelación de los vínculos.

Ahora, podrá resultar contraintuitivo proponer que la buena fe sea capaz de operar en términos mutualistas, esto dado que la cancelación del vínculo y la separación de las partes son los efectos usuales que se siguen de dar por terminado un contrato. Para clarificar el punto cabe replicar, de la mano de Graeber, que lo crucial es reconocer que no todas las interacciones humanas son formas de intercambio y que lo central en las relaciones de comunismo es la disposición con que las partes asumen sus vínculos, a partir del principio que dicta ‘a cada quien según sus posibilidades, a cada quien según sus necesidades’.

Para nadie, en su sano juicio, será un hecho desconocido que existen ciertas personas, con las cuales establecemos relaciones económicas y negociales, de las que no deseamos ni nos interesa separarnos, y menos aún cancelar nuestros vínculos con ellas.

En el marco de aquellos vínculos que estimamos valiosos, nuestra conducta es guiada por una lógica de mutualidad —no de equivalencia, pura y nata— por cuanto prestamos especial atención a las necesidades y posibilidades del otro término de la relación y en ellas estamos dispuestos a regirnos bajo ciertos parámetros de conducta que son disímiles con respecto a los parámetros que aplicamos en nuestras relaciones de intercambio, propiamente.

Qué tan dispuestos estemos a conducirnos de tal manera responde a grados variables; dependerá de nuestra cercanía con la otra persona, de la confianza que medie la relación y habrá ciertas personas en específicos con respecto a las que tendremos una mayor disposición para comportarnos de manera ‘comunista’ o ‘mutualista’. A ello Graeber lo denomina comunismo individualista que refiere a esas relaciones uno-a-uno, o grupales, en las que opera el principio ‘según posibilidades, según necesidad’ en mayores o menores grados de intensidad.

Por consiguiente, si concebimos la buena fe contractual a la luz de esos tres principios morales de las relaciones económicas, obtenemos una escala de conductas negociales a partir de la cual contrastar diferentes tipos de comportamientos para determinar si ellos se encuadran dentro de parámetros de intercambio, de jerarquía o de mutualismo.

La buena fe avanza a lo largo de esta escala de conductas negocial y podría juzgarse que ciertas conductas mutualistas exhiben mayor grado de buena fe que ciertas conductas de

intercambio, al igual que ciertas conductas de intercambio exhiben mayor grado de buena fe que ciertas conductas de jerarquía; ello daría un parámetro, por mínimo que este sea, para determinar cuáles prácticas comerciales potencian o menoscaban la confianza.

Para terminar, un ejemplo: es práctica comercial el cobro de intereses y ello puede pactarse de buena fe; empero, nada impide no cobrarlo —nada impide no incurrir en usura— y, a mi juicio, tal acto de abstención, en este contexto, se convierte en un acto revolucionario.

BIBLIOGRAFÍA

- Academia de Pavía. *Código Europeo de Contratos*. Traducido por José Luis de los Mozos y Carlos Rogel. Madrid: Editorial Reus, 2009.
- Albright, Jonathan. “Welcome to the era of fake news”. *Media and Communication* 5, no. 2 (2017): 87—89.
- Almonacid Burgos, Richard. “Sobre la buena fe en la normativa uniforme del contrato de compraventa internacional de mercaderías”. *Revista de Economía y Derecho* 10, no. 40 (2013): 111—139.
- Andreu Gálvez, Manuel. “Una breve aproximación histórica a la escuela de la exégesis y conclusiones a las que nos ha llevado la codificación”. *Revista del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM* (2016): 9—22.
- Antillón Montealegre, Walter. *Derecho romano: (historia jurídica de occidente)*. San José, C.R.: IJSA, 2017.
- Argüello Rojas, Luis Mariano. “Buena fe y doctrina de los actos propios: origen, premisas y abordaje jurisprudencia”. *Revista IUS Doctrina* 12, no. 1 (jun.—nov. 2019): 1—27.
- Baier, Annette. “Trust and Antitrust”. *Ethics* 96, no 2 (ene. 1986): 231—260.
- . “Trust”. *Tanner Lectures on Human Values* 13 (1992): 107—174.
- Barry, John Mannix. “Fides in Julius Caesar’s *Bellum Civile*: A Study in Roman Political Ideology at the Close of the Republican Era”. Dissertation for the award of the degree of Doctor of Philosophy, University of Maryland, 2005.
- Bastante Granel, Víctor. “Sobreendeudamiento y buena fe”. Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho, Universidad de Almería, 2015.
- . “La buena fe contractual: un apunte histórico-jurídico”. *e-Legal History Review*, n.22 (2017): 1—65.
- Bauman, Richard A. *Human rights in ancient Rome*. London: Routledge, 2003.
- Beatson, Jack y Daniel Friedman, eds. *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Bell, Sinclair W. y Paul J du Plessis, eds. *Roman Law before the Twelve Tables: An Interdisciplinary Approach*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2020.
- Berger, Peter L. y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu, 2001.

- Bernal, Beatriz. *Historia del derecho*. México: UNAM, 2016.
- Bernard, Seth. *Building Mid-Republican Rome: Labor, Agriculture and the Urban Economy*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- . “Debt, Land, and Labor in the Early Republican Economy”. *Phoenix* 70, no. 3/4 (2016): 317—338.
- . “The Social History of Early Roman Coinage”. *JRS* 108 (2018): 1—26.
- Bertolini, Daniele. “Decomposing *Bhasin v. Hrynew*: Towards and institutional understanding of the general organizing principle of good faith in contractual performance”. *University of Toronto Law Journal* 67, no. 3 (2017): 348—410.
- Bhaskar, Roy. *A Realist Theory of Science*. London: Routledge, 2008.
- . *Reclaiming Reality: A critical introduction to contemporary philosophy*. London: Routledge, 2011.
- Botero Bernal, Andrés. “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX”. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, editado por Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero, 93—104. México: UNAM, 2015.
- . “La jerarquía entre principios generalas del derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia”. *Revista de Derecho, Universidad del Norte* 23 (2005): 29—68.
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1991.
- Boulanger, Jean. “Principes généraux du droit et droit positif”. En *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.
- Bowlby, John. *Attachment and loss: Vol. I. Attachment*. New Jersey: Basic Books, 1969.
- Breaugh, Martin. *The Plebeian Experience: A Discontinuous History of Political Freedom*. Traducido por Lazer Lederhendler. New York: Columbia University Press, 2013.
- Burton, Steven J. “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”. *Harvard Law Review* 94, no. 2 (1980): 369—404.
- Callan, Hilary, ed. *The International Encyclopedia of Anthropology*. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2018.

- Carcopino, Jerome. *Daily Life in Ancient Rome: The People and the City at the Height of the Empire*. Harmondsworth: Penguin Books, 1962.
- Cardillo, Riccardo. “*Bona fides*” *tra storia e sistema*. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- Carpintero Benítez, Francisco. *Historia del derecho natural. Un ensayo*. México: UNAM, 2016.
- Carrier, James G., ed. *A Handbook of Economic Anthropology*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.
- Carrillo de la Rosa, Yezid. “Panorámica histórica del razonamiento jurídico y la adjudicación del derecho”. *Saber, ciencia y libertad* 4, no. 2 (2009): 15—29.
- Carter, J.W. y Wayne Courtney. “Good faith in contracts: is there an implied promise to act honestly?”. *The Cambridge Law Journal* 78, no. 3 (2016): 608—619.
- Carvajal Arenas, Lorena. “Good faith in the *lex mercatoria*: an analysis of arbitral practice and major Western legal systems”. Doctoral thesis submitted for the award of the degree of Doctor of Philosophy, University of Portsmouth, 2011.
- . “La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 36 (2014): 345—364.
- Código civil de Costa Rica, Ley No. 63.
- Corradini, Domenico. *Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto Privatto*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1970.
- Cremades, Bernardo. “Good Faith in International Arbitration”. *American University International Law Review* 27 (2012): 761—789.
- Cubides Camacho, Jorge. “Los deberes de la buena fe contractual”. En *Realidades y tendencias del derecho en siglo XXI: IV, Vol. 1*. Bogotá: Temis, 2010.
- De Baere, Geert y Timothy Roes. “EU Loyalty as Good Faith”. *International and Comparative Law Quarterly* 64 (2015): 829—874.
- De Lapuente y Lavalle. “La fuerza de la buena fe”. *Contratación contemporánea*. Colombia: s.e., 2002.
- De los Mozos, José Luis. *El principio de buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.
- Del Vecchio, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1979.

- Derrida, Jacques. *Fuerza de Ley: El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos, 2018.
- DeSteno, David. *The Truth about Trust: How it Determines Success in Life, Love, Learning, and More*. New York: Hudson Street Press, 2014.
- Dodd, Nigel. *The social life of money*. New Jersey: Princeton University Press, 2014.
- Domat, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus, I*. Paris: Chez la Veuve Cavelier, 1771.
- Diller, James W. y Andrew E. Nuzzolilli. “The science of values: *The Moral Landscape* by Sam Harris”. *Behavior Analyst* 35, no. 2 (2012): 265—273.
- Duffin, Erin. “Public debt of the United States of America from November 2019 to November 2020, by month”. Statista. <https://www.statista.com/statistics/273294/public-debt-of-the-united-states-by-month/> (consultado el 25 de junio de 2021).
- Edwards, Charles. “The Law of Nature in the Thought of Hugo Grotius”. *The Journal of Politics* 32, no. 4 (1970): 784—807.
- Elvin, Edward. “Good faith, or a good fake? The role of good faith in the performance of commercial contracts”. Bachelor of Laws diss., University of Otago, 2015.
- Engisch, Karl. *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*. Traducido por Marcelino Rodríguez Molinero. Chile: Ediciones Olejnik, 2020.
- Erikson, Erik. *Childhood and Society*. London: Paladin, 1977.
- Eyffinger, Arthur. “On Good Faith and Bad Faith: Introductory Note”. *Grotiana* 36 (2015): 79—105.
- Facco, Javier Humberto. “El principio de la buena fe objetiva en el derecho contractual argentino”. *Revista de Derecho Privado* 16 (ene.—jun. 2009): 149—167.
- . “Good faith en el ejercicio de poderes contractuales discrecionales (¿Un pinto de contacto entre Common Law y Civil Law?)”. *Revista de Derecho Privado* 22 (ene—jun 2012): 149—167.
- . “Oportere ex fide bona. Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana”. *Revista de Derecho Privado* 24 (ene.—jun. 2013): 17—41.
- . *Vicisitudes de la buena fe negocial: reflexiones histórico-comparativas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

- Farnsworth, Edward Allan. “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code”. *University of Chicago Law Review* 30 (1963): 666—679.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte y Denis Mazeaud, eds. *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Berlin: Walter de Gruyter, 2009.
- Feinman, Jay. “The Duty of Good Faith: A Perspective on Contemporary Contract Law”. *Hastings Law Journal* 66, no. 4 (2015): 937—950.
- Fernández de Buján, Antonio. “El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos”. *Revista de Derecho UNED* 7 (2010): 275—305.
- Ferreira Rubio, Delia Matilde. “El principio general de la buena fe en el derecho civil moderno”. Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- Földi, András. “Traces of the dualist interpretation of good faith in the *ius commune* until the end of the sixteenth century”. *Fundamina* 20, no. 1 (2014): 312—321.
- Forster, Michael N. *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- Forsythe, Gary. *A critical history of early Rome: from prehistory to the first Punic War*. California: University of California Press, 2005.
- . *Time in Roman Religion: One Thousand Years of Religious History*. New York: Routledge, 2012.
- Forte, A.D.M., ed. *Good Faith in Contract and Property Law*. Oregon: Hart Publishing, 1999.
- Frank, Jerome, Enrique P. Haba y Minor E. Salas. *Jerome Frank irrefutado: El realismo jurídico como desmitificación*. Chile: Ediciones Olejnik, 2020.
- Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936.
- Frankel, S. Herbert. *Two Philosophies of Money: The Conflict of Trust and Authority*. New York: St. Martin’s Press, 1978.
- Fuenteseca Degeneffe, Margarita. “Dare facere oportere y los orígenes de la obligation ex contractu”. *Revue internationale des droits de l’antiquité* 55 (2008): 203—239.
- . “El nacimiento de la historia jurídica y contraposición con la dogmática pandectística”. *Anales de la Universidad de Alicante* 9 (1994): 25—38.

- Gandolfi, Giuseppe y Carlos de Cores Helguera. *Código europeo de contratos de la Academia de Pavía: De los contratos en general. De la compraventa*. Madrid: Reus, 2009.
- García, Ignacio. “El principio de Plenitud Hermética y la Lex Mercatoria”. Trabajo final de graduación para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005.
- García Máñez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 53ª ed. México: Porrúa, 2002.
- Garrido Martín, Joaquín. “Ciencia del derecho en la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos”. *Ius et scientia* 2, no. 1 (2016): 187—201.
- . “Hermenéutica jurídica en la pandectística alemana. Especial atención a la *Rechtslehre* de Georg Friedrich Puchta”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 53 (2019): 243—261.
- Geuss, Raymond. *Philosophy and Real Politics*. New York: Princeton University Press, 2008.
- . “Utopian Thought Between Words and Action: Seminar with Raymond Geuss”. *Philosophy and Society* 29, no. 3 (2016): 317—474.
- González Vicen, Felipe. “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”. *Anuario de filosofía del derecho* 8 (1961): 47—76.
- Graeber, David. *Bullshit Jobs: A Theory*. New York: Simon & Schuster, 2019.
- . *Debt: the first 5,000 years*. New York: Melville House, 2014.
- . *En deuda: Una historia alternativa de la economía*. Traducido por Joan Adreano Weyland. Barcelona: Ariel, 2012. EPUB.
- . *Fragments of an Anarchist Anthropology*. Chicago: Prickly Paradigm Press, 2004.
- . “It is value that brings universes into being”. *HAU: Journal of Ethnographic Theory* 3, no. 2 (2013): 219—243.
- . *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*. New York: Melville House, 2015.
- . *Towards an Anthropological Theory of Value: The False Coin of Our Own Dreams*. New York: Palgrave, 2001.
- Gutiérrez, Carlos José. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. San José, C.R.: Educa, 1976.

- Guzmán Brito, Alejandro. “Mos italicus y mos gallicus”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 2 (1978): 11—40.
- Haba Müller, Enrique P., comp. *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico: materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos*. 3ª ed. San José, C.R.: Editorial de la UCR, 2016.
- , comp. *Los juicios de valor. Elementos Básicos de Axiología General: epistemología del discurso valorativo. Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos*. San José, C.R.: Editorial de la UCR, 2004.
- . *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. San José, C.R.: Editorial de la UCR, 2012.
- Haba Müller, Enrique P. y Francisco Barth. *Los principios generales del derecho*. San José, C.R.: IJSA, 2004.
- Harris, Sam. *The Moral Landscape: How Science Can Determine Human Values*. New York: Free Press, 2010.
- Harris, William V. *War and Imperialism in Republican Rome, 327-70*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- Henkel, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del derecho*. Traducido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968.
- Hernández Terán, Miguel. *Estudio jurídico sobre la buena fe*. Guayaquil: s.e., 1988.
- Hernández Viñas, Miriam. “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”. *Estudios Constitucionales* 11, no. 1 (2013): 459—476.
- Hervada, Javier. *Síntesis de la historia de la ciencia del Derecho natural* (Pamplona: EUNSA, 2006).
- Hesselink, M.W. “The concept of good faith”. En *Towards a European civil code*. 4ª rev. y ed. exp. Editado por S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C. Mak y C.E. du Perron, 619—649. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Hitchens, Christopher, Richard Dawkins, Sam Harris y Daniel Dennet. *The Four Horsemen: The Conversation That Sparked an Atheist Revolution*. New York: Random House, 2019.
- Holtgraves, Thomas. *Language as Social Action*. New Jersey, London: Lawrence Erlbaum Associates, 2002.
- Hosking, Geoffrey. *Trust: A History*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- . “Trust and Distrust: A Suitable Theme for Historians?”. *Transactions of the Royal Historical Society* 16 (2006): 95—115.
- Hu, Margaret. “Cambridge Analytica’s black box”. *Big Data & Society* (jul. 2020).
- Iturralde Sesma, Victoria. “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”. *Anuario de filosofía del derecho* 4 (1987): 331—354.
- Jaspers, Karl. *The Origin and Goal of History*. London: Routledge, 2013.
- Jiménez Sedaño, Livia. “David Graeber: antropología económica de la deuda”. CanalUNED. <https://canal.uned.es/video/5dfb1a645578f270cb4c93fe> (consultado el 25 de junio de 2021).
- Johnstone, Steven. *A History of Trust in Ancient Greece*. Chicago: University of Chicago Press, 2011.
- Koptev, Aleksandr. “Principles of the *Nexum* and Debt Law in the Twelve Tables”. En *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, editado por Fernando Reinoso Barbero (Madrid: Thomson Reuters, 2014), 227—246.
- Kolakowski, Leszek. *La presencia del mito*. 2ª ed. Argentina: Amorrortu, 2018.
- Könczöl, Miklos. “The Relevance of Roman Law: A Look at its Roles and Ideologies”. *Revista Crítica de Ciências Sociais* 112 (2017): 99—114.
- Lagerspetz, Olli. *Trust, Ethics and Human Reason*. London: Bloomsbury Academic, 2015.
- Lahno, Bernd. “Three Aspects of Interpersonal Trust”. *Analyse & Kritik* 26 (2004): 30—47.
- Luhmann, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- . *Trust and Power*. Chichester: John Wiley & Sons, 1979.
- Lutz, Bruno. “La acción social en la teoría sociológica: una aproximación”. *Argumentos* 23, no. 64 (set.—dic. 2010): 199—218.
- Martínez, Marcos. “Definiciones del concepto de *campo* en semántica: antes y después de la *lexamática* de E. Coseriu”. *Odisea* 3 (2003): 101—130.
- Matyszak, Philip. “Rome”. En *The Edinburgh Companion to the History of Democracy: From Pre-history to Future Possibilities*, editado por Benjamin Isakhan y Stephen Stockwell, 111—118. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012.
- Mccombie, Stephen, Allon J. Uhlmann y Sarah Morrison. “The US 2016 presidential election & Russia’s troll farms”. *Intelligence & National Security* 35, no. 7 (2019): 95—114.

- Medicus, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995.
- Mier Vélez, Ángel. *La buena fe en la prescripción y en la costumbre: hasta el siglo XV*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1966.
- Miraglia, Luigi. *Comparative Legal Philosophy. Applied to Legal Institutions*. Traducido por John Lisle. Boston: The Boston Book Company, 1912.
- Mitchell, Andrew, Muthucumaraswamy Sornarajah y Tania Voon, eds. *Good Faith and International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Molina, José Luis. *Manual de antropología económica*. Barcelona: UAB, 2004.
- Monsalve Caballero, Vladimir. “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. *Revista de Derecho* 30 (2008): 30—74.
- Monsalve Caballero, Vladimir y Diana Paola Rodado Barreto. “La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo”. *Vniversitas* 122 (ene.—jun. 2011): 483—518.
- Mousourakis, George. *A Legal History of Rome*. London: Routledge, 2007.
- Moya, Carlos J. *The Philosophy of Action: An Introduction*. Cambridge: Polity Press, 1990.
- Moyano Estévez, Eduardo. “La formación del principio de buena fe en el derecho romano y su influencia en la en la legislación española actual”. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca, 2017.
- Munn, Nancy. *The Fame of Gawa: A Symbolic Study of Value Transformation in a Massim (Papua New Guinea) Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- Muñoz Valverde, Sergio. “El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano”. En *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Bogotá: Temis, 2010.
- Newsroom Infobae. “El desempleo en Costa Rica alcanza el 17,3 % a abril de 2021”. Infobae. <https://www.infobae.com/america/agencias/2021/06/03/el-desempleo-en-costa-rica-alcanza-el-173-a-abril-de-2021/> (consultado el 29 de junio de 2021).
- Nieto, Carlos Manrique. “La moderna concepción de la buena fe objetiva como regla universal para los contratos”. *Revista de Derecho Privado* 38 (2007): 27—43.
- Noah Harari, Yuval. *Sapiens: A Brief History of Humankind*. Canada: Signal Books, 2014.
- Novak Talavera, Fabián. “Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho”. *Agenda Internacional* 4, no. 9 (1997): 109—134.

- O'Byrne, Shannon y Ronnie Cohen. "The Contractual Principle of Good Faith and the Duty of Honesty in *Bhasin v. Hrynew*". *Alberta Law Review* 53, no. 1 (2015): 1—34.
- O'Connor, Timothy y Constantine Sandis, eds. *A Companion to the Philosophy of Action*. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2010.
- Olsthloorn, Johan. "Grotius on Natural Law and Supererogation". *Journal of History of Philosophy* 57, no. 3 (2019): 443—469.
- Opp, Karl-Dieter. *Methodologie der Sozialwissenschaften. Einführung in Probleme ihrer Theoriebildung* [Metodología de las ciencias sociales. Introducción a problemas de elaboración de sus teorías]. Hamburgo: Rororo, 1970.
- Ordoqui Castilla, Gustavo. *Buena fe contractual*. 2ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- . *Buena fe en los contratos*. Madrid: Reus, 2018.
- Ortega Vega, Allan. "El principio general de la buena fe en la contratación privada". Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.
- Padilla Durán, Diego Alejandro y Laura Villareal Loáiciga. "Los principios modernos en el arbitraje comercial internacional". Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2011.
- Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho Romano*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Patterson, Dennis. "Wittgenstein and the Code: A Theory of Good Faith Performance and Enforcement under Article Nine". *University of Pennsylvania Law Review* 137, no. 2 (1988): 335—429.
- Pérez Lledó, Juan Antonio. *El movimiento «Critical Legal Studies»*. Madrid: Tecnos, 1996.
- Peterson, Jordan. *12 Rules for Life: An Antidote to Chaos*. Canada: Random House Canada, 2018.
- . *Maps of Meaning: Architecture of Belief*. New York: Routledge, 1999.
- Phillipson, Donald E. "Development of the Roman Law of Debt Security". *Stanford Law Review* 20, no. 6 (1968): 1230—1248.
- Pinker, Steven. *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress*. New York: Viking, 2018.

- . *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*. New York: Viking, 2012.
- Potter, David, ed. *A companion to the Roman Empire*. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.
- Prinz, Wolfgang, Miriam Beisert y Arvid Herwig, eds. *Action Science: Foundations of an Emerging Discipline*. Massachusetts: MIT Press, 2013.
- Programa Estado de la Nación. *Estado de la Nación 2020*. San José, C.R.: CONARE — PEN, 2020.
- Radin, Max. “Fundamental Concepts of the Roman Law”. *California Law Review* 12, no. 6 (1924): 481—195.
- Ramírez Vidal, Gerardo. “La “pistis-fides” como el objeto de la retórica”. *Quadripartita ratio*, no. 5 (ene.—jun. 2018): 37—48.
- Ramos Corea, Jimmy Enrique. “La Buena y la Mala Fe Posesoría y sus Efectos Jurídicos”. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986.
- Recaséns Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho* (México: Porrúa, 1965).
- Revuelta, Patricia. “La confianza en cuestión: Aproximación crítica a las teorías contemporáneas”. Tesis para optar por el grado de Doctorado en Humanidades, Universidad Carlos III de Madrid, 2016.
- Rezzonico, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos: autodeterminación, autonomía privada, libertad contractual, fuerza obligatoria, forma, consensualismo, equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones, confianza, seguridad, buena fe*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.
- Rich, John y Graham Shipley, eds. *War and society in the Roman world*. London: Routledge, 2002.
- Richardson, Lorna. “Exercising a Contractual Right to Terminate: What’s Good Faith Got to do With it?”. *The Edinburgh Law Review* 21 (2017): 88—93.
- Riley, Patrick. “The Legal Philosophy of Hugo Grotius”. En *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, editado por Enrico Pattaro, Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann y Patrick Riley, 365—377. Dordrecht: Springer, 2009.
- Robbins, Blaine G. “What is Trust? A Multidisciplinary Review, Critique, and Synthesis”. *Sociology Compass* 10 (2016): 972—986.
- Rodríguez Ennes, Luis. “La permanencia del derecho romano en los códigos europeos e iberoamericanos”. *AFDUC* 16 (2012): 737—755.

- Rodríguez Serpa, Ferney y Pilar Ruiz Zapata. “De la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho”. *Revista Republicana* 9 (2010): 199—215.
- Ross, Alf. “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, no.12 (2008): 199—220.
- Rotenberg, Ken J., ed. *Interpersonal Trust During Childhood and Adolescence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- . *La psicología de la confianza*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2019.
- Russell, Hardin. *Trust and trustworthiness*. New York: Russell Sage Foundation, 2002.
- Salas, Minor E. *Discutiendo con el enemigo: un ensayo sobre libertad de expresión en la era del neo-oscurantismo*. Chile: Ediciones Olejnik, 2019.
- . *La mente del jurista. Cómo piensan (y sobre todo cómo no piensan) los operadores jurídicos y sus teóricos*. Chile: Ediciones Olejnik, 2021.
- . “No es que me hayas mentido lo que más me conmueve, sino que yo jamás te volveré a creer: A propósito de la mentira como problema moral”. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* 56, no. 145 (may.—ago. 2017): 89—105.
- . “Sin los mitos, somos nada: Debatiendo con el horror metaphysicus de Leszek Kolakowski”. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* 58, no. 150-151 (ene.—ago. 2019): 75—88.
- . “Todo ya ha sido dicho pero como nadie escucha hay que repetirlo de nuevo. Presentación crítica de «Sentido y alcance de la sistemática jurídica»”, introducción a *Sentido y alcance de la sistemática jurídica* de Karl Engisch. Traducido por Marcelino Rodríguez Molinero. Chile: Ediciones Olejnik, 2020.
- . *Yo me engaño, tú te engañas, él se....* 2ª ed. San José, C.R.: ISOLMA, 2013.
- San Martín Neira, Lilian. “La cláusula ‘ex fide bona’ y su influencia en el ‘quantum respondeatur’ como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D. 19.1.13 pr. Y D.19.2.33”. *Revista de Derecho Privado* 28 (ene.—jun. 2015): 47—77.
- Sánchez Torres, Esther. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1999.
- Schwartz, Daniel. *The Political Morality of the Late Scholastics: Civil Life, War and Conscience*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Seaford, Richard. *Money and the Early Greek Mind*. New York: Cambridge University Press, 2004.

- Silver, Morris. “The *Nexum* Contract as a “Strange Artifice””. *Revue internationale des droits de l’antiquité* 59 (2012): 217—238.
- Simmel, Georg. *The Philosophy of Money*. 3^a ed. Editado por David Frisby y traducido por Tom Bottomore y David Frisby. London: Routledge, 2004.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”. *Vniversitas* 106 (2003): 519—562.
- Stati, Marcel. *Le standard juridique*. Paris: É. Duchemin, L. Chauny y L. Quinsac, 1927.
- Summers, Robert. “General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization”. *Cornell Law Review* 67, no. 4 (1982): 810—840.
- . ““Good Faith” in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”. *Virginia Law Review* 54, no. 2 (mar. 1968): 195—267.
- Sutton, David. “Anthropology’s value(s)”. *Anthropological Theory* 4, no. 3 (2004): 373—379.
- Sztompka, Piotr. *Trust: A Sociological Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Tellegen-Couperus, Olga. *A Short History of Roman Law*. London: Routledge, 2002.
- The Commission on European Contract Law. *The Principles of European Contract Law*. Editado por Ole Lando y Hugh Beale. La Haya: Kluwer Law International, 2000.
- Uçaryılmaz, Talya. “El principio de buena fe en el Derecho internacional público”. *Estudios De Deusto* 68, no. 1 (2020): 43—59.
- UNIDROIT. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Rome: UNIDROIT, 2016.
- Valsan, Remus. “Fides, bona fides, and bonus vir: Relations of Trust and Confidence in Roman Antiquity”. *Journal of Law, Religion and State* 5 (2017): 48—85.
- Vaz Ferreira, Carlos. *Algunas conferencias sobre temas científicos, artísticos y sociales, vol. XI de Obras*. Montevideo: Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 1956.
- Verboven, Koenraad S. “*Clientela*, Roman Republic”. En *The Encyclopedia of Ancient History*, editado por Roger S. Bagnall, Kai Brodersen, Craige B. Champion, Andrew Erskine y Sabine R. Huebner, 1577—1582. Chichester: Wiley-Blackwell, 2013.

- Von Ihering, Rudolf. *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Traducido por Enrique Príncipe y Satorres. Granada, España: Editorial Comares, 2011.
- Watson, Alan. “The Evolution of Law: The Roman System of Contracts”. *Law and History Review* 2, no. 1 (1984): 1—20.
- Weber, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Wieacker, Franz. *El principio de la buena fe*. Traducido por José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982.
- Wieacker, Franz y Edgar Bodenheimer. “Foundations of European Legal Culture”. *The American Journal of Comparative Law* 18, no. 1 (1990): 1—29.
- Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. 3ª ed. Barcelona: Crítica, 2010.
- . *Tractatus logico-philosophicus*. 3ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- WHO. “WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard”. <https://covid19.who.int/> (consultado el 29 de julio de 2021).
- Wolf, Eric R. *Europa y la gente sin historia*. Traducido por Agustín Bárcenas. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- . *Peasants*. Editado por Marshall D. Sahlins. New Jersey: Prentice Hall.
- Wolf, Eric R. y Sydel Silverman. *Pathways of power: building an anthropology of the modern world*. Los Angeles: University of California Press, 2001.
- Wolf, Erik. “Die Natur der allgemeinen Rechtsgrundsätze” [La naturaleza de los principios generales del derecho]. En *Rechtsphilosophische Studien. Ausgewählte Schriften*, vol. I, editado por Alexander Hollerbach. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1972.
- Zeller, Bruno y Camila Baasch Andersen. “Good Faith — The Gordian Knot of International Commerce”. *Pace International Law Review* 28, no. 1 (2016): 1—28.
- Zimmermann, Reinhard. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo: la tradición del derecho civil en la actualidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- . *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford University Press, 1996.
- Zimmermann, Reinhard y Simon Whittaker, eds. *Good faith in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.