

TRATADO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO — MARCOS M. CORDOBA

DIRECTOR
MARCOS M. CORDOBA

COORDINADORAS
LIDIA M. GARRIDO CORDOBERA - VIVIANA KLUGER

TRATADO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO

DOCTRINA NACIONAL

COLOMBO, PALSCIO, BIDART CAMPOS, TRIGO-RIVERAS, FIGUEROA,
MORLEY, VIENESCO, SARDIGNA M., ANDORNO E., MENDEZ COSTA,
CITTI, CATTANI, MOISEL DE ESPINOSA, ATTENI, L. ZANNONI, RICHARD,
ARVA, VIDAL, TORRES, GILBERTO, POSE, GOLDENBERG, ANCAROLA,
GASPARI, SALDINO, ALFERRI, CASTILLO, COMPAGNONI DE CASO,
CARANIELAS, OJAMENDE, JURIO, WILLIAMS, JORJAN, DE SOLIMANO,
FUCHSBERG, PERUGINI, ZANETTI, FERREIRA RIBEIRO, DONNA, BOLLER,
RIZO, CALLEGARI DE GROSSO, LAWANDI, GUZMANI, ZAGO, KIEFF,
LEVA FERNANDEZ, COINTE, MESSINA DE ESTRELLA, GUTIERREZ WAYAR,
DALLA VIA, NUNEZ SANTIAGO, LEONARDI DE HERRON, ANDORNO R.,
NICOLAS, GARRIDO CORDOBERA, MEZA, DIAZ, SOTOMAYOR, ALBERLO,
CORDERO, CHER, FELDMAN DE CARONAS, BOJALINA, KLUGER, PIAGGI,
SISCHI, SARDIGNA P., ACQUILIA, MEDINA, ITALIA, ANDRICH DE ALVAREZ, MONTE, MOINA.

TOMO
I



LA LEY



TRATADO
DE LA BUENA FE
EN EL DERECHO

~
TOMO I

DIRECTOR
MARCOS M. CÓRDOBA

COORDINADORAS
LIDIA M. GARRIDO CORDOBERA
VIVIANA KLUGER

340

CÓR (DIRECTOR)

CÓRDOBA, MARCOS M. (DIRECTOR)

TRATADO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO / MARCOS
M. CÓRDOBA (DIRECTOR) - 1ª ED. - BUENOS AIRES: LA LEY,
2004 - v. 1.
XVI, 1135 p. 25x17 cm.

ISBN: 987-03-0314-5 (OBRA COMPLETA).

ISBN: 987-03-0315-3 (TOMO I)

I. DERECHO

1ra. Edición: 2004.

1ra. Reimpresión: 2005

Copyright © 2004 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher

Tirada: 700 ejemplares.

I.S.B.N. 987-03-0314-5 (Obra completa)

I.S.B.N. 987-03-0315-3 (Tomo I)

CAPÍTULO VIII

UNA MIRADA HACIA ATRÁS: DE ROMA A LA CODIFICACIÓN. EL RECORRIDO HISTÓRICO DE LA BUENA FE

POR VIVIANA KLUGER

CURRICULUM

- Doctora por la Universidad de Buenos Aires; su tesis "Los Deberes y Derechos Emergentes de las Relaciones Conyugales en el Río de la Plata (1785-1812)", fue calificada con 10 sobresaliente y aprobada el 23 de diciembre de 1996.
- Abogada Especializada en Derecho de Familia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Ex becaria de iniciación, perfeccionamiento y post-doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina.
- Miembro de la Comisión Ejecutiva del Instituto de Altos Estudios de Derecho Civil Argentino y Comparado de la Universidad del Museo Social Argentino.
- Profesora de Historia del Derecho en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad del Museo Social Argentino, en la Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y en el Curso de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y de la Universidad del Museo Social Argentino.
- Ha dictado cursos y seminarios sobre historia del derecho en diversas universidades de Argentina y del exterior. Y sobre negociaciones internacionales y comercio internacional.
- Autora de libros y numerosos artículos de investigación para diversas publicaciones periódicas argentinas y extranjeras en temas de su especialidad.

- Miembro titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, del Instituto Internacional de Historia del Derecho Iudiano, del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, de la Red de Estudios de Familia, de la Latin American Studies Association y de la Law & Society Section de la LASA.

- Coordinadora de la Gerencia de Normas Comerciales de la Comisión Nacional de Comercio Exterior, Ministerio de Economía y Producción.

UNA MIRADA HACIA ATRÁS: DE ROMA A LA CODIFICACIÓN. EL RECORRIDO HISTÓRICO DE LA BUENA FE^(*)

I. INTRODUCCIÓN

La buena fe es un concepto técnico acuñado por los técnicos del derecho y utilizado como elemento de descripción o de delimitación en diferentes supuestos de hecho normativos: un standard o un modelo ideal de conducta social (1).

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido entre buena fe *objetiva* y buena fe *subjetiva*, y también dentro de cada una de ellas ha percibido la existencia de distintos matices. Algunos autores han encontrado diferencias tan grandes entre cada una de ellas, que hasta han considerado difícil entender la razón por la cual han sido designadas con el mismo vocablo (2).

La buena fe subjetiva consiste en la ignorancia o la errónea creencia de una persona acerca de un determinado hecho, y se funda en este caso en un aspecto psicológico del sujeto. Para Judith Martins-Costa, citada por Camilla Teixeira de Freitas, la buena fe subjetiva tiene el sentido de una condición psicológica que normalmente se concreta en la convicción del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno (3).

En esta acepción de la buena fe, se apunta a "la creencia del adquirente de que su adquisición de derechos, o mejor, que su emplazamiento en determinada situación jurídica es conforme a Derecho" (4).

Este tipo de buena fe se encuentra, principalmente, en el campo de los derechos reales, en el instituto de la usucapión, en la posesión, en el terreno de las obligaciones, cuando se refiera al pago hecho al acreedor putativo y en la hipótesis del cesionario de buena fe. También la encontramos en conexión con la posesión de la herencia, y

(*) Agradezco al Dr. Marcos M. Córdoba las sugerencias efectuadas a versiones preliminares de este trabajo.

(1) Díez-PICAZO, LUIS prólogo a WIEACKER, FRANZ "El principio general de la buena fe". Editorial Civitas S.A. Madrid, 1977. ps. 12/13.

(2) Conforme de CASTRO NEVES, JOSÉ ROBERTO "Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais".

http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DC/351dou08.htm

(3) A Boa-Fé Objetiva e os Deveres Laterais, en www.texeiradefreitas.adv.br/camilla/artigos.

(4) ALTERINI, JORGE "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito". Disertación pronunciada en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 11 de octubre de 2001, en Anales Año XLVI, Segunda Epoca, N° 39, La Ley, Buenos Aires, abril 2002, p. 15.

en este sentido el artículo 3428 del Código Civil de la República Argentina establece que el poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Esta norma difiere de los principios generales del derecho, contemplándose en este tema además del error de hecho, la posibilidad de alegar el error de derecho, atento a que el artículo 3428 mencionado, es "derecho específico sucesorio". En este sentido, una persona puede crearse con título hereditario por desconocimiento de las leyes y ser, no obstante, poseedor de buena fe (5). Además, la buena fe del poseedor de la herencia se presume por aplicación del principio general establecido por el art. 2362 del Código Civil, que prescribe que "Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se apruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume" (6).

En materia de derecho matrimonial, este tipo de buena fe se encuentra presente en el caso del matrimonio putativo, en lo que respecta a la subsistencia del parentesco por afinidad como con respecto a considerarla un elemento de la posesión de estado (7).

La segunda forma de buena fe, es la buena fe objetiva. En ésta, no se indaga en la conducta del sujeto, tal como ocurre en la primera, y es irrelevante su opinión o cualquier aspecto psicológico. Aquí se analiza la actuación adecuada, correcta, honesta, leal, que las personas deben emplear en sus relaciones. Según de Castro Neves, el término se utiliza "metonímicamente", es decir, para indicar una conducta por su resultado. Se dice: hubo buena fe objetiva si el sujeto se comportó correctamente, lo que se infiere por el análisis de los aspectos externos de actuación. Esta idea de la buena fe, empleada en el ámbito de los contratos, consiste en respetar el deber de fidelidad, con relación al cual, según Jorge Alterini, el concepto jurídico coincide con el semántico, pues fidelidad, en su primera acepción gramatical, significa "Lealtad, observancia de la fe que uno debe a otro", o sea, la probidad y la lealtad que le son exigibles a los contratantes (8).

En opinión de Alejandro Guzmán Britos, el uso del criterio de la buena fe en estas figuras es una consecuencia de la bilateralidad obligacional. Para este autor, en las relaciones unilaterales la prestación del deudor no se comparara con otra, sino consigo misma, cuando fue hecha inicialmente por el acreedor, como en el mutuo, en el comodato y en la prenda; o con una declaración de prestación, como en las estipulaciones, en las que el promitente dice que tal cosa dará, hará o no hará y en el legado damnatorio, en el que el testador dijo qué debía darse o hacerse a favor del legatario. Por ende, el criterio para saber cuánto exigir al deudor está dado por lo que recibió, para que eso mismo devuelva; por lo que prometió cumplir, para que eso mismo cumpla; o por lo que asignó el testador, para que eso mismo pague el heredero.

En cambio, en las relaciones obligacionalmente bilaterales, la prestación de una parte se puede comparar con otra realmente distinta, y de esa comparación resulta la necesidad de equilibrar ambas prestaciones. Un vendedor, por ende, no sólo está obligado a cumplir lo mismo que vendió, sino tanto cuanto equivalga a lo que el comprador paga.

(5) CONF. CORDOBA, LEVY, SOLARI Y WAGMAISTER, "Derecho sucesorio", Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 62.

(6) CONF. CORDOBA, MARCOS M. "Derechos del heredero, La posesión hereditaria", La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 73/75.

(7) CORDOBA, MARCOS M. Y OTROS, "Derecho de familia. Parte General", La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 80 y 99/100.

(8) ALTERINI, ob. cit., p. 15.

Existe aun una tercera forma de buena fe: se trata de la buena fe hermenéutica, utilizada en la interpretación de los actos jurídicos. Esta modalidad de buena fe va permitir comprender las manifestaciones de la voluntad, que deben siempre ser reflejo de lo razonable, lo normal, aquello que normalmente se espera. Esta buena fe hermenéutica difiere de la creencia o ignorancia acerca de un hecho, y tampoco se confunde con la conducta adecuada. Para De los Mozos, en toda interpretación de una norma se produce un proceso valorativo análogo al que tiene lugar en la creación del Derecho y que comporta la función creadora del jurista (9).

Sin embargo, en opinión de Alterini, "la buena fe en definitiva es una sola y que tanto el obrar negocial en cierta dirección, como el proceder que sigue a una creencia errada, expresan comportamientos, que serán de buena fe si responden a las improntas éticas", porque "Si bien se mira, media rectitud, honradez, en el comportamiento de quien cumple con fidelidad sus compromisos, pero también en la conducta de quien tiene la convicción de que procede con derecho legítimo" (10).

Estos elementos, que, conforme Castán Tobeñas constituyen reglas indeterminadas y flexibles—llamadas "máximas de experiencia" por los alemanes, "conceptos válvulas" por algunos tratadistas italianos, "standards jurídicos" por la doctrina inglesa y "directivas" por juristas franceses— y que el legislador, o la jurisprudencia en su caso, dejan a la concreción del juez o del jurista, (11) vienen de un camino que comienza en el derecho romano y que continúa hasta el presente.

II. LA FIDES Y LA BONA FIDES EN EL DERECHO ROMANO

Todos los pueblos de la antigüedad concedían una extraordinaria importancia a la *fides*.

Alfredo Di Pietro considera que "el vocablo *fides* posee una rica polisemia" y que "al no ser unívoco, se torna necesario en cada caso una traducción precisa de su significado". Así, en su sentido más amplio, puede ser entendida como "confianza" (como cuando se dice *fidem dare* o *fidem accipere*), pero también en el de pedir a otro su "amparo o protección" (*fidem implorare*; o *in fidem alicuius venire*; *in fidem et potestatem alicuius se permittere*); e igualmente, entre sus usos jurídicos más notables, el "respeto debido a la palabra dada" (*fides promittere*; *fides accipere*; *fides recipere*) (12).

Los romanos, revestían a la *fides* incluso de un contenido religioso, que trasciende a los cultos ciudadanos y a los usos sociales, informando de este modo, su vida y conciencia social (mores). Tanto era así, que Valerio Máximo la consideraba como "la base de la felicidad humana", (13) mientras que Cicerón, que varias veces ubica a

(9) DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS "El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho" Civil Español. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1965, p. 17.

(10) ALTERINI, ob. cit., p. 16.

(11) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ "La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, ps. 86/7.

(12) DI PIETRO, ALFREDO "La *fides* pública romana", comunicación presentada al Convegno "Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di Alberto Burdese". 14-16 junio 2001. Padova / Venezia / Treviso. En prensa. En este excelente trabajo, el autor efectúa un exhaustivo desarrollo de la idea de *fides* en Roma, tanto en el orden interno como en el internacional. Agradezco la generosidad y espíritu de colaboración del Dr. Di Pietro al haberme remitido la copia inédita de su trabajo.

(13) DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 22.

fides entre las virtudes propias del Romano, se preocupa por destacar el énfasis de su empleo por parte de los Romanos respecto al de otras naciones, al afirmar "Dónde encontrar un grado de 'seriedad', de 'constancia', de 'grandeza de alma', de 'probidad', de 'lealtad' (*fides*), dónde encontrar en algún pueblo una superioridad de mérito que se pueda comparar con la de nuestros antepasados?" (14).

En Roma se invocaba a la diosa Fides (15) en la celebración de los negocios jurídicos. La palma de la mano era consagrada a la diosa y por eso, los contratantes apretaban las manos al finalizar el negocio, a fin de sacramentar lo convenido. Más adelante, la palabra *fides* pasó a tener la acepción que conocemos hoy: fidelidad. El precepto, inicialmente, fue puramente ético: las partes debían respetar la palabra dada. Sin embargo, Alfredo Di Pietro señala que "El temor religioso respecto de los dioses, y principalmente respecto de la diosa Fides, involucraba el fiel cumplimiento de los deberes de 'lealtad, protección, cumplimiento de las promesas y de los *foedera*, etc.', y que 'de lo contrario, se pueden esperar sanciones que caerán sobre aquél que ha actuado con perfidia". Para este autor, "no se trata de penalidades corporales que caen sobre el *perfidus* como el rayo del cielo, sino de las consecuencias sociales que pesarán sobre el que ha infringido la regla de la *fides*" (16).

En el mundo jurídico romano podemos encontrar algunas esferas de aplicación de la idea rectora de la *fides*: en el campo de las relaciones internacionales, entre Roma y los pueblos que entraban en relación con ella, en los más diversos sentidos, como *fides populi Romani*, que igualmente se manifiesta en el plano de las relaciones internas para fundamentar el poder político, como legitimación de poder y de fuerza. Estos aspectos propios del *ius priuatum* son los generalmente tratados por los romanistas, pero también ocurre en el *ius publicum*, puesto que la diosa Fides es, en cierto modo, la que vigila la vida de la comunidad política romana, quedando sujeta a ella el ejercicio de la *auctoritas* del Senado, como también la *potestas* de los magistrados, así como la que rige, además, en las relaciones habidas entre los ciudadanos Romanos entre sí. Todo esto haría a la aplicación de los principios de la *fides* en las relaciones internas de la *ciuitas*. Pero, aparte de ello, sus aplicaciones también se extienden a la vigencia de la *fides* en las relaciones existentes entre Roma y los pueblos extranjeros. Y más aún a las relaciones habidas entre los dioses y los hombres. Prácticamente, por ello la presencia de la *fides* se extiende a la totalidad real, es decir a las *res diuinae atque humanarum* (17):

De aquí surge una esfera de relaciones típicas del derecho romano, la de las relaciones con los extranjeros, que desenvolviéndose dentro del *ius gentium*, da lugar a una de las canteras más típicas de la objetivación de la *fides* como *bona fides*, propia de la *corrección en el comportamiento* de la vida mercantil, a la que se incorpora un indudable elemento ético, partiendo de la primera (18). Es acá donde la noción gana sentido jurídico. Mediante el agregado del sustantivo *bona*, para designar el comportamiento que se espera de la parte.

Un lejano antecedente de la jerarquización de la buena fe se encuentra en una constitución de 17 artículos del año 604, sancionada durante el principado de

(14) DI PIETRO, ob. cit.

(15) Sobre el culto a la diosa Fides, DI PIETRO se extiende con estas consideraciones en el trabajo citado.

(16) DI PIETRO, ob. cit.

(17) DI PIETRO, ob. cit.

(18) DE LOS MOZOS, ob. cit., ps. 21/22.

Shotoku, en la que se establecía en su artículo 9º, que "la buena fe es la fuente del derecho..." (19).

Este concepto estaba presente en las relaciones de clientela, en el derecho de las obligaciones y en la protección posesoria (derecho real). Creaba deberes secundarios en las relaciones de clientela: eran los deberes de lealtad, de obediencia y de protección entre los *cliens* y los ciudadanos comunes, además de existir también la obligación de cumplir la palabra dada.

De la fundamentación en la *fides* de la propia *societas iuris* nacen las diversas aplicaciones en las que el poder social o jurídico se constituye y organiza a su imagen, apareciendo en las relaciones de *patronato y clientela*, en general, o entre patrono y liberto, en particular; en las relaciones de *amicitia* privada en el ambiente de los senadores y los caballeros. Estas manifestaciones se desarrollan paralelamente en la estructura de las relaciones privadas, tales como la *tutela*, la *gestión de negocios ajenos* y el *mandato*, el fideicomiso y la sociedad (20).

En el campo de las obligaciones, uno de los primeros tratados internacionales entre Roma y Cartago muestra la existencia de la *fides* como un núcleo normativo que obligaba a cada uno de los contratantes a prometer sobre su propia fe la asistencia al ciudadano de otra ciudad para que los intereses provenientes de los negocios privados fuesen protegidos, o sea, la *fides* estaba presente tanto en la relación entre las ciudades —relaciones internacionales— y entre los ciudadanos —relaciones internas—.

En consecuencia es posible constatar que la existencia de *fides* en estos dos ámbitos del derecho romano creó dos vertientes, la de las relaciones intersubjetivas, que eran relaciones entre sujetos pertenecientes a colectividades distintas, que tenía la función de garantizar el respeto a la palabra dada, y la de relaciones intrasubjetivas, ligada a las relaciones de clientela, en la que tenía las funciones de autolimitación y de protección.

La *fides* era, por lo tanto, un elemento catalizador del contenido económico de los contratos, pues obligaba a las partes a tener claro y presente el contenido concreto de sus intereses, a fin de vincularlas al leal cumplimiento de las obligaciones asumidas, haciendo que las partes fuesen fieles a lo pactado.

Para de los Mozos, "el genio jurídico romano, establece una serie de aplicaciones que unas veces son correcciones del *ordenamiento rígido (bona fidei iudicia)*, otras remisiones para la *integración de una norma privada (efectos pacta ex continentia)* o para *fundamentar un negocio no solemne* (contratos consensuales), o en fin, para *configurar una aptitud subjetiva* (adquisición de frutos en la posesión, título para la usucapción, etc). En todos estos supuestos se califica de bueno (*bona fides*) lo que de una manera o de otra se corresponde con ese ideal general, expresado en virtud de conexiones casuísticas y retóricas (*topoi*), que responden a una misma substancia: la *fidelidad*. De modo que será de buena fe, lo que se encuentra adecuado a la *fides*" (21).

El concepto de *bona fides* surgió debido a la difusión de los negocios internacionales en el ordenamiento romano y de la inexistencia de una formalidad que permitiera la interferencia del Estado (*actio*) en las relaciones negociales, pues ellas presentaban, en la mayoría de las veces, características consensuales.

(19) Citado por ALTERINI, ob. cit., p. 17.

(20) DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 24.

(21) DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 27.

En el período formulario del derecho romano, la *bona fides* calificaba una acción —la *bona fides iudiciae*—, un tipo de *actiones in personam*. Los jueces gozaban de alguna discrecionalidad para evaluar si, en el caso, las partes habían actuado de buena fe. La ausencia de una conducta honesta constituía la causa para poder solicitar esa acción, que se dirigía a condenar al contratante desleal por su conducta impropia.

La protección legal contra el ejercicio de la mala fe se entronca con la figura de la *exceptio doli*, que fue un instrumento jurídico a través del cual los juristas romanos hicieron posible una aplicación de la *bona fides*, dotándola de una protección mayor y más eficaz y arbitrando los medios necesarios para una solución más equitativa de los problemas jurídicos. Se trataba de una medida de defensa del demandado frente a la *actio* ejercida dolosamente que permite paralizarla precisamente a causa de la contravención de la buena fe que ella produce (22).

El origen de los *bonae fidei iudicia* sería formalmente atribuida al pretor urbano, quien la introdujo con el objeto de poder dar un contenido propiamente jurídico a las exigencias no bien definidas, surgidas de las relaciones complejas. Estas acciones, si bien no habían sido fundadas en ninguna ley, reposan en la conciencia social y jurídica romana que considera que en ciertas relaciones sea exigible de las partes comportamiento dado en cuanto impuesto por la *fides*. Su reconocimiento habría existido primero en el ámbito de la ciudad, y luego se habría extendido más allá de su ámbito, atento a que la *fides* impone ciertos comportamientos exigibles a cualquiera, independientemente de la ciudadanía (23).

En opinión de Guzmán Britos, “el pretor no encontró otra fórmula mejor para establecer el equilibrio concreto entre ambas prestaciones, que encargar al juez su regulación; pero, al mismo tiempo, para evitar el arbitrio judicial, dispuso que él juzgare *ex bona fide* las deudas recíprocas” (24). Para Paul Ourliac y J. de Malafosse hay que tener en cuenta, en relación con los negocios bilaterales, que la interdependencia de las prestaciones recíprocas que se dan en ellos, la cual atrae ya la atención de Labeón, se produce en base de juicios de buena fe (25).

Según estos autores, “en el derecho clásico, a pesar del designio de los juristas de llegar a concretar una nueva técnica, sin embargo no nos encontramos todavía con una noción de buena fe generalizada y la idea que de ella se forman los romanos no se funda en preocupaciones morales derivadas de los principios de la Justicia conmutativa, sino que se refieren a la honradez sin la que sería imposible la subsistencia de relaciones comerciales” (26).

Para Franz Wieacker, la actividad del pretor romano, a través de los *bonae fidei iudicia*, y que por diversos caminos a la vez se convirtió en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la buena fe, es la “muestra más prodigiosa” de una

ruptura ético-jurídica de “situaciones puramente formales y al mismo tiempo petrificadas como salvación sabática y hundidas en una fenecida historicidad” (27).

Conforme Ourliac y de Malafosse, la flexibilidad y sentido equitativo de los *iudicia bonae fidei* “hacen de estos el campo más adecuado para empezar a reconocer valor a la voluntad contractual de los hombres en cuanto tal, prescindiendo de su expresión y del cumplimiento de solemnidades rituales”. Para estos autores, la misma flexibilidad y sentido de la equidad permiten que en estos juicios de pueda decretar la compensación sin necesidad de que haya instancia de parte (28).

En opinión de estos autores, “los primeros contratos en los que se aprecia la culpa son precisamente aquellos que dan lugar a los *iudicia bonae fidei*, pues en ellos hay como principio general el de rechazar toda conducta que no se ajuste al proceder más recto, al concepto más rígido de la corrección”. Como novedad más interesante de esta categoría contractual, en los contratos defendidos por *iudicia bonae fidei* es donde primero aparece la primacía de la voluntad real por encima de la manifestada.

Paulatinamente, debido a las ventajas que estos presentaban, los *iudicia bonae fidei* lograron una particular fuerza expansiva en cuya virtud se tendía a aplicar su régimen a otros contratos distintos, mediante la inclusión en su esquema originario de la *exceptio doli* o de la cláusula *bonae fidei*. Para Ourliac y Malafosse, el sistema procesal *extra ordinem* supuso la unificación de los procesos y ya no se habla de *iudicia* sino de *contractus bonae fidei* (29).

Tanto en la legislación como en la doctrina del derecho romano, la *bona fides* fue uno de los requisitos para que la usucapción y la prescripción dieran al poseedor el beneficio de la propiedad dominical (30).

De lo señalado se infiere que la buena fe subjetiva, en términos históricos, es posterior a la objetiva.

En la época de Justiniano, se produjo la decadencia del concepto de buena fe objetiva, en la que el sentido del instituto pasó a ser meramente formal: se partía del presupuesto de que las partes siempre actuaban de buena fe.

III. LA BUENA FE EN EL DERECHO COMÚN

La idea de la *fides* romana se renueva por la influencia del pensamiento cristiano y en el marco del *ius commune*, y sirve para generar la categoría general del contrato, renovando el concepto de causa y configurando la base de la buena fe objetiva (31).

Los juristas de derecho canónico consideraron a la buena fe subjetiva como la ausencia de pecado. En el campo de las obligaciones, actuar de buena fe significaba respetar fielmente lo pactado y cumplir la palabra dada, bajo pena de incurrir en pecado.

(27) WIEACKER, ob. cit., ps. 8/10.

(28) Ob.cit. p. 377.

(29) OURLIAC y DE MALAFOSSE, “Derecho romano y francés histórico”, Tomo I, Derecho de las Obligaciones. Bosch Casa Editorial, Barcelona 1960, p. 82.

(30) DE MIER VÉLEZ, ANGEL, “La buena fe en la prescripción y en la costumbre. Hasta el siglo XV”. Cuadernos 10. Colección canónica de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 131.

(31) DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 98.

(22) DÍEZ-PICAZO, ob. cit., p. 20.

(23) PARICIO, JAVIER “Genesis e natura del “bonae fidei iudicia”. Atti del Convengo “Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico”. Rivista di Diritto Romano-1-2001.

(24) GUZMANBRITO, ALEJANDRO Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato (I). El vocabulario de la negociabilidad jurídica en el derecho romano. Revista de estudios histórico-jurídicos, XVII, Universidad Católica de Valparaíso. Publicaciones de la Escuela de Derecho, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1995, ps. 79/122.

(25) P. 83.

(26) OURLIAC, PAUL y DE MALAFOSSE, J. “Derecho romano y francés histórico”. Tomo I. Derecho de las Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1960, p. 105.

La buena fe subjetiva, aparece tanto el terreno de las obligaciones como en el de la posesión y de la prescripción, estableciéndose que el que posee en nombre ajeno, no prescribe, ni tampoco el que en nombre propio, teniendo en contra la presunción, y careciendo de buena fe y título justo (32).

El derecho canónico, por su fundamento moral, llega a formular un principio contrario al que, por razones de certeza y seguridad, había formulado el Derecho romano: *mala fides superveniens nocet*. En consecuencia, mantiene la exigencia de la continuidad de la buena fe durante todo el tiempo necesario para la usucapión (33).

Las materias en las que se revela de forma más evidente la influencia canónica son en la eficacia de los *pacta nuda*, (34) por la implicación de la *aequitas*; los efectos del *matrimonio putativo*, en relación con el cónyuge inocente, o con la legitimación de los hijos y en materia de *prescripción*.

En la época de los glosadores (siglos XII y XIII) la buena fe constituye uno de los elementos más importantes para la creación de la categoría general del contrato, sobre todo porque el contenido ético y moral que llena a la buena fe sirve de base para este ensanchamiento y generalización a partir de los singulares tipos negociales o contractuales, presentándose a la especulación jurídica de los glosadores y comentaristas, renovado por la influencia de la nueva ideología cristiana y europea (35).

Para que se extienda el sentido de utilización de la *bona fides* como elemento presente no sólo en la configuración del negocio sino también en el cumplimiento del mismo, es preciso el espíritu generalizador de los glosadores y que inicia el curso de la transformación de esta materia hacia el Derecho moderno (36).

IV. LA BUENA FE EN EL DERECHO CASTELLANO

Las fuentes legales del derecho castellano eran el Fuero Juzgo (1241), traducción al romance del "Liber Iudiciorum"; el Fuero Real (1255); el Código de las Siete Partidas, dictado por el rey Alfonso el Sabio entre 1256 y 1260; el Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348); las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo (1484); las Leyes de Toro (1505) y la Nueva Recopilación de las Leyes de España (1567).

El derecho castellano continuó dando acogida al principio de la buena fe a lo largo de todos los cuerpos legales que precedieron a la codificación de su derecho, los que sucesivamente iban recepiendo las soluciones dadas por los ordenamientos que los precedían. A continuación nos referiremos a la recepción de este instituto en cada uno de ellos.

a) Fuero Real

Hecho redactar por Alfonso el Sabio en 1255, con el objeto de unificar los derechos locales, este ordenamiento se inspiraba fundamentalmente en los fueros anteriores y también en el derecho común. Según Zorraquín Becú, ejerció una influencia considerable entre los juristas (37).

(32) "Decretales", lib.2, tít.26, cap.17.

(33) El Concilio de Letrán (1215) requiere de la buena fe continuada para toda prescripción.

(34) Tipo contractual que no daba lugar a una obligación civil sino natural.

(35) De los Mozos, ob. cit., ps. 98/99.

(36) De los Mozos, ob. cit., p. 100.

(37) ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO "Historia del Derecho Argentino", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 55.

El Fuero Real trae algunas disposiciones acerca de la buena fe como elemento de la posesión y con relación a la prescripción adquisitiva, señalando cómo aquel que "comprare la cosa ajena no lo sabiendo, debe haber el precio que por ella dio" (38).

b) Las Partidas

El Código de las Siete Partidas es conceptualizado como la obra cumbre del reinado de Alfonso X el Sabio. Elaborado entre 1256 y 1265, se considera que a través de él, el derecho común penetró más profundamente en Castilla. Se le atribuye la denominación de "Partidas" por estar dividido no en libros, como era lo tradicional, sino en siete "partidas" o partes, y luego en títulos y leyes. Se inspira en las obras de los pensadores clásicos griegos y latinos, en la Biblia, en la doctrina de los Padres de la Iglesia y en los filósofos medievales para afirmar en sus citas las razones de las leyes, y en lo jurídico propiamente, se funda en el derecho romano y canónico, así como en la obra de los glosadores. Para Zorraquín Becú, las Partidas "no prescinden, sin embargo, del derecho castellano, pues procuran armonizar las soluciones comunes con la terminología y las instituciones propias, creando así un sistema original" (39).

Esta obra tuvo un carácter integral y sistemático y su contenido refleja la escala de valores de la época: la primera partida trata de las fuentes del derecho, la fe católica y la Iglesia; la segunda de los reyes, de los funcionarios reales y de la guerra; la tercera, de la administración de justicia y derechos sobre las cosas; la cuarta, del matrimonio y de las personas; la quinta, de los contratos y otras instituciones civiles; la sexta, de las sucesiones; y la séptima, de los delitos y las penas.

Las Partidas sólo tuvieron fuerza de ley a partir del Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), cuando se fijó un orden de prelación de fuentes en el que las Partidas estaban en el tercer lugar, después del propio ordenamiento y los fueros (incluidos el Fuero Juzgo y el Real). Dicho rechazo, en oportunidad de su aparición, había sido motivado por su naturaleza doctrinal y su identificación con el Derecho romano-canónico —un derecho cesarista— y el desplazamiento del derecho foral que implicaban sus disposiciones.

La consideración de la buena fe en las Partidas aparece dispersa a lo largo de casi todo su contenido: en la partida 3ª, en la 4ª, en la 5ª, en la 6ª y en la 7ª.

Una suerte de definición del poseedor de buena y mala fe, la encontramos en el título 33, denominado "Del significado de las palabras, e de las cosas dudosas", de la 3ª Partida, en el que la ley IX establece "que compra o gana, el ome la cosa, quando creya que el que gela da, o gela vende, aua derecho, o poderio dela fazer; e mala fe, aquel que compra la cosa ajena, sabendo que no es suya de quien la ovo, nin avia poder de enagenar. Esso mismo es del heredero, que gana por testamento, o por otra razón, herencia de otros. E aquellas cosas dezimos que son de nuestros bienes, e que a nos pertencen, en que nos avemos señorío, o que las tenemos de buena fe, por alguna derecha razón".

Al ocuparse de la prescripción adquisitiva, las Partidas señalan que cuando un hombre quisiera ganar una cosa mueble, "ha menester primeramente, que aya buena fe en tenerla, e que la aya por alguna derecha razon; así como por compra, o por donadio, o por cambio, o por otra razon semejante destas. E aun demas desto, que

(38) Ley 4, título 6, libro 3; ley 6, título 10 libro 3; ley 1, título 11, libro 2.

(39) ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., p. 55.

crea, que aquel de quien la ouo por algunas destas razones sobredichas, que era suya, e que auia poder de la enagenar. E aun le ha menester, que sea tenedor della por si mismo, o por otro que la tenga en su nombre continuadamente tres años a lo menos; e teniéndola tanto tiempo, asi como sobredicho es, gana el señorío della: e maguer después desso viniere el señor della a demandarla, non deue ser oydo; fueras ende, si el señor de la cosa quisiese probar, que le fuera furtada, o robada, o forçada" (40).

En las Partidas, la buena fe aparece vinculada a la posesión; (41) a la transmisión de los derechos; (42) a la permuta; (43) a la prenda; (44); a la posesión de la herencia (45) y a la prescripción adquisitiva (46).

c) Leyes de Estilo

Compilación de disposiciones castellanas, que datan de 1310, y constituida por 252 leyes, que en realidad son disposiciones de jurisprudencia de uso ordinario en su aplicación a los casos para las que fueron dictadas, en armonía con el conjunto resto de la legislación.

Tratan de la buena fe en las leyes 192 y 242, con respecto a la posesión, definiendo al poseedor de mala fe como "el tenedor que no tenga la cosa derechamente, y al de buena fe como quien tuvo la cosa "en faz y en paz de aquel que la demande".

d) Nueva Recopilación de las Leyes de España de 1567

Una de las fuentes básicas del derecho castellano, estaba dividida en 9 libros y contenía cerca de 4.000 leyes. Basada en sus antecedentes legislativos, reitera las disposiciones del Fuero Real acerca de la buena fe en la prescripción adquisitiva y en la posesión. En este sentido, la Nueva Recopilación se ocupa de la obligación del poseedor de la cosa por un año y un día, de responder por ella en la posesión, no teniendo título y buena fe (47). En la Recopilación, el poseedor de buena fe es definido como "el que tuviere o poseyere casa ó viña o heredad por año y día, en paz y en faz de aquel que se la demanda, entrando y saliendo el demandador en la villa" para que "no sea tenido a responder por ella". La propia Recopilación plantea la respuesta ante la duda, al establecer que "si en la dicha prescripción de año y día es menester título y buena fe: Nos, tirando esta duda, mandamos, que el que tuviere la cosa año y día, no se excuse de responder por ella en la posesión, salvo si tuviere la cosa año y día con título y buena fe" (48). Esta solución está en línea con disposiciones anteriores y posteriores (49).

(40) Ley 9, t. 29, P. 3. Esta ley se encuentra en el título "Por quanto tiempo puede home ganar las cosas muebles, e que ha menester para ganarlas".

(41) Ley 10, título 33, Partida 7 (en adelante "I" para ley; "t" para título y "P" para Partida.; l. 39, t. 28, P. 3; l. 4, t. 14, P. 6; l. 9, t. 29, P. 3; l. 9, t. 33, P. 7; l. 25, t. 28, P. 3; l. 44, t. 28, P. 3; l. 41/44, t. 28, P. 3.

(42) L. 50 y 51, t. 5, P. 5; l. 37, t. 14, P. 5; l. 19, t. 5, P. 5; l. 51, t. 5, P. 5.

(43) L. 4, t. 6, P. 5.

(44) L. 7, t. 13, P. 5.

(45) L. 9/14/18, t. 29, P. 3; l. 5, t. 14, P. 6; l. 5, t. 14, P. 6; l. 5, t. 8, P. 5.

(46) L. 18, t. 29, P. 3; l. 16, t. 29, P. 3; l. 16, t. 29, P. 3; l. 12, t. 29, P. 3; l. 7/21/26, t. 29, P. 3.

(47) Ley 3, título 8 libro 11.

(48) Ley III, título VIII, libro XI.

(49) Ley 3, título 15, libro 4 R, ley 242 de Estilo; 1-9 Alcalá; l. 18, t. 29, P. 3; 11-5-lib. 5; 1.13.3 Ordenamiento Real de Castilla.

e) La buena fe en la doctrina jurídica castellana y española

Entre la doctrina jurídica española del siglo XVIII, Antonio Xavier Pérez y López (50), en su obra "Teatro de la legislación universal de España e Indias" sostiene que la buena fe "consiste en que el que posee la cosa tenga un justo motivo para creer que es verdadero señor de ella, como si v.g. la recibió de uno que se decía señor de ella, y al cual creía poder bastante para enajenarla" y se refiere a la buena fe como requisito para que se verifique la prescripción, junto con el justo título, la capacidad de la cosa y del que prescribe, y la posesión continuada por tiempo determinado (51). Para este autor, "ni en el foro Canónico, ni en el Civil, vale la prescripción hecha con mala fe" (52).

El tratadista práctico José Febrero, por su parte, se ocupó de la buena fe con respecto a la posesión, explicando que "consiste en creer el poseedor de la cosa que es dueño de ella por haberla adquirido legalmente" y ejemplifica: "así no tendrá buena fe el que comprare una cosa, advirtiéndole el dueño de ella que no era del vendedor; ni el que compra algo perteneciente á huérfano, loco o procurador de otro, sobornándolos con engaño". Trayendo a colación las leyes romanas, Febrero recuerda que "bastaba al poseedor de buena fe al tiempo de adquirir la cosa, excepto el caso de compra en que era también precisa al tiempo de contratar, doctrina que se adoptó en la de Partida". Sin embargo, este autor, citando a "nuestros más célebres jurisconsultos" sostiene que en este particular "se debe seguir en España el derecho canónico, por el cual está establecido que la buena fe debe durar hasta el complemento de la prescripción" (53).

Otro jurista español, Juan Sala, autor del "Sala acondicionado ó Ilustración del derecho español", se refiere a la buena fe como uno de los cinco requisitos de la prescripción, sosteniendo que "consiste en creer el poseedor de la cosa, que era dueño de ella, o tenía facultad de enajenarla el que se la vendió o dio", y que bastaba hubiese tenido buena fe el poseedor al tiempo que se le entregó la cosa, a excepción de cuando la recibía por compra, que entonces era menester haberla tenido también al de celebrarse el contrato: de suerte que no impedía la prescripción la mala fe que sobreviniese después de la entrega. Al igual que Febrero, Sala contrapone a este criterio, la opinión de Gregorio López, el glosador de las Partidas, de Diego de Covarrubias y los que él mismo llama "todos los demás intérpretes nuestros", quienes decían que conforme las Decretales de Gregorio IX la buena fe debía durar hasta el hasta el complemento de la prescripción (54).

También en el siglo XIX, el jurisconsulto español Joaquín Escriche (55), en su "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", aparecido en 1847, entiende a la buena fe como un elemento subjetivo presente en un acto jurídico y la define

(50) Nació en 1736 y murió en 1792, conforme "Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana Espasa-Calpe", Madrid, 1924.

(51) "Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopilados, y alfabético de sus títulos y principales materias", Madrid, MDCCXCII, Tomo 24, p. 3.

(52) Ob. cit., Tomo 24 ps. 8/9.

(53) "Febrero Novísimo, O Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas", Imprenta de Idefonso Mompie Valencia, 1837, Tomo Primero, ps. 353/4.

(54) "Sala Acondicionado o Ilustración del Derecho Español", Librería de D. V. Salva, París, 1844, Tomo I, p. 125.

(55) Nació en 1784 y murió en 1874, conforme "Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana Espasa-Calpe", Madrid, 1924.

como "la creencia ó persuasión en que uno está de que aquel de quien recibe una cosa por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferirle su dominio: y en el modo sincero y justo con que uno procede en sus contratos, sin tratar de engañar á la persona con quien los celebra".

Para el autor del "Diccionario", poseedor de buena fe "es el que por justo título, como compra, dote ó legado, ha adquirido una cosa de quien creía ser dueño ó tener derecho para enajenarla" y "tiene las ventajas de hacer suyos los frutos de la cosa, de poder retenerla hasta cobrarse de las mejoras, y de poder adquirir la propiedad mediante la prescripción". En consecuencia, "el que con buena fe adquirió un predio ajeno pensando que el que lo enajenaba tenía dominio o facultad de hacerlo, si después fuere demandado y vencido en juicio por el verdadero dueño, hace suyos los frutos industriales consumidos hasta la contestación del pleito, por razón de la obra y trabajo que puso en ellos; y ha de volver los existentes al dueño de la heredad, rebajados los gastos, pero siendo los frutos naturales no procedentes de labor, debe restituirlos con la heredad, aunque los haya consumido, en cuanto se hubiere hecho más rico".

Según Escriche, el poseedor de buena fe adquiere por fin la propiedad y dominio de una cosa, si habiéndola adquirido con justo título la posee sin interrupción durante el tiempo fijado por la ley; y además, todo poseedor se presume de buena fe, mientras no se pruebe lo contrario, agregando que "y de aquí es que en igual causa debe ser preferido, y nada tiene que probar, sino que el demandante ha de acreditar su propiedad" (56).

V. UNA MANIFESTACIÓN DE LA BUENA FE EN EL DERECHO INDIANO

¿Qué sucedió entre nosotros? ¿Qué sucedió con la buena fe en el derecho que se trasladó a América? Para responder a esta pregunta habría que partir de la idea de que las relaciones jurídicas en el Nuevo Mundo se estructuraron, en principio, alrededor de los mismos moldes jurídicos en los que se habían vaciado las relaciones peninsulares, que eran los del derecho vigente en Castilla.

La razón de la aplicación del mismo marco normativo castellano a las Indias, era la naturaleza jurídica de la incorporación política de las tierras recién descubiertas, a la Corona de Castilla, las que habían sido concedidas, documentos pontificios mediante, a los Reyes Católicos y a sus descendientes en el trono de Castilla. Consecuentemente, se consideró que las Indias formaban parte del territorio castellano y sus habitantes, debían ser considerados vasallos, al igual que los peninsulares de este reino; por lo que se debía trasladar el derecho castellano, en tanto las peculiares condiciones de vida de éste lo permitieran (57).

Por lo tanto, la regulación jurídica del derecho privado en el Río de la Plata, se estructuró alrededor del derecho castellano, y sólo en la medida en la que las disposiciones castellanas no fueran suficientes para regular las distintas situaciones planteadas en el Nuevo Mundo, se fueron dictando nuevas normas, ya fuera desde

(56) ESCRICHE, JOACHIN "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", París Librería de Rosa 1861, ps. 383 y 1359.

(57) "Porque siendo de una Corona los reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y la manera de gobierno de los unos y de los otros debe ser lo mas semejante y conforme que se pueda", en DE ENCINAS, DIEGO "Cedulario indiano", Madrid, 1596, T. I, folio 5.

la Península Ibérica, o directamente en América, por parte de las autoridades indias que estaban facultadas para legislar (58).

La Recopilación de Leyes de Indias de 1680 no trae ninguna disposición sobre la buena fe, lo que es lógico atento a que se trata de un cuerpo cuyo contenido gira básicamente alrededor de la organización política indiana, en particular todo lo relacionado con la Iglesia, las universidades, los indios y la encomienda.

Sin perjuicio de ello, que existiera la ley no es sinónimo de que se cumpliera, y dado el marco normativo castellano señalado, cabe preguntarse si este conjunto de disposiciones legales se verificaba en la praxis judicial, a efectos de determinar el alcance y las modalidades con las que la buena fe se aplicaba en su aspecto dinámico.

Una de las formas de medir el ajuste entre el derecho y la realidad, entre la ley y su efectivo cumplimiento, es a través del análisis de los conflictos suscitados entre aquellos a quienes la norma estaba destinada. En el Río de la Plata los pleitos eran sustanciados ante distintos funcionarios quienes a veces sumaban a sus funciones políticas y administrativas, funciones judiciales. Por ello, actores y demandados podían ventilar sus pleitos ante alcaldes de primer y segundo voto del Cabildo, alcaldes de la Santa Hermandad, oidores de la Real Audiencia, gobernadores, virreyes, etc.

La Audiencia de Buenos Aires fue fundada el 14 de abril de 1783, y comenzó a funcionar en agosto de 1785. Constituyó un cuerpo colegiado integrado por letrados, y tenía jurisdicción sobre las provincias del Río de la Plata, Paraguay, Tucumán y Cuyo. Era competente para entender en grado de apelación de todas las causas civiles y criminales falladas por los jueces inferiores de su distrito, que eran los alcaldes ordinarios, los asesores letrados de las intendencias y los gobernadores político-militares de Montevideo, Misiones y Malvinas. Entendía en segunda o tercera instancia y en los conflictos de competencia y recursos de fuerza impuestos contra las decisiones de los jueces eclesiásticos.

De las resoluciones de los alcaldes ordinarios, se podía apelar ante el juez de provincia, y a su vez, la Audiencia podía entender en segunda o tercera instancia, según fuera el trámite dado anteriormente al litigio (59). A diferencia de los pleitos sustanciados ante los alcaldes, no se podía acudir a la Audiencia, sino personalmente, y asistido de abogado o por medio de procurador, que debía ser de los del número de ella, bajo pena de no admitirse el escrito.

La Audiencia estaba integrada por un presidente, que era el virrey, un regente, cuatro oidores y un fiscal, aunque con el tiempo llegaron a ser dos.

En 1768 Carlos III dispuso que "para evitar los prejuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias...".

Conforme Abelardo Levaggi, en las Indias se siguió generalmente el ejemplo castellano de no fundamentar, haciéndose referencia tan sólo al mérito de la causa

(58) Nos hemos referido extensamente al tema en nuestro trabajo "¿Existió un derecho de familia indiano?", Revista de Derecho Procesal y Práctica Forense N° 4, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

(59) ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO "La organización judicial argentina en el período hispánico", Editorial Perrot, 2a. ed. Bs. As., 1981, ps. 143/165.

y a lo que de ella resultaba (60). Por esta razón, es muy poco lo que se puede deducir acerca de la invocación del derecho en los pleitos judiciales planteados ante estas justicias, carencia que se suple con la consulta de los dictámenes de los fiscales de las audiencias, los que sí debían ser fundados.

A efectos de detectar la invocación de la buena fe en la praxis judicial rioplatense, hemos analizado las vistas fiscales de quien fuera Fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata, en las que la buena fe es mencionada en escasas oportunidades y en forma genérica.

El Fiscal se refiere a la buena fe como indicador de la forma en la que se deben cumplir las tareas correspondientes a su cargo, al señalar que debe exponer con la misma celeridad y buena fe que procede en todos los asuntos (61); que procedía "con aquella buena fe, y recto ánimo que exigen las circunstancias de la causa" (62); y que debe proceder con la buena fe, y "respetuoso miramiento que corresponde con el excelentísimo señor virrey jefe y cabeza de este tribunal" (63).

En dos oportunidades aludió a ella en sentido subjetivo, al hacer referencia a la buena fe con que habían obrado los oficiales de la Real Hacienda en una cuestión acerca del pago de una pensión en el montepío militar (64), y al aludir a la buena fe del litigante (65), mientras que en otro caso se refirió a la buena fe como elemento de la posesión (66).

VI. RUMBO A LA CODIFICACIÓN

El Humanismo, con su corrimiento del teocentrismo y su consideración del hombre como centro del Universo, no se ocupó de la cuestión de la buena fe. Por su parte, el iusnaturalismo desarrolló la idea de un derecho natural como derivado de la razón, independientemente de las convenciones, y por lo tanto, por encima de las leyes positivas. Entre los representantes de esta escuela filosófica, Hugo Grotius, se ocupó de la *fides* como una forma de pensar en la cual son posibles los contratos, y cuya quiebra sería motivo justo para la guerra.

Como resultado del iusnaturalismo racionalista, surge el movimiento codificador, que plantea la necesidad de la fijación precisa de las normas, contenidas en un solo cuerpo, hermético y definido. De la codificación en adelante, los nuevos cuerpos legales, probablemente en función de los propios procesos que llevaron a este movimiento, tendrán que definir la posición de la buena fe en los nuevos ordenamientos.

Para el positivismo, las reglas de derecho derivan de la realidad social y no de una entidad superior. En línea con estas ideas, Jeremy Bentham, propone un sistema jurídico sin lagunas, en el que el derecho deba ser una ciencia exacta y la norma jurídica equipararse a una regla matemática.

(60) LEVAGGI, ABELARDO "Manual de Historia del Derecho argentino (castellano-indiano/nacional)" 3 tomos. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 777/8 y "La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano", RHD N°6 INHID, Bs. As., 1978, p. 50.

(61) Archivo General de la Nación (en adelante AGN) Tribunales, leg.93, exp.11. IX 36-7-2.

(62) Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Criminal Provincial, 5-5-75-40.

(63) AGN, Sumarios militares, leg. C, exp.4. IX 12-6-9 y AGN, Hacienda, leg. 74, exp. 1956. IX 33-8-8.

(64) AGN, Guerra y Marina, leg. 29, exp.35. IX 24-3-5.

(65) AGN, Hacienda, leg. 103, exp. 2688. IX 34-3-5

(66) AGN, Guerra y Marina, leg. 32, exp.8. IX 24-3-8.

El Código de Napoleón (1804) se estructuró sobre dos pilares: la propiedad y el contrato, y sobre la voluntad política de permitir la fácil circulación de la riqueza. En línea con estos objetivos, el art. 1.134 estableció que el contrato es ley para las partes y en su inciso 3 determinaba que las convenciones debían cumplirse de buena fe. Esta disposición podría significar una referencia a una noción objetiva de buena fe; sin embargo, en su época, era considerada como un mero refuerzo de una obligación. A la luz de sus disposiciones, la buena fe del Código de Napoleón continuaba siendo solamente subjetiva, y su apreciación se hacía necesaria en los casos de usucapión y de la adquisición de frutos.

Los códigos del siglo XIX receptaron la aplicación del principio de la buena fe objetiva en el campo del derecho de las obligaciones y en la teoría general del negocio jurídico. La mayoría de estos códigos dispone de una norma general que lo establece, como por ejemplo, el art. 242 del BGB, el art. 1375 del Código Civil italiano o el art. 1258 del Código Civil de España.

Excede el objetivo de este trabajo el análisis de la buena fe en cada uno de los códigos que surgieron en Europa a partir de fines del siglo XIX. Sin embargo, el análisis efectuado nos lleva a concluir que desde el derecho romano hasta las primeras manifestaciones del movimiento codificador, la buena fe no deja de estar presente en la evolución del derecho, ya sea por su consagración expresa en distintos cuerpos legales, como por su consideración por parte de la doctrina. Como principio general de los actos jurídicos, como elemento para acceder a la posesión o para prescribir, ordenamientos jurídicos de épocas tan separadas en el tiempo y de regiones tan apartadas geográficamente, continúan dando acogida, a través de los siglos, a un concepto que, si bien nace asociado a obligaciones morales y éticas, continúa madurando y adquiriendo una entidad cada vez más jurídica.

Creemos, no obstante, que nuestro análisis es limitado y que en derecho es necesario contrastar la teoría y la práctica, la ley y su efectiva aplicación. Sabemos muy poco acerca de la aplicación del principio de la buena fe por nuestros tribunales en el período indiano, patrio y precodificado, por lo que insistimos en la necesidad de su estudio a través de los expedientes judiciales.

Concordamos con Cecilia Lagunas, cuando afirma que "el pleito da cuenta de una alteración del orden constituido y a la vez al menos de un intento de recuperación de la normatividad que de una u otra manera se supone que ha sido vulnerada" ya que "el desenvolvimiento del juicio, la constitución de las probanzas mediante testificaciones u otras formas aceptadas, develará un complejo universo de acciones y actores inter-actuante, acercándonos a las estructuras, funciones y representación del todo social en los sistemas jurídicos escritos, aunque también se develará el pluralismo normativo asentado en costumbres, usos sociales aceptados e internalizados en las sociedades al momento en el cual se produce el recurso legal interpuesto" (67).

La praxis judicial ayuda a realizar el estudio de "las relaciones entre los poderes públicos y los administrados, las normas y la normalidad, la modernización de las costumbres y el asentamiento del Estado" y también nos permite conocer las mentalidades de los involucrados en un juicio: acusados, testigos, jueces. Además "estos documentos ayudan al historiador a conocer los valores sociales y morales

(67) LAGUNAS, CECILIA "Mujer y Justicia: prácticas legales y género en Baja Edad Media y Alta modernidad", Revista de la Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, Cyber Humanitatis N° 19, Invierno, 2001.

que conllevan las formas de pensar, sentir y actuar, aclarando hasta qué punto se ha producido en los individuos la interiorización de las disposiciones culturales, cuál es el rechazo que se hace de las mismas y cuáles son los procesos de marginación" (68).

Creemos que no es suficiente la mirada que se centra en las prescripciones legales, y que no tendremos una visión completa del recorrido histórico de la buena fe, si no acompañamos este derrotero contraponiendo permanentemente norma y práctica, ley y sentencia, rigideces y adaptaciones, simetrías y asimetrías. Sólo con estos elementos habremos podido completar el objeto de nuestro estudio.

CAPÍTULO IX

REFLEXIONES SOBRE DOS PRINCIPIOS BASILARES DEL DERECHO: LA BUENA FE Y LOS ACTOS PROPIOS

POR ANA I. PIAGGI

CURRICULUM

- Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires; su tesis "Sociedad Unipersonal" fue calificada de sobresaliente y aprobada en 1997.
- Profesor Asociado Regular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires desde 1998.
- Profesor Titular de Derecho Comercial Internacional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino desde 1998.
- Profesor de posgrado y doctorado en la Facultad de Derecho (UBA), en la Facultad de Ciencias Jurídicas (UMSA) y en la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor de la Maestría en Derecho y Economía, Facultad de Derecho (UBA, 2002).
- Profesora Extraordinaria Visitante de la Universidad Católica de Salta (2002).
- Docente investigador, Categoría I, otorgada por el Consejo Interuniversitario Nacional.
- Director de Proyecto de Investigación UBACyT.
- Director de numerosas tesis doctorales (UBA) y de maestrías (Universidad Austral y Escuela Superior de Guerra). Y Jurado de tesis doctorales UBA y UMSA.
- Investigador subsidiado por el CONICET (Resolución 1854/98).
- PREMIO KONEX; diploma al mérito (1998), disciplina Jueces. Primer PREMIO AL LIBRO DE LA INTER-AMERICAN BAR ASSOCIATION (1997). *International Award of Recognition 5.000 Personalities of the World for Outstanding Contributions to Law Profession* (American Biographical Institute, 1998). PREMIO INTERAMERICANO DE JURISPRUDENCIA, otorgado por la "Facultad Interamericana de Abogados" por su

(68) SALINAS MEZA, RENÉ "La violencia interpersonal en Chile tradicional. Formas de agresión y control social en los siglos XVIII y XIX", Universidad de Santiago de Chile, Inédito, Agradezco la gentileza del autor al haberme facilitado una copia de su trabajo.