

# LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: Aplicación y perspectivas\*

*Fernando Hinestrosa*

## I. PREMISA

**H**AN SIDO TANTOS y de tal magnitud los acontecimientos ocurridos en los últimos años, y tantos los que se avecinan en el resto de este siglo XX, con la enorme variedad de perspectivas y las incertidumbres y sorpresas que deparan, que fuera de exigir una gran capacidad de asimilación no resulta fácil adoptar una actitud serena y distante para contemplarlos en su conjunto, seleccionarlos, clasificarlos y proceder a relacionarlos entre sí y con el pasado, a fin de apreciar y prevenir sus consecuencias sobre las condiciones de supervivencia de la humanidad, sobre su hábitat, sobre las relaciones, no sólo políticas y económicas, entre los distintos países, con mayor énfasis entre los países pobres y los desarrollados, el nuevo orden mundial, y la consistencia de la ilusión súbitamente surgida de un mundo de paz, de imperio del derecho, de entendimiento entre los pueblos, a raíz de la reciente disolución del último totalitarismo político de nuestra época.

En ese ambiente resulta propicio para la reflexión y para la identificación de constantes y de realidades el debate entre juristas de los varios mundos que tienen una raíz y un coloquio comunes y que por circunstancias del acaso, como también por decisión mutua, se han mantenido fieles a la tradición cultural que pudiera calificarse de heleno-romano-judeo-cristiana-germánica, y que en lo que hace a la orientación política y a la disciplina jurídica de los fenómenos parte de Roma y del derecho romano. Encuentro en el que autorizadamente y con profundidad se ha de repasar el proceso de transferencia —¿o recepción?, ¿o trasplante?— del derecho continental europeo al territorio americano comprendido entre el río Bravo y la Antártida, primero por el ordenamiento del Reino de Castilla, a poco por las Leyes de Indias o derecho indiano propiamente dicho, y por último, en el transcurso de los siglos XIX y XX, con la importación directa y dispersa de códigos, doctrina y jurisprudencia francesas, italianas, alemanas y aun españolas, sin dejar de lado el influjo del pensamiento revolucionario francés y, más todavía, de las declaraciones y la doctrina constitucionales de la Unión Americana. Simposio en el que al mismo tiempo se examine el efecto de esa aculturización y de ese trasplante en las distintas naciones que conforman la América Latina. Y, por último, se indague hacia dónde van estos mundos, cuál es su aporte al patrimonio de la especie, cuáles sus perspec-

\* Ponencia para el Simposio "Il Diritto dei Nuovi Mondi", organizado por el Istituto di Diritto Privato de la Universidad de Génova, noviembre 5 a 7 de 1992.

tivas y su capacidad para incorporarse definitivamente y con madurez al concierto de las naciones civilizadas.

## II. LA IDENTIDAD LATINOAMERICANA

DESDE HACE VARIAS generaciones, quizá a partir de la propia Independencia, cuando las colonias hispánicas dejaron de ser parte del Reino de las Indias, pero recientemente con mayor insistencia y apremio, nos preguntamos: ¿qué es América Latina?, comenzando por los latinoamericanos, que al efecto nos movemos entre una actitud presuntuosa de autonomía cultural, en la que privan quienes mayores y más altos rastros culturales aborígenes pueden mostrar, y una enorme docilidad para la transculturización, como barbecho listo para la siembra de cualquier semilla.

América del Norte o anglosajona es otra cosa. Mas como nosotros continuamos siendo eurocéntricos, aquí las preguntas son: ¿cómo nos ven los europeos y norteamericanos?, y: ¿cómo nos vemos y nos sentimos nosotros mismos? Y, apenas natural cuando no se ha adquirido la confianza o la solidez suficiente, todo está enmarcado dentro de la preocupación, a veces angustia, de ser “auténticos”, “genuinos”, y el temor de no serlo. En esta ocasión con el interrogante adicional de hasta dónde nuestras instituciones jurídicas son “nuestras” y cómo han resultado “propias”.

En una dimensión étnica América Latina no ha alcanzado aún unidad. Prevalce el mestizaje, pero la distribución racial no es pareja. Lingüísticamente 183 millones hablan español o castellano y 147, portugués. Culturalmente, después de trescientos años de conquista y colonización hispano-lusitana, en cuando hace a los patrones en los que se formó la reducida población criolla y que sirvieron de modelo a mestizos, indígenas y negros, con la independencia sobrevino una ruptura, que sólo tuvo atenuantes en los casos de México y Brasil. Los demás países se vincularon cultural y políticamente a la Gran Bretaña, Francia y los Estados Unidos, algunos recibieron influjo de migraciones, todo lo más italianas y alemanas, y a partir de la segunda posguerra el peso de la hoy única potencia universal ha sido mayúsculo. En lo económico se vienen dando pasos firmes, más que hacia una integración, hacia la reducción de los obstáculos para el comercio y un mayor aprovechamiento de posibilidades de economía de escala. En fin, políticamente —y es de lamentarlo— estamos lejos aún de una América Latina unida y solidaria, como todo lo haría pensar y desear. El ejemplo de Europa, con progresos inmensos, pese a su historia milenaria de diversidad y de conflicto, debe alentarnos y nos permite mirar el porvenir esperanzados.

América es la frontera occidental de Europa. Los latinoamericanos somos occidentales, somos europeos, y al propio tiempo somos algo distinto. Con diversidad geopolítica, pero con una gran proximidad cultural, que parte de la misma raíz. Somos el producto de los que se fueron y se unieron a aborígenes y otros inmigrantes. Pero la diferencia no es exclusivamente étnica, tampoco geográfica o climática. Hoy se habla de subdesarrollo, fenómeno que no puede reducirse a términos económicos. De todos modos, al margen del nivel de evolución, nosotros nos sentimos culturalmente diferentes de los pueblos asiáticos y africanos.

## III. LA CONFLUENCIA DE DISTINTAS VERTIENTES JURÍDICAS

EN LAS HISTORIAS patrias de América Latina se lee que en el movimiento de Independencia, que se insinúa ya desde fines del siglo XVIII, confluyen como factores

estimulantes el anhelo de igualdad de *status* de los criollos, el abuso y la arbitrariedad del régimen impositivo peninsular y el pensamiento de la Enciclopedia, con sus proyecciones inmediatas en la Constitución de Filadelfia y en las declaraciones francesas de 1789 y 1792.

La revolución de independencia, que tuvo un primer objetivo básico de autonomía política respecto de las coronas peninsulares, comenzó pronto a sentir el peso y la atracción de los valores y principios de libertad e igualdad. Las primeras luchas internas se proyectan en el anhelo de la forma de Estado federal —cuando menos, de autonomía regional—, de separación de la Iglesia y el Estado y de libertad de los esclavos. Más tarde se harían sentir las doctrinas del 48 y del 70, conjugadas con la mentalidad solidarista de comienzos del siglo XX y que se plasmaron en Europa en el espíritu de Weimar y en la ilusión de la revolución bolchevique, como también en la Constitución de la República española. A partir de la Constitución de México de 1917, las declaraciones políticas, y aun los códigos, de América Latina han venido pronunciándose por la función social de los derechos y el Estado tutelar e interventor, con caracteres más o menos vigorosos.

No creo que sea simple retórica la expresión de que «España no descubrió un continente, sino el camino por donde iba a fluir a lo largo de los siglos la cultura occidental». En efecto «por ese camino llegó también el derecho, es decir, las grandes creaciones romanas, la concepción cristiana del derecho natural, las normas del derecho castellano, la técnica jurídica europea y la doctrina más avanzada de la época. Cuando pueblos hoy desarrollados no existían todavía, la América española estaba ya heredando la tradición jurídica occidental».

No es factible formarse una idea de la importancia, extensión y profundidad de la aplicación del derecho privado en América durante el período colonial, como para poder apreciar el calado de las concepciones y prácticas jurídicas castellanas. Lo cierto es que la universidad, de corte renacentista, aparece en el continente a partir de 1538 y que en ella se formaron juristas en la *Instituta*, a la usanza de Salamanca.

A diferencia de las colonias inglesas, que, cumplida la primera reacción, retornaron al derecho en que se habían formado: el *common law* —posiblemente por el mayor desarrollo comercial que para entonces habían alcanzado—, las antiguas colonias españolas conservaron el derecho español e indiano a regañadientes y bien pronto sintieron la necesidad de dotarse de ordenamientos propios, con los cuales alcanzar su autonomía; sólo que sus apremios de consolidación política y de organización del Estado y la administración determinaron la posposición de ese anhelo. Sin embargo, cuando procedieron a la codificación, bien poco fue lo que conservaron de la metrópoli. El embrujo ideológico, conceptual y literario del *Code Civil* no se hizo esperar y puede observarse en los más de los códigos latinoamericanos, ora directamente (y valga el ejemplo del código de Bello), ora por medio del *Codice Civile* de 1865 (como en el caso de Venezuela). Otros países, llegados más tarde a la codificación (México, Brasil), se orientaron por la vía del BGB.

El caso es que, mientras que la doctrina europea es hoy predominantemente, cuando no exclusivamente nacional, y así acá [en Europa] en cada país la mención de autores se circunscribe a los propios —con inocultable chauvinismo—, quizá con la sola excepción de España que se muestra más cosmopolita o más propicia a entenderse con el derecho alemán y el italiano, en América Latina, sin perjuicio de las inclinaciones de la legislación por un determinado modelo (*Code Civil*, BGB, *Codice Civile* de 1865 o de 1942) y de las preferencias individuales de cada autor,

el doctrinante se siente en el deber de conocer y citar pasajes de decisiones de cortes y opiniones de tratadistas franceses, italianos y alemanes, lo cual, a la vez que amplía la información y exhibe un mayor pluralismo, expone a la desarticulación y al esnobismo.

#### IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

LA MATERIA DE esta ponencia es la aplicación y las perspectivas de los principios generales del derecho. Tema seductor a la vez que intrincado, cuyas dificultades comienzan por la identificación misma del concepto de principios. No es esta la oportunidad de profundizar en las discusiones antiguas y recientes acerca de los primeros principios o de los principios, las reglas, las normas generales, básicas del derecho o del ordenamiento jurídico del Estado, o de los *Legal Principles*. Considero que en lo que respecta a precisión conceptual basta recordar que, inicialmente con criterio religioso, luego con reenvío a la razón y a la ética, aludiendo a la actitud de un pueblo o de una civilización en una época determinada frente al derecho, sea con referencia a su comportamiento, o más a los valores y finalidades imperantes en la concepción y la aplicación del derecho y la justicia, sin descartar tampoco la consideración de la técnica jurídica, de varios siglos atrás se ha aludido a *Les premières principes de toutes les loix*, a los *First Principles*, a los principios generales del derecho, como substrato de la normatividad y del criterio de los juristas: legisladores, doctrinantes, jueces y prácticos, inspiradores suyos en las varias fases y modalidades de su actividad.

Y, aun cuando no faltan quienes opinan que esos ideales, criterios o derroteros son universales, inmutables, eternos, es natural la observación de que los valores, principios, ideas que rigen la actividad jurídica de los pueblos son contingentes, variables, remitidos a las coordenadas de tiempo y espacio, dentro de una tendencia genérica a la justicia, la equidad, pero sin perder de vista que estas mismas nociones son relativas y volubles.

¿Cuáles eran los principios imperantes en Europa para cuando se adelantó la aculturización de Las Indias? ¿Cómo se trasplantaron o injertaron la orientación y la técnica jurídicas europeas en su versión española? ¿Cuál fue el impacto del individualismo y el capitalismo del *Code Napoléon* en las repúblicas latinoamericanas? ¿Cómo se volcó sobre ellas la mentalidad solidarista y funcionalista de la primera posguerra mundial? ¿Qué puede decirse del estado actual? ¿Y qué puede vaticinarse como rutas en el umbral del siglo XXI? Son estos interrogantes del mayor interés en la indagación del derecho de ese nuevo mundo al cabo de quinientos años de experiencia. Cifra que parece una enormidad así expresada, pero que resulta modesta si se reduce a siglos: cinco, e insignificante si se la expresa en términos de milenios: medio. Pero sobre todo si se observa cuánto tiempo tardó Europa en madurar y cuántos avances y retrocesos ha experimentado en el proceso de civilizar a sus nuevos habitantes y de expandir y trasplantar sus patrones culturales. En materia de civilización, la medida del tiempo es análoga a la de la formación geológica.

#### V. LA HERENCIA DEL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO

ES EVIDENTE NO sólo el ancestro, sino la raigambre romana de la mentalidad jurídica latinoamericana. Pertenece al llamado *civil law* o derecho continental europeo.

Nos formamos y seguimos formándonos en el derecho romano, nuestro método es predominantemente deductivo, privilegiamos las definiciones y las reglas generales, nos seducen las clasificaciones, cuántas veces incurrimos en el conceptualismo, con relegación u olvido de los intereses y del sentido práctico, caemos en el fetichismo de la norma escrita y de la jerarquía normativa, y nos ilusionamos pensando que con la reforma de la ley se cambian súbitamente el modo de pensar y la realidad. De ahí la abundancia de nuevas constituciones a lo largo de los escasos doscientos años de vida independiente. Y con facilidad vamos del exegetismo más angosto al imperio de la doctrina desentendida del texto normativo, para retornar a aquél sin tomar aliento.

Difícil hacer una exposición general y compacta sobre el derecho en América Latina, que, por lo demás, es una universalidad heterogénea. He de poner pues el acento en rasgos y notas comunes, en tendencias generales, como es obvio vistas inevitablemente con una óptica nacional, particular, o sea la de mi patria y mi propia experiencia.

## VI. EL LATINOAMERICANO FRENTE AL DERECHO

SIGUIENDO LA RUTA trazada por F. Schulz en su visión global del derecho romano, y atendiendo más al presente y al futuro que a la historia, examinaré algunas actitudes nuestras frente al derecho.

### A. LAS FUENTES DEL DERECHO

COMO ES NATURAL el primer punto son las fuentes y la posición frente a cada una de ellas: su realidad y su jerarquía. En las leyes, como también en la doctrina, se dice y repite que son fuentes del derecho: la Constitución, la ley y la costumbre. Sin embargo, en la práctica es la ley fuente por excelencia, y aun podría decirse que única del derecho.

El código es la *ratio scripta*; es algo que se mira con tal reverencia que hace recordar la actitud de los glosadores frente al *Digesto*. Nuestros mayores, como aquéllos, lo aprendían de memoria, lo recitaban, conocían la génesis y evolución de los distintos preceptos. No en vano se formaron en la escuela francesa de la exégesis. Para los años treinta confluyeron distintos factores en favor de la modernización del Estado y del derecho, y no fue el menor de ellos el influjo del pensamiento solidarista del derecho francés, que se acogió con fervor por la doctrina y la jurisprudencia nuestras. Se habló entonces, con insistencia, de la función creadora del derecho de esta última, y en verdad por vía jurisprudencial se abrieron camino cuántos principios generales del derecho: el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, el fraude a la ley, la responsabilidad objetiva, el móvil fin, la buena fe objetiva, en fin, la función social del derecho subjetivo, ante todo, de la propiedad y del crédito. Era entonces natural que, en un esfuerzo de superación de los principios del código civil, que habían inspirado íntegra la legislación y, sobre todo, que seguían gobernando la interpretación de los distintos ordenamientos, se privilegiaran la jurisprudencia y la doctrina, y no es de extrañar que en oportunidades se decidieran los casos con la mente puesta en la interpretación francesa del *Code Civil*, antes que sometién dose a la ley nacional.

Por doquier hoy aflora un retorno al “legalismo”, que es algo bien distinto del “principio de legalidad”: el tomar el texto en sí, aisladamente, desconectado del

sistema, de su función y del entorno actual, y atrincherarse en él tratando de conservar privilegios de vieja data o de establecer ventajas nuevas, cuántas revanchistas, e incurriendo fácilmente en el sentimentalismo, cuando no en la jurisprudencia pasional. El rigor del razonamiento, la pureza y precisión del lenguaje, la coherencia del discurso, la eticidad de las conclusiones y la coordinación del argumento jurídico han dejado de ser exigencias primarias en la formación del jurista, preocupaciones fundamentales suyas y patrones de calificación de su figura y desempeño. Otros, más pragmáticos, son los elementos determinantes de su carrera.

El hecho es que nuestro derecho no es consuetudinario, sino escrito, y que, adicionalmente, la costumbre no es fuente de derecho. Sólo se la admite formalmente, y apenas cuando la ley de manera expresa se remite a ella y no se acepta que pueda sustituir las normas dispositivas o supletorias. Aun en materia comercial es exigua la contribución real de la costumbre al derecho vivo.

En todo caso, puede afirmarse que el latinoamericano es pueblo adherido a los códigos; que en la realidad asimila el derecho a la ley y que, por lo mismo, resulta bastándose con la reforma de la ley cuando piensa en variación del derecho, por lo cual muchas de las reformas y revoluciones se han quedado a mitad de camino, o reducidas a declaraciones retóricas.

Quizá por la urgencia de virajes y cambios que demandan el empleo a fondo de las fuentes y normas de mayor prestigio, tal vez por la ansiedad y la hiperestesia de la adolescencia, o vaya a saberse por qué más razones, el caso es que hemos preferido los vuelcos bruscos e intempestivos a la evolución pausada pero continua, que penetra y arraiga. Un diagrama de la evolución del derecho en América Latina mostraría los altibajos y fracturas del movimiento espasmódico, y no líneas direccionales continuas. También padecemos el fenómeno de la *légiferation*, que es, por cierto, universal, con toda su secuela de concentración del poder, improvisación, injerencia de los grupos de presión, inseguridad y de pérdida paulatina de la fe en el derecho, en la legitimidad de las instituciones, en la validez y eficacia de las soluciones jurídicas. Y en el presente, de la mano de la última moda, se enarbola la bandera de la *desregularización*, para dismantelar al Estado y caer nuevamente en el “capitalismo salvaje”, antes de que el Estado haya cumplido su «tarea de remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana», como lo exige con elegancia y profundidad de expresión el inciso 2 del artículo 3º de la Constitución de la República Italiana.

## B. LA SEDUCCIÓN EXTRANJERA

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA colonial, que practicaba relaciones exclusivamente radiales entre el centro y la periferia y prohibía el comercio capilar entre los varios virreinos y capitanías, creó una mentalidad y dejó unos hábitos que han continuado. Verdad es que a la hora de la emancipación, no obstante las distancias, la precariedad de los medios de comunicación y las restricciones políticas, los intelectuales y la dirigencia de las distintas naciones se entendieron y procedieron al unísono, solidariamente, sin rivalidades mayores. Sin embargo, aún en la actualidad, nuestro conocimiento recíproco es exiguo y menor aún es nuestra confianza mutua. En el campo jurídico, conocemos mejor las instituciones de Europa o los Estados

Unidos que las de los países hermanos; preferimos entendernos con nuestros colegas de fuera de la región; con dificultad adelantamos esfuerzos en favor de códigos latinoamericanos tipo. A veces merced al estímulo exterior (y valga aquí el reconocimiento de la labor de la ASSLA en este sentido) nos vemos impulsados a la indagación de nuestro ser, a preservar nuestra tradición y avanzar en la solidaridad con los nuestros.

La apertura al exterior, que es enorme, no proviene tanto de una vocación universalista, cuanto de un hábito de dependencia y de mirar a lo extranjero con admiración. Educados en la preferencia por lo foráneo, la disputa no es entre lo ajeno y lo propio, sino entre los varios modelos extranjeros, sin mayor preocupación por las realidades nacionales, ni imaginar la posibilidad de choques anafilácticos. Así continuamos adoptando códigos europeos, más que adaptándolos, aunque no faltan esfuerzos de creación latinoamericana, de que son ejemplo el Proyecto Intal de Títulos Valores y, más recientemente, los proyectos de códigos latinoamericanos tipo: penal, procesal civil.

### C. EL "PRINCIPIO DE LEGALIDAD"

¿CUÁL ES LA vigencia del derecho? O, en otros términos, ¿cuál es la efectividad de *the rule of law*? Bien sabido es el lema del régimen colonial: "se acata, pero no se cumple". Se le ha entendido o tratado de presentar en dos versiones, una eufemística: dada la distancia geográfica de la Corona y el escaso conocimiento que las autoridades metropolitanas tenían de la realidad de Las Indias, sus vicarios amoldaban los preceptos universales a las circunstancias particulares del lugar, y hacían su ley con pureza de propósitos y autenticidad. Otra, menos romántica, señala la socarronería del funcionario peninsular y su doblez frente al ordenamiento. Y todo hace pensar que este último patrón se abrió camino y se ha perpetuado. El hecho es que se palpa en general un contraste fuerte entre el derecho, su inspiración y su aplicación; entre la forma y el contenido. Y que, como se ha denunciado con frecuencia y vigor, en muchos aspectos, oportunidades y lugares, el derecho, en vez de estímulo del progreso, resulta obstáculo para el cambio social, y el jurista es denostado como cómplice o auspiciador de la discriminación y el estancamiento sociales.

### D. EL JUEZ Y LA JURISDICCIÓN

DENTRO DE LOS múltiples factores de desestabilización política y social que recientemente ha padecido América Latina, no puede pasarse de largo por la composición, la actitud, el desempeño, el calado social de la jurisdicción, la administración de justicia. Pocos de nuestros países han alcanzado una organización de la judicatura que permita la selección de los mejores juristas, que les brinde seguridad, continuidad en el cargo, y asegure una vigilancia eficaz de su labor, que le otorgue prestancia y calidad a la administración de justicia. Por lo demás las oleadas de politización y de merma de la calidad científica y humana que han sido objeto de análisis y esfuerzos de corrección en varios países de Europa, también se observan del otro lado del océano. Por suerte es también generalizada la convicción de que es indispensable elevar la categoría del juez, brindarle respeto y respaldo, asegurar su independencia política y económica, a la vez que exigirle diligencia, honestidad y actualidad.

## E. LA VOCACIÓN LIBERAL

AMÉRICA LATINA REPUBLICANA ha tenido una vocación liberal. La afirmación de las libertades públicas, de los derechos del individuo ha sido una constante en sus Constituciones, posiblemente con anterioridad y mayor énfasis que en buena parte de los países europeos, sin perjuicio de que «la realidad haya estado, en muchas ocasiones, muy lejos de aquellos ideales». Es probable que no pueda decirse lo mismo del espíritu de igualdad. La discriminación social por razones económicas, las limitaciones de oportunidades de ascenso y movilidad sociales, han desembocado en el clima de agitación, rebeldía y resentimiento manifestados en la guerrilla y en los movimientos sociales convulsivos endémicos en la región, causas que no pueden ser ocultadas o esfumadas achacando el atraso exclusivamente a los abusos del imperialismo o a la desigualdad en las relaciones norteamericanas.

## F. LA APERTURA DEL DERECHO DE FAMILIA

EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN familiar y derecho de familia se aprecian algunos rasgos de confluencia de la tradición española con caracteres de la colonización y constantes geopolíticas. Al mismo tiempo que ha imperado el *machismo*, al extremo de haberse constituido en vocablo universal y seguir resistiendo a los cambios de vida y de mentalidad en las relaciones heterosexuales y de familia de la época presente, el concubinato ha tenido una extensión y un *status* que muestran su emparentamiento con la *barraganía* institucionalizada y amparada por la legislación castellana, y una coincidencia, por ejemplo, entre medios tan diferentes como México, el Caribe y el Brasil. No puede olvidarse que quienes poblaron a América fueron los “segundones”, relegados social y económicamente en razón del “mayorazgo”, que fueron numerosas las mujeres colonizadoras y, en fin, que el matrimonio entre cristianos (católicos) e infieles no estuvo permitido, o sea que el mestizaje no fue producto sacramental. El caso es que el sentido de estirpe, de nobleza, el valor del nombre, el aprecio por las pertenencias familiares y el valor intrínseco de ellas es muy diferente en América que en Europa. Puede entonces afirmarse que la actitud en ese nuevo mundo ha sido más igualitaria, y que inclusive algunas expresiones discriminatorias de la legislación fueron reflejo de las normas napoleónicas, pero que arraigaron, de modo que cuando ya avanzado este siglo se propusieron cambios en favor de los hijos extramatrimoniales (investigación judicial de la paternidad, alimentos y herencia), las exposiciones de motivos legislativas invocaron no las tradiciones vernáculas, sino la ley francesa de 1911. De manera semejante ocurrió en materia de capacidad civil de la mujer casada y de su poder de disposición de los bienes conyugales. Sin embargo, luego de resistencias enormes al derecho herencial de los hijos naturales, en tiempos recientes la concepción igualitaria se hizo universal. Y otro tanto puede decirse de la posición de la mujer, de la concepción eudemonista de la familia y de la no eternidad y unidad absoluta de la alianza conyugal.

En fin, en cuanto hace a la unión marital de hecho y a la protección de los derechos patrimoniales de los concubenarios, en especial de la concubina, los países del Caribe han ido más lejos, con mayor naturalidad y prontitud que los del resto del continente, que esperaron a que en Francia se legalizara la institución para acogerla en su seno.



## VII. LA TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL

CIERTAMENTE NO HA SIDO FÁCIL el desarrollo político, económico y social de los pueblos latinoamericanos. La inestabilidad ha sido su constante. ¡En cuántos excesos de romanticismo, voluntarismo, maximalismo no hemos incurrido! De otra parte, el caudillismo, el militarismo, las dictaduras, el golpe de estado –las más de las veces militar– han abundado y son pocos los países que han logrado preservar y afirmar una tradición civilista.

En el momento actual el panorama ha cambiado y todo hace pensar en un enrumbamiento sólido hacia la estabilidad institucional, la vigencia del Estado social de derecho y el desarrollo de la democracia política y social, participativa y con una mayor preocupación por la tutela efectiva de los derechos humanos.

La guerrilla como estilo de lucha política hizo crisis. En los más de los casos se ha dado su reincorporación a la vida civil y a la lucha parlamentaria, sobre la base de pactos con el establecimiento que desembocan en la ampliación de las oportunidades de representación efectiva de los sectores marginados. Son varios los países que recientemente han reformado su Constitución o expedido una nueva, y hay otros en los que dicho proceso está en curso.

Las nuevas Constituciones son en lo general garantistas, incorpora nuevos derechos humanos y se empeñan en que la vigencia de los antiguos y los nuevos sea más efectiva, con mecanismos de tutela y de participación ciudadana. Además, privilegian los derechos fundamentales de la persona y el interés público o general, y tratan de asegurarlos con mecanismos cautelares o preventivos. La dignidad de la vida, la preservación del medio ambiente, la solidaridad con las generaciones venideras son inquietudes prevalecientes.

Puede entonces hablarse de una transformación de los principios generales del derecho, a partir de los principios del derecho constitucional. La mentalidad egoísta, el individualismo extremo, la actitud propietaria, sí que también autoritaria, que permitieron conservar la organización feudal a la vez que, paradójicamente, favorecieron el desarrollo del capitalismo, y que el reformismo de los años treinta no alcanzó a remover, se muestran en decadencia o, mejor, obsoletas e incompatibles con las necesidades e ideales de la nueva sociedad. Y las enmiendas constitucionales expresan los anhelos de ésta.

## VIII. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

CON ANTERIORIDAD AL diseño del Estado de derecho y a las fórmulas de la teoría pura del derecho, en nuestras leyes aparece consagrada la regla de la supremacía de la Constitución, que de suyo deroga la legislación anterior que le sea contraria, que somete a sus orientaciones y dictados la legislación posterior, y cuya doctrina es norma para interpretar las leyes. Sin embargo, salvo la acción y la excepción de inconstitucionalidad de las leyes posteriores, de competencia jurisdiccional, la prevalencia de la Carta no se ha hecho sentir, y todo lo más se ha considerado a la Constitución como una guía suprema, pero sin una conexión directa con la interpretación y la aplicación de la normatividad específica, y el derecho y la doctrina constitucionales se toman como una especialidad más, separada del resto de las ramas y, en especial, del derecho privado.

Más todavía, y el tema es de la mayor actualidad y objeto de controversias agudas: ha prevalecido la creencia de que mientras la Constitución no sea

desarrollada por medio de leyes y reglamentos, sus principios y preceptos no rigen ni tienen aplicación. De otra parte, la inercia y el peso de la tradición hacen que prive la mentalidad antecedente y que, por lo mismo, de hecho rijan, paralelamente, leyes que corresponden a otro pensamiento y otro estilo, ya superados, junto con los cánones y principios nuevos y, lo que es más grave, que las leyes y códigos anteriores se sigan interpretando y aplicando con el criterio obsoleto, que, inclusive, llega a imperar en el propio entendimiento de las nuevas Constituciones.

De ahí que nos sea particularmente interesante y útil la experiencia de países que en la segunda posguerra y aun recientemente experimentaron cambios políticos radicales, vertidos en nuevas Constituciones, pero sin poder reformar íntegra la legislación o que consideraron que no era del caso sustituirla, y que, por lo mismo, se vieron compelidos a interpretarla y aplicarla a la luz de los nuevos principios constitucionales y haciendo prevalecer las nuevas concepciones y directrices políticas.

La experiencia de Italia con la Constitución republicana de 1948, de la República Federal Alemana, o más recientemente, de la incorporación de España a la corriente democrática, y, por último, de la asimilación de la DDR a la Alemania unificada, muestran no sólo la necesidad de búsqueda y hallazgo de los principios generales del derecho en la Constitución, sino la posibilidad de aplicación inmediata e imperativa de ellos por vía jurisdiccional, y no sólo mediante decisión de corte constitucional.

Bien se anticipa la resistencia de tantos intereses, como también de quienes, habituados a considerar y manejar el derecho mediante clasificaciones y compartimentos estancos, no se resignan a que el derecho público y el dictado político orienten la concepción y la aplicación del derecho privado.

## IX. NUEVOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

PARA CONCRETAR LA observación a la nueva Constitución política colombiana de 1991, en la que, reafirmandose la postura solidarista de la reforma de 1936, se proyecta una nueva concepción del Estado y de la sociedad, señalo la introducción de nuevos derechos humanos, junto a una nueva dimensión de derechos fundamentales tradicionales y la erección de medios e instrumentos para la efectividad de unos y otros, al alcance de todo ciudadano y de grupos y formaciones sociales.

La igualdad ante la ley, al propio tiempo que el derecho a la diversidad; el derecho a la intimidad, que debe compaginarse con el derecho a la información; la libertad de conciencia, junto con el respeto a las creencias ajenas; el debido proceso y el derecho de defensa, a la par que la defensa social y la seguridad colectiva; la protección de la familia, a la vez que el reconocimiento de la decisión libre de la pareja de conformarla; la concepción eudemonista de la familia, el respeto a la dignidad de cada uno de sus miembros y la salvaguarda de la opinión del menor; la disolubilidad del matrimonio o la cesación de sus efectos civiles con arreglo a la ley civil; la regulación del estado civil por el Estado; la igualdad del varón y la mujer, al propio tiempo que la protección especial de la mujer, particularmente de la mujer madre y cabeza de familia; la prevalencia de los derechos de los niños; el derecho al trabajo y a la seguridad social; el derecho de huelga; el derecho del trabajador a participar en la gestión de las empresas; el derecho a la salud; el derecho a la rehabilitación y la integración social; el derecho a la vivienda

digna; el derecho a la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre; la función social de la propiedad, ahora, además, con una connotación ecológica; la posibilidad de expropiación por vía administrativa y la reiteración de la eventual expropiación sin indemnización, por razones de equidad; la vigencia inmediata y aun retrospectiva de las leyes con disposiciones de utilidad pública o interés social; el derecho a bienes y servicios de calidad; el derecho a gozar de un ambiente sano y la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo; el derecho al espacio público; la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos imputables a él por acción y omisión de las autoridades públicas; la acción de tutela individual para la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a las decisiones de las autoridades y la actuación de particulares encargados de la prestación de un servicio público; las acciones populares para la protección de derechos e intereses colectivos.

Son éstos ejemplos sobresalientes del nuevo espíritu. Pero ha de destacarse que al referirse a la administración de justicia y regular la actividad de los jueces la Constitución menciona expresamente «la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina» como «criterios auxiliares de la actividad judicial».

## X. LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO FACTOR DE PROGRESO

AL MARGEN DE la controversia acerca de si los principios generales del derecho tienen o no eficacia normativa, y dando por supuesto que el juez no los crea, sino que los busca y halla, «como expresión del espíritu racional de toda comunidad estatal», surge el problema de dónde buscarlos y cómo identificarlos, en especial se tiene en cuenta que se les suele atribuir la dicha universalidad y un poder de conservación o estabilidad institucional e ideológica, conexo con su carácter de «expresión de la naturaleza de las cosas», y que, de otra parte, son una condensación del criterio político y jurídico de la sociedad, o una línea media de pensamiento, que le daría contenido concreto a las «cláusulas generales». O, dicho en otros términos, «parecen implicar una connotación de positividad históricamente singularizada».

Las sociedades no evolucionan ni se transforman con movimiento y ritmo continuos, pero su cambio, cierto, a la vez que se refleja en los principios generales, bien puede ser estimulado o frenado por éstos. Entre nosotros los principios o reglas generales del derecho (que así los designa una antigua «ley sobre la aplicación de las leyes» –Ley 153 de 1887– o *prelegge*, como fuente o recurso en caso de que no haya ley aplicable a la controversia ni haya lugar a la *analogia legis*, esto es, con reenvío a la llamada *analogia iuris*) han sido vistos como instrumento de avance, modernización e igualdad social, y, cual se anotó, la jurisprudencia ha invocado su empleo precisamente en esa dirección.

## XI. LA BUENA FE

DENTRO DE LOS principios generales que mejor muestran esos rasgos contrastantes, su vocación a la universalidad y su amoldamiento a los patrones políticos y éticos de la época, sobresale el de la buena fe, con su derivado actual: la tutela al contratante débil, que la legislación acoge y remite como cláusulas generales al juez, para la interpretación y aplicación del ordenamiento, incluso como doctrina constitucional, con mayor razón cuando la propia Constitución los incorpora a su seno, como en el caso mencionado.

Formativo resulta repasar la evolución del concepto de *fides* y, más en concreto, de su derivado o de su deformación: *bona fides*. Me atrevo a pensar que sólo en el derecho moderno, o aun en el contemporáneo, el concepto romano de *fides* o de *bona fides* ha venido a recuperar su significado prístino, con el calificativo de *objetiva*. Sin embargo no ha sido fácil reeducar a la gente, comenzando por los juristas, en la exigencia de ser diligentes, avisados, sagaces para establecer la sinceridad del título de la contraparte; pero, primero que todo, que ha de ser franca, sincera, leal y correcta. Es bien indicativo el que para redondear el concepto de buena fe objetiva sea menester acudir a complementos como: “buena fe exenta de culpa”, o “buena fe, lealtad y corrección”.

Mas, como sea, en los tiempos que corren palpita esa exigencia en toda la actividad particular: en los contactos preliminares, en la celebración y ejecución de los contratos, con posterioridad a su ejecución, en las relaciones crediticias, cualquiera que sea su fuente, deber de diligencia, pero cuyo incumplimiento rebasa el lindero de la culpa, y que no se limita a la contemplación tradicional de las teorías de la confianza y la responsabilidad.

## XII. LA EQUIDAD

OTRO TANTO ACONTECE con el concepto y la práctica de la equidad. La *equitas* o *the equity* del *common law* desbordan el sentido desgastado de la equidad en nuestros ordenamientos.

En el Código de Comercio colombiano, que en buena parte copió el Título *Delle obbligazioni in generale* del *Codice Civile* de 1942, la expresión “equidad”, como aporte para la integración del contenido del contrato y los efectos consiguientes, recibe el calificativo de “natural”, posiblemente para imprimirle un sentido más dinámico y funcional, distinto de la simple invitación a la composición de intereses. Y a la luz de la nueva Constitución, que la señala, sin adjetivos, como punto de referencia en la actividad judicial, a la vez que como justificación de expropiación sin compensación, es evidente que adquiere una implicación social mucho más fuerte. Pienso que instituciones como la protección del contratante débil en general y, más, el *favor debitoris* en esa dimensión, han de encontrar allí apoyo fértil.

## XIII. TRADICIÓN, COSMOPOLITISMO, RESISTENCIA A OTROS SISTEMAS

SOBRA REPETIR LA tradición romanista de las instituciones jurídicas latinoamericanas, independientemente de con cuánta exactitud y corrección hayamos aprendido, entendido y aplicado esos rumbos conceptuales, éticos y prácticos, y del hecho que, al parecer, permanecemos en esa actitud. Sin embargo, y aun circunscribiendo la observación al derecho privado, no es menos cierto que cada día el *common law* amplía su radio de acción y su influencia. No es simplemente un problema de nomenclatura, de acoger la denominación en inglés para designar nuevos tipos negociales, o de seguir las pautas y estilo de redacción de los contratos que se emplean en la Gran Bretaña o en los Estados Unidos de América. La Europa tradicional y orgullosa de su formación jurídica ha venido cediendo terreno o, si se quiere ser menos drástico, ha venido sintiendo el influjo, la atracción, de cuántas posiciones y soluciones del *case system*. Algo semejante acontece en América Latina,

mucho más expuesta geográfica, económica y culturalmente a la transferencia de hábitos y actitudes. En tal sentido es necesario analizar los factores de asimilación y los de resistencia y, con mirada prospectiva, hasta dónde hay un influjo nocivo del esnobismo o del servilismo, y en qué medida se trata de la evolución propia del tráfico jurídico, que habría que tomar con mayor naturalidad.

En este recorrido se llega al tema de la autenticidad de las instituciones y de la madurez o adulez del derecho y de los juristas en América Latina. A nosotros nos corresponde auscultarnos y revisar los hechos. En este campo, como en tantos otros de la cultura, es indispensable la inserción en el concierto universal. El mundo es cada vez más una "aldea global", como se ha expresado gráficamente, y sería necio que cada país tratara de inventar lo que otros conocen y han experimentado de generaciones atrás, o de aislarse o de rechazar lo ajeno por ser tal. Con todo, en materia jurídica, donde confluyen afectos, pasiones, hábitos, creencias, intereses, técnicas, más que la creatividad, es necesario procurar una respuesta cabal al sentir nacional, a las aspiraciones colectivas, dentro de un sentido de justicia y de dignidad de la persona humana, individualmente y en las comunidades en donde se desenvuelve, que es exigencia universal.