

DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL CONTRATO*

Fernando Hinestrosa

INTRODUCCIÓN

AVANZADA LA ELABORACIÓN DE este estudio, la curiosidad me llevó al *Diccionario de la Academia de la Lengua Española* tras el significado del vocablo “principio”, deseoso de encontrar alguna definición pacífica que pudiera cotejar con las acepciones, tan variadas como confluyentes, que aparecen en las disertaciones jurídicas que han abundado al respecto a lo largo de siglos. Este fue el resultado de dicha pesquisa: «Principio: base, fundamento, origen, razón sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia. Causa primitiva o primera de una cosa, o aquello que de otra procede de cualquier modo. Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales»¹. Tal definición, que en su sencillez abarca las distintas manifestaciones de aquel concepto, pone de presente un tropismo, un modo de ser de la razón y del pensamiento de la especie humana, que la compele a rastrear el origen, el fundamento y la finalidad de las cosas y, en esa labor, la lleva a comparar y, por lo mismo, abstraer: reunir las y separarlas conforme a las notas comunes y a los rasgos diferentes entre ellas, de donde surgen las clasificaciones, las generalidades, los universales, *la reductio ad unum*; en una palabra, lo que hoy se podría agrupar bajo el acápite de “Teoría General”². Sólo que acá la visión no se reduce a lo que está dado, sino que necesariamente ha de tener una proyección histórica, que

* Trabajo elaborado para los *Mélanges* que publicará UNIDROIT para honrar la memoria de MALCOM EVANS.

¹ Al extender el rastreo a las expresiones próximas que se emplean en las definiciones sucesivas y concatenadas me encontré con estos resultados, que presento en orden alfabético: «*Adagio*: sentencia breve, comúnmente recibida, y, las más de las veces, moral». «*Aforismo*: sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en alguna ciencia o arte». «*Brocárdico*: sentencia axioma legal, refrán». «*Máxima*: regla, principio o proposición generalmente admitida por todos

los que profesan una facultad o ciencia». «*Proverbio*: sentencia, adagio. Refrán». «*Refrán*: dicho agudo y sentencioso de uso común». «*Regla*: precepto, principio o máxima en las ciencias o artes». «*Sentencia*: dictamen o parecer que uno tiene o sigue. Dicho grave y sucinto que encierra doctrina».

² F. CARNELUTTI. *Teoría general del derecho*, trad. F-J. OSSET, Madrid, 1955; G. B. FERRI. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, 5ª ed., Rimini, 1995, pp. 19 y ss., 39 y ss.; K-F. RÖHL. *Allgemeine Rechtslehre*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995.

comienza con la evolución de los conceptos y, en últimas, de los *principia*, y desemboca en el hallazgo de ellos (palabra esta que implica a la vez un encuentro y una invención) de nuevas reglas. Su encuentro en los pareceres, sentimientos, hábitos, en el respectivo código cultural, que pudiera tomarse como fruto de una operación de desentrañamiento e individualización de algo que está dado, que yace explícito o implícito en el ambiente; pero a la vez, como un descubrimiento, una creación, y no una mera repetición. Vaya a saberse si quien sienta un principio, en el caso concreto, simplemente desvela algo que simplemente estaba oculto, que no había sido identificado, o trasciende el descubrimiento para crear, inventar.

2. Por doquier se ha hablado³, se habla⁴, se seguirá hablando, en términos jurídicos, de reglas, máximas, brocados, etc., en una palabra, de “principios”. Y bien se pueden observar en general algunas coincidencias: se trata de máximas de experiencia⁵, con fuertes dosis de sentido común y de equidad⁶, reglas abstractas, aplicables en general⁷; no pertenecen al “derecho legislativo”, o sea que no son obra de los órganos institucionalmente encargados de la expedición de normas, sino de los intérpretes: los doctrinantes y en últimas los jueces, y, a la postre, dijérase que, para identificarse y tomar cuerpo, han de pasar por el crisol de la *jurisprudencia*, mediante su aplicación a un caso concreto, con lo cual adquieren el valor de *sententia*, precedente, *arrêts de principe*⁸, al margen de si el principio del *stare decisis*⁹ tiene fuerza formal o apenas el peso específico propio sumado al de la inercia. El ser de aceptación común podría pensarse que, más que un rasgo distintivo de las *maximae*, es una nota frecuente suya y más que todo una aspiración, cuya efectividad depende, en buena medida, de la antigüedad de su reconocimiento e, intrínsecamente, de su concordancia con «*el humus* cultural e histórico de los ordenamientos de que forman parte»¹⁰. En fin, esas máximas

³ Bien significativo es el epígrafe del D. 50, 17: *De diversis regulis iuris antiquis*. «1. Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay». Y en lo que respecta al ordenamiento colombiano, la Ley 153 de 1887, como se precisará adelante, previno la *analogia iuris* poniendo de presente el mérito de las “reglas generales de derecho”.

⁴ La Constitución Política colombiana de 1991 comienza con un Título I: “De los principios fundamentales”, a semejanza de la italiana de 1947, y, adelante, a propósito “De la rama judicial”, a manera de “disposición general”, se refiere a «los principios generales del derecho» como uno de los «criterios auxiliares de la actividad judicial».

⁵ Acerca de la “abstracción y concreción en la noción de ‘experiencia jurídica’”, R. ORESTANO. *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987-1996, pp. 355 y ss.

⁶ ESSER. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, p. 57, *cit.* por S. BARTOLE. “Principi generali del diritto, dir. costituzionale”, en *EdD*, XXXV, Milano, 1986, p. 495.

⁷ Así N. BOBBIO. *Principi generali del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, 1966, p. 887; G. ALPA. “I principi generali”, en *Tratato di diritto privato*, Iudica e Paolo Zatti (eds.), Milano, 1993, p. 9.

⁸ F. TERRÉ. *Introduction Générale au droit*, Paris, 1991, N° 224, pp. 193 y s.

⁹ *Cfr.* J. H. FARRAR y A. M. DUGDALE. *Introduction to legal method*, 3ª ed., London, 1990, pp. 102 y ss.; J.-A. JOLOWICZ. “La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent”, en *Archives de philosophie du droit*, T. 30, La jurisprudence, Paris, 1985, pp. 105 y ss.; A. WINCKLER. “Précédent: l’avenir du droit”, en *Archives de philosophie du droit*, *cit.*, pp. 131 y ss. G. CRISCUOLI. *Introduzione allo studio del diritto inglese, Le fonti*, Milano, 1994, pp. 29, 53: *stare decisis el quieta non movere*; 325 y ss.: “La teoria del precedent”. “The gravitational force of a precedent”: R. DWORCKIN. *Taking rights seriously*, 7ª impr., London, 1994, p. 111.

¹⁰ Así G. ALPA. “I principi generali”, *cit.*, pp. 5 y 35. Del “humus”, referido a «la realtà storica e sociologica che costituisce l’humus della totalità spirituale del diritto», habla E. BETTI. *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 857.

tienen un valor ético-político, podría agregarse que ideológico: son la expresión jurídica, y de los juristas, del pensar y del sentir de la sociedad en un momento dado, independientemente de la antigüedad de algunas de esas orientaciones vertidas en máximas¹¹, pero, al propio tiempo, bien pueden ser, y algunos lo son, un dictado o pauta ideológica de carácter imperativo con significado normativo para el legislador, al que no le está permitido apartarse de la orientación fundamental del Estado, contenida en la parte dogmática de la Constitución, prohibición sancionada con el juicio de ilegitimidad de la ley o incluso de una enmienda constitucional; y con significado hermenéutico, similarmente obligatorio, para el intérprete, en especial para el juez¹², que como funcionario del Estado se encuentra inmediatamente sometido a los dictados de la Constitución al aplicar la ley, que puede ser no sólo posterior a esta, sino también anterior¹³. Hipótesis esta en la cual es especialmente significativo aquel mérito de los “principios constitucionales”, que se insertan en la decisión judicial como valores seleccionados por el juez¹⁴. Juez que, además, ha de fungir como «garante de la continuidad del sistema constitucional»¹⁵. La supremacía de la Constitución, correspondiente al principio de legalidad, o expresión de él, y por lo mismo, del Estado de derecho¹⁶, que ya había comenzado a afirmarse dentro de la locución “principios liberales” en el constitucionalismo del siglo XIX, tomó cuerpo y se convirtió en paradigma, a lo menos formalmente, en el constitucionalismo de la

¹¹ Considero que la historicidad de los principios es evidente y que el reconocimiento de este carácter de ellos pondrá en guardia contra la sacralización de algunos, como ha ocurrido con el temperamento del alcance de la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem alegans*, a la vez que le dará mayor fluidez a su descubrimiento y a su aplicación.

¹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, 1984-1986, con cita del § 20.3 de la Constitución de la República Federal Alemana, resalta la presencia del “derecho extralegal” a los principios de la Constitución: *vom Gesetzstaat zum Verfassungsstaat*. Conforme al artículo 4º de la Ley 153 de 1887, aún vigente, “La doctrina constitucional es norma para interpretar las leyes”.

¹³ Estimo fundamental hacer presente que los “principios” y “valores” constitucionales se imponen al intérprete, y que el juez ha de acatarlos y servirlos al interpretar y aplicar íntegro el derecho, no sólo el “legislativo”. Esto adquiere actualidad mayor cuando se produce un cambio constitucional que varíe los principios que inspiraron una legislación que, no por no haber sido expresamente derogada, pudiera considerarse sobreviviente a plenitud. Los ejemplos de las jurisdicciones de Italia, Alemania y España, con cita en orden cronológico, que depuraron las normas precedentes de su contenido totalitario, para aplicarlas conforme al espíritu de las nuevas

Constituciones, cuya primacía reafirman repetidamente, son especialmente valiosos para el caso de Colombia, cuya Constitución de 1991 introdujo cambios ideológicos hondos. Para el caso italiano valga citar por todos a P. PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984. El artículo 9º de la ley colombiana 153 de 1887 preceptúa: «La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente». Sólo que la cuestión no se reduce al evento de incompatibilidad, sino que es más sutil: ¿con qué espíritu se ha de interpretar la ley, tanto la anterior como la posterior: conforme a la orientación nueva, o con arreglo a las pautas en que fueron educados los intérpretes de hoy?

¹⁴ BARTOLE. “Principi generali del diritto”, *cit.*, pp. 495, 501 y ss.

¹⁵ BARTOLE. *Op. Cit.*, quien resalta el imperativo de «salvaguarda dei valori supremi dell'ordinamento, riconducibili a una filosofia politica»: p. 508.

¹⁶ Cfr. H. KELSEN. *Teoría pura del derecho*, trad. R.-J. VEMENGO, 7ª ed., México, D.F., 1993, §§ 35 y 41 c). El artículo 4º de la Constitución de Colombia proclama que «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

primera posguerra, sobre la horma de la Constitución de Weimar. En tanto que en la segunda posguerra a aquella concatenación jerárquica de las normas se sumó el anhelo de igualdad, para conformar la idea de Estado social de derecho¹⁷.

Como es bien sabido, derecho no es solamente el "derecho legislado"¹⁸, o sea que la normatividad no se reduce a la ley¹⁹; a lo que se agrega que la ley, y más ampliamente el ordenamiento, no son completos²⁰, y tampoco sus expresiones tienen un significado unívoco como valores²¹ y estático o cristalizado²². Las constituciones deberían ser sucintas y circunscribirse a fundar los principios ideológicos del Estado y definir su organización; sin embargo, de manera recurrente se incurre en ellas en longitud y prolijidad, ora con ánimo pedagógico²³, ora para asegurar estabilidad en el diseño de la Administración pública y la distribución de sus funciones. De otra parte, la profusión, dispersión y farragosidad de normas de los más variados niveles y alcances en los Estados contemporáneos dificulta el conocimiento del derecho e incrementa la inseguridad de sus usuarios,

¹⁷ La Constitución colombiana de 1991, dentro de esa orientación, y siguiendo en especial a la española de 1978, define a Colombia (art. 1º) como "un Estado social de derecho".

¹⁸ La ley es derecho, es el derecho por antonomasia: «Gesetz est der Auspruch des Staates, dass etwas Recht sein soll», B. WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1, 8ª ed., Frankfurt a. M., 1900, § 14. E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley*, cit.

¹⁹ El resaltar la variedad de las fuentes formales del derecho y la presencia de otras fuentes distintas de la ley corresponde a una actitud abierta frente al "positivismo". ¿Cómo no sostener, con mayor o menor hondura y amplitud, la posibilidad de creación del derecho por mecanismos distintos, más auténticos, más fluidos, que el trámite parlamentario? Cosa distinta, pero que aflora inmediatamente, en especial si se tiene en cuenta la experiencia ignominiosa de nuestro siglo XX, es la exigencia de seguridad jurídica, de preservación de la dignidad de la persona y de sus derechos fundamentales, en peligro de desaparecer en manos de una jurisdicción ejecutora servil de la "línea política" del partido o de cualquier otro fundamentalismo religioso, racial, de clase, político o cultural. Cfr. F. EBEL, *Rechtsgeschichte*, T. II, "Neuzeit", Heidelberg, 1993, pp. 216 y ss., y P. RAISCH. *Juristische Methoden*, Heidelberg, 1995, pp. 120 y ss.

²⁰ La existencia potencial y real de las lagunas del ordenamiento y la exigencia de que el juez las colme, son algo que pone en evidencia el significado de la "jurisprudencia", o sea, en fin de cuentas, de las analogías, en últimas de la *analogia iuris*, y por consiguiente de los *principia iuris*. N.

BOBBIO. *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958 (trad. *Teoría general del derecho*, E. ROZO ACUÑA, Bogotá, 1987, pp. 208 y ss.).

²¹ Toda creación cultural, cualesquiera que sean su naturaleza, su función o el medio de expresión por el que se manifiestan, es susceptible de interpretación; mucho más aquellas cuya razón de ser es la regulación de la conducta, tanto de los miembros sociales como del Estado. Bien pueden considerarse superadas las actitudes soberbias o rotundas según las cuales el ordenamiento es completo, no puede tener "lagunas", y las normas ciertas, claras y redondas, no necesitan interpretación, es más, no tienen por qué ser interpretadas.

²² Es importante insistir en la historicidad del derecho, común a todas las creaciones culturales, y por lo mismo, la relatividad de sus concepciones, influidas por las circunstancias económicas y sociales y, por supuesto, por las posturas ideológicas, de las que las leyes son producto insoslayable. Y acá es oportuno anotar, quizá anticipadamente, que el principio como tal puede dar la impresión de haber permanecido intacto a lo largo, pero cual ocurre con ciertas "cláusulas generales", su contenido va variando con los tiempos. Piénsese, por ejemplo, con el principio de la responsabilidad extracontractual, en cuanto se refiere a la responsabilidad objetiva: "el que daña con culpa paga"; "sólo el que daña con culpa paga"; "el que daña paga"; y en que, siendo el "orden público" y las "buenas costumbres" límites de la autonomía privada, es evidente que ha variado con los tiempos.

²³ Valgan los ejemplos de las Constituciones de las Colonias inglesas en Norteamérica, y de las latinoamericanas recientes: Brasil o Colombia, ésta con 380 artículos.

sin que implique mayor ganancia en materia de cubrimiento de eventualidades regladas²⁴. Las “lagunas en el derecho” son un fenómeno natural e ineludible²⁵. Por último, tampoco podría imaginarse, y menos aceptarse, que los principios pudieran haber permanecido intactos a lo largo de varios milenios. Es verdad que algunos se conservan en su embalaje latino original o medieval, otros recibieron retoques y adaptaciones iusnaturalistas, que unos cuantos corren en las lenguas locales²⁶, si bien con coincidencia final que permite reducirlos a un “común denominador”. Sin embargo, no sería correcto dejarse seducir por esa apariencia de inmutabilidad, como quiera que los problemas a que atienden y el enfoque difieren de una época a otra, como diversos son los sistemas económico-sociales, y hasta el significado de las propias palabras es en muchos casos otro²⁷.

¿Dónde se encuentran los principios objeto de descubrimiento, y de dónde provienen los elementos o materias primas que los intérpretes emplean para sus “creaciones-interpretativas”? Aparte de la referencia histórica al proceso de formación y a la tarea de recopilación de las *regulae* y *maximae* en Roma²⁸, es ineludible la anotación de que, según la época y la posición ideológica, la inspiración o incluso la propia redacción de esos principios corre de cuenta de la divinidad, o es atribuible a un *ius gentium* o a un *ius naturale*, religioso o laico²⁹, o es fruto de la racionalidad, del análisis de la realidad social y del designio de atenderla y gobernarla; así mismo, es indispensable observar que, al margen de que algunos se encuentran explícitos en la legislación, sin que por ello se pueda llegar a sostener que la individualización de los *principia* se reduce a una simple extensión de aquellos enunciados³⁰, en tanto que otros no están expresos, van implícitos³¹, de todos modos bien puede sostenerse que los principios rezuman de la realidad social y de la experiencia jurídica, y que el intérprete los extrae (¿inventa?) de la “conciencia social”³² mediante un proceso de abstracción y

²⁴ Interesantes y aleccionadoras, al respecto, las observaciones de R. SUSSKIND. *The future of law*, Oxford, 1996, y Ph. K. HOWARD. *The death of common sense*, New York, 1994.

²⁵ Es conocida la discusión sobre este tema en el seno de la pandectística, que pudiera decirse culminó con el trabajo de E. ZITELMANN. *Lücken mi Recht*, que data de 1902 (trad. C-G. Posada, en AA. VV. *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1949, pp. 289 y ss.). Cfr. F. GENY. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919.

²⁶ ALPA. “I principi generali”, *cit.*, p. 47.

²⁷ Ilustrativas y contundentes son las reflexiones de R. ORESTANO. *Introduzione allo studio del diritto romano*, *cit.*, pp. 455 y ss., sobre la historicidad del derecho romano y la anfibiaología de los conceptos de “tradición romanista” y “derecho romano actual”. ALPA. “I principi generali”, *cit.*, p. 5, habla de las varias dimensiones de los principios, entre ellas de la “dimensión ideológica” (¿histórica?) que indica “cómo fueron entendidos antaño y cómo son entendidos hoy”.

²⁸ F. SCHULZ. *Prinzipien des römischen Rechts*, München-Leipzig, 1934 (trad. M. ABELLÁN VELASCO, Madrid, 1990).

²⁹ Cfr. G. DEL VECCHIO. *Los principios generales del derecho*, trad. J. OSORIO MORALES, 2ª ed., Barcelona, 1948, pp. 41 y ss., 113 y ss.; ALPA. “I principi generali”, *cit.*, pp. 63 y ss.; E. BODENHEIMER. *Jurisprudence*, New York, 1940 (trad. esp., *Teoría del derecho*, México, D. F., 1942, 2ª ed., 1994, pp. 198 y ss.); GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones*, *cit.*, pp. 97 y ss. La ley colombiana 153 de 1887, ya citada, prevé: art. 4º 1: «Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos».

³⁰ BARTOLE. *Principi generali*, *cit.*, p. 497.

³¹ «Inespressi: dati emessi attraverso l'opera di scavo degli interpreti, volta a cogliere, al di là del dettato del legislatore, gli orientamenti e le linee di tendenza dello ordinamento»: BARTOLE. “Principi generali del diritto”, *cit.*, p. 495. R. GUASTINI. *I principi di diritto*, ponencia para el Congreso “Il diritto dei nuovi mondi”, Genova, 5 a 7 de noviembre de 1992, *Actas* a cargo de G. Visintini, Padova, 1994, pp. 198 y ss.

³² Cfr. BETTI. *Teoria generale della interpretazione*, II, *cit.*, pp. 858 y ss.

generalización, y que al sentarse un principio se introduce un *quid novi* en el ordenamiento o, a lo menos, se reafirma esa novedad adicional al conjunto de normas formalmente reconocidas.

Esos principios muestran una formación aluvional, recuerdan el método creador romano del derecho, casuístico, pero a la postre generalizador, y con la fuerza o el peso que corresponde a la *auctoritas*, en la medida en que no impera el *stare decisis*. Nuestra visión, por lo demás, es irremisiblemente "occidental", independientemente del criterio que se tenga para determinar los ingredientes de la cultura y la ética de Occidente y la importancia o peso de cada cual de ellos en esa masa plural y diversa, pero a la postre bastante homogénea. Quiere ello decir que los ordenamientos, los criterios, los métodos, las actitudes de los países de América Latina son los de Occidente, primordialmente los del derecho continental europeo o *civil law*, como se desprende de su aculturación española y en parte portuguesa, y de su permanencia indefinida en la órbita de la tradición romanista y, más precisamente, europea, con recientes y cada vez mayores presiones estadounidenses, pero siempre "occidentales". No creo que el afirmar que América Latina es la frontera u orilla occidental de Occidente sea un giro retórico o una ilusión de identidad cultural; es una realidad cultural, como también política, que es útil resaltar aquí, dado que, como se ha dicho, los principios generales del derecho expresan un modo de ser, un espíritu jurídico, ético y político, que en nuestro caso es *accidentat*³³. Lo cual tiene evidente importancia en términos de derecho comparado y de perspectivas de un derecho "uniforme" o de "códigos tipo". Es más, en la perspectiva de un derecho comunitario europeo³⁴, con ineludible confrontación de la tradición del *civil law* con la del *common law*, y de las internas en el seno de aquel, para los países latinoamericanos es y será instructivo el proceso de asimilación y de sincretismo (?) que se está llevando a cabo, no sólo por el ejemplo de convivencia e integración de los Estados miembros de la Unión, sino en cuanto a la superposición de sistemas dispares en su concepción, estilo y poder³⁵.

Los principios generales prestan varios servicios, unos alternativamente, otros complementarios, y cuyo alcance está íntimamente entrelazado con la función que se le asigne al juez y, por lo mismo, con el sentido mismo de la interpretación-creación del derecho. Es muy antigua la discusión, de contenido hondamente

³³ Recientemente, como es sabido, se ha reabierto la controversia entre la vigencia universal de la *Rule of law*, el imperio de la legalidad y del respeto a los derechos fundamentales, propia de la llamada civilización de Occidente, y el "derecho" de cada pueblo a desenvolverse con arreglo a sus propios principios y valores, que pueden ser diferentes y aun contrarios a la concepción "eurocéntrica" del mundo. Y se tiene noticia del relativismo ético adoptado por gobiernos y empresarios de Occidente de modo de abandonar la exigencia a China y a los países del sureste asiático de acoger los estándares occidentales en materia de derechos humanos, y remover obstáculos al incremento comercial, a despecho de la declaración del artículo 58 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sobre «los principios

generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

³⁴ S. PRESCHAL. *Directives in european community law*, Oxford, 1995; AA.VV. A. S. Hartkamp *et al.* (eds.). *Towards a european civil code*, Nijmegen, 1994.

³⁵ Menciono aquí a M-J. BONELL. *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995, y la ponencia que presenté al Congreso "Il diritto del nuovi mondi", *Actas*, pp. 209 y ss.: "Principi generali: applicazione e prospettive", así como la que presenté al Congreso Interamericano "Hacia un nuevo régimen de contratación mercantil internacional", Valencia (Venezuela), 6 a 9 de noviembre de 1996: "Los principios de UNIDROIT, lingua franca", en proceso de publicación por UNIDROIT.

ideológico, acerca de la posición y los poderes del juez frente al derecho y, por ende, del papel de la jurisprudencia como “fuente del derecho”³⁶. Como es obvio, tarea inicial del juez cuando se dispone a decidir la controversia o, más ampliamente, el caso sujeto a su decisión, es la de precisar lo mejor que pueda la realidad de los hechos y de los planteamientos jurídicos a propósito, de modo de concluir si en concreto cuenta con norma o normas ciertamente pertinentes. Y como quiera que no es inusitado que no halle respuesta definitiva, el ordenamiento le ofrece salidas y procedimientos adecuados a las distintas circunstancias. Se trata de una integración de la normatividad, que parte del supuesto de ausencia de norma cabal³⁷, delante del cual la primera alternativa es la autointegración, mediante la búsqueda de soluciones normativas ciertas previstas para casos análogos³⁸. Se trata la *analogia legis*, resultante del empleo de un criterio sistemático, que favorece una unidad de criterio y conviene a la exigencia de igualdad de trato³⁹. Allí, al parecer, es bien exiguo el margen de interpretación que tiene el juez, y no hay cabida para principios generales del derecho y, menos aún, para una actividad creadora. El juez simplemente extiende el alcance preciso y estricto de la norma. Lo que ocurre es que en la realidad fluida y rica en matices, las diferencias entre una y otra actividad son sutiles, no hay linderos arcifinios, y muchas veces al juez, empeñado en producir una solución “justa”, o en sentar un principio cabal, y sabedor de que lo importante es que se le crea y no se discuta la legitimidad de su proceder y de su hallazgo, reprimirá su orgullo y, negará a ultranza que “incurrió” en innovación.

En el supuesto de que no haya normas que regulen casos semejantes, y ante la imposibilidad de rehusarse a decidir⁴⁰, habrá de buscar la solución fuera, por heterointegración del ordenamiento, echando mano de los principios generales del derecho⁴¹. Es la *analogia iuris* como instrumento de solución pertinente y justa, a la vez que como medio de apertura del derecho a las nuevas circunstancias, pronunciamiento de directrices generales, no por un organismo estatal diferente, acaso superior, sino por la propia jurisdicción⁴², que corresponde a la función

³⁶ GENY. *Méthodes d'interprétation*, cit. Cfr. § 1 ZGB.

³⁷ «Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido», prevé el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

³⁸ “[S]e aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes”, agrega el artículo 8º citado.

³⁹ *Ubi eadem est decisionis ratio, ibi eadem est legis dispositio. Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. Ubi eadem ratio, ibi idem ius.*

⁴⁰ Cfr. art. 4º *Code Civil francais*; art. 48 Ley colombiana 153 de 1887.

⁴¹ El expediente y la expresión obran en los códigos: así el artículo 12 de las “Disposizioni sulla legge in generale” que antecede al *Codice Civile*, que remite a los “*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”, y el citado artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que invoca “la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

⁴² ¿Qué fuerza tiene el precedente? La ley de la inercia indudablemente juega acá.

Cuando se pregunta en términos prácticos acerca de las posibilidades de éxito de una pretensión o de una defensa en un litigio, frente a una determinada interpretación o a un determinado principio, es natural reconocer que la presencia de antecedente jurisprudencial es mucho lo que pesa. Posiblemente, en nuestro sistema, a diferencia de en el *common law*, más cuanto más reciente, y siempre más cuanto más encumbrado sea el juez que sentó esa regla. Sin embargo, no puede perderse de vista que la organización judicial, a lo menos formalmente, no es jerárquica, y que el “inferior” no está compelido a seguir la pauta trazada por el “superior”. Es lo más probable que éste revoque la decisión rebelde de aquél, y agregue una reprimenda, pero también cabe la posibilidad de que los argumentos disidentes muevan a una innovación jurisprudencial, y al efecto pueden citarse casos “estelares”, aunque no abundantes. De todas formas es importante estimular la autonomía del juez, y poner en guardia frente al

interpretativa de los principios, que incluye alguna proyección innovadora⁴³. Esta ambigüedad evidente, ineludible, expresión de las tensiones inherentes a la sociedad, explica la variedad de funciones que cumplen los principios: «a) integradora, en el sentido de colmar las lagunas del dictado normativo; b) interpretativa, en el sentido de ofrecer al juez el modo de subsumir los supuestos de hecho en un enunciado amplio; c) delimitadora, en el sentido de poner un dique a las competencias legislativas y negociales; d) productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda íntegro el ordenamiento»⁴⁴.

Allí no se enuncia una función “creadora”, dijérase que se elude la referencia a ella o que se soslaya esa virtualidad de los principios y, por ende, esa tarea del juez, cuyo radio de acción y desenvoltura serán observados y calificados de conformidad con el criterio, la concepción del mundo, la postura ideológica de quien se esté refiriendo a ellos, y más ampliamente, al instante dado en el movimiento político de la respectiva sociedad y ambiente.

Acá emerge, directamente, la cuestión de los poderes y las limitaciones del juez, ligada a la diferenciación entre interpretación y creación del derecho. ¿Hasta dónde va la interpretación⁴⁵, dónde comienza la generación del derecho?⁴⁶. Problema que se vincula a aquel otro de cómo mantenerse dentro del marco del ordenamiento respectivo, o más propiamente, de cómo combinar y compaginar la autenticidad con la universalidad. En fin, el juez al resolver el caso echando mano de normas relativas a hipótesis semejantes, y en especial, cuando acude a la *analogia iuris*, no sólo tiene que practicar, como ya se vio, juicios descriptivos, uno negativo de la presencia de norma a propósito y uno positivo acerca de la pertinencia de la *analogia, legis o iuris*, según sea del caso, a más de uno de valor positivo, como quiera que ha de optar por el principio que mejor cuadre con la conciencia social.

El juez, se dice y repite, está sometido a la ley. Al juez no le está permitido desentenderse de la normatividad y, en especial, del derecho escrito. La división de los poderes y la sujeción del funcionario público al orden institucional son definitivas en la concepción del Estado de derecho⁴⁷. Nadie, ciudadano o funcionario público, está por encima de la ley; es este un dictado básico de toda organización política democrática⁴⁸. El juez como funcionario a quien compete

servilismo judicial y abogadil, favorecido por la inercia y la facilidad de acopio de pasajes de sentencias, que se citan sumadas indiscriminadamente.

⁴³ BARTOLE. “Principi generali”, *cit.*, p. 514.

⁴⁴ ALPA. “I principi generali”, *cit.*, p. 13.

⁴⁵ Interpretación: «un procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto nel suo sviluppo da un grado superiore a uno inferiore regolato da quello superiore»: GAVAZZA. *L'interpretazione giuridica in Kelsen*, 1975, *cit.* por BARTOLE. “Principi generali”, *cit.*, p. 498.

⁴⁶ ¿Tienen los principios una eficacia normativa? La rivalidad entre legislador e intérprete ha sido proverbial. Por lo general, los despotismos surgidos de “revoluciones”, son de plano reacios a la mediación del juez. La expresión de Robespierre que, encare-

ciendo los logros y los costos de la Revolución, descartaba toda posibilidad de confiar al juez el entendimiento de la norma, es paradigmática. Cfr. Ph. RAYNAUD. “La loi et la jurisprudence des Lumières à la Révolution française”, en *Archives de philosophie du droit*, T. 30, “La jurisprudence”, Paris, 1985, pp. 61 y ss. El legislador elabora la ley y la interpreta; al juez sólo le cabe la función de aplicarla, dijérase que mecánicamente. Y otro tanto lleva a pensar la presencia de la *Prokuratura* soviética y la imperatividad de la línea política del Partido.

⁴⁷ Cfr. J. PRIEUR. “Jurisprudence et principe de séparation des pouvoirs”, en *Archives de philosophie du droit*, T. 30, *cit.*, pp. 117 y ss.

⁴⁸ El artículo 6º de la Constitución colombiana de 1991 dispone: «Los particulares sólo son responsables antes las autoridades por

la aplicación del derecho en la solución de los casos sometidos a la decisión suya debe atenerse al derecho, lo cual quiere decir, delantadamente, velar por el cumplimiento pleno de los principios básicos del debido proceso y del derecho de defensa⁴⁹, pero también significa que a los hechos verdaderamente establecidos y analizados en forma objetiva, se debe aplicar la normatividad pertinente entendida con lealtad, dentro del espíritu de racionalidad y de equidad imperantes en su momento (*hic et nunc*).

Ese juez es tanto el de primera instancia como el más encumbrado, que, adicionalmente, bien sabe que no se puede pronunciar sino a propósito de la causa específica y sin rebasar los linderos de ella⁵⁰. Una de las aspiraciones más generales del ciudadano en conflicto con otro ciudadano o con el Estado es la de la *seguridad*⁵¹. Para él, en ese trance, la ley debería ser clara, diáfana y cierta, de manera que de ella hubiera de derivar la decisión espontáneamente, sin rodeos y sin lugar a discusiones, como respuesta de *ordenador*. En muchas oportunidades, por las características del caso (claridad, sencillez, escaso valor) la norma se aplica de manera inmediata y redonda; cuando más el juzgador se valdrá de algún precedente, más por rutina que por necesidad de justificar su decisión. En otras ocasiones, no teniendo la hipótesis aquellos caracteres, el juzgador se esmerará en la identificación de los hechos y en su subsunción acertada dentro de un *factum* normativo concreto, cuya interpretación procurará igualmente precisar y refinar, de modo de acoger la mejor solución. ¿Pero, cuál es ésta? El adjetivo “mejor” es susceptible de varias acepciones. Mejor puede ser aquella que el juez, guardando la distancia debida, considere *in specie* la más racional y justa, sin reparar mayormente en los “precedentes” o en la “jurisprudencia”; mejor puede ser, también, y por lo general suele serlo, aquella solución que cuenta con acogimiento mayoritario y reiterado en la *iurisprudencia*⁵².

Acá se hallan presentes, aglomerados, un sinnúmero de inquietudes, problemas, conflictos, que al margen de los intereses enfrentados en el litigio, pero quizá estimulados por el significado y el alcance de ellos, se proyectan sobre cuestiones de la mayor hondura y permanencia en la preocupación de filósofos, moralistas, políticos, y, por supuesto, juristas. Se trata de la cuestión de las fuentes del derecho, de su relación con la ley, de la evolución del derecho y de la tensión entre derecho y justicia, entre seguridad y equidad.

Por más que se enseñe y repita que la costumbre es fuente anterior a la ley que, así no la supere en certeza, sí le gana en naturalidad y autenticidad, en la práctica la presencia efectiva de la costumbre es muy reducida, en magnitud y en asiduidad, con independencia de cómo se remita a ella el ordenamiento legislado,

infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

⁴⁹ Así en el artículo 29 de la Constitución política colombiana de 1991.

⁵⁰ El artículo 17 del Código Civil colombiano dispone: «Es prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria».

⁵¹ Seguridad no es simplemente confianza en que se garantizarán los “derechos adquiridos” o las “situaciones jurídicamente

consolidadas”, aspiración frente a la cual no deja de esgrimirse el principio de que “el interés público prevalece sobre el particular”.

⁵² Lo cual quiere decir, en fin de cuentas, para el derecho privado, la tendencia repetida de la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia. *Cfr.* J. GHESTIN. *Traité de droit civil, Les Obligations, Le contrat*, Paris, 1980, p. 80, a propósito del juego del criterio de “les tribunaux, sous le controle de la Cour de cassation, qui n'est pas insensible à l'opinion publique”, a propósito “des conceptions morales de la magistrature”.

si subordinando su ingreso a una autorización a propósito⁵³, o calificando su operatividad⁵⁴, o haciendo una referencia general a ella⁵⁵. De suerte que siendo, o mejor, debiendo ser, la costumbre la fuente del derecho por antonomasia, es preciso reconocer que su importancia real dista mucho de su reconocimiento y exaltación retóricos⁵⁶.

La ley, en su acepción de derecho escrito, acuñado por los órganos encargados por vía constitucional de expedir regularmente normas generales⁵⁷, es el derecho *par excellence*, con las ventajas sobresalientes de la publicidad, la precisión, la estabilidad, que le son inherentes. Con todo, cualquier intento de reducir el derecho a la ley resulta fallido de antemano. Es esta una pretensión ilusa y absurda. Pero, adicionalmente, está el hecho incuestionable de que esa norma escrita, por clara y precisa que sea o parezca, cuando menos, puede ser objeto de entendimientos diferentes, de interpretaciones encontradas, inclusive parejamente lógicas o equitativas. Y acá, cual ocurre con los refranes relativos a las experiencias de la vida cotidiana, que se encuentran en todo sentido, hay máximas

⁵³ No faltan todavía quienes subordinan toda relevancia de la costumbre como fuente del derecho a su admisión expresa por parte de la ley y dentro de los límites que esta fije. Se habla de costumbre *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*, con la prevención de que la costumbre no puede en ningún caso eclipsar a la ley. Sin embargo, en lo que respecta a esta última expresión de la costumbre, es ineludible distinguir entre las normas imperativas (*ius cogens*) y las normas dispositivas o supletorias, de manera que si bien ha de entenderse que aquellas conservan intacta su vigencia hasta su derogación formal, estas, por su misma naturaleza, pueden ser alteradas por disposición particular, igual que por un uso contrario. El ejemplo que sobresale a propósito es el de la regla de "On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y son d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées" (art. 1160 C. C. francés), repetido por el artículo 1621 2 C. C. colombiano. Cfr. R.-J. POTHIER. *Traité des obligations*, trad. Madrid, 1878, N° 95: "In contiactibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis".

⁵⁴ El artículo 8° del Código Civil colombiano preceptúa: «La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea»; y el artículo 3° del Código de Comercio colombiano prevé: «La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente...».

⁵⁵ «La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva»: art. 13 Ley 153 de 1887. Pero, acá, dentro de una posición "estatista", o mejor, autoritaria,

que hizo carrera, al punto de excluir la aplicación de la costumbre *praeter legem* y *contra legem* frente a las normas supletorias o dispositivas, se condiciona la introducción de la costumbre a la ausencia cierta y específica de ley, con determinación evidente de la posición subordinada, subsidiaria y marginal de la costumbre.

⁵⁶ El citado artículo 230 de la Constitución Política colombiana, relativo a las referencias del juez en su actividad judicial, extraña (¿o significativamente?) omite toda mención de la costumbre. Y está por averiguarse cuáles han sido las "costumbres" en las que como "derecho", se han basado decisiones judiciales.

⁵⁷ Ante todo, aquellas a las que formalmente les está reservada esa denominación, producto del trámite parlamentario y objeto de sanción gubernamental. Pero también aquellas otras que con el nombre de ordenanzas, decretos leyes o extraordinarios o especiales, prevén las Constituciones, con distinto origen, pero con la misma fuerza de las leyes. En efecto, por doquier cada día es más abundante y significativa la producción de normas generales por otros órganos, primordialmente, el solo Ejecutivo, sea por asignación constitucional de competencia normativa en determinadas materias, como es el caso de la Constitución francesa de la Quinta República, sea por delegación del Congreso o Parlamento (facultades extraordinarias se llama en la Constitución colombiana ese expediente, en principio de naturaleza excepcional, pero frecuente hasta el abuso en la práctica de los últimos decenios), sea en fin por previsión constitucional de situaciones extraordinarias de conflicto o de calamidad.

contrastantes; para el caso, militan simultáneamente el principio de que «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu»⁵⁸, y aquel otro de que, «por clara que sea una disposición, siempre será susceptible de interpretación». Los ordenamientos, en especial los códigos civiles, a cuyo cuidado ha solido estar la materia de la “interpretación de la ley”⁵⁹, reflejan el estado de cosas imperante en su respectiva oportunidad; lo que no obsta para que la doctrina y la jurisprudencia hagan de las suyas, cuando pasado el tiempo recobran su independencia y toman distancia del mandamiento legislativo. Así, no obstante pautas codificadas de la mayor rigidez positivista y exegética, han podido llegar a interpretaciones audaces, dijérase que derogatorias o subrogatorias de textos legales calificables de “ciertos, claros y precisos”, sólo que correspondientes a dictados políticos y éticos diferentes, obsoletos, y por lo mismo “actualmente ilógicos”⁶⁰; como también, a pesar de respaldos y aun exhortaciones legales a la creatividad, han podido permanecer atadas al texto y negarse a cualquiera innovación alegando ausencia de punto de apoyo⁶¹. La conciencia social, el “espíritu del tiempo”, dan razón de la posición del péndulo en cada época de cada sociedad, al igual que las distintas sociedades se definen e identifican por su posición delante de ese problema.

Se tiene entonces, por una parte, el apremio de remozar el derecho, o simplemente, de mantenerlo al día, que se atiende de manera directa por medio de la interpretación vivificante de la ley⁶²; y de otra parte, la necesidad de colmar las lagunas —no del derecho (¿ordenamiento?), sino de la ley— a la que proveen los instrumentos de la *analogia legis* y la *analogia iuris*. Todo ello dentro de una visión positiva, vitalista, optimista, de la producción y la aplicación del derecho. Porque en el otro hemisferio aparece una visión contrapuesta, que pone en guardia frente a aquel entusiasmo y previene contra el riesgo del “despotismo judicial”, no menos peligroso y ominoso que el del “príncipe”⁶³.

En términos de teoría y de doctrina, se pueden esgrimir y sustentar las más variadas tesis, con multitud de argumentos, que nunca llevarán al convencimiento

⁵⁸ Así el artículo 17 del Código Civil colombiano, cuyo segundo inciso agrega: «para interpretar una expresión *oscura* de la ley, recurriendo a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento».

⁵⁹ Es interesante y oportuno resaltar que las cuestiones generales del derecho, que pudieran considerarse “patrimonio” de la teoría general del derecho o de una “parte general”, surgieron en el ámbito del derecho civil, y puede afirmarse que se mantienen en él, no obstante los flujos en favor de la “publicización” del derecho o del privilegio de las ramas especializadas.

⁶⁰ En Colombia fue singularmente significativa la intervención de la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu

de “jurisprudencia creadora”, y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto. *Cfr.* F. TAFUR-MORALES. *La nueva jurisprudencia de la Corte*, Bogotá, s. d. (1938).

⁶¹ Por desgracia no son infrecuentes las negativas judiciales a “aplicar” el derecho vivo, so pretexto de que el giro racional y justo no está previsto o no está autorizado por el legislador.

⁶² Cabría parafrasear el famoso aforismo de Heráclito: “uno no se baña dos veces en el mismo río”, diciendo: “no se aplica dos veces el mismo texto”.

⁶³ Antaño se comenzó a hablar de la “jurisprudencia sentimental”, hoy se menciona la “jurisprudencia pasional”. Mucho se ha escrito siempre, y bastante, recientemente, acerca del sentido político de las decisiones judiciales y de la politización de los jueces.

pleno. De por medio irá siempre el drama del individuo y la sociedad, la tensión entre libertad y opresión, entre totalitarismo y Estado de derecho; para el caso, entre “gobierno de leyes” o “gobierno de hombres”. Conflicto teóricamente definible de manera contundente, pero que en la vida cotidiana es expresión de una lucha incesante, sin esperanza de un punto de equilibrio estable⁶⁴.

La Constitución determina la naturaleza y la orientación política del Estado y de la sociedad, y dentro de esa línea, traza pautas, explícitas e implícitas, siempre imperativas, para las actividades normativa del legislador e interpretativa del juez. A su turno, la ley establece el sistema de cada rama del derecho y, dentro de él, el de las respectivas secciones y el de las instituciones y *figurae iuris*. De esa suerte el juez en las anotadas tres formas de trabajar con la ley y de administrar el derecho se encuentra, y ha de ser bien consciente de ello, dentro de un sistema político y lógico, y sometido a él, a más de que es partícipe de un código cultural, al que no se puede sustraer, antes que por prohibición, por su conformación mental⁶⁵.

Es palpable una división del trabajo jurídico: el constituyente y el legislador dictan la norma, crean el derecho escrito; el juez interpreta y aplica el derecho⁶⁶. La labor de aquellos no es continua, dijérase que es estacional, en tanto que la del último es constante e indefinida. Y en mi sentir, sin perder de vista la ya anotada dificultad, rayana en la imposibilidad, de deslindar la interpretación de la creación en la obra del juez, las respectivas competencias son diferentes y, sobre todo, el legislador no debería abarcar funciones que son propias —exclusivas— del juez: interpretar y juzgar⁶⁷.

Posición aquella bien distinta de la del juez mero ejecutor mecánico de los dictados de la norma, cuyo entendimiento cierto es monopolio suyo, ya que nadie más puede determinar el derecho y su sentido para el caso concreto, y sin que para ello tenga que rastrear la “voluntad del legislador” o esta haya de colocarse en un plano superior a la que sería la solución acertada en lógica en equidad⁶⁸. Al propio tiempo, es evidente que al juez no le está permitido decidir según sus propios “humores”, como soberano sin ataduras, ni para el caso, ni menos aún,

⁶⁴ El contraste entre la creación del derecho evolutivamente, en forma paulatina, sin romper la continuidad, a la vez que sin perder el espíritu de adaptación a lo nuevo, de que es ejemplo el derecho romano de la República al Principado, y la formulación rápida, improvisada y autoritaria del derecho (*légifération*), propicia al capricho y al favoritismo, que caracterizó al Dominado, se me antoja ilustrativo. Cfr. M. VILLEY. *Le droit romain*, 9ª ed., Paris, 1993, pp. 35 y ss.; ORESTANO. *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 51 y ss.

⁶⁵ Me refiero a lo que en términos amplios puede indicarse como “tipicidad social”.

⁶⁶ El derecho es incuestionablemente una creación cultural, que se expresa —podría decirse que siempre— por medio de lenguaje escrito (piénsese además de en la ley, en que la doctrina y la jurisprudencia se vierten a escrito, y en que la costumbre, en últimas, en su aplicación al litigio, es objeto de un reconocimiento judicial, ciertamente escrito),

y por lo mismo, es materia de “interpretación”.

⁶⁷ La denominada “interpretación auténtica”, obra del propio legislador, no es más que un mecanismo retorcido y habilidoso para eludir el rechazo de la retroactividad, dado que la ley interpretativa se subsume dentro de la interpretada y viene a tener vigencia desde entonces. *Retroactividad que no confiesa su nombre*.

⁶⁸ Cada día pesa menos en el ánimo del juez la llamada “historia de la ley”; salida de su manos, la ley le es ajena. Las exigencias sociales y políticas y el sentido de la equidad privan sobre lo que pudo querer en su día el legislador. Cuando más, como se lee en una decisión judicial colombiana que estableció un régimen especial de responsabilidad por daño causado en ejercicio de actividad peligrosa, cabría pensar en lo que el legislador hubiera dicho, caso de prever los hechos y circunstancias nuevos.

universalmente⁶⁹. El juez no puede dar por supuesta una laguna, para valerse arbitrariamente de las analogías, como tampoco puede decidir frente a ellas según su “leal saber y entender”. En otras palabras, el juez también ha de dar cuenta y razón (*accountability*) de sus decisiones y pareceres⁷⁰, y no debe mezclar, en forma abusiva, sus sentimientos y, más que todo, sus resentimientos⁷¹. Empero, los límites de la discrecionalidad del intérprete no son precisos ni absolutos.

Fuentes del derecho⁷² universalmente reconocidas son la ley y la costumbre. Este es hoy su orden formal y real, así no sea el más natural⁷³. La doctrina, la jurisprudencia, la equidad, ocupan un lugar secundario, marginal, subsidiario, auxiliar, en el parecer y el sentir de la mayoría de quienes se han ocupado del tema⁷⁴. Pero, cualquiera que sea la posición que se asuma al respecto, la contribución de estas tres últimas a la formación y la definición del derecho es inmensa, ineludible e insoslayable, reconóceseles (expresa o implícitamente) el carácter de “fuentes formales”, o redúzcaseles al nivel de “auxiliares”⁷⁵, aunque sólo fuera, en últimas, por la razón de que la ley o derecho escrito pasa necesariamente por el tamiz de doctrina, jurisprudencia y equidad para llegar a su aplicación final al caso sujeto a la decisión del juez⁷⁶, y porque el “relleno” de las lagunas está siempre en manos del juez, así este no pueda escoger a sus anchas el material. El juez decide el caso en particular, no puede «proveer por vía de disposición general o reglamentaria»⁷⁷; sin embargo, cuando resuelve el caso en razón de un determinado entendimiento de un precepto, o afirmando la presencia de una regla que disciplina un caso similar, o en fin, acoge o crea un principio general del derecho, no obstante estar circunscrito a la litis, se proyecta, así no lo quiera, universalmente⁷⁸.

Y es allí donde intervienen, de manera directa o indirecta los principios, y en donde se aprecia la plenitud del ordenamiento como un sistema y se siente la necesidad de tomar el derecho sistemáticamente. Lo cual no implica el desconocimiento de la multitud de diferencias y particularidades presentes en las

⁶⁹ F. TERRÉ. *Introduction générale au droit*, cit., pp. 192 y s.; N. BOBBIO. *Il positivismo giuridico*, Torino (trad. R. de Asís y A. Greppi, Madrid, 1993, pp. 88 y ss.).

⁷⁰ «Certamente perché si possa concludere positivamente in ordine all'esistenza o, meglio, alla utilizzabilità di un dato principio istituzionale non basta che il commentatore sia soggettivamente convinto della sua utilità. Ci vuole, per così dire, una verifica quanto alla accettazione del principio medesimo da parte degli attori costituzionali che cantano»: BARTOLE. “Principi generali”, cit., p. 502.

⁷¹ Porque «[i]l problema della applicazione dei principi è dunque anche un problema di bilanciamento di valori e interessi, per cui, però ben difficilmente, si può assegnare per unico ed esclusivo oggetto il perseguimento della sola giusta soluzione, escludendo ogni valutazione assiologica personale dell'interprete»: BARTOLE. “Principi generali”, cit., p. 513. Cfr. ALPA. “I principi generali”, cit., pp. 126 y s., con cita de HUBER.

⁷² Ya en el *Digesto*, 1,1,7 y 1,2 a 4 se trata el tema de las fuentes.

⁷³ F. C. SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*, trad. V. Scialoja, I, Torino, 1900.

⁷⁴ Cfr. E. SERVERIN. *De la jurisprudence en droit privé*, Lyon, 1985.

⁷⁵ Así el artículo 230 de la Constitución colombiana ya citado.

⁷⁶ Parodiando el aforismo citado de WINDSCHEID, *supra*, nota 18, relativo a la ley, se podría decir, vaya a saberse con cuánta exageración, que “derecho es lo que el juez quiere que sea derecho”.

⁷⁷ Así el artículo 17 del Código Civil colombiano citado.

⁷⁸ Así lo reconoció ya el Código citado, indirectamente, al disponer: artículo 28: «Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan *por vía de doctrina*, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de ella ley a sus hechos e intereses peculiares».

distintas ramas, secciones e instituciones de aquél; por el contrario, la conciencia de esa unidad, la exigencia de una homogeneidad básica, y la afirmación de principios universales fundamentales, es algo que permite entender, apreciar y administrar mejor las singularidades.

La orientación constitucional, a la vez imperativa y estimulante, corroborada por la pauta legal, junto con el sentido de responsabilidad del juez y su propia conciencia, que ha de manejar como reflejo de la conciencia social, proveen al tratamiento articulado de las distintas normas, y deberían funcionar armónicamente y con buen suceso, sin perjuicio de la disparidad diacrónica y sincrónica de criterios, ideas y sentimientos.

* Muchos son los principios de raigambre constitucional o legal que guían y dominan el criterio del juez; muchos otros son los principios que el juez descubre, encuentra, extrae del ambiente social, o que “inventa”, mediante interpretación del mismo. A diferencia de las leyes, estos principios, si bien en los más de los casos cuentan con un punto de partida, consistente en la providencia judicial que los reconoce o acoge, que haría las veces de acta de nacimiento, no son objeto de derogación, aun cuando en otra providencia podría leerse su abandono o su sustitución, en todo caso sin el carácter terminante de una derogatoria. Son derecho fluido, dúctil. El ciudadano, en especial el interesado en la materia, tiene oportunidad de participar en el proceso de discusión de una enmienda legislativa, en el seno del Parlamento y desde fuera a través de los distintos medios; para la adopción de un principio el trámite es más disperso y extendido en el tiempo. La doctrina, la opinión pública, organismos del Estado, sin duda se habrán ocupado de la cuestión en forma prolongada, en estrados judiciales se habrá debatido el tema con intensidad, antes de que la jurisdicción decida un caso enarbolando determinado principio general.

Por razones de *potestas*, que por lo general coinciden con las de *auctoritas*, es a los organismos superiores de la jurisdicción a quienes corresponde tomar la decisión; o dicho de otra manera, los principios generales tenidos en cuenta o aceptados en las decisiones de Corte Constitucional, de Casación o de Consejo de Estado tienen de suyo mayor fuerza y peso en la vida del derecho, tanto la judicial como la extrajudicial. Esto es apenas natural; empero, trae consigo para el derecho riesgos tanto de inestabilidad como de anquilosamiento. En Colombia, tras establecerse el control de constitucionalidad de las leyes, los decretos con fuerza de ley y los proyectos de ley por parte de la Corte Suprema de Justicia desde 1910, la Constitución de 1991 creó la Corte Constitucional, con competencia adicional en materia de tutela para la efectividad de los derechos fundamentales. Esta actitud, sumada a la orientación universal en materia de interpretación constitucional, se ha proyectado en una postura bastante vigorosa y arrogante de aquel organismo al proceder a una interpretación imperativa de la Constitución, con implicaciones creadoras. Por lo demás, ésta parece hacer sido la experiencia de las últimas constituciones italiana, de la República Federal Alemana y española, en el camino de asimilar una forma más dinámica y profunda de democracia participativa y efectiva, y de acomodación de los distintos órganos de control y de formación del derecho a nuevos repartos de competencia y de coordinación. El caso es que la Corte Constitucional en el curso de siete años se ha pronunciado amplia y variadamente sobre derechos fundamentales, en términos que repercuten de inmediato en los campos específicos, en términos de pauta hermenéutica y de definición concreta de principios generales, por lo cual

es imperativo incluir sus sentencias dentro del repertorio de decisiones pertinentes a este propósito.

Los principios generales del derecho han adquirido un valor “integrador” del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la “modernidad”, no por afán de moda, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En ese sentido pudiera hablarse de ellos como “derecho flexible”. Por tal razón es inquietante la inclinación, no por explicable menos censurable, a la cristalización de la “jurisprudencia”, que se observa en distintos medios y ambientes. La jerarquización de los tribunales, la asimilación fácil de la dependencia funcional a la dependencia administrativa, y algunas otras razones, entre ellas cuántas veces una cultura autoritaria, invitan a las altas cortes a pronunciarse *ex cathedra*, y a reprender a sus “inferiores” por no acatar sus *Diktaten* conceptuales e ideológicos, en actitud propicia a crear una mentalidad de sumisión, favorecida por el anhelo de las gentes de tener “seguridad jurídica”. De ahí que sea grato observar las iniciativas de los organismos normativos y jurisdiccionales de la Unión Europea y la competencia suscitada entre ellos y los organismos nacionales, que a estas alturas del temperamento de las soberanías se funda más en la razón y la justeza de los planteamientos que en el “argumento de autoridad” o en su respectivo *imperium*.

El contrato es una de las categorías jurídicas más antiguas y más importantes, que a lo largo de vicisitudes ha conservado su ser genuino. No importa cuál sea la definición legal o doctrinaria que de él se dé⁷⁹. Lo básico es lo que él representa y significa, como acto fundamental de la autonomía privada⁸⁰. En el derecho

⁷⁹ Son conocidas las dos posiciones: la que ve en el contrato una fuente de obligaciones, contrato con efectos obligatorios, expresada en el artículo 1101 del C. C. francés: «Convention par laquelle un ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose», tomada literalmente por el artículo 1602 del Código Civil colombiano; y aquella otra que toma el contrato como acuerdo productor de efectos jurídicos, vertida en el artículo 1321 del C. C. italiano de 1942: «Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale», que tomó el artículo 864 del Código de Comercio colombiano de 1971.

⁸⁰ Cfr. E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpr. de la 2ª ed., Camerino, 1994, pp. 43 y ss.; R. SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, pp. 33 y s., 193 y ss.; ID. “Contratti in generale”, en *Tratato di diritto civile*, G. Grosso y F. Santoro-Passarelli (dirs.), Milano, 1961, pp. 3 y ss.; ID. “Negozio giuridico e autonomia privata”, en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, 1991, ahora en *Scritti giuridici I*, Padova, 1996, pp. 43 y ss.; ID. “Negozio giuridico”, en *Enc. Giur. Treccani*, XX, 1990, ahora en

Scritti giuridici I, cit., pp. 73 y ss.; L. CARIOTA-FERRARA. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, trad. M. Albaladejo, Madrid, 1956; G. STOLFI. *Teoria del negozio giuridico*, trad. J. Santos Briz, Madrid, 1959; L. FERRI, *La autonomia privata*, trad. de L. Sancho Mendizábal, Madrid, 1969; F. SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., reimpr., Napoli, 1986, pp. 125 y ss.; P. RESCIGNO. *Manuale del diritto privato italiano*, reimpr. de la 5ª ed., Napoli, 1983, N° 66, pp. 284 y ss.; ID. *Introduzione al Codice Civile*, 2ª ed., Bari, 1992, pp. 170 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. *Diritto civile, fatti e atti giuridici*, 1**, cit., pp. 478, 482 y ss.; P. S. ATIYAH. *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979; J. GORDLEY. *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, 1991; J. WIGHTMAN. *Contract, a Critical Commentary*, London-Chicago, 1996; K. LARENZ. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., München, 1975, pp. 261 y ss.; W. FLUME. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, T. 2, “Das Rechtsgeschäft”, 3ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1979; D. MEDICIUS. *Allgemeiner Teil des BGB*, 6ª ed., Heidelberg, 1994, pp. 71 y ss.; R. A. HILLMAN. *The richness of contract law*, Dordrecht-Boston-London, 1997.

privado sobresalen las figuras de la propiedad, del contrato y del daño resarcible, en rededor de las cuales emergen principios, valores, exigencias técnicas, conceptuales y políticas de disciplina. Que la persona tenga intereses suyos y que pueda disponer de ellos es algo fundamental y definitivo. Intereses propios que no se reducen al ámbito patrimonial y, dentro de éste, a la propiedad y disponibilidad de ellos, ante todo con el empleo del instrumento contrato, que, por lo demás, no es el único, así sea el más común y frecuente. El contrato es la *figura iuris* de mayores proyecciones al respecto, toda vez que, por muchos respectos, el tráfico jurídico⁸¹ es el campo de actividad sobresaliente del derecho privado, que en últimas se manifiesta, desde la clasificación gáiana de las fuentes de las obligaciones, en los pilares básicos de *contractus et delicto*⁸².

Contrato, entendido como formación jurídica que resume una operación económica y, más ampliamente, la realidad económico social subyacente⁸³, con relación a la cual se ha resaltado que el contrato, a la vez que es el instrumento básico de la circulación de la riqueza, tiene en sí mismo un significado patrimonial, «susceptible de valoración económica»⁸⁴, que «transforma la propiedad, a la vez que moviliza y desmaterializa la riqueza, y que dinamiza los conceptos, hasta llegar a convertirse en un mecanismo funcional e instrumental de la empresa»⁸⁵. En otras palabras, el contrato como medio indispensable para la actividad económica, en todos los tiempos, y con posibilidades nuevas en la economía abierta, “globalizada”, masificada, del presente y del futuro.

Se habla con insistencia de “principios de los contratos”, y lo primero que cabe preguntar al respecto es si la palabra “principios” tiene acá la misma connotación que cuando se la emplea con relación al derecho. No cabe duda de que los principios del contrato son, igualmente, reglas, máximas, de orden lógico y ético, que, a más de ser una decantación de experiencia, implican un dictado de conducta. Son de utilidad para el legislador al redactar las normas que disciplinan la autonomía privada, para el juez al calificar la conducta de las partes desde sus negociaciones en adelante, para interpretar el reglamento negocial y, en fin, para resolver el conflicto acertada, lógica y éticamente. Lo anterior con independencia del provecho que trae consigo para el comercio la individualización de unas reglas comunes a los más de los ordenamientos, en cuya vigencia y acatamiento es posible confiar, no tanto pensando en una jurisdicción, cuanto en el peso de la costumbre y de la opinión común.

En el desarrollo de este trabajo, hasta ahora no se ha hecho referencia a ningún principio del derecho en particular. Pasando a observar los principios del contrato, es preciso referirse a las máximas fundamentales que le sirven de cimiento y que regulan su formación, celebración, entendimiento y ejecución, y que previenen soluciones para las clases de conflictos más frecuentes entre las

⁸¹ «Unter dem ‘Rechtsverkehr’ verstehen wir den nach Rechtsregeln sich vollziehenden Austausch von Gütern, Sach- und Dienstleistungen unter grundsätzlich einander gleichberechtigten Personen»: K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1 B, 7ª ed., München-Berlin, 1964, p. 1, de-finición a cuyo contenido, en ánimo de plenitud, podría agregarse la función de aglutinación de bienes y servicios, a fin de comprender también los actos asociativos.

⁸² Gai. *Institutiones*, III, 88. *Vertrag und Unrecht*, «Die wichtigsten [Lebensgebieten] ... sind der Rechtsverkehr und die zurechenbaren Schädigungen, die eine Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten begründen»: LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit.

⁸³ Cfr. C. M. BIANCA. *Diritto civile*, III, “Il contratto”, reimpr. 1987, pp. 5 y s.; E. ROPPO. *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 9.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 12 y ss.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 58 y ss.

partes. Las más de ellas son herencia antigua transmitida de generación en generación, y están vertidas en textos codificados, desde donde inspiran las decisiones judiciales e irrigan el criterio de doctrina y jurisprudencia⁸⁶. De otras puede decirse que son de creación reciente, a propósito de situaciones o enfoques distintivos de los tradicionales, o que son corolario de aquellas, enderezadas a colmar deficiencias en la reglamentación tradicional.

Una recopilación de principios del contrato sería, sin duda, útil. Con todo, más importante y de mayor trascendencia es la conformación de un cuerpo doctrinario de principios con alcance y vigencia universales, con peso intrínseco (*the weight of authority*), que por su propia calidad se vaya imponiendo, con una novedad incuestionable: la de su aceptación generalizada⁸⁷. De esa forma prestaría servicio para la redacción de contratos, para su interpretación, para la solución de conflictos⁸⁸, a manera de una *communis opinio*, cada día más exigida en la búsqueda de un derecho común⁸⁹.

Ese el propósito, el mérito y la función de los “Principios de las contratos comerciales internacionales”, producto del trabajo programado y dirigido por UNIDROIT desde 1971, ya hoy consolidado y publicado en ocho lenguas⁹⁰. Y a dicho *corpus* hago aquí referencia.

El primero de esos principios, cronológica y lógicamente, es el de la propia autonomía privada o de la “libertad contractual”. “Cada quien puede disponer de lo suyo frente a los demás, y solamente de lo suyo”. Esta expresión elemental significa el reconocimiento de la autonomía dispositiva, como punto de partida de íntegro el régimen de los contratos, en toda su dimensión económica y política, a la vez que como una delimitación del ámbito de la misma: disponer de lo propio, sin entrometerse en el campo ajeno. Y disposición de intereses quiere decir, ante todo, escoger la *figura iuris* correspondiente y determinar su contenido⁹¹.

Pero la autonomía, vista así desde la mira del agente, ha de ser también contemplada con el ojo del destinatario de la conducta de aquél. «¿Sobre la base de qué condiciones o requisitos una promesa genera obligación, en un determinado sistema de derecho positivo?», es el interrogante fundamental y sempiterno⁹². ¿Qué es lo que le permite al promisorio exigir el cumplimiento de una determinada promesa, y lo que lo autoriza, llegado el caso, para retener lo recibido en ejecución de ella?

Acá no solamente está en juego la posibilidad misma de atender a la satisfacción de deseos mediante el concurso ajeno procurado con instrumentos

⁸⁶ El artículo 2.6 de los Principios UNIDROIT dispone: «2. Aquellas cuestiones que, sin estar expresamente resueltas por los Principios, se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, se resolverán en lo posible de acuerdo con sus principios generales subyacentes».

⁸⁷ Cfr. *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, Roma, 1993; *Principles of international commercial contracts*, Rome, 1994; *Principi per i contratti commerciali internazionali*, M. Joachim Bonell y Sandro Schipani (dirs.), Padova, 1996.

⁸⁸ A. KASSIS. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993; U. DRAETTA. *Il diritto dei contratti internazionali*, Padova, I, 1984, II, 1989.

⁸⁹ Cfr. BONELL. *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, cit., cap. 5, pp. 131 y ss.

⁹⁰ *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, cit., cap. 2 y “Apendici”.

⁹¹ Art. 1322 C. C. italiano; art. 1.1 Principios UNIDROIT.

⁹² G. GORLA. *Il contratto*, I, Milano. 1955, § 1, b).

adecuados, sino el valor de la *fides*. La palabra empeñada, la fe pública, en primer plano, pero también la seriedad y la legitimidad de una y otra. ¿Será verdad que *solus consensus obligat*?⁹³. ¿Alguna vez lo ha sido o podrá serlo?⁹⁴. De todas maneras, lo que sí es evidente es el mérito de la *fides*, en el sentido de que la promesa hecha en un acuerdo, vestido o nudo, según el caso, *re, verbis, res, litteris aut consensu*, compromete y responsabiliza a quien la formuló⁹⁵.

De ahí la elementalidad y universalidad del principio *pacta sunt servanda*, base del tráfico jurídico, fundamento de la seguridad⁹⁶, que muestra la "naturaleza compromisoria" del contrato⁹⁷. La cual, absoluta, plena en un principio con el solo recorrido de la figura solemne, hubo de atenuar su rigor en aras de la protección del interés legítimo de un promitente incapaz o afectado por un vicio de la voluntad o víctima de una operación ilícita, y más tarde también hubo de ceder en razón de la exigencia de que el equilibrio de las prestaciones en los contratos de cambio conmutativos no sólo estuviera presente inicialmente, sino que se mantuviera en el curso de su ejecución, en especial en los contratos de ejecución sucesiva o de prestaciones prolongadas en el tiempo. Esos los orígenes de la nulidad por irregularidades mayúsculas en la formación del contrato, de la corrección de la excesiva onerosidad sobrevenida: *rebus sic stantibus*⁹⁸.

Obligatoriedad del contrato entre las partes y sus sucesores, mas no respecto de terceros, que no tienen por qué ser afectados por la disposición ajena, y a quienes se ha de respetar su derecho a rechazar atribuciones en su favor y de impugnar los pactos lesivos de sus intereses. Principio de la relatividad de los contratos, con manifestaciones y proyecciones actuales que rebasan las conocidas de la inoponibilidad, la simulación y la revocación de los actos fraudulentos⁹⁹.

El contenido del contrato determina sus efectos. Ese contenido se integra con los *essentialia*, los *naturalia* y los *accidentalia negotia*¹⁰⁰. El tipo contractual escogido de suyo cumple una función que se manifiesta en los *efectos esenciales*, a los que se suman los denominados *naturales*, propios de dicha figura, alterables

⁹³ *Ibid.*, § 4. *Cfr.* art. 3.2 Principios UNIDROIT.

⁹⁴ La libertad de forma o la ausencia de forma constitutiva o de forma restringida (que es lo natural en el campo patrimonial: art. 1.2 UNIDROIT; art. 116 C. de C. col.) tiende a confundirse con el consensualismo y éste con la relevancia intrínseca de cualquiera promesa, al margen de su aceptabilidad social, la que va de suyo en las figuras legalmente típicas, pero cuya consideración es indispensable en las restantes (art. 1322 2 C. C. ital.), y también de la seriedad y firmeza de la conducta dispositiva. A este propósito es dicente el artículo 2.2 de los Principios UNIDROIT, al señalar los requisitos para que una "propuesta" constituya una "oferta": si «... indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación».

⁹⁵ Arts. 1.2 y 1.3 Principios UNIDROIT. Corren paralelos y se complementan, los principios de la *responsabilità* y del *affidamento*. Dejo deliberadamente de lado las cuestiones relativas al "fundamento",

"causa" o "*consideration*" del acuerdo, o de la decisión de las partes. BONELL. *Un 'Codice' internazionale del diritto dei contratti*, cit., pp. 89 y s.

⁹⁶ Para encarecer la rotundidad de la afirmación, el C. C. francés declaró: «Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. —Elles ne peuvent être revoquées que de leur consentement mutuel...», en redacción que extremó el artículo 1602 del Código Civil colombiano, al decir: «El contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes». UNIDROIT, art. 1.3. *Cfr.* art. 1372 C. C. italiano: «Il contratto ha forza di legge...».

⁹⁷ SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 280.

⁹⁸ Este principio, originario del derecho común, vino a ser rechazado por éste, a tiempo que acogido por el derecho administrativo, para ser luego codificado en ambos. Así el artículo 868 del Código de Comercio colombiano de 1971. Arts. 6.2.2 y 3 Principios UNIDROIT.

por disposiciones *accidentales*¹⁰¹, a las que también concierne la agregación de otros compatibles con los esenciales. La integración se hace tomando los *naturalia negotia*, de origen legal, consuetudinario o derivados de la buena fe¹⁰². Esta correlación íntima entre el contenido negocial y los efectos finales de la disposición pone de relieve la esencia dinámica del contrato¹⁰³.

La primacía, como es obvio, la lleva la disposición particular. Los particulares escogen la figura e integran su contenido a su discreción, dentro de la necesaria coherencia con lo que le es esencial, y su ineludible sometimiento a las normas imperativas, *ius cogens*, que no pueden derogar, a las que están sujetos y cuyo dictado prevalecerá sobre cualquier intento sustitutivo¹⁰⁴. El juez hará entonces la depuración correspondiente, declarando la nulidad parcial del contrato, con arreglo al principio de salvación del contrato o de *favor contractus*¹⁰⁵.

La buena fe como principio cumbre del derecho¹⁰⁶ se vierte en la disciplina del contrato a partir de las negociaciones¹⁰⁷, sigue el proceso de la oferta y la celebración del contrato, está presente en el transcurso de la ejecución de las prestaciones y va, inclusive, hasta después de la terminación del contrato¹⁰⁸. Buena fe, lealtad, corrección, que incluye los deberes de información, como también los de confidencialidad, tan significativos en los contratos relativos a la tecnología contemporánea¹⁰⁹.

La buena fe constituye el fundamento de íntegra la disciplina de la autonomía privada, y de ella dimanan, como ramificaciones, derivaciones o aplicaciones, numerosas reglas específicas: la naturaleza determinante de los vicios de la voluntad (arts. 3.5, 3.8 y 3.9 Principios UNIDROIT), la responsabilidad de quien se favoreció con el vicio ajeno (art. 3.18), la impugnabilidad del contrato lesivo o celebrado en estado de necesidad o de peligro (art. 3.10), el deber de cooperación del acreedor y la relevancia de la *mora creditoris* (art. 5.3), la *exceptio non adimpleti* o *non rite adimpleti contractus* (art. 7.1.3), el *favor debitoris*, la determinación del lugar del cumplimiento (art. 1.1.6), la imputación del pago (art. 6.1.11), la resolubilidad o terminación del contrato por incumplimiento, la exigencia de que el incumplimiento en tal evento sea significativo, la vuelta de las partes al *status quo ante* por efecto de la resolución o la terminación del contrato (art. 7.3.6), la ineficacia de las cláusulas excluyentes de la responsabilidad y de las

⁹⁹ Cfr. arts. 1165 C. C. francés y 1372 C. C. italiano. M. BACACHE-GIBEILE. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Paris, 1996.

¹⁰⁰ POTHIER. *Traité des obligations*, cit., Nos 5 a 8. Art. 1501 C. C. colombiano.

¹⁰¹ Art. 1.5 Principios UNIDROIT.

¹⁰² Así arts. 1602 C. C. colombiano, 2374 C. C. italiano, 971 C. de Co. colombiano, 4.8 y 5.1 Principios UNIDROIT.

¹⁰³ SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 276.

¹⁰⁴ Art. 1.4 Principios UNIDROIT, relativo a la prevalencia de las normas imperativas nacionales, internacionales o supranacionales.

¹⁰⁵ Arts. 1419 y 1424 C. C. italiano; 902 y 904 C. de Co. col. Art. 3.16 Principios UNIDROIT.

¹⁰⁶ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989; L. NANNI. *La buona fede congratulare*, Padova, 1988; AA.VV. *Quaderni, Il principio di buona fede*, Milano, 1987; F. WIEACKER. *El principio de la buena fe*, trad. Carro y Díez-Picazo, Madrid, 1982; J. BEATSON y D. FRIEDMANN. *Good faith and fault in contract law*, New York, 1995.

¹⁰⁷ Art. 2.15 Principios Unidroit. A. RAVAZZONI. *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974, I, pp. 1 y ss.

¹⁰⁸ Responsabilidad pre-contractual, contractual y post-contractual. Arts. 1337, 1375 y 2043 C. C. italiano; 863 y 871 C. de Co. y 1603 C. C. colombianos.

¹⁰⁹ M. FABRE-MAGNAN. *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, 1992. Art. 2.16 Principios UNIDROIT.

exorbitantes (art. 7.1.6), la indemnizabilidad de todo el daño y sólo el daño efectivamente causado (arts. 7.4.2 a 4), la exigencia de aminorar el daño (art. 7.4.8), la reductibilidad de la cláusula penal excesiva (art. 7.4.13).

Por último vienen los principios que rigen la interpretación del contrato, máximas de sentido común, experiencia y equidad, que resaltan el valor de la autonomía privada, la exigencia de que el juez respete el designio de las partes y no las suplante, y haga efectivo el sometimiento de ellas a la buena fe, vertidas en expresiones decantadas a lo largo de siglos¹¹⁰.

«El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes» (arts. 4.1.1 y 4.2.1): *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*. Cuando una cláusula es susceptible de varios sentidos, se la debe entender conforme al que ha podido tener efecto, y que mejor convenga a la naturaleza del contrato, y no según aquel sentido en que no sea capaz de producir efecto alguno (arts. 4.2, 4.5 y 4.3.d): *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de qua agitur in tuto sit*.

Lo que puede parecer ambiguo se interpreta por lo que es costumbre en el país (art. 4.3 e y f). Se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el contrato (art. 4.4). En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que la estipuló (art. 4.6): *verba contra stipulatorum interpretanda sunt o contra proferentem*. Las cláusulas podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra (art. 4.3.b y c).

Es así mismo patente que dichas máximas se han visto robustecidas y enriquecidas con la experiencia y las exigencias de la vida actual así, la importancia que se le concede al sentido que se supone le darían al contenido negocial personas sensatas colocadas en las mismas circunstancias (arts. 4.1.2 y 4.2.2), a las negociaciones previas entre las partes (art. 4.3.a) y al significado de los términos en el respectivo ramo comercial (art. 4.3.e).

¹¹⁰ Cfr. Las doce “reglas para la interpretación de las convenciones”, en POTHIER. *Traité des obligations, cit.*, N^{os} 91 a 102.