

DESACRALIZANDO LA BUENA FE EN EL DERECHO

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

I. Vicisitudes históricas de buena fe: I. Las relaciones entre el derecho y la moral; 2. La modernidad como confirmación de la libertad individual; II. La buena fe en el Derecho moderno: 1. Buena fe y sociedad de mercado; 2. Rastreo de la buena fe dentro de un Código Civil moderno; III. La Subversión del Derecho por la buena fe: 1. La aparición de una nueva noción de buena fe en el Derecho moderno; 2. El pretendido conflicto entre lo expresado en el contrato y la buena fe; IV. Conclusiones.

I. VICISITUDES HISTÓRICAS DE LA BUENA FE

1. Las relaciones entre el Derecho y la Moral

Cuando se habla de buena fe en el lenguaje ordinario, inmediatamente surgen en nuestra conciencia resonancias morales: es como si arrojáramos una piedra ética en el lago de las relaciones humanas y las ondas se expanden en círculos concéntricos hasta alcanzar extremos insospechados, bañando saludablemente actitudes, conductas y posiciones. Actuar de buena fe supone comportarse de una manera limpia, transparente, sin utilizar un doble estándar, atendiendo a lo que nuestro sentimiento moral nos dice que es correcto. En una palabra, actuar de buena fe significa comportarse "bien", cualquier cosa que signifique este adjetivo.

El Derecho recibe esta expresión y la acoge con entusiasmo, aun cuando la toma con la misma vaguedad e imprecisión que ya tenía en el lenguaje ordinario. Los juristas piensan que de esta manera están introduciendo en el sistema una suerte de vacuna –o de antídoto– contra el cinismo en la utilización privada de la ley. Sin embargo, tratándose casi de un sentimiento antes que de un concepto racionalmente elaborado, el Derecho se encuentra con muchas dificultades para utilizarla de manera segura, sin que constituya una bomba oculta dentro del equipaje legal, con una carga de convicciones imprecisas, que abruptamente puede explotar destruyendo frente a un caso específico todo el delicado, riguroso y concienzudo sistema compuesto por derechos y obligaciones perfectamente definidos, pautas racionales de interpretación de los contratos y situaciones cuidadosamente establecidas por las partes.

Quizá el problema nace de una concepción del Derecho que no se ajusta a las necesidades de la sociedad moderna y que, al forzar sus instituciones y principios dentro del Derecho actual, genera vaguedades e imprecisiones que en otro tiempo, dentro de otra perspectiva cultural, no hubieran sido tenidos por tales ya que culturalmente su sentido podía ser definido más fácilmente. La identificación de la buena fe con la Moral responde a una manera de ver el Derecho que se desarrolló con el subjetivismo derivado de la teoría de la intención y de la omnipresencia de la culpa que impusieron los canonistas medievales. Desde esa perspectiva, el Derecho se constituye en el brazo armado de la Ética: las normas legales y el consiguiente aparato de represión que llevan consigo tiene por objeto fundamental crear un mundo en el que prima la moral dentro de las relaciones humanas y en el que tanto el diseño general del tejido social como cada una de sus manifestaciones particulares en las relaciones interindividuales sea simplemente el resultado de la imposición coercitiva, con la ayuda del Derecho, de la Ética sobre la sociedad de los hombres.

En ese sentido, no hay acto sin intención, no hay intención sin responsabilidad, no hay responsabilidad sin culpa; y, a su vez, la culpa no es en el fondo sino una intención perversa (*dolus malus*) o una intención enferma por no haber tomado cuidadosamente en cuenta todas las consecuencias nocivas que podían derivarse de la decisión o acto incurriendo en negligencia, imprudencia, etc.

Es interesante señalar cómo, desde esta perspectiva, la falta jurídica se asemeja al pecado, de manera que la moral social impuesta por el Derecho no es distinta de la moral religiosa. Basta con repasar los Tratados de Derecho, no solo de la Edad Media sino también los escritos en los inicios de la Edad Moderna y hasta algunos anacronismos que aun hoy aparecen de tiempo en tiempo, para encontrar muestras caricaturescas de este propósito de utilizar el sistema jurídico para implantar una moral determinada, donde no se distingue entre los ámbitos correspondientes a la Moral, la Religión, el Derecho y a los simples usos y prejuicios sociales. Por ejemplo, Juan de Matienzo, Oidor de la Real Audiencia de Charcas, riguroso jurista y agudo cronista de Indias¹, escribe en 1580 un severo tratado de Derecho donde hace la glosa o comentario de las leyes contenidas en el Libro Quinto de la Nueva Recopilación.² Y ahí, al mismo tiempo, habla tanto de los delitos civiles y otros ilícitos como de los pecados mortales y veniales, asumiendo una continuidad y hasta una cierta confusión conceptual entre el obrar sancionado por la Religión y el obrar sancionado por el Derecho, tipificándose las situaciones tanto en sus aspectos delictivos como en los pecaminosos. En sus comentarios al Derecho Civil de la época –comprendido en el Libro Quinto de la Nueva Recopilación– Matienzo analiza las formalidades y nulidades del casamiento, la dote, los testamentos, la venta y el retracto, el impuesto sobre el pan, etc. Dentro de este análisis civilista, Matienzo establece también que la cópula entre cónyuges no es pecado si está orientada a la procreación y a la entrega recíproca.³ Le surge alguna duda cuando a tales fines se agrega la delectación; pero concluye que el placer no es malo en sí, sino que es pecaminoso solo la delectación producida por un acto pecaminoso.⁴ Claro que si la cópula se realiza exclusivamente por delectación o por vanidad, habría pecado; pero realizándose dentro del matrimonio sería únicamente venial.⁵ Ahora bien, si el hombre toma a su esposa sentada o de lado o al revés a la manera de los animales (*retorsum more brutorum*), hay que examinar si el semen logra ser depositado en la parte femenina de la mujer.⁶ En caso afirmativo, no es algo aconsejable salvo situaciones de extrema necesidad, pero no pasa de pecado venial; en cambio, si estas formas de coito (*coeundi modus*) no permiten la procreación o, en general, si de cualquier forma el semen es depositado fuera del femenino recipiente, será siempre pecado mortal porque hay una intención de impedir la generación de la prole que es el fin esencial del matrimonio.⁷ Este razonamiento da origen a una nueva duda jurídico-religiosa: cuando la mujer menstrúa no puede concebir; ¿será entonces pecado copular sabiendo que el acto no estará orientado a la procreación? Matienzo cita un cierto número de autores que lo consideran pecado mortal y otros que lo consideran pecado venial. Pero él se inclina por una tercera posición: no es pecado en absoluto si se practica como un remedio para evitar la tentación de fornicar fuera del matrimonio.⁸ Aquí Matienzo aplica el mismo principio que el debido para el caso de copular cuando la mujer está embarazada, que tampoco es pecado por similares razones.⁹

Como se puede ver, el jurista del siglo XVI no reconoce barreras entre el Derecho, la Moral y la Religión. Dentro de un contexto cultural de este tipo, la buena fe era el obrar bien, entendido como obrar sin pecado, obrar de acuerdo a lo que Dios, directamente o a través de la naturaleza (Derecho Natural), ha ordenado a los hombres como regla de vida. Por consiguiente, la referencia a la buena fe o a otras expresiones similares tenía un sentido relativamente preciso ya que esta era

¹ DE MATIENZO, Juan, Gobierno del Perú, con todas las cosas pertenecientes a él y a su distrito, 1567, (Hay transcripción moderna, con prólogo de Guillermo Lohmann Wilenz, publicada por el Institut Français d'Etudes Américaines, París-Lima, 1967).

² Comentar la loannis Matienzo Regio Senatoris in cancellaria Argentina Regni Peruvie librum quintum recollectione legum Hispanicarum Escutibet Francisco Sanctius Mantuensi Carpatonae. Anno MDLXXX.

³ [DE MATIENZO, Juan, Op. Cit. Lib 5, título 1, 105; p. 14v.

⁴ Loc. Cit.

⁵ DE MATIENZO, Juan, Op. Cit. Lib 5, título 1, 107; p. 14v.

⁶ Ibid., 108; p. 13.

⁷ Ibid., 109; p. 15.

⁸ Ibid., 111; p. 15-15v.

⁹ Ibid., 110; p. 15.

entendida dentro de un amplio sistema de pensamiento ético-religioso que otorgaba consistencia a estos criterios aparentemente abstractos pero que adquirían una realidad relativamente concreta dentro de un medio cultural organizado de manera diferente a la nuestra.

2. La modernidad como afirmación de la libertad individual

Sin embargo, la modernidad cambia radicalmente la faz del mundo y los sentidos implícitos de las cosas. A partir de ella, el hombre no quiere vivir de acuerdo a un patrón objetivo impuesto a nombre de la moral o de la religión sino que simplemente quiere vivir en libertad; y esto significa tener la mayor capacidad posible de decisión, obrar de acuerdo a sus propios criterios, construir a cada instante su vida y su entorno. En el plano social, el referente religioso-moral comienza a desvanecerse como principio constructor del orden, siendo sustituido por mecanismos para coordinar el mayor ejercicio posible de la libertad individual que no termine destruyendo la propia libertad individual. El Derecho será cada vez más, a partir de entonces, la organización productiva de la libertad, las reglas que permitan realizar a cada individuo el mejor juego posible de acuerdo a sus propios criterios sin poner en peligro a esa sociedad que permite a cada uno el máximo juego individual. Dicho de otra manera, la finalidad del Derecho no será diseñar un mundo de acuerdo a valores superiores al individuo sino acomodar las cosas para que los individuos diseñen y rediseñen permanentemente, de acuerdo a sus propios criterios, un mundo al que casi solo se le pide que sea viable. Esta ausencia de parámetros objetivos y superiores conforme a los cuales hay que vivir lleva a fundar la autoridad en la elección, a establecer los criterios por consensos limitados exclusivamente a lo indispensable, a liberarse de los estatutos sociales y jurídicos que enmarcan la actividad individual para darle a ésta un dinamismo propio a través del contrato en el que las partes definen a su voluntad —dentro de las posibilidades que ofrece la realidad— la relación que van a mantener entre ellas.

Poco a poco, esta independencia respecto de los criterios objetivos tradicionales de valor va a llevar a pensar el Derecho como un mecanismo técnico de organización social antes que como una forma de implantación coercitiva de una "buena" manera de vivir conforme a la Moral. Es esta evolución la que lleva a desvincular la responsabilidad de la culpa: puede no tenerse culpa pero una eficiente organización económico-social lleva a colocarle a esa persona "inocente" la obligación de reparar el daño, sea porque es el "más eficiente evitador del daño", sea porque es el "más eficiente distribuidor social del perjuicio". Y es así como, por una razón técnica, aparece la llamada responsabilidad objetiva, con todas sus variantes y justificaciones. Es por ello también que el Derecho se ve obligado a regular conductas que pueden ser juzgadas como inmorales desde otro punto de vista, pero que el orden jurídico no tiene más remedio que tomar en cuenta para que la sociedad funcione ordenadamente. Eso es el caso de la clonación reproductiva o del alquiler de vientres para fines de reproducción que desde la perspectiva de una moral cristiana pueden ser absolutamente condenables, pero que el Derecho no puede ignorar bajo el pretexto de que es un "hecho ilícito": el hijo que nazca en esas condiciones no es "nulo" sino que es una persona real que tiene que poder acogerse a un ordenamiento que le diga quiénes deben ser considerados como sus padres, qué apellido va a llevar, a quién puede pedir alimentos, a quién va a heredar. Por consiguiente, lo guste o no a la Moral la clonación reproductiva y el alquiler de vientres, el Derecho no puede limitarse a prohibirlos sino que tiene que regular —es decir, someter a reglas— las consecuencias ineludables de estos hechos.

El Derecho moderno, entonces, no pretende hacer buenos a los hombres; se propone a lo sumo que no sean socialmente malos. Y, en estas condiciones, no ser socialmente malo significa simplemente no ejercer la libertad de una manera tal que termine colocando en peligro a una sociedad que se rige por el ejercicio de la libertad. Concebido así, el Derecho es ante todo y sobre todo una forma de organización de las conductas sociales. Es indudable que esa organización requiere criterios. Pero la Moral no es el único posible: en una sociedad que persigue maximizar la libertad individual, la eficiencia puede ser un

referente tanto o más importante si se mide en grados de libertad obtenida. En consecuencia, introduzco la idea de organización precisamente para oponer una concepción organizacional del Derecho a una concepción moralista del Derecho. En otras palabras, el Derecho como auto-organización no supone una suerte de Código Moral superior e inalterable sino un constante burbujeo de intereses, principios, creencias, valores y hasta prejuicios, que nacen al nivel de los miembros de la sociedad, colisionan, concuerdan y desaparecen; y de esta manera van construyendo las relaciones sociales, las modifican, las destruyen y las reconstruyen. El orden no es impuesto desde un plano superior y distinto de la propia sociedad, sino que es auto-generado y está en continuo cambio porque es el resultado de la actividad de individuos cambiantes; y estos individuos son cambiantes porque están vivos, y la vida humana es movimiento y cambio en tanto que es libertad creativa.¹⁰

Por ello, cuando nostálgicamente se pretenda "re-ligar" Moral y Derecho y se utiliza para ello criterios como el de la buena fe, el resultado puede ser desconcertante y hasta catastrófico. Georges Ripert sostenía que la buena fe es uno de los medios utilizables por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el Derecho positivo.¹¹ Y, claro está, un concepto que viene de otros mundos culturales y cae en seco dentro del ordenamiento jurídico moderno, da lugar a los intentos de definición más variados. Manuel de la Fuente lista cinco acepciones, todas ellas matizadamente diferentes entre sí pero todas ellas de una abstracción difícilmente aplicable al trabajo concreto del jurista: "ausencia de dolo o de mala fe" (Bonfante), "honesta convicción" (Windscheid), "honestidad" (Tübr), "voluntad sincera, leal y fiel" (Gorphe), "deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y fraternidad" (Cornu).¹²

Por su parte, si éstas son las opiniones de los civilistas, desde el lado de la Filosofía del Derecho no tenemos opiniones menos folclóricas. Para Recasens Siches, la palabra "buena fe" casi se identifica con: "buenas costumbres", "moral", "exigencias éticas", "naturaleza de las cosas", "equidad", "recta razón", "espíritu de justicia", etc. Y agrega incluso este autor que la buena fe representa "los máximos fundamentos iusnaturalistas de las doctrinas liberales y democráticas".¹³ Diría que la buena fe se ha convertido aquí en un cajón de sastre innominado donde se echan todas las cosas difíciles de aprehender desde el punto de vista positivista que, a pesar de las protestas iusnaturalistas de Recasens Siches, está presente y constituye sin duda un factor perturbador en su pensamiento filosófico: la buena fe contiene así todas esas cosas que no deberían estar en el Derecho (desde un punto de vista positivista) pero que no pueden ser totalmente descartadas porque son los valores permanentes del Derecho (según el iusnaturalismo). De esta manera, una institución rara y conceptualmente mañosa como la buena fe permite albergar a todos estos incómodos pero para algunos ineludibles fantasmas del pasado, aprovechando la vaguedad propia de la sombra para darles una ubicación que, en cualquier otra circunstancia, les hubiera sido rechazada.

Como puede apreciarse, la mayor parte de las definiciones de la buena fe no son sino malabarismos lingüísticos, delicadamente envueltos dentro de una bruma de candor y hasta de bestitud, que difícilmente pueden ser utilizados con rigor por el legislador y los tribunales según quería Ripert. La buena fe es un concepto al que parece haberle sucedido un problema similar a la rana de Esopo: tanto quiso ser importante, tanto se infló para alcanzar las dimensiones del buey, que finalmente reventó¹⁴ y lo que encontramos después no son sino hilachas difícilmente utilizables.

¹⁰ Más sobre el tema de las relaciones entre la Moral y el Derecho moderno puede verse en Fernando de Trazegnies Granda: *Ética y Derecho*, en *Aula Magna: Ética e Investigación JBI* (¿Bí? ¿Justicia los medios? Pontificia Universidad Católica del Perú), Lima, 1998.

¹¹ Cit. p. DE LA FUENTE Y LAVALLE, Manuel, *La fuerza de la buena fe*. En: *Artículo Anual Alvariz*, José Luis de los Ríos, Carlos Alberto Soto, editores. Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Palestra Editores y Editorial Temis, Lima, Bogotá, año 2000, pp. 275-276.

¹² DE LA FUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 276.

¹³ RECASSENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1961, p. 327.

¹⁴ *Rana rupta et būs*, en *Phaedrus*, Augustus Iulianus Fabularum Aesopio. L. Muelini: Leipzig, S. G. Teubner, 1876.

Manuel de la Puente, con particular lucidez, destaca que el concepto de buena fe no puede ser apreciado desde el punto de vista de su raigambre ética sino en función del mecanismo jurídico dentro del cual se integra: el mejor camino para analizar la buena fe no es el de las definiciones de los aspectos morales que pudiera conllevar "sino a través de la manera como se ha incorporado al Derecho, que es algo positivo, tangible". Pero aún así, agrega de la Puente, "no existe una definición precisa de la buena fe sino que hay que analizar su sentido en cada uno de sus incorporaciones al orden jurídico".¹⁸ Sin embargo, si no existe un concepto general de buena fe, simplemente no podemos utilizar esta expresión como elemento lingüístico significativo y deberíamos abandonar el campo para dedicarnos a estudiar normas puntuales que no pueden ser agrupadas porque carecen de un concepto jurídico fundante de todas ellas o de una institución en común que pueda ser definida de manera precisa.

II. LA BUENA FE EN EL DERECHO MODERNO

I. Buena fe y sociedad de mercado

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho y con los caveat del caso, pienso que podemos todavía hablar de la buena fe como de una institución jurídica válida. Pero ello es posible en la medida de que optemos por permanecer dentro del marco del Derecho moderno; y esto solo se cumplirá si abandonamos la conexión con una moral objetiva.

Como antes he dicho, la racionalidad del sistema jurídico moderno no se funda en un sistema de valores ajenos al propio sistema: el jurista —llámese juez o tratadista o (por extensión) legislador— no es una suerte de pintor que tiene ante sí el espectáculo maravilloso de la naturaleza y que con pinceladas magistrales reproduce ese paisaje en su lienzo jurídico. No hay un modelo "natural" porque el hombre moderno se inventa a sí mismo e inventa a su mundo. La ley no es el trazo obligatorio para que el mundo se parezca necesariamente a su ideal moral sino que es un principio de organización orientado a que cada vez sea más importante la posibilidad de abandonar la naturaleza y reinventar la vida. Por consiguiente, toda "raigambre ética" en el sentido de vinculación con un esquema valorativo estático, tiene que ser abandonada. Por otra parte, una raigambre de tal naturaleza no constituye un denominador común de todos los derechos posibles y, lo que es más grave, no es un elemento loable desde el punto de vista del pensamiento moderno, eminentemente libertario y creador. Si predominara una ética objetiva en el mundo moderno y una racionalidad que nos muestra la "verdad" de las cosas, no cabrían elecciones para designar a los gobernantes ni votaciones para aprobar las leyes: habría que procurar, como quería Platón, que los gobernantes sean filósofos y éstos decidirían "racional y objetivamente" en función de esos valores objetivos y de esa verdad, sin la perturbación democrática de las opiniones de quienes no son capaces de llegar a tal objetividad. Nadie vota si el cielo es azul o verde: simplemente, el color del cielo en cada oportunidad es una verdad objetiva que no admite discusión y que quien discrepe debe hacerse revisar la vista. De la misma forma, dentro de un pensamiento social "objetivista", lo que es el bien y lo que es el mal —en general y en cada caso concreto— no puede ser discutido porque el bien es el bien y el mal es el mal. Consecuentemente, hay que llamar como gobernantes y legisladores a quienes mejor saben alcanzar esa verdad objetiva de los principios y valores; y luego dejarlos tranquilamente que ellos decidan por todos porque no se trataría de escoger entre varias posibilidades iguales sino de encontrar la verdad.

Pero, si admitimos que el mundo moderno ha abandonado ese absolutismo conceptual y que la libertad tiene un efecto corrosivo que no permite hablar de verdad sino muy limitadamente en el plano de la razón práctica, si admitimos (aunque lo hagamos con reservas) que todos pueden tener razón y que es por eso que necesitamos votar, entonces la buena fe no puede ser la expresión

¹⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Manuel Op. Cit.*, p. 376.

de una moral universal ni la presencia de los valores objetivos y naturales dentro del torbellino del Derecho y la vida modernos. ¿Cómo hablar, entonces, todavía de la buena fe como aspecto todavía importante en el Derecho en los tiempos actuales?

Quizá es conveniente, para este efecto, seguir el camino marcado por Max Weber con relación al análisis de la sociedad moderna y del Derecho moderno, a fin de comprender la naturaleza profunda de estas instituciones, sus incompatibilidades y sus posibilidades.

Para Max Weber, la sociedad moderna es un mundo organizado socialmente en función de las ideas liberales y del mercado. Esto significa que este mundo está formado por individuos que buscan alcanzar las mayores posibilidades de libertad compatibles con la existencia de un sistema que facilite y proteja la libertad. Esto significa cuando menos dos cosas: (a) el criterio de satisfacción individual no está en elementos externos al individuo mismo (valores objetivos por lograr) sino en alcanzar el mayor nivel posible de decisión en los actos y circunstancias que se refieren a su persona (libertad subjetiva); pero (b) estos individuos tienen que ser racionales, es decir, comportarse en forma tal que su conducta pueda ser plasmada en reglas generales, sin incurrir en contradicciones. La idea de racionalidad kantiana está presente como una forma que no recorta la libertad sino que impide su auto-destrucción y, por consiguiente, la facilita. Como señalaba Kant, robar no es un acto racional, no porque vaya en contra el Séptimo Mandamiento ni de precepto moral alguno, sino porque es una contradicción en sí mismo: si robo estoy negando la propiedad; pero como robar significa querer ese bien para mí, estoy al mismo tiempo reconociendo contradictoriamente la propiedad privada. Aplicando esta tesis al mercado, podríamos decir que el único criterio objetivo de valor es la libertad individual (que, en el fondo, no es sino la posibilidad subjetiva de crear valores o intereses propios); pero esa libertad individual debe ser racional, es decir, no puede llegar al extremo de comprometer las bases de esa sociedad que quiere precisamente proteger y desarrollar la libertad de cada uno de los individuos que la conforman.

Por otra parte, el ejercicio de la libertad implica información; y, a su vez, la información exige seguridad y posibilidad razonable de predicción. La libertad no es escoger a ciegas, no es el derecho a jugarse el azar sino la posibilidad de adoptar una decisión racional sopesando el mayor número de elementos en juego. Entre ellos, se encuentra el conocimiento relativo de lo que va a suceder en un caso u otro como consecuencia de cada alternativa. De ahí que resulte vital para este sistema liberal y de mercado, basado en la libertad individual, que el Derecho garantice una cierta seguridad que proporcione las bases para realizar tal predicción. Si no hay seguridad jurídica, no habrá posibilidad de predicción y nos convertiremos en ciegos que tratan infructuosamente de ver a la distancia. En estas condiciones, cada decisión nuestra no será un acto racional sino un lanzarse al albur en la oscuridad. Eso no es libertad.

Por tanto, el Derecho que rige este tipo de sociedad moderna tiene que proporcionar seguridad a esos individuos maximizadores que buscan ejercer en el mayor grado posible su libertad individual. De ahí deduce Weber que ese Derecho no puede ser otro que el racional formal, es decir, un Derecho no basado en conductas aisladas sin conexión entre ellas (irracionalidad) ni tampoco en una racionalidad externa, basada en un sistema moral o religioso que se impone sobre los individuos. El Derecho de la modernidad tiene que basarse en sí mismo (formalidad), ya que es el resultado de la actividad libre y creadora de los hombres que no puede ser perturbada por consideraciones externas que menoscabarían la libertad y, al mismo tiempo, producirían inseguridad creando una reducción de la capacidad de decisión, es decir, un recorte de la libertad individual. Y, por otra parte, el Derecho de la modernidad tiene que construirse racionalmente, es decir, sobre la base de reglas generales que permitan que los hombres vivan libremente sin contradicciones.

Todo ello no significa que la Ética haya sido dejada de lado: simplemente, se trata de una Ética diferente que no impone una forma de vida a los hombres sino que plantea como su principal

valor la posibilidad de que los hombres se den la forma de vida que quieran. Es así como un sistema jurídico que brinde esta posibilidad de libertad a los individuos es considerado moralmente superior a uno que no la da. Pero se trata de una moral no intrusiva que, lejos de inmiscuirse en los detalles de la vida de los hombres, se limita a fundamentar de manera socialmente coherente el principio superior de la libertad individual.

Por otra parte, la moral también se hace presente dentro de las bases del propio sistema jurídico formal porque es bueno cumplir los preceptos que permiten organizar la sociedad de mercado y, en cambio, es malo proceder disruptivamente afectando la libertad de todos y a la larga de cada uno. Pero nuevamente aquí, la moral de la que estamos hablando no es un conjunto de valores o un cuerpo de principios o un código de vida, ajeno al mercado y a la sociedad liberal. Por el contrario, más que una Moral (con mayúscula) se trata de una moralidad implícita en el sistema mismo y que constituye condición de su existencia y de su funcionamiento adecuado. Es "bueno" obedecer la ley, porque al obedecerla reafirma la posibilidad de predicción de las conductas y así contribuyo a aumentar la libertad.

Es ahí donde re-encontramos a la buena fe. Esta no será una raíz ética afincada en valores permanentes, no será una suerte de base moral de la humanidad afilende las culturas y los tiempos, no será actuar libres de pecado y de culpa; será simplemente respetar las condiciones en las que el mercado opera, i.e., las reglas que permiten que cada individuo haga de su vida lo que mejor le parece, sin verse afectados por las conductas de otros individuos que también quisieran que prime una sociedad donde cada uno pueda alcanzar sus propios intereses.

2. Rastreado la buena fe dentro de un Código Civil moderno

Es interesante hacer el ejercicio de revisar un Código Civil moderno –sin perjuicio, por cierto de las manifestaciones de la buena fe en otros campos del Derecho– para determinar el papel que se le otorga a esta institución en las relaciones sociales privadas de hoy en día. Para este efecto, tomaré como ejemplo el Código Civil peruano de 1984.

Ante todo, nos llamará la atención comprobar que la buena fe está presente en prácticamente todos los campos del Derecho Civil. El Código peruano contiene 49 artículos que se refieren expresamente a la buena fe.

Sin embargo, aun cuando se trata de una institución de ancho alcance, casi de un principio constructivo del Derecho que abarca todas las relaciones civiles, no aparece en el Título Preliminar. El Código contiene dos artículos dispersos que expresarían la obligación genérica de buena fe. De un lado, el artículo 1362 –ubicado en la Sección sobre los Contratos que dispone que "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes" y, de otro lado, el artículo 16B –ubicado en el Acto Jurídico– que dispone que "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". En realidad, parecería haber un tercer principio implícito en la aplicación del criterio de la buena fe dentro del Código Civil: "Quien actúa de buena fe no debe resultar perjudicado por la mala fe o los errores de otros". Sin embargo, el legislador no se ha atrevido a ir tan lejos como para hacer un enunciado general de esta naturaleza y ha preferido crear normas específicas respecto de los casos en los que este tercer principio puede aplicarse, para evitar la inseguridad contractual que podría derivarse de tal postulado genérico.

A partir de ese marco genérico, el Código va salpicando los casos específicos en los distintos libros y secciones de ese cuerpo legal.

Es así como, en lo que se refiere al acto jurídico, precisa que la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido

derechos de titular aparente.¹⁶ Y también que, tratándose de fraude, la declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe.¹⁷ En ambos casos, la aplicación de la mala fe parece responder al tercer concepto genérico al que hice alusión anteriormente y que solo ha sido explicitado a través de casos concretos.

El Derecho de Familia merece también la atención puntual de la buena fe. Es así como, si una pareja contrajo matrimonio prescindiendo de los trámites formales que establece la ley, este acto queda convalidado si los contrayentes obraron de buena fe y subsanan la omisión.¹⁸ Pero el matrimonio puede ser anulable cuando ha sido celebrado ante funcionario incompetente solo si quien demanda la anulación actuó, de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario.¹⁹ En cambio, si los contrayentes actuaron de mala fe, el matrimonio es nulo sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran corresponder.²⁰

De otro lado, ante una situación de bigamia, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, solo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la nulidad de su matrimonio y a condición de que hubiese actuado de buena fe.²¹ Asimismo, en esa situación tan delicada que se presenta cuando una persona ha contraído segundas nupcias en razón de que su primer marido ha desaparecido sin que se haya declarado su muerte presunta, ese segundo matrimonio solo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe.²²

En relación con el otro cónyuge y los hijos de un matrimonio invalidado, la buena fe nuevamente decide las situaciones: el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.²³ Asimismo, el matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe.²⁴ De otro lado, la nulidad del matrimonio por haber sido celebrado con persona que estaba impedida de contraerlo no afecta los derechos sucesorios del cónyuge que lo contrajo de buena fe, salvo que el primer cónyuge sobreviva al causante.²⁵

En materia de Sucesiones, la buena fe protege al tercero que adquirió bienes hereditarios mediante contrato a título oneroso celebrado por el heredero aparente que entró en posesión de ellos; y, obviamente, si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos.²⁶

Por otra parte, el poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero, pero no está sujeto al pago de daños y perjuicios.²⁷ En cambio, los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso de bienes que hubieran sido objeto de una partición que luego se declara nula por preterición de algún sucesor, no son afectados en su derecho por tal nulidad.²⁸

¹⁶ Artículo 194 del Código Civil peruano de 1984.

¹⁷ Artículo 197 del Código Civil peruano de 1984.

¹⁸ Artículo 274, inciso 8, del Código Civil peruano de 1984.

¹⁹ Artículo 277, inciso 8, del Código Civil peruano de 1984.

²⁰ Artículo 274, inciso 9, del Código Civil peruano de 1984.

²¹ Artículo 274, inciso 3, del Código Civil peruano de 1984.

²² *Ibidem*.

²³ Artículo 384 del Código Civil peruano de 1984.

²⁴ Artículo 285 del Código Civil peruano de 1984.

²⁵ Artículo 827 del Código Civil peruano de 1984.

²⁶ Artículo 865 del Código Civil peruano de 1984.

²⁷ Artículo 866 del Código Civil peruano de 1984.

²⁸ Artículo 865 del Código Civil peruano de 1984.

El área de los Derechos Reales recogió históricamente desde muy temprano el concepto de la buena fe como institución protectora de quien obró honestamente. En esta parte del Código encontramos incluso una definición de lo que se entiende por buena fe en relación con la posesión ilegítima: la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título³⁵; y, consecuentemente, la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.³⁶ Y, dentro de estas reglas generales, se dispone también que la buena fe del poseedor se presume, salvo prueba en contrario.³⁷

La consecuencia principal de esta buena fe del poseedor es que, mientras el poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor³⁸ y debe devolver los frutos o su valor estimado³⁹, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos⁴⁰ y no responde en la custodia del bien por el caso fortuito.

Situaciones que merecen una cierta atención particular son las derivadas de la edificación de buena fe. En principio, cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno.⁴¹ Pero si el propietario del suelo obró de mala fe, la opción antes referida corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno.⁴² En cambio, cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor.⁴³ Una variante de esta situación se produce cuando la edificación no se realiza íntegramente en terreno ajeno sino que, estando basada en terreno propio, sucede que por un error topográfico o por ignorancia no culpable de la ubicación del lindero con el terreno vecino, la construcción sobrepasa el área propia sin que el dueño del área ajena haya objetado. En este caso, nuevamente la institución jurídica de la buena fe salva a quien obró honestamente: la ley lo faculta para adquirir ese terreno adicional que ha invadido de buena fe, salvo que decida destruir lo edificado. Pero si la invasión se ha producido de mala fe, tiene que demoler lo construido y pagar una indemnización, salvo que el dueño del terreno invadido decida hacerlo suyo a ningún costo.⁴⁴ Otra variante es que quien edifica lo hace en terreno propio, pero con materiales ajenos (lo mismo es aplicable cuando siembra en su propiedad semillas o plantas pertenecientes a un tercero). En este caso, si lo hizo de buena fe, paga el valor de los materiales (o semillas) y una indemnización; pero hace suyo lo construido o sembrado; pero si lo hizo de mala fe, paga el doble del valor de los materiales o semillas.⁴⁵

Un tratamiento especial lo merecen los bienes muebles debido a las condiciones especialmente simples de su transferencia, que dieron lugar a la regla clásica del Derecho francés, aplicada después a todos los ordenamientos jurídicos civilizados: la *possession vaut titre*. Aquí la regla consiste en que la equivalencia entre la posesión y el título funciona, como es lógico, siempre que exista buena fe en el adquirente. Sin embargo, se crean dos excepciones en las cuales, aun existiendo buena fe, no se

³⁵ Artículo 906 del Código Civil peruano de 1984.

³⁶ Artículo 907 del Código Civil peruano de 1984.

³⁷ Artículo 914 del Código Civil peruano de 1984.

³⁸ Artículo 909 del Código Civil peruano de 1984.

³⁹ Artículo 910 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁰ Artículo 908 del Código Civil peruano de 1984.

⁴¹ Artículo 941 del Código Civil peruano de 1984.

⁴² Artículo 942 del Código Civil peruano de 1984.

⁴³ Artículo 943 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁴ Artículo 944 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁵ Artículo 945 del Código Civil peruano de 1984.

le reconoce la propiedad al adquirente: cuando se trata de bienes perdidos o de bienes adquiridos con infracción de la ley penal.⁴²

Hay algunas situaciones peculiares de la buena fe en materia de Derecho Reales que han merecido un tratamiento legal específico en el Código. Así, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega material de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos (como el conocimiento de embarque o el warrant), salvo prueba en contrario.⁴³ Por otra parte, el objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada.⁴⁴ Y, pensando en los granjeros en general o en los ganaderos del siglo XX, el Código señala también que, en los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe.⁴⁵

La buena fe interviene también en la apreciación de la posesión que da origen a prescripción adquisitiva. La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante cinco años si hay justo título y buena fe; en cambio se requieren diez años si no los hay.⁴⁶ Si se trata de propiedad mueble, la buena fe genera igualmente una distinción fundamental: cuando hay buena fe basta dos años y cuando no la hay se exigen cuatro años.⁴⁷ Cuando es el caso de adquirir por prescripción una servidumbre aparente, se necesitan cinco años con justo título y buena fe, mientras que este plazo se dobla si estos elementos no están presentes.⁴⁸

La buena fe interviene igualmente en la controversia entre varias personas que pretenden derechos sobre un mismo bien. Cuando concurren varios acreedores a quienes el propietario se ha obligado a entregar un inmueble, también se prefiere al que obra con buena fe; y dentro de los que están en esta condición, al que tenga su título primeramente inscrito o, en defecto de inscripción al más antiguo.⁴⁹ Si el bien es mueble, se aplica una regla análoga con la diferencia lógica de que en vez de la inscripción se toma en cuenta la tradición.⁵⁰

En el campo del Derecho de las Obligaciones, la buena fe ciertamente tiene una presencia importante. En primer lugar, el pago indebido da lugar a una serie de situaciones que deben ser apreciadas conforme a la honestidad de los intervinientes.

En primer lugar, queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción sobre el verdadero deudor.⁵¹ Análogamente, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, solo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o

⁴² Artículo 948 del Código Civil peruano de 1984. La frase del Código no es clara porque puede entenderse, restrictiva y literalmente, que solo es excepción si la adquisición se realiza con infracción de la ley penal, es decir, si el bien se adquirió por robo, etc. Pero esto no tiene sentido porque entonces no habría buena fe. También puede leerse el participio "adquirido" como adquirido con infracción de la ley penal por quien transfirió el bien. Sin embargo, pienso que se trata simplemente de una redacción defectuosa porque el sentido es que si el bien ha entrado en circulación teniendo como origen un robo u otra infracción de la ley penal, ninguno de los que recibe posteriormente el bien, aunque sean todos de buena fe (después del primero que necesariamente obró de mala fe), puede oponer su derecho al legítimo propietario que fuera despojado con infracción de la ley penal.

⁴³ Artículo 903 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁴ Artículo 937 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁵ Artículo 946 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁶ Artículo 950 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁷ Artículo 951 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁸ Artículo 1040 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁹ Artículo 1133 del Código Civil peruano de 1984.

⁵⁰ Artículo 1136 del Código Civil peruano de 1984.

⁵¹ Artículo 1268 del Código Civil peruano de 1984.

gastado.³⁰ Sin embargo, aunque medie buena fe, el que acepta el pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.³¹

Por una parte, si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo y en ningún caso responderá por daños y perjuicios.³²

En cambio, el que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal o los frutos percibidos o que ha debido percibir y además responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.³³ También si esa persona de mala fe, enajena el bien recibido a un tercero que igualmente actúa de mala fe, el que efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios. Si el tercero adquirente obró de buena fe y la enajenación fue a título oneroso, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios; en cambio, si la enajenación fue a título gratuito, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien, pero solo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe.³⁴

Tratándose de obligaciones de hacer o de no hacer, se aplican las reglas antes señaladas en cuanto fueran procedentes; pero, como principio general, quien acepta el pago indebido de buena fe, solo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado, mientras que si procede de mala fe queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.³⁵

Finalmente, en materia de Obligaciones, está el caso de la cesión realizada contra pacto que la prohíbe o la restringe: este pacto es oponible al cesionario de buena fe solamente si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.³⁶

La normatividad referente específicamente a Contratos contiene una sola norma relativa a la buena fe, pero de una importancia crucial: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes". Esta es una de las disposiciones legales más genéricas en lo relativo a la buena fe y que, por consiguiente, tiene un amplio espectro de aplicabilidad en materia contractual. Nótese cómo, aun cuando el legislador hace un esfuerzo por apartarse mediante la buena fe de un formalismo jurídico, la fascinación que el positivismo ejerce en los juristas latinoamericanos no le permite ir muy lejos y se ve obligado a disfrazar ese propósito subversivo con la referencia a unas "reglas" de la buena fe que obviamente no existen; cuando menos, no se trata en este caso de normas positivas que definan la buena fe sino de principios y conceptos doctrinarios bastante distantes de la idea de "regla".

Todavía hay algunas normas más en el Código Civil que introducen la idea de la buena fe. En el caso del saneamiento, se reitera que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos.³⁷ Cuando un bien se ha arrendado a varias personas, prima (análogamente al caso de la transferencia de dominio)

³⁰ Artículo 1223 del Código Civil peruano de 1984.

³¹ Artículo 1271 del Código Civil peruano de 1984.

³² Artículo 1272 del Código Civil peruano de 1984.

³³ Artículo 1269 del Código Civil peruano de 1984.

³⁴ Artículo 1270 del Código Civil peruano de 1984.

³⁵ Artículo 1276 del Código Civil peruano de 1984.

³⁶ Artículo 1210 del Código Civil peruano de 1984.

³⁷ Artículo 1495 del Código Civil peruano de 1984.

el arrendatario de buena fe.³⁸ Asimismo, en concordancia con las normas antes indicadas sobre propiedad, el adquirente de un bien mueble no está obligado a respetar el contrato de arrendamiento si recibió su posesión de buena fe.³⁹ Tratándose de un mandato sin representación, el mandatario queda automáticamente obligado a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando sin embargo a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.⁴⁰ Las deudas de juegos y apuestas no puede ser materia de novación, otorgamiento de garantía para su pago, ni cualquier otro acto jurídico que encubra o envuelva su reconocimiento; pero su nulidad puede oponerse al tercero de buena fe; y si dieran ilegalmente objeto a la emisión de títulos de crédito a la orden del ganador y en contra del perdedor, no pueden perjudicarse los derechos del tercero de buena fe.⁴¹

Un área que acoge particularmente a la institución de la buena fe es la de los registros públicos. En realidad, el registro refuerza y respalda al tercero de buena fe que se ha guiado por aquello que aparecía registrado; y la buena fe de ese tercero se presume –*iuris tantum*– mientras no se le pruebe que conocía las irregularidades del registro.⁴² A su vez, la no inscripción de un bien en el registro da lugar a que el acto en cuestión no afecte a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe en el lugar donde debió ser registrado.⁴³ Dentro del mismo orden de ideas, el tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de estos no inscritos.⁴⁴

3. ¿Qué es la buena fe dentro de un sistema jurídico moderno?

Si examinamos todas las reglas del Código Civil peruano a que he hecho referencia y nos preguntamos cuál es el denominador común de esas situaciones al cual pudiéramos calificar como el “concepto de la buena fe”, quizá encontraríamos muy poco.

La impresión que tenemos luego de haber analizado este “inventario normativo” (civilista) de la buena fe, es que se trata de un concepto elusivo que implica ante todo una cierta transparencia; quizá mejor, una cierta inocencia.

En primer lugar, la buena fe a la que se refieren las normas citadas está profundamente vinculada al conocimiento de una eventual ilicitud. Esta noción de buena fe se encuentra en relación con las posibilidades de conocimiento e información que tienen las partes de los hechos ilícitos que pudieran esconderse detrás de los pliegues del acto. Como dice la regla del Código peruano en materia de posesión: tiene buena fe la persona que cree en la legitimidad de su derecho, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título. En esta condición podemos encontrar a subadquirentes que no conocían la simulación del acto, a contrayentes que creyeron casarse regularmente porque no conocían los trámites omitidos, a hijos o a terceros que no tenían por qué conocer la irregularidad del matrimonio de una pareja, al cónyuge superviviente que no puede ver afectados sus derechos sucesorios si no conocía que su esposo causahabiente no era legalmente su esposo porque tenía impedimento al momento de casarse, al tercero que adquirió bienes sucesorios de un presunto heredero sin saber que no era legalmente el heredero, etc. La buena fe así entendida tiene la función de escudo protector: la inocencia bloquea los daños que pudiera haber recibido normalmente la persona como consecuencia de una tal situación irregular.

³⁸ Artículo 1670 del Código Civil peruano de 1984.

³⁹ Artículo 1708, inciso 3, del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁰ Artículo 1810 del Código Civil peruano de 1984.

⁴¹ Artículo 1945 del Código Civil peruano de 1984.

⁴² Artículo 2014 del Código Civil peruano de 1984.

⁴³ Artículo 2031 del Código Civil peruano de 1984.

⁴⁴ Artículo 2038 del Código Civil peruano de 1984.

Esta buena fe no se limita al ámbito contractual sino que extiende su alcance protector más allá de quienes formaron parte de la relación directa original, como cuando se establece que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos.⁵⁵ Como puede apreciarse, se trata siempre de un concepto vinculado al nivel de información: quien adquiere la posesión no sabía –y no estaba razonablemente en posición de saber– que quien le transmite el derecho no tenía facultad para hacerlo porque correspondía a otro. Como dicen Planiol y Ripert, “La buena fe del poseedor consiste en ignorar el vicio que le ha impedido convertirse en propietario o que hace frágil su título de adquisición”.⁵⁶ Es irrelevante si quien se lo transmite era consciente de su falta de título o no; lo importante es que quien ejercía la posesión ignoraba el defecto. En este caso, la buena fe lo ampara, en materia de frutos, no solamente frente a quien le transfirió ese derecho inexistente o defectuoso sino también frente al tercero que era el titular legal de tal posesión y a quien el llamado “poseedor de buena fe” ni siquiera conoció.

Evidentemente, la buena fe no puede consistir en la inocencia del ingenuo o del negligente. Si esa persona que alega buena fe no conoció el hecho irregular que se encontraba detrás de la situación a pesar de que cualquier persona razonable se hubiera dado cuenta de que tras las cortinas existía gato encerrado que insinuaba su irregularidad, no estamos ante una situación de buena fe sino de necesidad. Como dice Paulus, “*nas nec stultis solere succuri sed errantibus*”⁵⁷, el Derecho socorre a los que yerran pero no a los estúpidos. Por otra parte, si la irregularidad no era evidente pero hubiera bastado un poco de diligencia para comprobarla, tampoco podemos hablar de buena fe ya que ésta supone no solo inocencia razonable sino también diligente. Según Scaevola, *ius civile vigilantibus scriptum est*⁵⁸, el derecho civil se ha escrito para los diligentes. Si el gato estaba silencioso pero para descubrirlo hubiera bastado descomer la cortina y tal descorrimento era posible hacerlo pero no se hizo por desidia, no podemos hablar de buena fe. Este es el caso, por ejemplo, de aquel a quien le ceden una obligación en cuyo documento constitutivo se establecía que no podía cederse.⁵⁹ quizá la cesión se realiza por un documento independiente, pero lo menos que puede hacer el cesionario es revisar el documento constitutivo de la obligación que le es cedida. Si no lo hace, no se trata de un caso de buena fe sino de negligencia. Y una conducta negligente no puede ser considerada como de buena fe y protegida por el Derecho, porque la protección en ese caso significaría perjudicar injustamente a aquel que fue víctima de la irregularidad primigenia, por ejemplo, no permitiéndole recobrar los frutos que le hubieran correspondido o gozar del bien inmueble que le correspondía como heredero y que fue vendido irregularmente a un tercero, etc.

Es por ello que Planiol y Ripert recuerdan que, en Derecho Civil, la buena fe –entendida como ignorancia de la situación o como error involuntario– no es en sí misma excusa porque a veces la falta puede consistir precisamente en no saber o en equivocarse.⁶⁰ La responsabilidad civil es un buen ejemplo, pero no el único. En realidad, para llegar a una relación racional ambas partes deben estar suficientemente informadas de los hechos y de sus consecuencias jurídicas. Esto significa que cada parte que entra en relación con otra tiene el deber de diligencia de informarse previamente sobre la naturaleza y alcance de los acuerdos a los que se dispone a ingresar. Si una de las partes

⁵⁵ Código Civil peruano de 1984, artículo 908.

⁵⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Op. Cit., Tomo II, Nro. 176.

⁵⁷ Paulus, Digestum, 22, 6, 9, nota.

⁵⁸ Scaevola, Digestum, 42, 8, 26 y 31v.

⁵⁹ Artículo 1210 del Código Civil peruano de 1984. Obsérvese que la redacción del segundo párrafo de este artículo no es en absoluto feliz. En primer lugar, se refiere al cesionario “de buena fe” que no revisa el documento constitutivo de la obligación. Indudablemente, así ya no es un cesionario de buena fe por las razones indicadas en el texto que da origen a esta nota. En segundo lugar, ese párrafo habla también del cesionario de buena fe que conoce la existencia del pacto que prohíbe la cesión al momento de contratar con el cedente. Pero igualmente en este caso no se trata de un cesionario de buena fe puesto que sabe que existe impedimento y pese a ello entró en el negocio jurídico. Precisamente, la razón por la que estos casos se incluyen en la sanción de nulidad es porque no son situaciones de buena fe.

⁶⁰ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Op. Cit., T. VI, Nro. 523.

no estaba suficientemente enterada porque no tuvo la diligencia necesaria para informarse; no hay una excusa de buena fe.

De la misma forma como la buena fe puede ser un escudo o protección, en otros casos se convierte en condición para atacar una situación dada que se reputa irregular. Así, solo el bigamo de buena fe puede pedir la nulidad del matrimonio.⁷¹ Por otra parte, solo quien edifica de buena fe puede demandar al propietario del terreno vecino sobre el cual extendió su construcción, que le venda esa parte de su propiedad donde construyó por error.⁷² Se requiere también haber tenido buena fe para exigir el reconocimiento de propiedad sobre un bien mueble adquirido por tradición⁷³ o para exigir preferencia dentro de ciertas situaciones de concurrencia de derechos⁷⁴ o para prescribir con privilegio acogiéndose a un período menor de tiempo.⁷⁵

Pero, al lado de esta buena fe casi estática, concebida como transparencia y como desconocimiento de una situación irregular, encontramos esa otra acepción de la buena fe, más dinámica, vinculada a los contratos, que la ley la erige en criterio para negociar, celebrar, interpretar y ejecutar los acuerdos entre las partes. Esta es aquella que, en vez de ser detallada en sus aspectos puntuales como la primera, los códigos prefieren enunciarla en términos principistas. Dentro del Código Civil peruano este segundo concepto de buena fe está contenido casi exclusivamente en los artículos 172 y 1368.

Negociar el contrato de buena fe supone no intentar engañar a la contraparte. Aquí también es preciso recordar que esa contraparte debe suponerse que es razonablemente alerta y que se encuentra razonablemente informada. Por este motivo, las partes no están obligadas a dar espontáneamente toda la información una a la otra, sino establecer un nivel de comunicación que permita entenderse mutuamente y que no esconda una actitud maliciosa. Por ejemplo, es evidente que, dentro de la libre contratación dentro de una sociedad de mercado, no puede esperarse que el vendedor proponga un precio "justo", ya que los precios se establecen por la ley de la oferta y la demanda y el vendedor tratará de obtener el mayor precio posible y el comprador intentará a su vez pagar el menor precio aceptable. Pero sí es parte de la buena fe que el vendedor le haga ver al comprador los defectos de que pudiera adolecer la cosa y que se supone que normalmente no debiera tener: si va a vender un automóvil usado, debe decirle el año correcto en que fue construido y no sugerirle que es más moderno de lo que realmente es; debe decirle también si a ese auto le falta el neumático de repuesto o si el sistema de frenos tiene una falla que se produce aleatoriamente y cuya causa técnica aún no se ha logrado detectar.

Celebrar el contrato con buena fe supone que se adoptan las formalidades necesarias para que el contrato no sea posteriormente impugnado y también que existe en cada parte verdadera intención de cumplir con las obligaciones a que se compromete.

Interpretarlo y ejecutarlo de buena fe supone que, al vencimiento de las obligaciones pactadas, aun si hubiera un caso de duda, se procurará cumplir con lo que en el fondo fue la común intención de las partes, no la letra sino el espíritu del contrato entendido este como el verdadero sentido del acuerdo de voluntades.

¿Es lo mismo buena fe que intención común de las partes? ¿Y la común intención de las partes no es acaso lo que se ha expresado en el contrato mismo? Las normas legales sobre la materia parecen usualmente diferenciar entre estos conceptos. El anterior Código Civil peruano establecía en un solo

⁷¹ Artículo 274, inciso 3, del Código Civil peruano de 1984.

⁷² Artículo 944 del Código Civil peruano de 1984.

⁷³ Artículo 948 del Código Civil peruano de 1984.

⁷⁴ Artículos 903, 1135 y 1136 del Código Civil peruano de 1984.

⁷⁵ Artículos 950, 951, 1010 del Código Civil peruano de 1984.

artículo que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.⁷⁶ El nuevo Código dividió esta norma en dos artículos separados pero consecutivos: uno que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos⁷⁷ y otro que establece que los contratos se deben negociar, celebrar y ejecutar según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.⁷⁸ En realidad, ambas son reglas legales de igual jerarquía y no hay otra manera de interpretarlas que leyéndolas en conjunto. Cualquiera que sea la forma como se redacte la o las normas al respecto, es indudable que tenemos que ver con tres conceptos que de algún modo se implican, ya que se repelen en un cierto sentido y se contaminan entre sí en otro sentido: (a) lo expresado en el contrato, (b) la común intención de las partes, y (c) la buena fe.

La voluntad de las partes está en la médula de la contratación moderna. Por consiguiente, es a ella que debemos llegar en última instancia. Y, dentro de esa línea de razonamiento, lo lógico es comenzar por lo expresado en el texto mismo del contrato. Todo acuerdo es una comunicación recíproca de concertación y supone una intención común y una expresión de tal concierto de intenciones. La expresión por excelencia del ser humano –aunque no la única, pero sí la que es más capaz de un refinamiento conceptual– es la palabra. En consecuencia, nuestra primera referencia es a la forma como las partes han expresado su acuerdo a través de palabras. Esta construcción gramatical merece nuestra mayor credibilidad y, si bien requiere de interpretación, no podemos ir contra su texto expreso de la misma manera como la interpretación de la ley no puede llevarnos a una solución *contra legem*.

Pero no cabe duda de que las palabras dejan muchos vacíos y pueden ser entendidas de diversas maneras. Ello nos lleva a buscar cuál es esa intención común lograda por las partes, que las palabras quisieran o debieran expresar. Pero aquí tenemos que distinguir a su vez entre las intenciones y los motivos, ya que su confusión puede llevar a consecuencias muy peligrosas para la seguridad contractual. La intención se refiere directamente al objeto del contrato y persigue lograr el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato: la intención de cada parte es obtener la contrapartida contractual. En cambio, los motivos son los aspectos circunstanciales dentro de los cuales se forman las intenciones. Estos aspectos pueden haber sido discutidos por las partes pero no constituyen elementos de la intención o voluntad contractual. Un ejemplo puede aclarar las cosas. Pensemos en Papinianus que se dispone a contraer matrimonio con la hermana Brunilda, lo que gratifica sus sentimientos personales debido a su belleza vikinga –tosca pero sólida– y al profundo amor y deseo que él tiene por ella; al mismo tiempo, una boda de esta naturaleza puede contribuir a fortalecer las relaciones latino-germánicas. Por este motivo, decide hacerle un magnífico presente por el casamiento y le pide a Gaius que le venda su villa en Capri para regalársela a la bella Brunilda. Discuten el precio. Papinianus le explica las razones por las que está interesado en la propiedad y le dice a Gaius que el único propósito de la compra es darle esta extraordinaria satisfacción a su esposa con motivo del desposorio. Gaius lo felicita por haber tenido tan buena idea y le vende la villa a un precio relativamente alto, en función del especial interés del comprador y de las circunstancias que hacen propicio un alza de precio. Pero Brunilda plantea a Papinianus, rechazando en último momento el matrimonio. Papinianus corre donde Gaius y le plantea la resolución del contrato porque al motivo de esa compra –que había sido conocido por el vendedor, Gaius– ha quedado frustrado. Pero obviamente Gaius, si tiene un buen abogado, le contestará que la razón personal de Papinianus para regalar la villa a Brunilda no fue un elemento constitutivo de la común intención de las partes, sino un motivo de una de ellas, que fue conocido por el vendedor pero que no fue integrado en el acuerdo como condición resolutoria. Como señala Ennecerus, la declaración que

⁷⁶ Código Civil peruano de 1936, artículo 1328.

⁷⁷ Código Civil peruano de 1984, artículo 1361.

⁷⁸ Código Civil peruano de 1984, artículo 1362.

constituye verdaderamente una expresión de voluntad es aquella que se dirige a producir efectos jurídicos, es decir, a crear, modificar o extinguir una situación jurídica.⁷⁹ Por consiguiente, la común intención hay que entenderla en sentido estricto, en tanto que condicionamiento recíproco del contrato. Toda la historia que cuenta Papinianus a Gaius sobre su amor por Brunilda que lo lleva a comprar la villa para hacerle este magnífico presente de bodas es una bonita novela, pero no tiene ningún valor jurídico porque las partes de la compra-venta no quisieron hacer de ese motivo un elemento jurídico del contrato.

De esta forma, vía lo expresado en el contrato y dentro de una atmósfera de buena fe, hay que encontrar la común intención de las partes para determinar las obligaciones recíprocas.

Resumiendo diremos que la buena fe tiene dos modalidades que pueden identificarse de acuerdo a los principios que las rigen: hay una "buena fe-sana ingenuidad" y hay una "buena fe-honestidad". La distinción entre ambas categorías no es tajante, pero puede ayudar para comprender mejor los alcances precisos de la institución. Quizá podríamos simplemente hablar de buena fe como honestidad: de un lado, honestidad en el conocimiento y, de otro lado, honestidad en la acción jurídica.

Black, en su justificadamente famoso Diccionario Jurídico, explica que "La buena fe [good faith] es una cualidad abstracta e intangible que no tiene un significado técnico ni determinado por la ley, que lleva consigo, entre otras cosas, una convicción honesta, la ausencia de malicia y la ausencia de intención de defraudar o de buscar una ventaja oculta".⁸⁰ Y también nos dice que "bona fide" es actuar "honestamente, abiertamente y sinceramente, sin engaño ni fraude".⁸¹ En el campo de los negocios, dice siempre Black, la buena fe consiste en la honestidad y en observar los standards razonables de un trato correcto (fair) en la relación comercial.⁸²

Podríamos quizá entender la buena fe como lo contrario de la mala fe. Y ésta a su vez es definida por Black en el sentido de que supone la intención de llevar a error o de directamente engañar a otro o de negarse a cumplir alguna obligación. Mala fe no implica simplemente mala apreciación de las cosas o negligencia sino una actitud consciente de hacer algo que no está bien, "para lograr un propósito deshonesto o por oblicuidad moral". Y agrega: "Se diferencia de la idea negativa de negligencia en que contiene un estado mental afirmativamente operando con designios furtivos o con una voluntad torcida (ill)".⁸³

Por tanto, la buena fe es el marco de corrección u honestidad en el que funciona el Derecho. No se trata de determinar si el precio pactado era justo o excesivo ni si Gaius se aprovechó de la locura amorosa de Papinianus, no se trata de examinar la villa y verificar la realidad de sus bondades para una nueva y amante pareja. Todo lo que interesa a la buena fe es saber si los términos del contrato reflejan efectivamente lo que era valor entendido desde el punto de vista jurídico entre las partes y si para llegar a ello no hubo mala fe, ocultamiento de información o engaño de cualquier forma.

Quizá podríamos decir que la buena fe moderna es una aplicación del principio de no contradicción que está en la base de toda conducta racional, vale decir, general: no hay generalidad -y, consecuentemente, no hay racionalidad- donde hay contradicción. La buena fe en el Derecho actual no es, entonces, sino la exigencia de eliminar las contradicciones que pongan en peligro al correcto funcionamiento del sistema: no se debe actuar en un sentido doble, no se debe jugar el juego

⁷⁹ ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil: T. Parte General* I, Bosch, Barcelona, 1944, p. 54.

⁸⁰ CAMPBELL BLACK, Henry, *Black's Law Dictionary*, Centennial edition (1891-1991), West Publishing Co., Minnesota, 1991, Voz: Good faith.

⁸¹ Loc. Cit. Voz: Bona fide.

⁸² Loc. Cit. Voz: Good faith.

⁸³ Loc. Cit. Voz: Bad faith.

del mercado para desvirtuarlo, no se debe colocar trampas contractuales ni iniciar procedimientos judiciales solo para ganar tiempo sin pagar una deuda, i.e., no se debe utilizar la libertad del mercado para destruir el sistema de mercado minando sus bases.

Entendida así, la buena fe no tiene referencia a una Ética ajena a la relación entre las partes, ni aun cuando ésta se expresa en términos jurídicos, como pudiera ser la justicia. El propio Ripert, en el Tratado de Derecho Civil que escribe con Marcel Planiol, reconoce este carácter por así decirlo autónomo de la buena fe: "El fundamento de la buena fe no es solamente la justicia [quizá no es la justicia, simplemente⁸¹], sino el propio interés de los contratantes, por lo que cada uno de los cuales se beneficia con ella. La vida en sociedad es así facilitada".⁸² "La buena fe", dicen siempre Planiol y Ripert, "es la obligación de comportarse como un hombre honesto y escrupuloso no solamente en la formación sino también en la ejecución del contrato, y de no limitarse a la letra de éste".⁸³

La buena fe, entonces, no es sino el conjunto de condiciones básicas gracias a las cuales dos partes se entienden y pueden formar una relación de mercado, es decir, una relación racional en la que ninguna de ellas obra por generosidad respecto de la otra sino en función de maximizar su propio interés, pero que ambas comprenden que si no existe un mínimo de credibilidad y de seguridad en los términos de la transacción el sistema no funciona y todos pierden. Como dice Black, su significado no es técnico ni determinado por la ley; más bien, podríamos decir que es una verdad de atmósfera.

III. LA SUBVERSIÓN DEL DERECHO POR LA BUENA FE

1. La aparición de una nueva noción de buena fe dentro del Derecho moderno

Como hemos visto, la buena fe se asoma primero al Derecho moderno –al principio un poco pudorosamente– en el campo del Derecho Civil, continuando una tradición bastante antigua pero acomodándola para no frustrar las exigencias de seguridad jurídica de la sociedad de mercado. Luego aparece en otras áreas muy sensibles al tratamiento por la buena fe, como la protección de los consumidores y la transparencia del mercado de valores, que merecen un estudio especial que excede los límites de este trabajo.

Sin embargo, se da el caso de que, tras una preliminar intervención tímida, más tarde –y probablemente bajo la influencia de las ideas y/o sentimientos socialistas– la buena fe se despoja a veces de toda castidad y pretende armar un revuelo que hace trastabillar las construcciones jurídicas más sólidas. En realidad, bajo la expresión de "buena fe" comienza a aparecer una nueva noción que procede de canteras diferentes a las del Derecho moderno y que, alimentada intelectual o emocionalmente por teorías políticas distintas al liberalismo y al mercado, amenaza el sistema contractual basado en el predominio de la libertad sobre todo otro valor y en la autonomía de la voluntad de los contratantes.

A diferencia de la buena fe clásica, la nueva noción no se refiere al conocimiento o información que otorgue un cierto grado de transparencia y de seguridad a la relación entre las partes sobre la base de una decisión libre, conciente y madura, cualquiera que sea el contenido de la voluntad de estas. Tampoco se refiere a la honestidad recíproca dentro de la relación contractual, en tanto que virtud que no introduce elementos ajenos a la voluntad de las partes sino que brinda una atmósfera de seguridad y de mutua comprensión a esa relación privada, cualquiera que sea su contenido. La buena fe se presenta ahora subversivamente como la expresión de una conducta supuestamente

⁸¹ Agradecimiento del autor de este ensayo.

⁸² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1928, Tomo VI, No. 379.

⁸³ Loc. Cit.

ideal del sujeto, que lo debe orientar a decidir ciertas cosas y a rechazar otras; un ideal que permite cuestionar la voluntad de las partes aduciendo que esa decisión común no es justa, aunque creyeron las partes que era lo que les convenía al momento de llegar al acuerdo.

Algunos ejemplos gráficos —caricaturescos *ex professo*— permiten precisar la distinción entre una y otra forma de buena fe.

Una persona compra un abono para un festival de cine, en el que se exhibirán films aún por definirse. Sin embargo, luego comprueba que el exhibidor dejó que los clientes entendieran que se trataba de films normales de gran calidad cuando en realidad estaba programando pasar muestras de cortos comerciales que incluso carecían de toda novedad porque habían sido mostrados hasta el cansancio por la televisión. En ese sentido, esa persona reclama con toda razón la devolución de su dinero por cuanto considera que el organizador del festival no ha actuado con buena fe en la concertación de la venta del boleto. Esta podría ser una aplicación de la buena fe clásica que, en última instancia, quiere salvar la común intención de las partes.

Pero examinemos ahora otros usos de la buena fe. Estamos nuevamente ante una compra anticipada de boletos para un festival de cine, con films cuya selección se ha dejado expresamente a la discreción del exhibidor. Pero sucede que después de la venta de los boletos y antes de que se lleve a cabo el festival, el cinema cambia de dueño y como la nueva empresa se dedica a la exhibición de filmes pornográficos, lleva a cabo el festival con este tipo de películas. El adquirente solicita la devolución de su dinero arguyendo que ha habido mala fe no en tanto que quien contrató originalmente con él hubiera actuado con mala fe sino porque de acuerdo a su sentido moral, no esperaba que el festival tuviera esa orientación. Otro caso. Una persona presta a otra una suma de dinero para invertirlo en un negocio; y el prestatario le otorga una garantía sobre las acciones de su propiedad en el negocio objeto de la inversión. Vencido el plazo de la deuda, el prestatario no puede pagarla debido a que el precio en el mercado de los productos que fabrica esa industria ha bajado considerablemente por el momento y el negocio ha perdido dinero; consecuentemente, aquel que realizó el préstamo hace efectiva la garantía. Pero el prestatario alega que él actuó de buena fe porque pensó que el negocio iba a ser un éxito, que no ha sido su culpa que el negocio vaya mal sino que ello se debe a un imponderable y que se merece una segunda oportunidad, por lo que solicita del juez que declare en suspenso la ejecución de la garantía por razones de buena fe y equidad durante un período que permita que el negocio se recupere.

Notamos, ante todo, que en estos últimos casos estamos ante un concepto radicalmente diferente de la buena fe clásica, ya que se aleja de la intención de las partes que dio origen a la relación para objetivarse, más allá de esas intenciones o voluntades, en el rechazo a conductas consideradas "socialmente inaceptables". Mientras que la buena fe conocida hasta ahora establece un *déber* de transparencia en la formación, interpretación y ejecución de un acuerdo, la nueva buena fe quiere crear un derecho para repudiar un acuerdo aun cuando no hubiera habido una falta de transparencia, sólo porque una parte se siente afectada en su equidad. De acuerdo a esta segunda noción de buena fe, Papinianus podría haber increpado a Gaius que mantener vigente la compra de la villa después de que Brunilda lo había desairado sería ir contra la buena fe, porque Gaius sabía que él le compraba esa casa a su futura esposa que no lo fue finalmente. "*Insistir en mantener la venta*", le diría, "*es un acto de mala fe de su parte porque usted sabía que la única razón que yo tenía para comprar la villa era hacerle un regalo a Brunilda*". Por consiguiente, invoca la buena fe para plantear la resolución de ese contrato.

En este segundo e inquietante sentido se ha dicho que la buena fe consiste en que cada interesado tenga en cuenta no sólo su propio interés sino también el de la contraparte. Sin embargo, cuando celebremos un negocio, me cuido de que mis intereses sean reconocidos; y es a la otra parte que le toca velar porque sus intereses sean a su vez reconocidos en el pacto. Por una razón puramente

práctica y sobre la base de la experiencia profesional que demuestra que el mejor contrato es aquel en el cual las dos partes se sienten cómodas y obtienen una ventaja con el acuerdo, procuraré comprender el interés de la otra parte y de conciliar adecuadamente el suyo y el mío. Pero esto no es la aplicación de un deber moral que me obliga a cuidar del prójimo y que incluso podría llevar posteriormente hasta que se declare inválido y/o resuelto el contrato si la contraparte considera más tarde que no está satisfecha con lo pactado. Si examinamos la situación sin prejuicios moralistas, lo que sucede normalmente dentro de la sociedad de mercado es que incluso mi preocupación porque el interés de la otra parte se encuentre adecuadamente reflejado en el contrato es, en el fondo, un interés mío y no de la otra parte: es a mí a quien me interesa que el contrato en el cual tengo intereses definidos, sea sólido y se ejecute sin problemas, lo que incluye que la otra parte esté también satisfecha con la transacción. Pero abrir la puerta para una modificación judicial del contrato sobre la base de que una de las partes no pensó más profundamente lo que en "equidad" le correspondía a la otra, es entrar a un mundo fracasadamente idílico.

La nueva doctrina ha comenzado a llamar "buena fe subjetiva" a la noción clásica y "buena fe objetiva" a esta segunda que se presenta como una *parvenue*. Pero la diferencia entre una y otra es tan grande que algunos autores, como Manuel de la Puente y Lavalle, sostienen que "se trata de dos instituciones diferentes" y que el legislador debió haber utilizado dos palabras distintas para designarlas a fin de evitar confusiones; y es por ello que proponen llamar a una "honestidad" y a la otra "lealtad".⁸⁷ No puedo dejar de estar de acuerdo con el profesor de la Puente en que se trata de dos conceptos totalmente distintos y que la utilización de la misma expresión para significar ambos nos conduce a confusión. Empero, sin perjuicio de que las denominaciones propuestas sean discutibles por cuanto la llamada "buena fe subjetiva" tiene elementos tanto de honestidad como de lealtad, quizá lo adecuado para mantener la coherencia del sistema jurídico liberal no es asignarle un nombre distinto sino simplemente no admitir este segundo tipo de buena fe dentro del Derecho moderno. Pienso que es inconveniente darle carta de ciudadanía jurídica a la "buena fe objetiva" dentro de un sistema de Derecho que pretende organizar una sociedad de mercado, ya que puede minar sus bases indispensables de seguridad y predicción.

Nótese bien que el nuevo concepto no se limita a distinguir entre honestidad en la información y honestidad en la acción, como antes se ha dicho. Una tal distinción es conocida desde muy antiguo. Los romanos, aunque nunca construyeron una teoría de la buena fe, supieron ya de estas dos modalidades de la *bona fides*. En realidad, el concepto de *fides* en Roma nace primero en el campo de lo que ahora podríamos llamar Derecho comercial y luego pasa al Derecho civil. Pero desde el comienzo se reconoce tanto una *fides* entendida como honradez como también una *fides* entendida como lealtad en las relaciones jurídicas.⁸⁸

Pero lo que ahora quiere llamarse "lealtad" o "buena fe objetiva" es algo esencialmente distinto de esos dos aspectos antiguos de la buena fe. La nueva noción pretende regresar a un sistema de valores extra-mercado, independiente y apabullante para el juego de voluntades de los individuos. No analiza la forma como tiene lugar la relación jurídica (en sus aspectos de formación y ejecución) sino el contenido mismo de ella. Es a través de esta segunda acepción que más claramente se pretende introducir en las relaciones entre las partes privadas ciertos criterios ético-políticos que reconfiguren —quizá deberíamos decir más propiamente, desfiguren— la voluntad de esas partes en nombre de presuntos imperativos morales o exigencias del interés social. De esta manera, el legislador estaría regalando una caja de Pandora a los jueces para que extraigan de ella cualquier cosa en nombre de

⁸⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 277-278.

⁸⁸ Véase WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 363. Los traductores al español lo mencionaron a este segundo tipo de buena fe como "piedad o respeto". Pero finalmente, al traducir este libro al inglés, usaron en el título citado o palabra "loyalty". Cf. Max WEBER, *On Law in Economy and Society*, Max Rheinstein, editor, Clarendon, New York, 1954, p. 151.

la buena fe y la impongan a los contratantes. Dado que «como lo reconocen todos los tratadistas» no hay definiciones precisas de la buena fe, al darle a esta institución tales nuevos alcances se estaría dejando dentro del sistema jurídico una suerte de arca vacía dentro de la cual cada uno podría poner lo que se le ocurra de acuerdo con su propia manera de ver las cosas. En esta forma, no habrá pacto contractual que pueda mantener su identidad propia porque siempre podrá ser intervenido judicialmente y sustituido de acuerdo a lo que le parezca al juez de la causa. En las antiguas ventas españolas, usualmente había mesa y vino pero la comida la ponían los propios viajeros según lo que traían en el morral. Los franceses acuñaron una frase irónica para describir estas situaciones en las que uno engorda con sus propias ideas, aunque parezca que está alimentándose con juiciosas construcciones conceptuales de terceros: es como un antiguo mesón español, dicen, donde uno come lo que ha traído. La incorporación de la segunda y más radical acepción de la buena fe equivale a crear un viejo mesón dentro de nuestro Derecho, donde bajo el pretexto de esta "institución jurídica" (absolutamente hueca) cada uno colocará sus propios intereses o prejuicios disfrazados de principios morales o políticos.

2. El pretendido conflicto entre lo expresado en el contrato y la buena fe

Las opiniones que pueden recogerse de diversos juristas sobre esta evolución nos llevan a temer seriamente una desviación del tipo antes señalado.

García Sayán afirma, con todo el peligro que trasunta tal planteamiento, que *"La aplicación del principio de la buena fe puede dar lugar a una amplia facultad de apreciación del juez"*.⁸⁹ Por otra parte, Manuel de la Puente nos dice que *"hoy tal punto de vista [la voluntad común de las partes] está superado, como que responde a una apreciación individualista del derecho. Este se aprecia limitado y supeditado por los imperativos del interés social"*.⁹⁰ Y concluye en forma alarmante: *"De aquí que no pueda considerarse a la mera voluntad individual, que se expresa en un acto contractual, como capaz para engendrar derechos y correlativas obligaciones que atenten contra las recomendaciones de la equidad y la buena fe, al hacerse exigibles aquellas"*.⁹¹ De manera que contenidos tan vagos como las "recomendaciones" de la equidad y la buena fe asumen el carácter de verdad objetiva e incontestable a la cual tienen que conformarse incluso los contratos ya celebrados por las partes; de manera que el juez, supremo intérprete de la equidad, procede a invalidar lo libremente pactado por las partes y decide qué es lo que les conviene, aunque ellas piensan que les conviene algo distinto.

Evidentemente, entramos aquí en el terreno del pensamiento político-social. Personalmente, pienso que de ninguna manera la base voluntaria e interindividual de la contratación ha quedado ahora superada por una interpretación socialista del contrato en la que lo social no es el resultado de la interacción individual sino que tiene una entidad propia y superior a los individuos que, consiguientemente, se impone sobre ellos. Al contrario, el pensamiento socialista parece más bien haber quedado superado con los fracasos de sus experiencias históricas y los abusos que éstas han dado lugar. La controversia toca aquí las bases mismas de la sociedad: debemos optar por el tipo de orden social que queremos construir, para luego definir las características del orden jurídico que debemos aplicar. El Derecho está en función del sistema social en el que un grupo humano elige vivir. Si se quiere vivir dentro de una sociedad de mercado, tenemos que aplicar los principios, resguardos del sistema y garantías de eficiencia de la sociedad de mercado. Y estos elementos constructivos del orden jurídico no pueden ser "superados" por una intrusión socialista porque lo único que se lograría es una disfuncionalidad capaz de llevar al colapso al Derecho dentro de la

⁸⁹ GARCÍA SAYÁN, Enrique, *Los nuevos tendencias en el Derecho contractual y la legislación penaria*, Lima, 1942, p. 18; cit. por DE LA PUENTE Y LAYALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 280.

⁹⁰ DE LA PUENTE Y LAYALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 280.

⁹¹ *Ibid.*, p. 281.

misión que le ha sido asignada en una sociedad de mercado y, por tanto, al colapso de la sociedad de mercado misma. Si se piensa que el socialismo ha superado al mercado y que el objetivo es vivir socialistamente, habrá que cambiar el Derecho porque aquel elaborado durante siglos por y para la sociedad de mercado no sirve dentro de ese concepto diferente y revolucionario de la vida social. No se trata de introducir por la ventana uno que otro elemento sino de construir un nuevo Derecho coherente, acorde con la nueva realidad social. Sin embargo, no parece que hubiéramos llegado a ese punto.

Desde la perspectiva de la sociedad de mercado, negar a los contratantes la capacidad para engendrar por sí mismos maduramente derechos y obligaciones correlativas en lo que no está prohibido por la ley con el argumento de que las decisiones adoptadas al momento de celebrar el contrato atentan ahora contra la equidad y la buena fe, es deformar el cuerpo social y hacer imposible la predicción y el cálculo que son condiciones sine qua non del ejercicio de la libertad y de la garantía de eficiencia de las acciones dentro de este medio social. La equidad y la buena fe –con la vaguedad implícita a la que he hecho referencia– se convierten aquí en los agentes terroristas de la seguridad contractual.

¿Es posible ampararse en la buena fe para abandonar la letra del contrato? Desde hace mucho tiempo que sostengo que el Derecho es siempre materia controvertible, sujeta a interpretación; y que la vida del Derecho está conformada por el juego polémico de las interpretaciones. Pero también he sostenido que, en el caso de la ley, la existencia de un texto enmarca las posibilidades de interpretación, aunque estas siguen siendo innumerables. Por consiguiente, no se puede interpretar *contra legem*: la interpretación de la norma deja un margen amplísimo para entender su sentido, pero no puede desconocer el texto de la ley. En el caso de los pactos privados, existe a su vez un margen amplísimo para entender la común intención de las partes dentro de un marco de corrección (buena fe); pero no puede desconocer el texto del contrato, sustituirlo ni adoptar una interpretación *contra contractum*. Sobre la base de la equidad o de la "costumbre", ¿es posible modificar las cláusulas contractuales estableciendo que una mensualidad que debía ser pagada por adelantado sea pagada al vencimiento del mes? Esto no es matizar la interpretación conforme a lo expresado en el contrato y a la común intención de las partes sino darle al juez las facultades de un juez islámico *cadí* que, sentado sobre su alfombra en la mezquita, escucha a las partes en conflicto y luego resuelve caso por caso, según su manera de entender la *shariah* que representa el "pensamiento correcto" musulmán, sustituyendo la voluntad común de los contratantes por la costumbre y por sus propias ideas (prejuicios) sociales y morales.

Es interesante destacar que si la división de la antigua norma peruana en dos artículos dentro del nuevo Código tiene algún sentido es el de hacer ver que lo expresado en el contrato tiene un valor por sí mismo y que las intenciones de las partes cuentan, todo lo cual no puede desaparecer bajo una intuición diferente de la buena fe.

Por consiguiente, la aplicación del principio de la buena fe no puede dar lugar a una "amplia facultad de interpretación por el juez" sino, por el contrario, solo a una interpretación restringida, indispensable, estricta, que no pierda de vista el texto mismo que las partes, como personas adultas e inteligentes en el idioma, convinieron en el contrato y mucho menos la intención de ellas al momento de celebrar el contrato.

De acuerdo a Max Weber, la justicia del juez *cadí* islámico –que él categoriza como irracional– material o, si se prefiere, irracional-substantiva: "depende esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales".¹² Pero, precisamente, según Weber este tipo de pensamiento jurídico no solo es contrario sino que es contradictorio con el pensamiento racional-formal que constituye el armazón del Derecho moderno: se opone radicalmente a él tanto en materia de racionalidad/irracionalidad como en materia de formalidad/substantividad;

¹² WEBER, *Max*, Op. Cit., Edición en español del Fondo de Cultura Económica antes mencionada, Tomo I, p. 511.

como dice Kronman, para Weber esa justicia irracional-substantiva no logra (o no quiere proponerse) hacer la diferencia entre las bases legales y extralegales (éticas o políticas) de la decisión.²³

Quisiera detenerme en uno de los ejemplos que se han propuesto respecto de la posibilidad de quitar obligatoriedad a lo expresado por las partes en el contrato e inventar judicialmente una regla nueva que está fuera de la voluntad contractual.²⁴

En este sentido, se ha tomado como supuesto un contrato de arrendamiento de una finca rústica en el que se pacta que la renta sea pagada por anualidades adelantadas, aun cuando la costumbre del lugar es que este tipo de fincas paguen la anualidad al vencimiento. Más tarde, el arrendatario aduce que la forma pactada de pago lo coloca en desventaja económica, dice que ni el arrendador ni él mismo eran conscientes de tal costumbre y solicita que se modifique la estipulación expresada en el contrato que obliga a pagar la renta en anualidades adelantadas. ¿Cómo debe resolver el juez?

De acuerdo a la nueva interpretación de la buena fe se dice que es correcto que los contratos obligan a cumplir las prestaciones de la manera pactada (y es exacto también que aquí no ha habido un problema de transparencia o de buena fe en el sentido tradicional). Sin embargo, se dice, "siendo imperativo la norma que establece que los contratos –se entiende todos ellos– deben ejecutarse según las reglas de la buena fe-lealtad, esta norma se introduce por integración en cada contrato, tal cual si fuera una estipulación del mismo". En esta forma, el juez puede, sobre la base de tal "cláusula integrada", dejar sin efecto el pago adelantado y establecer que el arrendatario pague por anualidades vencidas.

No, no puedo estar de acuerdo con una tesis de esta naturaleza que abandona escabrosamente la voluntad contractual y lo expresado sin lugar a dudas en el texto del contrato libremente acordado por las partes.

Si entramos por este camino, no solamente pondríamos gravemente en peligro el sistema contractual sino que además produciríamos una gran cantidad de daños laterales como consecuencia de las disfuncionalidades originadas en el sistema. Por ejemplo, pudiera darse el caso de que el arrendador era plenamente consciente de que en esa región la costumbre era pagar vencido. Pero sucede que la solvencia del candidato a arrendatario no le inspiraba mucha confianza porque era un desconocido; consecuentemente, prefería asegurarse cobrando las anualidades adelantadas. Esto no estaba prohibido por ley alguna y, por tanto, podía exigirlo contractualmente a la otra parte como condición para llegar a un acuerdo, sin tener que entrar en mayores explicaciones. Notemos que si ese arrendador hubiera estado legalmente impedido de cubrirse de eventuales riesgos en esa forma, probablemente no habría arrendado sus tierras a esa persona desconocida y hubiera preferido hacerlo a alguien que tuviera algunas referencias anteriores y le ofreciera otro tipo de garantías. En esta forma, desconocer absurdamente la voluntad contractual de pactar anualidades adelantadas "por razones de equidad", no haría hecho sino impedir la democratización del uso de la tierra agraria, estimulando a que ésta no se entregue en arrendamiento sino a personas "conocidas" que pertenecen a los grupos acomodados de la sociedad.

Por otra parte, los contratantes pudieron haber optado por una forma de pago distinta de la costumbre local, por múltiples razones. Podría haberse dado el caso de que a cambio del pago adelantado, la merced conductiva hubiera sido más baja. O que el pago adelantado era una compensación a un cierto interés frustrado del arrendador en el sentido de que el arrendamiento

²³ T. KRONMAN, *Amory, WEBER*, *Max*, Stanford University Press, Stanford, 1983, p. 77.

²⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Manuel*, *Op. Cit.*, pp. 283-284. Debo decir que tengo un profundo respeto y admiración por la labor académica y por la integridad intelectual y moral del doctor de la Puente, por lo que me siento muy incómodo discrepando en este caso de sus afirmaciones. Sin embargo, el Derecho es contraposición de puntos de vista, y estoy seguro de que el doctor de la Puente, habría sabido tolerar este respetuoso disenso.

tuviera mayor o menor duración, según el caso. Y así podríamos seguir imaginando muchas otras razones. Pero todo esto no interesa, como no interesaba si finalmente Papinianus se casó con la bella Brunilda o no en el caso antes discutido. Todo ello es materia de la evaluación de sus intereses que realizan las partes y solo las partes. El juez no puede intervenir para decirles cómo debieron haber actuado y modificarles su voluntad común. Como decía Stuart Mill, el sencillo principio que debe regir una sociedad que se quiere libre "consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección (la protección de la sociedad libre). Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es suficiente".¹³ Por consiguiente, la sociedad que persigue que cada persona pueda ejercer un máximo de libertad solo puede recortar esa libertad en nombre del mantenimiento y facilitación de esa libertad individual que define su propio bien a medida que se ejercita; pero no se pueda tratar de imponer la idea de un bien superior a todos los individuos que constituya un modelo de acción que recorta la libertad en nombre de una sociedad ideal, pretendidamente objetiva. No es la regulación que, en nombre de un ideal objetivo, fundamenta y permite un cierto grado de libertad de acción en los individuos sino que es la libertad de acción de los individuos que se crea su propia regulación en aras de preservar su propia subjetividad.

Aún más, jurídicamente hablando, en muchos casos las consideraciones aducidas por los defensores de la "buena fe objetiva" son simplemente los motivos personales; pero los motivos «como dice Ennécerus» no pueden invalidar un contrato acudiendo ante el Poder Judicial con los atuendos mendicantes de la ahora llamada "buena fe-lealtad". Y no quiero pensar en lo que pasaría con el sistema económico si esta "buena fe-lealtad" se introdujera no solo en los arrendamientos rústicos sino también en los contratos de financiamiento, en las ventas de títulos valores, en el mercado inmobiliario.

IV. CONCLUSIONES

En resumen, desacralicemos el concepto de buena fe, despojémoslo de esa aureola sintética que le ha sido creada con frases huecas como "presencia de la Moral en el Derecho", "raigambre ética", "deber de colaboración" y otras similares, para convertirla en un concepto operativo, construido sobre la base de criterios concretos que deben estar presentes para que pueda ser llamada a intervenir en el análisis de un caso, al estilo de lo que acostumbra la jurisprudencia anglosajona con las nociones generales a las que les otorga una dimensión verdaderamente funcional sobre la base de tests que deben comprobarse para que puedan ser invocadas.

No hay buena ni mala fe subjetiva como tampoco buena ni mala fe objetiva, cuando menos en el sentido propuesto por los moralistas o por quienes quisieran un mayor grado de intervención de valores ajenos a la libertad individual en los asuntos económicos. En verdad, el único concepto de buena fe que puede ser admitido dentro de un sistema racional es, como se ha dicho, la sana ingenuidad y la honestidad recíproca; y es así como debe entenderse esta institución dentro del Código Civil peruano. Porque la otra manera de entender la buena fe —esa manera moderna y "social"— es simplemente una puerta abierta para que entre por ella cualquier tipo de intruso bajo el pretexto de una peligrosísima equidad o de una justicia romántica.

Esto implica que queda un trabajo importante por hacer. En vez de pensar en principios sociales ideales y vaguedades imposibles de precisar que pretenden humedecer y erosionar el orden jurídico, se requiere una construcción rigurosa del concepto de la buena fe tanto por la doctrina como por

¹³ Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1970, p. 63.

la jurisprudencia, a la luz de los casos concretos que se presentan en la realidad y de la apreciación que éstos nos merecen desde el punto de vista no de la Política sino de la mera honestidad.

Necesitamos una justicia creativa pero también una justicia concreta, inteligente y consistente. En caso contrario, la "teoría" de la buena fe no será sino una más de las piedras que pavimentan el camino al infierno jurídico-social.