



UNIVERSITÀ DI PISA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

Principios y Reglas

INVESTIGACIÓN CONJUNTA REALIZADA ENTRE LA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD DE
PISA Y LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO
2009-2010

PRINCIPIOS Y REGLAS

PRINCIPIOS Y REGLAS

Manuel Gómez Moreno
Presidente de la Comisión de
Investigación sobre el Caso
de La Universidad de Valencia
y La Escuela Libre de Ciencias Sociales

Ángel Gómez

Editorial Icaria

Barcelona 2000

390.11
P957y

PRINCIPIOS Y REGLAS

PRINCIPIOS Y REGLAS

Investigación conjunta realizada
entre la Facultad de Jurisprudencia
de la Universidad de Pisa
y la Escuela Libre de Derecho

2009-2010

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
MÉXICO 2010

SIG. TOPOGRÁFICA

340.11
P957y

ESCUOLA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Nº. ADQUISICIÓN
L00022533

Junta Directiva

DONACIÓN
COMPRA

Fauzi Hamdan Amad, Rector

Vocales

Francisco Simón Conejos
Emiliano Zubiría Maqueo
Pascual Orozco Garibay
José Ángel Villalobos Magaña
Mauricio Oropesa Estrada

Secretarios

Renata Sandoval Sánchez, Secretaria de Administración
Rafael Estrada Michel, Secretario Académico

Consejo Editorial

Francisco de Icaza Dufour, Director
Jaime del Arenal Fenochio
Fauzi Hamdan Amad
Jorge Adame Goddard
Carlos Müggenburg
Gisela Oscós Said

Responsable de la publicación del volumen: Rafael Estrada Michel

ISBN: 978-968-6236-22-4



ESCUELA
LIBRE DE DERECHO

ÍNDICE

Regole, principi e valori. Un viaggio nel diritto VITTORIO BENEDETTI	9
Las normas y los principios en la teoría general del derecho RODOLFO VIDAL GÓMEZ ALCALÁ	55
Principi, regole, buona fede contrattuale MARIO ZANA	95
La buena fe en el derecho civil mexicano actual EDGAR GONZÁLEZ PEREDO	141
Principios y reglas del derecho civil mexicano, en materia de la persona y la familia FERNANDO CATAÑO MURO-SANDOVAL	197
Principi e regole nell'applicazione del diritto. La prospettiva del diritto costituzionale ANDREA PERTICI	231

Ensayo sobre los principios y reglas en la Constitución mexicana RAYMUNDO VÁZQUEZ CASTELLANOS Y RUBÉN MINUTTI ZANATTA	277
Principios y reglas en la jurisprudencia romana. Aspectos teóricos y el ejemplo concreto de la cláusula de buena fe en el ámbito contractual ALDO PETRUCCI Y RODRIGO DE LA PEZA	339
Reglas y principios en el derecho internacional de los derechos humanos. Los derechos humanos de las personas migrantes como reto para la teoría del derecho E. DOROTHY ESTRADA TANCK	407
"Non Ex Regula Ius Sumatur, Sed Ex Iure Quod Est Regula Fiat". Spigolature tra dottrina e prassi sull'elaborazione di regole e principî nel tardo diritto comune ANDREA LANDI	449
Legislación estatocéntrica y tutela principalista en Indias RAFAEL ESTRADA MICHEL	493

REGOLE, PRINCIPI E VALORI
UN VIAGGIO NEL DIRITTO

VITTORIO BENEDETTI

E' noto che la storia della filosofia occidentale abbia preso le mosse dall'esperienza, all'epoca unica ed esemplare insieme, che vide i coloni greci mettere a frutto il contatto –maturato nella Ionia, l'attuale regione turca prospiciente il Dodecaneso– con una assai sviluppata tradizione per l'astronomia e per le religioni creazioniste diffuse in tutto il Medio Oriente fra le popolazioni autoctone, specie quelle mesopotamiche¹.

¹ Senza Diogene Laerzio e le sue *Vite dei filosofi*, probabilmente la nostra conoscenza della vita e delle dottrine di quelli più antichi sarebbe tanto limitata e superficiale da poter in parte creare difficoltà nella ricostruzione del pensiero pure dei maggiori, gran parte dei cui testi ci sono pervenuti, se si consideri che una parte ancor maggiore non è sfuggita a barbarie distruttive. Lo stesso vale per Socrate, di cui poco sapremmo senza i dialoghi di Platone ed i *Memorabili* di Senofonte, che fecero da stimolo, e da esemplare, per quanti dall'Ellenismo, a vario titolo e con peculiarità diverse (Teofrasto, Dicearco, Cicerone, Seneca, Plutarco, Sesto Empirico, Porfirio, Proclo, Filone per limitarci ai più

Un contatto che li stimolò a porre come centrale il problema cosmologico, affrontato in coerenza con una speculazione già allora definibile come "scientifica" per il suo approccio razionalistico alle questioni².

noti), hanno raccolto pensieri e dati biografici ed aneddotici insieme, che seppur sparsi hanno consentito di delineare almeno i percorsi seguiti da quanti, amando davvero il sapere, ampliarono ed approfondiscono costantemente gli studi e le riflessioni sulle grandi questioni di senso, legate all'esistenza stessa, non circoscrivibile al solo suo svolgimento temporale ed alla corporeità.

La storia della filosofia, come qualsiasi disciplina, si è evoluta nel fluire dei secoli; è diventata scientifica, quale esame critico e temporale delle dottrine e laddove assume una prospettiva epistemologica, in un complessivo tentativo di ricostruzione dei corsi e ricorsi, alla Vico, del pensiero umano, che in larga misura possiamo far risalire al filosofo napoletano, prima ancora che ad Hegel in chiave dialettica o a Zeller per rigore. Non ha però essa una dimensione universale, essendo sostanzialmente tutto ciò legato all'esperienza culturale e civile euro mediterranea ed al suo duplice sedimento greco-romano e giudaico-cristiano: non a caso Bertrand Russell volle intitolare la sua ricostruzione di quell'esperienza unica, composta negli anni del Secondo Conflitto Mondiale ed edita nel 1945 a guerra ultimata in Europa, *History of Western Philosophy*; un titolo significativo come il suo seguito: *and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day*.

²Dopo lo Zeller e Robin (l'uno col suo classico *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung darstellt*, Tübingen 1855/1868 e l'altro con *La pensée grecque et les origines de l'esprit scientifique*, Paris 1923, tardivamente tradotti in italiano), a svolgere una disamina puntuale di tali sviluppi di pensiero è stato Rodolfo Mondolfo, prima con il più generale *Problemi del pensiero antico*, Bologna 1936 e poi, dopo il lungo esilio forzato in Argentina, con lo specifico *La comprensione del soggetto umano nell'antichità classica*, Firenze 1958. Da non dimenticare infine, tra i testi che possiamo definire ormai "classici", quello di Pohlenz, *Der hellenische Mensch*, Gottingen 1947, in Italia tradotto nel 1962 raggiungendo subito una meritata diffusione.

In questo modo, il problema dell'*archè*, da prioritario e variamente discusso e risolto, si spostò su piani diversi ed assunse tanto una dimensione di priorità temporale, quanto un carattere di preminenza logica e per questa via il suo significato si estese, venendo assimilato a quello di "fondamento" e di "ragion d'essere"³. Con Aristotele poi l'*archè* viene ad assumere il rango di causa: per lo Stagirita, infatti, essendoci piena corrispondenza tra l'ordine logico e l'ordine reale, è dai "principi" che occorre muovere per investigare e per spiegare i fatti, specie quelli naturali⁴.

³ Uno sviluppo che gli storici contemporanei della filosofia (da noi Emanuele Severino in particolare) giudicano inevitabile, in quanto vedere un qualcosa –sia esso aria, acqua o fuoco– come origine universale della realtà fisica, uomo incluso, avrebbe finito per impedire ogni specificazione e sviluppo di qualsiasi genere. Ed essi quindi ritengono che in realtà l'*archè* fosse il punto di partenza per il riconoscimento dell'altro da noi/in noi. Invero solo in Eraclito il principio dialettico della conflittualità può configurarsi in modo non antinomico come universale, mentre negli atomisti il problema del mantenimento dell'identità nonostante la presenza di un unico ed identico principio non si pone, anche se solo con la teoria del *clinamen* si può considerare salva la libertà e l'individualità.

⁴ In un noto passo della *Metafisica* (1013 a 17) si afferma in modo tranchant che "tutte le cause sono principi", che certamente va compreso nella sua complessità e radicalità, che già un giovane Guido Calogero seppe sinteticamente cogliere redigendo la voce "principio" per "L'Enciclopedia Italiana", vol. XXVIII, edito nel 1935. Invero pure in Archita sembrerebbe chiaro tale carattere polisemico dell'*archè*, laddove avrebbe riconosciuto che il cammino del sapere comporta un andata ed un ritorno dall'universale al particolare e viceversa, perché solo reciprocamente si comprendono, per concludere che "collegando i principi con la fine di tutte le cose" l'uomo si renderà conto che in definitiva "Dio è il principio, il mezzo ed il fine di tutte le cose regolate secondo la giustizia e la retta ragione" (così si sarebbe espresso nell'opera

Quando la Roma vincitrice con le armi sarà conquistata dalla cultura ellenistica, anche la giurisprudenza si arricchirà di un *sapor filosofico*, non meno della retorica forense, la cui trattistica ben conosciamo ed apprezziamo grazie alle preziose opere di Cicerone ed alla monumentale *Institutio oratoria* di Quintiliano, accomunati, pur se tanto distanti tra loro sotto ogni profilo, dalla stessa convinzione che si trattasse di un sapere scientifico e non di una mera tecnica e, soprattutto che il buon oratore dovesse eccellere pure dal punto di vista morale, con buona pace di Platone e del suo *Gorgia*⁵.

Peri sophia, almeno secondo quanto riferisce Giamblico, *Protreptikon*, IV, 39 e ss).

⁵ Per la verità, nonostante si sia avuta quasi una *vulgata* che in quest'opera Platone abbia inteso contrapporre la vita e l'insegnamento del filosofo a quella del retore (identificato nel sofista), già nell'antichità ci fu chi meglio penetrò il senso dello scritto; questi è Quintiliano che, criticando alcune precedenti definizioni della retorica, sottolinea testualmente: *Quidem eam neque vim neque scientiam neque artem putaverunt, sed Critolaus "usum dicendi" (nam hoc *tribè* significat), Athenaeus "fallendi artem". Plerique autem, dum pauca ex Gorgia Platonis a prioribus imperite excerpta legere content, neque hoc totum neque alia eius volumina evolvunt, in maximum errorem inciderunt, creduntque eum in hac esse opinionem ut rhetoricen non artem sed "peritiam quandam gratiae ac voluptatis" existimet et alio loco "civilitatis particulae simulacrum et quartam partem adulacionis", quod duas partes civilitatis corpori adsignet –medicinam et quam interpretantur exercitaticem–, duas animo –legalem atque iustitiam–, adulacionem autem... vocet... legalis cavillatricem, iustitiae rhetorican* (*Inst. II, XV, 23-25*). Quintiliano, dopo aver rimarcato che, tra le opere platoniche, un conto sono gli scritti composti per confutare le tesi degli avversari ed un conto quelli composti per insegnare, aggiunge con acume come vada pure tenuto presente che le parole di Socrate –ovvero di Platone– riguardano la retorica del suo tempo, mentre riconosce che quella vera è degna d'onore, tant'è che conclude l'intervento affermando che è necessario che l'oratore sia un uomo compiutamente giusto, ossia tale

I giuristi stessi, stando a quanto emerge senza ombra di dubbio, dai loro passi riportati nel *Digesto*, vollero e seppero arricchire le proprie opinioni e il modo d'interpretare lo *jus civile* grazie a procedimenti dialettici e riferimenti valoriali che denotano una non superficiale conoscenza delle principali scuole filosofiche e la loro apertura a stimoli non strettamente "professionali"⁶.

Ma quale ruolo giocò, in concreto, nel campo del diritto e della giurisprudenza il fondamentale principio gnoseologico che *cognoscere est scire per causas*, specie se si riflette un attimo sul fatto che una simile impostazione conduce ad un'archè⁷?

Possiamo anticipare che i *praecepta juris* di cui parla il *Digesto* rappresentano l'implicito riconoscimento che aldi là del diritto positivo esistono principi che danno il senso delle regole ed hanno addirittura un potere fondativo maggiore di quello che esprime chi detiene l'*auctoritas*, quando le loro indicazioni divergano,

nelle parole e nelle azioni. Prosegue lungo questa indicazione di fondo, la quale anticipa concezioni che Cicerone proporrà con forza, sottolineando che poco oltre Callicle stesso –e qui si sbaglia perché invece è ancora Socrate a ribadirlo(vedasi Platone, *Gorgia*, 508 c)– concorda sul fatto che il bravo oratore deve essere un uomo giusto e conoscitore del giusto, concetto ribadito nel *Fedro* (*ibidem*, 26-31).

⁶ Copiosissima la messe di studi in materia: basti qui citare le opere basilari di Schulz, di Schiavone e prima ancora di Frezza

⁷ Tale aspetto è stato affrontato con una disamina assai approfondita ed ancor più interessante per i diversi stimoli culturali attuali che l'autore riesce a coglierli ed a proiettarvi insieme, da F. D'Agostino (*Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Milano 1979).

come l'arcinota citazione di Antigone e dei suoi *agrafa nomoi* comprova⁸.

Un'impostazione giusnaturalistica che l'avvento del Cristianesimo non poteva non accentuare e ben radicare nel giro di due secoli scarsi, ossia, per l'Europa occidentale, fino a quando l'insegnamento del diritto rimase vivo a Roma. Gli storici pongono tale termine nella cattura dei Longobardi, quando la maggior parte della popolazione, nel timore di subire sacchi simili a quelli dei Visigoti e dei Vandali, abbandonò l'Urbe per rifugiarsi nelle "castella" o, come i ricchi latifondisti, nelle loro proprietà più lontane, determinando il declino che porterà Roma a contare poco meno di 15.000 abitanti⁹.

Il testimone passò ai monasteri e quindi alle *scholae* cittadine dove lo studio del diritto si mantenne come

⁸ Per non far torto a nessuno, pretermettendone immetitamente il richiamo alla monografia o all'articolo, basti ricordare che di un recente convegno patavino sono stati stampati gli atti (a cura di A. Mazzei, *Dike polypoion. Archetipi di giustizia fra tragedia greca e dramma moderno*, Padova 2004), cui ha fatto seguito A. Jellamo, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero ad Eschilo*, Roma 2005, mentre è in corso di pubblicazione una monografia del Prof. Ripepe a supporto delle lezioni che sta tenendo su questi temi che stanno alla radice degli sviluppi di un diritto affrancatosi lentamente da una matrice sacrale.

⁹ Da lunga data, su ciò concordano gli storici tanto del diritto romano quanto di quello medievale, anche se forse l'immagine di un'Urbe morta dopo che il vecchio cuore dell'Impero era stato avulso dalla sua sede naturale appare spesso tinteggiata con colori eccessivamente foschi e legata allo stereotipo di un Medio Evo oscuro, quando non solo Le Goff si è impegnato in un'opera generale di demolizione critica di tale *topos*, venendo stimolato, preceduto e seguito da studiosi che sono pervenuti allo stesso risultato pur movendo da obiettivi disparati, come quello di voler ricostruire l'origine delle aristocrazie francesi, germaniche, italiane ed iberiche.

naturale completamento della retorica, la terza materia del varroniano trivio, nella scia di una lunga tradizione che da Cicerone trova in Cassiodoro l'ultima conferma degna di nota¹⁰.

Il passaggio per i chiostri non può destar meraviglia, essendo stato San Benedetto ad innovare il monachesimo in Occidente, basandolo sulla preghiera e sul lavoro i cui tempi furono fissati da una precisa "*regola*", ancor oggi da molte congregazioni seguita¹¹.

¹⁰ Contemporaneo di San Benedetto e di Severino Boezio, a differenza di quest'ultimo, non pagò con la vita la sua fedeltà al *Credo* nieno, anzi alla morte di Teodorico, nel 526, per cui conto aveva assolto le massime funzioni di governo sia dal punto di vista politico che burocratico-amministrativo, divenne *praefectus praetorio Italiae*, ovvero la massima figura istituzionale riconosciuta, e come tale si impegnò in un'azione politica coraggiosa quanto poco realista, quale quella di costituire in Italia uno stato romano-barbarico associato all'Impero d'Oriente. Fallito il progetto, con la prima guerra gotica conclusasi con la sconfitta e morte del re Vitige ad opera di Belisario alla testa dell'esercito bizantino di Giustiniano, pressoché subito si ritirò nella natia Squillace in Calabria e nei pressi fondò un monastero a Vivarium ove i cenobiti, sull'esempio benedettino, si impegnarono in una vita ascetica (di silenzio e di preghiera), ma anche di studi e di impegno nella trascrizione, traduzione e quindi conservazione delle massime opere classiche. Era il 540 e vi morirà, a novantacinque anni circa, nel 580. Per quanto attiene la suddivisione degli studi in *trivium et quadrivium* bisogna far riferimento alla sua opera in due libri, di ampio respiro e di taglio quasi encyclopedico, *Institutiones saecularum lectionum*, che era per così dire il naturale seguito delle *Institutiones divinarum lectionum*.

¹¹ La *Regula*, ove si richiama sul finire –seppure come mera citazione– quella di San Basilio, nasce dall'esperienza personale del grande santo di Norcia, copatrono d'Europa, dopo che Giovanni Paolo II gli ha affiancato i santi fratelli Cirillo e Metodio *Slavorum Apostoli*. Merita un sintetico sguardo d'insieme, almeno nei punti salienti e non meramente "interni", perché espressiva, anche dal punto di vista laico stret-

Ora et labora ne è il punto di partenza che merita un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo va sottolineato il suo carattere di rottura col passato, col mondo classico per il quale il lavoro era attività vile che svolgevano solo schiavi, liberti, servi, *addicti* o plebei, essendo tre i settori d'impegno degni dei

to, di un ancora contrastato mutamento di cultura civile, in genere e giuridica in specie. Il *Prologo* indica, in forma discorsiva e confidenziale, i principi della vita religiosa (rinuncia alla propria volontà e totale affidamento Cristo) e paragona il monastero ad una "scuola" che insegna la scienza della salvezza, I settantatré *capitula* che compongono la *Regula* sono diversi come destinatari, contenuti e finalità: ad esempio, il 4 elenca i doveri di un cristiano, richiamandosi alla Bibbia, in settantadue precetti (numero non scelto a caso); il 5 prescrive una obbedienza pronta, gioiosa e assoluta al superiore e definisce l'obbedienza come il primo grado dell'umiltà; il 6 concerne il silenzio e comunque si invita a moderare sempre l'uso della parola, pur non vietando ai monaci la conversazione quando è utile o necessaria; il 7 rammenta l'umiltà, di cui si individuano dodici gradi che, come quelli di una scala, conducono in Paradiso (timore di Dio; reprimere la propria volontà; sottomettersi a quella dei superiori; obbedire anche nelle cose più dure e difficili; confessare i propri errori; riconoscere la propria pochezza; preferire il prossimo a sé; evitare la solitudine e l'estraniazione; parlare solo nei momenti prestabiliti; soffocare il riso scomposto; reprimere l'orgoglio; mantenersi umili); dal 23, otto trattano delle violazioni "minori" alla *Regola*, stabilendo, a mo'di graduazione delle pene previste, l'ammonizione privata e la reprimenda pubblica; il 36 ordina che la comunità monastica si prenda cura dei più deboli (malati, vecchi e giovani); il 38, posta l'importanza del lavoro manuale, stabilisce quanto tempo al giorno sia da dedicargli in base alle stagioni (mai comunque meno di cinque ore); il 53 prescrive che gli ospiti devono essere ricevuti "come lo stesso Cristo" (dove la pluriscolare tradizione di ospitalità che ha reso famose le foresterie e le farmacie dei conventi benedettini, ove gli ospiti debbono essere trattati con ogni riguardo; il 57 presenta una disposizione d'ordine economico che potrebbe sembrare un'antepmma del protezionismo, o molto più semplicemente un'attenta valutazione

boni vires: la vita militare (col tempo divenuta meno allettante per i rampolli delle famiglie nobiliari, ma la cui disciplina ed organizzazione tenne nel complesso, come dimostrano proprio i numerosi colpi di stato riusciti e non, nonché la preminenza che l'*acclamatio* da parte delle truppe finì da ultimo per riscuotere rispetto a quella del senato); la vita politica (anche se nei periodi più bui del despotismo imperiale perse gli slanci e l'elevatezza tipici di quell'età repubblicana più antica tanto cara al Rousseau dei *Discorsi*, indicata a modello in quanto non si avvertiva da parte di quei nobili spiriti l'odierna distinzione tra la sfera del pubblico e quella del privato) e gli studi, quando si aveva tempo libero da dedicare alle scienze ed alle arti, con la filosofia sugli scudi.

Con l'avvento del Cristianesimo la vita religiosa o diventa una cosa a parte (basti pensare agli eremiti) o un tipo di impegno nel quale l'evangelizzazione è missione e missione è altresì il pascere il popolo di Dio,

della minor incidenza dei costi finali in "filiera corta": oltre che ordinare l'umiltà agli artigiani del monastero, impone loro se li anche vendono i loro prodotti, di farlo a prezzi inferiori a quelli di mercato; il 58 indica le norme per l'ammissione dei *postulanti* la cui effettiva volontà va appurata seriamente, venendo posta a dura prova; il 71 incita i monaci ad essere obbedienti coi superiori e reciprocamente ed il successivo, a rinforzo e compimento, esorta allo zelo ed alla carità fraterna. Il capitolo finale riassume il senso della *Regula* puntualizzando che essa serve per dar prova di onestà e di rettitudine, primo passo verso un cammino di perfezione, necessario per avvicinarsi a Dio ed è quindi come una guida per chi comincia il suo cammino spirituale, ruolo appunto che ne vivifica la simbiosi di religiosità, eticità e giuridicità che, seppur in ordine inverso per rilevanza interna, vivifica pure il *directum*, ormai lanciato sul piano lessicale e semantico a soppiantare lo *jus*.

curandone la crescita nella vera fede, ma pure nella vita sociale, dando vita a forme di assistenza e di carità per poveri, vedove, orfani, vecchi e malati. Campi nei quali svolge un'attività di supplenza rispetto alla latitanza delle autorità civili, per la quale presto inizia ad ottenere tangibili riconoscimenti con immunità, privilegi, esenzioni ma anche donazioni pubbliche e lasciti testamentari. In secondo luogo va sottolineato che la minuziosa organizzazione della comunità monastica ,e della scansione dei compiti da svolgere durante le fasi delle giornate feriali e festive, attesta sia il fatto che i monaci consideravano la propria scelta di vita come una sorta di *militia*¹², sia la loro ferma convinzione che l'ordine esteriore e l'ordine interiore non sono disgiungibili, ma anzi si completano e si compenetrano, esattamente come accadeva allora per il *directum*, sintesi di ciò che impongono lo *jus*, l'*ethos* e la fede, ovvero la necessaria direzione da seguire, nella quale il confine tra regole morali e giuridiche si è ormai perso, essendo comune il loro fine , essendo preordinati tanto l'ordine terreno quanto quello interiore e spirituale alla salvezza eterna¹³.

¹² A ricorrere proprio ad un'espressione del lessico militare per designare il proprio ordine religioso fu S. Ignazio di Loyola, con la sua Compagnia di Gesù, all'interno della quale esiste un vincolo duplice d'obbedienza, al Generale ed al Papa, che ha i tratti dell'assoltezza e del voto.

¹³ Il primo esempio di tale lenta sostituzione lessicale si ha nel *Codex Theodosianus* laddove si usa il termine *directorium* per significare l'*iter* da seguire per conseguire l'obiettivo prefissato legalmente consentito. Del resto uno degli studiosi più accreditati di quei secoli, che invece Mommsen aveva in uggia, il Marrou, all'inizio della sua stimolante

Aldilà di ciò, il diritto – o meglio, il suo studio– continuò ad esser considerato parte della retorica grazie anche alla grande diffusione che ebbe quel trattato encyclopedico che rappresentano le *Etymologiae* di Sant'Isidoro di Siviglia. Un compendio monumentale degli insegnamenti-base di dialettica nei primi tre libri (dedicati alla parte riservata alle arti liberali), il secondo dei quali riporta i canoni sull'interpretazione, seguiti dalle nozioni basilari del diritto, con una scelta metodologica significativa e meritevole di approfondimento. Importante pure, ai nostri fini sebbene da un punto di vista storico, il V° libro, intitolato *de legibus et de temporibus*, che presenta una sorta di compendiosa storia della giurisprudenza romana¹⁴.

monografia (*Decadence romain ou antiquité tardive? III-Vi siècle*, Paris 1997, tr.it. *Decadenza romana o tarda antichità? III-Vi secolo*, Milano 1979), apparsa l'anno stesso della sua morte e da considerarsi quindi come una sorta di suo legato spirituale, sottolinea come la ns. civiltà, che ad un osservatore asiatico può “apparire come una succursale della civiltà greca”, vada letta più attentamente, in quanto “il passaggio dalla Grecia classica all’Europa moderna non si è realizzato attraverso una filiazione diretta. Tra le due vi è stato spazio per delle mediazioni: quella del Rinascimento umanista e, prima, della cristianità medievale sono a tutti note. Ma gli storici hanno imparato poi a riconoscere l’importanza di un’altra mediazione, anteriore nel tempo, quella operata dalla civiltà della tarda antichità”. E se nell’ambito della pratica forense formule e termini tecnici hanno continuato a durare nel tempo, arrivando a far parte anche del nostro attuale bagaglio professionale e culturale, nella vita quotidiana *directorium* e *directum* finirono lentamente per sostituirsi a *jus* e per così transitare nelle lingue neolatine, conferendo in Italia al termine “giure” un carattere aulico in senso deteriore.

¹⁴ S. Isidoro, nacque tra il 556 ed il 571 probabilmente in quella Siviglia di cui poi sarà vescovo, succedendo nell'inverno del 601/602 al fratello Leandro, amico di Gregorio Magno. Per la sua vastissima

Grande fu la sua influenza sul piano formativo, pur se un grande storico del nostro diritto, ha ritenuto i suoi frutti impari e negativi comunque gli effetti, avendo isterilito "i cervelli nei piccoli giochi dell'*argomentum*, avvezzandoli al gusto deteriore delle *regulae* ottenute artificiosamente dall'isolamento di alcune frasi dal testo legislativo"¹⁵.

cultura, per la profonda fede e cura che ebbe nel ministero episcopale, esercitato con un meritato peso politico, ma soprattutto per le sue opere letterarie ed in specie per le *Etymologiae sive origines* a lui la cultura occidentale deve quasi quanto a San Benedetto ed ai suoi amanuensi. Certo, il sapere encyclopedico ha trovato in lui il miglior esemplare rimastoci dall'antichità, anche se talvolta dal punto di vista di un rigore scientifico, assistiamo a delle cadute, alcune delle quali –appaiono incredibili in una personalità del genere, ma se *aliquando bonus dormitat Homerus*, possiamo anche noi chiudere gli occhi. Va aggiunto, per completezza, che alcune appaiono anche come studiate apposta, mistificanti a fini di elevazione: così, ad es., quando ricollega la religione a *re- eligere*, anziché a *re-ligare*, ossia ad una scelta invece che ad un legame (*Etim.*, VIII, II, 2).

¹⁵ Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano 1954, p. 329. Critiche eccessive, forse datate, nel senso che quando furono scritte in Italia vivevamo un'epoca (gli anni del *boom*) di grande slancio e di grande protagonismo in ogni campo, per cui un impegno quasi certosino di ricostruzione era considerato come un guardarsi dietro, un non voler andare avanti per timidezza o per ignavia. Ma il tempo è galantuomo e ristabilisce le giuste prospettive, come le seguenti osservazioni varranno a confermare.

Se quanto a definizione le prime "regole", in ordine di tempo, nascono (e si intendono) in questo modo, possiamo allora dar merito a quei filosofi e teorici del diritto contemporanei che, stimolati dall'esigenza di dare rigore logico-concettuale alla scienza giuridica perché possa continuare ad essere tale, ne analizzano concetti, definizioni e fini, hanno esattamente definito appunto il termine *regola* come "un'entità linguistica...dotata di una configurazione logico-semanticà, anche se non necessariamente di un aspetto esteriore, "imperativa" e

In realtà, quasi mai l'obiettivo era solo una sorta di virtuosismo retorico o sfoggio di capacità sillogistiche, ma più spesso si trattava di risolvere esigenze concrete. Ad esempio in quello che è stato definito il capolavoro della scuola longobardistica, ossia *l'Expositio ad librum papiensem* risalente all' XI° secolo, troviamo che deve essere cambiato *l'ordo litterae* (il senso della parola), allorché non si scorga la *ratio legis* oppure qualora ci si renda conto che la sua piana applicazione produca *iniquitates*¹⁶.

derivante da una manifestazione originaria di volontà, non necessariamente umana, indirizzata a porre obblighi" (F. Bonsignori, *Diritto come regole e come principi*, I *Definizioni*, in questo stesso volume). Poco oltre lo stesso autore precisa che "s'intende con il termine *principio* un'entità essa pure linguistica, dotata di una configurazione logico-semanticà, anche se non necessariamente di un aspetto esteriore, "descrittiva" e derivante non da una manifestazione originaria di volontà, ma da una elaborazione conoscitiva di dati. E si usa il termine "giuridico" per delimitare un sottoinsieme del precedente, il cui ambito deriva come sopra dall'assunzione di una certa definizione generale del diritto e può variare in funzione ad essa" (*ibidem*). Ma allora possiamo "riabilitare" dalle critiche del Calasso i metodi d'insegnamento isidoriani, atti a cogliere il senso normativo di regole che tali venivano percepite per il loro esser presenti e riproposte in tanti vari testi antichi che venivano studiati e confrontati.

¹⁶ Il c.d. *liber papiensis* – dal cui cap 4 § 1 è tratta la citazione – era una raccolta di editti, leggi, capitolari ed altri provvedimenti normativi dei re longobardi (che avevano avuto la loro capitale appunto a Pavia) e di Carlo Magno, imperatori e re seguenti fino ad Ottone I. Inevitabile che, presentando un materiale assai eterogeneo e spesso in sé discordante, fosse quasi subito avvertita l'esigenza di darne chiavi di lettura in grado di orientare al meglio o il giudice o l'avvocato o il cancelliere o il notaro che per la sua professione doveva ricorrervi. Apparve così *l'expositio* in questione il cui autore non può dirsi identificato, ma solo considerato un non incerto giurista dell'Italia settentrionale dell'XI° sec., al

Ciò è espressione di un'esigenza superiore, senz'altro etica nel profondo, ma non priva di motivazioni scientifiche ed ermeneutiche rispetto alla prima delle quali però il diritto deve piegarsi, alla luce del principio che rientra nel campo della morale ogni questione inherente l'agire umano (*ethicae supponitur quia loquitur de hominum moribus*, si dice nel proemio di tale opera).

Non si tratta di mere riflessioni o convinzioni personali, ma l'esprimersi di un mondo ideale, la *res publica christiana*, che si pensava di potere e di dover istaurare in questo mondo per ricondurlo alla pace interna ed esterna¹⁷.

quale va ascritto il merito di aver espresso con chiarezza il concetto che, almeno in via sussidiaria, quando si tratta di colmare lacune, è da applicarsi il diritto romano, che qualifica come *lex generalis*. Questo 2011 ricorre il centenario della pubblicazione dell'articolo con cui Enrico Besta (in *Annali delle Università toscane*, vol. XXXI) riportò all'attenzione degli storici del diritto l'importanza di tale testo, quale segno tangibile di un'inesaurita importanza (e validità derivante dal persistere della sua efficacia, potremmo aggiungere, pensando a Kelsen) del diritto romano anche nei secoli c.d. barbarici.

¹⁷ *Res publica Christianorum* appare termine preferibile a quello usuale di *res publica christiana*, per varie ragioni: anzitutto per ragioni storiche, visto che cronologicamente fu la prima delle due ad essere adoperata; indi perché entrambe le locuzioni possono essere assunte in due diversi significati, geopolitico il primo (una parte dove vivono i cristiani e la *pars o partes infidelium*) e politico-istituzionale il secondo, potendo qualificarsi "stato cristiano" solo quello dove in sostanza, come avevano insegnato dal IV sec. i Padri della Chiesa, *Veritas non auctoritas facit legem*; infine, e soprattutto, per motivazioni che sarebbero care all'attuale neo repubblicanesimo ed alla luce della soggettività che dopo il Concilio Ecumenico Vaticano II nella Chiesa ha recuperato il popolo di Dio. Per l'una e per l'altra, comunque, si intende quella complessa realtà sociopolitica che da Costantino e, soprattutto, da

La scienza giuridica ha, in questo contesto, come fine suo quello di rendere gli uomini buoni, non solo per paura delle pene ma anche in vista dei premi (così il proemio della succitata *Expositio*, riecheggiando *Digesto*.I.I. 1).

Questo fine in concreto, a ben vedere, non è la *iustitia*, bensì l'*aequitas*, in ciò andando oltre la genuina tradizione del diritto romano, dove ad esempio Cice-

Teodosio fino alla Riforma caratterizza l'Europa occidentale ed ha assicurato una continuità dell'idea fino all'avvento dei Lumi (così, ad es. interpreta quello che correntemente chiamiamo "medioevo" Werner col suo stimolante e documentatissimo *"Naissance de la noblesse. L'essor des élites politiques en europe"*, Paris 1998, trad. it. *Nascita della nobiltà. Lo sviluppo delle élite in Europa*, 2 vol. Torino 2000). Una realtà dove coesistono due poteri, uno temporale ed uno spirituale, ossia l'Impero e la Chiesa, che si sono fin dall'inizio impegnati in una sorta di continua lotta per affermare il proprio primato d'ordine sull'altro. Finché ci fu un imperatore forte la Chiesa dovette fare buon viso a cattivo gioco, subendo ad esempio convocazioni di concili, ma mai imposizioni circa i dogmi; quando la figura dell'imperatore si offuscò, o in *partes occidentis* mancò, il Pontefice romano, successore di Pietro nella *traditio apostolica*, svolse un ruolo di supplenza senza mai arrogarsene l'autorità; da Carlo Magno in poi il confronto inizia a riguardare il primato d'ordine tra i due poteri. Noti sono i vagheggiamenti di Dante o le idee di Ockham, di Marsilio da Padova e di moltissimi altri cisalpini e transalpini, ma ancor più numerose e d'ogni segno sono state le strumentalizzazioni di un contrasto che non ebbe mai in sé l'obiettivo di negare l'altro o di spodestarlo per subentrargli, come in un "normale" conflitto. Per questo colse nel segno Carl Schmitt nel suo *Der Nomos der Erde im Voelkerrecht des jus publicum europaeum* (Il diritto della terra nel diritto popolare dello jus publicum europaeum) del 1950, dove puntualizza che lo scontro fu tra una *potestas* ed un'*uctoritas*, non cioè tra poteri ugualmente ordinati, ma tra entità intrinsecamente diverse pur se ugualmente provenienti da Dio, secondo l'espressione paolina dell'*Epistola ai Romani*, notando pure che non fu scontro tra società diverse, contrapposte, ma tra forze concorrenti a voler formare una *societas perfecta*.

rone¹⁸ poteva identificarle , atteso che se contrasto poteva esserci esso non riguardava il diritto nel suo insieme, ma semmai l'applicazione di una singola norma.

Nasce in questo stesso periodo una percezione dello *jus naturale* diversa, anzi nuova¹⁹: non riguardante tutti gli esseri viventi ma solo gli uomini, non coincidente con lo *jus gentium*, superiore allo stesso *jus civile*, dando portata assoluta a diverse valutazioni che la giurisprudenza classica in contesti specifici aveva offerto. Si generalizzano così definizioni per cui esso è ciò che è sempre *aequum ac bonum* (*Digesto*.I.I. 11), *firmum atque immutabile...* *divina quidam providentiam constitutum* (ivi I,2,11).

E se tra le virtù cristiane *super omnia est Caritas*, facile per la Chiesa passare ad identificare la carità con l'equità ed indi subordinare questa a quella²⁰.

¹⁸ *Topica*, 4, 23.

¹⁹ La concezione del diritto naturale ed i suoi mutamenti nel corso degli ultimi due millenni e mezzo di storia umana sono oggetto delle più vaste e numerose investigazioni, interessano le questioni connesse pressoché ogni genere di disciplina, incluse le scienze matematiche e non solo perché se ne occuparono e se ne occupano, anche se non in modo specifico e diretto, matematici, fisici, medici, etc.

²⁰ La carità è il comandamento nuovo dato direttamente da Gesù, come si legga nel Vangelo (Gv,13, 34) e che già l'Apostolo delle genti afferma essere superiore a tutte le virtù (*ai Corinzi*, I, 13, 1-13), la prima virtù teologale per dignità, ordine ed importanza in quanto senza di essa non si è nulla. Un punto rimasto sempre fermo , andando arricchendosi di aggiornamenti, collegamenti e sfaccettature con l'evoluzione dei tempi. Avendo in precedenza ricordato l'opera monumentale di S. Isidoro, poco oltre l'ultima citazione riportata, egli puntualizza che "tre cose debbono possedere gli uomini desiderosi di venerare Dio nella pratica religiosa: la fede, la speranza e la carità. Nella fede c'è ciò

Ma in un mondo che, passate le paure dell'Anno Mille, ormai si incammina su una strada dove ai particolarismi vecchi se ne sostituiscono di nuovi, con dinamiche completamente diverse e, soprattutto, per tutelare interessi essenzialmente mondani (di carattere economico, politico, sociale, culturale) e non più solo privilegi, *status* o minoranze(salvo il piano religioso dove la Chiesa , con il riapparire di eresie, si irrigidisce), è inevitabile che tale unità di diritto e di etica entri in crisi. E costituendo ciò la visione del mondo nella quale l'Europa cristiana si identificava ed ogni persona dabbene spendeva la sua vita, non potevano non entrare in crisi tutti i quadri di riferimento , a partire dal dualismo Chiesa/Impero.

Ma gli effetti sono impari. Infatti la prima, sul piano spirituale, riesce a mantenere il suo ruolo guida

in cui si deve credere; nella speranza ciò in cui si deve sperare; nella carità quanto si deve amare"(Etym. VIII, II, 3). E, coerentemente con la sua impostazione, spiega che "carità è parola greca corrispondente al latino *dilectio*, ossia amore che lega in sé due persone" ed osserva che davvero la carità è più grande della fede e della speranza, "perché chi ama crede e sprea, mentre chi non ama ...si impegnava invano" (*ibidem*, 6-7).

Non è un caso che Papa Benedetto XVI, da grande e fine teologo, le abbia riservato un posto nell'intitolatura della prima e della terza delle sue encicliche(*Deus caritas est* di Natale 2005 e *Caritas in veritate* del 2009, l'una solo in parte rientrante nel filone della Dottrina sociale e l'altra che non solo ne fa parte integrante, ma è al contempo la prima nella quale le problematiche legate all'economia ed alla finanza sono affrontate e ricondotte nell'alveo di una concezione alla cui stregua si indica come via d'uscita quella di recuperare la centralità dell'uomo, la strumentalità dei beni, il primato dell'essere sull'avere, l'etica della responsabilità e della solidarietà.

nel campo tipicamente religioso e pure in quello della morale, nonostante la sua "scesa in campo" nell'agone politico (ascrivibile a Sant'Agostino in chiave di mutuo sostegno rispetto all'Impero, proseguita dalle alte figure di Leone Magno e di Gregorio Magno come forma di supplenza ad un regime ormai lontano, assente o impotente a Roma ed evoluta in scontro prima nella lotta per le investiture, poi per il primato quanto ad *ordinatio* divina, indi degenerata in una prassi di intervento diretto nei conflitti tra le nuove realtà istituzionali, specie per allargare i propri domini). Invece, altrettanto non può dirsi per la tenuta dell'Impero, che ne esce ridimensionato sotto ogni profilo²¹.

²¹ Né c'è da meravigliarsene: se la Chiesa vede cadere con la morte di Bonifacio VIII le sue pretese teocratiche, in realtà non ne esce impoverita, trattandosi di mire mondane, estranee alla sua missione di guida spirituale, sicché finisce per ritrovare se stessa e riconquistare peso e credibilità, dai poveri ai re dei nuovi Stati nazionali che ne erano stati favoriti e che a lei ancora si rivolsero per una sorta di superiore "accreditamento". Semmai, sarà proprio la nuova alleanza tra trono ed altare che legherà la Chiesa in larga misura all'assolutismo ed alla nascita dello stato moderno. Al contrario, l'idea carolingia di un nuovo impero universale, sacro in quanto il suo potere derivava da Dio, finisce già con la morte del suo fondatore e la dispersione dell'unità istituzionale, quando i vari sovrani si proclamano tali memori della formula di Marino da Caramanico (*rex in regno suo superiore non recognoscens est imperator*), la quale riduce l'*imperium* all'effettiva capacità di *jurisdictio*. Un'idea, o meglio un principio, alla cui stregua il potere per esser tale deve avere una fonte che lo convalidi, la quale non cade pur se vien meno la figura di chi si era pensato l'incarnasse, dato che per tale suo valore ideale non si disperde mai: tutt'alpiù riappare e scompare di volta in volta, come un fiume carsico, quando ci sono forti personalità ad incarnaarlo (da Ottone I a Carlo V). Restò inoltre come punto di riferimento utile per largire titoli e prebende, per fornire un

Insieme alla fine di un'unità politica ed ideale, si consumava la fine di un'epoca e quella che si apriva, per l'insieme dei cambiamenti innescati, esigeva a maggior ragione delle risposte diverse- diremmo oggi- dal diritto e dalle istituzioni, dotate di un effettivo potere e di capacità di governo. Tra queste emersero le corporazioni di arti e mestieri, i Comuni e le monarchie nazionali (ma anche certi principati). Economia e strutture sociali tipiche del feudalesimo erano avvertite come obsolete e come ostacoli per lo sviluppo degli obiettivi, tra loro diversissimi, della nascente borghesia opulenta dei traffici e degli affari, delle città e borghi che crescevano per numero e rilevanza, dei sovrani che per esser tali e per costruire la loro potenza dovevano mettere in condizioni di non nuocere infidi nobili che si consideravano loro *pares* ed erano, con i loro contrasti, guerriccole e ripicche, artefici di una sorta di latente anarchia²².

titolo giuridico a signori che intendevano ammantare il loro *dominium* di un'investitura feudale, ma soprattutto per gestire crisi che le parti –non certo le grandi monarchie– intendono risolvere senza ricorrere alle armi, salvo che in Germania dove riesce per secoli a fungere da catalizzatore fra i tanti regni, principati e staterelli fino a quando non vi emerge un contraltare quale la Prussia. L'imposizione napoleonica nel 1806 a Francesco II d'Asburgo di rinunciare al titolo di Sacro Romano Imperatore in cambio di quello di Imperatore d'Austria non fu quindi niente più di una formale presa d'atto, dal punto di vista sostanziale, di un qualcosa che era maturato da tantissimo tempo, ma che, per il suo carattere appena tratteggiato, poteva far velo al "gran corso" che ambiva a porsi come nuovo arbitro dei destini d'Europa anche là dove non fosse riuscito a conquistare terre e popoli.

²² Will Durant nella sua opera più vasta, e nota al pari di quella consimile dedicata alla storia della filosofia, ossia *The Story of Civilization*,

Questa nuova economia non poteva reggersi senza adeguati strumenti che creassero i presupposti perché la sua nuova finanza, fondata sul credito, trovasse adeguato sostegno e tutela. Al suo sostegno materiale provvidero le società e compagnie di investitori dedite a costruire banche ed assicurazioni; al suo sviluppo

in undici volumi pubblicati in vari anni, nel quarto (*The Age of Faith*, New York 1950, tr. It. *Storia della civiltà*, vol. IV, *L'età della Fede*, Milano 1957) intitola il Cap. XXIV "rivoluzione economica", indicandone come limiti temporali il 1066 ed il 1300. Intitolatura appropriata, per un insieme di eventi e fattori concomitanti di radicali cambiamenti: la nuova dimensione dei commerci, per la riapertura delle vie marittime nel Mediterraneo e nel Mar del Nord, dopo che per secoli erano state teatro *raids* e conquiste; le innovazioni tecnologiche nelle manifatture (ruote ad acqua e forni a carbon fossile per fondere i metalli) e nell'agricoltura (irrigazioni, rotazione delle colture, allevamento di bestiame selezionato, disboscamenti in pianura per estendere la cerealicoltura – grazie all'aratro in ferro – ed in montagna per diffondere il castagno, la cui farina sarà uno dei cardini dell'alimentazione fino all'introduzione di mais, patate e pomodori dall'America); il rifiorire o l'edificazione di borghi e città, che percependosi come realtà nuova pretendevano di essere per lo meno autonome ed aspiranti, soprattutto, a veder ridotti i propri obblighi verso l'Impero e la Chiesa ad imposte e tasse, senza *coveès* o altri obblighi, se non concordati ed approvati dai propri organi di governo. Ma non si può pensare ai Comuni a prescindere dall'organizzazione economico-sociale interna ad essi, ovvero dalle corporazioni delle arti e mestieri, alle quali era obbligatorio essere iscritti per esercitare una qualsiasi attività. Noto è che nella Firenze del Duecento un poeta come Dante per svolgere la sua attività letteraria avesse dovuto iscriversi all'arte degli speziali, gli antenati dei nostri farmacisti, perché insieme ai medici erano gli unici che per lavorare avevano dovuto compiere degli studi. Esse fecero a lungo il bello ed il cattivo tempo per i Comuni sia per conquistare il potere sia per mantenerlo, alleandosi ora col clero ed i nobili contro i magnati, appoggiandosi ora all'Imperatore ora al Papa quando necessitava un aiuto esterno. Ma Durant e la maggior parte degli storici contemporanei, anche quelli come Pro-

occorse la duplice invenzione della cambiale e dell'assegno nonché la tenuta della contabilità (con libri *ad hoc*, attraverso la partita doppia ed un'annuale puntualizzazione dei conti col sistema dei bilanci); alla tutela l'azionabilità di pretese volte ad ottenere il pagamento di interessi per i capitali prestati o comunque investiti e messi a frutto. Problema, questo, che fu possibile risolvere solo col ritorno al diritto romano, dopo secoli nei quali molti santi e Padri della Chiesa avevano condannato l'usura (portando nel suo alveo qualsiasi mutuo di danaro con interessi, a prescindere dal tasso praticato) fino a spingere una grande figura di Pontefice come Leone I a confermare espressamente quanto stabilito dal Concilio di Nicea nel 325, senza andare oltre, ossia il divieto per i chierici di prestare danaro, divieto che poi Carlo Magno estenderà nel 789 anche ai laici. E' quindi uno dei tanti luoghi comuni privi di

cacci (*Storia degli Italiani*, Roma-Bari 1975) che considerano il Trecento un'età di transizione, di crisi, ma anche di grande vitalità e capacità d'apertura hanno forse prestato eccessiva attenzione alla costruzione di tante splendide cattedrali e di palazzi a detrimento delle principali opere pubbliche che in tre secoli furono realizzate a servizio dei moltiplicati traffici e degli approvvigionamenti d'ogni genere necessari per i nuovi aggregati urbani: se decine e decine furono i porti e gli arsenali, centinaia e centinaia furono ponti e vedette, migliaia infine le strade romane restaurate e riaperte ed ancor più numerose quelle costruite *ex novo* non solo tra porti e campagne con le città, ma pure per render raggiungibili opifici e miniere, perché questo è pure il periodo in cui l'Europa ha bisogno estremo di metalli, e si torna anche a cercare l'oro (a Joachimsthal – oggi in Repubblica Ceca – ne fu trovato in abbondanza e presto venne là fuso e coniato; le relative monete, dal luogo di provenienza, furono dette *joachimstaler*, donde il termine *thaler* (tallero) e, in inglese, *dollar*).

fondamento storico dire che per colpa della Chiesa gli unici, in pratica, a prestar denaro ad interesse furono gli Ebrei: in realtà i primi a farlo furono i banchieri italiani e dal linguaggio loro derivano non a caso termini come *bank* etc.

Così, un insieme di eventi e di cambiamenti epocali, sul piano del diritto ebbe attutiti i suoi effetti grazie ad una *scientia iuris*, capace, malgrado tutto, di costruire un nuovo ordine e poi un altro ancora: agli albori del Medioevo, quello dello *ius comune*, e con l'avvento dell'Era Moderna quello di un diritto internazionale, caratterizzato da una *par condicio* giuridica degli Stati, i cui assetti istituzionali interni evolveranno anch'essi poco dopo a partire dall'inglese *Bill of Rights*²³.

Un sistema complesso di norme, il primo, che comprende l'insieme delle norme vigenti (e relativi *status* ed *actiones*), sia singolari –come privilegi ed immunitàsia speciali, eccezionali, corporative o locali, la cernita di quale doversi applicare spettava al giureconsulto saper individuare. Come tale esso era stato “costruito” lentamente ed aveva mosso i suoi primi passi nel X° secolo ed è uno dei tanti frutti della *renovatio imperi* di

²³ Siamo quindi già in pieno Seicento, alla vigilia della rivoluzione liberale ed industriale che porterà alla fine dell'èvo moderno e con esso anche del diritto comune, che l'Illuminismo settecentesco rifiuterà per sbarazzarsi con un sol colpo del diritto canonico, più che del diritto romano, in quanto rimasugli di un passato buio ed oscurantista e strumenti per conservare inique differenze di trattamento innanzi alla legge per status e ceti prefissati, ma in primo luogo per minare le fondamenta politiche e giuridiche delle monarchie per grazia di Dio. Come non citare, a mo' d'esempio Muratori e di suoi.

ottoniana memoria e della quale avrebbe dovuto essere uno dei pilastri di sostegno.

Il diritto romano e in altre materie il diritto canonico (tanto in ambito matrimoniale quanto *ratione personae*), in questo variegato sistema, entrano in gioco –ancora come *leges generales*– quando altre norme non siano applicabili; ma, più spesso, lo fanno al fine, esso pure generale ma su un piano d'ordine logico-sistematico, di specificare la *ratio iuris* da osservarsi per decidere sulla fattispecie e circa quale sia il diritto da applicare.

Il ruolo della giurisprudenza torna così ad essere centrale come era stato per quella romana classica²⁴ e per questa via tornano a dispiegare un ruolo guida le *regulae juris* quale specificazione di principi che in esse erano riconosciuti ed affermati, avendo acquisito col tempo una validità fondata appunto su tale loro

²⁴ Non è da sottovalutare il fatto che venisse recuperata questa generalità del diritto romano proprio quando il ruolo dell'impero si stava perdendo e veniva quindi meno l'ineluttabile ed assiomatica conseguenza che essendo unica l'espressione del potere unico fosse il diritto. Un'osservazione però che si può superare proprio grazie ad un riferimento testuale del *Digesto*, laddove (I, I, 9) si riporta una sorta di osservazione di Gaio: *omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum jure utuntur*”, notazione che indusse uno studioso del diritto come Windscheid ad identificare la novità nella concezione del tutto non come sommatoria di parti ma come la loro unità. Ne deriva che il diritto comune non ha un carattere dogmatico e neppure una dimensione astratta, ma è un vero e proprio complesso di norme che sono colte nella loro unità sistemica. In questo senso, in parte è da condividere e in parte da non condividere quanto sottolineato da Calasso al riguardo (*op. cit.*, pp. 375-376), mentre appaiono più condivisibili le prospettazioni di Cannata, di Cavanna e di Espanha e le ricostruzioni documentarie che nel ns. ateneo portano avanti Capogrossi Colognesi e Montorzi.

carattere, su tale loro attitudine ad esprimere un *idem sentire*, un punto fermo che in mezzo a tante incertezze appariva come un metro di giudizio sicuro²⁵.

Tra la fine dell'XI° e l'inizio del XII° secolo, un docente di arti liberali, *Yrnerius*, prende ad occuparsi specificamente non più di opere retoriche ma dei testi giuridici romani e quindi basa la sua conoscenza non più su nozioni sparse e disarticolate, ma sul loro complesso come pervenuto attraverso la monumentale opera codificatrice di Giustiniano, che nella nostra penisola e nel resto dell'Europa occidentale sottratto al dominio ed all'influenza bizantina, restò come avvolto in un alone di leggenda, fin quando una sua copia viene portata a Pisa. Con Irnerio nasce lo *Studium* di Bologna nell'ambito del quale emersero da subito le figure dei suoi principali discepoli (i Quattro Dottori: Bulgario, Martino, Iacopo e Ugo)²⁶.

In sostanza, questi neofiti del diritto romano avvertono come prima necessità quella di chiarire il senso e la portata delle singole a partire dal loro significato

²⁵ Incertezze che derivavano soprattutto dall'inadeguatezza di norme barbariche e particolari ancora vive e non semplici simulacri, anche se si stava spiegando l'impetuosa ripresa economica di quel periodo con tutte le sue grandi trasformazioni e tutti i suoi cambiamenti a monte ed a valle.

²⁶ La *schola* dove si insegnava il diritto, col prestigio acquisito, stimolò l'allargamento delle discipline che nella città di Bologna iniziarono ad essere coltivate, grazie anche ad una politica di favore adottata dal Comune a vantaggio di docenti e di discenti. Era l'anno 1088 e ad esso risale la fondazione di questa università, che essendo la più antica al mondo, è la sola che quindi può legittimamente fregiarsi del titolo di *alma mater studiorum*.

letterale. Visto che si trattava di spiegar la *littera* –in greco *glossa*– le note esplicative a margine, arricchite da altri richiami testuali, per traslato furono denominate glosse e glossatori gli studiosi che si impegnavano in quest'opera meritoria di ricostruzione non solo filologica dei testi, ma destinata ad isterilirsi, viste la non illimitatezza e l'immutabilità dei materiali di studio.

Ma essendo il metodo funzionale rispetto alla corretta comprensione del testo, già per i glossatori l'obiettivo di esplicitare le *regulae* diviene il principale fine che lo studioso del diritto deve porsi.

Meglio sarebbe dire "torna", anziché "diviene", perché questa capacità era quella che caratterizzava nella giurisprudenza romana classica il vero giureconsulto dal mero causidico e, soprattutto, perché l'ultimo titolo del *Digesto* presenta una raccolta di diverse regole *iuris antiqui*.

Su questa strada, dal Duecento iniziano ad essere presenti fra i testi giuridici raccolte di "brocardi" ed il passaggio successivo quello di creare trattazioni sistematiche (*summae* nel linguaggio del tempo, che col trascorrere dei secoli semanticamente si è trasformato in quello che invece esprimeva l'*epitome* ovvero il compendio)²⁷.

La sempre maggior difficoltà, che presto emerse, di poter essere originali nell'esporre un materiale vastissimo, ma come consacrato dal tempo, impose agli in-

²⁷ Tra esse eccelle la *summa codicis* di Azzone, la cui ultima ristampa si ebbe addirittura nel 1610, segno di un suo successo ben duraturo, non meramente editoriale, ma che attesta il persistere di un metodo d'insegnamento (e di apprendimento) che viene dalla latinità classica.

genni, che ambivano ad andar oltre e cercare vie diverse, di abbandonare il campo della glossa o delle trattazioni sistematiche.

Ma quella che li attrasse non fu la ricerca di creare principi o regole nuove, adatte ad un'umanità, occidentale in specie, che stava prendendo coscienza di tutte le sue possibilità, delle potenzialità che scienze e tecniche avevano e delle prospettive di sviluppo per i commerci, le finanze e le manifatture; semmai furono quest'ultime ad esigere un diritto più rispondente ai nuovi tempi ed alla nuova economia che si andava imponendo²⁸. Così, prima apparvero esposizioni di possibili fattispecie nuove (*i casus*), altre per ripercorrere e riesaminare le questioni sulle quali i maestri avevano disputato (*le dissensiones*) o per affrontare disamine di controversie da scuola secondo un metodo che era già

²⁸ Così, attraverso l'approfondimento della disciplina romanistica sul deposito irregolare, delle varie forme di prestito di danaro e di finanziamento, trattati in modo specifico nei libri diciassettesimo e ventiduesimo del *Digesto*, torna come a nuova vita una casistica che si adattava perfettamente alle esigenze di banchieri, armatori, assicuratori, investitori di capitali che, finanziando imprese commerciali, lo facevano per lo più riservandosi una parte dei profitti e quindi, in un certo senso, esponendosi loro stessi ai rischi d'impresa, fatto che consentiva di aggirare qualsiasi divieto al prestito di danaro ad interesse. L'alea ed il fiuto dell'affare discriminavano allora- ed ancora- tra chi faceva fortuna e chi invece andava alla rovina. Per i Centurione di Genova finanziare Cristoforo Colombo e poi i Re Cattolici, sarà un affare; per i banchieri toscani finanziare ambo i combattenti della Guerra dei cento anni sarà un affare al momento, che sconteranno i loro figli quando i successivi re francesi ed inglesi in tempi diversi non onoreranno i loro impegni, portando al fallimento le banche lucchesi e quelle dei Bardi e dei Peruzzi, facendo un grande favore ai Medici, loro avversari e concorrenti di sempre.

stato in uso in tutte le scuole classiche di retorica (le *questiones*)²⁹.

Il passo ulteriore, quello di individuare i *principia iuris* non fu compiuto né dai glossatori né dai commentatori forse per mancanza di fantasia o per l'incapacità di svilupparne di nuovi andando oltre gli *iuris praecepta* del *Digesto*³⁰. Può spiegarsi così perchè mancò nello *ius civile* un'opera come fu nel campo canonico la raccolta delle *decretali* di Gregorio IX, che rappresentò pure una vera e propria svolta metodologica, riconducendo -senza esitazione alcuna- nel campo strettamente giuridico negozi e rapporti umani pur se presenti in affari spirituali, sottolineando questo loro carattere col richiamare proprio il principio che la Legge viene posta *ut appetitus noxius sub iuris regula limitetur, perquam genus humanum ut honeste vivat, alterum non laedat et ius suum unicuique tribuat*³¹.

²⁹ Se non si esulasse dagli scopi nostri, varrebbe la pena di ricordare come l'anonimo autore del *De iuris subtilitatibus* apra l'opera con un'allegoria della Giustizia assisa in trono in mezzo al suo tempio posto in cima ad un'alta vetta, ed il trono è sovrastato dalla Ragione con l'Equità che le siede in collo circondata dalle altre figlie: la Religione, la Pietà, la Grazia, la Verità, ma anche la Vendetta e l'Obbedienza. Davanti al tempio della Giustizia sta un interprete con tanti discepoli che lo interrogano e ne ascoltano le risposte. Il rischio in precedenza accennato di non riuscire ad essere innovativi, divenne realtà dopo la comparsa della *magna glossa* di Accursio, detta anche ordinaria per il fatto che era essa per gli studi giuridici il punto di partenza, cosa che meritò per il suo eccellente vaglio critico.

³⁰ Calasso, *op. cit.*, p. 200.

³¹ *Ibidem*, p. 562.

Questa pedissequa ripetizione di uno dei punti più noti del *Digesto* che è stato oggetto di studio e riflessione da parte tanto di giuristi quanto di filosofi del diritto³² è la riprova che non solo aveva un senso una laurea *in utroque iure*, ma che la logica di ambedue gli assi portanti del diritto comune era la medesima.

Eppure scopo del commento era andare oltre la *litera* e penetrare il senso delle norme; è il periodo in cui, grazie anche alla "riscoperta" di Aristotele, anche la teologia evolve e da esposizione esegetica dei testi sacri diviene scienza del dogma, nel quale la dialettica a sua volta diviene strumento di sistemazione razionale come nella filosofia, pur restando quest'ultima sua ancilla in quanto scienza dell'opinabile e non del vero³³.

Già per Cino da Pistoia³⁴ mente e ragione si identificano ed il vaglio critico appare fondamentale per inter-

³² E fra tutti possiamo citare gli atti del colloquio italo-francese tenutosi a Roma nel 1973 e riuniti in due volumi collettanei dal titolo *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma 1976-1977, oltre ricordare il basileare testo di Schulz sui principi del diritto romano e gli studi di Cotta e Fassò in materia, non dimenticando come già Gioele Solari avesse sottolineato che la formula *honeste vivere, suum quique tribuere et neminem laedere* (ossia la celebre definizione dei precetti del diritto data da Ulpiano nel suo I° libro *Regolarum* di cui in *Digesto* I, I, 10) esprimeva tre principi filosofici, prima ancora che giuridici, rispettivamente riferibili allo stoicismo, all'aristotelismo ed all'epicureismo.

³³ La stessa gerarchia delle norme che vede la *lex divina* al primo posto e l'ordine scalare delle virtù cristiane, per cui quelle teologali sono superiori a quelle morali desumibili dalla filosofia aristotelica, secondo San Tommaso non può non condizionare il piano dei rapporti fra teologia e filosofia, riguardando la seconda solo il piano terreno e la prima il senso ontologico del creato e delle creature.

³⁴ Deve al riguardo farsi riferimento a un consiglio fornito dal giurista pistoiese nel 1326 alla cui stregua *multum est consideranda mens et*

pretare il diritto. Bartolo da Sassoferato, e subito dopo il suo discepolo Baldo degli Ubaldi, ambedue docenti presso la nostra università pisana-primeggeranno e la loro fama fu assai duratura nel tempo, perché seppero volare alto ed al contempo mantenere sempre chiari e coltivati nessi, implicazioni, ascendenze, ma soprattutto tenendo l'esatto conto di ciò che è fine e di ciò che è mezzo, di ciò che è causa (prossima o remota, diretta o indiretta) e di ciò che invece è effetto. Così, proprio dallo studio del diritto e della storia di Roma seppero prender le mosse per condannare in termini generali la tirannide e la guerra in quanto violazioni del *pactum unionis* con il quale gli uomini si costituiscono in *societas ad iure vivendum*³⁵. Sempre a loro si debbono pure i

ratio legislatori, sed ubi possit colligi mens et ratio, quae est idem ab ea est concludendum (Monti, *Cino da Pistoia giurista*, Città di Castello 1924, p. 125). Non si tratta, in verità, di una sorta di endiadi, ma mente e ragione (ove non si considerino semplicemente l'una la sede dove l'altra si elabora), ma uno snodo dialettico (così come *nous* e *dianoia* in Aristotele ed intelletto e ragione in Kant), anche se alla fine la conoscenza per essere piena, in grado di resistere alle procedure di verificabilità e di fallibilità, deve abbracciare tanto l'*intus ire* quanto il *cum prehendere*, l'andar a fondo penetrando le cose e coglierle in ogni sfaccettatura e nesso possibile. E sempre etimologicamente e semanticamente parlando, conoscere e capire derivano una da *cum-noscere* e l'altra da *capere*, prendere, ma pure contenere.

³⁵ *Ubi societas ibi jus* è una sorta di constatazione, così come pure appare una presa d'atto il motto *ubi non est ordo horror*. Bartolo con la sua espressione colloca il compito che la società, una volta costituita, ha da assolvere su un piano che non si limita alla legislazione, ma implica la forgiatura dei costumi e l'educazione alla legalità perché in tutto ciò consiste il vivere secondo diritto. Inutile sottolineare che da questo angolo visuale dovremmo apprezzare il vecchio preccetto delle nostre università, invalso fino all'avvento delle codificazioni, per il quale si

fondamenti del diritto internazionale privato e di quello della navigazione e le loro riflessioni su quest'ultimo aspetto furono tenute ben presenti dalla Spagna quando cercò, seppure invano, di legittimare il suo dominio sul mare Oceano³⁶.

affermava che non ci poteva essere un buon giurista che non seguisse le linee tracciate dal Sassoferato (*nullus bonus jurista nisi sit bartolista*).

³⁶ Il consolidarsi nel Mediterraneo dell'Impero ottomano e la caduta delle altre vie terrestri verso l'estremo oriente nelle mani di popoli non più soggiogati ad un solo, e magari illuminato, Gran Khan, ma spesso in guerra tra loro o con ampie zone infestate da ribelli e/o predoni, convinse Spagna e Portogallo a cercare di raggiungere Persia, India e Cina via mare, forti della conoscenza che in passato Nearco e Pitea, per restare sul sicuro, erano riusciti a compiere il cammino inverso. Il dominio del mare divenne quindi obiettivo primario, perché logicamente senza di esso sarebbe stato impossibile, materialmente, raggiungere nuove terre e, ove disabitate, considerarle *res nullius* ed impossessarsene legittimamente. Ma, se appunto per queste il diritto romano forniva un aiuto e poteva quindi farsi ricorso ad esso, altrettanto non poteva dirsi per il dominio del mare, visto che il *mare nostrum* –riferimento per tante norme– tale non era più da quasi un millennio e, soprattutto, perché non poteva sfuggire a nessuno dotato di buon senso che il "gran mare Oceano" era qualcosa che, per la sua incomparabilità materiale, era riferimento inutilizzabile, considerando appunto che le eccessive differenze in quantità si traducono in diversa qualità. Ma se esso non si poteva "possedere", però si voleva trovare l'appiglio per ottenere una sorta di esclusiva sulle rotte, i commerci ed i diritti di pesca e di insediamento, con deduzione di colonie. Essendo i primi interessati alla questione sovrani di potenze cristiane, la soluzione fu individuata dai loro giuristi di corte nella teoria medievale secondo la quale, essendo il Papa vicario di Cristo *dominus mundi*, come tale aveva *plenius potestatis* sulla terra intera e quindi si rivolsero a lui, intanto perché stabilisse una linea che demarcasse le due aree sulle quali Spagna e Portogallo potevano agire. Il valenzano Rodrigo Borgia, l'esecrato Alessandro VI, non si tirò indietro e con la bolla *Inter coetera* del 4 maggio 1493, ossia una cinquantina di giorni dal trionfale ritorno di Colombo dalle

La scoperta dell'America e la colonizzazione del Nuovo Mondo posero alla prova non tanto la "tenuta" di certi principi –primo fra tutti quello della naturale fratellanza di tutti gli uomini in quanto ugualmente figli di Dio e fratelli in Cristo–, ma la loro debolezza sul piano dell'effettiva loro possibilità di tutela innanzi a prevaricazioni d'ogni genere e gravità³⁷.

supposte Indie, tracciò la *raya* che univa idealmente i poli del globo. Stabilendola a 100 leghe ad ovest delle Azzorre, attribuiva la zona ad occidente alla Spagna e quella ad oriente al Portogallo, a condizione che assolvessero allo specifico mandato di evangelizzare le genti con cui avessero stabilito contatti. Gli interessati, ovviamente, intesero tale compito missionario con lo zelo di chi vuole sfruttare l'unica possibilità che ha per ottenere i propri scopi di conquista, specie dopo che fu chiaro che si trattava di un nuovo continente e che c'erano diverse isole e terre nell'altro Oceano che separa Americhe ed Asia. Ma per far ciò dovettero ricorrere ancora una volta al diritto romano ed all'istituto dell'*occupatio*, come pure a quelli dell'*inventio*, della *derelictio*, della *praescriptio*, non sottovalutando infine la via offerta da Bartolo, quella della *jurisdictio* e della sua distinzione dal *dominium* (e quanto ciò andasse incontro alle attese di Carlo V è inutile dirlo, visto che quella richiamata dal giurista italiano era la *jurisdictio* dell'imperatore). Pure Baldo degli Ubaldi tornò utile con la sua triplice distinzione a proposito del mare, ossia che è cosa *commune quoad usum, proprietas tamen est nullius... sed jurisdictio est Caesaris*. Su questi aspetti, che saranno aspramente contestati da Grozio e dai sovrani inglesi e francesi in diritto –e nei fatti con le loro patenti di corsa–, vedasi in particolare Cassi, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Roma-Bari, 2007.

³⁷ A prendere a cuore apertamente la situazione degli Indios per primo fu il domenicano Padre Anton de Montesinos, con due celebri sermoni tenuti il 30/11/1511, prima domenica d'Avvento nella liturgia cattolica, e la domenica seguente, suscitando ire e scandalo tra i coloni di Hispaniola, incluso il viceré Diego Colon che indusse i francescani a denunciarne come eretiche le opinioni. Richiamato in Spagna per discolparsi, il frate riuscì a convincere il re e la corte dei buoni diritti dei nativi, donde, da un lato, la promulgazione delle *Leyes de Burgos*,

Nella legislazione spagnola le norme e le provvidenze a favore degli Indios erano, in astratto, avanzate e complete, forti di una precisa indicazione pontificia, che era andata nella direzione che i primi missionari avevano con spirito evangelico praticato anche a rischio di scontrarsi con l'avidità pervicace dei *conquistadores* e che Bartolomé de Las Casas aveva perorato a Valladolid innanzi al Re ed alle Cortes, dopo un celebre quanto estenuante duello oratorio con Ginés de Sepúlveda³⁸. Però dai Vicerè ai semplici coloni delle ondate

dall'altra la richiesta al Papa di esprimersi sulla questione della natura umana o meno dei selvaggi. La pronuncia pontificia si fece attendere, perché nel frattempo furono diffuse notizie tra il vero e l'esagerato secondo le quali idolatria, cannibalismo, sodomia ed estrema lussuria delle donne erano segno di una prevalenza animalesca degli istinti sulla ragione (dati forniti ora da francescani ora da domenicani tanto da indurre il Presidente del *Consejo de las Indias* del tempo, il Card. García de Loyosa a considerare gli Indios esseri irrazionali). Arrivò forse tardi, ma chiara, con la bolla *Sublimis Deus* del 9/8/1537, affermando solennemente Paolo III, della famiglia Farnese, "che gli Indios sono veri uomini, capaci di comprendere la fede cattolica e desiderosi di volerla... pertanto, non possono esser privati della loro libertà, né delle loro proprietà".

³⁸ Era stato proprio l'esempio dell'impegno, mantenuto fino al sacrificio della vita, offerto da Montesinos ad indurre Bartolomé de las Casas, uno dei rapaci e spietati primi *encomenderos* dell'isola, ascoltare le prediche, a farsi frate e poi mandare missionario nelle Indie. E questi, a sua volta, sarà preso a modello dal francescano Toribio de Benavente giunto in Messico al seguito di Cortes e che vorrà assumere il nome di Motolinia, "umile" in lingua *nauatl*, la cui *Historia de los Indios de Nueva España*, risale agli anni della celebre disputa tra Las Casas e Ginés de Sepúlveda innanzi a Carlo V ed alle Cortes a Valladolid, nel 1550 al termine della quale l'Imperatore risolse di mantenere le *Leyes nuevas* del 1542, che a trent'anni di distanza avevano integrato quelle di Burgos, senza però intervenire in concreto sui funzionari e sulle

immigratorie successive, passando per i vari funzionari civili e militari delle singole *audiencias* e comunità, fu posta in atto un'opera di "neutralizzazione" di detto impianto normativo così sistematica da far quasi perdere la memoria di tante provvidenze a favore degli Amerindi, degne di un avanzato sistema di *welfare* contemporaneo, e per converso tale da offrire spunti a quanti, specie nel mondo anglosassone, sono andati a costruire quella *leyenda negra* che, seppur lentamente, sta perdendo credibilità presso gli studiosi³⁹.

audiencias che tali norme avrebbero dovuto applicare. Discorso questo da ripetersi pure per le successive leggi promulgate da Filippo II ed oltre da una casa regnante che, al contrario dei Braganza, non ha mai visto un proprio membro sfidare l'Oceano e metter piede in America.

³⁹ Molto documentato, né poteva essere altrimenti vista la serietà dell'autore ed il suo arrivare ultimo cronologicamente ad occuparsi delle cause che portarono ad un quasi totale collasso demografico pari al genocidio culturale perpetrato, il testo di Livi Bacci, *Conquista. La distruzione degli Indios americanis*, Bologna 2009, grazie anche al quale certi luoghi comuni della *Leyenda negra* vengono ridimensionati. È comunque singolare che essa persista, specie presso ambienti statunitensi e britannici, quando proprio USA ed Inghilterra non si sono mai tirati indietro a pratiche di sterminio contro intere tribù indiane, pur di poter sfruttare le ricchezze e le risorse dei territori che loro interessavano e ciò compiendo non nel Cinquecento e col dubbio che non si trattasse di veri esseri umani (ma allora le unioni con donne amerinde erano da considerarsi "bestialità"?), ma in pieno Ottocento con tanto di Illuminismo alle spalle ed in pieno positivismo (forse che volevano dar prova concreta del peggior darwinismo?): Unica scusante a tali ritardi nel rivedere il tutto e ricondurre la cosa nell'alveo extrastorico del leggendario, la difesa ad oltranza che dei *conquistadores* fu fatta in Spagna sotto l'egida del franchismo, che ha finito per far passare inosservati studi anche seri.

Dal Seicento la teoria del diritto naturale si laicizza e gli Stati europei continentali, avendo la necessità di porre le basi di un potere moderno, intendendo per tale uno davvero *superiorem non recoscens*⁴⁰, specie dopo la pace di Westfalia del 1648 quando per la prima volta gli assetti nuovi vengono stabiliti da loro a prescindere da qualsiasi ruolo di entità diverse o esterne, come erano appunto in origine la Chiesa e l'Impero, e all'epoca le mire egemoniche di una dinastia come gli Asburgo, debbono sbarazzarsi d' ogni possibile impedimento al pieno dispiegarsi della loro sovranità.

Machiavelli e Bodin avevano anticipato tale esigenza, da un lato svincolando la politica da opzioni di tipo morale e religioso (fino al punto di rovesciarne il rapporto di strumentalità) e dall'altro lato ponendo le basi teoriche di quello che sarà il centralismo di un governo regio assoluto⁴¹.

⁴⁰ L'espressione è da ascriversi a Marino da Caramanico, anche se probabilmente non proviene da lui, che si sarebbe limitato a riprenderla. Ma il giurista molisano ebbe il merito di leggerne il significato non in una prospettiva personalistica, bensì istituzionale, alla cui stregua questa autonomia di giurisdizione, o se vogliamo pienezza di poteri, è ascrivibile in astratto non a chi l'esercita ma concerne il dove e come si esercita. Comunque su questi temi vedasi Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma 1966.

⁴¹ Secondo Fassò (*Storia della filosofia del diritto*, Roma-Bari 2005 –III ed. aggiornata a cura di Carla Faralli-, vol 2°, pag 28-29) Machiavelli avrebbe manifestato disinteresse per il diritto, come Thomas Moore ed Erasmo da Rotterdam. Però è anche vero che egli riconosce come principali fondamenti degli stati le buone armi e le buone leggi. Il fatto è che se le prime servono per costruire i regni e per mantenerli servono entrambe, se ne deve arguire che per il fiorentino contano molto di più le armi, tanto più che scissa la politica dalla morale e dalle religioni,

Con la sola eccezione di Hobbes, ed a parte il patetico Fillmer, il giusnaturalismo moderno rappresenta, già con Grozio, in ultima istanza il residuo argine a difesa della sovranità popolare e, per Locke, pure della democrazia esercitabile attraverso l'esercizio del diritto di resistenza quando il sovrano vada a violare quelle che sono designate come *properties*, non come *natural rights*, per l'evidente ragione che il diritto di proprietà ne rappresenta il paradigma ed al contempo l'obiettivo principale di tutela, visto anche, per non dire soprattutto, che di essa il filosofo inglese fu il primo a fornire una giustificazione, individuandone il fondamento nel lavoro⁴².

salvo trasformarle in mezzi, la legalità non sarebbe altro che un freno all'esercizio del potere da parte di chi se l'è conquistato. Diverso l'atteggiamento di Bodin, il quale ha a cuore principalmente la delineazione di un concetto nuovo, quello di sovranità (*souveraineté* nel testo francese e *majestas* nella versione latina fattane da lui stesso). Si tratta del potere di fare le leggi da parte del sovrano che così esprime la propria forza e si vale della stessa. Unico limite il diritto naturale che peraltro, nulla dicendo al riguardo, sembra essere una sorta di clausola di stile, di modo che il sovrano finisce per anticipare per certi versi la figura del leviatano.

⁴² Il lavoro stesso è definito da Locke proprietà della persona, che le conferisce il diritto di proprietà sulle cose nelle quali è stato applicato ed è il lavoro che rende utili le cose, trasformandole in beni, in oggetti aventi valore (*Two treatises on Government*, II, 27-40). Come è noto, applicando poi questo principio ad ogni genere di attività lavorativa, Locke con specifico riferimento alla coltivazione della terra, finì per giustificare e per dotare di ul legittimo titolo giuridico l'espansionismo coloniale nelle lande del Nord America, dove ad un certo punto, per il ritorno degli Stuart sul trono inglese, consistenti nuclei di puritani si trasferirono definitivamente, iniziando a dar carattere non meramente commerciale ai nuovi stabili insediamenti oltreoceano.

La conquista dell'indipendenza da parte delle colonie britanniche del Nordamerica, impropriamente definita come "rivoluzione", dato che i coloni fondarono le loro rivendicazioni su effettive violazioni da parte della Corona dei diritti loro riconosciuti *ab initio*⁴³, seguita da quelle dell'America Latina assai simili quanto a forme e modi⁴⁴, e la Rivoluzione Francese pongono le premesse perché nel giro di un secolo l'*ancient regime* cada prima o dopo in tutta Europa e perché gli assetti degli Stati continentali si modifichino radicalmente sul piano esterno con la costruzione di nuovi a carattere nazionale (come l'Italia, la Germania ed indi quelli bal-

⁴³ Basti qui richiamare la *Dichiarazione d'Indipendenza* e basti ricordare come in effetti sia stata la rigida presa di posizione di re Giorgio III ad impedire che la maggior parte delle richieste delle colonie nord americane riunitesi in congresso "continentale" potessero essere accolte. Probabilmente non si trattò solo di un clamoroso caso di miopia politica, malattia di cui lord North fu sicuramente scevro, ma una scelta gretta dettata dalla necessità di rimpinguare le casse dello stato rimaste allo scoperto dopo la dispendiosa Guerra dei Sette anni.

⁴⁴ Un discorso analogo si può fare per le sollevazioni che a partire da quella del 25 di Maggio 1810 di Buenos Aires scossero alle fondamenta l'impero coloniale spagnolo nel continente americano. Anche qui ci fu chi vagheggiò di affidare la corona ad un esponente della casa reale, all'epoca assediata in Cadice dalle dilaganti forze napoleoniche che avevano imposto sul trono di Spagna Giuseppe Bonaparte, che come nuovo re pretendeva di inviare nelle colonie propri funzionari. Le sollevazioni furono quindi inizialmente nel senso di uno spiccato lealismo a favore dello spodestato Ferdinando VII. E tale lealismo si spinse fino al punto di considerare atti ostili anche gli sbarchi compiuti dagli inglesi, formalmente alleati del Borbone. In Messico si andò oltre, tant'è che inizialmente la sollevazione di Iturbide fu determinata dalla volontà di restare fedeli al monarca assoluto, costretto dalla cricca dei suoi ministri liberali a concedere la famosa Costituzione di Cadice.

canici), ma soprattutto dal punto di vista istituzionale perché fortemente centralizzati e tendenzialmente pervasivi. Due caratteri rispetto ai quali si impone il rapido abbandono del giusnaturalismo, ormai considerato una remora per l'esercizio di un potere che si pretende di nuovo assoluto in quanto espressione della volontà popolare, ed il parallelo avvento di un giuspositivismo che per quella stessa ragione non tollera limiti di alcun tipo, se non quelli offerti dal sistema là dove siano previsti dalla costituzione⁴⁵.

⁴⁵ A parte la triade *liberté, égalité, fraternité*, che incarna uno dei più antichi e noti esempi di parole d'ordine altamente espressive e capaci di coinvolgere emotivamente le masse, tra i principali obiettivi su cui convergevano diverse fazioni del "terzo stato" – e di quei pochi nobili e prelati che avvertivano l'urgenza di voltar pagina con l'assolutismo regio e dar vita ad un regime simile a quello inglese –, era quello della certezza del diritto da estendersi non solo alle regole inerenti i processi di formazione delle leggi, la loro promulgazione e la loro pubblica divulgazione, ma la loro stessa uniformità di applicazione. Dal primo angolo visuale, fin da subito dopo la fatidica presa della Bastiglia, si pose all'ordine del giorno dei lavori dell'Assemblea nazionale una *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino*, che fu redatta nel giro di un mese, e la preparazione di una carta costituzionale e di una codificazione che riducesse ad unità di fonti il diritto privato, quello commerciale, quello penale e le norme processuali per ciascuna delle tre branche. Dal secondo angolo visuale, soccorse la nota espressione di Montesquieu, alla cui stregua il giudice deve limitarsi ad essere "la bocca che pronuncia la parola della legge", e facendo tesoro di essa, nel 1804 quando in piena era napoleonica entrò in vigore la codificazione, gli elaboratori dei nuovi testi – il cui gruppo fu definito "scuola dell'esegesi" – previdero il divieto di interpretare estensivamente le norme, essendo l'attività del giudice costituita dal dovere di applicare la lettera della legge o, se preferiamo, la legge alla lettera. Dietro lo schermo della certezza del diritto, si voleva in realtà assicurare che il diritto fosse il più sicuro strumento di difesa per gli interessi della bor-

La lotta per il diritto, parafrasando il titolo di una delle più celebri opere di von Jhering⁴⁶, viene giocata interamente entro la politica e le sue regole da *elites* disomogenee, quanto ad origine e caratterizzazione delle loro fortune, ma anche per cultura e prospettive, e quindi non sempre capaci a far blocco tra di loro, o meglio pronte a distinguersi in assenza di situazioni esterne che ne mettano a repentaglio la posizione egemonica.

La situazione cambia quando poi le masse popolari, fino ad allora escluse dall'esercizio dei diritti di elettorato attivo e passivo, irrompono sulla scena facendosi portatrici di istanze collegate a visioni del mondo non meramente rivendicanti diritti negati, ma proponenti scenari nuovi legati a principi e valori di cui si afferma

ghesia, divenuta ormai classe egemone e di governo, come in passato solo per l'aristocrazia senatoria romana era stato nell'età repubblicana, visto che nel medioevo la frantumazione del potere e la massa di privilegi, immunità, libertà per caste, città, corporazioni resero impossibile la coesistenza di egemonia politica ed economica in capo ad un gruppo ben definito stabile e neppure al Papa o all'Imperatore in persona.

⁴⁶ *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872 (tr. It. *La lotta per il diritto*) presenta, tra gli altri penetranti spunti ed osservazioni, un aspetto che, pur nella sua apparente ovietà, non deve mai esser perso di vista: l'impegno individuale di chi lotta per difendere un proprio diritto soggettivo rappresenta uno spaccato della lotta per il diritto oggettivo, le cui possibilità di tenuta risiedono quindi tanto nella volontà del legislatore quanto nell'interpretazione dei giudici e nella determinazione delle persone ad esigerne il rispetto. E sarà a partire dal venir meno di tale determinazione, scaturente dalla consapevolezza dell'effettiva portata del proprio interesse particolare, che il diritto vigente o sarà cambiato o sarà diversamente interpretato o verrà meno per prescrizione o desuetudine.

il dovere dello Stato di riconoscerli e di tutelarli⁴⁷. E là dove i governi fanno finta di non vedere, di non sentire e di non capire prima o poi cresce la protesta e questa si fa scontro e non sul piano parlamentare, ma nelle vie e nelle piazze dove il numero fa la forza, anche se quella delle armi e della repressione mette a segno battaglie vinte, con tanto sangue ovunque sparso.

Ma contro chi predica l'odio e chi pratica la violenza entra in campo una Chiesa rigenerata, dopo aver perso il suo residuo potere temporale il 20 settembre 1870. Data per anni oggetto di forti risentimenti e di tante discordie in Italia; leniti, ma non rimossi dopo la Conciliazione del 1929; oggetto di antistoriche recriminazione di laicisti ottusi e di altrettanto *demodè* clericali ai quali ha sicuramente dato fastidio che in occasione del 150° anniversario di tale evento fosse presente il Card. Bertone, Segretario di Stato del Papa, che ha confermato la valutazione positiva che Paolo VI dette del fatto sto-

⁴⁷ Il "quarto stato", che alla rivoluzione francese, per effetto dell'istituzione della coscrizione obbligatoria, aveva dato un grande contributo di sangue nelle tante guerre seguite, restando però poi escluso da qualsiasi coinvolgimento nella vita politica ed anzi vedendo peggiorata direttamente ed indirettamente la sua situazione, è il proletariato delle masse lavoratrici, destinato a lievitare di suo numero per un incremento demografico considerevole nonostante guerre ed epidemie vecchie e nuove. Ma la carenza di offerta di lavoro e le croniche condizioni di degrado di intere aree geografiche e di sfruttamento di intere popolazioni soprattutto nelle nuove colonie africane e del mondo australi, colloca un gradino ancora più in basso un "quinto stato" fatto non da "intoccabili" come i *paria* indiani, ma di "inguardabili", nei cui confronti i governi tendono a comportarsi come se non esistessero e che sarebbero destinati a non sopravvivere se a prendersene cura non fossero associazioni filantropiche e religiose.

rico. E se in Italia l'impegno politico dei cattolici contro lo stato liberale e per la sua riforma in senso sociale, subì dei ritardi per tale questione che portò ad una lunga rottura dei rapporti tra Stato e Chiesa, così non fu in Belgio, Germania, Francia, Svizzera ed Impero Austro-Ungarico, dove vescovi, preti e laici dettero vita ad una miriade di iniziative (società di mutuo soccorso, cooperative, casse di risparmio e banche popolari, scuole, società operaie e contadine e sindacati, quando ciò non era vietato per legge) dalle quali ed a fianco alle quali come filiazione naturale si delineò un impegno politico diretto a difesa di alcuni principi cardine di una Dottrina sociale che, dalla promulgazione da parte di Papa Leone XIII il 15/5/1891 dell'enciclica *Rerum Novarum*, vede darsi alla politica persone di grande dirittura e forza morale, capaci in Germania di costringere il gran cancelliere Bismarck al ritiro dalla politica.

Far ciò a partire da valori e principi, anziché da interessi è novità scomoda per tutti: per chi la pratica e per chi l'ostacola se non hanno la tempra dell'apostolo. Non l'avevano avuta i grandi *leaders*, *libertadores* e rivoluzionari, salvo l'eccezione, forse, di Mazzini, il cui settarismo però lo mantiene ancor oggi un personaggio atipico, da prendersi con la debita attenzione.

Con le ideologie la politica in parte si riscatta: da mera *tribù* (attitudine ed attività pratica) per dirla come piaceva ai Sofisti, si fa impegno per costruire, se non un mondo, almeno una realtà diversa, più giusta e più umana, atta a non alienare le persone, qualsiasi sia l'attività svolta. Talvolta ci sono accenti quasi messianici, come nel Marx soprattutto degli scritti giovanili

economico-filosofici, talvolta ci sono deliri di onnipotenza, talvolta ancora la consapevolezza che è difficile costruire società nuove, ma che essere costruttori di storia, se è apparentemente più semplice, esige tempi assai lunghi ed una costanza di propositi che le contingenze possono mettere a repentaglio quanto a consenso.

Non è ancora un ritorno fragoroso del giusnaturalismo sotto nuove, ed in parte mentite spoglie, nè è semlicemente la messa in crisi in termini politici ed istituzionali di una classe dirigente autoreferenziale che aveva finito per tradire gli ideali del 1789 (attuandone parzialmente quello della libertà, solo formalmente quello dell'uguaglianza ed ignorando in pratica quello della fraternità tra le persone ed i popoli), tra i quali andrebbe annoverato pure quello della certezza del diritto, stravolto nella sua essenza, dal momento in cui esso diritto diviene strumento di tutela dei nuovi assetti di un'economia liberista che ha trovato nella "mano invisibile" la sua laica Provvidenza⁴⁸: è, dal punto di vista giuridico, la prima messa in discussione del giuspositivismo, andando a colpire il cuore delle codificazioni nate dopo l'esemplare napoleonico negli attuali Paesi a *civil law*: il principio dell'autonomia contrattuale costruito su una "teorica" parità di posi-

⁴⁸ Adam Smith e gli altri economisti classici, erano anzitutto dei moralisti, cosa spesso messa in secondo piano e specie per quanto attiene il ruolo di questo elemento di provvidenza tutta immanente, ma la cui immanenza non è solo oggettiva, ma viene innescata dall'agire umano ed opera in modo da raddrizzare il corso degli eventi.

zione, del tutto fittizia in presenza di forti disparità dei bisogni e di condizione dei contraenti.⁴⁹

Il ritorno completo del giusnaturalismo, seppur non più come modello –e su questo aspetto già Stammer ebbe ad esprimersi, affermando che il diritto naturale, inteso quale diritto giusto, ha un contenuto variabile⁵⁰, ma come limite per la legislazione, si situa negli anni che vanno dalla fine della II Guerra Mondiale alla caduta del sistema totalitario sovietico, almeno per quel che riguarda l'Europa, essendoci ancora una Cina e la Cuba dei Castro che attendono di vedere quella fine⁵¹.

⁴⁹ Era stata l'approvazione nel 1789 della proposta di legge, mirante a sopprimere le vecchie corporazioni di arti e mestieri, avanzata da Le Chapelier (destinato ad essere ricordato solo per questa sua iniziativa), che molto ottusamente le vedeva come residui di un mondo feudale di cui si voleva estirpare ogni memoria, a far sì che pure per i rapporti di lavoro si esplicasse in pieno il principio contrattualistico del mutuo consenso, senza vincoli predefiniti al numero dei dipendenti, all'importo del salario, agli orari di lavoro od altro. Un principio che andava assicurato, perché in astratto adeguato alla legge della domanda e dell'offerta (fondamentale per il liberismo) e difeso da forme di sindacato o di leghe di lavoratori che volevano alterarlo dando maggior peso alla volontà loro, apparve naturale vietare ogni forma di aggregazione sindacale, come se davvero l'estremo bisogno non costituisse un impedimento alla stessa formazione di un libero ed autentico consenso da parte di chi cercava lavoro.

⁵⁰ *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Halle 1896 (tr. It. *Economia e diritto second la concezione materialista della storia*).

⁵¹ Come punto di partenza possiamo indicare quella che Fassò (*op. cit.*, vol. III, p. 328) definisce "la clamorosa conversione al giusnaturalismo" di Radbruch del 1948, che sperimentata nella sua Germania a cosa poteva portare il positivismo se a dettare le norme era un potere criminale come quello hitleriano, sottolinea ora l'esigenza di un *uebergesetzliches* (un diritto superiore), come metro per valutare se una nor-

Le nuove frontiere della filosofia del diritto, dal punto di vista tradizionale di riflessione sul *quid jus* e sulle ragioni del *quid juris*, tornano ad intrecciarsi con quelle di una sua riflessione parallela quanto ad antichità ed importanza: quella che abbiamo sinora delineato, evitando di restar legati ad una prospettiva strettamente analitica, per cui regole e principi hanno svolto nell'arco del tempo un ruolo di chiarificazione ed insieme di comprensione, in senso etimologico del termine, del diritto e dei suoi sviluppi. Sviluppi che dal punto di vista della qualità delle relazioni umane fissate entro norme, oggi concernano soprattutto quella grande specie che sono i diritti umani, rispetto ai quali il ruolo di essi principi (e di esse regole da quelli derivanti) è pari a quello della legislazione statale e dei vari organismi internazionali⁵².

Non con questo che si ritenga "globalizzabile" il modello di democrazia rappresentativa liberaldemocratico; però la percezione di dover stabilire argini all'onnipotenza e pervasività dell'autorità statale e di tutti i pubblici poteri va oggi di pari passo con la sempre più vasta, convinta e diffusa affermazione del primato di un insieme di valori, giusnaturalistici nella loro essenza, ma che si pongono come espressione

ma esprima davvero un diritto oppure un torto legale, sicchè compito della filosofia del diritto è tornare ad essere concepita come teoria del diritto giusto (*Vorschule der Rechtsphilosophie*).

⁵² Della sterminata bibliografia in merito ai diritti umani, che si accresce di anno in anno di contributi sempre nuovi ed interessanti, una pregevole sintesi storica si ritrova in Italia in Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Torino 2003 e Flores, *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008.

di un *idem sentire* che è frutto di una crescita morale e spirituale prodotta da una diffusione delle possibilità di studiare lentamente progredita, anche grazie ad organismi internazionali come l'UNICEF e l'UNESCO, ad iniziative di interscambio culturale, ad un ruolo d'impulso di tanti ONG ed al supporto delle più diffuse fedi religiose, rispetto alle quali certe forme di integralismo appaiono come deviazioni solo in parte riconducibili a paventati rischi di contaminazione o di marginalizzazione.

Il problema, dal nostro punto di vista, è se quest'insieme di valori, più o meno vastamente ed autenticamente condivisi, sia ricollegabile al mondo dei principi oppure rappresenti qualcosa di nuovo e di diverso, non riconducibile al cammino che il mondo occidentale ha saputo intraprendere proprio nel periodo forse più difficile della sua storia. In sostanza, intercede un rapporto tra i valori ed i principi che gli ordinamenti giuridici in un modo o nell'altro esprimono attraverso i loro atti normativi e le loro istituzioni? E se questo rapporto sussiste, come si sostanzia? Sono i primi assoluti, non negoziabili ed i secondi relativi e mediabili, oppure il discorso è molto più complesso, legato a filosofie ed antropologie non riducibili ad unità?

Interrogativi legati a questioni di senso, particolarmente vivi nella bioetica, dove più che altrove la metafisica e l'esistenziale ora si incontrano ora si scontrano, tanto sul piano della cultura e delle scienze in generale, quanto in particolare dei costumi, della legislazione e del nostro modo personale di concepire il diritto ed il suo ruolo; interrogativi dove comunque

i confini, contrariamente a quanto pensava il grande poeta latino Orazio, intriso di epicureismo spicciolo, per invitare ad una prudente moderazione, ricordava che *sunt certi denique fines quos ultra citraque nequit consistere rectum*⁵³.

Tale richiamo tuttavia può essere accolto almeno nel senso di evitare estremizzazioni e rozze volgarizzazioni delle opinioni altrui, anche di quelle che possono sembrare le più lontane dal nostro modo di pensare o di concepire la vita, non per mero spirito di tolleranza o per un italiano "volemose tutti bene", ma per la consapevolezza tutta kantiana che il rispetto del prossimo è il fine ed il principio di qualsiasi forma di convivenza ed essendo il presupposto della libertà individuale è, a sua volta, il postulato della ragion pura pratica e quindi dell'agire morale.

⁵³ Orazio, *Satire*, I, 1, 106-107.

LAS NORMAS Y LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

RODOLFO VIDAL GÓMEZ ALCALÁ

Y ciertamente lo común a todo tipo de principios es ser lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se conoce. Y de ellos, unos son inmanentes y otros son extrínsecos, y de ahí que principio sean la naturaleza y el elemento, el pensamiento, y la voluntad, la entidad y el para qué...

ARISTÓTELES, *Metafísica, Libro V,*
1012b

Para bien o para mal –seguramente para bien– creemos que nuestra legislación en general, y que nuestra Constitución en particular, descansa sobre principios y no sobre un accidente histórico, y sería un gran traspié en nuestro propio entendimiento colectivo renunciar ahora a esta idea.

RONALD DWORKIN

¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?

I. INTRODUCCIÓN

Ya nadie pone en duda que los principios juegan un papel destacado dentro de los sistemas jurídicos nacionales e incluso dentro del propio derecho internacional.

En un trabajo previo tratamos de dar cuenta cómo operó este cambio, no sólo dentro de las normas positivas de los estados nacionales, sino para la propia ciencia jurídica¹.

De su tímida y reticente aparición en los códigos civiles de los siglos XIX y XX, pasan a ocupar ahora posiciones destacadas en los textos constitucionales, los tratados internacionales y en las propias leyes ordinarias. Su transformación ha llegado a tal grado, que una buena parte de dichos cuerpos legales se estructuran, desarrollan y explican con base en ellos.

Dentro de los textos de la dogmática jurídica, también empieza a aparecer el estudio de las diferentes ramas del derecho desde la óptica de estos principios, privilegiando su posición como fuente de derecho, así como elementos clarificadores, explicativos y desarrolladores de sus preceptos y a donde hay que volver, cuando las normas no resuelven los casos concretos que se presentan, o no lo hacen de una manera completa. Así, los principios no sólo dentro del nivel teó-

¹ Véase: Gómez Alcalá, Rodolfo V., "Normas y principios hacia un mejor conocimiento del derecho", en *La crisis de la ley. Memoria del II encuentro de claustros docentes*, Pisa, 2006, Escuela Libre de Derecho, México, 2007, pp. 179-256.

rico, sino sobre todo en la vida diaria, están a la vista de todos.

Así, podemos seguir afirmando, que quizás el logro más importante para la ciencia jurídica en la segunda mitad del siglo XX fue la revalorización del papel que juegan los principios en el conocimiento, identificación, enseñanza, y sobre todo en la aplicación concreta del derecho, la cual aumenta día con día.

Finalmente, el estudio de estos no tan novedosos elementos de los sistemas normativos jurídicos, es asimismo materia de la ciencia especializada en dar razón de su estructura y su naturaleza, es decir, de la teoría general del derecho.

Sin embargo, las interrogantes a desentrañar después de estas observaciones, serían en el sentido de si ante la incorporación y el reconocimiento expreso de los principios en los ordenamientos jurídicos, la teoría general del derecho los está estudiando y si es así ¿si lo realiza en forma satisfactoria? o si, por el contrario ¿se necesitaría realizar una transformación de esa teoría? tomando en cuenta para ello, los motivos y las finalidades con las que se formó esa ciencia, con la naturaleza de los mismos principios.

Resulta necesario destacar que el cambio sustancial que ha operado y a que se hizo referencia en la investigación indicada, no sólo trajo como resultado la revalorización de los principios en el derecho, sino también, la acreditación de la insuficiencia de la ciencia jurídica, en atención a que no fue capaz de construir un modelo teórico satisfactorio ni para explicar la naturaleza de los fenómenos que la comprenden, ni para los destina-

tarios y operadores de los sistemas jurídicos nacionales. En ese tenor, no basta con la incorporación de estos principios en estos ordenamientos, como ha sucedido hasta el momento, sino también la modificación de los postulados de su ciencia más importante, la teoría general del derecho. Pero, ¿se ha realizado debidamente hasta la fecha?

Así, en el presente trabajo se intentará demostrar que pese a los esfuerzos doctrinales más importantes que se han producido hasta el momento dentro de dicha teoría, no logran estudiar correctamente esta cuestión y siguen afianzados en los postulados en los que surgió esa perspectiva de ciencia, es decir, a pesar del cambio sustancial y material sufrido en los sistemas positivos, a nivel especulativo se sigue dando relevancia al aspecto formal o estructural de las reglas, ya sean normas o principios, como requisito indispensable de su objetividad y científicidad.

II. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Podríamos señalar que esta teoría, misma que continuamos cultivando hasta el día de hoy, como el mejor ejemplo de conocimiento riguroso e imparcial, surgió a finales del siglo XIX, principalmente en Alemania e Inglaterra y de ahí se extendió al paso de los años, a los demás países europeos y americanos. Su precedente, como lo apunta el profesor Guido Fassó, fue en primer término, el desarrollo de la escuela histórica, por medio de la pandectística, o de la también llamada escuela de la "jurisprudencia de los conceptos", que

pese a su origen antiformalista, acabó por asumir una posición fuera de la historia y abstracta de los términos jurídicos. A la aparición de esa ciencia también contribuyó la evolución de la dogmática jurídica y su pretensión de formalización y sistematización de lo que posteriormente se conocería como "los conceptos jurídicos fundamentales", obtenidos mediante el análisis de las normas y su abstracción, para llegar a la identificación de los principios torales de las distintas ramas del derecho positivo².

Con esta nueva teoría, se buscó la reformulación del concepto de ciencia dentro del derecho y su nueva arquitectura sobre la base de métodos o bien puramente empíricos, aplicados sobre el único derecho que podía ser materia de estudio, esto es, el derecho positivo vigente, o mediante métodos comparativos, abstrayendo las generalidades que presentaba la observación histórica o antropológica de las instituciones jurídicas, eliminando todo el contenido de las normas, o las finalidades que procuraban alcanzar, o los valores en que se sustentaban, ya que ello hacía imposible una adecuada racionalización de su objeto de estudio.

Sus fundadores fueron, por un lado, Adolf Merkel, en Alemania, a quien se le considera el autor del primer tratado sobre la materia: "*Elemente der Allgemeine Rechtslehre*" (1889) anticipado ya en un estudio previo

² Al respecto véase: Fassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 3 (trad. José F. Lorca Navarrete), Editorial Pirámide, Madrid, 1979, pp. 157-162.

del año 1874³, en donde había proclamado el fin de la filosofía del derecho y su sustitución por una teoría general del derecho, dando inicio con ello, al positivismo jurídico alemán.

Con esta nueva ciencia buscó unificar en un solo cuerpo conceptual, a las distintas nociones aplicables a todas las ciencias jurídicas particulares, buscando además su armonización, así como su incorporación a las llamadas ciencias sociales, pero sin dejar de reconocer que en esencia, el derecho es un instrumento de dominación, que debe ser estudiado en su totalidad por las ciencias sociales, por lo que el orden jurídico moderno sólo puede contemplarse adecuadamente si para su estudio se parte de estas ideas. Además, la formación de esta nueva teoría, no sólo tenía un propósito meramente cognoscitivo, sino que debería contribuir a una mejor enseñanza del derecho.

También John Austin ayudó a la creación de esta nueva ciencia, principalmente con su obra: *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) en donde, de acuerdo con Hart, su propósito fue elaborar una teoría general jurídica, la cual debería tener como misión

³ En *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur 'positiven' Rechtswissenschaft*. Se hace la aclaración de que las obras mencionadas de este autor, resultan ser torales para la comprensión del nacimiento de esta teoría general, pero a pesar de su gran importancia, no tienen al día de hoy, una traducción al español, lo que ha contribuido a que no se tenga una idea clara respecto a este jurista, para algunos formalista y para otros, los menos, antiformalista. Para ver las distintas lecturas que actualmente tiene este autor, puede consultarse: Goyena, Jaime, en *Juristas Universales*, vol. 3, Rafael Domingo (ed.), Marcial Pons, 2004, Barcelona, pp. 444 y ss.

la clarificación y ordenación de las nociones jurídicas fundamentales, que forman parte de todo sistema jurídico, tarea que resultaba indispensable para poder elaborar un adecuado nivel teórico de su objeto de estudio, logrando su distinción con nociones o conceptos similares de otras ramas de estudio⁴. Así, en el desarrollo de esta nueva ciencia, se enfocó por definir el concepto del derecho y muy especialmente, distinguir el término de ley positiva respecto de otros tipos de leyes, como las religiosas o morales.

Esta nueva visión de ciencia jurídica fue desarrollada posteriormente por otros destacados juristas, quienes perfilaron su consolidación, como Karl Binding, quien insistió en la independencia de la teoría del derecho no sólo frente a la filosofía sino a las propias ciencias sociales, constituyendo el primer antecedente de la que posteriormente sería identificada como la teoría pura del derecho. Particularmente destacó que los términos jurídicos no necesitaban, para su enunciación y comprensión, de otras fuentes distintas de la legislación vigente, como después lo señalaría Kelsen, aunque en forma diferente.

Ernst Rudolf Bierling compartió con el anterior autor la idea de que los conceptos jurídicos son formales, pero indicó que también eran independientes de todo derecho positivo nacional. Por primera vez enuncia que las normas de un sistema jurídico presen-

⁴ Véase la introducción del profesor H. L. A. Hart a *The Province of Jurisprudence Determined*, de John Austin, Hackett, Cambridge, 1998, pp. vii-xviii.

tan una posición jerárquica y que para su existencia requieren del reconocimiento de los sujetos obligados. Karl Bergbohn, destacado forjador de esta disciplina, quien, además de ser el que trazó, según Radbruch, el programa de esta nueva ciencia en 1892, insistió en la necesidad de una teoría sobre los conceptos jurídicos fundamentales y de rechazar cualquier pretensión sobre la existencia de un derecho natural.

Felix Somló afirmó que la esencia del derecho no puede desprenderse de su contenido material, o de lo que establecen las normas positivas, siendo éste el integrado sólo por mandatos del hombre que regulan las conductas de los propios hombres y que logran imponerse de un modo estable con un carácter supremo dentro de una sociedad.

Así, esta teoría llegó a desarrollarse hasta los postulados de Hans Kelsen, con su divorcio entre los mundos del ser y del deber ser, la pureza metódica y la obtención de los conceptos jurídicos básicos libres de toda explicación metajurídica⁵.

Todos ellos tienen en común, además de las notas apuntadas, la convicción de que la única forma objetiva de conocer o estudiar al derecho es con base en sus

⁵ Para tener una visión general sobre el desarrollo de estas teorías, además de la obra de Fassó, véase: Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho* (trad. Luis Villard Borda y Ana María Montoya), Universidad Externado de Colombia, 2a. ed., Colombia, 1999, particularmente los capítulos II y VII. Recasens Siches, Luis: "Estudios de filosofía del derecho", dentro de la obra de Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, t. II, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1946, pp. 228 y ss. Así como Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho* (trad. José Medina Echavarría), Ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 70 y ss.

propiedades meramente formales o estructurales, sin tomar en cuenta su contenido. Veremos a continuación qué fue lo que predeterminó a este tipo de teorías.

En primer lugar, consideraciones de carácter filosófico, con dos influencias principales, el pensamiento de Kant, deducido de una visión parcial de su obra, centrada exclusivamente en el análisis de la *Crítica de la Razón Pura* y la convicción de que sólo es posible estudiar de manera objetiva y por ello "científica" las formas y no los contenidos. Éstos no provienen del entendimiento, sino de la intuición, mediante la experiencia sensible, sólo son válidos *a posteriori*, por lo que no resultan ser universales, ni están exentos de error, de ahí la necesidad de apartarlos de todo modelo teórico.

Sólo dentro del conocimiento de las formas de intuición, o las formas de pensamiento, es posible un conocimiento riguroso. Como lo indica Arthur Kaufmann, esta concepción trajo como consecuencia la necesidad de excluir los contenidos normativos de la ciencia jurídica, para garantizar la objetividad en su estudio. Rudolf Stammler sería un buen ejemplo de esto, cuando apuntó que no era posible ninguna proposición jurídica que afirmara la particularidad del contenido del derecho y que fuera absolutamente correcta⁶.

⁶ Entre otras obras, en su *Tratado de filosofía del derecho* (trad. Wenceslao Roces), Reus, Madrid, 1930, en el núm. II: "Objeto de la filosofía del derecho", pp. 5-11. También puede consultarse respecto a esta visión reducida de la filosofía kantiana y su repercusión en la imagen de ciencia, a Larenz, Karl, *La filosofía contemporánea del derecho y el Estado* (trad. E. Galán Gutiérrez y A. Truyol y Serra), Ed. Reus, Madrid, 2008, en su Primera Parte, el núm. II: "El neokantismo", pp. 80 y ss.

Es claro advertir que esta visión supuso el final, como ya lo había dicho Merkel, de la filosofía del derecho y del estudio de los contenidos materiales de las normas, dando paso a la posición generalizada de que si se quería contar con una auténtica ciencia, se tenía que sacrificar esta porción dentro del objeto del derecho: *"En consecuencia, de la filosofía del derecho sólo quedó en pie la doctrina de las formas del derecho (conceptos, estructuras): la doctrina general del derecho, a la que Gustav Radbruch denominó alguna vez, de manera muy atinada, 'eutanasia de la filosofía del derecho'"*.⁷ A partir de ese momento, se afianzó la creencia de los juristas de que había una sola manera de hacer ciencia, siendo ésta el estudio exclusivo de su forma o de su estructura.

La segunda influencia sería de corte weberiano, en donde la diferenciación del derecho de otras formas de reglas sociales como la moral es necesaria, ya que todo sistema jurídico no es más que una forma moderna y en sí misma racional de *"dominación"* y por ello, fundamentarlo objetivamente, es convencer a los gobernados de esa legalidad. Este sistema es en sí mismo autosuficiente, sin que quepa buscar su apoyo, o su sustento en otros sistemas sociales, descansando precisamente este sustento en su propia formalidad y por ello, su necesaria separación y alejamiento de los valores sociales que son en sí mismos relativos y subjetivos⁸.

⁷ Kaufmann, *op. cit.*, p. 200. La cita de Radbruch se encuentra en la obra ya citada de este autor, p. 70.

⁸ Sobre este punto puede consultarse Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 653 y ss.

A lo anterior se unió también la incapacidad de las teorías éticas de sustentar, a la luz de las nuevas premisas científicas, la objetividad de valores sociales o morales sobre los que se apoyaba todo orden jurídico y por ello, la necesaria desvinculación entre esos sistemas, lo que traería como resultado, una vez más, la búsqueda de una nueva manera de dotar de objetividad científica al derecho.

De todo ello se desprendió la necesidad de sustentar a la ciencia jurídica sobre nuevas bases y por ello, la eliminación en su estudio de sus elementos históricos, concretos, valorativos o finalísticos que antes la caracterizaban. Estas nuevas bases tendrían que partir del propio derecho y de sus propiedades inherentes que la distinguieran de otros sistemas sociales, sobre todo en lo que se refiere a su forma.

Como posteriormente lo llegó a resumir Kelsen, solamente con un conocimiento orientado hacia el propio derecho, circunscribiendo su objeto de estudio y eliminando o desecharndo todos los elementos que *"le son extraños"* bien sean de carácter subjetivo o irracional, podría desarrollarse verdaderamente una auténtica ciencia. Por esto, se tenía que suprimir la equiparación del derecho a la historia, a la psicología, a la sociología, a la ética, e incluso a la teoría política, todo ello, en aras de lograr un verdadero conocimiento objetivo e imparcial⁹.

⁹ Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernero), UNAM, México, 1979, principalmente los apartados I. *La "Pureza"* y III. *Derecho y ciencia*, pp. 15 y 83 y ss.

En ese sentido, las grandes ramas de la teoría general del derecho incidieron en dicho aspecto formal y en el elemento principal que se consideraba dentro de su sistema, las normas jurídicas. De ahí surgieron:

- a) La teoría de la norma jurídica, esto en atención a que si el objetivo es clarificar el concepto del derecho y éste es ante todo un fenómeno normativo, luego entonces es necesario comprender lo que son en realidad las normas, pero reducidas éstas en lo posible a una sola categoría, las de carácter coactivo. No es sino hasta que Hart repara en el hecho de la diversidad de normas, primarias y secundarias, y por ello, la falta de corrección de las teorías procedentes, diversidad que será desarrollada posteriormente con el reconocimiento de la existencia de diversas clases de reglas y de normas jurídicas que pueden coexistir dentro de un mismo sistema. Es en el desarrollo de esta teoría, donde surgió el problema de "los principios" con Dworkin, en el año de 1967. Evidentemente el estudio de las distintas clases de normas, sólo se hace en atención a sus elementos y características formales, nunca en cuanto a su contenido.
- b) La teoría del ordenamiento jurídico, toda vez que después del legado de Hart, no basta conocer el concepto de norma para tener una idea clara de lo que es el derecho, sino que además tenemos que adentrarnos en el propio sistema al que pertenece, ya que finalmente éste no es

más que la relación interna entre normas. Por ello, además es necesario explicar cómo operan y reflejan su realidad al exterior. En ese tenor, cuando se estudia esta parte, se plantean los problemas de su unidad, estructura, coherencia, integridad, forma de reconocimiento, transformación, dinamismo y validez¹⁰.

- c) Por último, el análisis de los conceptos jurídicos que se consideran fundamentales, también desde su perspectiva formal, alejada de cualquier explicación valorativa y también de cualquier derecho positivo, de ahí que se pretendió la construcción de los mismos, con independencia de la experiencia, de manera *a priori*, a los que por esta razón se les denominó como "propios", o "categóricos" (como los términos "derecho" o "norma", etc.) para distinguirlos de los "improperios", que son la mayoría y que sólo pueden ser comprendidos, teniendo en cuenta la experiencia material, de la que los juristas construyen su propio mundo jurídico; ejemplo de ellos serían los términos "causa", "acción", "cosa", etc.¹¹ Sin embargo, actualmente sólo hacen referencia a los términos indispensables para poder comprender y aplicar el derecho, por lo que resulta

¹⁰ Al respecto véase Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho* (trad. Eduardo Rozo Acuña), Ed. Debate, Madrid, 1991, pp. 7-10 y 153 y ss.

¹¹ Véase Kaufmann, *op. cit.*, pp. 201 y ss.

indispensable una racionalización sobre su contenido y uso¹².

Con la aparición de los principios, las ramas de la teoría general del derecho se deben necesariamente complementar, para no ser sólo una teoría de las normas, sino también de los principios, así como darle su adecuado rol y su importancia dentro del sistema jurídico. Por lo que toca a los conceptos fundamentales, invariablemente se debe dar respuesta sobre su diverso significado y su espinosa naturaleza. Ahora bien ¿cómo se ha realizado esto?

III. EL ENFOQUE ESTRUCTURAL

Partiendo de lo que nos señala Juan Ruiz Manero¹³, la teoría general del derecho ha estudiado a los principios desde dos perspectivas, que no son incompatibles entre sí, sino que por el contrario, resultan complementarias. Por un lado, el análisis de los principios en la manera como se manifiestan y su distinción de otras reglas dentro del sistema, al que se le llama el "estructural". El otro se enfoca no tanto a las características que tienen estos principios, sino a su aspecto práctico, a la manera como se aplican en la vida diaria, en los casos concretos que se presentan ante los tribunales y el tipo de razonamientos que se utilizan para ello. Por

¹² Sobre este punto, véase Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 165 y ss.

¹³ En "Principios jurídicos", en la obra colectiva: *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.), Ed. Trotta, Madrid, 2000, pp. 152 y ss.

esto, a este enfoque se le denomina como "funcional" o también "operativo" o de "razones para la acción".

El punto de vista estructural pretende estudiar sus características especiales, que los hacen diferenciar de las normas, siendo el primer enfoque que surgió en la revalorización de los principios y el criterio más extendido entre los tratadistas y por ello, el más controvertido.

La primera nota es lo que se identifica como el criterio de la vaguedad, o generalidad con que se presentan. Según Robert Alexy¹⁴, los principios serían reglas que tienen un grado alto de generalidad, a diferencia de las normas. Un ejemplo de ello sería el derecho a la información como principio jurídico, el cual por la forma en que está concebido, no se indica la manera en que los particulares pueden beneficiarse de este derecho. Esta norma de carácter general contrastaría con el derecho a la información ya regulado, por ejemplo, dentro de la Ley Federal de Transparencia de Acceso a la Información Pública Gubernamental, en su artículo 12, respecto a los datos de los recursos públicos.

Evidentemente este criterio por sí solo resulta insuficiente para distinguir las normas de los principios, ya que no dice qué grado de generalidad deben presentar las reglas para encuadrarlas dentro de una u otra categoría. Asimismo, la crítica que se hace es que toda norma podría ser elevada al rango de principio,

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 83. Del mismo autor, esta distinción se encuentra en "Sistema jurídico. Principios jurídicos y Razón Práctica" (trad. Manuel Atienza), en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 11.

dependiendo de su redacción o su formulación por el aplicador del sistema. Por ello, esta característica no ameritaría la necesidad de hacer una distinción en sí de las reglas, ya que todas ellas en pequeña o gran medida, tienen un grado considerable de generalidad.

De cualquier forma, es indudable que comúnmente los principios a diferencia de las normas, presentan esa nota de generalidad en alguno de sus componentes, especialmente por lo que se refiere al núcleo normativo, es decir, en su carácter, contenido o su condición de aplicación, en la terminología de Von Wright. Sin embargo, como señalaremos a continuación, también se presenta en otros elementos de las normas.

Como la anterior nota no es suficiente, se le ha añadido una segunda, que podríamos identificar como material y apunta al contenido mismo de estas reglas. Los principios, a diferencia de las normas, siempre tienen una finalidad, ya que van dirigidos a lograr un propósito valioso, bien sea moral, bien de carácter económico, social o político, lo que no es necesario para el caso de las normas. Este criterio, más claro que el anterior, permite incluso hacer una distinción entre los propios principios, como lo indica Dworkin, ya que hablaríamos de principios en sentido estricto, cuando la regla va dirigida a perseguir un fin de carácter moral, o de justicia. En tanto que se llamarían directrices, cuando el fin es diferente a la anterior, esto es, se persigue un objetivo de carácter económico, social o político¹⁵.

¹⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. Martha Gustavino), Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 72 y ss.

Sin embargo, ambos tienen en común que versan sobre objetivos deseables dentro de la comunidad a la que se dirigen. De esta característica se desprenderían los roles explicativo y justificatorio de los principios, dentro de un ordenamiento jurídico, situación que no encontramos en las normas, sobre todo, por ser de carácter concreto, limitado e imperativo.

Además, existe un tercer rasgo justificativo que ameritaría la distinción con las reglas y esto es la que denomina el propio profesor Dworkin como su carácter "estructural lógico" y que tiene que ver con la forma en la que opera en la práctica. Las normas son de carácter disyuntivo, en el sentido de que o bien son aplicables a un caso concreto, o no (*all-or-nothing-fashion*)¹⁶. Esto es, si la regla es válida y si aplica al caso concreto, entonces lo procedente es utilizarla. En cambio, los principios no operan así, ya que al momento de su utilización no se excluyen entre ellos, sino que todos los aplicables intervienen y deben ser tomados en cuenta, es decir, todos son válidos en un mismo caso y por ello, guían al aplicador de la norma hacia cierta solución. Estos principios no son categóricos o concluyentes como sí lo son las normas, y por ello, su aplicación no hace excluir a otros principios que pueden intervenir en el caso. Sin embargo, esta nota también ha sido cuestionada principalmente por Hart, en su "Post scriptum" quien la rechaza, al existir normas que también pueden coexistir con otras al momento de su aplicación.

¹⁶ Op. cit., p. 75.

Sin embargo, Alexy no está de acuerdo con todas estas notas diferenciadoras, y en cambio considera que la naturaleza de estas reglas, debe ser vista como "mandatos de optimización". Para él, los principios son normas que siempre ordenan que algo sea realizado en "la mayor medida posible", dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Dentro de las posibilidades jurídicas, se encuentra la existencia de otros principios o reglas opuestas, lo que no sucede con los otros elementos del sistema normativo, que simplemente se cumplen o no, siguiendo el criterio de Dworkin¹⁷.

Aplicando estas características, Juan Ruiz Manero ha señalado la distinción conceptual entre normas y principios: "Las reglas configuran de forma cerrada tanto el supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente en la solución, los principios en sentido estricto configuran de forma abierta su supuesto de hecho y, de forma cerrada, la conducta calificada deontológicamente; las directrices o normas programáticas configuran de forma abierta tanto uno como otro"¹⁸.

De la misma manera, las normas tienen una jerarquía más o menos precisa dentro del sistema al que pertenecen, idea propia dentro de la teoría del derecho, lo que no sucede con los principios, los cuales suelen tener un valor superior al de las normas y entre ellos, un valor equivalente, aunque también opera la nota de la jerarquía. Este punto tiene que ser desarrollado más ampliamente dentro de la teoría jurídica.

¹⁷ Alexy, *Teoría...*, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

¹⁸ Juan Ruiz Manero, *op. cit.*, p. 153.

Por otro lado, los principios a diferencia de las normas, presentan otras características, por ejemplo, en cuanto a su emisión, ya que si bien en las segundas siempre encontramos un legislador detrás de ellas, no sucede así con los principios, en donde no siempre existe un autor, mucho menos con el carácter de autoridad, como sucede en el caso de los principios como valores, o como tópicos, etc. Tampoco está claro el tema de los sujetos obligados, ya que si bien en las normas, llámense primarias o secundarias, siempre existe un destinatario claro, como lo pueden ser los hombres, las autoridades, o el propio ordenamiento jurídico, no sucede así con los principios, donde no hay un destinatario. Tampoco encontramos una promulgación dentro de los principios, ya que más bien son reconocidos por los operadores, al momento en que hacen uso de ellos, por ello, como lo ha sugerido Raz, no aplica en ellos, una regla de reconocimiento para determinar su validez. Por último, tampoco encontramos en ellos específicamente una sanción determinada. Como se puede exponer, existen diferencias sustanciales que nos permiten distinguir a estas dos clases de reglas.

Pero, frente a este tipo de distinciones, permanece el cuestionamiento de si los principios son reducibles a valores, o si por el contrario, encierran una categoría conceptual distinta. Sin embargo, recalco y de ahí las preguntas que he formulado, este tipo de diferencias teóricas y el análisis de este enfoque, sólo permanece en la estructura de los principios, pero no nos dice nada acerca de su contenido, que como se ha señalado, resulta una de las notas diferenciadoras de las normas jurídicas.

Por otro lado, dentro de los estudios recientes, también se ha percatado la complejidad misma del término "principio", término filosófico surgido desde Grecia, consolidado por Aristóteles y utilizado por las antiguas teorías de la ciencia, pero no así por las actuales, que la han rechazado por su oscuridad. Por ello, resulta necesario adentrarse en su estudio para descubrir si detrás de ese término, se encuentra una única categoría de reglas, como parece desprenderse de la mayoría de los autores que se dedican a este tema, así como del enfoque en comento, o sólo dos, como lo ha dicho Dworkin, o si por el contrario, como sucede con las normas, en realidad existen una diversidad de reglas a las que en su conjunto se denominaría "principios", como lo serían los principios como valores, los principios como tópicos, los principios como normas analógicas, o principios como normas generales. En ese sentido, la moderna teoría general del derecho tiene mucho campo que desarrollar. Por cuestiones de tiempo, no podré ahondar en esta clasificación que ayudaría a superar las controversias que hay sobre la naturaleza de estos elementos.

Concluyamos esta sección con la indicación de que al día de hoy, no existe un consenso unánime respecto a la efectiva separación teórica entre normas y principios, ya que finalmente se puede contar con disposiciones de carácter general, con el mismo peso de los principios, o con otras características similares, de ahí que a las normas genéricas, también se les identifica precisamente como principios¹⁹.

¹⁹ Para ver las críticas a esta concepción de los principios, puede verse Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), UNAM, México, 2000, pp. 40 y ss.

IV. EL ENFOQUE FUNCIONAL, O DE RAZONES PARA LA ACCIÓN

Existe un segundo camino, que se ha desarrollado para el análisis de los principios, a partir de los últimos escritos del profesor Hart, continuados por Joseph Raz y Robert Summers, y que se ha identificado como el enfoque "funcional". Consiste en considerar a las reglas, ya sean normas o principios como "razones para la acción". Explicaremos brevemente cómo se ha ido gestando esta nueva concepción.

En primer término, Hart²⁰ utilizó esta forma de ver al derecho, como un recurso teórico para combatir la teoría imperativa establecida por Jeremy Bentham. Sin embargo, apuntó que también podía ser aplicada para contrarrestar las teorías de Austin y Kelsen. Para su formulación, se apoyó en una distinción que ya había establecido Thomas Hobbes en su *Leviatán*, entre consejo y mandato: "ORDEN es cuando un hombre dice: Haz esto o no hagas esto, sin esperar otra razón que la voluntad de quien formula el mandato. De esto se sigue por modo manifiesto que quien manda pretende con ello su propio beneficio, ya que su mandato obedece solamente a su propia voluntad, y el objeto genuino

²⁰ La concepción de Hart respecto a las normas como razones para la actuación, se puede encontrar principalmente en su artículo "Commands and Authoritative Legal Reasons", en *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 2001, Nueva York, pp. 243-268, particularmente las páginas 252-255.

de la voluntad de cada hombre es algún bien para sí mismo”²¹. (El énfasis es mío).

De esta manera, cuando existe un mandato o una orden, la persona que lo formula desea que sus destinatarios sólo atiendan a los motivos o “razones” que se expresan en el propio mandato, para que actúen conforme a él, sin que tomen en cuenta ninguna otra consideración o “razón”. Por tal motivo, Hart llega a la conclusión de que los mandatos y más propiamente las normas, son razones que excluyen a cualquier otra que tenga el destinatario con relación a la conducta prescrita en la misma norma.

Así, concluye que en lugar de considerar a los mandatos y por ello, las normas como lo formularon Bentham o Austin, como órdenes respaldadas por amenazas o por sanciones, en realidad, deben ser vistas como

²¹ La cita de Hobbes se encuentra en su *Leviathan* (trad. Juan Carlos García Borrón), Ed. Bruguera, Madrid, 1984, p. 259. Si bien esta concepción de normas como razones en su visión moderna, parte en la teoría general del derecho con los autores citados, ya en el terreno filosófico, esta visión se orientó en escritos de D. P. Gauthier, G. H. von Wright, o R. Edgley, entre otros. También pudieramos decir que en los orígenes de la ciencia del derecho, ya encontrábamos reminiscencia de esta concepción como racionalidad. De hecho en el “Digesto” encontramos diversas citas que equiparan las normas con razones y particularmente, la nota de no buscar otros motivos para la acción que las contenidas en las propias normas, prueba de ello es el número 21 del título tercero, del libro primero, donde aparece un texto de los pergaminos del jurista Neracio, quien señaló: “No debemos inquirir las razones de aquellas cosas que se establecieron, porque de lo contrario muchas que son ciertas, se harían inciertas” (*Neratius, libro VI. Membranarum. – Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*).

razones que cumplen dos características. La primera es que son “perentorias”, esto es, que eliminan cualquier otra discusión o debate sobre los argumentos contenidos en las normas, ya que sólo puede hacerse lo que está ordenado en ellas. La segunda es que son “independientes de su contenido”, es decir, el motivo que subyace en la norma, debe ser la única razón que guíe la conducta, la cual es independiente, de los motivos que tenga el destinatario, por lo que gracias a esta nota, se evita que los destinatarios entren en cualquier otro tipo de razonamiento o consideraciones, para decidirse o no a actuar conforme a las normas.

El profesor Joseph Raz ha sido el autor que más ha desarrollado esta concepción, con la cual pretende lograr diversos propósitos: en primer término, una mejor comprensión acerca de la norma jurídica; también el reforzar la idea de que el derecho, más que ser visto en su vertiente meramente normativa (propia de la teoría general del derecho tradicional) debe ser enfocado en su aspecto institucional, es decir, de aplicación de normas; y por último, permitir el desarrollo de una teoría de la lógica de las razones, aplicable a todos los sistemas normativos, incluso al derecho, con lo cual se puede lograr la unificación de lo que se conoce como razón práctica.

En un primer momento, el maestro vinculó el concepto “razón” al de autoridad, ya que ésta cuenta con un poder normativo y por ello, al emitir normas, puede cambiar las razones de sus destinatarios para su actuación, de tal manera que las normas y la autoridad que ellas encierran y de las que emergen, deben ser

consideradas lo que denominó como "razones protegidas". De ahí que el derecho goza de autoridad, si sus súbditos o por lo menos, algunos de ellos consideran su existencia como una razón protegida para obedecer y por ello, la autoridad que lo emite es legítima²².

Sin embargo, su visión sobre las normas como razones para actuar, fueron desarrolladas ampliamente en su obra *Razón Práctica y Normas*, donde pretende crear una teoría formal, dentro de la filosofía práctica, que permita la creación de una lógica unificada de las razones para la acción²³.

Una "razón" podría definirse como la explicación, la valoración o la guía de la conducta de una persona, siendo que hay distintos tipos de razones, por ejemplo, para creer, para desear, para sentir, o para actuar. Estas razones, por lo tanto, pueden ser identificadas como enunciados, creencias o hechos. También pueden ser vistas como hechos que motivan las conductas de las personas y por ello, el término "razón" está vinculado a la acción ya que determina lo que debe hacerse. Por ello, considera que las razones para la acción son los motivos para que una persona realice una conducta cuando se dan ciertas condiciones²⁴.

²² La primera concepción de Raz, respecto a razones protegidas, la encontramos en su obra: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), UNAM, México, 1982, pp. 45-51.

²³ La concepción de Raz sobre normas como razones excluyentes, la encontramos en *Razón práctica y normas* (trad. Juan Ruiz Manero), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 17-22.

Las reglas y los principios se pueden asimilar dentro del estudio de las razones, ya que sólo difieren en que estos últimos son reglas de una mayor generalidad e importancia, coincidiendo con la visión que se expuso en la sección anterior. Sin embargo, insiste en que todas las demás características que pudieran configurar a los principios carecen en realidad de "importancia filosófica".

De hecho esta concepción de razones para la acción, considera Raz, constituye una mejor explicación acerca de lo que es el derecho, no sólo para superar su visión imperativa, sino también la del propio profesor Hart, quien lo ve como una práctica social.

La característica propia de las reglas, y más de las de mandato, es la manera independiente como son creadas y por ello, deben ser vistas como "razones excluyentes": "o bien, más comúnmente a la vez una razón de primer orden para realizar el acto normativo y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones en conflicto"²⁵. Como constituyen razones excluyentes, el destinatario puede obrar conforme a la norma y ya no tiene que preocuparse sobre el análisis de otras razones, simplemente se limita a seguir lo dictado por ella, sin que como lo señala el maestro, tenga que preocuparse por el peso o el contenido de las restantes razones que puedan existir para la acción. Por ello, las normas tienen cierta independencia respecto al contenido de las razones que las justifican, ya que basta saber que existe una norma y que es válida, para no analizar otras

²⁵ *Op. cit.*, p. 66.

razones que pudieran justificar nuestra conducta, ya que siempre la razón contenida en dicha norma debe prevalecer respecto a las restantes. Por ello también, ver a las normas como razones es considerarlas a su vez como razones completas en sí mismas y que las tratemos como un objeto.

Ahora bien ¿cómo se reflejan las normas como razones dentro de un sistema jurídico? Raz establece que el sistema jurídico como todo sistema normativo, consta de normas, esto es de razones que no sólo guían a los individuos, sino que también establecen instituciones para que éstos resuelvan sus disputas. A diferencia de los otros sistemas, el jurídico tiene la característica de ser institucional, es decir, contiene normas que crean órganos primarios aplicadores de normas²⁶. De ahí que la pertenencia a un sistema jurídico no está dada en función de normas fundantes, o reglas de reconocimiento, sino que contiene reglas que determinados órganos primarios están obligados a aplicar, por las propias razones que se contienen en el sistema.

Por otro lado, la validez del sistema jurídico no implica la necesidad de que la población en general lo siga, sino que los tribunales o los jueces cuando actúan como tal lo hacen sobre la creencia de que las disposiciones que aplican constituyen razones válidas para su acción.

Así, el sistema jurídico debe verse como un sistema normativo integrado por normas que guían a los individuos y además establecen instituciones para resolver

disputas que surjan de la aplicación de tales normas. De tal forma que las normas son razones o permisiones excluyentes para la acción y estarían integradas por tres tipos de normas, las normas de mandato, en donde se exige la realización o la omisión de una acción y que por lo tanto constituye una razón excluyente para no actuar con base en razones en conflicto con esa razón contenida en el mandato. También existirían normas permisivas, que constituirían una razón excluyente para no actuar sobre la base de razones para no realizar el acto normativo que no sean ellas mismas normas jurídicas o razones jurídicamente reconocidas. También existirían reglas jurídicas que confieren poderes.

De tal forma que dichas normas y las razones que contienen, constituyen en sí mismas razones para la acción que excluye la utilización o la consideración de otras razones que no sean las contenidas en las propias normas, incluyendo razones que provengan fuera de ese sistema, o las personales que pudieran tener los destinatarios de las propias normas.

Es evidente que en este tratamiento, Raz no hace una diferencia especial por lo que toca a los principios, los cuales también deben ser tratados con las mismas características que las restantes reglas.

Posteriormente, el profesor Raz ha complementado esta visión estructural de las razones, para adentrarse en el tipo o contenido que pueden tener y el desarrollo que puede presentar el derecho, y que lo distinguen de cualquier otro sistema jurídico que presentan otros países. Esto es, no sólo se puede diferenciar a los sistemas jurídicos, con base en la unidad formal que presentan,

²⁶ Op. cit., pp. 162 y 163.

sino también a lo que denomina "unidad material", lo que estaría representado por tres factores. El primero de ellos lo conformarían las tradiciones, convenciones y prácticas de la abogacía, que se extienden al estilo y al tipo de los argumentos que son permitidos en los tribunales, por ejemplo, en los Estados Unidos, la investigación científica, o las estadísticas sociales.

El segundo factor es el influjo de la existencia de determinadas instituciones y acuerdos jurídicos sobre la conveniencia de incluir determinadas reformas o evitar otras. Esto sería que el derecho en sí es una razón auxiliar que propicia su propio desarrollo, con base en sus propios contenidos, ya sea en sus normas, o en las resoluciones que con ellas se emita, lo que daría razón al uso generalizado de la analogía en el razonamiento judicial, y explicaría su carácter conservador. Resumiendo estas ideas, se puede afirmar que el propio contenido del sistema normativo prefigura el tipo de razones materiales que se utilizarán dentro de la institución jurídica para resolver los problemas prácticos y futuros que se presenten.

Lo último apuntado es relevante y es lo que nos interesa. De acuerdo con esta hipótesis que plantea el profesor Raz, es el propio sistema jurídico el que brinda razones operativas y materiales para su propio desarrollo, estableciendo a través de las normas que delegan facultades a las autoridades judiciales y nosotros podríamos decir también a cualquier otra para que resuelvan controversias que se le presenten. Por ello, todo sistema confiere facultades para que los tribunales y autoridades desarrollen el contenido del

derecho en determinadas maneras como se señalan en él, lo cual pueden utilizar con el mismo contenido material que se incluye en ese sistema. Aquí podemos percibir un primer intento de superar el tratamiento formal del derecho y tratar de explicar a los principios como resultado de esta actividad judicial de carácter material.

Todo ello explicaría la especificidad de cada sistema jurídico y por qué se mantienen los tipos de razones que se utilizan en el mismo²⁷.

Por último, el profesor Robert S. Summers también se ha dedicado al estudio de las razones jurídicas, pero lo ha hecho, no en el campo de la teoría jurídica, sino dentro de la práctica jurídica, para distinguir los modelos de razonamiento judicial norteamericano, al que considera sustantivo y al inglés, que considera formal.

Como sucede en los otros autores mencionados dentro de este enfoque, también lo que le preocupa es el estudio desde el punto de vista formal. Distingue entre dos tipos generales de razones, las sustanciales y las formales. Las primeras a las que considera menos problemáticas desde el punto de vista conceptual, sirven como ingredientes primarios en la mayoría de las leyes, precedentes y otros fenómenos jurídicos. Tienen una vida independiente y fuera del derecho, gozando de primacía cuando se crean las normas u orientan los criterios de la crítica y evaluación de la aplicación del

²⁷ Al respecto véase Raz Joseph, "La lógica interna del derecho", en *La ética en el ámbito público* (trad. Marfa Luz Melón), Ed. Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 258-276.

derecho, además de que sirven como materia prima para su producción, para colmar lagunas, e integrar fragmentos jurídicos. En el *common law* son la base principal sobre la que se deciden los casos en primera ocasión. Así, este tipo de razones: "invoca una consideración de carácter moral, económico, político o social"²⁸, como lo sería, por ejemplo, el hecho de que un sujeto D haya dañado deliberadamente a otro identificado como P, lo que da una razón sustancial para que el primero exija del segundo una compensación de carácter económico.

En cambio, una razón formal presupone necesariamente una norma válida, o cualquier otro "fenómeno" jurídico, como un contrato, o una sentencia, por lo que la existencia de dicho fenómeno, constituye una razón formal, o genera una razón formal para decidir la cuestión²⁹. Como se ve, es parte del mismo planteamiento expuesto ya por Hart.

En el conflicto que puede existir entre estas dos clases de razones, es decir entre una razón formal y otra de carácter material, siempre debe prevalecer la formal, excepto cuando se nos presentan problemas de constitucionalidad de leyes, o de interpretación legislativa, ya que todo razonamiento formal está sometido

²⁸ Summers, Robert S., "Forma y sustancia en el razonamiento jurídico", en *La naturaleza formal del derecho* (trad. Pablo Larrañaga), Fontamara, México, 2001, p. 106. El desarrollo de estas ideas también puede encontrarse en "Two Types of Sustantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", en *Cornell Law Review*, núm. 63, 1978.

²⁹ *Op. cit.*, loc. cit.

casi siempre a limitaciones, por lo que debemos acudir a las otras razones, en este caso materiales.

A su vez, las razones sustantivas se pueden dividir en razones de fin, que derivan su fuerza justificativa en el servicio a un fin social, como la promoción de la seguridad general, refuerzo de la familia, o promoción de la democracia. En cambio, las razones de corrección, derivan su fuerza en la forma en la que se adopta dicha regla de acuerdo con criterios socio-morales de corrección, y aluden a conceptos como justicia, equidad, buena fe. Las razones de corrección siempre miran al pasado, a los valores en que se sustenta. En cambio, las razones de fin, siempre ven hacia el futuro y son por ello consecuencialistas.

Las razones formales lo pueden ser de cuatro maneras distintas, bien sea por su atributo de formalidad autoritativa, porque deben ser reconocidos como vinculantes para la persona que la debe cumplir y están sujetas a reglas de prioridad, de acuerdo con la jerarquía normativa dentro de un sistema. También está el atributo de la perentoriedad formal, porque su existencia hace inaplicable cualquier otro tipo de razones, como ya lo habían expuesto los otros autores comentados. La tercera característica es la formalidad de contenido, dependiendo si concede un alto o mínimo grado de discrecionalidad en su aplicación. Por último, la formalidad interpretativa, dependiendo de su aplicación, sólo requiere del sentido de las palabras, o si por el contrario, se debe ir al sentido y no tanto a las palabras contenidos en las propias normas. Estos atributos pueden interrelacionarse en una misma norma,

o también dentro del propio sistema jurídico y con su eficacia. Como se ve, estas últimas divisiones vienen a ser un complemento de la aplicación de la teoría de las razones dentro de la práctica jurídica.

Indica Summers que razonar dentro del derecho es frecuentemente mezclar razonamientos sustantivos con distintos grados de los cuatro atributos de formalidad expuestos, por lo que la fuerza justificatoria de toda decisión judicial, es en realidad, una combinación de las razones sustantivas particulares, con las características formales del razonamiento, resaltando que estas consideraciones han sido descuidadas por la teoría jurídica.

Finalmente, podríamos adentrarnos a cómo esta visión del derecho, ha sido utilizada para el análisis de los principios. Como ya lo hemos indicado, para Raz como también lo sería para el profesor Hart, no habría necesidad de hacer distinción entre normas y principios, ya que ambas serían distintos tipos de reglas, a los que se les podrían aplicar las mismas características, por lo que no hay distinción fundamental entre ellos, por ello, comparten la misma naturaleza. Raz llega al punto de que el propio contenido normativo prefigura las decisiones o la dinámica posterior del propio sistema. En cambio, Summers va un poco más allá, con el señalamiento de las razones materiales, en donde tendrían cabida los principios. Sin embargo, su desarrollo no va más allá de su mención y la clasificación en razones de fin o de corrección.

Los autores que más se han adentrado a la distinción conceptual entre normas y principios tomando en

cuenta las características de las razones, serían Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero³⁰. Partiendo de la idea de que las normas jurídicas como se ha expuesto, contendrían reglas para la acción, en este caso, dirigida a los jueces, de carácter perentorio, las cuales serían, como lo expuso Summers, "razones formales" o "autoritativas". Los principios los podríamos dividir en dos categorías:

- a) Si están reconocidos dentro del sistema jurídico y así los denominaríamos "explícitos".
- b) Si no están reconocidos expresamente dentro del sistema jurídico, pero sus operadores hacen uso de ellos, a los que llamaríamos "implícitos".

Así, los de carácter explícito, funcionarían como razones para la acción, que independientemente de su contenido, no son perentorias, ya que el juez puede añadir otras motivaciones en su apoyo³¹. Es decir, no contienen todos los elementos necesarios para su aplicación, dada su vaguedad o generalidad. De cualquier manera, al estar reconocidos dentro del propio sistema normativo, también serían razones formales.

En cambio, los principios implícitos, si bien son razones para la acción, no son perentorias, como los otros principios, ni independientes de su contenido, como sucede en las normas, ya que ameritan de apo-

³⁰ Atienza, Manuel, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pp. 15-25.

³¹ Atienza, *op. cit.*, p. 13.

yos argumentativos para su aplicación, los cuales sólo se justifican por esos mismos argumentos, por eso, se les podría identificar como "razones sustanciales", de acuerdo con la terminología de Summers, mismos que sólo se incorporan al derecho, por un acto concreto de aplicación por parte del juez³².

De esta forma, y contrario a lo que señalan los otros autores, sí existe una diferencia conceptual y estructural entre normas y principios que ameritan su distinción dentro del sistema jurídico.

Por otro lado, a los principios los podríamos distinguir a su vez, si encierran un valor de finalidad, que busca alcanzar algún objetivo valioso, como sería el término "directriz" propuesto por Dworkin, a lo que se le podría identificar como "razones de finalidad"; o si por el contrario, encierran un valor de corrección en sí mismos, dado un valor moral, a lo que se le identificaría como "razones de corrección". Ambas se distinguirían de las "razones autoritativas" como serían las contenidas en las normas y principios explícitos, en el carácter formal como están revestidas.

De cualquier manera, a diferencia de las reglas, contienen valores adicionales, ya que no sólo sirven para aplicar las normas, sino también tienen un carácter correctivo y justificatorio del derecho. La diferencia entre normas y principios, no sólo se quedaría en el plano teórico, como ha sido el caso del análisis del enfoque estructural analizado en la sección anterior, sino y aquí

³² Op. cit., loc. cit.

lo más importante, jugarían un papel relevante dentro del razonamiento jurídico y la práctica judicial³³.

V. INSUFICIENCIA DE LOS ENFOQUES EXPUESTOS. LA TAREA A DESARROLLAR

Sin embargo, los dos modelos para estudiar a los principios que ya hemos expuesto, sin duda, clarificadores y útiles para los estudiosos y abogados, permanecen, dado su origen, en el mero carácter formal o estructural de las reglas, y por ello, se dejan intocados los fundamentos históricos que hicieron aparecer la teoría general del derecho, la cual sólo daría respuesta a una parte de los problemas que presentan los principios.

En el primer esquema, sólo se nos dicen las notas generales que hacen distinguir las normas de los principios. Si bien nos recalca que las más importantes son por un lado su vocación finalista, así como el contenido que tienen, los cuales les hacen ocupar un lugar relevante dentro del sistema al que pertenecen, no se adentran al estudio concreto de estos contenidos y su pertenencia en la mayoría de los órdenes jurídicos.

Lo mismo sucede cuando hablamos de las razones para la acción, cuando una vez más se nos ha revelado, quizás con mayor claridad que el enfoque anterior, la distinción estructural entre el tipo de razones y la

³³ Esta característica no la analizaremos en este trabajo, pero ya ha sido desarrollada por el propio Atienza, véase al respecto: *El derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 2006, en su capítulo 4, "La concepción material", pp. 181-246.

forma como en la práctica operan y que por ello, los principios son en realidad buenas razones que hacen excluir otro tipo de consideraciones al momento de actuar en un Estado de derecho, tampoco se analiza en sí el contenido de esas razones, lo que sin duda debería preocupar al derecho como conocimiento completo y exhaustivo de su objeto de estudio.

En resumen, ambos enfoques, en el mejor de los casos, nos dicen qué son los principios, pero no indican nada sobre su contenido, siendo que como se ha expuesto, lo esencial en ellos, es precisamente su contenido material y valorativo, los que como nos señala Raz, determinan la dirección futura de todo sistema normativo. Por ello, es indispensable que nos adentremos también en este estudio, punto que al día de hoy no ha hecho la teoría general del derecho.

Tal vez el motivo por este abandono en el estudio sea por un lado, la vaguedad y generalidad como están constituidos. Puede ser además que seguimos arraigados en la idea de que ese saber material, propio en otros siglos de la ciencia jurídica, no es posible, por las ideas kantianas y weberianas comentadas. Sin embargo, hoy podemos reconocer que estas ideas no tenían un adecuado sustento objetivo y obedecían más a prejuicios disfrazados de racionalidad.

Por otro lado, no hay que perder de vista que la teoría ética contemporánea está encontrando nuevos caminos hacia la objetividad de los valores y fines humanos, por lo que con base en esto, podría una vez más adentrarse en el estudio de los contenidos y objetivos de estos principios.

De esta forma, resulta paradójica la conclusión a la que llegamos, ya que a pesar de reconocer la real existencia e importancia de los principios en el mundo actual, las teorías imperantes que las han descubierto y analizado, aún no se han lanzado al estudio concreto de sus contenidos, que es donde radica su valor. Seguimos atrapados, como lo dijera el "primer" Radbruch, en el dilema de que a pesar de que en la práctica, los textos positivos ya han asumido una posición definida de corte material respecto al contenido de los sistemas jurídicos, así como a los fines a los que deben dirigirse, a nivel teórico seguimos renunciando a la posibilidad de una fundamentación científica de ese contenido y asumiendo que esto no es posible, dejando sin sustento la efectiva vigencia de esa práctica y exponiéndola a su desaparición.

Evidentemente, es necesario el estudio formal de los principios que nos permita distinguirlos de otras clases de reglas, pero la ciencia debe buscar adentrarse en el contenido material del derecho, si quiere cumplir con su meta descriptiva y útil para sus destinatarios, superando así las deficiencias que se tenían con la teoría general de carácter formal, lo que finalmente trajo su crisis.

Si las ciencias jurídicas particulares tienen como propósito la explicación de los contenidos concretos que en cada país encierran las normas, es claro que también es necesario un estudio dentro del derecho que se dedique al estudio de los contenidos de los principios jurídicos. Si existen principios de derecho para cada una de sus ramas, es fácil comprender que la dogmá-

tica jurídica debe empezar a estudiar esos principios particulares. El derecho civil debe estudiar los principios que le son propios, lo mismo en materia penal o en el derecho constitucional. De hecho es una tarea que ya se está realizando.

Por su parte, a la filosofía jurídica le tocaría la tarea de desarrollar una teoría de la justicia, que al modo rawlsiano, identificara el tipo de principios que son compatibles dentro de un sistema jurídico, y que resultan similares dentro de una misma tradición jurídica de corte occidental, explicando el porqué de su vigencia en cada uno de estos sistemas normativos. Por su parte, a la teoría general del derecho, le correspondería el estudio de los principios implícitos o explícitos aplicable a todo orden jurídico y que se desprendieran de la teoría de la justicia, a nivel concreto en los sistemas jurídicos.

Pero como lo hemos mostrado, falta aún el estudio de dichos principios torales del derecho, que sin duda deberían ser materia de una renovada teoría general del derecho, lo que daría una visión completa, correcta y real de lo que es el derecho. Con ello, se regresaría a la ciencia jurídica con parte de su objeto que se le privó a finales del siglo XIX con la aparición precisamente de la teoría general del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras citadas en este artículo, se recomiendan las siguientes:

- Sobre una visión general sobre el estado de los principios en la teoría general del derecho:

La obra colectiva: *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.), Ed. Trota, Madrid, 2000, la sección dedicada a los principios jurídicos estuvo a cargo de Juan Ruiz Manero, pp. 149-159.

Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Ed. Trota, Madrid, 2005, pp. 205-212.

- Sobre el enfoque estructural de los principios:

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. Martha Gustavino), Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

_____, "La fórmula del peso", en *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Carlos Bernal Pulido), Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 457-493.

- Sobre el enfoque funcional de los principios:

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1-44.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, pp. 181-246.

PRINCIPI, REGOLE, BUONA FEDE CONTRATTUALE

MARIO ZANA

1. Dai principi alle regole, o dalle regole ai principi? I principi sono regole (*id est, norme*) generali che si fondano sulle (o si inducono dalle) regole espresse dall'ordinamento, ovvero un *prius metagiuridico o extralegislativo*? Di principi può parlarsi unicamente in relazione all'ordinamento giuridico nel suo complesso, o anche a singoli settori o istituti?

Gli interrogativi non si esauriscono qui, come sta a dimostrare la sconfinata letteratura di teoria generale del diritto sviluppatisi in argomento, né sarebbe possibile nell'arco di una breve relazione dare risposte appaganti senza cadere in una inaccettabile banalizzazione dei problemi sottostanti.

Sembra allora preferibile un approccio più pragmatico ai principi, cercando di definirne contenuti e funzioni attraverso una (per quanto sommaria) rassegna delle applicazioni che ne vengono fatte a vari livelli.

Una prima considerazione riguarda le diverse espressioni con le quali in vari testi normativi si nominano i principi: "principi fondamentali", "principi generali", "principi" senza ulteriori specificazioni; ma a ciascuna di esse non corrisponde sempre lo stesso significato, così come a espressioni diverse non corrispondono sempre significati diversi. Alcuni riferimenti chiariranno queste affermazioni.

Ai "principi fondamentali" sono intitolati i primi 12 articoli della Costituzione italiana: basterà citare il principio di sovranità popolare (art. 1), il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), il principio di uguaglianza e di pari dignità sociale di tutti i cittadini di fronte alla legge (art. 3); e lo stesso carattere contraddistingue –al di là di un'etichettatura formale– gli altri principi proclamati lungo tutto l'arco degli articoli della Carta: si pensi all'inviolabilità della libertà personale (art. 13), alla tutela giurisdizionale dei diritti e interessi legittimi (art. 113), al principio di costituzionalità (ovvero, di rigidità della Costituzione: art. 138). Siamo in presenza dei valori etico-politici che costituiscono fondamento e giustificazione dell'intero ordinamento giuridico.

Significato e contenuti diversi assume la stessa espressione all'art. 117 Cost., che regola il riparto della potestà legislativa tra lo Stato e le Regioni: al comma 3 si prevede che allo Stato è riservata la determinazione dei "principi fondamentali" ai quali le Regioni devono attenersi nelle materie di legislazione concorrente. Trattasi, in altri termini, di criteri e direttive di portata circoscritta a determinate materie espressamente in-

dividuate (per citarne alcune: tutela della salute, governo del territorio, ordinamento sportivo), che hanno la funzione di garantire uniformità di trattamento dei cittadini su tutto il territorio nazionale, lasciando alle singole Regioni il compito di regolare con norme di dettaglio gli aspetti più immediatamente connessi alle realtà locali.

L'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, premesse al Codice civile, detta i criteri di interpretazione della legge (co. 1), e, in assenza di una "precisa disposizione", di applicazione in via analogica di norme "che regolano casi simili o materie analoghe"; ma se "il caso rimane ancora dubbio" il giudice deve decidere "secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (co. 2). Il legislatore assegna dunque ai principi il ruolo di ausilio dell'interprete nella risoluzione del caso concreto: siano essi direttamente espressi, o comunque desumibili da disposizioni positivamente formulate nelle fonti del diritto vigente. La formula usata all'art. 12, innovando rispetto ad analoga disposizione premessa al codice civile del 1865 (art. 3, co. 2, disp. prel.: "principi generali del diritto"), sottolinea, per un verso, l'ampiezza del campo di ricerca del principio posto alla base della decisione; per altro verso, la necessità che il giudice motivi in modo persuasivo che il principio, a cui è ricorso per colmare una lacuna della legge, è riconducibile ad una disposizione di diritto positivo che ne costituisca valida giustificazione o suo (seppur implicito) fondamento.

Nella legislazione ordinaria è ricorrente l'enunciazione di principi (variamente aggettivati): il che si ve-

rifica per lo più in apertura di normative speciali di contenuto innovativo, o intese a disciplinare uniformemente materie già regolate in modo frammentario. Il richiamo più frequente è ai "principi generali", ma le formule possono variare, evocando talora significati diversi.

Così, a titolo meramente esemplificativo:

- principi costituzionali vengono enunciati in termini coerenti con il contenuto della legge: l'art. 1 della L. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, intitolato "I principi", parafrasando l'art. 32 della Costituzione, afferma solennemente che "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il Servizio sanitario nazionale" (co. 1); e che "la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana" (co. 2);
- nell'ambito dei "principi generali" si riportano le "finalità" della legge: è il caso della L. 40/2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", che introduce nell'ordinamento questo istituto "al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1, co. 1). Lo stesso schema adotta il D. Lgs. 196/2003, "Codice in materia di protezione dei dati personali", che inserisce le "finalità" nel Titolo I, "Principi generali", indicandole in primo luogo nella garanzia che il trattamento dei dati personali "si svolga nel rispetto

dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali (art. 2, co. 1);

- i principi non sono enunciati esplicitamente, ma si individuano per la loro formulazione in sintonia con i valori costituzionali: come nella L. 300/1970, c.d. "Statuto dei lavoratori", che sancisce i diritti dei lavoratori nei luoghi di lavoro, regolandone quindi criteri e modalità di tutela; o nella L. 194/1978, "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione della gravidanza", che si apre affermando "il diritto alla procreazione consciente e responsabile", il "valore sociale della maternità", e la "tutela della vita umana dal suo inizio" (art. 1);
- "Disposizioni generali e principi fondamentali" coesistono nello stesso contesto di norme introduttive, rendendo più difficile distinguere le prime dai secondi: accade nel D. Lgs. 30/2005, "Codice della proprietà industriale" (artt. 1-6).

L'uso legislativo dei principi si inserisce dunque nella sopra accennata prospettiva tracciata dall'art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile, fornendo al giudice indicazioni sulla *ratio legis* e/o sugli scopi perseguiti dalle norme che egli deve applicare.

2.1. Nell'esercizio dell'attività ermeneutica la giurisprudenza crea a sua volta principi, traendoli in base

ad argomentazioni logiche da quelli formulati in norme scritte, o giungendo ad affermarli dalla lettura congiunta di una o più disposizioni.

La casistica in argomento è molto ampia; ma sarà sufficiente, ai fini che qui interessano, soffermarsi su alcune ipotesi particolarmente significative per il livello istituzionale al quale si collocano.

Già alla fine degli anni '50 del secolo scorso la Corte Costituzionale introduce il principio (non scritto) di "ragionevolezza" come parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi, muovendo dal principio di uguaglianza affermato dall'art. 3 Cost. Sulla premessa che l'obbligo di trattare in modo uguale i cittadini non esclude che situazioni diverse siano regolamentate diversamente, giacché "a situazioni diverse non può essere posta un'identica disciplina legislativa", la Corte, da un lato, riconosce al legislatore la facoltà di valutare tali diversità e stabilire se un trattamento diverso sia giustificato; d'altro lato, riserva a se stessa il compito di verificare se ed in quale misura il principio di uguaglianza debba ritenersi violato a causa della irragionevolezza della valutazione legislativa circa la diversità della situazione regolamentata (Sent. 53/1958). In altri termini, come conferma la Corte in successive pronunce, possono ammettersi la sole discriminazioni "razionali", intendendo per tali solo quelle che rispettano le leggi della logica.

I successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale mostrano un mutamento di prospettiva nel valutare se ed in che limiti una determinata disparità di trattamento possa ritenersi razionale, argomentando

il giudizio in relazione non tanto al profilo dell'uguaglianza, quanto piuttosto a quello della coerenza delle norme *sub iudice* con il concreto assetto dei rapporti nella realtà sociale.

In quest'ordine di argomentazioni si muove la motivazione della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 781 cod. civ., che vietava le donazioni tra coniugi: in sintesi, la norma è stata ritenuta in contrasto –ancor prima che con gli artt. 3 e 29, co. 2 (uguaglianza morale e giuridica dei coniugi), Cost.– con il principio di ragionevolezza, in coerenza con la nozione "moderna" di matrimonio e le "attuali esigenze familiari" in relazione alla "realtà economica e sociale del nostro tempo" (Sent. 91/1973); ma ancora si può ricordare l'orientamento assunto in merito al ricorso a norme con efficacia retroattiva, consentito nei limiti in cui esso si giustifichi –al di là della materia penale, per la quale vige un divieto coperto da garanzia costituzionale, *ex art. 25*– sul piano della "ragionevolezza" (tra le altre, Sentt. 320/2005; 376/2004): orientamento che si è poi arricchito di un ulteriore sviluppo con l'affermazione che la retroattività non può porsi in contrasto, oltreché con la razionalità, "con altri valori costituzionalmente protetti", tra i quali la Corte include "l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica ... quale elemento essenziale dello Stato di diritto" (Sent. 416/1999); ponendo le basi per quello che è stato interpretato come un primo tentativo di costituzionalizzare taluni principi, quale quello dell'affidamento, che affondano le loro radici –come si dirà meglio in seguito– nella tradizione del diritto privato (Astone).

La seconda creazione in riferimento ai principi, che si intende qui menzionare, è costituita da una categoria di principi non scritti, i "principi supremi", ai quali la Corte attribuisce "una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale": principi che, "pur non essendo espressamente menzionati tra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana" (Sent. 1146/1988). Il tema era emerso nella giurisprudenza costituzionale con riguardo ai rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica, toccando poi l'ambito dei rapporti tra Italia e Comunità (oggi Unione) Europea: nel primo caso, ritendosi che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, co. 2, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale (v. Sentt. 30/1971; 1/1977; 18/1982); nel secondo caso, affermandosi che "la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. Sentt. 183/1973; 170/1984). La Corte Costituzionale ha poi individuato – sviluppandone i contenuti in successive pronunce – una serie di principi supremi, quali: il principio della laicità dello Stato, nella sua duplice specificazione di divieto di discriminazione dei cittadini per ragioni religiose e di divieto di discriminazione dei cittadini i quali non intendano professare alcuna religione (Sent. 203/1989);

il principio di solidarietà sociale (Sent. 307/1990); il diritto supremo di identità personale (Sent. 81/1993); il diritto supremo alla vita (Sent. 35/1997). In dottrina è stato espresso giudizio critico sulla costruzione della categoria dei principi supremi come insieme di una pluralità di figure, proponendosi di ricondurla ad una considerazione unitaria della persona, costante "punto di riferimento dell'analisi giuridica" (Casavola, Lipari).

2.2. In relazione alla legislazione ordinaria il compito di garantire la corretta e uniforme applicazione della legge spetta alla Corte di Cassazione, che, a norma dell'art. 384 cod. proc. civ., "enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3 [cioè, *per violazione o falsa applicazione di norme di diritto*], e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza" (co. 1). La stessa Corte precisa che "nell'esercizio della funzione di nomofilachia" le compete "controllare se la norma..., oltre ad essere applicata esattamente a livello di proclamazione astratta, lo sia stata anche sotto il profilo dell'applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultino ascrivibili alla fattispecie astratta" (Cass. Civ., 17535/2008). Alla formulazione del criterio di interpretazione della legge, così determinato, la Cassazione giunge compiendo di volta in volta percorsi logico-giuridici diversi.

Così, a titolo esemplificativo, e per quanto qui più direttamente interessa:

- si definiscono i criteri di qualificazione di un contratto: "...ricorrono gli estremi dell'affitto di fondi rustici solo quando il contratto abbia ad oggetto la cessione del godimento di un terreno al fine di ricavarne il reddito agricolo derivante dalla sua coltivazione" (Cass. Civ., 21492/2005);
- si desumono regole generali dai principi: la "regola generale della irrevocabilità (unilaterale) della promessa effettuata ... può desumersi dai principi generali in tema di promessa unilaterale di pagamento" (Cass. Civ., 510/1989);
- si chiarisce il ruolo dei principi: "...in materia di successione delle leggi nel tempo ... vige il principio di irretroattività. Tale principio, assunto nel campo penale a precezzo costituzionale di carattere assoluto, resta valido per ogni altro settore del diritto come direttiva generale cui il legislatore può derogare, in modo espresso e comunque non equivoco, quando ricorrono particolari esigenze" (Cass. Civ., Sez. Un., 22954/2007); se ne definisce il campo di operatività: "...il principio della retribuzione sufficiente, di cui all'art. 36 Cost., riguarda esclusivamente il lavoro subordinato" (Cass. Civ., 16134/2007); se ne precisa il contenuto: "in tema di distanze tra costruzioni, in base al principio della prevenzione, è consentito a chi costruisce per primo di operare la scelta tra il costruire alla distanza legale e l'erigere la propria fabbrica fino ad occupare l'estremo limite del confine, determinando così le modalità da seguire per chi costruisce dopo..." (Cass. Civ., 3638/2007);

- si mettono in relazione principi e definizioni per individuare la disciplina applicabile: in un caso, avendo riguardo al principio del rispetto della volontà delle parti, si ritengono inapplicabili nel caso concreto le norme sulla condizione o sul termine quali elementi accidentali del negozio incidenti sulla sua efficacia, riportando la fattispecie alla normativa sul tempo dell'adempimento, di cui agli artt. 1183 ss. cod. civ. (Cass. Civ., 4339/1985).

I risultati a cui la Corte di Cassazione perviene svolgendo la sua opera di giudice di legittimità superano talora i confini dell'esistente, traducendosi nella creazione di nuovi principi e nella conseguente introduzione nell'ordinamento di istituti giuridici non previsti dalla legislazione vigente. Un esempio per tutti servirà a chiarire questa affermazione.

Con la sentenza a Sezioni Unite n. 1464 del 1983 venne per la prima volta stabilito il principio di diritto secondo cui "nelle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione occupi un fondo di proprietà privata e tale occupazione sia illegittima, la radicale trasformazione del fondo, da un lato, comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà del suolo in capo all'ente, dall'altro, costituisce un illecito che abilita il privato a chiedere la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà"; risarcimento consistente in una somma di denaro pari al valore che il fondo aveva nel momen-

to della trasformazione del fondo. Nasce così l'istituto pretorio denominato (con espressioni equivalenti) "occupazione appropriativa", o "espropriazione sostanziale", o "accessione invertita" (operando in senso inverso a quello della comune accessione disciplinata agli artt. 934-938 cod. civ.), da cui si è originato un nutrito contenzioso sulla base delle contestazioni dei proprietari privati.

Dopo alcune oscillazioni interpretative l'indirizzo viene confermato da successive pronunce (v. di recente, Cass. civ., 7320/2008) anche a Sezioni Unite (v. Cass. Civ., Sez. Un., 3740/1988; 418/1989; 24397/2007), e ottiene l'avallo della Corte Costituzionale (Sent. 188/1995; 24/2000). Sul principio affermato dalla Cassazione si è più volte espressa in termini fortemente critici la Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ritenendo che esso violi la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmata a Roma il 4/11/1950 e resa esecutiva in Italia con L. 4/8/1955, n. 848), in particolare, l'art. 1 del Protocollo n. 1, a tenore del quale "Ogni persona fisica e giuridica ha diritto al rispetto dei propri beni. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale" (v. Sent. 30/5/2000, ricorso 24638/1994; 30/5/2000, ricorso 31524/1996; 21/12/2006, ricorso 68852/2001).

In risposta ai rilievi della CEDU il legislatore è intervenuto prevedendo nel T.U. in materia di espropriazioni per pubblica utilità (D. P. R. 8/6/2001, n. 327) che in caso di "utilizzazione senza titolo di un bene per scopo

di interesse pubblico" –come recita la rubrica dell'art. 43–la P.A. possa disporre l'acquisizione del bene stesso al suo patrimonio indisponibile, e che al proprietario vadano risarciti i danni, da liquidarsi (ex art. 55, così come modificato dalla L. 24/12/2007, n. 244) in misura pari al valore venale del bene. La Corte di Cassazione ha poi precisato che il *quantum* del risarcimento "non può superare in nessun caso il valore che il proprietario trarrebbe dall'immobile se decidesse di porlo sul mercato con la destinazione stabilita dallo strumento urbanistico" (Cass. Civ., 8384/2008). Il nuovo istituto –etichettato in dottrina come "acquisizione coattiva sanante"– non ha fatto modificare atteggiamento alla CEDU, che lo ritiene una forma di espropriazione indiretta, tendente a "ratificare una situazione di fatto derivante dalle azioni illegali commesse dall'amministrazione", permettendole di "trarre beneficio dal proprio comportamento illegale" (v. Sent. 17/5/2005, ricorso 43662/1998; 15/1/2006, ricorso 14793/2002).

3.1. Principi generali (o fondamentali, o supremi) come valori sottostanti all'ordinamento, o –per usare una definizione della Corte Costituzionale in una delle sue prime sentenze– "direttive di carattere fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico" (Sent. 6/1956): laddove il riferimento all' "intima razionalità delle norme" considerate nel contesto di "un dato momento storico" sembra anticipare gli sviluppi della

giurisprudenza della Corte in relazione al principio di uguaglianza, a cui si è sopra accennato.

Principi come una delle tecniche utilizzate dai giudici nell'applicazione della legge secondo le metodologie indicate all'art. 12 delle Preleggi, in particolare, nella ricerca della *ratio legis*, o, "se il caso rimane ancora dubbio", nella formulazione della "regola del caso".

Principi tramandati dalla tradizione, che affondano le loro radici nel linguaggio giuridico e nelle regole che i giuristi romani più importanti avevano enunciato, passando attraverso la compilazione del *Corpus juris* giustinianeo (*Digesto*, Libro L, titt. XVI e XVII). Vengono espressi in massime, in broccardi, in formule ricorrenti nella manualistica come giustificazione dei vari istituti; i giudici ne fanno largo uso nelle sentenze come argomenti che contribuiscono a rafforzare il dispositivo dando maggior coerenza interna alla motivazione.

I principi, ora formulati dal legislatore, ora creati dall'interprete attraverso un procedimento induttivo da norme positive, ora espressi con broccardi, costituiscono dunque una componente essenziale della struttura del diritto; in particolare, per quanto più direttamente interessa la presente indagine, del diritto privato. A dimostrare l'importanza e il ruolo dei principi in questo settore valga il riferimento al tema della tutela civile della persona umana e alla disciplina generale del contratto.

Il significato dell'affermazione del valore giuridico della persona può cogliersi nel passaggio dalla logica tipica del diritto privato classico espressa nel codice ci-

vile, che vedeva nell'uomo il protagonista dell'attività giuridica funzionale all'economia e al mercato, alla logica che emerge dalle norme fondamentali dell'ordinamento italiano ed europeo, orientata al valore primario ed irrinunciabile della dignità della persona umana. In questa prospettiva, infatti, oltre alle norme costituzionali un ruolo essenziale va riconosciuto alle norme dell'Unione Europea, in particolare alla già citata Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che all'art. 6 ha posto come principio fondamentale dell'Unione il rispetto e la protezione dei diritti inviolabili dell'uomo; alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata nel 2000, poi trasfusa nel Trattato di Lisbona del 2007, che riprende i principi ispiratori delle diverse Costituzioni degli Stati membri; nonché alla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, approvata a Oviedo nel 1997, della quale è stata dall'Italia autorizzata la ratifica con L. 28/3/2001, n. 145.

Ne risulta un quadro unitario di strumenti di tutela della persona, che ha il suo centro di gravità nei principi sanciti nei primi articoli della Costituzione. Si pensi al riconoscimento e garanzia dei "diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità" (art. 2): una garanzia che assume una dimensione sociale nell'espresso richiamo alle realtà intermedie fra l'individuo e lo Stato (in primo luogo, la famiglia, ma più in generale, a tutte le forme associative alle quali danno vita le relazioni umane); all'affermazione del principio di uguaglianza e di pari dignità sociale di tutti i cittadini dinanzi alla legge (art. 3, co. 1: *uguaglianza formale*); all'impegno a

rendere effettiva la garanzia di un "pieno sviluppo della persona umana" affidando all'ordinamento il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" che limitano "di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini" (art. 3, co. 2: *uguaglianza sostanziale*). Un impegno che ha trovato attuazione in tutta una serie di interventi di legislazione speciale: *ex multis*, il D. Lgs. 11/4/2006, n. 198, sulle pari opportunità tra uomo e donna; il D. Lgs. 9/7/2003, n. 215, per la tutela contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; la L. 1/3/2006, n. 77, per le persone con disabilità; la L. 25/2/1992, n. 215 sull'imprenditorialità femminile; la L. 8/11/2000, n. 152, legge-quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

A questi principi fondamentali si ispira una fitta rete di diritti e libertà, che la Costituzione traccia al fine di garantire il pieno sviluppo della persona umana: si pensi all'inviolabilità della libertà personale (art. 13, co. 1) nelle sue diverse accezioni (tra le quali, la volontarietà dei trattamenti sanitari: art. 32, co. 2; il diritto di "professare liberamente la propria fede religiosa: art. 19); al diritto di associazione (art. 18, co. 1), in particolare, in partiti politici (art. 49) e organizzazioni sindacali (art. 39, co. 1); al diritto al lavoro (art. 4, co. 1); alla libertà di iniziativa economica (art. 41, co. 1); alle garanzie della proprietà privata (art. 42).

Particolare interesse suscitano gli aspetti del più ampio diritto della personalità, che si pongono in relazione con le interferenze tra azione dei *mass-media* e potenziali riflessi negativi che la manifestazione del

pensiero, la libertà di stampa, la raccolta e la divulgazione di informazioni concernenti la persona possono provocare. A tal riguardo, è la Corte di Cassazione ad affermare che "nell'ordinamento italiano sussiste, in quanto riconducibile all'art. 2 Cost., ... il diritto all'identità personale, quale interesse, giuridicamente meritevole di tutela, a non veder travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc." (Sent. 3769/1985); e a distinguerlo dal diritto al nome (e agli altri segni distintivi, di cui agli artt. 6 – 10 cod. civ.), che si pone "sul piano dell'esistenza materiale e della condizione civile e legale della persona", e dal diritto alla riservatezza, tendente ad assicurare al soggetto "la non rappresentazione all'esterno delle proprie vicende personali non aventi per i terzi un interesse socialmente apprezzabile". Pochi anni più tardi il diritto all'identità personale riceve l'avallo della Corte Costituzionale, che lo inserisce –come più sopra si è accennato– tra i "principi supremi" dell'ordinamento (Sent. 81/1993).

I casi in cui è stata ravvisata la violazione di questo diritto sono quanto mai numerosi: si possono citare "la pubblicazione non autorizzata della fotografia di una persona ... ove possa indurre il pubblico a credere che il soggetto ripreso abbia aderito ai valori espressi nella pubblicazione" (App. Milano, 21/5/2002: nella specie, l'immagine di una presentatrice e conduttrice televisiva era stata riprodotta, senza il suo consenso, sulla copertina di una rivista pornografica); la deformazione delle dichiarazioni rilasciate durante un'intervista ad un giornale (Trib. Roma, 11/12/2002); l'attribuzio-

ne –senza verificare l'attendibilità della notizia– di un determinato orientamento politico ad un soggetto, che in realtà non lo aveva mai reso pubblico (Trib. Milano, 26/11/2004).

3.2. Situazione diversa si presenta in materia contrattuale, dove ad una prima indagine suscita perplessità il gran numero di principi richiamati in nome della tradizione, o creati dalla giurisprudenza: principi (o dichiarati tali) che vengono individuati come espresi in modo esplicito in qualche norma, o sono dedotti per via interpretativa da gruppi di norme, quando non siano coniati a complemento di una disciplina ritenuta lacunosa o generica. L'analisi delle motivazioni, specie della giurisprudenza di legittimità, dimostra che, pur appartenendo allo stesso settore, sono disomogenei per l'origine, storicamente diversificata; per le esigenze che intendono corrispondere: ora, riflettendo un senso di giustizia (*neminem laedere*; "principio di necessaria corrispondenza tra le prestazioni", nella specie, "tra l'ammontare del premio dovuto dall'assicurato e contenuto dell'obbligazione dell'assicuratore": Cass. Civ., 10596/2010), ora, regole ovvie (*ad impossibilia nemo tenetur; nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*), ora condizioni di uno stesso rapporto (*pacta sunt servanda*); per le funzioni che sono chiamati ad esercitare: da quella interpretativa, a quella integrativa, a quella direttiva o limitativa.

Nell'impossibilità di operare qui una cognizione di questi c.d. principi –una stima necessariamente approssimativa ne enumera circa un centinaio (ALPA)–,

peraltro di scarso significato ai fini della presente indagine, l'attenzione si rivolge ai "valori" sui quali si fonda la disciplina generale del contratto (artt. 1321-1469-bis cod. civ.), in particolare, al principio di autonomia e al principio di apparenza del diritto, che riflettono scelte fondamentali operate dal legislatore del codice del 1942 in questa materia.

Il principio di autonomia privata si traduce nel potere attribuito dall'ordinamento di darsi regole vincolanti che producono effetti giuridici. Nella prospettiva dell'autonomia contrattuale, sancita dall'art. 1322 cod. civ., esso si specifica:

- nel potere di "liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge" (co. 1). Si pensi all'apposizione di elementi accidentali; all'inserimento in una fideiussione della clausola di pagamento "a prima richiesta" (con la conseguenza del venir meno dell'accessorietà, in deroga all'art. 1945 cod. civ.: Cass. Civ., 11890/2008); alla previsione di una unilaterale o reciproca assunzione di un rischio futuro estraneo al tipo contrattuale adottato (Cass. Civ., 16568/2002: nella specie, contratto di mutuo fondiario correlato a prestito in ecu);
- nel potere di "concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (co. 2). La casistica è quanto mai ampia: a mero titolo esemplificativo, si possono citare il leasing,

il contratto autonomo di garanzia (che ha ormai acquistato cittadinanza anche nel nostro ordinamento: *cfr.* Cass. Civ., 903/2008; e, da ultimo, Cass. Sez. un., 3947/2010), l'engineering, i contratti di sponsorizzazione, il "vitalizio alimentare" (confermato da una consolidata giurisprudenza: *ex multis*, Cass. Civ., 6395/2004; 14796/2009). Spesso da una "tipicità sociale" si passa ad una tipizzazione normativa, grazie all'intervento del legislatore, che recepisce gli schemi contrattuali creati dalle parti facendone oggetto di una disciplina speciale: sono, tra gli altri, i casi del factoring, che ha ricevuto una parziale regolamentazione nella L. 21/2/1991, n. 52, recante "Disciplina della cessione dei crediti d'impresa"; del contratto di multiproprietà, avente ad oggetto la c.d. "proprietà turnaria", che è stato disciplinato dal D.Lgs. 427/1998, attuativo della Direttiva comunitaria 97/47/CE, poi trasfuso negli artt. 69/81 del Codice del consumo (D.Lgs. 206/2005); del franchising, ora oggetto della L. 6/5/2004, "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale".

Va segnalato che in tempi recenti il principio di autonomia contrattuale, e, più in generale, di autonomia privata ha conosciuto un processo di espansione in campi che tradizionalmente gli erano preclusi.

Significativo è il ruolo riconosciuto allo strumento contrattuale nel ridimensionamento del principio di tipicità dei diritti reali: dalla creazione di situazioni ca-

ratterizzate da impegni di natura obbligatoria, che di fatto si assimilano a nuovi vincoli di natura reale (si pensi al regime della multiproprietà, che le parti determinano con il relativo contratto, sopra citato); alla possibilità, riconosciuta alle parti "in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.", di "sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali su cosa altrui attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori" (Cass. Civ., 2651/2010: nella specie, in materia di servitù prediali).

Nella stessa prospettiva si registra la tendenza ad attribuire validità ad intese relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi, o ex coniugi, in relazione a vicende di separazione personale, di nullità del matrimonio, o di divorzio; così, si è stabilito che "gli accordi di separazione consensuale tra i coniugi possono contenere ... un contenuto eventuale ... ed attinente a pattuizioni patrimoniali tra i coniugi, che configurano non una convenzione matrimoni ma un contratto atipico, valido sempre che non incida negativamente sui diritti e i doveri nascenti dal matrimonio" (Cass. Civ., 24321/2007).

Anche nel settore degli atti *mortis causa* il principio di autonomia privata si è visto riconoscere spazi che finora gli erano negati in nome del principio di tipicità del testamento: basti ricordare che lo stesso legislatore è di recente intervenuto (art. 2, co. 1, L. 14/2/2006, n. 55) introducendo nel codice civile l'istituto del "patto di famiglia" (artt. 768-bis-768-octies, in deroga al divieto di patti successori, di cui all'art. 458 cod. civ.), definito "il contratto con cui ... l'imprenditore trasfe-

risce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

Il principio generale di apparenza del diritto, formulato dalla Corte di Cassazione già sotto il vigore del codice civile del 1865 (Sez. I, 22/5/1931), si può esprimere, in assenza di un'espressa formulazione normativa, nel senso che chi crea una situazione di apparenza non può invocare a danno dei terzi, che abbiano confidato sulla sua esistenza, la situazione reale.

Il codice civile del 1942 detta numerose norme a protezione della buona fede soggettiva dei terzi, ivi comprese quelle a tutela dell'apparenza (quali, gli artt. 534, in relazione agli atti compiuti dall'eredità apparente; 1189, "pagamento al creditore apparente"; 1415, sugli effetti della simulazione nei confronti dei terzi). L'esigenza sottesa a tale principio è dunque quella di garantire effettività al correlato principio di tutela dell'affidamento (Cass. Civ., Sez. un., 5035/2002; Cass. Civ., 408/2006), cioè, di "chi ha fatto ragionevole affidamento su di una data manifestazione giuridica, e si è comportato in coerenza ad essa ... anche se non corrisponde alla realtà" (in questi termini, già Cass. Civ., 1586/1942): e ciò, a garanzia della sicurezza delle contrattazioni, e, più in generale, degli scambi patrimoniali (Betti).

Preoccupazione costante è tuttavia quella di chiarire i presupposti di operatività dei due principi, da individuarsi nella condotta rispettivamente di chi crea apparenza e di chi confidi in tale situazione. Così, in tema di rappresentanza, si richiede "un comportamento

colposo –non meramente omissivo– del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente" (Cass. Civ., 408/2006; 18191/2007); lo stesso criterio viene enunciato in relazione al mandato (Cass. Civ., 16740/2002), e ritenuto applicabile anche nel diritto di famiglia (Cass. Civ., 7501/1995: nel caso, responsabilità del marito per le obbligazioni contratte in suo nome dalla moglie). Parallelamente, per riconoscere tutela all'affidamento del terzo, si richiede che l'opinione circa la situazione di apparenza sia "ragionevole e cioè non determinata da un comportamento colposo del terzo medesimo, il quale, non attenendosi ai dettami della legge o a quelli di normale diligenza, trascuri di accertarsi della realtà facilmente controllabile e si affidi invece alla mera apparenza incorrendo in errore" (Cass. Civ., 6756/2001; in termini di "ragionevolezza dell'affidamento", Cass. Civ., 20906/2005; 3471/2007): talché, tale tutela "non è invocabile nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità mediante i quali sia possibile controllare con l'ordinaria diligenza la consistenza effettiva dell'altrui potere, come accade in ipotesi di organi di società di capitali regolarmente costituiti" (Cass. Civ., 703/2004).

4.1. Nell'ambito dei rapporti tra principi e regole in materia contrattuale un ruolo di primo piano occupa la clausola generale di buona fede oggettiva o correttezza, della quale è opportuno chiarire in estrema sintesi i connotati strutturali e operativi che la differenziano

dalla buona fede soggettiva, di cui si è ora accennato in relazione al principio di apparenza del diritto.

Mentre quest'ultima fa riferimento ad uno stato intellettivo (*ignoranza di ledere l'altrui diritto*: art. 1147 cod. civ.; e, più in generale, "positiva convinzione di comportarsi *iure*": Bigliazzi Geri) che costituisce parte integrante di una fattispecie prevista e disciplinata dalla legge (quali, il possesso: art. 1147; il pagamento al "creditore apparente": art. 1189; la "rappresentanza senza potere": art. 1398), la buona fede oggettiva presenta una natura precettiva, ponendo l'obbligo di comportarsi secondo un modello socialmente apprezzabile, che si specifica in relazione al caso concreto. Il che la pone tra le clausole generali (al pari della diligenza, *ex art 1176 cod. civ.*), che un'autorevole definizione descrive come "norme incomplete, [che] non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni" (Mengoni); diversamente dalle norme generali, che sono invece norme complete, in cui però la fattispecie non è la risultante della descrizione di un caso, ma di una categoria riassuntiva di casi (si pensi all'art. 1206 cod. civ., che abilita il creditore a rifiutare la prestazione del debitore solo in presenza di un "motivo legittimo"). In altri termini, sono norme che impartiscono al giudice una direttiva per la formazione della regola da applicare al caso concreto attraverso il riferimento a *standards* valutativi rapportati al livello medio di correttezza del settore a cui il contratto si riferisce, cioè, a fatti o comportamenti riconoscibili come forme esemplari dell'esperienza sociale dei "valori".

Una conferma a questa impostazione viene dalla Relazione al codice civile (n. 558), laddove a proposito del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175) si chiarisce che "quale sia in concreto il contenuto del dovere di correttezza il nuovo codice non dice, avendo preferito una formula elastica che ammette adattamenti con riferimento a singole situazioni di fatto"; ma si danno anche alcune indicazioni assai significative, affermando che si tratta di "uno stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto di quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra i consociati".

Nella stessa direzione si muovono sostanzialmente i tentativi di definizione formulati in dottrina, pur nella consapevolezza della "impossibilità di una definizione precisa ed aprioristica del contenuto normativo della correttezza e della buona fede" (Natoli): "comportamento onesto" (Breccia), "fedeltà ad un accordo concluso", e "impegno all'adempimento delle altrui aspettative" (Betti); spesso risolvendosi nell'indicazione di sinonimi: "correttezza o lealtà" (Galgano). Con formula più articolata la Corte di Cassazione afferma che la buona fede contrattuale "intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenu-

to non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede" (Sent. 960/1986); ponendo così le premesse per un aggancio ai principi costituzionali, che è motivo costante della giurisprudenza più recente.

La duplice valenza della buona fede contrattuale in relazione alle peculiarità della singola fattispecie –come dovere di comportamento, e quindi, come criterio di valutazione *a posteriori* della condotta tenuta– ne sottolinea la funzione, nel senso di colmare le inevitabili lacune legislative, posto che la legge può prevedere o sanzionare solo i comportamenti più frequenti; la regola della correttezza consente di identificare altri obblighi e altri divieti, realizzando la "chiusura" dell'ordinamento relativamente alla varietà delle situazioni della vita economica e sociale (Galgano). Un ruolo che conosce un significativo processo di espansione nel passaggio dal vecchio al nuovo codice civile.

Nel codice del 1865, infatti, l'espresso richiamo alla buona fede quale regola di condotta si esauriva nel disposto dell'art. 1124, a tenore del quale "i contratti debbono essere eseguiti di buona fede"; prevedendosi poi un'applicazione specifica in tema di recesso dal contratto di società (art. 1733), definito contrario a buona fede nell'ipotesi in cui venisse esercitato dal socio "per appropriarsi egli solo il guadagno che i soci si erano proposto di ottenere in comune" (art. 1734).

Il codice attuale amplia significativamente l'ambito di operatività della clausola generale, inserendola in tutta una serie di norme che coprono l'arco della vicen-

da contrattuale, fino alla fase di attuazione del rapporto obbligatorio.

E così, l'art. 1337 impone alle parti di comportarsi secondo buona fede "nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto"; l'art. 1375 dispone che "il contratto deve essere eseguito in buona fede"; l'art. 1358 assume la buona fede a regola di comportamento dei contraenti in pendenza di condizione; l'art. 1366 prevede che "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede"; l'art. 1460, co. 2, individua nella buona fede il criterio dell'esercizio legittimo della facoltà di rifiutare l'adempimento in ragione dell'inadempimento dell'altro contraente; l'art. 1175 sancisce che "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza".

All'imposizione della regola il codice in alcuni casi fa seguire indicazioni atte ad individuare (e quindi, a valutare) una condotta conforme (o contraria) alla regola stessa: si pensi al comportamento (corretto) che "colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva" deve tenere in pendenza della condizione, per "conservare integre le ragioni dell'altra parte" (art. 1358); ovvero, alla responsabilità prevista a carico della parte che nella fase di perfezionamento del contratto "conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte" (art. 1338). Tali previsioni, se, da un lato, non esauriscono il contenuto della clausola generale di buona fede oggettiva (o correttezza), dall'altro, ne confermano l'essenziale

elasticità in relazione alle caratteristiche delle singole fattispecie, precisandone nello stesso tempo l'accennata funzione integrativa e/o correttiva dello *strictum ius* (Natoli).

4.2. Nell'imporre alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase che precede la stipulazione del contratto, l'art. 1337 cod. civ., rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale", esige "un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti". Queste indicazioni, fornite dalla Relazione al codice (n. 612), vanno messe in relazione con la distinzione operata dalla norma tra il periodo delle "trattative" e il momento della "formazione del contratto".

Una prima interpretazione porta a ritenere che ciò si è voluto pretendere una condotta corretta sin dall'inizio, anche in una fase meramente esplorativa che non si sia ancora espressa in atti negoziali tipici (Trib. Bari, 13/5/2004).

In realtà, il significato della clausola generale si specifica diversamente in rapporto alle due fasi, posto che la prima è contrassegnata da contatti tra le parti non ancora finalizzati alla perfezione dell'accordo, bensì all'accertamento dell'idoneità dello stesso a soddisfare le proprie esigenze sulla base di valutazioni di opportunità e convenienza; la seconda individua uno stadio

ulteriore e, per alcuni aspetti, autonomo, che già presuppone una certa definizione dell'assetto di interessi che si intende realizzare.

In relazione alla fase delle trattative la regola di buona fede e correttezza è "da intendersi ... come dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo" (Cass. Civ., 5297/1998). Più recentemente, la Cassazione, dopo aver precisato che "la regola posta dall'art. 1337 c.c. ... ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso", ha confermato questo indirizzo, nel senso che essa "implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto" (Cass. Civ., 24795/2008: nella specie, una società di leasing aveva omesso di informare la controparte che le agevolazioni fiscali connesse al contratto –in considerazione delle quali la controparte medesima si era indotta a stipularlo– erano state sospese, fornendo anzi assicurazioni circa la loro applicabilità).

Altro comportamento contrario a correttezza, e quindi fonte di responsabilità precontrattuale, è rappresentato dal recesso dalle trattative senza giusto motivo. La proposta contrattuale, infatti, è liberamente revocabile –tranne che si realizzino le condizioni previste dalla legge (artt. 1329, 1331 cod. civ.)– fino a quando il contratto non sia concluso; responsabilità nasce quando

(dolosamente o colposamente) si interrompono le trattative eludendo le aspettative della controparte, che, confidando nella conclusione del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad occasioni più favorevoli (Cass. Civ., 2525/2006; 11243/2003). In tale ipotesi il danno risarcibile –liquidabile anche in via equitativa– è quello “consistente nelle perdite che sono derivate dall’aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perse (c.d. *interesse negativo*)” (Cass. Civ., 12313/2005; 12147/2002).

Quanto alla stipulazione dell’accordo, l’interpretazione sistematica degli artt. 1337 e 1338, già menzionati, porta a ritenere la seconda norma una “specificazione” della prima (Cass. Civ., 16508/2004); ne risulta che entrambe “mirano a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede [*soggettiva*] ingannato o fuorviato dalla ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta”: peraltro, una tutela non incondizionata, richiedendosi che il contraente non fosse in condizioni di conoscere tale motivo di invalidità; con la conseguenza che dette norme non sono applicabili nel caso in cui egli avesse potuto, “con l’ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione e, quindi, della causa di invalidità del contratto” (Cass. Civ., 3272/2001: nella specie, causa di invalidità era la omessa iscrizione della società di intermediazione mobiliare nell’albo previsto dalla legge; Cass. Civ., 16508/2004; detto indirizzo è stato condiviso recentemente anche da C. Stato, 3827/2009).

4.3. Una decisa valorizzazione del ruolo della buona fede contrattuale si realizza in particolare relativamente ai contenuti della clausola generale nella fase di esecuzione del contratto e di attuazione del rapporto obbligatorio. Il collegamento con i valori costituzionali, in particolare con i “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, di cui all’art. 2 Cost, vale a dare fondamento ad una funzione integrativa e/o correttiva degli effetti del contratto, quale emerge da un’interpretazione “costituzionalmente orientata” dell’art. 1374 cod. civ. (“Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità”).

A questi risultati si giunge su sollecitazioni della dottrina, che dalla seconda metà degli anni ’90 del secolo scorso –ma già la strada era stata aperta una diecina d’anni prima da Betti– indicava nella buona fede oggettiva la fonte di obblighi giuridici in capo ai soggetti dell’agire privato, posto che essa riflette “quell’aspirazione generalizzata all’instaurazione di una garanzia di sostanziale rispetto della personalità dei soggetti, della loro sicurezza, della loro libertà e della loro dignità umana, che ... rappresenta la direttiva fondamentale di svolgimento delle strutture dell’intero sistema” (Natoli); collegandosi più specificamente con il principio di solidarietà (Rodota’). Quanto poi all’individuazione di tali obblighi, essi sono riconoscibili dalle parti nei termini in cui si pongano in un rapporto di necessità finalistica rispetto alla realizzazione dell’affare economico regolato dal contratto (Uda).

A livello giurisprudenziale una chiara espressione di questi indirizzi si ha con una decisione della Corte di Cassazione (3775/1994) su un caso (in materia di prezzi di acque minerali) di condotta formalmente rispettosa delle regole, ma sostanzialmente in violazione di un elementare senso di giustizia. Nell'ampia motivazione si legge che il "dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) ... si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti quindi disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che applicato ai contratti ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio".

Queste affermazioni trovano conferme nella giurisprudenza di merito e di legittimità, e ormai costituiscono ius receptum in una formula più articolata, costantemente ricorrente, a tenore della quale la clausola di buona fede, "la quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile (n. 558) "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interes-

se del creditore" deve essere intesa in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge" (Cass. Civ., 28056/2008; 1618/2009) nella misura in cui ciò non comporti "un apprezzabile sacrificio a suo carico" (Cass. Civ., 264/2006; 2878/2007).

Va inoltre notato che la correttezza costituisce "regola di governo" della discrezionalità delle parti nell'esecuzione del contratto (Cass. Civ., 3775/1994), ossia –come chiarisce una più recente sentenza– "opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di normalità sociale e, quindi, di ragionevolezza" (Cass. Civ., 2855/2005).

Di tali "principi di diritto" si riportano di seguito alcune significative applicazioni:

- il "principio nominalistico", sancito dall'art. 1277 cod. civ. relativamente ai debiti di somme di denaro ("I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento") viene applicato, alla luce dei limiti imposti dall'art. 49 del D. Lgs. 231/2007 (in at-

tuzione della Direttiva 2005/60/CE antiriciclaggio), nel senso che "il creditore di una somma di denaro inferiore ad euro dodicimilacinquecento può rifiutare il pagamento con assegno circolare, in alternativa al denaro contante, solo per giustificato motivo da valutare secondo le regole della correttezza e della buona fede oggettiva" (Cass. Civ., Sez. Un. 26617/2007); ma già in precedenza si era affermato essere contrario al dovere di correttezza il rifiuto del creditore, "senza plausibili motivi" di accettare assegni circolari in luogo di somme di denaro (Cass. Civ., 18240/2002);

- si è affermato che "è contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., ... il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario" (Cass. Civ., Sez. Un., 23726/2007: nella specie, trattavasi di distinti decreti ingiuntivi per fattura o gruppi di fatture): con ciò, mutando orientamento rispetto a quanto affermato (in senso esattamente contrario) dalle stesse Sezioni unite con la sentenza 108/2000. Il principio enunciato da ultimo è stato poi riaffermato in successive pronunce (Cass. Civ., 15476/2008; 24539/2009);
- è stata cassata la sentenza di merito che aveva ritenuto ingiustificato l'inadempimento di parte del canone di locazione a fronte dell'inadempimento del locatore (*exceptio inadimplenti contractus, ex art. 1460 cod. civ.*) consistente nell'aver impedito parzialmente il godimento dell'immobile, avendo

lasciato nelle stanze date in locazione sei casse mortuarie con relativi arredi; secondo la Corte di Cassazione l'eccezione di inadempimento "postula la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti", da valutarsi oggettivamente "con riferimento all'intero equilibrio del contratto ed alla buona fede" (Sent. 2855/2005). In altri termini, il giudice deve valutare –secondo il criterio della buona fede, di cui al comma 2 dell'art. 1460– se la condotta della parte inadempiente, "avuto riguardo all'incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, abbia influito sull'equilibrio sinallagmatico dello stesso, in rapporto all'interesse perseguito dalla parte, e perciò abbia legittimato, casualmente e proporzionalmente, la sospensione dell'adempimento dell'altra parte" (Cass. Civ., 2720/2009);

- recentemente la Corte di Cassazione è tornata sul complesso (quanto controverso) argomento dell'abuso del diritto. La Renault Italia S.p.A. aveva esercitato il diritto di recesso *ad nutum* previsto dal contratto che aveva stipulato con diverse concessionarie di automobili; in primo grado e in appello la decisione del concedente di recedere dal contratto di concessione di vendita era stata ritenuta insindacabile sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto. La Cassazione accoglie il ricorso dei concessionari, e in un'ampia motivazione, riconoscendo al divieto di abuso del diritto il ruolo di principio generale del diritto civile, pur in

assenza di una espressa previsione normativa, ne riconnega l'operatività alla regola di buona fede, affermando che "qualora il contratto preveda il diritto di recesso *ad nutum* in favore di una delle parti, il giudice del merito non può esimersi, per il semplice fatto che i contraenti hanno previsto esplicitamente quella clausola in virtù della loro libertà e autonomia contrattuale, dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e di buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto": e cioè, al fine di "evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio"; infatti, "la mancanza della buona fede in senso oggettivo, esplicitamente richiesta dagli artt. 1175 e 1375 del codice civile nella formazione e nell'esecuzione del contratto, può rivelare ... un abuso del diritto, pure contrattualmente stabilito, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito": (Cass. Civ., 20106/2009). In precedenza, gli stessi principi di diritto erano stati applicati con riferimento: al recesso improvviso e immotivato di una banca da un rapporto di apertura di credito (Cass. Civ., 2642/2003; 15482/2003); alla delibera assembleare adottata ad esclusivo beneficio della maggioranza e in danno dei soci di minoranza (Cass. Civ., 27387/2003); al contratto di mediazione (Cass. Civ., 5348/2009); al contratto di *sale*

and lease back connesso al divieto di patto commissario (ex art 2744 cod. civ.) (ex multis, Cass. Civ., 8481/2009); al contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli* (Cass. Civ., 14239/2004; 5273/2007); alla materia tributaria, in relazione all'affermata esistenza di un generale principio antielusivo (Cass. Civ., Sez. Un., 30057/2008). Da ultimo, è stato ritenuto abusivo l'esercizio del diritto del locatore a intimare lo sfratto se esistevano altre vie per tutelarsi (Cass. Civ., 13208/2010: nella specie, ad un'impresa costruttrice era stato intimato lo sfratto per morosità, sebbene, come società che aveva ristrutturato l'immobile preso in locazione, essa fosse divenuta creditrice dell'ente locatore di un credito di importo più elevato rispetto all'ammontare dei canoni di locazione dovuti).

4.4. Sul significato della buona fede quale criterio di interpretazione del contratto il codice civile non fornisce indicazioni; ma la stessa collocazione dell'art. 1366 viene presentata dalla Relazione (n. 622) come significativa della funzione esercitata dalla norma. Si chiarisce, infatti, che negli artt. da 1362 a 1365 viene regolato "il primo momento del processo interpretativo", volto ad accertare la c.d. volontà in concreto delle parti (interpretazione soggettiva); mentre negli artt. da 1367 a 1371 viene disciplinato "il secondo momento dell'interpretazione", che presuppone –come esplicitamente si prevede nelle stesse norme– il persistere di dubbi sul "preciso contenuto delle dichiarazioni negoziali":

dubbi che il giudice è chiamato a sciogliere applicando "principi legislativamente fissati" (interpretazione oggettiva). L'art. 1366, disponendo che "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede", rappresenta "il punto di sutura tra questi due momenti dell'interpretazione", ed è "il necessario complemento" tanto dell'art. 1337, quanto dell'art. 1375; il che vuol significare, in primo luogo, che si fa riferimento alla "buona fede obiettiva"; in secondo luogo, che "la dichiarazione di volontà contrattuale deve essere intesa secondo il criterio di reciproca lealtà di condotta tra le parti". Più oltre (n. 624) si precisa che "alle proposte e alle dichiarazioni di ciascuna parte si dovrà, cioè, attribuire ... il significato oggettivo in cui la parte ... poteva e doveva ragionevolmente intenderle secondo la regola della buona fede".

Questa impostazione è stata recepita diversamente dalla dottrina, che si è divisa, dando luogo ad un quadro quanto mai variegato di opinioni: da chi ha sostenuto l'assoluta irrilevanza della disposizione in esame (Oppo; Messineo; Sacco), a chi, all'opposto, ha ritenuto che la norma eserciti comunque un ruolo integrativo della volontà delle parti (Varrone; Rodota'); da chi la colloca tra le disposizioni relative all'interpretazione soggettiva (Bianca; Scognamiglio), a chi la considera come espressione di una regola di interpretazione oggettiva (Carresi; Grassetti); da chi vi ravvisa un criterio di controllo (Bessone; Alpa), a chi ne evidenzia una funzione correttiva (Bigliazzi Geri).

In quest'ultimo senso si esprime anche la giurisprudenza, facendo del canone della buona fede un criterio

di interpretazione *lato sensu* correttiva del testo contrattuale. Si afferma, infatti, che correttezza e buona fede nell'interpretazione dei contratti "consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti" (Cass. Civ., 20106/2009), precisando tuttavia che "la buona fede come fattore di interpretazione del contratto ... deve intendersi come fattore di integrazione del contratto non già sul piano dell'interpretazione di questo, ma su quello –diverso– della determinazione delle rispettive obbligazioni, come stabilito dall'art. 1375 c.c." (Cass. Civ., 8619/2006); in altri termini, il giudice non può sulla base del criterio della buona fede "assegnare all'atto una portata diversa da quella che emerge dal suo contenuto obiettivo" (Cass. Civ., 5239/2004). Alcune applicazioni chiariranno il significato di queste affermazioni:

- in relazione ad un contratto di locazione commerciale, è stato respinto il ricorso della società conduttrice inteso ad ottenerne la risoluzione per inadempimento della società locatrice indicato nella mancata destinazione dell'immobile alla vendita al dettaglio; la Corte ha ritenuto che la conduttrice non aveva inteso attribuire al contenuto del contratto un significato in luogo di un altro, ma integrare il contenuto stesso nel senso che il suo oggetto non era la generica locazione di un immobile adibito ad uso diverso dall'abitazione, ma la locazione di un immobile che

avesse la menzionata destinazione (Cass. Civ., 8619/2006);

- la clausola di un contratto preliminare secondo la quale il promettente alienante deve provvedere alla cancellazione dei vincoli sull'immobile "al più tardi alla data del rogito", deve essere intesa, con interpretazione secondo buona fede, "in tempo utile affinché il promissorio acquirente possa ottenere dalla banca la concessione di un mutuo ipotecario" (Cass. Civ., 2992/2004);
- in un contratto di mediazione per una trattativa di vendita immobiliare viene inserita la clausola, con cui si stabilisce che non sarà dovuto alcun compenso "ad incarico scaduto in caso di mancata vendita"; le parti concludono un contratto preliminare, poi risolto consensualmente per inadempimento del promissorio acquirente. La Corte d'Appello nega al mediatore il diritto al compenso sulla base di un'interpretazione mera mente letterale della suddetta clausola, essendo il preliminare stato concluso a incarico di mediazione scaduto. La Corte di Cassazione ritiene questa interpretazione contraria al canone della buona fede, dovendosi riconoscere alla conclusione del preliminare l'effetto dell'insorgere del diritto alla provvigione, indipendentemente dalla scadenza o meno del mandato, essendo indifferenti le vicende successive che avevano condotto le parti alla mancata conclusione del contratto definitivo (Cass. Civ., 5348/2009);

- è stato ritenuto che "è possibile e doveroso far ricorso alla interpretazione del contratto secondo buona fede, *ex art. 1366 c.c.*, in presenza di clausole ambigue e predisposte unilateralmente dall'impresa assicuratrice nelle condizioni generali" (Cass. Civ., 11487/2004: nella specie, trattavasi di polizza contro il rischio di malattie infettive e di infezioni, in cui era inserita una clausola che in apparenza estendeva la copertura assicurativa, ma, in realtà, ne diminuiva la portata con la previsione di due condizioni limitative dell'efficacia del contratto; la sentenza d'Appello viene cassata, ritenendosi "incompleta ed insoddisfacente" la valutazione del giudice di merito per non aver tenuto conto "né della natura del rapporto, né della sua prevalente atipicità, né dell'equilibrio causale al fine dell'interpretazione di buona fede" della suddetta clausola).

Un problema al quale la giurisprudenza non dà risposte uniformi è se all'interpretazione secondo buona fede il giudice debba ricorrere in ogni caso, o solamente quando residuino dubbi sul senso letterale delle espressioni usate dalle parti e sulla loro comune intenzione. E' infatti affermazione ricorrente –in nome di un "principio di ordinazione gerarchica (o gradualismo) delle regole ermeneutiche", affermato sostanzialmente sulla base del passo della Relazione al codice, sopra riportata– che "qualora il senso letterale delle espressioni impiegate riveli con chiarezza e univocità la volontà comune e non sussistano residue ragioni di

divergenza tra il tenore letterale del negozio e l'intento effettivo avuto di mira, il giudice del merito deve arrestarsi al significato letterale delle parole e non può fare ricorso ad ulteriori criteri di ermeneutica" (Cass. Civ., 23066/2009; 26690/2006; 5239/2004). E tuttavia, questo criterio di sussidiarietà dell'interpretazione condotta *ex art 1366 cod. civ.* viene messo in dubbio in più di un'occasione, ritenendosi necessario il ricorso al canone interpretativo della buona fede "anche quando l'interpretazione delle clausole che concorrono alla formazione del testo negoziale, compiuta sulla base del senso letterale delle parole, conduca a risultati di certezza" (Cass. Civ., 2992/2004): e ciò, perché "il dato testuale, pur assumendo un rilievo fondamentale, non può essere ritenuto decisivo ai fini della ricostruzione del contenuto dell'accordo", dovendo il processo interpretativo "estendersi alla considerazione di tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore" (Cass. Civ., 12120/2005; 29029/2008).

4.5. Particolare rilievo assume la clausola di buona fede nella legislazione consumeristica; anche se non si è ancora formata una prassi applicativa tale da fuggire i molti dubbi che il legislatore nazionale ha contribuito a suscitare nel momento in cui ha dato attuazione alla Direttiva CEE 93/13 del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. La L. 6/2/1996, n. 52, art. 25, ha in un primo tempo inserito nel Libro IV del codice civile, al termine della normativa sul contratto in generale, il Capo XIV-bis, intitolato "Dei contratti del consumatore" (artt.

da 1469-bis a 1469-sexies); successivamente tali norme sono confluite nel "Codice del consumo" (D.Lgs. 6/9/2005, n. 206), che –per quanto qui interessa– prevede la buona fede all'art. 2, e all'art. 33. La prima di tali norme sancisce i "diritti dei consumatori", tra i quali il diritto "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà" (co. 2, lett. c-bis). L'art. 33 definisce "vessatorie" nel contratto concluso tra il professionista e il consumatore le clausole che "malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (co. 1).

L'espressione *malgrado la buona fede*, risultante dalla traduzione del par. 3.1 della Direttiva 93/13, è passato indenne dall'art. 1469-bis all'art. 33 cod. cons. attraverso una nutrita serie di critiche in dottrina (Bigliazzi Geri, De Nova) e proposte di modifica in sede parlamentare, essendo da subito apparsa una errata traduzione, come stanno a dimostrare le versioni francese (*en dépit de l'exigence de bonne foi*), inglese (*contrary to the requirement of good faith*), tedesca (*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*): univocamente orientate verso il significato di *contrarietà a buona fede* del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi.

Il dibattito si è principalmente incentrato sulla natura (soggettiva o oggettiva) della clausola di buona fede ivi richiamata. Secondo una tesi, peraltro risultata minoritaria, il requisito della buona fede sarebbe da intendersi in senso soggettivo, con riferimento alla circostanza che una parte (il predisponente) abbia avuto, o no, consapevolezza del carattere vessatorio della

clausola (Rizzo): ma in tal caso l'avverbio "malgrado" comporterebbe l'irrilevanza della valutazione di buona fede nel giudizio di vessatorietà, che rimarrebbe condizionato unicamente dal significativo squilibrio. A identico risultato giunge chi intende il riferimento alla buona fede in chiave oggettiva, come criterio di valutazione del comportamento del predisponente, senza tuttavia attribuirgli alcun rilievo ai fini del giudizio sulla clausola (Scalfi; Alpa).

Nettamente prevalente è la tesi di chi, attribuendo al termine "malgrado" il significato di "in contrasto con", ritiene necessari, al fine di fondare la valutazione sulla clausola, sia il significativo squilibrio, sia la contrarietà a buona fede (intesa in senso oggettivo) del comportamento tenuto dal professionista (Roppo; Bighazzi Geri; Cataudella).

In giurisprudenza non si sono ancora delineati chiari indirizzi interpretativi, come dimostrano alcune sentenze intervenute in argomento:

- Cass. Civ., 4208/2007: la clausola derogatoria della competenza territoriale deve essere considerata abusiva se, "in contrasto con il requisito della buona fede, determini un significativo squilibrio, in danno del consumatore, tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto";
- Trib. Roma, 18/8/2006: considera vessatoria, "in quanto diretta a costituire nei rapporti tra professionista e consumatore significativi squilibri contrattuali in contrasto con il principio di buona fede, la clausola di un contratto di servizi di

investimento immobiliare che preveda la devoluzione alla decisione inappellabile di un arbitro delle eventuali controversie relative alla validità, all'interpretazione e all'esecuzione del contratto";

- per Trib. Torino, 22/9/2000, "nei contratti conclusi tra il consumatore e il professionista la buona fede consiste nella reciproca lealtà e correttezza dei contraenti in ordine a tutte le circostanze inerenti le trattative";
- ma per App. Roma, 24/9/2002, "la vessatorietà delle clausole contenute in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista, una volta accertato il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi a carico del consumatore, può essere dichiarata anche in presenza della buona fede del professionista".

Un punto di equilibrio tra orientamenti contrastanti sembra riconoscersi nell'opinione che, pur negando alla buona fede il ruolo di criterio di giudizio dell'abusività di una clausola, ne recupera la rilevanza nel sistema come criterio valutativo della significatività dello squilibrio (Lener); ponendosi, a ben vedere, maggiormente in sintonia con la logica della normativa a tutela del consumatore, che alle clausole generali preferisce indici di valutazione tipizzati: basti riferirsi alle due liste di clausole, di cui all'art. 33, co. 2, e 36, co. 2, cod. cons. La prima –indicata in dottrina come "lista grigia"– contiene ben venti ipotesi nelle quali si presume, fino a prova contraria, la vessatorietà delle clausole; la seconda –indicata come "lista nera"– pre-

vede tre ipotesi nelle quali le clausole sono (per definizione) vessatorie, con la conseguenza della loro nullità “mentre il contratto rimane valido per il resto” (co. 1: “nullità di protezione”).

Il fatto che la clausola di buona fede e correttezza venga evocata, come si è accennato, tra le regole fondamentali di comportamento nelle pratiche commerciali, e costituisca, negli spazi non coperti dalle presunzioni, di cui agli artt. 33 e 36 cod. cons., elemento di valutazione della vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionista e consumatore, è indice di una scelta di politica legislativa nel senso di limitare nel settore consumeristico la libertà contrattuale delle parti, imponendo un controllo sulle modalità di contrattazione adottate in condizioni di disparità economica e (soprattutto) informativa: significativa in questo senso, tra le altre, la previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 34 cod. cons., laddove si stabilisce che “non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale”.

Alla giurisprudenza spetta ora il compito di dare concretezza ad una normativa ancora troppo recente –e soprattutto adottata su impulso esterno all'ordinamento italiano– per consentire giudizi definitivi.

LA BUENA FE EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO ACTUAL

EDGAR GONZÁLEZ PEREDO

Hay que pensar siempre de buena fe y en la buena fe, para poder vivir como piensas o acabarás pensando como vives.

I. INTRODUCCIÓN

1. Conceptos preliminares

Los doctrinarios y juristas, nacionales y extranjeros, se han referido a la buena fe de formas muy variadas, entre las cuales podemos mencionar, que le han atribuido el carácter de norma, de principio, de regla, de cláusula general, de máxima, de deber, de estándar de conducta o de fuente del derecho.

La Real Academia Española en su *Diccionario de la lengua española*, establece que el término *fe* deriva del

latín *fides* y establece, entre otras ideas, primero desde el punto de vista de la religión católica, es una de las tres virtudes teologales; y segundo como confianza, entendiéndose por ésta, el buen concepto que se tiene de alguien o de algo.

Respecto de la *buena fe* el citado diccionario entiende lo siguiente:

1. f. Rectitud, honradez.
2. f. Der. Criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho.
3. f. Der. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte.

Como una derivación de la *buena fe*, podemos mencionar las siguientes expresiones y su significado: “*a buena fe*” (ciertamente, de seguro, sin duda); “*a la buena fe*” (con ingenuidad y sencillez, sin dolo o malicia); “*de buena fe*” (con verdad y sinceridad).

No obstante los conceptos anteriores, resulta difícil materializar el concepto de buena fe para proporcionar un concepto único y unívoco, pues es necesario recurrir a las concepciones ético-valorativas imperantes en la sociedad, sin embargo podemos concluir que “*obrar de buena fe*” es, ubicarse en la relación entre “bondad” y “fe”¹.

Entendiendo por “fe”, según el mencionado diccionario:

¹ Sánchez Torres, Esther, *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, Madrid, 1999, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, p. 89.

3. f. Conjunto de creencias de alguien, de un grupo o de una multitud de personas.
4. f. Confianza, buen concepto que se tiene de alguien o de algo.
5. f. Creencia que se da a algo por la autoridad de quien lo dice o por la fama pública.
6. f. Palabra que se da o promesa que se hace a alguien con cierta solemnidad o publicidad.
7. f. Seguridad, aseveración de que algo es cierto.
8. f. Documento que certifica la verdad de algo.

Con fundamento en lo anterior, la buena fe se erige tradicionalmente como elemento de ordenación de la justicia y la convivencia, que se desarrolla a partir de un elemento psicológico (*buena fe subjetiva*) y un elemento ético (*buena fe objetiva*). Teniendo por finalidad la buena fe una voluntad sincera, leal y fiel en el decir, en el actuar, en el hacer y en el contratar².

Para el derecho, desde un punto de vista general, los principales planteamientos de la buena fe son: i) la protección de la buena fe; ii) el deber de buena fe; iii) la presunción de buena fe; los cuales se pueden traducir a su vez en tres prescripciones: a) cumplir con la obligación contraída de acuerdo con los términos establecidos en ella; b) cumplir con el deber moral de no engañar ni dañar a la contraparte; y c) cumplir con el deber de realizar todos aquellos actos que sin estar expresamente pactados, conduzcan al buen desarrollo de la obligación principal que vincula a las partes.

² Gorphe, F. *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, París, 1928. Citado por Sánchez Torres, Esther, *op. cit.*, p. 90.

Para entender a la buena fe, debemos lograr y hacer que la conducta cumpla un mínimo de valores, que pueden o no estar plasmados en las normas y en dicha conducta, se puede presentar un binomio que tenemos que resolver al tratar este tema, que (a) exista buena fe en los actos ejecutados o que existan (b) actos buenos ejecutados con mala fe o mala voluntad o mala intención de causar daños y perjuicios.

Un primer cuestionamiento es, ¿se puede actuar de buena fe en unos actos y de mala fe en otros?, a lo que podemos responder con el aforismo "*venire contra factum proprium no valet*" (nadie puede volver sobre sus propios actos), es decir, ninguna conducta de un sujeto debe ser contradictoria con otra anterior del mismo sujeto, pues la función de la buena fe es impedir que si alguien ha creado en otro una expectativa de comportamiento futuro en el marco de una relación jurídica, más adelante vuelva sobre su propio acto para destruirlo.

Lo anterior da lugar a otros cuestionamientos. ¿Por qué en algunos casos el derecho regula a la buena fe con más rigor, y en otros, menos? ¿Significará lo anterior que existen lagunas respecto a que en algunos casos no le sea exigible a toda conducta satisfacer el principio de la buena fe?

Teniendo así que la mayoría de las veces, para considerar la buena fe debemos considerar la intencionalidad, la voluntad y la subjetividad de quien es autor de una conducta.

Por lo tanto, la buena fe la entendemos y está presente, o debiera estar, en todas las materias y campos

de la vida diaria, sin embargo, tiene una mayor aplicación y una necesidad de estar siempre presente en la moral, la religión, la contabilidad y en el derecho. Es en los dos primeros donde encontraremos el significado que para el derecho tiene la buena fe, pues entre sus pilares encontramos la profesión de fe que significa una obligación o deber genérico fuerte de buena fe. Es en las cuestiones morales donde podemos encontrar el beneficio o perjuicio que le genera a los seres humanos una conducta; al efectuar la distinción entre buena fe subjetiva u objetiva se debe hacer referencia a los modelos objetivos de buena fe, como sucede en los distintos roles de "buen padre de familia", "buen contratante" o "buen profesionista"; y por último, desde esta perspectiva, tenemos que la buena fe beneficia moral y jurídicamente a quienes la practican y desde otro punto de vista los grava, beneficiando a quienes la reciben, entendiendo así, que la principal cualidad de la buena fe, son sus efectos multiplicadores en los comportamientos sucesivos de los demás, teniendo así una gran importancia social.

Algunos autores entienden a la buena fe como una norma en blanco para la introducción de nuevos pensamientos y otros autores entienden a la buena fe como uno de los principios ético-jurídicos de mayor jerarquía, mediante el cual se tiende un puente de conexión entre el derecho y la moral. Sin importar qué concepción se siga, es indudable que la buena fe nos sirve como el contenido básico para la aceptación y la elaboración de las normas. La buena fe, por lo tanto, es un concepto constitutivo, pues aun cuando sabemos que los seres

humanos no siempre actuamos con la buena fe que debemos hacerlo, nos sirve como punto de partida y nos sirve para excluir y marginar distintos conceptos como el dolo, la culpabilidad, la antijuricidad y la mala fe.

En una de sus frases Confucio indicaba que "no sabía cómo se puede arreglar un hombre sin buena fe", pues se tomaba en cuenta, que la concepción de la buena fe es el comportamiento correcto, el cual constituye por tanto el arquetipo de conducta social, como un cumplimiento permanente y continuado por la sociedad.

En palabras de Roberto J. Vernengo, decir que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe parece reiterar una perogrullada, pues nos indica que si la *fides latina* es el sustantivo del verbo *credo*, cumplir una obligación jurídica de buena fe equivale simplemente a cumplirla, ya que la buena fe, se presume. Quien alega su falta debe acreditar el dolo o culpa, la mala fe, quedando sobreentendida que la buena fe no tiene características empíricamente acreditables.

Con lo anterior, surge la interrogante que si la obligación de actuar de buena fe ¿es una obligación moral o una obligación jurídico-positiva?

Afirmar que una obligación debe cumplirse de buena fe equivale a: i) afirmar que sus condiciones de aplicación han sido acreditadas; ii) efectuar una remisión a los principios morales o a principios jurídicos no promulgados y, por lo tanto, lleva a la posibilidad que se impongan obligaciones no fundadas en normas jurídicas positivas.

La remisión a principios vagos y ambiguos, como la invocación de la buena fe, plantea el problema para el

conocimiento jurídico de no poder construir un sistema suficientemente amplio para transmitir el conocimiento teórico de un derecho.

En virtud de lo anterior, la buena fe jurídicamente concebida, es y debiera ser un principio jurídico fundamental, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, es decir, la buena fe al ser un principio, a veces aparece como norma positiva y en su doble aspecto, como norma y principio.

La jurisprudencia³, como veremos más adelante, nos dice que la buena fe es la base inspiradora de todo el derecho y debe serlo, por ende, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que intervengan.

2. Buena fe: principio o regla de derecho

Sin que sea el fin del presente trabajo desarrollar una doctrina sobre los principios y reglas de derecho, es importante establecer los presupuestos que nos permitirán concluir si la buena fe es un principio o regla de derecho, para lo cual debemos entender por principios a las ideas fundamentales o básicas del sistema jurídico, y así la buena fe debe considerarse un principio ético-jurídico.

En lo jurídico, el vocablo principio tiene varios significados, como valor, como noción fundamental, como

³ Registro No. 395370. Localización: Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1965. Parte IV, p. 310. Tesis: 102. Jurisprudencia. Materia(s): Civil.

regla general y abstracta, lo que ocasiona la dificultad de determinar con precisión su naturaleza o esencia.

Actualmente, los principios han adquirido una importancia en la aplicación de las normas o en la construcción o reforma de los sistemas jurídicos.

Reconociendo las distintas opiniones sobre la esencia de los principios generales de derecho y la dificultad de los distintos autores para determinar su contenido, es innegable que éstos existen en todos los ordenamientos jurídicos y en derecho mexicano tenemos la referencia a los mismos en el artículo 19 del Código Civil Federal y en el Código Civil para el Distrito Federal⁴.

De manera breve, podemos mencionar que existen principios generales del derecho regulados de forma expresa en las disposiciones de la ley y principios no formulados o implícitos. En este último caso, el hecho que no estén regulados o expresados de forma positiva, no quiere decir que no estén vigentes, puesto que no todo el derecho se encuentra en la ley, la ley no es el origen único del derecho; pues la misma expresión de principios generales de derecho, hacen referencia al derecho y no exclusivamente a la ley. En consecuencia, los principios generales del derecho aluden tanto a los principios que pueden deducirse de las disposicio-

⁴ Artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

nes de la ley, como de los principios no formulados de modo expreso en ésta⁵.

La diferencia entre los principios y reglas radica en que los primeros expresan las ideas fundamentales del sistema jurídico y las segundas son el contenido de la norma que plasmó dicho principio. Ampliando la idea, los principios generales del derecho se refieren al conjunto del ordenamiento jurídico y las reglas hacen referencia a una parte del ordenamiento jurídico, una regulación concreta de una institución determinada, es decir, las reglas se agotan con su aplicación, los principios permanecen en el tiempo.

Como ejemplo de lo anterior, podemos indicar que la buena fe como principio, está presente en todo el derecho, y en particular en todo el derecho mexicano; y como regla o conjunto de reglas, se encuentran más específicamente en el derecho civil mediante la regulación concreta que veremos más adelante en las materias de personas, familia, bienes, sucesiones, obligaciones, contratos y registral, sin que se excluya la buena fe de otras ramas del derecho como el mercantil, administrativo, laboral o seguros.

Lo anterior se encuentra también en derecho extranjero, al encontrarse materializado en *Los principios del derecho europeo de contratos*⁶, expuesto por Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y A. M. Morales, que establecen

⁵ Gil y Gil, José Luis, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Mergablum, 2003, Sevilla, p. 127.

⁶ Diez Picasso, Luis, Roca Trias, E., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, 2002, Madrid.

dentro de la Sección 1 referente a la Finalidad de los principios, en el artículo 1.102 numeral (1): "que las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar el contenido del mismo, siempre que se observen las exigencias de la buena fe y de la lealtad y las reglas imperativas establecidas en estos Principios". Asimismo, en la Sección 2 referente a las Obligaciones Generales, en el artículo 1.201, numeral (1), se establece que "cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad". En los citados Principios también se regulan las negociaciones contrarias a la buena fe, en la Sección 3, en el artículo 2.301.

Como nos indica Larenz⁷, los principios generales del derecho desempeñan una función positiva y otra negativa. Mediante la primera función, los principios generales del derecho son fundamento del ordenamiento jurídico, criterio de orientación en la labor interpretativa y fuente en caso de insuficiencia de la ley o de la costumbre. Por otro lado, con la función negativa, los principios generales del derecho excluyen los principios contrapuestos y las normas que descansan sobre esos principios, y constituyen o debieran constituir un límite a la competencia del legislador y a la autonomía de la voluntad de los particulares.

Pudiera parecer que la buena fe, al igual que los demás principios generales del derecho, son principios de aplicación general, sin embargo, el problema principal que se tiene que resolver es que al encontrarse "en

⁷ Gil y Gil, José Luis, citando a Larenz, *op. cit.*, p. 130.

tierra de todos y en tierra de nadie", no existe una claridad en su contenido y por lo tanto en su aplicación.

Si consideramos a la buena fe como principio, como lo afirman Reinhard Zimmermann⁸ y Dieter Medicus⁹, podemos afirmar que al igual que los otros principios de derecho, constituye el punto de partida para la formación de reglas y además puede ser la regla misma, mediante la transformación o reconocimiento de la buena fe a principio por la legislación y la jurisprudencia mexicana.

Se debe continuar con la conceptualización de la buena fe como una auténtica fuente de normas objetivas, e incluso, ha llegado a constituirse como un complejo de normas jurídicas, que en algunos casos, carecen de una formulación positiva concreta y que son reunidas bajo esta denominación. Según esta conceptualización, se distingue a la buena fe como concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas del principio general de la buena fe, que engendra una norma jurídica completa, en cuyo caso se eleva a la categoría de principio general del derecho.

Ya sea que se considere a la buena fe, como principio o como regla, es indudable que la buena fe, es y debe servir como el modelo de conducta social mediante actos concretos, como son la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente; la fide-

⁸ Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 674.

⁹ Medicus, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, Bosch, 1995, Barcelona, p. 74.

lidad a la palabra dada; no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o participes en él, como ya se reconocía desde el derecho romano a través de los principios *suum cuique tribuere, neminem laedere y pacta sunt servanda*.

3. La obligación de actuar de buena fe: obligación moral u obligación jurídica

La respuesta a la pregunta planteada, dependerá de la conclusión a la que se llegue respecto a si la buena fe es principio o regla, sin embargo e independientemente de la conclusión anterior, debemos mencionar que la moral y la ética exigen al hombre que actúe conforme a la buena fe, lo cual se ve plasmado en la regla de oro "no hagas a los demás lo que no quieras para ti", que es la actuación conforme a la virtud; por lo que, *a contrario sensu*, el dolo, la deslealtad y la mala fe, son las negaciones de la virtud.

Cualquier persona razonable ha de admitir la validez del principio ético que obliga a comportarse de buena fe, por lo que se presenta la situación que consiste en saber si dicho principio moral o ético ha de elevarse al rango de obligación jurídica o es suficiente el considerarlo un principio general de derecho. Lo anterior da lugar a algunas interrogantes: ¿hasta dónde el ordenamiento jurídico, fundándose en la buena fe, puede permitir que los jueces en algunos casos dejen

a un lado la seguridad jurídica por la buena fe?¹⁰, ¿la buena fe tiene un papel limitativo o restrictivo al estar tipificado como obligación jurídica o sólo debe tener un papel interpretativo?

En el derecho mexicano, y concretamente en el derecho civil mexicano, no existe disposición alguna que nos indique que la buena fe es un principio general del derecho, solamente hace una referencia a la actuación de buena fe en el artículo 1796 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal y a casos concretos de buena fe en las distintas materias del Código Civil, mediante la regulación de reglas de derecho que veremos más adelante.

Nuestro maestro, Ramón Sánchez Medal¹¹, establece que se distinguen dos diferentes conceptos de buena fe. En el primero la buena fe significa el principio de carácter ético fundamentalmente, conforme al cual los hombres en sus relaciones y como partes de un contrato deben proceder con sinceridad, lealtad, honradez y con el ánimo de no lesionar ni engañar a nadie. A esta primera significación de la buena fe nos dice el maestro Sánchez Medal que se denomina "*buena fe-vinculante*" o "*buena fe-norma*", por identificarse con un principio moral que rige la conducta de las partes y las obliga a preparar, celebrar y a ejecutar los contratos sin atenerse sólo a lo

¹⁰ Veremos más adelante en los Antecedentes de la buena fe en derecho extranjero, que en Inglaterra existe un respeto absoluto al acuerdo de voluntades, sin considerar si los contratantes actuaron o no de buena fe.

¹¹ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 2004, p. 55.

expresamente pactado o a la letra del convenio, sino que se debe ajustar también a la naturaleza misma de las prestaciones convenidas y del contrato celebrado.

En segundo lugar, conceptualiza la buena fe, como "buena fe-convalidante" o "error-buena fe"; en él implica una especie de error en que se encuentra una de las partes al celebrar un determinado contrato o al realizar ciertos actos jurídicos. Nos dice el maestro Sánchez Medal que este error no vicia el contrato ni lo anula, pues consiste en que una persona que celebra un contrato está convencida de haber procedido en armonía con el derecho, como sucede en la posesión, en las adquisiciones por accesión o prescripción positiva, en el matrimonio llamado putativo, en la restitución de lo indebido, en la adquisición de los frutos, en la evicción y en los vicios redhibitorios, entre otros.

A este segundo sentido de buena fe nos dice que se le debe designar con el nombre de "protección de la confianza" o "principio del respeto a la apariencia jurídica", y se reduce fundamentalmente a la tutela de la buena fe, por cuanto el que obra de buena fe, fiéndose de cuanto aparece según las manifestaciones de otro, debe ser protegido, pero esta confianza no es ciega, ya que con tal protección se persigue únicamente la salvaguardia del tercero que haya sido cuidadoso y diligente en el conocimiento del negocio y las circunstancias. La buena fe en este sentido no es un estado de absoluta negación o inacción de pensamiento, sino de un verdadero error, debido a la discordancia entre la verdad de las cosas y la información en apariencia fundada que de ella tenga el que celebra el contrato de que se trata.

II. BUENA FE EN SENTIDO SUBJETIVO Y BUENA FE EN SENTIDO OBJETIVO

Hemos comentado que la buena fe, en términos generales, se vincula con la lealtad, la fidelidad, la honorabilidad, la honestidad, la veracidad e incluso con la moral y las buenas costumbres. De igual forma, a la buena fe contractual se le ha buscado aplicaciones concretas y se le ha denominado "buena fe lealtad" o "buena fe probidad" y "buena fe creencia".

Se hace la distinción entre "buena fe objetiva" que incluye a la buena fe lealtad o probidad o buena fe confianza y "buena fe subjetiva" que refiere a la buena fe creencia; sin embargo, cabe precisar que no son dos clases distintas de buena fe, sino dos aspectos de un mismo concepto, pues la distinción sólo tiene sentido en la diversa instrumentación en el ordenamiento.

1. Buena fe subjetiva

Este aspecto de la buena fe consiste en la convicción que tiene un sujeto acerca de un derecho que entiende le asiste, y que por consecuencia, al ejercerlo no daña interés ajeno protegido por el derecho.

Se le conoce como buena fe legitimante, porque el sujeto que tiene la convicción que ejerce una prerrogativa propia es amparado por el ordenamiento, en determinadas situaciones, como si tuviera derecho a la titularidad que ostenta.

En nuestro derecho civil tiene importancia en las materias familiar y de derechos reales, pues la buena fe

subjetiva, se puede presentar por una creencia errónea, pero excusable, de que existe una situación regular. La creencia reposa tanto en la ignorancia (matrimonio punitivo) como en una apariencia engañosa (posesión de buena fe, representante aparente, heredero aparente, tercero de buena fe registral). En tal caso, el derecho favorece a la persona de buena fe, pese a la irregularidad de la situación en que se encuentra, es decir, esta noción de buena fe está íntimamente ligada al estado mental del sujeto¹².

El elemento psicológico tiene un papel importante cuando se trata de determinar si una persona actúa o no de buena fe, puesto que no actúa de buena fe quien tiene una intención deshonesta o maliciosa, o desea causar un daño y/o perjuicio a otro. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, resulta difícil probar dicho elemento psicológico, de ahí que lo que se tiene que probar es la mala fe objetiva.

Aunado al elemento psicológico es conveniente considerar el elemento moral para determinar si una persona actúa de buena fe. Sin importar cuál es la intención del sujeto, este elemento moral nos sirve para determinar si un comportamiento es leal, correcto y justo; puesto que aun cuando no se haya actuado de forma dolosa o maliciosa, contraviene a la buena fe quien se comporta de un modo no razonable, quien actúa en contra de sus propios actos o quien incurre en un retraso o incumplimiento desleal, efectuando

un juicio de valor para determinar si dicho comportamiento fue o no de buena fe.

Lo anterior nos llevaría a una distinción, entre ser de buena fe y actuar según las exigencias de la buena fe. Esta distinción radica en la intención del sujeto, quien es de mala fe, actúa en contra de la buena fe. Es posible que se presente que una persona actúe contra las exigencias de la buena fe sin ser de mala fe, sin tener una intención maliciosa¹³.

La distinción anterior tiene un sustento en los principios de derecho europeo de contratos al distinguir entre *good faith* y *fair dealing*¹⁴, el primero equivale a ser de buena fe y el segundo a actuar conforme a la buena fe, sin embargo, hay que mencionar que en español-castellano se emplea una sola palabra para designar los dos aspectos: buena fe.

El autor Franz Wieacker¹⁵ le reconoce varias funciones a este aspecto de la buena fe, afirmando que permite realizar el plan de valores de un ordenamiento; es una pauta para rechazar los casos de insignificancia y para rechazar el ejercicio de un derecho derivado de una posición jurídica creada por conducta antijurídica que permite corregir el derecho legal; es una regla de interpretación de los negocios jurídicos y una regla para rechazar acciones inicuas o desconsideradas.

¹² Ibidem, p. 105.

¹⁴ Diez Picasso, Luis; Roca Trias, E. y Morales, A. M., *op. cit.* Gil y Gil, José Luis, citando a Larenz, *op. cit.*, p. 130.

¹⁵ Wieacker, Franz, *El principio de la buena fe*, Cuaderno Civitas, 1986.

¹² Gil y Gil, José Luis, *op. cit.*, p. 104.

2. Buena fe objetiva

La buena fe desde el punto de vista objetivo o buena fe objetiva, alude a la lealtad y corrección que deben observar las partes en el desenvolvimiento de las relaciones negociales, constituyendo la conducta que cada contratante debe tener con relación al otro, en otras palabras, es la recíproca lealtad de conducta, que exige a las personas proceder con probidad, sin tomar en cuenta debidamente el elemento intencional.

Desde esta perspectiva, la buena fe objetiva, es un estándar jurídico que requiere comportamientos diversos, positivos u omisivos, en relación a la actuación en la relación jurídica, fungiendo en todo momento como la regla de conducta a la que debe adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres y constituyendo el deber de las partes que debe manifestarse en todo el desarrollo del contrato. Dicho en otras palabras, es el reconocimiento de la máxima del derecho romano “*alterum non laedere*”.

III. ANTECEDENTES DE LA BUENA FE EN DERECHO EXTRANJERO

De forma muy breve este apartado tiene por objeto indicar cómo está regulada en otros países la buena fe, para que nos sirva de referencia y de una posible aplicación a nuestro derecho, debido a que como lo hemos comentado y veremos más adelante, carecemos de una regulación expresa de la buena fe como principio de derecho, no obstante que la primera codificación de los

principios generales del derecho se remonta al Código Civil Albertino de 1838.

1. En el Sistema jurídico anglosajón

A. En Inglaterra

El profesor inglés P. S. Atiyah establece que en la legislación inglesa no existe una doctrina general que obligue a las partes a comportarse de buena fe¹⁶.

En Inglaterra, no son ajenos a la presencia de la buena fe en el principio de autonomía de voluntad, sin embargo, la misma la regulan mediante la tipificación de conductas en las que existe la ausencia de la buena fe, mediante las doctrinas, entre otras, de la violencia económica (*economic duress*), del error (*mistake*), de las declaraciones falsas o engañosas (*misrepresentation*) y la frustración (*frustration*)¹⁷.

La doctrina de la buena fe crea deberes y los jueces ingleses prefieren no imponer a las partes obligaciones que ellas no han consentido, por la necesidad de otorgar al contrato la fuerza vinculatoria y la seguridad que lo pactado en el mismo no será modificado por factores distintos a los términos acordados, lo que evidencia un respeto absoluto de los jueces a lo pactado por las par-

¹⁶ Atiyah, P. S., *The law of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 184.

¹⁷ Brownsword, Roger, *Contract law*, Londres, Butterworths, 2000, p. 100.

tes y el riesgo de resolver contra dichos términos aun en el supuesto de no ser celebrado de buena fe.

B. En Estados Unidos

El Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos (*Uniform Commercial Code*, o, en abreviatura UCC), está catalogado por algunos autores, como el más técnico, moderno e influyente del siglo XX¹⁸ y, no obstante, ser parte del sistema de derecho anglosajón, la buena fe se encuentra consagrada en los siguientes preceptos:

Sección 1-201: Definiciones generales

... (19) Buena fe significa honradez de hecho en la conducta u operación de la que se trate.

Sección 1-203: Deber de buena fe

Todo contrato u obligación comprendidos en esta Ley impone un deber de buena fe en su cumplimiento o exigencia.

Sección 2-103: Definiciones e índice de definiciones

(1) En este artículo, a menos que el contexto requiera otra cosa:

(b) Buena fe en el caso de un comerciante significa honradez en la conducta y la observancia de criterios comerciales razonables de corrección en la realización de las operaciones mercantiles.

¹⁸ Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto Oficial. Versión en castellano autorizada por The American Law Institute. Estudio preliminar y traducción a cargo de José María Garrido, Marcial Pons, 2002.

Sin embargo, estas disposiciones no reconocen la obligación de la buena fe en las relaciones pre-contratuales, es decir, la buena fe prevalecerá si el contrato ya se encuentra celebrado, no antes.

A la doctrina norteamericana a pesar del intento por determinar el significado de buena fe, le ha sido difícil llegar a una conclusión y encuentran en los conceptos lealtad, razonabilidad como las palabras claves para desentrañar el significado de la buena fe en los negocios.

2. En los códigos de Europa

A. Código Civil francés

En este código existe la disposición según la cual los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos de buena fe.

Art. 1134. Los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre los que los han hecho.

Sólo pueden revocarse por mutuo acuerdo o por las causas que autoriza la ley.

Deben cumplirse de *buena fe*.

Art. 1135. Los contratos obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza.

B. Código Civil alemán

En este código encontramos los siguientes dos artículos:

Art. 157. Los contratos deben interpretarse según las exigencias de la *bueno fe* conforme a los usos del tráfico.

Art. 242. El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la *bueno fe* conforme a los usos del tráfico.

C. Código suizo

En este código la buena fe tiene un carácter general para el ejercicio de los derechos.

Art. 20., 1er párrafo. Todos (cada uno) están obligados a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe.

D. Código Civil italiano

Al ser las disposiciones de este código, una de las principales razones que motivó el presente estudio, en el mismo se encuentra de forma expresa que se debe actuar de buena fe en la etapa precontractual, en la etapa de interpretación y en la etapa de ejecución, sin precisar qué se entiende por buena fe¹⁹.

¹⁹ Previsto en los artículos 1176, 1366, 1374; y 1375 del Código Civil italiano.

E. Comisión de Derecho Europeo de los Contratos (*Commission on European Contract Law*)²⁰

Si bien este no es propiamente un código, esta Comisión elaboró el documento denominado “*Principios de derecho europeo de los contratos*”, los cuales tienen la finalidad que los mismos sean aplicados como reglas generales del derecho a los contratos en la Unión Europea. En dichos principios presenta un papel destacado la buena fe, tanto por su regulación de lo que debe entenderse por buena fe, como por su conceptualización objetiva en los momentos que debe presentarse y la tipificación de casos contrarios a la buena fe.

Capítulo I

Disposiciones generales

Sección 1: Ámbito y objeto de los principios

Artículo 1:102: Libertad contractual

(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la *bueno fe*²¹ y

²⁰ Consultado en http://cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/.

²¹ En los citados principios se contiene una nota del traductor que establece literalmente lo siguiente: "...los principios, en la versión inglesa, se refieren siempre a 'good faith and fair dealing'. El sentido del 'fair dealing', como transparencia en los negocios, lealtad de las transacciones, honradez, confianza en los tratos, no creemos que tenga un equivalente exacto en el lenguaje jurídico en castellano. Por eso, al traducir, nos hemos permitido limitar la expresión a la idea de la buena fe contractual o a 'las exigencias de la buena fe', en paralelo al art.

de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

(2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

Artículo 1:106: Interpretación e integración

(1) Los presentes principios deberán interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial deberá atenderse a la necesidad de favorecer la *buena fe*, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación.

(2) Las cuestiones que tengan cabida en el campo de aplicación de estos principios pero que no estén expresamente resueltas en ellos, se solventarán en lo posible de acuerdo con las ideas en que se basan los principios. En su defecto, se aplicará la normativa que corresponda conforme a las normas de derecho internacional privado.

Sección 2: Deberes generales

Artículo 1:201: Buena fe contractual

(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la *buena fe*.
 (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Artículo 1:202: Deber de colaboración

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.

1.7. CC español. La nota vale para todos aquellos artículos en que se menciona la *buena fe*..."

Artículo 1:302: Definición de lo razonable

Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de *buena fe*, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la *buena fe*.

(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la *buena fe*, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) En especial, es contrario a la *buena fe* que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.

F. Código Civil español

Este código tiene un artículo equivalente al artículo 1796 del Código Civil Federal y de los correlativos de los demás códigos civiles de los estados de la República Mexicana.

Art. 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la *buena fe*, al uso y a la ley.

3. En ordenamientos internacionales

A. Convención de Viena de las Naciones Unidas de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías

Capítulo II. Disposiciones generales...

Artículo 7...1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la *bueno fe* en el comercio internacional.

B. Principios de Unidroit, siendo el resultado del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma, en 1994

Artículo 1.7 (Bueno fe y lealtad negocial)

- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
- (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Artículo 2.15 (Negociaciones de mala fe)

- (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
- (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.
- (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 4.8 (Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común.

Artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: (a) la naturaleza y la finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común.

De este apartado podemos concluir que la buena fe se eleva a principio general, de orden público e interés social, que a su vez, se convierte en una obligación que se encuentra implícita en todos los acuerdos en general y de forma específica en los contratos, constituyendo un límite al principio de autonomía de la voluntad.

IV. ANTECEDENTES DE LA BUENA FE EN DERECHO CIVIL MEXICANO²²

1. Código Civil de 1870

Este Código Civil fue promulgado el 8 de diciembre de 1870, iniciando su vigencia a partir del 1 de mayo de

²² Batiza, Rodolfo, *Las fuentes del Código de 1928*, México, Porrúa, 1979.

1871, bajo la denominación “Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, en el cual, en su artículo 1392, establecía de forma literal lo siguiente:

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la *buena fe*, al uso o a la ley.

2. Código Civil de 1884

El Código Civil que sustituyó al anterior se denominó “Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, publicado el 31 de marzo de 1884 y con vigencia a partir del 1 de junio de 1884. El artículo 1276 establecía expresamente lo siguiente:

Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza son conformes a la *buena fe*, al uso o la ley.

V. SIGNIFICADO DE LA BUENA FE EN LOS CÓDIGOS CIVILES MEXICANOS

1. Código Civil de 1928

El Código Civil que reemplazó al anterior de 1884 fue publicado en el *Diario Oficial*, números correspondientes al 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, fe de erratas en los de fecha 13 de junio y 21 de di-

ciembre; expedido el 30 de agosto de 1928 y entrando en vigor el 1 de octubre de 1932 con la denominación original de “Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal”.

Dentro de la evolución de este Código Civil de 1928, se presentó su separación formal mediante las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 1 de junio de 2000, por lo que a partir de dicha fecha, el ámbito de aplicación material de este Código, es el Fuero Común denominándose a partir de entonces “Código Civil para el Distrito Federal”. Formalmente, el Distrito Federal tiene dos códigos civiles, el local y el federal, que a partir de esa fecha, cambia su nombre a *Código Civil Federal*, con aplicación en toda la República.

2. La buena fe en los casos concretos del Código Civil para el Distrito Federal

En el Código Civil Federal y en el Código Civil para el Distrito Federal, no existe algún artículo que nos proporcione algún concepto de buena fe, o que se debe entender por buena fe, o cuáles son las actuaciones de buena fe; por lo que para el estudio de la buena fe podemos adoptar tres puntos de vista: (i) el primero mediante el estudio *a contrario sensu*, respecto a qué es lo que se entiende por ausencia de buena fe, o por la presencia de mala fe o dolo, (ii) el segundo punto de vista mediante la asimilación de la buena fe a las buenas costumbres y (iii) el tercer punto de vista, mediante el

estudio de los casos concretos regulados de actuaciones de buena fe, así como de actuaciones contrarias a la buena fe.

Desde el primer punto de vista, encontramos que el Código Civil, en su artículo 1815, establece qué se entiende por mala fe, como un vicio del consentimiento y no como una causal genérica de actuación de mala fe y, por otro lado, el artículo 1816 señala quiénes pueden actuar con mala fe para que se constituya el vicio del consentimiento, los cuales transcribo a continuación:

Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Artículo 1816. El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquéllo, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

Desde esta perspectiva no podemos mencionar que todos los supuestos de mala fe son ausencia de buena fe, puesto que la mala fe en sentido literal significaría “*mala creencia*” y si analizamos algunos de los supuestos²³ en los que el Código Civil menciona a la mala fe, podemos comprobar que no son “*creencias*”, sino su-

²³ Los artículos que desde este punto de vista son muy específicos al hablar del conocimiento de la situación en la mala fe son 806, 901, 904, 905, el citado 1815, 1883, 2166 y 2809 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.

puestos concretos de desacato o desobediencia de las disposiciones. En este sentido, al existir un conocimiento del derecho, implica por tanto una acción u omisión contraria o de incumplimiento a ese derecho y eso no es creencia alguna. Las creencias en sí no ocasionan un daño, sino en la medida en que se cometa la acción u omisión, de ahí que el significado de mala fe debe ser conceptualizado nuevamente para dar la idea precisa que hay una acción u omisión contraria a derecho, la cual resulta por el conocimiento de la disposición que se está incumpliendo.

El segundo punto de vista, consistente en el estudio de la buena fe en los códigos civiles, mediante la asimilación a las buenas costumbres, debido a que un comportamiento de buena fe se asemeja a la prohibición de contravenir las buenas costumbres, entendiendo por estas últimas, un mínimo de ética jurídica en un momento y lugar determinados, desapareciendo así la delimitación entre buena fe y buenas costumbres por la asimilación de su contenido.

A falta de un concepto positivo de buenas costumbres, debemos acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para precisar que por buenas costumbres debe entenderse las normas que forman la moral general y social de una colectividad humana en un lugar y tiempo determinados²⁴.

²⁴ Registro 245812. Localización: Séptima época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. 83, Séptima Parte, p. 15. Tesis: Aislada. Materia(s): Común, Civil.

Dentro de las buenas costumbres, existen otros conceptos que se pueden agrupar y que tomando el derecho y doctrina extranjera como base, nos pueden servir para ampliar la concepción de buenas costumbres en derecho mexicano, entre los cuales podemos mencionar a la lealtad y a la cooperación, los cuales sin lugar a dudas se traducen en una práctica conforme a las buenas costumbres o a la buena fe.

Al no haber precepto alguno que proporcione un concepto o que indique qué debe entenderse por buenas costumbres en el Código Civil Federal, en el Código Civil para el Distrito Federal y en los códigos civiles de las demás entidades federativas, sin embargo, existen disposiciones que prohíben ejecutar actos contra las buenas costumbres, así como artículos que regulan las consecuencias por la actuación en contravención a las mismas, en las disposiciones preliminares²⁵, en el objeto y motivo o fin de los contratos²⁶, en la interpretación de los contratos²⁷, en las obligaciones que

²⁵ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 10. Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

²⁶ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

²⁷ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 1856. El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.

nacen de los hechos ilícitos²⁸ y en las modalidades de las obligaciones²⁹.

Por último, desde el tercer punto de vista, los códigos civiles regulan en distintos preceptos y respecto de diversas instituciones casos concretos de buena fe, de actuaciones de buena fe y sus consecuencias, entre los que podemos mencionar al matrimonio³⁰, concubina-

²⁸ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

²⁹ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 1943. Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

³⁰ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 248. El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste aunque se contraiga de *buena fe*, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 255. El matrimonio contraído de *buena fe*, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo, en favor de sus hijos.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 256. Si ha habido *buena fe* de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos. Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 257. La *buena fe* se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena.

En el artículo 198 del Código Civil para el Distrito Federal se establecen las consecuencias en caso de nulidad de matrimonio.

to³¹, posesión³², accesión³³, prescripción o usucapión³⁴, en sucesiones³⁵, en obligaciones en los temas de pago³⁶, entrega de lo no debido³⁷, saneamiento para el caso de

³¹ Ver artículo 291 bis del Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 798. La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario para todos los efectos legales. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de *buena fe* tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 806. Es poseedor de *buena fe* el que entra en la posesión en *virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer*. También es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.

Es poseedor de *mala fe* el que entra a la posesión *sin título alguno para poseer*; lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Entiéndase por título la causa generadora de la posesión.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 807. La *buena fe* se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 808. La posesión adquirida de *buena fe* no pierde ese carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

³² Ver artículos 815, 900, 903, 921, 927, 929 y 977 del Código Civil para el Distrito Federal.

³³ Ver artículos 1152 y 1153 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁴ Ver artículos 719, 1343 y 1415 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁵ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 2076. El pago hecho de *buena fe* al que estuviese en posesión del crédito, liberará al deudor.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 2087. No es válido el pago hecho con cosa ajena; pero si el pago se hubiere hecho con una cantidad de dinero u otra cosa fungible ajena, no habrá repetición contra el acreedor que lo haya consumido de *buena fe*.

³⁶ Artículos 1883 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal.

evicción³⁸, acción Pauliana o de los actos celebrados en fraude de acreedores³⁹, en la simulación de los actos jurídicos⁴⁰, el principio de obligatoriedad en los contratos, el caso del tercero que contrata con el mandatario sin saber que cesó el mandato, en la sociedad aparente y en la materia registral.

Desde este tercer punto de vista y en las instituciones antes mencionadas la expresión buena fe tiene una pluralidad de significados, entre los cuales podemos mencionar:

en el *matrimonio* la buena fe, significa el desconocimiento de la causa o circunstancia que lo invalide basado en una creencia fundada;

en el *concubinato*, no se establece en qué consiste la buena fe, sólo se regulan sus consecuencias;

³⁸ Los artículos 2126 y 2127 del Código Civil para el Distrito Federal regulan las consecuencias de la enajenación de buena y mala fe, respectivamente.

³⁹ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 2165. Si el acto fuere gratuito, tendrá lugar la nulidad aun cuando haya habido *buena fe* por parte de ambos contratantes.

Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 2169. El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de *buena fe*, o cuando se hubiere perdido.

⁴⁰ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 2184. Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de *buena fe*, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de *buena fe*.

en la *posesión* la buena fe, significa desde el punto objetivo que el poseedor esté en posesión del bien mediante un título suficiente y desde el punto subjetivo es el desconocimiento o ignorancia de los vicios del título;

en la *accesión* la buena fe implica la rectitud u honestidad con que se ha actuado, aquí no hay una creencia, sino una certeza que los objetos son o no propios;

en la *prescripción* la buena fe tiene el significado que mencionamos con anterioridad para la posesión, tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo;

en *sucesiones* la buena fe se refiere a la creencia de ser titular de un derecho en virtud de la transmisión *mortis causa*;

en los artículos de *pago* la buena fe consiste en el proceder recto u honesto, en el que se haya actuado ignorando alguna circunstancia que no tenía, podía, ni debía conocer; en la *entrega de lo no debido*, la buena fe consiste en la actuación honesta y recta, mediante el desconocimiento de la situación que da lugar a dicho error que origina el, mal llamado, pago de lo no debido;

en el *saneamiento por evicción y por vicios ocultos*, la buena o mala fe consiste en el desconocimiento o conocimiento de enajenar un bien ajeno, lo que se traduce en actuar con rectitud y honestidad ante dicha situación;

en los *actos celebrados en fraude de acreedores*, la buena fe consiste en el desconocimiento que el acto jurídico realizado trae consigo la insolvencia del deudor; y por último, en la *simulación* de los actos jurídicos, la buena fe del tercero se traduce en el desconocimiento de dicha simulación.

Por lo que respecta al análisis del artículo 1796 del Código Civil, considerado el fundamento que regula la buena fe desde el ámbito contractual, es importante

mencionar que en la ponencia y exposición de las ideas contenidas en el presente en la ciudad de Pisa, Italia el día 3 de noviembre de 2009, el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, se encontraba redactado de la siguiente forma:

Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Mediante las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 22 de enero de 2010 que entraron en vigor al día siguiente, dicho artículo 1796 queda reformado y se adicionan los artículos 1796 bis y 1796 ter, para establecer de forma literal lo siguiente:

Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la *buena fe*, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo

lo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

Artículo 1796 bis. En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada. La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.

En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.

Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:

- I. La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez.
- II. La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.

Artículo 1796 Ter. Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible sino que estas modificacio-

nes aplicarán a las prestaciones por cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviese en mora o hubiere obrado dolosamente.

Esta reforma que ahora contempla la teoría de la imprevisión, tiene su fundamento en la buena fe contractual, pues no se puede obligar al deudor a cumplir su obligación cuando han cambiado sustancialmente las condiciones en que el contrato se originó, condiciones que de existir al tiempo de celebración, no se hubiera celebrado el contrato o, en caso contrario, se hubiera celebrado en condiciones distintas. Sin embargo, esta reforma y la redacción de los artículos citados no es novedad en nuestro país, pues el estado de Veracruz⁴¹, desde la reforma publicada en la Gaceta Oficial de dicho estado el 15 de noviembre de 1997 ya se incluía, así como en los estados de Aguascalientes⁴², de México⁴³, Chihuahua⁴⁴, Jalisco⁴⁵ y Guerrero⁴⁶.

⁴¹ Artículos 1792-A y 1792-B del Código Civil para el Estado de Veracruz.

⁴² Artículos 1733 y 1734 del Código Civil para el Estado de Aguascalientes.

⁴³ Artículos 7.34, 7.35, 7.36 y 7.37 del Código Civil para el Estado de México.

⁴⁴ Artículos 1691-A, 1691-B, 1691-C, 1691-D, 1691-E, 1691-F y 1691-G del Código Civil para el Estado de Chihuahua.

⁴⁵ Artículos 1787, 1788, 1790 y 1795 del Código Civil para el Estado de Jalisco.

⁴⁶ Artículos 2012, 2013, 2014 y 2015 del Código Civil para el Estado de Guerrero.

Es oportuno mencionar, que en el momento de la exposición de las ideas contenidas en el presente, pudimos concluir que, no obstante no existir en el Código Civil una definición y delimitación de lo que es la buena fe; contábamos, al igual que los países ya mencionados con anterioridad, con el artículo 1796 que establecía la obligación de actuar de buena fe, logrando con esto una seguridad jurídica durante el plazo que se encuentre vigente el contrato de ejecución a plazo, trato sucesivo o de ejecución continuada.

Sin embargo, con la citada reforma considero que se presenta un retroceso en general y en particular para el tema del presente, pues se deja de fomentar y estimular la buena fe de los contratantes; puesto que ahora la buena fe contractual, tiene un nuevo significado, que se estará a la expectativa de si las condiciones van o no a cambiar en un futuro, pues el contratante perjudicado pudiera solicitar el restablecimiento del equilibrio perdido en las prestaciones, por los acontecimientos que se presenten y con esto la buena fe y seguridad jurídica de los contratos pasan a un segundo término.

Y entonces nos debemos preguntar: ¿qué razón de ser existirá actualmente para ampliar la obligación de conducirse de buena fe en la etapa previa, en la celebración y en la ejecución de los contratos a largo plazo? Puesto que son en estos contratos donde el principio de la buena fe debe tener gran importancia, al buscar cada contratante que el otro contratante actúe de buena fe durante el plazo que dure el contrato, para que exista una relación jurídica duradera en la que prevalezca la seguridad del cumplimiento de las obligacio-

nes de cada contratante, como vimos que sucede en Inglaterra.

La reforma anterior está desconociendo que la buena fe representa un papel fundamental en el principio de autonomía de voluntad, pues es con fundamento en este principio donde los contratantes tienen la posibilidad de: (i) derogar las disposiciones cuando esto sea permitido según lo establecido por el artículo 6 del citado ordenamiento⁴⁷; (ii) ampliar o reducir las consecuencias mínimas ya previstas, y (iii) regular lo no previsto. La trascendencia de la buena fe consiste en que al ser el principio de autonomía de la voluntad, la suprema ley de los contratos, la autoridad no puede cuidar siempre y en todo momento los intereses de los contratantes, según lo que ellos decidan obligarse, renunciar a derechos o prestaciones, y la buena fe sirve y debe servir como el límite natural para que las prestaciones sean equilibradas para las partes según sus propios intereses, al implicar un comportamiento honesto y una creencia sobre la legitimidad de lo actuado.

Esta misma función de la buena fe, se presenta en la moral y las buenas costumbres, que actúan, o debieran actuar como limitativos de la autonomía de la voluntad, abuso del derecho, lesión, imprevisión, frustración del fin del contrato, enriquecimiento indebido, en los

⁴⁷ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

actos celebrados en fraude de acreedores y en los actos simulados.

Es en los principios *pacta sunt servanda* y de licitud o legalidad de los contratos en donde la buena fe encuentra el campo más propicio para su aplicación, puesto que la voluntad de las partes no es un fin en sí misma, es un instrumento al servicio del derecho objetivo.

Se debe fomentar y buscar que cada contratante no se interese en su beneficio propio, sino en el beneficio conjunto, en crear un valor a las relaciones jurídicas, desde el primer momento de la negociación o acuerdos previos, en el momento de la contratación o de la celebración del contrato y en el momento de la ejecución, pues mientras mayor sea el beneficio conjunto, mayor será el beneficio de cada parte.

A la reflexión de ¿si es posible construir una noción de contrato que tome como punto de partida, no a la voluntad, sino a la buena fe? debemos concluir que deben existir tanto la voluntad como elemento de existencia y esencial de los contratos, así como la buena fe que debe caracterizar a la primera, existiendo un respeto absoluto a lo acordado por las partes; cuya voluntad expresada, tanto por las acciones u omisiones, deben estar fundamentadas en la buena fe como la piedra angular de la voluntad en la doctrina general de los contratos. Reconociendo la regulación de la buena fe en los ordenamientos antes vistos, específicamente en el Código Civil italiano, en nuestro país considero fundamental regular, para que no exista posibilidad en contrario, que se debe actuar de buena fe desde la eta-

pa de negociación o de acuerdos previos⁴⁸, en la etapa de celebración, en la etapa de ejecución⁴⁹, con posterioridad a la ejecución o agotamiento del contrato y por supuesto en la etapa de interpretación del contrato⁵⁰, siendo esta última una de las labores más importantes de la buena fe al orientar la labor interpretativa, pues las normas han de interpretarse e integrarse de acuerdo con la buena fe.

Es en la materia registral donde tienen una aplicación práctica concreta los principios de buena fe pública registral, tercero de buena fe y adquirente de buena fe, puesto que se presume exacto quien adquiera del titular registral, sin admitirse prueba en contrario.

En derecho mexicano, no sucede lo que en Alemania, donde la inscripción purifica a los títulos de los vicios que pudiera contener o como también sucede en algunos casos en España, pues en nuestro derecho la inscripción de un título inválido no elimina los vicios de origen y a diferencia del sistema de Australia, en el que los asientos del Registro tienen sustantividad propia, aislada del título que originó la inscripción, en nuestro derecho el registro tiene un efecto declarativo, que como disposición expresa a esta regla tenemos al

⁴⁸ Cómo está previsto en el Código Civil italiano en su artículo 1337: "La parte en el desarrollo de la negociación y en la formación del contrato, deberá comportarse según la buena fe".

⁴⁹ De igual forma está regulado en el artículo 1375 del Código Civil italiano: "El contrato debe ser ejecutado según la buena fe".

⁵⁰ De conformidad con lo establecido por el artículo 1366 del Código Civil italiano: "El contrato deberá ser interpretado según la buena fe".

Código Civil de Jalisco⁵¹ y como excepción tenemos al estado de Quintana Roo⁵², cuya inscripción en el registro tiene un efecto constitutivo de los actos.

En esta materia registral se pueden presentar tres situaciones para los derechos reales frente al registro: la primera que exista una perfecta concordancia entre

⁵¹ Código Civil para el Estado de Jalisco. Artículo 1254. Las inscripciones hechas en el Registro Público de la Propiedad tienen efectos *declarativos y no constitutivos*, de tal manera que los derechos provienen del acto jurídico declarado, pero no de su inscripción, cuya finalidad es dar publicidad y no constituir el derecho.

Código Civil para el Estado de Jalisco. Artículo 1255. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro Público de la Propiedad aparezcan con derechos para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero de buena fe, una vez registrados, aunque después se anulen o se resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro.

⁵² Código Civil para el Estado de Quintana Roo. Artículo 3168. Los hechos, actos, negocios o contratos que conforme a este Código sean registrables y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrán perjudicar a terceros, quienes, por el contrario, podrán aprovecharlos en cuanto les fueren favorables.

La anterior disposición no es aplicable a los casos en que se trate de hechos, actos o contratos cuya inscripción sea *constitutiva*, ya que sólo surtirán plenamente sus efectos entre quienes los otorgan y con la salvedad de lo dispuesto en los artículos 435 y 455, a favor o en contra de terceros, hasta que se registran.

Reglamento del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Estado de Quintana Roo. Artículo 26. Para los efectos del artículo 3164 del Código, y para cada uno de los ramos establecidos en el artículo 3198 del propio ordenamiento, la forma de llevar el Registro será por el Sistema de Folio Registral.

En cuanto a sus efectos, será, en unos casos, además de publicitario, *constitutivo*, y en otros, meramente publicitario, en los casos y bajo los presupuestos que señala el propio Código.

la realidad jurídica y lo que informa o se contiene en el registro (*secundum tabulas*); la segunda que se presente una discordancia entre la realidad jurídica y lo que existe en los folios o partidas registrales (*contra tabulas*); y la tercera situación consistente en que una situación de hecho no se encuentra registrada en el registro (*extra tabulas*).

En virtud de lo anterior, la buena fe registral consiste en el desconocimiento de la inexactitud del registro y como la buena fe se presume, el interesado en destruir la presunción tiene la carga de la prueba. Esta buena fe o desconocimiento de la situación no exime de la actitud diligente del adquirente de efectuar todo lo que está a su alcance para revisar el título correspondiente.

Asimismo, la buena fe registral implica apariencia jurídica, creer en lo que es aparente y está registrado, aun cuando ello pudiera no coincidir con la realidad; por lo tanto nos ubicamos en buena fe y creencia, como lo reconoce el principio contenido en el artículo 3009 del Código Civil para el Distrito Federal⁵³.

3. Códigos civiles de las demás entidades de la República Mexicana

Al tratar la buen fe en derecho civil mexicano, no podemos limitar el estudio al Código Civil para el Dis-

⁵³ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 3009. El Registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley.

rito Federal, por lo que, el estudio comparativo con los códigos civiles de los demás estados de la República Mexicana es necesario, al ser el Código Civil para el Distrito Federal fuente importante de los diversos códigos civiles locales de las demás entidades federativas, que aun cuando en los últimos tiempos esté disminuyendo dicha influencia y se presenten en algunos de los códigos civiles disposiciones diferentes, planteamientos más innovadores y soluciones diversas para las distintas instituciones del derecho civil, sin embargo, en el tema de la buena fe, la regulación es similar a la del citado Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido que existe el mismo casuismo y sigue vigente la regla general en todos los códigos civiles al no encontrar expresamente una conceptualización general respecto a qué es y qué se debe entender por buena fe.

En los estados de Coahuila⁵⁴ y Quintana Roo⁵⁵, son los únicos dos casos en los que en los códigos civiles

⁵⁴ Código Civil para el Estado de Coahuila. Artículo 26. Las leyes, reglamentos u otras disposiciones de observancia general, se aplicarán de buena fe por las autoridades y los particulares las observarán y cumplirán también de buena fe.

Código Civil para el Estado de Coahuila. Artículo 1912. Desde que los negocios se perfeccionan obligan a sus autores y a las partes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino además a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a la costumbre o a la ley.

⁵⁵ Código Civil para el Estado de Quintana Roo. Artículo 31. Las leyes, reglamentos, u otras disposiciones de observancia general, se aplicarán de buena fe por las autoridades y los particulares las observarán y cumplirán también de buena fe.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo. Artículo 149. Desde que los negocios se perfeccionan obligan a sus autores y a las partes no

obligan también a las autoridades, además de los particulares a actuar de buena fe.

VI. EN OTROS ORDENAMIENTOS DEL DERECHO MEXICANO

Al no limitarse la buena fe al derecho civil, considero importante de forma muy breve hacer referencia a su regulación en los distintos ordenamientos de nuestro derecho, empezando por nuestra ley fundamental.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece expresamente el principio de la buena fe, sin embargo, al existir principios constitucionales implícitos, es posible que principios como el de buena fe, pueda deducirse de otros principios constitucionales, como el del Estado de Derecho. Al respecto, el doctrinario Eduardo García Márquez⁵⁶ nos indica que al contar con el artículo 14 de la Constitución en el que se hace la remisión a los principios generales del derecho, implícitamente se encuentra en éstos el principio de la buena fe.

El profesor argentino de derecho constitucional, Germán J. Bidart Campos, establece que el principio de la buena fe en el derecho civil tiene una gran importancia, pues fue éste la génesis, es decir, el derecho civil fue la cuna donde nació y dónde tiene su difu-

sólo al cumplimiento de lo expresamente estipulado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, a la costumbre o a la ley.

⁵⁶ García Márquez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1965, p. 370.

sión, desarrollo, aplicación y expansión. Sin embargo, la buena fe es uno de los principios que forman parte del sistema axiológico de toda constitución, expresando de forma literal que "al derecho privado le sigue perteneciendo la fe de bautismo y el sacramento de la confirmación le imprimió a la buena fe el sello constitucional".

En el ámbito mercantil, la buena fe es un principio inmanente o fundamental, que permite tomar en consideración la moral o actitudes de la comunidad internacional de los comerciantes, so pena de verse excluidos de la sociedad internacional por actuar contra la buena fe. Sin embargo, nuestro Código de Comercio regula dos supuestos⁵⁷: en la Ley General de Sociedades Mercantiles no existe artículo alguno que haga referencia a la buena fe y en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito existen disposiciones concretas sobre tenedor de buena fe⁵⁸, tercero o adquirente de buena fe⁵⁹ y respecto del poseedor o tenedor de buena fe⁶⁰.

Por último, pensaríamos que en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público existen referencias o disposiciones múltiples a esta materia, sin embargo, no existe un solo caso de referencia a la buena fe o a la actuación de buena fe.

⁵⁷ Artículos 109 y 1046 del Código de Comercio.

⁵⁸ Artículo 11 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

⁵⁹ Artículos 30, 47, 64, 356, 398 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

⁶⁰ Artículos 74 y 233 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

VII. EN TESIS Y JURISPRUDENCIA

Existen diversas tesis que se refieren a la buena fe y todas coinciden en su naturaleza de principio y en considerarla como la actuación o conducta correcta, en la que no existan acciones u omisiones que lleven al engaño o al error y destacando la honradez, lealtad, respeto; dentro de las cuales:

(i) Transcribo las siguientes, por considerarlas relevantes para el presente estudio:

a. Registro No. 271935. Localización: Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, XXIV, p. 88. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

BUENA FE EN LOS CONTRATOS.

El principio primordial que rige a todos los contratos es el de la buena fe; cada uno de los contratantes tiene el derecho de esperar de la otra parte lealtad y rectitud en el cumplimiento de lo pactado.

b. Registro No. 273120. Localización: Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, I, p. 124. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

PERSONALIDAD, RECONOCIMIENTO DE LA (BUENA FE).

Como la buena fe es base inspiradora de nuestro derecho, debe serlo también del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que intervengan. Por tanto, si el arrendatario, al firmar el contrato de arrendamiento,

no exigió que quien lo firmó como representante de los herederos del propietario del inmueble, acreditara quiénes son éstos, y en correspondencia posterior le dio el tratamiento de apoderado de dichos herederos, es indudable que no podía, sin faltar a dicho principio de buena fe, desconocer, en el juicio de desocupación seguido en su contra, la personalidad del apoderado.

c. Registro No. 338803. Localización: Quinta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. CXXXII, p. 353. Tesis Aislada. Materia(s): Común.

BUENA FE, PRINCIPIO DE.

Siendo la buena fe base inspiradora de nuestro derecho, debe serlo, por tanto, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que intervengan.

d. Registro No. 338927. Localización: Quinta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. CXXXI, p. 338. Tesis Aislada. Materia(s): Común.

BUENA FE.

Es base inspiradora de nuestro derecho y debe serlo, por ende, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que intervengan.

e. Registro No. 385284. Localización: Quinta época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. CXVII, p. 339. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. CONTRATOS, OBLIGACIONES IMPLÍCITAS QUE DERIVAN DE LOS, POR LA BUENA FE.

En las obligaciones implícitas que derivan de todo contrato, por la buena fe, ha de regir un criterio de equidad para repartir las cargas bona fide entre los contratantes, a fin de que uno de ellos no sea el que reporte todos los deberes y el otro todos los beneficios, sino que uno y otro estén regidos por el principio de la buena fe y por las consecuencias que del mismo deriva.

(ii) cito las siguientes tesis como soporte:

a. Registro No. 179660. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXI, enero de 2005, p. 1723. Tesis: IV.2o.A.120 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

BUENA FE EN LAS ACTUACIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

b. Registro No. 179658. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXI, enero de 2005, p. 1724. Tesis: IV.2o.A.119 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

BUENA FE EN MATERIA ADMINISTRATIVA. ESTE CONCEPTO NO SE ENCUENTRA DEFINIDO EN LA LEY, POR LO QUE DEBE ACUDIRSE A LA DOCTRINA PARA INTERPRETARLO.

c. Registro No. 179656. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXI, enero de 2005, p. 1725. Tesis: IV.2o.A.118 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

BUENA FE. ES UN PRINCIPIO DE DERECHO POSITIVO EN MATERIA ADMINISTRATIVA.

d. Registro No. 183878. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XVIII, julio de 2003, p. 1061. Tesis: I.8o.C.251 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

CONTRATOS BILATERALES, BUENA FE EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS.

e. Registro No. 220106. Localización: Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. IX, marzo de 1992, p. 167. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

CONTRATOS. DESDE QUE SE PERFECCIONAN OBLIGAN A LOS CONTRATANTES, NO SÓLO AL CUMPLIMIENTO DE LO EXPRESAMENTE PACTADO, SINO TAMBIÉN A LAS CONSECUENCIAS QUE, SEGÚN SU NATURALEZA, SON CONFORME CON LA BUENA FE, EL USO O LA LEY.

f. Registro No. 240084. Localización: Séptima época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. 199-204 Cuarta Parte, p. 38. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

REGISTRO PÚBLICO, QUÉ DEBE ENTENDERSE POR BUENA FE EN CASO DE QUE NO EXISTA INSCRIPCIÓN EN EL.

g. Registro No. 272872. Localización: Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, CXXIII, p. 65. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

REGISTRO PÚBLICO, TERCEROS ADQUIENTES DE BUENA FE.

h. Registro No. 270779. Localización: Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, LIX, p. 210. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

REGISTRO, BUENA FE EN EL.

i. Registro No. 272186. Localización: Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, XIX, p. 51. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

BUENA FE EN EL COMERCIO JURÍDICO. SUBSISTENCIA DE LA.

(iii) Transcribo dos jurisprudencias sobre esta materia:

a. Registro No. 395370. Localización: Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1965. Parte IV, p. 310. Tesis: 102. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. BUENA FE.

La buena fe es base inspiradora de todo el derecho y debe serlo, por ende, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que intervengan.

b. Registro No. 269437. Localización: Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, CXXVI, p. 31. Jurisprudencia. Materia(s): Civil.

REGISTRO PÚBLICO. TERCEROS ADQUIENTES DE BUENA FE.

Es cierto que los derechos del tercero que adquiere la garantía del registro, prevalecen sobre los derechos de la persona que obtiene la nulidad del título del enajenante, porque la legitimidad de tal adquisición ya no emana del título anulado, si no de la fe pública

registral y de estricta observancia del trácto continuo o sucesivo de las adquisiciones y enajenaciones no interrumpidas, que se traduce en una absoluta concordancia de los asientos que figuran en el Registro Público de la Propiedad. También es verdad que las constancias de la nulidad del acto o contrato cesan donde aparece inscrito un tercero adquirente en buena fe del inmueble objeto del acto anulado; pero los compradores no pueden conceptuarse como terceros de buena fe, si no ignoraron el vicio de origen del título de su enajenante, que también les es oponible, además, no basta que el adquirente se cerciore de que el inmueble está inscrito a nombre de su vendedor, sino que es necesario que examine todos los antecedentes registrados, pues si no existe continuidad en los títulos de las personas que aparecen en el registro, no pueden preaverse de una ulterior reclamación.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. La buena fe es (i) un principio general que se encuentra en numerosas normas de los códigos civiles de México; (ii) es un concepto constitutivo, que sirve de punto de partida, así como para excluir y marginar los conceptos de dolo, culpabilidad, antijuricidad y la mala fe.

Segunda. El principio de buena fe tiene un contenido ético, moral y social, del cual se nutre el ordenamiento jurídico positivo.

Tercera. La buena fe se debe traducir en evitar las conductas negativas (no engañar, no defraudar, no dañar en general) y en promover las exigencias positivas

buscando entre los individuos una correcta y armónica convivencia (deberes de diligencia, de honestidad, de diligencia, de esmero, de cooperación, de lealtad y de buen obrar), cumpliendo una de las funciones que considero más importantes consistente en los efectos multiplicadores en los comportamientos sucesivos de los demás, teniendo así una gran importancia social.

Cuarta. La buena fe, como un valor antiguo, debe estar siempre y en todo momento presente, sin limitar su contenido a un lugar y tiempo determinado.

Quinta. La buena fe se presume en derecho y esta presunción consiste en la convicción fundada que nuestras acciones no ocasionan un daño a un tercero.

Sexta. La buena fe supone un límite a la competencia del legislador y a la autonomía de la voluntad de los particulares.

Séptima. La buena fe como principio general del derecho está presente en todo ordenamiento jurídico y como regla en una parte del mismo, mediante las regulaciones concretas en las instituciones de personas, familia, bienes, sucesiones, obligaciones, contratos y registral, sin que se excluya la buena fe en otras ramas del derecho.

Octava. La buena fe debe constituir y servir para los criterios: (i) Interpretativo, de acuerdo con el cual debe ser entendido el sentido y el significado de los contratos y de las demás declaraciones de voluntad emitidas por las partes; (ii) Conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones atendiendo no sólo a la letra, sino también al espíritu del precepto legal o del acuerdo de voluntades creador de tal obligación, exigiendo al deu-

dor prestar todo aquello que el acreedor debe razonablemente esperar; (iii) Dirigido al acreedor o al titular de derechos subjetivos, imponiendo se ejerza el derecho sin contravenir las normas de la lealtad, la confianza y la consideración que el deudor o sujeto pasivo del derecho puede razonablemente pretender, en otras palabras, la buena fe representa y debe representar un límite del ejercicio del derecho del acreedor.

Novena. La jurisprudencia, confirma que la buena fe es la base inspiradora de todo el derecho y debe serlo, por ende, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas.

Décima. El principio general de buena fe en la materia contractual asume en estos tiempos, un rol esencial en la transformación del concepto de contrato, según puede verse en algunas de las regulaciones extranjeras analizadas, por lo que es necesario preguntarnos ¿si es suficiente la regulación actual en los códigos civiles y demás ordenamientos? y ¿si es suficiente la regulación desde el punto de vista interno y frente a las exigencias internacionales?

PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DERECHO CIVIL MEXICANO, EN MATERIA DE LA PERSONA Y LA FAMILIA

FERNANDO CATAÑO MURO-SANDOVAL

INTRODUCCIÓN. MARCO GENERAL Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Siendo el tema propuesto para el presente análisis el relativo a los principios y reglas existentes en el derecho civil mexicano en materia de la persona y la familia, es obligado enunciar un marco básico de tratamiento al tema.

Estimamos adecuado referir primero la estructura del orden jurídico mexicano, de la que derivan premisas esenciales de regulación legal; en segundo término, determinar, en su esencia, la noción de "principio" y su distinción con el concepto de "regla", a efecto de estar, por último, en condiciones de catalogar y/o clasificar cuáles son justamente esos principios y reglas del derecho civil mexicano en materia de la persona y la

familia, sin perder de vista la importancia de que, a su vez, inspiran y se aplican en otras áreas del derecho.

Cabe asimismo aclarar que, si bien la intención es detallar tales principios y reglas, se procurará destacar la manera en que la evolución del pensamiento, libertades y costumbres de la población ha influido a lo largo del tiempo para adaptar el derecho positivo a las necesidades y nuevas vivencias de la sociedad mexicana.

Es de obligada referencia expresar que México, como Estado, se encuentra constituido en una república, representativa, democrática y federal, en términos del artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituye la Ley Suprema de la Unión.

Al conformarse el Estado mexicano como una república federal, se destaca el principio de reserva contenido en el artículo 124 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por virtud del cual todas las facultades que no estén expresamente concedidas a los órganos y funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.

Es este un fundamento de carácter orgánico en cuya virtud, la facultad regulatoria en la materia civil, como parte que es del derecho privado, no fue reservada a la Federación, dando como resultado la promulgación y vigencia de treinta y dos códigos civiles locales, uno por cada una de las entidades federativas que componen nuestra unión.

Sin embargo, cabe aclarar que, por una interpretación relativamente reciente al texto constitucional, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha

29 de mayo de 2000, el Código Civil Federal, del cual si bien se ha cuestionado su constitucionalidad, indiscutiblemente se añade a la normatividad ya existente, más desde el punto de vista formal, que por el fondo de sus contenidos¹.

También es indispensable considerar que, por mandato constitucional, todo individuo goza de las garantías individuales otorgadas por la propia Constitución, comprendiéndose con ello, las garantías individuales o derechos del hombre relativos, entre otros, a la vida, igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica.

Estos principios, que informan al sistema jurídico mexicano, integran algunos de ellos, pilares de los de-

¹ El doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez en cuanto a esta modificación se expresó conforme a lo siguiente: "Por reforma constitucional, a partir de 1999 el Congreso de la Unión conservó legislar la materia civil en el orden federal, en tanto que fue asignado a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, hacer lo propio para la entidad. Como consecuencia de lo anterior, conforme al artículo 1o. del Decreto de la Asamblea Legislativa local, publicado en la Gaceta Oficial del 25 de mayo de 2000 y con vigencia a partir del 1o. de junio siguiente, el Código Civil de 28 como ordenamiento local, se denomina desde entonces Código Civil del Distrito Federal, y por su parte, según el artículo 1o. del Decreto del Congreso de la Unión publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo del mismo 2000, con vigencia 9 días después, dicho Código Civil de 1928 modificó su denominación en su aplicatoriedad federal para quedar como Código Civil Federal. Por ende, lo que físicamente es un solo ordenamiento se tradujo desde el punto de vista legislativo en dos códigos civiles; el del Distrito Federal en materia común y el Federal en materia federal; resultado de ello es que el ordenamiento citado sea objeto de reformas por los dos órganos legislativos; el federal y el local, en sus respectivos ámbitos de competencia.

rechos de la personalidad, siendo éstos ampliamente regulados por el derecho civil.

Entendemos al orden jurídico como un conjunto de normas que interactúan para la regulación de la conducta social del hombre. Por ello, en su origen, la distinción de derecho público y derecho privado, por lo que se refiere al estudio del derecho, fue tarea compleja. Ahora, con el avance y propuestas de la sistemática jurídica, nos queda claro que la persona, el ser humano, conforma el eje y centro del derecho: es creador y destinatario del mismo.

La persona como sujeto de derecho y su aptitud para serlo, la personalidad jurídica, nos sugiere el estudio de los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad, sobre todo cuando se atiende a la persona humana o persona física, es decir al individuo, son aquellos cuyo contenido no necesariamente es pecuniario y, de hecho, lo ordinario es que carezcan de contenido económico, por lo que bien puede afirmarse que son derechos con valor de índole moral.

Por ello, los derechos de familia y las prerrogativas esenciales del hombre, como son: el derecho a la libertad, el derecho a la vida, el derecho a la protección del no nacido o inclusive el derecho de nacer, el derecho a la integridad física, el derecho a la disposición de órganos del propio cuerpo, el derecho al nombre, el derecho a la imagen, el derecho a la obra intelectual, el derecho a la salud, el derecho del honor, el derecho a la esfera íntima del sujeto, entre otros, conforman un conjunto de derechos que precisamente refieren la personalidad

jurídica del sujeto e incluyen los llamados atributos de la persona.

Estos derechos de la personalidad representan un bien jurídico protegido por el derecho que, si bien pueden tener un contenido económico, no dejan de serlo si carecen de él, pues reiteramos, es incluso común que no sean estimables desde el punto de vista económico.

Sabemos que la personalidad jurídica no puede ser restringida o limitada arbitrariamente por el Estado ante las personas físicas o seres humanos, pues como se afirma, su titularidad sólo puede imputarse al ser humano.

Nos queda claro que estos derechos de personalidad son objeto de estudio y análisis profundo por diversas ramas del derecho, incluso de carácter público y que conforman, algunos de ellos, las garantías individuales o los derechos del hombre.

Sin embargo, todos tendrán siempre como base el estudio de la persona, el reconocimiento de la personalidad jurídica y de los atributos de la misma, de ahí la necesidad de dar su justo valor y medida a los análisis proporcionados desde la perspectiva milenaria del derecho civil.

La anterior afirmación se basa en la perspectiva histórica y el avance notorio y en ocasiones desmedido que ha presentado el derecho público, y tiene su sentido y justificación ante la presencia cada vez menos evitable del Estado, de la autoridad, de la regulación normativa que, en suma, no ha tenido otro resultado que el de proveer a la persona de herramientas ante las estructuras estatales.

Estos derechos de la personalidad ciertamente son extrapatrimoniales, intransmisibles, inembargables y existe un deber universal de respeto hacia ellos. Se desarrollan y se ejercen por igual ante particulares como ante el Estado pues, no olvidemos, este último a su vez es persona moral o jurídica².

En fin, el estudio y análisis de los derechos de la personalidad nos permitirán reconocer muchos de los principios que informan el derecho civil mexicano, tanto en materia de la persona como en la familia.

Continuando con el mismo propósito de situar el marco general de análisis, tomaremos en cuenta que la materia civil en el sistema jurídico mexicano, por su origen y extensión, es de tradición latina o romana y fue conformada por la franca influencia de la legislación europea, a través del Código Napoleónico, que fue estudiado, desglosado y analizado por las diversas escuelas de derecho.

No menos importante fue la influencia de la legislación civil española, pues la Conquista y colonización

² Respecto de los derechos de la personalidad, el maestro Alberto Trabucchi, en su libro *Instituciones de derecho civil*, señala expresamente: "Los derechos de que hablamos carecen de naturaleza patrimonial y son absolutos *erga omnes*, inalienables, intransmisibles, imprescriptibles e irrenunciables. No enajenables, por lo que no se reconoce al sujeto, en las controversias jurídicas que tuvieran por objeto tales derechos, el poder dispositivo sobre los elementos del proceso, prueba, resolución arbitral, etc.; no transmisibles, por lo que los parientes consanguíneos, y no los demás herederos voluntarios, son únicamente los que están legitimados para tutelarlos una vez fallecido el sujeto de tales derechos (en los delitos contra el honor, en las violaciones del derecho de autor); son imprescriptibles, por lo que no se extinguieren por el no uso, y, finalmente no son susceptibles de renuncia".

que dio origen a la Nueva España, generó que el actual territorio de lo que hoy es México, se viera sujeto, durante tres siglos, a los ordenamientos de la que fuera la madre patria, destacando como cuerpos normativos influyentes las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, las Leyes de Indias y Las Siete Partidas. Asimismo, nuestro derecho civil mexicano ha recibido la influencia del derecho canónico y, por supuesto, del derecho romano.

Cabe acotar que la materia civil en el orden jurídico mexicano fue orientada fundamentalmente por tres ordenamientos, conocidos respectivamente como los códigos civiles de 1870, de 1884 y un tercero de 1928, que entró en vigor hasta 1932. Este último fue publicado para el Distrito Federal, por decreto de fecha primero de septiembre de 1932, bajo el nombre de Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y que es justamente el que se convirtió luego, en la base para la creación formal de lo que hoy son el Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal.

Entre los antecedentes de ellos, tenemos que el primer ordenamiento en materia civil con vigencia en el México Independiente fue el Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca, cuyo primer Libro fue publicado en el año de 1827, el segundo libro en el año siguiente y el tercero en el año de 1829.

Lo anterior es importante para hacer la aclaración de que, en el presente tema se atenderá fundamentalmente a la legislación existente en el Distrito Federal, por ser la que durante mucho tiempo dio orientación a las normas aplicables en las demás entidades federativas

de la República Mexicana, sin desconocer que los legisladores locales han sido siempre cuidadosos y también creativos en el desempeño de su importante función.

II. NOCIÓN DE PRINCIPIO Y REGLA

Resulta, por otra parte, metodológicamente indispensable determinar, para los fines de este trabajo, el concepto de "principio" y su diferencia frente a la noción de "regla".

Con independencia de los análisis a realizarse respecto del tema de los principios y las reglas del derecho, el cual de suyo representa un esfuerzo que excede en mucho los alcances de estas líneas, reconocemos que las diversas corrientes de pensamiento sobre el conocimiento de lo jurídico han pretendido determinar en primer plano la existencia o no de tales principios que informen al derecho.

Las diferentes formas de analizar, estudiar y explicar al fenómeno jurídico han dado cauce a pretender justificar si el derecho agota su formación y efectividad a través de procesos formales de integración de normas y solución de controversias o si, por el contrario, el orden jurídico se constituye de otros elementos.

Por nuestra parte, consideramos que la validez del derecho encuentra justificación y sentido a través del cumplimiento y observación de principios que reconozcan el valor de la persona y de otros aspectos que doten a las normas jurídicas de legitimidad por conducto de valores morales o sociales, ya sean culturales o históricos.

Esto permitirá siempre la aceptación natural del contenido normativo por todos aquellos sujetos que habrán de conformar su ámbito personal de validez.

Cabe indicar que, por *Principio*, entenderemos aquella norma no legal, pero sí supletoria de la ley, que está constituida por la doctrina o por aforismos que gozan de general y constante aceptación y reconocimiento por parte de jurisconsultos y tribunales, como una valoración a su contenido esencial de verdad o de justicia.

En cambio, la *regla* es aquella norma que ha de cumplirse por una colectividad, por estar así convenida o por haber sido introducida en un ordenamiento de aplicación general, por el órgano competente.

Siguiendo en su estudio sobre el tema, el doctor Rodolfo Vidal Gómez Alcalá, en su estudio sobre "Normas y principios. Hacia un mejor conocimiento del derecho", nos explica cómo el tema respecto de los principios del derecho tomó impulso a través del artículo presentado por el profesor Ronald Dworkin, quien "postulaba que a la par de las normas o reglas, estaban los principios, los cuales tenían una naturaleza propia y diferente de las primeras y que por lo tanto, tenían que distinguirse de ellas, al contar con elementos claros y distintos para su aplicación".

Diversas eran las notas que producían dicha distinción, en primer lugar, está el elemento lógico, ya que a diferencia de las normas que en su opinión se aplican de manera disyuntiva, esto es, se aplica o no la norma a un caso concreto, los principios sólo establecen una "razón" que discurre en una única dirección, pero que no exige una decisión en particular. Es decir, sólo men-

ciona la finalidad que debe perseguirse, pero no en sí el contenido de la decisión a tomar, lo que deja un amplio campo de acción a la práctica judicial o doctrinal.

Por otro lado, los principios tienen una diferencia respecto a su contenido, ya que cuando se invocan, hacemos mención a su peso o importancia. Cuando existen principios que deben ser tomados en cuenta al momento de resolver una controversia, se debe tomar en cuenta "el peso específico" que tiene cada uno de ellos, lo que no sucede con las normas, que en términos generales suelen tener un mismo valor jurídico.

De igual manera, en las normas podemos conocer cuáles y cuántos son, por virtud de la regla de reconocimiento, así como el contenido de su disposición, lo que no sucede con los principios, ya que de antemano no podemos saber cuántos son y la forma en que se van transformando, o produciendo, o los factores que inducen a ello, ni mucho menos todo el contenido normativo o valorativo que pueden tener³.

III. DERECHO CIVIL MEXICANO. LA PERSONA

Bajo el marco expuesto, la intención es detallar cuáles son los principios que nutren y orientan al derecho civil mexicano, en materia de la persona y de la familia y cuáles son y en qué casos se aplican las reglas que los mantienen en pie.

³ Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, "Normas y principios. Hacia un mejor conocimiento del derecho", en su estudio presentado en el libro *La crisis de la ley*, Escuela Libre de Derecho, México, 2007, p. 235.

En el trato legal de la persona, como base y centro del estudio del derecho, la materia civil ha encontrado su origen, sentido y destino en el análisis del ser humano, destacando su personalidad y los atributos de la persona, realizando el estudio y la regulación específica respecto del nombre, la capacidad jurídica, el estado civil, el domicilio, el patrimonio y la nacionalidad.

Ha sido protegido y destacado el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, hasta adaptarla a las más actuales vivencias, experimentadas por los cambios en los diferentes roles que desempeñan los individuos de uno y otro sexos en la sociedad. Asimismo, la personalidad jurídica ha sido reconocida para las personas físicas y otorgada para las personas morales o jurídicas, lo que implica una distinción clave para el jurista.

El respeto al principio de protección de la vida y los derechos otorgados al concebido representan pilares en el derecho civil mexicano en materia de la persona, pues por disposición de ley un individuo desde el momento en que "es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código" (artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal)⁴.

Tal enfoque normativo contrasta con lo dispuesto en la materia penal, por lo que se refiere a los derechos del concebido y a lo que queda tipificado como aborto,

⁴ Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código (Código Civil para el Distrito Federal).

pues en el artículo 144 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se considera como aborto la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

La situación legislativa anteriormente descrita en dos ordenamientos regulatorios de la misma entidad federativa, el Distrito Federal, refleja la contradicción, si no es que hasta la confusión axiológica que ha tenido el legislador local, en el ánimo de responder a los nuevos tiempos.

Cierto es que la percepción social de la maternidad afecta el derecho a la filiación del concebido, como también lo es que el pretendido derecho de interrupción del embarazo, afecta a la protección de la vida humana desde su inicio. Sin embargo, tal confusión parece que aún prevalece, anteponiendo la bandera política, incluso por interpretación jurisdiccional realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Queremos ser contundentes: el valor de la vida, como primera dignidad, ha sido y debe ser la principal constante en cualquier posible reforma que se pretenda realizar a los códigos civiles mexicanos.

Para dar una moderación acorde a los nuevos tiempos, no creemos que se trate de establecer en las nuevas normas, posturas ideológicas que se aparten de todo valor axiológico, sino que a pesar de ellas nuestro derecho no desconozca el principio del derecho a la vida y por ello, una reforma como la contenida en el Código Penal del Distrito Federal en materia del aborto, desde nuestra perspectiva, transgrede el principio anteriormente mencionado.

Cabe introducir aquí una mención expresa de la noción de dignidad, porque en nuestro concepto, la dignidad es y debe ser un principio que preside muchas de las regulaciones en materia de familia y que, por tanto, se percibe presente en la regulación de las instituciones que más adelante se mencionan.

Es así como, citando al maestro José J. Megías Quirós, nos adherimos a la idea de que la dignidad es el valor que debe presidir toda relación entre los seres humanos, porque es el que pertenece a su sustancial comunidad. La dignidad es, pues, la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona; es un fin tanto del reconocimiento de los derechos como de la previsión de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos y, en la medida en que los derechos inviolables son irrenunciables, la dignidad se convierte también en un límite de los derechos propios⁵.

⁵ Citado por el notario público Eduardo García Villegas, en su estudio titulado *La tutela de la propia incapacidad, su regulación legal integral*, México, Porrúa, 2006, p. 14. Véase en ese mismo sentido la Tesis emitida con número de registro 165813 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual textualmente señala lo siguiente:

Novena época. Registro: 165813. Instancia: Pleno. Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXX, diciembre de 2009. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. LXV/2009, p. 8. Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México,

Ya en párrafos anteriores destacamos el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, el cual incluso a nivel constitucional, en su artículo primero, además de proscribir la esclavitud, se insiste en que quede prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por su parte, el segundo artículo del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, prohibiendo toda restricción que afecte el ejercicio de derechos en razón de sexo, embarazo, orientación sexual, carácter físico, discapacidad o estado de salud, entre otros.

reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución general de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.

Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.

Por ello son destacables las reformas en materia de Reasignación de Concordancia Sexo-Genérica, a través de las cuales se ha procurado proteger la vida y dignidad humana en aquellos casos en que, por razones de índole psíquica, fisiológica o de preferencia sexual, se ha requerido privilegiar los derechos humanos y favorecer la tolerancia social, en pro de los individuos que requieren establecer y vivir adecuadamente su identidad de género tanto desde el punto de vista práctico como en el tráfico jurídico, atendiendo a las necesidades de su fuero interno.

El principio de vida digna es fuertemente retomado bajo esta concepción de determinar la identidad de género pues, jurídicamente, la reasignación para la concordancia sexo-genérica se reconoce como un proceso en el cual existe una intervención profesional médica, mediante la cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, siendo que esta última, constituye la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino.

Esta reasignación para la concordancia sexo-genérica siempre requerirá resolución judicial y se caracteriza porque, una vez decretada, los derechos y obligaciones contraídos con anterioridad a la misma no se modifican, ni se extinguen por la nueva identidad jurídica de la persona (artículo 135 bis del Código Civil para el Distrito Federal)⁶.

⁶ "Artículo 135 bis. Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primi-

Por otra parte, nuestro derecho, si bien siempre procura, beneficia y protege a la vida en sí misma, ha dado paso a tendencias que no se conforman con el concepto de "vida", sino más aún, aspiran al principio de vida digna, procurando los medios para que, en su momento,

genia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino, es inmodificable, involuntaria y puede ser distinta al sexo original.

La reasignación para la concordancia sexo-genérica es el proceso de intervención profesional mediante el cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir, parcial o totalmente: entrenamiento de expresión de rol de género, administración de hormonas, psicoterapia de apoyo o las intervenciones quirúrgicas que haya requerido en su proceso; y que tendrá como consecuencia, mediante resolución judicial, una identidad jurídica de hombre o mujer, según corresponda. Se entenderá por expresión de rol de género, el conjunto de manifestaciones relacionadas con la vestimenta, la expresión corporal o verbal y el comportamiento. Los derechos y obligaciones contraídos con anterioridad a la reasignación para la concordancia sexo-genérica no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona" (Código Civil para el Distrito Federal).

Véase en ese mismo sentido la Tesis emitida con número de registro 165698 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual textualmente señala lo siguiente: Novena época. Registro: 165698. Instancia: Pleno. Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXX, diciembre de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: P. LXIX/2009, p. 17. Reasignación sexual. Es una decisión que forma parte de los derechos al libre desarrollo de la personalidad. Partiendo de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento a los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de éstos el individuo se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad, se concluye que la reasignación sexual que decida una persona transexual para adecuar su estado psicosocial a su

ante la presencia de enfermedades incurables, existan medios legales aceptables para evitar la inútil y desesperanzada prolongación del sufrimiento, proporcionando medios clínicos paliativos que conduzcan, en su momento, también a una muerte digna, regulando la posible manifestación unilateral de voluntad consignada en el llamado Documento de Voluntad Anticipada.

El decreto por el que se expidió la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del día 7 de enero de 2008, aun cuando pareciese un ordenamiento de carácter administrativo, converge en temas estrictamente de la materia civil, pues la manifestación de Voluntad Anticipada implicará una expresión unilateral de voluntad con el propósito de prever, mediante documento público otorgado ante notario, el que una persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifieste la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación

físico y de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente y ser reconocido como tal por los demás, constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual y de género ante sí mismo, que influye decisivamente en su proyecto de vida y en todas sus relaciones dentro de la sociedad. Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXIX/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.

médica (artículo tercero, fracción V, de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal).

Estamos ante la presencia de una transformación cultural que conlleva a su vez a una transformación jurídica, ante el incremento del promedio de esperanza de vida del mexicano, siendo actualmente, de setenta y cinco años de edad y, en particular, ante la presencia de una enfermedad en etapa terminal, entendida ésta como un padecimiento mortal que impide una esperanza de vida mayor a los seis meses y en la que se encuentre la persona imposibilitada para mantener su vida de manera natural, aceptándose que la capacidad de la persona permita determinar las medidas que considere legalmente convenientes para establecer sus personales prescripciones y dictar su voluntad para morir dignamente.

El principio de autonomía de la voluntad también se destaca en la conformación del documento de Voluntad Anticipada que incluso en el derecho anglosajón se ha considerado como un acto de "personal autonomy".

Todo lo anteriormente analizado nos lleva a reafirmar cómo los derechos de la personalidad y en sí misma la posición de la persona física frente al Estado, implica necesaria e indispensablemente el previo reconocimiento de los derechos de la primera frente a la obligación ampliada del segundo de garantizar en plenitud el desarrollo de esa personalidad, sin restricciones, distinciones o discriminaciones⁷.

⁷ Novena época. Registro: 165822. Instancia: Pleno. Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXX, diciembre de 2009. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: P. LXVI/2009, p. 7. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.

IV. DERECHO CIVIL MEXICANO. LA FAMILIA

Por otra parte, los principios ya enunciados, de la vida, de igualdad, de libre desarrollo de la personalidad, de la vida digna y de la autonomía de la voluntad, también han quedado plasmados, con los años, en el derecho familiar, rama esta última, que forma parte del derecho civil, pues considera a la persona con un estado civil como atributo de la personalidad y en particular como la situación jurídica que guarda una persona en relación con la familia.

La familia, como institución natural y célula básica de la sociedad, representa para el individuo, la oportunidad fundamental de desarrollo y la realidad variante

De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente. Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXVI/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.

o relativa para dicho crecimiento físico, emocional, intelectual, cultural y espiritual. Sin embargo, dicha agrupación humana permite, desde los inicios de la persona, su mejor proyección o en contraparte, el deficiente desarrollo de actitudes o cualidades del ser humano.

Por ello, podemos conceptualizar desde la perspectiva jurídica que la familia es "aquella institución natural de orden público compuesta por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio, concubinato o uniones heterosexuales análogas y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes, en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado"⁸.

Cabe aclarar, no obstante, que el anterior concepto actualmente se ve ampliado, tomando en cuenta la modificación derivada de la reforma legal que autoriza la celebración de uniones entre personas del mismo sexo, a que nos referiremos con posterioridad.

El derecho civil mexicano, en lo relativo a la familia, expresamente refiere que sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen como finalidad proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basándose en el respeto al principio de dignidad, estableciendo expresamente el deber de los miembros de la familia de observar consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares⁹.

⁸ De la Mata Pizaña Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 2008, p. 8.

⁹ Vease Código Civil para el Distrito Federal, artículos 138-Ter al 138-Sextus.

Por otra parte, no queremos dejar pasar por alto la existencia de las muy importantes tendencias manifestadas en diversos sistemas jurídicos para considerar como rama autónoma al derecho familiar, es decir, como rama independiente del derecho civil en su conjunto.

De hecho, una parte importante de la doctrina y diversas legislaturas e instituciones académicas han visto en el derecho familiar un sinnúmero de normas de interés social u orden público que informan el contenido de las instituciones de derecho familiar, cuyos fundamentos y consecuencias de carácter legal son ajenas a un contenido patrimonial y que en muchos casos son normas imperativas de carácter irrenunciable, que integran algunos de los caracteres predominantes en el estudio del acto jurídico familiar y especialmente en la estructura del derecho familiar. A pesar de ello, consideramos que este derecho no constituye una rama autónoma y que en el orden jurídico mexicano, en efecto, está integrado al derecho civil.

Siguiendo las ideas expresadas por el doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, las características atribuidas "a los actos jurídicos familiares no son de su exclusividad; tienen lugar y están comprendidas en la teoría general del acto jurídico, con tan sólo diferencias meramente graduales, las cuales, son conceptos incluidos en dicha teoría. No por el hecho de que participen en mayor o menor medida en uno u otro grupo de actos, ello sea merecedor de toda una teoría"¹⁰.

¹⁰ *Ibidem*, p. 62.

Los partidarios en considerar al derecho familiar como una disciplina independiente del derecho civil, también resaltan la muy menor autonomía de la voluntad en los actos jurídicos familiares ante la existencia de un orden público.

No obstante ello, nosotros al referir aquí las dos diferentes posturas acerca de la naturaleza independiente o no del derecho de familia con respecto al derecho civil, únicamente queremos destacar que, si bien no es, reiteramos, en nuestro concepto, autónomo, ello no significa que no cobren vida en él todos los principios ya invocados y a los cuales alude este trabajo.

Asimismo dejamos de lado, por no tener relación directa con nuestro actual objeto de exposición, lo relativo a la denominación ideal de esta rama jurídica, sea derecho familiar, derecho de familia, derecho de la familia u otras propuestas por la doctrina. Es decir, hablamos en sí, simplemente, del conjunto de normas jurídicas cuya regulación dirige los diversos derechos y deberes del individuo en el seno de la célula social básica o familia a la que pertenece.

Así, puede afirmarse que el principio de igualdad fue retomado desde hace muchas décadas en el derecho familiar, por ejemplo, en relación con los derechos de los hijos, pues se eliminó toda distinción derivada del origen de su nacimiento que en el pasado existió, a través de sus clasificaciones en legítimos y naturales, por mencionar alguna, como un avance decidido en el que resalta la primacía del valor de la persona por sí misma.

Otro caso a resaltar es la muy importante integración a nuestro derecho de una institución conocida

entre nosotros como Tutela Cautelar y en otros sistemas jurídicos como la Autotutela, mediante la cual una persona capaz para otorgar testamento, previendo su posible futura incapacidad de ejercicio, procede a designar tutor o tutores que deban de encargarse de su persona o de su patrimonio.

En el Código Civil para el Distrito Federal, por reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del día 15 de mayo de 2007, se introdujo esta figura jurídica de la Tutela Cautelar, por virtud de la cual se prevé la posibilidad de que, en escritura pública otorgada ante notario público, el declarante designe a la persona que asumirá su cuidado personal y patrimonial, con expresión detallada de las facultades y obligaciones de dicha persona como tutor determinando, mediante disposiciones, recomendaciones o determinaciones específicas, cómo administrar el patrimonio para el caso de la propia incapacidad.

Esta declaración unilateral está basada en el principio de autonomía de la voluntad y vino a llenar una importante laguna en el derecho civil mexicano, pues precisamente, el declarante u otorgante del instrumento por el que se determina la tutela de la propia incapacidad, puede dar solución a aquellos casos de necesidad en que por sus antecedentes clínicos, familiares, e incluso empresariales, requiere designar con plena libertad a la persona o personas que asuman la responsabilidad en su ser o en su patrimonio para el caso de quedar incapaz.

Otras importantes reformas en materia civil, que nos permiten encuadrar los principios y reglas de nuestro

derecho mexicano han sido las relacionadas con la regulación en materia de violencia familiar.

Sobre el particular, las condiciones socioculturales de las costumbres familiares y el entorno económico de crisis frecuente que, por desgracia, han afectado a nuestro México secularmente, se han visto reflejadas, al seno interior de las familias, en la existencia lamentable de constantes abusos en que suele incurrir, por lo común, el llamado "Jefe de familia", en contra de la estabilidad familiar, así como del sano desarrollo de todos y cada uno de los integrantes de este núcleo, tanto la mujer, como los descendientes y en ocasiones, hasta los ancianos que comparten la estructura íntima de los hogares. Por ello, en materia civil se ha procurado dar los medios útiles y necesarios para erradicar las prácticas de violencia de todo tipo hacia el seno familiar.

En este orden de ideas, la autoridad jurisdiccional, es decir, el juez de lo familiar, tiene facultad amplia para determinar y garantizar el respeto de los principios de igualdad y vida digna de los integrantes de la familia, a fin de que las conductas familiares se desarrollos en un ambiente de respeto a la integridad física, psico-emocional, económica y sexual de sus integrantes y evitar, en lo posible, comportamientos que puedan alterar la vida de dichos integrantes, hasta sancionar, incluso, con la reparación del daño mediante el pago de daños y perjuicios a quien incurra en violencia familiar.

Es por ello que, también en materia familiar, se estableció el principio del interés superior del menor, como la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños ante cualesquiera otros derechos de

cualquier otra persona, con el fin de garantizar los aspectos relacionados con la salud física y mental, la alimentación y la educación, procurándose así que, en el seno familiar, se brinde un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de toda violencia, favoreciendo el correcto desarrollo de la personalidad y la autoestima del menor (artículo 416-Ter del Código Civil para el Distrito Federal)¹¹.

¹¹ Registro No. 164026. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXXII, agosto de 2010, p. 2299. Tesis: I.5o.C.104 C. Tesis: Aislada. Materia(s): Civil. Interés superior del menor. Alcances de este principio. El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón.

Registro No. 164025. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXXII, agosto de 2010, p. 2299. Tesis: I.5o.C.106 C. Tesis: Aislada. Materia: Civil. Interés superior del menor. Su concepto. Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad

Este principio del interés superior del menor es un reconocimiento de prioridad efectuado por el derecho civil mexicano al anteponer los intereses del desarrollo de la personalidad del menor frente a cualquier otro, tomando en cuenta la existencia de circunstancias en las que, incluso, en ocasiones, lamentablemente se advierten conductas procedentes de los propios padres o familiares, en los cuales son precisamente estos últimos quienes, aparentando actos en beneficio del menor se constituyen en sus principales hostigadores, presentándose conductas traducidas en actos de violencia familiar, principalmente vistas en los litigios de divorcio y en el correspondiente conflicto por la custodia de los hijos, o en las intenciones por parte de uno de los progenitores de lograr la pérdida de la

de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón.

Registro No. 164024. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXXII, agosto de 2010, p. 2300. Tesis: I.5o.C.105 C. Tesis: Aislada. Materia: Civil. Interés superior del menor. Su relación con los adultos. El concepto interés superior del menor, cuya salvaguarda es prioritaria en el sistema jurídico mexicano, permite delimitar con precisión y claridad los derechos y obligaciones que corresponden a las personas adultas en relación con los niños, para lo cual se privilegia el deber de atenderlos y cuidarlos, con el objeto permanente de alcanzar el mayor bienestar y beneficio posibles para ellos, como un imperativo de la sociedad; de manera que su protección se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple una trascendente función social de orden público e interés social. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón.

patria potestad en contra del otro, o en designaciones desatinadas de tutores o en autorizaciones incorrectas de adopción.

Por otra parte, es de sobra conocido que la demografía, al estudiar los cambios de la población, nos arroja nuevas y más apremiantes realidades a las cuales el derecho debe dar una clara respuesta. Dentro de este aspecto y, también como manifestación de influencia de la amplia concepción de los derechos humanos que la sociedad ahora preconiza, ha sido necesario dar cauce legal a todas aquellas situaciones en las que existe una relación de convivencia entre personas que por diferentes circunstancias establecen una mecánica de mutuo apoyo, sin importar su sexo o edad, e inclusive al margen de cualquier tipo de parentesco.

Para ese fin, se han regulado las Sociedades de Convivencia, entre otras instituciones jurídicas de reciente introducción y vigencia en nuestro derecho, en las que se advierte una clara preocupación del legislador por retomar y atender aquellas inquietudes por demás apremiantes entre algunos de los miembros que componen la sociedad.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por decreto de fecha 29 de diciembre de 2009, reformó el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar textualmente conforme a lo siguiente: "Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código".

Lo medular en esta reforma es que permite la celebración del vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo. Si bien se trata de una reforma que había sido previamente anunciada y relativamente debatida en diversos foros, apareció probablemente como algo no inminentemente necesario ante la realidad social y cultural de la familia mexicana, lo que le ha significado el carácter polémico que tiene en nuestro medio.

El matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho de adopción ahora reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conllevan una modificación jurídica que si bien satisface los requerimientos y exigencias de un sector muy minoritario pero indudablemente presente de la población mexicana, particularmente del Distrito Federal por ser la entidad federal a la que nos referimos, probablemente a quien más afecte o sobre quien más incida sea precisamente sobre los menores hijos adoptados por este tipo de parejas y que vayan a formar parte de estas nuevas estructuras familiares, en las que está aún por valorarse si se transgredió o no el principio del interés superior del menor.

Hoy por hoy, nuestra opinión se inclina por que dicho interés quedará transgredido si la propia sociedad y sus autoridades no procuran los medios de apoyo psicológico necesarios para favorecer un desarrollo equilibrado de los nuevos integrantes de tales familias, que conllevan el desafío de lograr la aceptación y reconocimiento social unánime, más aún cuando no es discutible que la adopción de los menores debe ser un medio real de proveerles de los elementos necesarios para su sano crecimiento y sólida formación.

Asimismo, cabe mencionar las importantes reformas legales en materia de divorcio, que se traducen en una amplia libertad y simplicidad para tramitar y obtener la disolución del vínculo matrimonial, bajo un esquema en el cual ya no es actualmente necesario para los cónyuges invocar ni demostrar causal alguna, pretendiendo que con ello se enfatiza el principio de libertad.

Acerca de ello, cabe indicar que lo consideramos un adecuado ajuste de la norma a una realidad social, la cual nos advierte que resulta innecesario prolongar los procedimientos judiciales en aquellos conflictos familiares generados porque alguno de los cónyuges ha exhibido un desapego tal a los compromisos adquiridos al celebrar el vínculo matrimonial que, la subsistencia y prolongación de dichos procedimientos judiciales se traduce, en una gran mayoría de casos, en la afectación de los menores hijos, quienes eran botín y excusa de groseras conductas de los cónyuges divorciantes dentro y fuera de los litigios en cuestión.

En ello, contrariamente a lo que pudiera parecer a simple vista, el legislador no pretende atentar contra la preservación de la familia, sino que, muy por el contrario, únicamente atiende a inquietudes y realidades sociales, dando celeridad a un trámite que no amerita su prolongación innecesaria, cuando han desaparecido ya los fundamentos de unidad y solidez que daban razón de ser a la pareja, sin que esto implique desconocer el gran esfuerzo que en la mayoría de los casos desarrolla la mujer mexicana, tanto para mantener la unión familiar como para con su trabajo proveer a la subsistencia de la familia.

Es así como procede ahora referir que no es factible agotar en breves líneas el tratamiento detallado de todas aquellas instituciones jurídicas vinculadas con la persona y la familia, sino por el contrario enunciar que el espíritu común es y debe ser en todas ellas, el de apego a los principios de que se ha hecho breve mención en este análisis, los cuales deberán verse reflejados, a su vez, en las respectivas reglas legales, entendiéndose por éstas, aquéllas que regulan el conjunto de derechos y obligaciones existentes para cada uno de los individuos y de los miembros de un núcleo familiar, según lo haremos constar en el apartado siguiente.

V. CONCLUSIONES

Hemos pretendido acreditar que la formación, análisis y desarrollo de la ciencia jurídica ha tenido y tendrá como punto central y como estructura toral al ser humano. Al referirnos a él y, por supuesto, sin pretender abarcar conceptos filosóficos, hemos dirigido nuestro análisis fundamentalmente a la persona física.

Cabe decir que, aun cuando históricamente se muestran casos de sistemas jurídicos o políticos deseosos de restringir al mínimo el reconocimiento de los derechos de la persona, es evidente asimismo la respuesta, también de carácter histórico, en el sentido de que, sólo en el respeto a los mismos y en el reconocimiento de una constante transformación de los mecanismos legales en beneficio de su preservación y protección, se justifica la existencia del derecho y del propio Estado.

Ha quedado expresado de modo muy breve cómo el derecho civil mexicano, en cuanto a la persona y a la

familia y, muy especialmente, en el Distrito Federal, ha experimentado importantes reformas, animadas por la intención de adecuarse a las exigencias de una sociedad cambiante, que muestra importantes modificaciones en el ámbito cultural y de valores.

Se ha pretendido proveer al orden jurídico del Distrito Federal de normas o reglas que respondan a esas necesidades sociales, observándose así avances positivos, si bien hay casos y supuestos donde aún existe un gran trecho por caminar en la mejora, siempre para beneficio de una sociedad exigente de una adecuada normatividad y efectiva aplicación de la ley.

Sin embargo, bien puede afirmarse que, en el orden jurídico del Distrito Federal y, nos atrevemos a afirmar que en el derecho civil mexicano, en cuanto a la persona y a la familia, han existido principios orientadores que sirven de referencia para determinar el valor y efectividad de las normas generales o individualizadas, a las cuales cabe atribuir el carácter de reglas.

Puede hacerse mucho para enunciar exhaustivamente tales principios, incluso para definirlos, pero, por ahora, ha sido importante mencionarlos, reconociendo en ellos una importante presencia y sin duda una futura permanencia, como informadores, inspiradores y referentes para evaluar el apego de una regla legal a los valores de la sociedad para cuyo destino se crea o aplica.

Lo anterior significa que los principios enunciados y no limitativamente mencionados en el desarrollo del presente trabajo, es decir, el principio de protección a la vida, el principio del reconocimiento al valor de la

persona, el principio de la noción de dignidad y su particularización consistente en el principio de vida digna, el principio de igualdad en general y el principio de igualdad entre el hombre y la mujer como una de sus particularizaciones, el principio del libre desarrollo de la personalidad, el principio del interés superior del menor y el principio de autonomía de la voluntad, deberán ser la inspiración del total de reglas jurídicas existentes o futuras, entendiéndose por éstas a las normas de derecho positivo destinadas a regir la conducta de los particulares y su individualización, esta última efectuada por el actuar directo de los propios gobernados o mediante el desempeño de la labor impartidora de justicia, materializada en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. *Diario Oficial de la Federación* de 26 de marzo de 1928.
- Código Civil para el Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 25 de mayo de 2000.
- Código Civil Federal. *Diario Oficial de la Federación* de 29 de mayo de 2000.
- Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 7 de febrero de 2008.

Decreto de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 16 de noviembre de 2006.

Doctrina

- Arredondo Galván, Francisco Xavier, *Personas físicas nacionales y extranjeras. Régimen jurídico*, Colección de Temas Jurídicos, en Breviarios. Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, Porrúa, 2002.
- De la Mata Pizaña, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 2008.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general. Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, Porrúa, 2008.
- _____, *Derecho civil familiar*, México, Porrúa, 2008.
- Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Parte general. Personas. Familia*, México, Porrúa, 1997.
- García Villegas, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad. Su regulación legal integral*, Colección de Temas Jurídicos, en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, Porrúa, 2006.
- Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, "Normas y principios. Hacia un mejor conocimiento del derecho", en *La crisis de la ley*, México, Escuela Libre de Derecho, 2007.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad*, México, Porrúa, 1990.
- Lozano Molina, Tomás, *Tutela cautelar y voluntad anticipada*, Colección de Temas Jurídicos, en Breviarios,

Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, Porrúa, 2008.

Rico Álvarez, Fausto y Patricio Garza Bandala y Claudio Hernández de Rubín, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, México, Porrúa, 2007.

Trabucchi, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

PRINCIPI E REGOLE NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO

LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

ANDREA PERTICI

I. I PRINCIPI: CARATTERI GENERALI E TENTATIVO DI DEFINIZIONE

Il tema proposto richiede anzitutto qualche precisione sulla definizione dei termini messi a confronto, che, in realtà, se risulta certamente difficile da tracciare nelle sue linee assiologiche, può porre problemi ancor maggiori di individuazione pratica.

Infatti, generalmente i principi sono individuati negli enunciati normativi (anche non scritti) dotati di maggiore generalità da più punti di vista (quanto alla fattispecie, ai destinatari o agli effetti), e quindi "carrerizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia) in confronto con

le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema”¹. Peraltro, secondo l’origine etimologica del termine, i principi rappresentano, nell’ambito degli ordinamenti giuridici in cui si affermano, i loro fondamenti, ciò da cui l’ordinamento stesso ha avuto, appunto, *principio*.

Pertanto, se non pare di poter condividere quanto affermato da coloro che a più riprese, nel corso della storia del diritto, hanno teso ad escludere la natura di norma giuridica dei principi², irriducibili a mere dichiarazioni d’intenti o a fonti meramente “culturali”, non vi è dubbio che essi presentino comunque una struttura peculiare rispetto a quella delle altre norme giuridiche presenti nell’ordinamento, che possiamo definire –anche per riprendere la contrapposizione suggerita dal titolo assegnato– “regole”. Queste ultime, infatti, possono essere definite come norme che “hanno una struttura condizionale e una fattispecie determinata (se il caso è A, allora è vietato/comandato/permesso B)”, mentre i principi –come emerge anche da quanto detto poco sopra– “hanno una struttura categorica e una fattispecie indeterminata ed aperta, cioè pretendono di valere in casi non predeterminati (si deve, non si deve, si deve non A)”³. Ciò consente certamente una maggiore duttilità

¹ Così E. Betti, *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 211.

² Su questo punto torneremo, peraltro, più diffusamente nell'affrontare la questione dei principi nella Costituzione della repubblica italiana: cfr. *infra*, par. 3.

³ Cfr. J. Luther, *Come interpretare i “principi fondamentali” della Costituzione*, in J. Luther –E. Malfatti– E. Rossi, *I principi fondamentali della Costituzione italiana. Lezioni*, Pisa, Plus, 2002, 12, il quale prosegue pre-

dei principi, il cui eventuale conflitto non può risolversi (necessariamente) nella affermazione dell’uno sull’altro (come avviene per le regole, per le quali operano i noti criteri di soluzione delle antinomie), ma determina solitamente un “bilanciamento” tra gli stessi, che sarà operato dal legislatore, nell’ipotesi in cui si proceda all’elaborazione di una norma che si rifà a diversi principi (potenzialmente configgenti, appunto) o dall’autorità giudiziaria o amministrativa.

Tali caratteristiche fanno dei principi, quindi, spesso il fondamento delle altre norme giuridiche, delle “regole”, e impongono, d’altro lato, alle stesse di rispettarli (per quanto ciò possa dipendere, come vedremo meglio, negli ordinamenti contemporanei, che hanno una determinata struttura gerarchica del sistema delle fonti del diritto, soprattutto dalla fonte con cui essi sono enunciati o dalla quale sono almeno implicitamente ricavabili).

Le medesime caratteristiche, però, rendono i principi più distanti dai “casi della vita” rispetto alle altre norme, alle regole, alle quali, quindi, è generalmente rimesso il compito di dare attuazione ai principi stessi. Pertanto, i principi risultano rivolti, in primo luogo,

cisando che “le regole possono essere soltanto applicate o disapplicate integralmente (“tutto o niente”), rispettate o violate e non tollerano eccezioni (altrimenti si trasformerebbero in principi). I principi, invece, possono essere attuati in modo graduale, fatti valere “di più o di meno” e tollerano eccezioni e deroghe. Contengono imperativi indirizzati a tutti i soggetti dell’ordinamento (cittadini, cariche politiche, giudici, amministratori ecc.) e vanno osservati nella misura del possibile (cioè se lo consentono le altre norme (principi e regole) [...]).”

al legislatore. Quest'ultimo certamente non può contraddirli, ciò arreccando (al di là delle specifiche conseguenze che ciascun ordinamento potrà prevedere o anche non prevedere) un *vulnus* all'ordinamento giuridico che in determinati casi potrebbe risultarne del tutto compromesso. Tuttavia, il medesimo legislatore potrebbe semplicemente non darvi (immediatamente) attuazione, lasciando così il contenuto assiologico privo di un completamento capace di avvicinarlo alle fattispecie concrete, ai "casi della vita", appunto. L'eventuale passività del legislatore, tuttavia, non può privare di efficacia il principio, il quale mantiene intatta la sua validità, ed anzi il suo carattere di fondamento dell'ordinamento, che impone a tutte le autorità investite di funzioni pubbliche (amministrative e giurisdizionali) di darvi attuazione. Ciò, quindi, determinerà la diretta applicazione del principio, che –come vedremo meglio– potrà risultare ancor più efficace rispetto alle fattispecie concrete.

Infatti, naturalmente nell'ipotesi in cui l'attuazione non sia operata in via generale ed astratta dal legislatore, ma concretamente da autorità che intervengono rispetto a fattispecie concrete, essi mostrano tutta la loro flessibilità, che, invece, tende a ridursi una volta che essi sono stati attuati dalle regole. Tale flessibilità, se da un lato presenta certamente l'inconveniente di possibili discriminazioni, potendosi verificare che singole autorità giudiziarie o amministrative facciano applicazione dei medesimi principi rispetto ad analoghe fattispecie concrete in modo differente, d'altro lato, consente una notevole capacità di adattamento alle cir-

costanze concrete, non sempre facilmente regolabili in via generale ed astratta.

II. I PRINCIPI NELLE COSTITUZIONI

I principi dell'ordinamento giuridico sono contenuti, nella maggior parte degli Stati contemporanei (soprattutto di "democrazia stabilizzata", ma non solo) in gran parte contenuti nelle Costituzioni. In proposito, pare, infatti, da constatare come le Costituzioni europee, soprattutto del secondo dopoguerra, dedichino ampio spazio ai principi, alcuni dei quali sono, in taluni casi, esplicitamente o implicitamente, indicati come "fondamentali" (inseriti talvolta nei "preamboli", talaltra direttamente nei primi articoli del testo costituzionale)⁴, accanto ai quali se ne pongono però altri comunque fortemente caratterizzanti l'ordinamento ed in grado di costituire quello che potremmo definire un "programma" per il legislatore e comunque una guida per tutti gli operatori del diritto.

Come accennavamo, infatti, il "valore formale" attribuito ai principi, negli ordinamenti contemporanei or-

⁴ In proposito, pare subito da constatare come storicamente la prima soluzione sia apparsa più debole dal punto di vista dell'assunzione di pieno valore giuridico da parte dei principi, ritenendosi che il preambolo finisce per assumere un valore più politico-culturale. Questo dibattito –che, come vedremo, si sviluppò anche all'Assemblea costituente italiana– potrebbe forse ritenersi oggi di minore rilievo, considerato come i giudici (nazionali e sovranazionali: si pensi in particolare alla Corte di giustizia dell'Unione europea) abbiano teso a superare alcune qualificazioni formali dei principi, dandovi seguito anche a prescindere da questo.

ganizzati secondo un criterio di gerarchia delle fonti è assai rilevante. Infatti, non vi è dubbio che l'inserimento dei principi nella Costituzione, soprattutto se rigida (come è ormai praticamente in tutti gli Stati di "democrazia stabilizzata", tranne il Regno Unito), costituisca il passaggio obbligato per rendere il legislatore effettivamente soggetto agli stessi, rendendo possibile, ove esso vi contravvenga, reagire attraverso il sindacato di costituzionalità (accentrato o diffuso) per l'eliminazione della legge (generalmente contenente la regola)⁵.

In effetti, se è il contrasto tra la legge (generalmente regola) e qualunque disposizione costituzionale (principio o regola che sia) a determinare l'invalidità (o comunque, come vedremo, il mutamento di significato) della prima, non vi è dubbio che assuma particolare interesse, non solo in questa sede, il contrasto tra *regola* legislativa e *principio* costituzionale.

Infatti, pare assai improbabile che una *regola* legislativa violi apertamente una *regola* costituzionale. Se,

⁵ In proposito cfr. V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. Fil. Dir.*, 1941, 13 ss. (e in part. 33), il quale riconosce infatti soltanto ai principi di grado costituzionale "un vero e proprio valore giuridicamente vincolante". Diversa, in realtà la posizione di C. Mortati, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali del diritto* (1943), ora in *Raccolta di Scritti*, Milano, 1972, vol. II, 667, il quale ritiene che la posizione di supremazia dei principi derivi loro piuttosto dalla "struttura sociale posta a base dello Stato", cosicché la costituzionalizzazione degli stessi diviene un problema di "opportunità". In merito, con particolare riferimento al confronto tra le diverse posizioni, che non possono essere in questa sede debitamente analizzate, cfr. R. Nania, *Il valore della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1986.

ad esempio, una *regola* costituzionale stabilisce che "l'istruzione inferiore è impartita per almeno otto anni" (art. 34, comma 2, Cost. it.) sarà assai improbabile che il legislatore ponga la diversa *regola* per cui "l'istruzione inferiore è impartita per cinque anni", ciò determinando una chiara violazione della *regola* costituzionale da parte di quella legislativa, con conseguente chiara invalidità della seconda. Più probabile, invece, è che una *regola* legislativa possa porsi in contrasto con un *principio*, proprio in considerazione della minore determinatezza dell'enunciato normativo ivi contenuto. Peralterò, una *regola* di legge potrebbe risultare, in qualche misura, in contrasto con un *principio* costituzionale, ma essere, d'altra parte, essere volta a tutelarne un altro, realizzando, quindi, in realtà, un bilanciamento tra principi, che il giudice (comune e/o costituzionale, a seconda degli ordinamenti) dovrà eventualmente giudicare se ragionevole.

Nelle Costituzioni, peraltro, possono essere previsti dei principi, definiti o comunque considerati "supremi", rispetto ai quali può essere prevista una forma di tutela particolarmente forte, tale da non considerarli derogabili (e tantomeno smentibili) neppure dal legislatore costituzionale.

I principi introdotti nelle Costituzioni contemporanee sono, in realtà, spesso precedentemente elaborati, anche se, in molti casi, come in quello della Costituzione italiana, non precedentemente conosciuti dall'ordinamento giuridico di quello Stato ed affermati a seguito di vere e proprie "rivoluzioni" (come ben dimostra, ad esempio, proprio il caso italiano).

Infatti, accanto ad alcuni principi fondamentali dell'ordinamento assai risalenti nella tradizione giuridica occidentale, come sono in primo luogo alcuni principi del diritto civile (come il principio di autonomia privata o il principio di buona fede contrattuale) o penale (ad esempio, *nulla poena sine lege*), neppure sempre (soprattutto quelli civilistici) fatti poi propri dai testi costituzionali contemporanei, ne abbiamo altri affermatisi con l'Illuminismo e trasfusi poi in grandi *Dichiarazioni* (si pensi alla Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776 o alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, con l'affermazione, tra gli altri, dei principi di uguaglianza e libertà di tutti gli uomini e di "sovranità della nazione") ed altri ancora affermatisi o sviluppatisi nel xx secolo, proprio ad opera del costituzionalismo contemporaneo.

Il quadro dei principi, tuttavia, non può mai ritenersi del tutto stabilizzato, l'evoluzione sociale determinando un continuo progresso anche dei fondamenti sociali di cui gli ordinamenti non possono non tenere conto sin dai propri capisaldi. Un ordinamento giuridico che rimanesse ancorato a fondamenti superati risulterebbe, infatti, presto estraneo ai consociati che ne percepirebbero il carattere anacronistico e poi anche oppressivo, giungendo (più o meno rapidamente a seconda delle circostanze storiche) a ribellarvisi, come è più volte accaduto nella storia (per ciò basti pensare, poiché particolarmente significativo, al caso dell'*ancien régime*). Al contrario, un ordinamento deve sapere anticipare –sempre nella misura in cui ciò risulti accettabili

le in quella determinata fase storica– alcune tendenze sociali ed in tal senso proprio i principi, stabilendo le linee fondamentali lungo le quali l'intero ordinamento e le sue regole possono / devono svilupparsi, risultano di particolare importanza. Così, ad esempio, le più recenti Costituzioni possono porre il principio di tutela dell'ambiente o della *privacy* o specificare il principio di uguaglianza escludendo (esplicitamente) le discriminazioni in base all'orientamento sessuale, con l'introduzione di principi che anche il costituzionalismo del Novecento, seppure ne contenesse magari i presupposti, non considerava espressamente.

Le Costituzioni, peraltro, non sempre contengono tutti i principi dell'ordinamento, risultando, ad esempio, frequente la non inclusione di alcuni principi del diritto civile (come –per riprenderne uno già citato– quello della buona fede contrattuale che non risulta inserito nelle Costituzioni dei maggiori Paesi europei) o anche di alcuni principi in materia di fonti del diritto, che pure, soprattutto in presenza di una Costituzione rigida –sono certamente da considerare almeno "materialmente" costituzionali.

D'altronde, per quanto detto poco sopra, le Costituzioni, essendo inevitabilmente il frutto, più o meno lungimirante, del momento storico in cui sono approvate possono risentire, anche (e soprattutto) in relazione ai principi in essa affermati del trascorrere del tempo e quindi possono risultare prive di alcuni principi che il progresso sociale, economico e politico richiederebbe di inserire. Se talvolta ciò avviene attraverso una modifica costituzionale (che naturalmente può riguardare

anche i principi fondamentali, almeno nel senso precisato nel prossimo paragrafo), talaltra può realizzarsi proprio grazie alla flessibilità alla duttilità dei principi già affermati che consentono di ricavarne al loro interno anche altri.

In tal senso, quindi, diviene nuovamente fondamentale il ruolo dell'interpretazione ed in particolare di quella delle giurisdizioni costituzionali, laddove previste, cui è andata aggiungendosi, in Europa, anche quella delle Corti sovranazionali, ed in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee, prima, e dell'Unione europea, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Nizza, su cui torneremo, infatti, poco più avanti (*cfr.* par. 5).

Peraltro, il ruolo della giurisprudenza (in particolare costituzionale) è risultato particolarmente rilevante in presenza delle disposizioni costituzionali di principio, in considerazione delle caratteristiche cui si è già fatto cenno in generale per i principi (par. 1). Infatti, per i principi costituzionali, come per i principi in generale, è stato rilevato che "la loro idealità accentuata [...] sembra creare tra il linguaggio costituzionale e il piano dell'esperienza, in primo luogo dell'esperienza giuridica ordinaria, un taglio netto. In questo senso le Costituzioni, pur formalmente statuite, sembrano assai poco "positive", non legate ai fenomeni giuridici empiricamente più definiti"⁶. Naturalmente, si tratta di un'osservazione fatta in linea generale, che vale in

⁶ D. Farias, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981, 165.

quanto tale e può attagliarsi più o meno bene a seconda delle specifiche formulazioni del testo, ma che ben evidenzia come, in misura maggiore o minore, la specificazione applicativa, che non può comunque essere rimessa soltanto al legislatore, ma necessariamente anche all'interprete (a partire –lo si ribadisce– dal giudice costituzionale).

Tali considerazioni introduttive, tuttavia, richiedono adesso di essere ulteriormente sviluppate sul piano della Costituzione italiana.

III. I PRINCIPI NELLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

Come anticipato, la Costituzione repubblicana del 1947 si apre con l'enunciazione, nei primi 12 articoli, dei "principi fondamentali"⁷, che –secondo la nota espressione del Presidente della Commissione per la Costituzione, Meuccio Ruini– costituiscono l'"atrio"

⁷ Per la precisione i principi sono contenuti nei primi undici articoli, poiché il dodicesimo, pur inserito sotto la medesima intitolazione, è relativo al tricolore italiano. Tale enunciato, peraltro, per stare alla distinzione di cui al nostro studio, appare effettivamente più vicino ad una regola che ad un principio.

Quanto ai principi contenuti nei primi undici, essi possono essere, con qualche inevitabile approssimazione, così sintetizzati. art. 1, principio democratico; art. 2, principio personalista; art. 3 principio di uguaglianza; art. 4, principio lavorista; art. 5 principio autonomista o del pluralismo territoriale; art. 6, principio di tutela delle minoranze linguistiche; artt. 7 e 8, principio di laicità; art. 9, principio di tutela della cultura, della ricerca e del paesaggio; artt. 10 e 11, principio internazionalista.

dell'edificio costituzionale⁸. Il contenuto giuridico, oltre che naturalmente politico ed etico, dei suddetti principi venne tenuto in attenta considerazione dal Costituente, come dimostrato dalla circostanza, anch'essa già accennata poco sopra, per cui si ritenne di non inserirli in un "preambolo" ma nel vero e proprio testo della Costituzione⁹.

La preoccupazione dell'Assemblea costituente fu, in sostanza, quella di far sì che anche le norme più generali e indubbiamente permeate anche da contenuti meta-giuridici (secondo le affermazioni del Presidente Ruini) potessero comunque essere dotate di piena efficacia giuridica, senza la quale si sarebbe rischiato di svalutare proprio la parte maggiormente caratterizzante del nuovo ordinamento costituzionale, repubblicano e democratico, in contrapposizione con il precedente regime.

I principi di cui ai primi dodici articoli, quindi, sono definiti "fondamentali", aggiungendo così al già non

⁸ In particolare, a detta del Presidente Ruini, si tratterebbe di un "atrio[...] con quattro colonne: le disposizioni generali sul carattere della Repubblica, sulla posizione internazionale, sui rapporti con la Chiesa, sui grandi principi di libertà e di uguaglianza che animano la Costituzione". Deve precisarsi, peraltro, che tale affermazione si riferiva al testo precedente a quello adottato in sede di coordinamento definitivo, quando furono aggiunti gli artt. 4, 5, 8, 9 e 10.

⁹ Sul punto cfr. anche *supra*, nota 4.

In realtà, come ricordato da J. Luther, *Come interpretare i "principi fondamentali" della Costituzione*, cit., 18 s. furono certamente anche altri i motivi che convinsero i Costituenti ad evitare di inserire un "preambolo", bastando in proposito ricordare come non vi fosse accordo neppure sulla formula che esso avrebbe dovuto seguire, l'on. La Pira (DC) avendo proposto l'"*invocatio dei*", cui l'on. Calamandrei (autonomista) aveva contrapposto quella dell'omaggio ai morti della guerra.

facilmente definibile sostantivo ("principi") un attributo altrettanto suscettibile di varie definizioni, già ampiamente tentate in dottrina¹⁰. In realtà, sulla base del fatto che –come abbiamo detto– i principi rappresentano il fondamento degli ordinamenti giuridici, l'attributo in questione potrebbe risultare pleonastico, ma parendo comunque opportuno cercare di trarre da tutte le espressioni normative il massimo del loro valore (*magis ut valeat*, come diceva, appunto Crisafulli, in relazione proprio ai principi), parrebbe di poter considerare che il Costituente abbia voluto conferire agli stessi una speciale valenza, anche rispetto agli altri principi contenuti nella stessa Costituzione, probabilmente avendoli ritenuti particolarmente qualificanti del nuovo ordinamento giuridico costituzionale, rendendoli inattaccabili nel loro contenuto essenziale (pena il rovesciamento dello stesso ordinamento giuridico che nasce da quel determinato patto costitutivo), per quanto non assolutamente immodificabili nella formulazione, che anzi può richiedere specificazioni e aggiornamenti suggeriti dall'esperienza e dall'evoluzione sociale¹¹, portando quindi parte della dottrina ad

¹⁰ Per un sintetico ma chiaro riepilogo delle stesse, che non riteniamo utile dilungarci a riportare, può rinviarsi a J. Luther, *Come interpretare i "principi fondamentali" della Costituzione*, cit., 13 ss.

¹¹ Ad esempio, si è parlato più volte di inserire nell'elenco di cui all'art. 3, comma 1, degli elementi in base ai quali è esclusa la possibilità di compiere discriminazioni, quella dell'orientamento sessuale (pur ritenuto implicitamente ricompreso nell'elenco) oppure di aggiungere all'art. 9, oltre alla tutela del paesaggio, (espressamente) quella dell'ambiente.

identificarli con i "principi supremi", cui si è più volte riferita la Corte costituzionale (sin dalla sent. n. 30 del 1971), proprio per sancirne la resistenza a successive revisioni costituzionali¹². In realtà, tuttavia, anche tale identificazione –che si precisa non trova un'unanime condivisione– richiederebbe comunque di essere meglio specificata, da un lato, considerando che probabilmente alcune delle disposizioni inserite tra i principi fondamentali hanno trovato quella collocazione perché ritenute complementari ad altre ivi inserite, essendo pertanto dubbio che esse possano essere considerate espressive di principi davvero "fondamentali/supremi" dell'ordinamento¹³; d'altro lato, però, tale identificazione tra principi "fondamentali" e "supremi" (nel senso indicato dalla Corte costituzionale), al fine

¹² In proposito cfr. in particolare la sent. n. 1146 del 1988 in cui la Corte afferma che "la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana". In merito cfr. poi anche sent. n. 190 del 1995.

¹³ Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. primo, Padova, Cedam, 1969, 139 ss., che riteneva propriamente "fondamentali", per identificare "l'ideologia accolta nella nostra Costituzione", "informata all'intento di realizzare una democrazia sociale", soltanto quelli contenuti negli artt. 1-5 Cost., "mentre i successivi, pur compresi sotto lo stesso titolo, riguardano (oltre a punti di minore rilievo) i rapporti fra lo Stato e le chiese (artt. 7 e 8) e quello dell'ordinamento internazionale (artt. 10 e 11)".

di superare l'eventuale difetto riscontrabile nei primi articoli del testo costituzionale, anche attraverso l'interpretazione dei medesimi principi, da cui dipende, in definitiva, l'effettiva determinazione del loro contenuto e quindi la capacità di inclusione anche di principi, che pur possono essere considerati "supremi", non espressamente ricordati in questi primi articoli della Costituzione, come, ad esempio, il principio di separazione dei poteri, su cui non vi è una precisa norma ma che risulta chiaramente da tutto l'impianto della seconda parte della Costituzione, relativa all'organizzazione dei poteri, ed è comunque riconducibile all'art. 1 Cost., o il principio di rigidità costituzionale deducibile dall'art. 138 Cost., eventualmente anche in combinatoria disposto con l'art. 139, che può tuttavia trovare un valido riferimento anche nell'art. 1, comma 2, Cost.

In effetti, risulta indubbio che la Costituzione italiana abbia affermato una serie di principi che va ben al di là di quelli di cui ai suoi primi articoli, nonostante, soprattutto attraverso l'interpretazione degli stessi (e soprattutto di quelli potenzialmente maggiormente onnicomprensivi, quali quelli di cui agli artt. 1-3), alcuni tra questi possano essere ritenuti ai medesimi (più o meno direttamente) riconducibili. Tra questi, le cui disposizioni –come vedremo– insistono prevalentemente sulla parte prima della Costituzione, relativa ai "diritti e doveri dei cittadini", ma che sono comunque riscontrabili anche nella parte seconda, possiamo ricordare, ad esempio, oltre ai già citati principi di separazione dei poteri e di rigidità costituzionale, quello della libertà personale (*habeas corpus*), di cui all'art. 13 Cost.;

quello della indefettibilità della tutela giurisdizionale, di cui agli artt. 24 e 113 Cost.; quello, che abbiamo già citato e che risale al diritto romano, del *nullum crimen sine lege*, di cui all'art. 25, comma 2, Cost.; quello di libertà dell'arte e della scienza e del loro insegnamento di cui all'art. 33 Cost.; quello di dignità del lavoro di cui agli artt. 35 ss. Cost.; quello di imparzialità e buon andamento della Pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.; quello del "giusto processo", di cui all'art. 111 Cost. e della connessa precostituzione per legge del "giudice naturale" di cui all'art. 25, comma 1, Cost., cui se ne potrebbero aggiungere, ovviamente, ancora molti altri.

In sostanza, la Costituzione repubblicana (come la maggior parte delle Costituzioni contemporanee) risulta densa di principi, anche al di là di quelli che esplicitamente assumono la denominazione di "principi" ("fondamentali"), i quali ultimi certamente rivestono il particolare ruolo che si è detto e ai quali finiscono per potersi ricondurre, attraverso un'interpretazione più o meno estensiva, probabilmente anche tutti gli altri¹⁴,

¹⁴ Ad esempio tra i principi ulteriori rispetto a quelli fondamentali che abbiamo sopra ricordato, in particolare, il principio di libertà personale potrebbe essere ricondotto all'art. 2 Cost. come quello di indefettibilità della tutela giurisdizionale, del *nullum crimen sine lege* e del "giusto processo" (per cui potrebbe farsi riferimento anche l'art. 3 Cost.); quello di dignità del lavoro all'art. 4; quello di imparzialità e buon andamento della Pubblica amministrazione all'art. 1. Meno agevole risulta, invece, trovare un diretto riferimento al principio di libertà dell'arte e della scienza e del loro insegnamento nell'ambito dei principi fondamentali, seppure l'art. 2, nelle sue amplissime potenzialità, possa forse giungere a coprire anche questo principio.

essendovi anzi disposizioni costituzionali, pur ancora, almeno in parte di principio, che si pongono come sviluppo proprio di quelle contenute nei principi fondamentali¹⁵. I principi, peraltro, pur tutti caratterizzati da una struttura a fattispecie indeterminata ed aperta, che li distingue dalle regole, possono comunque risultare più o meno ampi ed indeterminati, dovendosi peraltro tenere presente che i testi costituzionali spesso prevedono disposizioni nelle quali, accanto all'enunciazione del principio, sono contenute anche alcune relative regole¹⁶, non sempre l'attuazione (o meglio l'intera attuazione) del principio (in termini generali ed astratti) essendo quindi rimessa (esclusivamente) al legislatore (salvo sempre l'intervento degli organi investiti delle altre funzioni, soprattutto nelle more dell'intervento legislativo, con valenza, però, tendenzialmente limitata al caso concreto).

¹⁵ In proposito potrebbe pensarsi, per limitarci ad un esempio, al titolo V della parte II della Costituzione (peraltro oggetto di una profonda riforma costituzionale nel 2001), relativo a "le Regioni, le Province, i Comuni", che sviluppa il principio autonomista, o, altrimenti detto, del pluralismo territoriale, di cui all'art. 5 Cost.

¹⁶ Basti ricordare, in proposito, come, ad esempio, i commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost. prevedano non solo gli atti limitativi della libertà personale adottabili soltanto dall'autorità giudiziaria ma anche i limiti della possibilità di agire ("in casi eccezionali di necessità ed urgenza") direttamente da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, stabilendo però, direttamente in Costituzione, precisi limiti temporali alla durata dell'intervento straordinario e alla necessaria successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria, rimettendo, peraltro, al legislatore la fissazione delle più precise norme relative alle modalità di limitazione della libertà personale.

IV. DALL'INTERPRETAZIONE DEI PRINCIPI
ALL'INTERPRETAZIONE PER PRINCIPI
TRA CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICE COMUNE

Se la stessa identificazione dei principi (e dei principi costituzionali in particolare), quindi, è frutto di un'opera interpretativa, essenziale anche per fornire agli stessi contenuti più specifici, e, quindi, più vicini ai "fatti della vita", favorendo così la loro applicazione, ed anche il loro bilanciamento, allorquando, come abbiamo accennato essi possano porsi in (parziale) contrasto, di particolare importanza risulta poi l'interpretazione delle regole attraverso i principi (costituzionali), talvolta –come vedremo– essenziale per salvare la validità delle prime,

In particolare, infatti, cercheremo di mostrare come le regole possano, ed in alcuni casi debbano, essere interpretate alla luce dei principi (costituzionali), che possono influenzarne profondamente (entro certi limiti, fino a modificarlo) il significato. Questo ruolo dei principi, in realtà, è sempre stato tenuto in attenta considerazione dalla dottrina anche meno recente, perfino allorquando si dubitava fortemente del valore autenticamente giuridico dei principi. Tuttavia, non vi è dubbio che proprio il riconoscimento, ormai pressoché unanime (salvo qualche eccezione su cui torneremo), delle disposizioni di principio come dotate di piena giuridicità dispiega certamente un importante ruolo anche nell'interpretazione, in quanto un conto è svolgere quest'ultima alla luce di una fonte "culturale" (come, ad esempio, possiamo considerare essere stata

la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fino alla sua entrata in vigore con forza giuridica pari a quella dei Trattati dal 1° dicembre del 2009), altro conto è fonderla su norme che, pur con una formulazione generale, "a fattispecie aperta", sono dotate di valore precettivo ed i cui enunciati *devono* quindi essere rispettati. In tal senso, in un ordinamento, come ad esempio quello italiano (ma ciò vale ormai per quasi tutti gli Stati contemporanei), nel quale è presente un sistema gerarchizzato di fonti del diritto, risulta evidente che i principi fondamentali o comunque considerati di particolare rilievo debbano essere inseriti nel testo costituzionale (o comunque dal medesimo ricavabili), in quanto soltanto questo può assicurare che essi siano rispettati e siano in grado di condizionare, anche attraverso l'interpretazione appunto, tutto il diritto.

In quest'opera di interpretazione, quindi, certamente giuocano un ruolo essenziale le giurisdizioni costituzionali, e, per quanto riguarda l'Italia, quindi, la Corte costituzionale (istituita con la Costituzione del 1947 e funzionante dal 1956), ma hanno una parte molto importante anche i giudici comuni e vanno assumendo, per quanto riguarda l'Italia e gli altri Paesi europei, un crescente rilievo anche le Corti sovranazionali, quali la Corte europea dei diritti dell'uomo e, soprattutto, la Corte di giustizia dell'Unione europea.

La Corte costituzionale ha in proposito affermato, sin dalla sua prima decisione (sent. n. 1 del 1956), che certamente essa non può sottrarsi a valutare il contrasto di alcune norme di legge (generalmente, e nel caso di specie, *regole*) con le disposizioni costituzionali

(di principio), in considerazione del supposto carattere meramente "programmatico", inteso come non precettivo, di queste: infatti, ben può "la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione". Come abbiamo visto tali considerazioni sono formalmente riferite dalla Corte costituzionale alle "norme programmatiche", le quali, tuttavia, come risulta dalla lettera e dalla sostanza della decisione, sono sostanzialmente norme di principio, come sopra definite.

Questa impostazione ha consentito alla Costituzione di poter dispiagare i propri effetti senza attendere che il legislatore desse seguito, con l'approvazione di norme aventi la caratteristica di regole, alle disposizioni di principio contenute nella stessa. Si è trattato di un passaggio molto importante perché, in effetti, dopo la felice stagione costituente, in cui i comuni valori dell'antifascismo consentirono alle diverse forze politiche di procedere piuttosto speditamente all'ap-

provazione di una Costituzione assai avanzata (che Calamandrei definì, appunto, "presbite"), successivamente si ritenne di procedere assai più lentamente, lasciando inattuati numerosi principi¹⁷, che solo grazie, quindi, a questa impostazione della Corte costituzionale poterono comunque dispiegare, almeno in parte (essendo indubbio che diversa sarebbe stata la loro pervasività se ad essi avessero fatto seguito efficaci regole attuative), i loro effetti. Proprio per quanto ha suscitato molto stupore ed ampie critiche il successivo atteggiamento della Corte costituzionale che, quasi cinquant'anni dopo, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale degli Statuti regionali approvati dopo le riforme costituzionali del 1999 e del 2001, ha definito alcune disposizioni in essi contenute come "programmatiche" e quindi prive di effetti giuridici¹⁸.

¹⁷ In proposito può brevemente ricordarsi come in una prima fase, conclusasi intorno nella seconda metà degli anni Cinquanta, si fosse realizzato quello che, con una espressione dello stesso Calamandrei, fu poi definito come l'"ostruzionismo di maggioranza", considerato che soprattutto ad opera del maggiore partito di governo si evitava di dare attuazione a tutta una serie di principi che avrebbero potuto avere effetti così dirompenti da poterne difficilmente immaginare le conseguenze. Un caso significativo può essere proprio quello di cui alla ricordata decisione della Corte costituzionale n. 1 del 1956 che censurò una norma (art. 113 T.U.L.P.S.) in base alla quale era necessaria l'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza per distribuire avvisi o stampati nella pubblica strada, o affisso manifesti o giornali, ovvero usato alto parlanti per comunicazioni al pubblico".

¹⁸ Cfr. sentt. nn. 372, 378 e 379 del 2004, oggetto di numerosissimi commenti in dottrina, tra i quali, cfr. ad esempio, AA.VV., *Le norme programmatiche degli Statuti dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2005, 11 ss., con contributi di S. Bartole, R. Bin, M. Cammelli, P.

Pur non potendo che condividere in linea generale le critiche mosse a quest'impostazione, tuttavia, ai limitati fini delle presenti riflessioni, dobbiamo constatare come anche in quest'occasione la Corte costituzionale abbia invece ribadito la precettività delle norme costituzionali di principio¹⁹.

Caretti, G. Falcon, G. Pastori, F. Pizzetti e A. Ruggeri; nonché F. Cuocolo, *I nuovi statuti regionali fra Governo e Corte costituzionale*; A. Anzon, *La Corte condanna all'“inefficacia giuridica” le norme “programmatiche” degli Statuti regionali ordinari*; A. Mangia, *Il ritorno delle norme programmatiche*; E. Rinaldi, *Corte costituzionale, riforme e statuti regionali: dall'inefficacia giuridica delle norme programmatiche al superamento dell'ambigua distinzione tra contenuto “necessario” e contenuto “eventuale”*; D. Nocilla, *Natura delle disposizioni programmatiche statutarie e controlli endoregionali su leggi e regolamenti delle regioni*; e M. Benvenuti, *Brevi note in tema di (in)efficacia normativa dei c.d. contenuti eventuali degli statuti regionali*, tutti in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4047 ss.

¹⁹ Nella sent. n. 372 del 2004 la Corte afferma infatti che “d'altra parte, tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. Qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali “a competenza riservata e specializzata”, cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque “essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione”, ciò avendo suscitato forti perplessità in dottrina, che paiono ben sintetizzate da A. Anzon, *La Corte condanna all'“inefficacia giuridica” le norme “programmatiche” degli Statuti regionali ordinari*, cit., secondo cui tale affermazione della Corte “non spiega come sia possibile in astratto che atti-fonte dell'ordinamento dettino enunciati giuridicamente totalmente inefficaci, non chiarisce affatto neppure la ragione per la quale formule normative identiche per struttura, poste identicamente da un atto fonte del diritto positivo, possano cambiare natura ed efficacia a

Il ruolo di interprete della Costituzione svolto dalla Corte costituzionale è stato quindi fondamentale per assicurarne l'effettività e precisarne i contenuti. Certamente, considerando la Costituzione come norma giuridica, anche in relazione alle sue numerose disposizioni di principio, la sua applicazione sarebbe dovuta essere rimessa a tutti gli operatori del diritto e, quindi, in *primis* ai giudici, ma il loro ruolo, in una prima fase, è risultato assai limitato, probabilmente in considerazione, da un lato, della formazione della maggior parte di questi in epoca fascista (o eventualmente nel periodo della c.d. “monarchia liberale”) e, dall'altro, della particolare innovatività del testo costituzionale e della frequente difficoltà di ricondurre i suoi enunciati, appunto, a precetti normativi. In effetti, quasi totalmente inattuato rimase il comma 2 della VII che rimetteva ai giudici il controllo di costituzionalità fino all'attivazione della Corte costituzionale (che –come detto– vi fu ben otto anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione) e le prime questioni di legittimità costituzionale furono poste alla Corte costituzionale quasi sempre dalle giurisdizioni inferiori e quindi dai magistrati più giovani. Si tratta, del resto, di un fenomeno in qual-

seconda che siano collocate nella Costituzione o in uno Statuto regionale, e dunque a seconda dell'atto normativo che li esprime. Non è per nulla comprensibile, per esempio, perché mai un enunciato come “la Regione promuove l'estensione del diritto di voto agli immigrati residenti” (art. 3, c. 6 St.Toscana) debba avere efficacia solo politica e culturale, mentre quello che “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica” (art. 9 Cost.) abbia invece efficacia precettiva”.

che misura fisiologico quando si realizza un così netto cambio di regime e pare peraltro riconnettersi alla resistenza che spesso si riscontra tra gli operatori giuridici a fronte di norme nuove (e soprattutto a fonti nuove, come più recentemente ha mostrato la scarsa attenzione riservata al diritto comunitario) oltre che di norme il cui enunciato non abbia una struttura condizionale a fattispecie determinata, come tipicamente avviene per le regole.

Così, nei primi di funzionamento, la Corte costituzionale, nel sindacare le leggi, ritenne di poterne/doverne dare una interpretazione che tenesse conto dei nuovi principi costituzionali, giungendo pertanto, in alcuni casi, a dichiarare l'infondatezza di una determinata questione proprio in forza di quella determinata interpretazione della regola contenuta nella legge (sentenze interpretative di rigetto)²⁰.

In questo modo la Corte costituzionale procedeva ad indicare quale fosse l'interpretazione conforme a Costituzione, ciò ponendo, tuttavia, difficoltà in ordi-

²⁰ In proposito cfr. la sent. n. 8 del 1956 in cui "rileva la Corte che la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascimento, bensì nell'attuale sistema nel quale vive" e quindi sulla base dei suoi principi, con i quali, quindi, può essere armonizzata, evitando che vi si ponga, invece, in contrasto. Certamente, peraltro, la Corte sottolinea come la disposizione censurata (art. 2 T.U.L.P.S.), "nella sua latitudine, potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte. Ma in tal caso l'odierna decisione [interpretativa di rigetto, n.d.r.] non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel citato articolo".

ne alla possibilità di vincolare i giudici comuni, nulla essendo previsto in proposito a livello normativo, considerata la creazione giurisprudenziale di queste decisioni²¹. In particolare, la Corte di cassazione rifiutò che potesse essere la Corte costituzionale a dettare l'interpretazione da seguire (ciò finendo inevitabilmente per urtare con la funzione di nomofilachia della Cassazione stessa), cosicché si aprì un forte scontro tra le due giurisdizioni noto come "guerra delle due Corti", la cui via d'uscita fu offerta dalla Corte costituzionale attraverso l'elaborazione della dottrina del "diritto vivente", in base alla quale, in presenza di un'interpretazione consolidata di una norma di legge, il giudice, ove la ritenga in contrasto con la Costituzione, a meno di non procedere autonomamente ad una diversa interpretazione (conforme alla Costituzione), dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte

²¹ Per una ricostruzione delle diverse posizioni sul punto cfr., ad esempio, R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, il quale ricorda come "il punto di arrivo maggiormente condiviso venne raggiunto dalla tesi", espressa da L. Elia, *Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1715 ss., e poi generalmente condivisa in dottrina, "tendente a bilanciare la possibilità di riconoscere una qualche efficacia alle sentenze interpretative con la libertà di interpretazione del giudice, secondo cui sul giudice che ritenesse di non condividere l'interpretazione suggerita dalla Corte gravava l'obbligo di sollevare nuovamente la questione di costituzionalità. Ciò non tanto perché vincolato dalla sentenza interpretativa, ma dal potere-dovere su di esso incombente di valutare, d'ufficio o su istanza di parte, la non manifesta infondatezza della eccezione di costituzionalità e non potendo, alla luce della giurisprudenza costituzionale, giudicare la stessa come manifestamente infondata".

alla Corte costituzionale, la quale dovrà pronunciarsi in merito o rigettando la questione (perché ritiene che la norma come risultante sulla base del diritto vivente non pone problemi interpretativi) o dichiarando l'incostituzionalità, in considerazione della riscontrata violazione della Costituzione, non potendo, invece, fornire proprie interpretazioni conformi a Costituzione.

Così l'interpretazione conforme a Costituzione si sposta dalla Corte costituzionale al giudice comune che, però, per alcuni anni, tende a non ricorrervi frequentemente, preferendo rimettere alla Corte costituzionale l'eventuale norma come risultante dal diritto vivente ritenuta in contrasto con la Costituzione.

Tuttavia, con il trascorrere degli anni è la stessa Corte costituzionale, che attraverso il giudizio in via incidentale ha ormai sviluppato un rapporto di reciproca fiducia con i giudici comuni, a valorizzare il ruolo di questi ultimi nell'interpretazione della legge alla luce della Costituzione, e più in particolare e per quanto più specificamente ci riguarda, di interpretazione delle *regole* della legge alla luce dei *principi* costituzionali.

Ciò avviene anzitutto imponendo al giudice di verificare, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, se vi è la possibilità di interpretare la legge in conformità della Costituzione, a partire, naturalmente, dai suoi *principi*²². Infatti, la Corte afferma che

²² In proposito pare da precisare che se è vero che non tutte le norme costituzionali possono essere considerate "principi", secondo la definizione che abbiamo cercato di approntarne nel par. 1, è altresì vero che le "regole" sono contenute principalmente nella parte II della Costituzione, relativa all'organizzazione dello Stato. Nell'ambito dell'attività

"le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali"²³. Soltanto in quest'ultimo caso, quindi, la questione di legittimità costituzionale risulterà ammissibile²⁴.

Ma l'interpretazione costituzionalmente conforme da parte del giudice è stata sollecitata dalla Corte costituzionale anche attraverso le sentenze c.d., "di principio", con cui essa indica i principi costituzionalmente rilevanti, cui il giudice dovrà attenersi nella sua attività interpretativa, sostituendo "ad una regola rigida, stabilita dalla legge, una norma flessibile ed adattabile al caso, apendo la strada a nuovi ambiti di discrezionalità dei giudici e secondo taluno tendendo addirittura a configurare un diritto casistico in luogo

svolta dal giudice comune, invece, sarà assai più frequente che venga in considerazione (oltre che i "principi fondamentali", tra i quali i più frequenti richiami giurisprudenziali sono certamente agli artt. 2 e 3) norme della parte I della Costituzione, relative ai diritti e ai doveri dei cittadini, le cui enunciazioni normative, come abbiamo avuto occasione di vedere, ad esempio, in relazione alla libertà personale (*cfr. supra* nota, 17) possono talvolta contenere anche vere e proprie regole (per quanto generalmente richiedenti ulteriori sviluppi), ma anzitutto, e più frequentemente, risultano espressione di principi.

²³ Così nella sent. n. 356 del 1996.

²⁴ Ciò ha portato la dottrina a ritenerne che ormai alle due condizioni previste dalla legge affinché il giudice possa sollevare questione di legittimità costituzionale (rilevanza e non manifesta infondatezza) se ne sia aggiunta, in via giurisprudenziale, una terza: *cfr.*, ad esempio, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 99.

di un diritto per regole generali”²⁵. Tra queste, peraltro, possono indicarsi, più in particolare, le c.d. “additive di principio”, con cui il giudice costituzionale giunge ad una vera e propria declaratoria di incostituzionalità, indicando al giudice il principio cui attenersi nella soluzione della controversia (principio che sarà poi anche a disposizione del legislatore allorquando questi deciderà di intervenire a dettare una nuova normativa della materia conforme alla Costituzione). Con queste decisioni spesso la Corte finisce per attribuire al giudice un ampio margine di valutazione delle regole alla luce dei principi. Può pensarsi, in proposito, al caso della sent. n. 303 del 1996, relativa alla questione di legittimità costituzionale dell’art. 6 della legge n. 184 del 1983, in base al quale il divario di età tra coniugi adottanti ed adottato non può superare i quaranta anni. La Cassazione, infatti, riteneva tale disposizione in contrasto con gli artt. 2, 3 e 31 Cost. (invocando così tutte disposizioni di principio, secondo la definizione data sopra, due delle quali, peraltro, incluse tra i “principi fondamentali”), in considerazione della “rigidità della regola, che non consente al giudice di tenere conto [...] del superamento, da parte di uno solo dei coniugi adottanti, del limite di età di quaranta anni tra adottante ed adottato, in maniera tale che sia comunque rispettata la differenza biologica naturale ovvero ordinaria tra genitori e figli”.

²⁵ Cfr. V. Onida, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in L. Carlassare (a cura), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall’istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, Cedam, 1998, 187.

La Corte quindi afferma che, nel caso di specie, “non viene ora posta in discussione la *regola*, ragionevolmente stabilita dal legislatore, ma la sua assolutezza, tale da non tollerare eccezione alcuna anche quando l’adozione risponda al preminente interesse del minore” (c.v. aggiunto). Quindi –prosegue il giudice delle leggi– occorre “considerare l’interesse e la protezione del minore [...] facendo riferimento agli artt. 2 e 31 della Costituzione”, cioè a due norme di principio, la cui applicazione può legittimare il giudice a disporre un’eccezione rispetto alla regola²⁶, la quale, quindi, non viene né utilizzata secondo il suo rigido dispositivo né annullata, ma soltanto modificata (*rectius, plasmata*) dal principio, in presenza di determinate circostanze concrete (pur mantenendo il medesimo enunciato, che conserva la sua generale validità).

In altri casi, invece, è stato nel dichiarare inammisibile la questione di legittimità costituzionale che la Corte costituzionale ha indicato al giudice alcuni principi cui attenersi nel risolvere la questione. Ciò è accaduto, ad esempio, nella sent. n. 347 del 1998, relativa alla questione del disconoscimento di paternità nei confronti del figlio nato a seguito di inseminazione

²⁶ La Corte costituzionale conclude, infatti, dichiarando “ l’illegittimità costituzionale dell’art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori), nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l’adozione, valutando esclusivamente l’interesse del minore, quando l’età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l’età dell’adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore”.

artificiale di tipo eterologo, rispetto alla quale non vi è una disciplina, per cui, secondo la Corte “l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali” (che sono quelli più sopra richiamati con riferimento agli artt. 2, 30 e 31 Cost.).

Attraverso i descritti rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni, quindi, parere emerge con evidenza la particolare forza plasmante dei principi rispetto alle regole. Si tratta di una forza derivante dal carattere ampio e generale della loro formulazione e quindi dalla duttilità, dalla “mitezza” (per riprendere la felice espressione di Zagrebelsky²⁷) dei loro contenuti. Le regole, così irrigidite nella loro struttura condizionale, nella loro fattispecie chiusa, rischiano di sbriciolarsi nello scontro con altre regole (prevallenti secondo i meccanismi di soluzione delle antinomie) o anche con dei principi che, superiori ad esse, vengano dalle stesse troppo palesemente rinnegati; ma, in altre occasioni, quando la collisione è meno diretta e palese, il principio riesce a rimodellare la regola, dandole un nuovo significato. I principi, d’altronde, grazie alla loro duttilità e “mitezza” sfuggono all’urto e si bilan-

²⁷ Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

ciano con altri principi e, appunto, avvolgono le regole plasmandole con nuovi significati normativi²⁸.

V. I PRINCIPI IN EUROPA: LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI ED I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO COMUNITARIO NELL’INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Come abbiamo anticipato, il rapporto tra regole e principi si è andato arricchendo, in Europa, negli ultimi sessant’anni, dell’apporto di istanze internazionali regionali e comunitarie, accomunate, per comodità, sotto la definizione di “sovranazionali”.

Infatti, come noto, dopo la seconda guerra mondiale, si affermò in Europa la necessità di creare orga-

²⁸ Deve in proposito ricordarsi, tuttavia, come l’interpretazione adeguatrice trovi comunque il limite del senso fatto palese dal testo (interpretazione letterale): se, cioè, in presenza di un testo di legge cui possono essere attribuiti più significati normativi non in contrasto con la sua lettera, l’interpretazione conforme è possibile ed anzi doverosa, ad essa non potrebbe ricorrersi allorquando il giudice comune ritenga che quest’ultima sia impedita proprio dall’interpretazione letterale del testo. Sul punto cfr. ancora R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico*, cit., che ricorda in proposito il caso, ormai celebre in Italia, dello scontro (o, come si è detto della “seconda guerra tra le due Corti”) tra Cassazione e Corte costituzionale nel caso Pezzella, conclusosi con la sent. n. 299 del 2005, in cui la Corte costituzionale, “preso atto che si è formato un diritto vivente incompatibile con l’interpretazione sinora sostenuta” non ha potuto che dichiarare l’incostituzionalità della disposizione impugnata (di cui aveva ritenuto in precedenza si potesse invece dare un’interpretazione conforme a Costituzione che ne salvasse la validità).

nizzazioni idonee ad evitare che si riaccendessero tra i diversi Stati tensioni come quelle che erano seguite alla conclusione del primo conflitto mondiale, mirando, d'altro canto, a salvaguardare quei principi di democrazia e libertà che teorizzati sin dall'Illuminismo, avevano avuto certamente un cammino assai faticoso con le c.d. "monarchie liberali" ed erano stati poi totalmente rinnegati dalle dittature fasciste e nazional-socialiste.

In questo contesto nacque, in primo luogo, con il Trattato di Londra del 1949, il Consiglio d'Europa, il cui scopo –secondo l'art. 1 del Trattato stesso– è quello di "raggiungere una maggiore unità tra i suoi membri al fine di salvaguardare e realizzare i principi e gli ideali che costituiscono la loro comune eredità e di facilitare il loro progresso economico e sociale", e nel cui ambito venne quasi immediatamente elaborata la Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata nel 1950 (entrata in vigore nel 1953 e ratificata dall'Italia nel 1955). Essa contiene un ampio catalogo di diritti (integrato da alcuni Protocolli aggiuntivi ed in particolare dal I, IV, VI e VII) e la previsione di strumenti di tutela, a disposizione anche dei singoli, persone fisiche e giuridiche, soggetti alla giurisdizione degli Stati membri²⁹.

²⁹ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha avuto tra i suoi punti cardine l'accesso delle persone fisiche e giuridiche agli strumenti di tutela da essa previsti, seppure una volta esauriti i rimedi interni, come ebbe modo di affermare con chiarezza la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sent. 6 settembre 1978, *Klass e altri c. Repubblica federale tedesca.*, in cui si legge che "l'article 25 qui régite l'accès des

Tale tutela è assicurata in prima istanza, nell'ambito dei singoli Stati, dalle rispettive giurisdizioni, le quali, quindi, dovranno fare applicazione (anche) delle norme contenute nella CEDU stessa. In via sussidiaria (e cioè, esperite tutte le vie di ricorso interno, senza avere trovato adeguata soddisfazione), tuttavia, è previsto l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza è risultata fondamentale nella individuazione del contenuto normativo da trarre dalle disposizioni della CEDU.

Infatti –come è stato più volte sottolineato– la CEDU si caratterizza per la formulazione dei suoi articoli in termini particolarmente ampi, tipici, secondo quanto abbiamo detto, delle disposizioni di principio³⁰, come

particuliers à la Commission figure parmi les clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention". Deve tuttavia ricordarsi che fino all'entrata in vigore del Protocollo n. 11 (1° novembre 1998) il ricorso individuale (oggi disciplinato all'art. 34) era condizionato all'accettazione, da parte degli Stati, di una clausola opzionale, prevista dal vecchio art. 25. Sul punto cfr. G. Raimondi, *sub art.* 34, in S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova 2001, 557 ss.

³⁰ In proposito pare da ricordare come sia stato più volte sottolineato da parte della dottrina italiana e straniera il carattere spesso piuttosto impreciso della formulazione dei diritti da parte della CEDU: cfr., in particolare, M. Melchior, *Notions "vagues" ou "indéterminées", et "lacunes" dans la Convention européenne des Droits de l'homme*, in F. Matscher – H. Petzold (ed.), *Protecting Human Rights: the European Dimension, Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München, 1988, 411 ss.; A. Pace, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubb.*, 2001, in part. 12 s., il quale ritiene, appunto, che una siffatta redazione dei diritti presupponga una "figura forte" di magistrato giudicante [...] dotato

spesso accade per le norme costituzionali in questa stessa materia³¹. Tuttavia, senza considerare il fatto che, talvolta, la genericità dei principi enunciati in questa sede è anche maggiore di quella riscontrabile nella Costituzione italiana, l'ordinamento in questione non prevede poi, a differenza di quelli nazionali, un livello corrispondente a quello legislativo in cui si elaborano regole più dettagliate di attuazione dei suddetti principi, per cui –un po' come negli ordinamenti statali in caso di inerzia del legislatore– sono i giudici, ed in particolare la Corte europea dei diritti dell'uomo, a dover precisare il contenuto di suddetti principi.

Rimane da constatare come il contenuto della CEDU coincida in grandissima parte con quello di molte Costituzioni europee, ed in particolare di quella italiana, per quanto concerne la parte sui diritti fondamentali. Ciò fa sì che le giurisdizioni degli Stati membri, a partire da quelle costituzionali, in alcuni casi facciano riferimento anche alle disposizioni della CEDU (normal-

di una forte legittimazione sociale, al quale si affida la salvaguardia dei "valori" comunemente condivisi", anche prescindendo "dagli enunciati delle disposizioni da applicare". C. Grewe, *Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne*, in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylants, Bruxelles, 1998, 201, poi, rileva come il carattere "generale e aperto" delle disposizioni della CEDU le renda simili a quelle costituzionali, ciò determinando, quindi, un elemento di contatto tra la giurisdizione costituzionale e quella di Strasburgo.

³¹ In proposito può in effetti ricordarsi come la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo abbia definito la CEDU come "*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*": cfr. sent. 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turcia* (in *Riv. dir. internaz.*, 1995, 759 e in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1995, 483).

mente accanto a quelle costituzionali corrispondenti) e –seppure meno di frequente– utilizzino *ad adiuvandum* le argomentazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nella definizione di alcune di queste norme (di principio). In altre circostanze, peraltro, la CEDU, eventualmente come precisata e ridefinita dall'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo³², viene utilizzata, *ad adiuvandum*, nell'ambito del procedimento di esplicitazione di principi ritenuti soltanto implicitamente contenuti nel testo costituzionale, creando così momenti di proficua interazione tra le giurisdizioni.

Nel medesimo contesto del secondo dopoguerra, però, furono costituite le Comunità europee, le quali avevano lo scopo di superare i contrasti economici che erano stati alla base delle guerre mondiali, rimettendone la regolazione ad Autorità non direttamente rappresentative degli Stati.

L'ambito prettamente economico delle Comunità (soprattutto dopo il fallimento della istituzione di una Comunità europea di difesa e della Comunità politica europea) aveva portato all'elaborazione di Trattati che, accanto a ben poche disposizioni di principio, conte-

³² Si può fare riferimento, ad esempio, al principio del rispetto della vita privata con particolare riferimento alla tutela della riservatezza, nella definizione del quale l'importante ruolo giuocato dalla CEDU è stato sottolineato, in particolare da A. Pace, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1 ss.; nonché al principio di durata ragionevole del processo, soprattutto prima della riforma dell'art. 111 Cost., su cui sia consentito rinviare, per praticità, ad A. Pertici, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, *La Corte costituzionale e de Corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, in part. 179 s.

nevano, invece, ben più stringenti *regole*. Agli organi comunitari era poi affidata la deliberazione di regolamenti, fonti dalla "portata generale" obbligatorie in tutti i loro elementi e direttamente applicabili ai singoli, persone fisiche o giuridiche, nell'ambito degli Stati membri, e direttive, vincolanti per gli Stati membri in relazione al risultato da raggiungere, salvo la libertà di questi in merito alla definizione della forma e dei mezzi per l'attuazione. Nell'ambito del c.d. "diritto comunitario derivato" (quello cioè elaborato dagli organi comunitari), quindi, è in qualche modo *istituzionalmente* fissata una chiara differenza tra *regole* (contenute nei regolamenti) e *principi* (contenuti nelle direttive, alle quali dovranno poi seguire *regole* elaborate dagli Stati membri). Naturalmente questa così netta distinzione non risulta avere trovato poi pieno riscontro nella realtà, le direttive esprimendo anche regole, tanto che la Corte di giustizia comunitaria ne ha affermato, in tal caso, l'efficacia diretta³³.

In ambito comunitario, invece, risultavano assenti quelle norme di principio che abbiamo visto essere normalmente contenute nelle Costituzioni (ed in particolare nella Costituzione italiana) e nella CEDU, relative alla affermazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili. Ciò derivava certamente dal carattere spiccatamente economico di queste organizzazioni e dalla volontà –risultata assai chiara sin dalla seconda metà degli anni Cinquanta– di non andare oltre

³³ Cfr. sent. 8 ottobre 1987, C-80/86; sent. 20 settembre 1988, C-31/87; sent. 24 marzo 1987, C-286/854; sent. 22 giugno 1989, C-103/88.

questo. In sostanza, se nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo manca il livello delle *regole* di attuazione dei principi (quello che negli ordinamenti statali è normalmente proprio della legislazione), nell'ordinamento comunitario manca –o almeno è fortemente deficitario– il livello costituzionale relativo all'affermazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili³⁴. Ciò porta, in sostanza, ad avere regole comunitarie non ancorate ad un sistema dei principi (se non quei pochi relativi all'ambito strettamente economico come quello di libertà di circolazione di persone, beni e servizi o di concorrenza presenti nei Trattati). In questa situazione, le Corti costituzionali nazionali (soprattutto italiana e tedesca) sono spinte a ritenere di controllare il rispetto (almeno) delle disposizioni di principio contenute nelle Costituzioni dei rispettivi Stati da parte delle *regole* comunitarie. Tale impostazione determina la reazione della Corte di giustizia, che, nel negare tale possibilità, è comunque spinta ad elaborare essa stessa, a livello comunitario, una serie di principi (fondamentali), cui le *regole* comunitarie devono comunque sottostare, sulla base della CEDU e della tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri³⁵.

³⁴ Circa la diversa "architettura" costituzionale dei diversi sistemi cfr. F. Balaguer Callejón, *Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale*, in G. Rolla (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2001, 115 ss. e, volendo, A. Pertici, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 170 ss.

³⁵ In particolare, nella sent. 12 novembre 1969, *Stauder*, C-29/69 (presto ripresa nella sent. 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsge-*

Se tale nuova impostazione non determina una totale abdicazione al proprio ruolo da parte dei giudici costituzionali, ed in particolare di quello italiano, che elabora la teoria dei "controlimiti"³⁶ – in base alla quale anche le norme comunitarie devono comunque rispettare i principi inviolabili ed i diritti fondamentali della Costituzione (la Corte costituzionale riservandosi il controllo in merito) – rimasta comunque, nella pratica, inutilizzata, tuttavia, in ambito comunitario si è assistito alla progressiva elaborazione (a partire da testi di altri ordinamenti, seppure direttamente o indiretta-

sellschaft, C-11/70), la Corte di giustizia afferma la presenza, anche in ambito comunitario, di diritti fondamentali, che "fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza", specificando, pochi anni dopo (sent. 14 maggio 1974, Nold, C-4/73), che "la Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati. I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario". Tra questi ultimi assumerà poi particolare rilievo la CEDU, già specificamente dedotta dal ricorrente nella appena richiamata sentenza Nold, ma poi successivamente ulteriormente valorizzati (sent. 28 ottobre 1975, Rutili, C-36/75 e sent. 13 dicembre 1979, Hauer, C-44/79).

³⁶ Sul punto, oltre a ricordare almeno M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995 e F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995, sia consentito rinviare per mera praticità, in una prospettiva più aggiornata, a A. Pertici, *Il diritto comunitario nella giurisprudenza costituzionale: un bilancio in attesa di una "svolta"*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, 722 ss. e dottrina ivi richiamata.

mente connessi) di principi, la cui formulazione giurisprudenziale risulta, naturalmente, particolarmente generale e duttile, ne esalta la struttura a "fattispecie indeterminata ed aperta", eppure ne mostra con particolare evidenza, attraverso l'applicazione, il carattere autenticamente normativo.

Peraltro, nel corso degli anni, anche nell'ambito dei Trattati sono state inserite alcune nuove disposizioni di principio³⁷, segno evidente della inarrestabile (nonostante le resistenze degli stati membri) vocazione politica delle Comunità. Ciò ha subito indubbiamente un'accelerazione, prima con l'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e poi con il Trattato costituzionale (*rectius*, con il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa).

La prima risulta particolarmente significativa nell'ambito del nostro studio, in quanto contiene numerose disposizioni evidentemente di principio (ricalcando in qualche modo le parti delle Costituzioni nazionali relative ai diritti fondamentali, seppure tenenzialmente in una prospettiva più aggiornata), il

³⁷ Oltre ad alcune Dichiarazioni e memorandum, può ricordarsi, in particolare come nel Trattato di Maastricht, istitutivo dell'Unione europea, nel 1992, fu inserita, all'art. F (poi 6), la previsione per cui "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.

L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

cui pieno valore giuridico risultava negato, però, non dalla struttura dei propri enunciati normativi, ma dal fatto che essa non era stata formalmente adottata, ma soltanto "proclamata", rimanendo, quindi, almeno da un punto di vista formale, un documento di valore culturale. Ciò che, tuttavia, colpisce è come, nonostante ciò, essa sia stata richiamata non poco dalla giurisprudenza prima del Tribunale di primo grado della Comunità europea e poi dalla Corte di giustizia, oltre che progressivamente dai giudici nazionali³⁸.

³⁸ Tra le giurisdizioni comunitarie, la prima ad avere richiamato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata –come noto– il Tribunale di primo grado (a partire dalla sent. 30 gennaio 2002, *Max Mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, T-54/99; e nelle di poco successive dec. 4 aprile 2002, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, T-198/01; 3 maggio 2002, *Jégo-Quéré e Cie S.A c. Commissione*, T-177/01; 27 settembre 2002, *Tideland Signal c. Commissione delle Comunità europee*, T-211/02), che ha poi continuato a farlo.

Meno sollecita è risultata la Corte di giustizia, la quale, nella sua argomentazione, non riprese, ad esempio, il richiamo fatto pochi mesi dopo l'entrata in vigore della Carta dall'Avvocato generale Tizzano nel caso *Bectu c. Secretary of State for Trade and Industry* (C-173-99, sent. 26 giugno 2001). La prima occasione in cui la CGCE ha inteso fare riferimento alla Carta di Nizza è la sent. 27 giugno 2006, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'U.E.*, C-540/03, in cui si afferma che "se è pur vero che la Carta dei diritti fondamentali proclamata solennemente dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione a Nizza il 7 dicembre 2000, non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l'importanza" nella direttiva impugnata, affermando, al secondo "considerando" della stessa, "che quest'ultima rispetta i principi riconosciuti non solamente dall'art. 8 della CEDU, bensì parimenti dalla Carta". Il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali è poi stato ripreso in altre occasioni (tra cui, ad esempio, la sent. 13 marzo 2007, *Unibet* C-432/05; la sent. 3 settembre 2008,

Successivamente, con il Trattato che adotta una costituzione per l'Unione europea si era tentato di fare un ulteriore passo in avanti verso l'istituzione di un ordinamento federale europeo, ed in questo ambito era stato implementato il ruolo delle disposizioni di

Kadi e Al Barakaat, C-402/05 P e C-415/05 P; la sent. 16 dicembre 2008, *Masdar (UK) Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, C-47/07 P).

Anche i giudici nazionali hanno iniziato a richiamare la Carta ben prima che essa assumesse formale valore giuridico a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

In Italia, in particolare, essa risulta essere stata richiamata in più occasioni dalla Corte costituzionale: dalla sent. n. 445 del 2002, *ad adiuvandum* per sancire l'inconstituzionalità della norma che prevedeva il celibato o nubilato o la vedovanza come requisito per il reclutamento nella Guardia di finanza; alla sent. n. 251 del 2008, in cui esplicitamente si afferma che essa può essere richiamata "per il suo carattere espressivo di principi comuni ai vari ordinamenti nazionali"; fino alle recentissime sent. nn. 28 e 93 del 2010, che –intervenute all'indomani dell'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta, di cui si dà in effetti conto– la richiamano, nel primo caso, unitamente all'art. 25 Cost., per l'affermazione del principio del favor rei e della conseguente retroattività della legge penale più favorevole; nel secondo caso, tra molti altri "strumenti internazionali", per affermare l'esistenza, nel nostro ordinamento, nonostante l'assenza di un espresso richiamo in Costituzione, del principio, di "valore costituzionale", di pubblicità delle udienze. Peraltra, sempre recentemente, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE era stata richiamata anche dalla Regione Campania nel resistere all'impugnazione in via d'azione della propria legge elettorale sotto il profilo dell'affermazione del principio delle pari opportunità, ma la Corte non ha inteso riprendere tale richiamo nella propria motivazione: *cfr.* sent. n. 4 del 2010.

Nell'ambito delle giurisdizioni comuni possiamo ricordare la Corte di cassazione (ad esempio sentt. 31 luglio 2008, n. 32064, sulla libertà circolazione dei prodotti; 12 dicembre 2008, n. 29191, in materia di risarcimento del danno da lesioni gravi in seguito ad incidente stradale; sent. n. 2437 del 21 gennaio 2009, sul consenso informato) ed il Consi-

principio nell'ambito del Trattato (che pure soprattutto nelle III e IV parte continuava a caratterizzarsi per l'ampia presenza anche di *regole*), anche attraverso l'inserimento (nella parte II) della stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

glio di Stato (ad esempio, ord. 29 luglio 2008, n. 3992, sull'ampliamento della base militare di Vicenza).

Nell'ambito degli altri Paesi europei merita certamente di essere ricordata la Spagna, il cui Tribunale costituzionale richiamò la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per la prima volta addirittura prima della sua proclamazione a Nizza, con sent. n. 292 del 2000. Più di recente, lo stesso giudice ha richiamato la Carta in una decisione del 26 giugno 2008, in tema di protezione dei dati personali. Sul punto cfr. P. Perez Tremps, *La Costituzione spagnola e l'Unione europea alla luce della giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, in S. Gambino (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2006, 31 ss. Anche in Tribunale Supremo ha richiamato in alcune occasioni la Carta (ad esempio in una sentenza dell'11 febbraio 2009, sul tema dell'obiezione di coscienza in campo educativo).

La Carta risulta comunque richiamata da molte altre giurisdizioni dei Paesi dell'Unione, di cui non è ovviamente possibile dare conto, neppure attraverso semplici citazioni, in questo breve spazio.

In merito ai diversi richiami della Carta nella giurisprudenza italiana e alla loro diversa portata, almeno con riferimento ai primi anni successivi alla "proclamazione", cfr. A. Celotto - G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; nonché, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale, D. Tega, La Carta dei diritti di Nizza nella giurisprudenza costituzionale italiana, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004; e, in una prospettiva comparata, A. Pizzorusso - R. Romboli - A. Ruggeri - A. Saitta - G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Giuffrè, Milano, 2003.

L'abbandono di questo Trattato a seguito del rigetto dello stesso, durante la procedura di ratifica, da parte dei cittadini di due Stati membri (peraltro fondatori, quali la Francia ed i Paesi bassi) non ha comunque eliminato la spinta verso un ampliamento del ruolo di disposizioni di principio, sia attraverso un inserimento di alcune di esse nell'ambito del Trattato di Lisbona, sia attraverso il conferimento, da parte dello stesso, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del medesimo valore giuridico dei Trattati (cui potrebbe aggiungersi la previsione dell'adesione della Comunità alla CEDU, che ne determinerebbe la "comunitarizzazione").

In questo quadro certamente i giudici comunitari (come tali intendendosi non solo, ovviamente, la Corte di giustizia, il Tribunale di primo grado ed il Tribunale della funzione pubblica, ma anche i giudici nazionali nell'applicazione del diritto dell'Unione europea) si trovano ad avere a disposizione uno strumentario di principi positivizzato, per quanto non meno bisognoso della loro interpretazione, proprio come avviene per le norme di principio del diritto interno.

In definitiva, quindi, il quadro delle *regole* e dei *principi* negli ordinamenti degli Stati europei si arricchisce oggi attraverso istanza sovranazionali, ed in particolare attraverso l'ordinamento comunitario. In questo ambito se certamente emergono *regole* (limitatamente all'ambito comunitario) il cui inserimento nel quadro delle fonti del diritto risulta chiaramente determinato, più complesso e multiforme si rivela ancora, invece, il ruolo dei principi, la cui interazione con i principi e le

regole anche di diritto interno offre certamente ulteriori spazi all'interprete per fornire risposte alle istanze di tutela delle fattispecie concrete, con una particolare capacità di adattamento.

VI. BREVI NOTAZIONI FINALE

Volendo provare quindi a trarre dall'esame sopra condotto qualche breve considerazione finale, pare da rilevare come la distinzione tra regole e principi, certamente non sempre facile da tracciare, mantenga oggi senso e validità non certo in un'ottica di contrapposizione tra norme pienamente dotate di efficacia giuridica (le regole) ed enunciati culturali, capaci al più di ausilio interpretativo. Infatti, i principi sono oggi, in primo luogo, generalmente inseriti (espressamente o in quanto da essi implicitamente ricavato, di solito attraverso altri principi) in testi normativi (prevalentemente di livello costituzionale) nel cui ambito sarebbe difficile (ed essenzialmente arbitrario) scindere le diverse disposizioni (o addirittura le diverse parti delle stesse) attribuendo loro un diverso valore a seconda della formulazione (anche prescindendo dalla non sempre agevole distinzione, almeno in taluni casi, della stessa tra *regola* e *principio*). Inoltre, è evidente che la giurisprudenza (comune e costituzionale, oltre che sovranaionale) ricorre sempre più spesso all'utilizzo di principi per risolvere questioni (si pensi, ad esempio, alla bioetica) in cui la rigidità della *regola* rischia di mostrarsi inadatta a cogliere la molteplicità degli interessi sottesti e le loro diverse sfumature nel caso concerto.

Ciò, ovviamente, senza negare l'importanza delle *regole*, ma soltanto per prendere atto della loro incapacità di raggiungere tutti gli angoli della realtà, dove possono arrivare, invece, i principi. Questi ultimi, infatti, proprio perché come si dice più distanti dai fatti della vita, sembrano, in realtà, vederla meglio (come ammonisce, infatti, Edgar Allan Poe, tenendo l'oggetto troppo accosto si rischia di non vederlo chiaramente) e di saperne quindi offrire una più adeguata disciplina (sia attraverso una loro applicazione diretta, sia attraverso un'applicazione delle regole alla luce dei principi stessi).

ENSAYO SOBRE LOS PRINCIPIOS Y REGLAS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

RAYMUNDO VÁZQUEZ CASTELLANOS
RUBÉN MINUTTI ZANATTA

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento

El estudio de los principios y reglas ha sido tratado por muchos juristas destacados, siendo los principales de ellos Dworkin¹, Alexy², Atienza³, Ruiz Ma-

¹ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1978. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986. Dworkin, Ronald, *A Matter of Principles*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

² Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994. Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.

³ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Atienza,

nero⁴, Guastini⁵, Bobbio⁶, entre otros. Nuestros propios colegas, Bonsignori y Gómez Alcalá, nos han ilustrado sobre el aspecto teórico-filosófico de los principios y reglas en los trabajos de investigación elaborados con motivo del II Encuentro de Claustros Docentes entre la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho.

En este ensayo se parte de los conceptos sobre principios y reglas que fueron expuestos, con base en un cuidadoso análisis doctrinal, por los profesores Bonsignori y Gómez Alcalá, en la publicación intitulada *La crisis de la ley*⁷.

Al contar con tales conceptos, buscamos por razones obvias no provocar un nuevo debate doctrinal, sino apoyarnos en las definiciones ya dadas de principios y reglas, que con gran acierto formularon los mencionados catedráticos.

Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006. Atienza, Manuel, "Argumentación y legislación", en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

⁴ Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid, 1990. Ruiz Manero, Juan y Manuel Atienza, *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 2004. Ruiz Manero, Juan y Manuel Atienza, "Sobre principios y reglas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 12, 1992.

⁵ Guastini, Ricardo, *Principi del diritto*, en *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990. Guastini, Ricardo, *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁶ Bobbio, Norberto, "Principi generali di diritto", en *Novísimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966.

⁷ *Memoria del II Encuentro de claustros docentes*, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa, Escuela Libre de Derecho, México, Pisa, 2006.

A la vez sostenemos que el debate sobre la naturaleza jurídica de los principios y reglas se encuentra ampliamente tratado, por ello el presente ensayo no pretende incursionar nuevamente en dicho cuestionamiento, sino más bien complementar los estudios sobre el tema, tratando de mostrar la existencia y contenido de los principios y reglas consignados dentro de la Constitución mexicana.

Así pues, reconocemos la existencia de los principios y reglas como conceptos definidos y figuras distintas, por lo menos en su función y repercusión jurídica empírica, más que dogmática. Por ello no cuestionamos si ambas son especies normativas, o si los principios exceden y se salen del concepto de norma para existir como una figura distinta a una "regla complementaria de otras". Simplemente afirmamos que existen y están presentes en el sistema jurídico mexicano, y que ambas buscan producir consecuencias jurídicas.

Por tales razones es que el presente ensayo pretende contribuir con un análisis diferente del tema, donde si bien se da un enfoque en el que se recogen conceptos teóricos generalmente aceptados por la doctrina, también se analiza la forma en que los principios y reglas se insertan y abren paso en el sistema constitucional mexicano.

Enseguida, iniciaremos reiterando los conceptos definidos de principios y reglas, seguiremos con la localización y explicación de los principios que, en forma explícita o implícita, consagra la ley fundamental mexicana, su jurisprudencia y la doctrina de nuestro país. Y concluiremos con el señalamiento de los prin-

cipios en algunos de nuestros tratados internacionales más relevantes.

2. Conceptos

El *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia, nos da una serie de definiciones sobre los vocablos *principio* y *regla*, mismas que utilizaremos para comprender el sentido gramatical o literal de ambos palabras, para a su vez comparar tales definiciones con los conceptos elaborados por la doctrina, buscando identificar el sentido más adecuado de dichos conceptos.

principio (Del lat. *principium*). 1. m. Primer instante del ser de algo. 2. m. Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa. 3. m. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia. 4. m. Causa, origen de algo. 5. m. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes. 6. m. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

~ de derecho.

1. m. Der. Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.

~ de legalidad.

1. m. Der. principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho.

regla. (Del lat. *regula*). 2. f. Aquello que ha de cumplirse por estar así convenido por una colectividad. 4. f. Esta-

tuto, constitución o modo de ejecutar algo. 5. f. En las ciencias o artes, *precepto, principio o máxima*. 6. f. Razón que debe servir de medida y a que se han de ajustar las acciones para que resulten rectas. 7. f. Moderación, templanza, medida, tasa.

Como puede apreciarse, se considera al *principio de derecho* como *Norma no legal* y, al mismo tiempo, se define a la *regla* como sinónimo de *principio o máxima*. Ello nos revela que al menos gramaticalmente existe una aceptación de que tanto los principios como las reglas se identifican recíprocamente con elementos comunes, y que ambas resultan ser similares en su contenido normativo.

Desde un punto de vista jurídico, aceptamos las definiciones sobre principios y reglas dadas por el profesor Bonsignori, que resultan particularmente profundas y claras:

Regla. entidad lingüística –o en cierta forma siempre reducible a dato lingüístico– dotada de una configuración lógico-semántica, aunque si no necesariamente de una forma exterior, imperativa y derivada de una manifestación originaria de voluntad, no necesariamente humana, enderezada a imponer obligaciones.

A su vez, Bonsignori también aclara que la definición de *regla* dependerá en gran medida de la que adoptemos respecto del concepto de *derecho*. Aun así, considerando los elementos incluidos en la citada definición, podemos sostener que *regla jurídica es aquella norma de carácter obligatorio emitida por autoridad competente dentro de un sistema de derecho*.

En cuanto al vocablo *principio*, el profesor de la Universidad de Pisa hace de nuestro conocimiento las siguientes definiciones:

Principio. entidad, también lingüística, dotada de una configuración lógico-semántica, aunque si no necesariamente de forma exterior, descriptiva y derivada no de una manifestación originaria de voluntad, pero sí de una elaboración cognoscitiva de datos.

Principio jurídico. formulación muy general que expresa ideas, valores y finalidades relativas ya sea a un sector de la realidad jurídicamente relevante, sea a otros principios o grupo de principios desde los cuales se procesa y desarrolla, sea finalmente a reglas o a grupos de reglas presentes en uno o más ordenamientos jurídicos, en los que delinea y precisa aspectos generales y fundacionales.

Las definiciones dadas nos muestran que los principios y reglas son conceptos diferentes, pero a la vez nos precisan que los principios pueden generar reglas y por lo mismo ambas compartir un claro contenido normativo. Estimamos que, precisamente por ser muchas veces el principio el fundamento o la fuente inmediata de la regla, es que los principios y reglas comparten la misma naturaleza jurídica.

3. Sistemas jurídicos extranjeros

Por la naturaleza misma de los sistemas jurídicos dominantes en el mundo occidental puede pensarse que: i) un sistema como el *civilista* o romano canónico es

prioritariamente un sistema de reglas (Argentina, España, Italia y México, por ejemplo); y que, por su parte, ii) el sistema del *common law* es prioritariamente de principios (por ejemplo, Estados Unidos y Reino Unido). Lo anterior bajo una lógica de que en un sistema de precedentes como el anglosajón, a menor cantidad de reglas (escritas o no), mayor cantidad de principios que permiten resolver los casos concretos, máxime si no hay regla específica para el caso concreto; y viceversa para el caso primero o sistema civilista, es decir, a mayor cantidad de reglas, menos principios necesarios para complementarlas.

Sin embargo, sistemas más recientes en su consolidación, de origen netamente anglosajón de *common law* como el caso de Australia, que pudieran parecer prioritariamente de principios, en opinión de algunos es un sistema que hoy tiende a seguir más un sistema prioritariamente de reglas y no de principios⁸.

Por ello resulta sumamente aventurado sostener que la aplicación de principios jurídicos únicamente existe y reconoce en los sistemas de *common law*. Y desde luego, también lo inverso, afirmar que la aplicación de reglas solamente se prevén y aplican en el sistema *civilista*.

En realidad, aun en los sistemas jurídicos basados en el modelo romano canónico, la doctrina constitucio-

⁸ Ministry of Consumer Affairs (Government of New Zealand), *Principles-Based Law*, New Zealand, 2010. <http://www.consumeraffairs.govt.nz/legislation-policy/policy-reports-and-papers/disscussion-papers/consumer-law-reform-a-discussion-paper/5.-paper.-principles-based-law>. Consulta: 22/09/10.

nal afirma que los principios son fuente de derecho y por lo mismo, éstos deben ser aplicados para la correcta interpretación del orden jurídico estatal.

Actualmente, los sistemas jurídicos occidentales consagran y utilizan los principios y reglas como normas reguladoras de las relaciones sociales, tanto públicas como privadas, aun cuando no lo hagan en la misma medida y con semejantes alcances. Y aun así, ambos sistemas jurídicos contemplan tanto a los principios como a las reglas en sus ordenamientos constitucionales y los aprovechan conjuntamente para resolver las controversias interpretativas que resultan de sus respectivos órdenes jurídicos.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS

EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO

1. Constitución

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece y reconoce principios y reglas a lo largo de su texto. Pues precisamente por ser la ley fundamental del Estado mexicano, le corresponde señalar las normas jurídicas que deben regular la estructura y funcionamiento de nuestra organización estatal. Sin embargo, esas normas no siempre establecen de una manera clara y precisa los supuestos normativos que pretenden regular, sino que en ocasiones, se encuentran redactadas con un alto grado de abstracción que dificulta su compresión y alcances jurídicos.

Considerando que las reglas tienen una mayor presencia que los principios y que la localización de las reglas es técnicamente menos complicada, este ensayo lo dedicaremos principalmente a la ubicación y denominación de los principios que existen dentro de la ley fundamental de México.

Tenemos que distinguir entre aquellos principios que expresamente denomina como tales la propia CPEUM y aquellos implícitos, ya sea que el propio texto constitucional los insinúa o la jurisprudencia y doctrina los desprenden de la misma ley fundamental.

En los 136 artículos⁹ que componen el texto de la CPEUM, se menciona 24 veces la palabra *principio* en 13 artículos¹⁰ y 28 la palabra *principios* en 19 artículos¹¹.

Corresponde preguntarnos: ¿cuántos y cuáles son esos principios? Y la respuesta ni es sencilla ni es una sola, pues dependerá del criterio del sujeto que interprete el texto y la forma en que haga tal interpretación constitucional.

Desafortunadamente no existe congruencia en el texto constitucional en el uso del vocablo *principio*, o su plural *principios*; es decir, se utiliza con diferentes

⁹ Más 19 transitorios originales.

¹⁰ Artículos 60., fracción ("f") I, 20, fracción VI, 52, 53, párrafo ("p") 2o., 54, p 1o., 54, fracción II, III, IV y V, 56, p 1o. y 2o., 60, p 1o., 63, p 1o., 77, fracción IV, 79, fracción I, p 4o. y 5o., 115 VIII, 116, fracción IV, incisos ("in") I) y m), y 130.

¹¹ 2, p 5o., 3, fracción VII, 6, p 2o., 14, p 3o., 16, p 2o., 20, p 1o., en A, p 1o. y fracción X, 21, p 9o., 26, en B, p 4o., 27, fracción I, p 2o., 40, 41, fracción I, p 2o., 41, fracción V, 41, fracción VI, 79, p 2o., 89, fracción X, 100, p 7o., 105, penúltimo párrafo, 115, fracción II, en a), 116, fracción II, p 3o. y p 6o., 116, IV, en b), 122, p 3o., Base Primera, V, en e) y f), y 136.

sentidos y en diferentes contextos. Asimismo, a veces se usa indistintamente con respecto a *garantías, bases, criterios* o simplemente reglas generales. Aunque quizá esto no es una novedad académica, es relevante mencionarlo para el mejor entendimiento del tema.

Otro aspecto interesante es que la jurisprudencia no se limita exclusivamente a principios "puramente constitucionales", sino que también interpreta la legislación secundaria y abstrae principios de ella, que si bien a veces lo hace con una base constitucional, no siempre es el caso. Esto cobra relevancia si recordamos que algunos intérpretes explican a los principios en función de su ubicación constitucional.

Aun en los artículos que hablan de principios, no siempre es tarea sencilla ubicarlos dentro del respectivo precepto constitucional, lo que también acontece con las reglas, aunque en menor grado. A veces la jurisprudencia tiene que explicar y razonar la "abstracción" del principio o principios en cuestión, como sucede en el artículo 2o. de la CPEUM, entre otros.

La primera cita del vocablo *principios* aparece en el artículo 2o. de nuestra ley fundamental, cuando alude a la unidad, indivisibilidad y pluriculturalidad de la nación mexicana, la cual basa el propio precepto constitucional en el asentamiento histórico que han tenido los pueblos indígenas en el actual territorio nacional. Dicho dispositivo señala textualmente lo siguiente:

Artículo 2o. La nación mexicana es única e indivisible. La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aque-

llos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (Regla).

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas (Principio).

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. (Principios "de unidad" y "de reconocimiento de autoridad". Principio territorial¹² y reglas o principios sobre integración y asentamiento).

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional (Principios o reglas "de libre determinación" y "autonomía" y regla que ordena elevación constitucional). El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los *principios generales* establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico (Regla).

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación (Principio) y, en consecuencia, a la autonomía (Principio) para:

¹² Tesis aislada 2a. CXXXVIII/2002. Derechos de los indígenas. La Constitución federal reconoce el principio territorial de sus pueblos y el derecho preferente de las comunidades al uso y disfrute de los recursos naturales de los lugares que ocupan.

- I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural (Regla).
- II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los *principios generales de esta Constitución* (Remisión), respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes (Reglas).

Este precepto señala la inclusión de principios generales en los párrafos anteriores del propio artículo 20., aunque en los citados párrafos no los identifica expresamente como principios, por lo que el intérprete los deduce del contenido del numeral en cuestión. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido la existencia de tales principios generales al aceptar hasta el momento la existencia del principio de territorialidad dentro del referido precepto.

Sin embargo, otros principios como los de identidad, de conciencia, unidad y reconocimiento de autoridad indígenas aún no han sido reconocidos abiertamente por las autoridades encargadas de interpretar la CPEUM. Y otros más, como el de integración, asentamiento, libre determinación y autonomía no resulta claro si son principios o son reglas, aunque sostengamos que la intención del constituyente parece inclinada a considerarlos como principios.

El citado dispositivo constitucional hace una mezcla entre reglas y principios que causa confusión. Vemos que la remisión en la fracción II no es clara, pues

no hay distinción precisa entre reglas y principios en los párrafos “anteriores” a dicha remisión.

El artículo 30. constitucional prevé las bases del sistema educativo nacional, al señalar, entre otras disposiciones, lo siguiente:

- Artículo 30. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. ...
- I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será *laica* y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa (Principio de laicidad).
- II. ...
- Además:
- a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo (Principio democrático).
- b) Será nacional,..., y
- c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos (¿Principio de la dignidad humana?, ¿Del interés social?, De no discriminación).
- III. ...
- IV. Toda la educación que el Estado imparta será gratuita (Gratuidad).

V. ...

VI. ...

VII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los *principios* de este artículo, respetando la *libertad de cátedra e investigación y de libre examen* y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y *administrarán su patrimonio*. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la *autonomía*, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere (Principios de libertad de cátedra y autonomía).

VIII. ...

Este precepto nuevamente señala la existencia de principios a pesar de no denominarlos expresamente como tales. Aun así, se advierte que el artículo 3o. consigna implícitamente los principios de laicidad, educación democrática, dignidad humana, del interés social, no discriminación, gratuidad educativa, libertad de cátedra y autonomía universitaria. Es claro que cuando se refiere a los "...principios de este artículo...", está refiriéndose tanto a los señalados antes como también a los insertados después de dicha mención.

Continuamos con un caso de reciente inclusión como principio: el reformado artículo 6o. constitucional, que también habla expresamente de *principios* e incluye por primera vez en nuestra Constitución el *principio de máxima publicidad*. Su texto es el siguiente:

Artículo 6o. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes *principios y bases*:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el *principio de máxima publicidad*.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes (Base-regla).

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos (¿Principio de interés simple o de libre acceso?).

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión (Base-regla y principio de autonomía).

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y pu-

blicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos (Base-regla).

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales (Base-regla).

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes (Base-regla y principio de sanción o ley perfecta).

Observamos también cómo nuevamente se complica la ubicación y separación de reglas y principios¹³.

¹³ A manera de apunte, cabe mencionar que en dos de las más recientes reformas constitucionales encontramos la tendencia a incluir expresamente (explícitamente) un principio y a denominarlo como tal en dos materias específicas: transparencia (artículo 60.) y estadística oficial (artículo 26): 1) Transparencia. Con fecha 20/07/07 se publicó el decreto de la reforma que adiciona con un segundo párrafo, con 7 fracciones, el artículo 60. constitucional, arriba transcripto y analizado, para establecer los *principios y bases de la transparencia* en el sistema constitucional mexicano, y para crear el *principio de máxima publicidad*. Esta reforma vino a terminar con décadas de evolución (o quizás de involución) jurisprudencial, y con la necesidad de complementar con los tratados internacionales e interpretar conjuntamente preceptos aislados dispersos en diversas leyes. Podemos afirmar que ya no queda duda alguna sobre el reconocimiento constitucional de la información como derecho fundamental, según es entendido por los parámetros internacionales, principalmente en su faceta de transparencia o información pública, y, sobre todo, del sentido en que se deberá interpretar (ante la duda, acceso); he aquí un ejemplo sobre la gran utilidad de los principios. 2) Estadística oficial. Mediante sendas reformas constitucionales, recientemente se incluyó en específico lo relativo a la información

Pero ello no obsta, para aceptar el reconocimiento expreso de los principios de máxima publicidad y de especialidad y autonomía de los órganos encargados del acceso a la información pública.

El artículo 14 constitucional expresamente enuncia nuestros vocablos de estudio, lo cual hace en forma específica al establecer los *principios generales del derecho* como obligación constitucional de supletoriedad jurídica. Esta es la primera y única vez que la CPEUM señala de forma tan genérica lo que algunos autores identifican con los *principios implícitos*¹⁴.

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los *principios generales del derecho*.

En estrecha vinculación con el dispositivo 60. constitucional, el artículo 16 de la CPEUM se refiere a los *principios que rijan el tratamiento de datos*; principios que ciertamente no se encuentran claros, ni en el citado

estadística y geográfica en los artículos 26, inciso B y 73, XXIX-D de la propia CPEUM, el primero de ellos también transcripto y analizado anteriormente en este trabajo, donde se incluyen los principios rectores del *Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica*.

¹⁴ Ver Ruiz Ruiz, Ramón, *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho*, urbe et ius Newsletter, núm. 20, Argentina 2006, p. 4, <http://www.ubeetius.org/newsletters/20>. Consulta agosto-septiembre de 2010.

artículo 60. ni en parte alguna de nuestra ley fundamental. Esto implica que el legislador ordinario deberá interpretar la constitución y definir cuáles son estos principios específicos a que se refiere este rubro tan particular. El artículo 16 señala lo siguiente:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los *principios* que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

El artículo 20 establece en forma mucho más contundente (que no por ello más congruente) lo que entiende por principios, al mencionar cinco principios concretos como rectores del proceso penal: *de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. Después habla de “principios generales” (del propio proceso penal), que obviamente son distintos a los anteriores, y en realidad se trata de un listado de *bases-reglas, objetivos y principios*.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los *principios* de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los *principios* generales:

- I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen (Objetivo, motivación, espíritu de la regla).
- II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica (¿Principios de audiencia, presencia, desahogo y valoración de pruebas?).
- III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo (Reglas para el desahogo de pruebas).
- IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral (Reglas).
- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente (¿Principio de la carga de la prueba en materia penal, y de igualdad procesal?).
- VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución.
- VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del imputado, se podrá decretar su

terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad (*¿Principio de igualdad, de confesión de parte y de beneficio?*).

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado (*¿Principio de plena convicción?*).

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula (*¿Principio de licitud de la prueba?*).

X. Los principios previstos en este artículo se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Respecto de este precepto nuevamente cabe preguntarse: ¿cuáles son los principios previstos en este artículo? En esta ocasión, a diferencia del artículo 30. constitucional, la respuesta es más sencilla y precisa, dada la redacción y lógica de las garantías en materia penal conferidas a favor del gobernado en nuestro sistema judicial.

El artículo 21 regula el complejo tema de la seguridad pública como función del Estado mexicano, que a la letra dice:

Artículo 21. ...

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, ...

La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los *principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución*.

Este precepto constitucional mezcla principios jurídicos con principios de conducta, y concluye su texto estableciendo que sólo aplica el principio de respeto a los derechos humanos “reconocidos en esta Constitución”, dejando fuera a los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales, cuestión que contravendría principios establecidos en los propios tratados en cuanto a su cumplimiento por las partes firmantes.

Resulta relevante, por su claridad sobre el tema, el numeral 26 constitucional al establecer expresamente cuatro principios en materia de información estadística y geográfica del Estado mexicano. Su texto señala lo siguiente:

Artículo 26.

A. ...

B. El Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica cuyos datos serán considerados oficiales.

...

La ley establecerá las bases de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, de acuerdo con los *principios de accesibilidad a la información, transparencia, objetividad e independencia*.

Tal vez uno de los artículos más largos de las constituciones del mundo occidental, el 27 de la CPEUM, hace referencia a un principio de derecho internacional público: el de reciprocidad, para efectos de los inmuebles diplomáticos y consulares. Su texto dispone esto:

Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los *principios de reciprocidad*, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

En otra referencia genérica, el artículo 40 se refiere a todos los principios “federales o de federalismo” que impone la CPEUM. Al respecto, señala literalmente:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los *principios* de esta ley fundamental.

Aunque el artículo 41 habla de “principios” la primera vez (frac. I, párr. 2) lo hace más bien desde el pun-

to de vista ideológico, como algo propio de los partidos políticos y sus candidatos. Cabe mencionarse porque también pudiera incluir principios constitucionales y jurídicos en general, y por ello no lo descartamos. En su segunda mención, ya lo hace de forma específica al hablar de los cinco *principios rectores* de la función electoral estatal: *certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad*. La tercera vez, se señala puntualmente a dos *principios* para garantizar la rectoría del Estado en las resoluciones contencioso-electorales: principio de constitucionalidad y de legalidad.

Artículo 41. ...

Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, *principios* e ideas que postulan.

La organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la ley. En el ejercicio de esta función estatal, *la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad* serán *principios rectores*.

Para garantizar los *principios* de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación en los términos que señalen esta Constitución y la ley.

Los artículos 52, 53, 54, 56, 60, 63 y 77 (siete artículos) establecen tres “principios” electorales: 1) de votación mayoritaria relativa (o de mayoría relativa), 2) de representación proporcional, y 3) de primera minoría. Estos mal llamados principios, en realidad son fórmulas o esquemas electorales de distribución de legisladores en una votación. Asimismo, tanto los mal denominados principios de mayoría relativa y el de representación proporcional, vuelven a aparecer más adelante en los artículos 115, VIII, 116, II y 122, tercer párrafo de la CPEUM. Consideramos innecesario transcribir el texto de tales dispositivos constitucionales por considerar que los mismos carecen de la naturaleza de los principios jurídicos en su sentido estricto.

El artículo 79, al igual que otros anteriores (el 20, por ejemplo), señala en forma específica los seis principios que rigen la función de la entidad superior de fiscalización: *de posterioridad, anualidad, legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad*; para después tratar en forma específica al segundo y al primero (en ese orden) también específicamente.

Artículo 79. La entidad de fiscalización superior de la Federación, de la Cámara de Diputados, tendrá autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que disponga la ley.

La función de fiscalización será ejercida conforme a los principios de posterioridad, anualidad, legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad.

...

Sin perjuicio del principio de anualidad, la entidad de fiscalización superior de la Federación podrá solicitar y revisar, de manera casuística y concreta, información de ejercicios anteriores al de la Cuenta Pública en revisión. Asimismo, sin perjuicio del principio de posterioridad, en las situaciones excepcionales que determine la ley, derivado de denuncias, podrá requerir a las entidades fiscalizadas que procedan a la revisión, durante el ejercicio fiscal en curso, de los conceptos denunciados y le rindan un informe.

El artículo 89 establece los siete principios rectores de la política exterior del Estado mexicano, misma que corresponde fundamentalmente al Presidente de la República como titular único del Poder Ejecutivo Federal, como se desprende del siguiente texto:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

...

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, ... En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: *la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.*

...

Por su parte, el artículo 100 habla de los principios rectores del servicio civil de carrera judicial, los cuales están previstos en los términos siguientes:

Artículo 100. El Consejo de la Judicatura Federal será un órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones. La ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los *principios* de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

Tal como lo hizo el artículo 21 constitucional, el precepto transscrito anteriormente mezcla los principios jurídicos con principios de conducta, creando una confusión sobre la auténtica naturaleza de los principios de derecho.

Continuamos con el artículo 105, que hace una remisión a los principios generales y disposiciones generales (reglas) en materia penal, seguramente refiriéndose a aquellos que analizamos con el artículo 20 constitucional ya transscrito.

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los *principios* generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

Por su parte, el artículo 115 señala los cuatro principios que deben regir el sistema de justicia administrativa en las entidades federativas. Estos son: igualdad, publicidad, audiencia y legalidad.

Artículo 115. ...

II. ...

Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los estados, ...

El objeto de las leyes a que se refiere el párrafo anterior será establecer:

a) Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los *principios* de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad.

VIII. Las leyes de los estados introducirán el *principio* de la representación proporcional en la elección de los ayuntamientos de todos los municipios.

El artículo 116 recoge dos de los erróneamente denominados principios electorales del esquema federal (mayoría relativa y representación proporcional); además de los principios, también federales, del órgano superior de fiscalización como obligatorios para sus equivalentes locales: posterioridad, anualidad, legalidad, imparcialidad y confiabilidad.

Artículo 116. ...

Los poderes de los estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

II. ...

Las legislaturas de los estados se integrarán con diputados elegidos según los *principios* de mayoría relativa y de representación proporcional, en los términos que señalen sus leyes;

Las legislaturas de los estados contarán con entidades estatales de fiscalización, ... La función de fiscalización se desarrollará conforme a los *principios* de posterioridad, anualidad, legalidad, imparcialidad y confiabilidad.

IV. Las constituciones y leyes de los estados en materia electoral garantizarán que:

I) Se establezca un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al *principio* de legalidad.

Se fijen las causales de nulidad de las elecciones de gobernador, diputados locales y ayuntamientos, así como los plazos convenientes para el desahogo de todas las instancias impugnativas, tomando en cuenta el *principio* de definitividad de las etapas de los procesos electorales, y

...

A su vez, el artículo 122 también recoge todos los principios electorales federales, ya citados en los artículos 41 y siguientes.

Artículo 122. ...

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal se integrará con el número de diputados electos según los *principios* de mayoría relativa y de representación proporcional.

Base Primera. V. ...

e) La función de fiscalización será ejercida conforme a los *principios* de posterioridad, anualidad, legalidad, imparcialidad y confiabilidad.

f) Expedir las disposiciones que garanticen en el Distrito Federal elecciones libres y auténticas, mediante sufragio universal, libre, secreto y directo; sujetándose a las bases que establezca el Estatuto de Gobierno, las cuales cum-

plirán los *principios* y reglas establecidos en los incisos b) al n) de la fracción IV del artículo 116 de esta Constitución, para lo cual las referencias que los incisos j) y m) hacen a gobernador, diputados locales y ayuntamientos se asumirán, respectivamente, para Jefe de Gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y Jefes Delegacionales.

El penúltimo señalamiento a un principio se refiere a un tema en el que México comparte postura política con Italia (y España, Francia e Inglaterra): la relación Estado-iglesias. Dicho precepto manda lo siguiente:

Artículo 130. El *principio histórico de la separación del Estado y las iglesias* orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

El último artículo de la CPEUM establece de manera genérica los principios que la propia ley fundamental mexicana contempla. Y expresa lo siguiente:

Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los *principios* que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia,...

Así, en esta parte final del capítulo retomamos la pregunta planteada al inicio del mismo sobre ¿cuántos y cuáles principios encontramos en nuestro texto constitucional? Para tratar de responder a dicho cues-

tionamiento debemos fijar criterios de clasificación. En un primer grupo tenemos la relación de los principios específicos y concretos. En un segundo los enunciados genéricos y en un tercero las menciones en calidad de remisión a otros principios.

I. *Primer grupo. Principios específicos o nominados.* A continuación se enuncia el principio y las veces que se menciona en la CPEUM, siguiéndose el orden de aparición en nuestra propia ley fundamental.

<i>Principio de:</i>	<i>Menciones</i>	<i>Principio de:</i>	<i>Menciones</i>
1. Máxima publicidad	1 (art. 60.)	20. Votación mayoritaria relativa (o de mayoría relativa)	8 (52, 54 [2v], 56, 63, 77, 116 y 122)
2. Publicidad	2 (arts. 20 y 115)	21. Representación proporcional	14 (52, 53, 54 [5v], 56, 60, 63 [2v], 115, 116 y 122)
3. Contradicción	1 (20)	22. Primera minoría	1 (63)
4. Concentración	1 (20)	23. Posterioridad	4 (79 [2v], 116 y 122)
5. Continuidad	1 (20)	24. Anualidad	4 (79 [2], 116 y 122)
6. Inmediación	1 (20)	25. Definitividad	2 (79 y 116)
7. Legalidad	8 (21, 41 [2 veces], 79, 115, 116 [2v] y 122)	26. Confidabilidad	3 (79, 116 y 122)
8. Objetividad	4 (21, 26, 41 y 100)	27. Autodeterminación de los pueblos	1 (89)

9. Eficiencia	1 (21)	28. No intervención	1 (89)
10. Profesionalismo	1 (21)	29. Solución pacífica de controversias	1 (89)
11. Honradez	1 (21)	30. Proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales	1 (89)
12. Respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución	1 (21)	31. Igualdad jurídica de los Estados	1 (89)
13. Accesibilidad a la información	1 (26)	32. Cooperación internacional para el desarrollo	1 (89)
14. Transparencia	1 (26)	33. Lucha por la paz y la seguridad internacionales	1 (89)
15. Independencia	3 (26, 41 y 100)	34. Excelencia	1 (100)
16. Reciprocidad internacional	1 (27)	35. Profesionalismo	1 (100)
17. Certeza	1 (41)	36. Igualdad	3 (20, 89 y 115)
18. Imparcialidad	5 (41, 79, 100, 116 y 122)	37. Audiencia	2 (20 y 115)
19. Constitucionalidad	1 (41)	38. Histórico de la separación del Estado y las iglesias	1 (130)

II. Segundo grupo. *Principios genéricos o innombrados*, con dos subtipos:

a) *Principios generales*, con cuatro casos:

1. *Principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo* (art. 2).
2. *Principios generales de esta Constitución* (art. 2, A II).
3. *Principios generales del derecho* (art. 14).
4. *Principios generales en materia penal* (art. 105).

b) *Principios en abstracto*, con tres casos:

1. *Principios que ríjan el tratamiento de datos (personales)* (art. 16).
2. *Principios de esta ley fundamental* (art. 40).
3. *Principios que ella (la Constitución) sanciona* (art. 136).

III. Tercer grupo. *Principios implícitos o insinuados y remisiones (concretas y abstractas)*.

Artículo 2o. Este artículo habla de principios generales, pero no los especifica, aunque pudiera referirse a los *principios generales de*:

1. *Identidad indígena* (o principio de conciencia de identidad) (párrafo 3o.).
2. *Unidad (socio-económico-cultural) comunitaria* (párrafo 4).
3. *Reconocimiento de autoridad* (o de autoridad reconocida) (párrafo 4).

4. *Libre determinación y autonomía* (párrafo 5).
5. *Principio territorial*¹⁵ (párrafo 4).

En el artículo 3o. también existe auto-remisión del propio precepto a *los principios de este artículo*, que, al igual que en el caso anterior del artículo 2o., tampoco están especificados, lo que igualmente nos obliga a deducir los siguientes:

1. *Principio de laicidad* (frac. I).
2. *Principio democrático de la educación* (II a).
3. *Principio de dignidad humana, del interés social y de no discriminación* (II c).
4. *Principio de gratuidad en la educación* (IV).
5. *Principios de libertad de cátedra e investigación* (VII).
6. *Principio de libre examen y discusión de ideas* (VII).
7. *Principio de autonomía institucional educativa* (VII).

El artículo 6o. habla de los principios y bases contenidos en su texto; sin embargo, el único principio que denomina como tal es el de máxima publicidad, y nos obliga a encontrar otros:

1. *Principio de interés simple o de libre acceso a la información pública* (III).
2. *Principio de autonomía de los órganos rectores en materia de transparencia* (IV).
3. *Principio sancionatorio o de lex perfectae.*

¹⁵ Único reconocido por la SCJN según se comentó en este trabajo; ver supra Tesis aislada 2a., CXXXVIII/2002, SCJN.

En conclusión, la CPEUM contempla a lo largo de su articulado 38 principios específicos y explícitos, más 15 implícitos para totalizar 53, además de las siete referencias genéricas descritas.

2. Jurisprudencia

En la Novena época de actividades de la SCJN, que comprende desde el 4 de febrero de 1995¹⁶ hasta la fecha, es decir, en poco más de quince años, el vocablo *principio*, en su acepción jurídica, aparece en 1,673 rubros de tesis¹⁷ de jurisprudencia¹⁸; con un total de 218 principios de una u otra forma diferenciados entre sí (ver Cuadro estadístico como Anexo único).

Al respecto llaman fuertemente la atención diversos aspectos que producen una serie de reflexiones.

- a) Únicamente tres principios: *equidad tributaria, proporcionalidad tributaria y legalidad tributaria* representan más de la mitad del total (904 = 54%), y sólo el primero de ellos más de la cuarta parte (439 = 26.2%). Esto puede tener una variedad

¹⁶ Acuerdo 5/1995 Pleno SCJN. <http://www.scjn.gob.mx> consulta 03/09/10.

¹⁷ Que en el sistema jurídico mexicano, con base en la Constitución y la Ley de Amparo, se producen por dos vías: 1) Reiteración de cinco ejecutorias ininterrumpidas en el mismo sentido, y 2) Contradicción, ya sea de dos tesis de sendos tribunales colegiados (que resuelve una Sala de la SCJN) o entre las dos salas de la SCJN (que resuelve el Pleno). Las tesis aisladas (ejecutorias) no se tomaron en cuenta para este trabajo.

¹⁸ Jus 2009 <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>. Fecha de consulta: agosto-septiembre de 2010.

de interpretaciones, pero sin duda la primera de ellas es que la SCJN, como autoridad constitucional y poder jurisdiccional supremo, es a su vez accionada y utilizada por los factores reales de poder de nuestro país¹⁹, como son las grandes empresas, nacionales y transnacionales, que producen la mayor litigiosidad fiscal, no sólo en México sino a nivel mundial.

- b) Por otro lado, principios que son considerados de alta trascendencia, como el principio *pro homine*, acceso a la justicia o igualdad jurídica, apenas son mencionados una o dos veces.
- c) Del total de 204 principios, 122 de ellos son mencionados una sola vez, es decir, el 59.8 por ciento.
- d) La diversidad terminológica resulta por demás interesante y quizás también preocupante cuando varía con respecto a los mismos principios.
- e) También vemos que la jurisprudencia abstrae y deduce principios no sólo de la CPEUM, sino también de las leyes (reglas), siempre con base en la primera como ley fundamental de nuestro país.

3. Doctrina

A los principios establecidos en la CPEUM regularmente no se les estudia ni analiza de manera particular en la gran mayoría de los textos sobre derecho constitucional mexicano que existen publicados. Ello, sin embargo,

¹⁹ "Grupos de presión" o "poderes salvajes del mercado", en palabras de Fix-Zamudio y Ferrajoli.

no significa que tales principios constitucionales no sean abordados en los distintos capítulos o temas que desarrollan los autores de las obras de derecho constitucional. Pero, repetimos, solamente unos cuantos autores dedican capítulos específicos al tema de los principios constitucionales.

Por tales razones, nos hemos basado en el *Tratado de derecho constitucional*, de Elisur Arteaga Nava²⁰, que dedica un capítulo especialmente al estudio de los *principios constitucionales* y a los *principios de interpretación constitucional*, para señalar el reconocimiento que la doctrina mexicana hace respecto del tema de los principios en la CPEUM.

El maestro Arteaga encuentra una serie de principios explícitos e implícitos en nuestra ley fundamental. Concretamente se refiere a 10 principios constitucionales y sus características intrínsecas, y entre ellos menciona a los siguientes:

1. *Supremacía constitucional.*
2. *Generalidad de la Constitución.*
3. *Constitución escrita.*
4. *Constitución reformable.*
5. *Constitución rígida.*
6. *Permanencia de la Constitución.*
7. *Constitución positiva.*
8. *Constitución íntegra.*
9. *Sin contradicciones.*
10. *Unidad e identidad.*

Además, se encarga de analizar y describir 17 principios de interpretación constitucional derivados de la CPEUM, y que son al mismo tiempo aplicables a la propia ley fundamental:

1. *Principio de Supremacía constitucional*, artículo 133.
2. *Principio de que la Constitución es norma fundamental*, artículos 40, 41 y 124.
3. *Principio de que la Constitución ha sido sólo una, y que es completa en sí y por sí.*
4. *Principio de incongruencia constitucional.*
5. *Principio de permanencia constitucional*, artículos 135 y 29.
6. *Principio de legalidad.*
7. *Principio de igualdad y privilegios*, artículo 13 (implícito).
8. *Principio de generalidad y exclusividad.*
9. *Principio de que las facultades de los poderes federales son enumeradas*, artículo 124.
10. *Principio de las facultades residuales*, artículo 124.
11. *Principio que regula la existencia de los derechos humanos y sus limitantes.*
12. *Principio del silencio de la Constitución.*
13. *Principio de que todo poder es completo en sí mismo.*
14. *Principio de que la Constitución es un todo.*
15. *Principio de que la Constitución es un texto político.*
16. *Principios de interpretación de las prohibiciones.*
 - a. *Quae contra jus fiunt debent utique pro infectis habere* (las cosas hechas contra derecho se reputan no hechas).

²⁰ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, Oxford University Press, México, 2008.

- b. *Quod nullum est, nullum producit effectum* (lo que es nulo, no produce efecto alguno).
- c. *Las prohibiciones emitidas por los poderes constituidos, únicamente son válidas cuando la autoridad que emite la norma, disposición, resolución o decreto que la contiene, es competente para hacerlo, cuando lo hace dentro de la órbita de su actuación y mediante las formas previstas para que se manifieste el ejercicio de su cuota de autoridad.*
- d. *Todo acto de autoridad se presume constitucional mientras tanto no sea declarado que no lo es por la autoridad competente.*
- e. *Cum quid prohibetur, prohibentur omnia quae sequuntur ex illo* (cuando se prohíbe una cosa, quedan prohibidas todas las que son sus consecuencias).
- f. *Multa fieri prohibentur quae tamen facta tenent* (muchas cosas se prohíbe que se hagan, que hechas se sostienen).
- g. *Ubi ley inhibet usucacionem, bona fides possidenti nihil prodest* (cuando la ley prohíbe la usucapión, no aprovecha la buena fe al poseedor).
- h. *Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt* (lo que está prohibido por la naturaleza de las cosas, no puede confirmarse por ley alguna).
- i. *Cum quid una via prohibetur alicui ad alia non debet admiti* (al que se le prohíbe algo por un medio, no se le debe admitir por otro).
- j. *In re pari potiorem causam prohibentis essa constat* (consta que en igualdad de circunstancias, es más valedera la causa del que prohíbe).

- k. *Quoties dubia interpretatio libertatis est, seum libertatem respondendum erit* (todas las dudas sobre la libertad, deben interpretarse a favor de ella).
- l. *Prohibitio aliquo prohibetur etiam id per quod pervenitur ad illud* (cuando se prohíbe una cosa, se entienden prohibidos los medios para ella).
- m. *In re communi potior es condicio prohibentis* (en cosa común es mejor la condición del que prohíbe).
- n. *In re pari potiorem causam prohibentis essa constat* (consta que en igualdad de circunstancias, es más valedera la causa del que prohíbe)
- o. *Culpa caret quit scit, sed prohibire non potest* (carece de culpa el que sabe y no puede prohibir).
- p. *Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibire non potest* (ningún crimen puede imputarse a aquél que no prohíbe, cuando no puede prohibir).
- q. *Ad impossibilia nemo tenetur* (a lo imposible nadie está obligado).
- r. *Quod alicui gratiōe conceditur, trahi non debet alii in exemplum* (lo que está concedido a algunos gratiosamente no debe citarse como ejemplo por otros).
- s. *Los privilegios, por ser odiosos, deben interpretarse en forma restrictiva* (odia restringi).
- t. *Exceptione sunt strictissimae interpretationis* (las excepciones son de interpretación estricta).
- 17. *Principio de Jerarquía*
 - a. *Durum est negare superior cum supplicat* (es difícil decir no cuando es un superior quien pide).
 - b. *Principibus placuisse viris non ultima laus est* (agradar a los príncipes no es la última de las glorias).

De lo anterior, desprendemos que también en la doctrina mexicana la frontera entre los principios y las reglas no siempre es clara y precisa. Asimismo, vemos que algunos principios se derivan, explícita o implícitamente, de algún precepto constitucional, y otros se abstraen de nuestra ley suprema como un todo o de alguna sección como una generalidad de los artículos, títulos o capítulos de la propia CPEUM.

A lo largo de este ensayo puede apreciarse que el texto constitucional, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en un número reducido de casos cuando se trata de principios jurídicos, pues prácticamente se concretan a los principios de supremacía, legalidad, igualdad, existencia de los derechos humanos (y sus limitaciones) y de jerarquía. Un análisis sobre las razones de ello podrá ser objeto de un futuro trabajo, aunque podemos adelantar que pudiera tener relación con problemas de actualidad y congruencia de nuestro texto constitucional.

III. TRATADOS INTERNACIONALES

Desde los tratados sobre derechos humanos (derechos fundamentales) hasta los tratados comerciales, suscritos por México, los principios están presentes de una u otra forma en el derecho internacional aplicable en México.

Conviene recordar que, con base en el artículo 133 constitucional, los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado mexicano son parte inte-

grante de nuestro derecho positivo²¹. Relacionados con los derechos humanos, dentro de los principales instrumentos internacionales, encontramos en primer lugar a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948)²², “que si bien en un principio sólo fue considerada como un documento de moral internacional, se ha convertido en un documento con efectos jurídicos”²³. Asimismo, a la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948)²⁴, al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966)²⁵, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1978)²⁶, y el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”* (1988). En cuanto a los tratados comerciales, entre las decenas de ellos celebrados y ratificados por México, tenemos como el más ejempli-

²¹ Desde 1980 el Ejecutivo federal ratificó varios tratados y convenciones relacionadas con los derechos humanos, cuyo decreto de promulgación se publicó en los diarios oficiales de 30 de marzo, 29 de abril, 4, 7 y 12 de mayo de 1981; entre los cuales se encuentran el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

²² Székely, Alberto (comp.), *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, 1981, UNAM-IIJ, México, p. 228.

²³ Fix-Zamudio, Héctor, *Méjico y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CNDH, México, 1999.

²⁴ Idem. Si bien se originó como simple pronunciamiento, adquirió fuerza vinculatoria según lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva núm. 10, del 14 de julio de 1989.

²⁵ Székely, *op. cit.*

²⁶ Idem. <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

ficativo al Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

En todos los tratados antes mencionados y en la mayoría de su tipo en todo el mundo, se encuentran presentes los principios tanto explícita como implícitamente, como parte esencial de los mismos. Los tratados en lo general, por naturaleza se componen básicamente de principios, mismos que sirven de guía y de pauta a la legislación interna de cada país firmante.

Estos instrumentos internacionales son de suma utilidad, pues complementan a nuestro sistema jurídico. En México la SCJN determinó que los *tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal* (P. LXXVII/99, noviembre de 1999²⁷).

1. Principios y derechos humanos (CIDH)

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*²⁸ aparece la palabra principio cuatro veces, y la palabra principios dos veces.

²⁷ El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60. Octava época, diciembre de 1992, p. 27, de rubro: "Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa".

²⁸ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Preámbulo

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el *respeto de los derechos esenciales del hombre*. Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una *protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno* de los Estados americanos.

Considerando que *estos principios* han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Al hablar de "estos principios" el tercer párrafo del Preámbulo transrito, presumimos que se refiere a los principios de respeto a los derechos esenciales del hombre y de acceso a la justicia, contenidos en el primer y segundo párrafo respectivamente, y desarrollados ambos mediante diversos principios específicos a lo largo de los distintos instrumentos citados.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

En el Pacto de San José el primer precepto en utilizar el vocablo *principio*, es el artículo 7, mismo que señala lo siguiente:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal.
7. Nadie será detenido por deudas. Este *principio* no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Aunque la palabra principio sólo se menciona en el último numeral (7) del artículo 7 antes transcrita, podríamos decir que prácticamente todos los puntos contienen un principio o son parte de un mismo principio de libertad y seguridad personales.

En los artículos 9, 17 y 27 aparece nuevamente el vocablo *principio*, y posteriormente en el numeral 46 se inserta la palabra *principios*. Veamos el texto que dice:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad
Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas

según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 17. Protección a la familia

1. ...
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al *principio* de no discriminación establecido en esta Convención.

Suspensión de Garantías, interpretación y aplicación

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (*Principio de Legalidad y de Retroactividad*); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Artículo 46.

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
 - a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los *principios* del derecho internacional generalmente reconocidos.

Aquí recordamos que México desde 1998 se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁹ como instancia supranacional, por lo que tiene especial importancia el contenido de los tratados antes citados.

2. TLCAN O NAFTA

En el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés) también se incluye el vocablo principios como parte de las definiciones de las disposiciones administrativas aplicables a los estados partes del tratado, que son México, Estados Unidos y Canadá.

Capítulo XIX: Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias

²⁹ Acta de depósito de la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 16/12/1998.

Séptima parte: Disposiciones administrativas institucionales

Artículo 1904: Revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias

1. Según se dispone en este artículo, cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.
3. El panel aplicará los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911 y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.

Artículo 1911: Definiciones

Para efectos de este capítulo:

Principios generales de derecho: incluyen principios tales como legitimación del interés jurídico, debido proceso, reglas de interpretación de la ley, cuestiones sin validez legal y agotamiento de los recursos administrativos; y

Estos artículos tienen una aplicación práctica, como lo podemos ver en las resoluciones que constantemente emiten los secretariados de los tres países (EUA-México-Canadá) a través de los paneles arbitrales, por ejemplo, la reciente Decisión final del panel sobre la revisión ante panel binacional conforme al artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en materia de perfiles y tubos rectangulares de grosor ligero provenientes de México; resolución definitiva

sobre venta por debajo del valor normal³⁰, apenas dictada el pasado mes de agosto del presente año.

Los mecanismos supranacionales para la solución de controversias dentro del TLCAN han sido objeto de un intenso debate sobre la definitividad de las resoluciones que emite el Secretariado (dividido en tres partes, una por cada país miembro), a través de los paneles conformados por especialistas de las tres partes; ya que el derecho interno (por lo menos en los casos de EUA y México) se niega a dejar de tener la última decisión a través de sus respectivos poderes judiciales. Pero esta discusión la dejamos para otra entrega.

Lo que nos importa mencionar aquí es que el trabajo de los paneles (y tribunales) ha sido intenso y constante, vasto en interpretación y en producción; uno de los aspectos más atractivos es que los especialistas integrantes de dichos cuerpos colegiados provienen de los dos grandes sistemas jurídicos de occidente: el *common law* y el *civilista*, en donde los principios han servido de punto de conexión y común denominador, por lo que han jugado un papel preponderante. Esto ha provocado riqueza de criterios, que además de interesante en lo teórico y académico, resulta por demás útil en la práctica, pues ayuda a resolver problemas no sólo jurídico-económicos sino también políticos, sociales y hasta culturales.

IV. CONCLUSIONES

1. La realidad jurídica mexicana demuestra la existencia de principios y reglas como figuras jurídicas distintas,

³⁰ Expediente USA-MEX-2008-1904-03. DOF 25/08/10.

utilizadas por las autoridades creadoras (legislativas y jurisprudenciales), intérpretes y ejecutoras de la CPEUM y la legislación secundaria; aunque si bien no siempre distinguen en forma clara entre unos y otras, aun cuando los denominen expresamente o se insinúen implícitamente.

2. Encontramos comúnmente una "confusión", conceptual y terminológica, entre principios, bases, garantías, etc. Distamos todavía de algo que se acerque a una teoría de los principios en nuestra constitución y, aunque en menor nivel, también en la jurisprudencia federal.

3. La CPEUM, los tratados, la jurisprudencia y la doctrina si bien coinciden en algunos principios, no podemos afirmar que lo hacen en su generalidad, lo cual nos debe mover a una serie de reflexiones sobre la actualidad de nuestro texto constitucional.

4. Con todo y las mezclas y confusiones entre reglas y principios en algunos casos, estimamos que la teoría de Robert Alexy es la que mejor describe el fenómeno jurídico y la que mayormente coincide con la realidad, en el sentido de la utilización que hace el juzgador (y en general el aplicador de la ley) de los principios para dar contenido, guía y dirección a las reglas; tanto en los casos en que éstas sean claras en su sentido, como en los casos de integración por ambigüedad, deficiencia u omisión (lagunas) normativa.

5. La jurisprudencia federal mexicana nos muestra que ante la mayor o menor coincidencia teórica, cobra especial relevancia el papel del aplicador de la ley al caso concreto, tanto en materia ejecutiva como juris-

diccional, y particularmente este último. El perfil de los juzgadores, su visión, criterio, formación, ideología, nivel de compromiso y capacidad de comunicación serán determinantes en la trascendencia de la esencia de las reglas, pero sobre todo de los principios.

6. No importa qué haga el legislador, cuán bien prevea el futuro y descifre su entorno, siempre la realidad supera a la ley (regla-norma) en cuanto a complejidad y diversidad; por lo que el papel del intérprete siempre será determinante y en ello siempre serán determinantes los principios y la forma en que el propio intérprete los conozca, los entienda y los utilice. La doctrina aporta mucho con sus construcciones teóricas y el legislador ha recogido algunos principios para convertirlos en ley, cuando así resulta conveniente.

7. Pareciera haber una tendencia, aunque no podemos afirmar que sea generalizada, a que cada vez se dificulte más clasificar a un sistema jurídico como prioritariamente de reglas o de principios; los sistemas que por origen y tradición han sido clasificados como prioritariamente de principios, muestran un contenido importante de reglas y viceversa con los sistemas opuestos.

ANEXO ÚNICO

<i>Principios en la jurisprudencia del PJF*, 9a. época</i>	Menciones
1. P. de acceso a la justicia.	1
2. P. de adecuación de la pena referida a la gravedad del daño habido.	1
3. P. de adquisición procesal y carga de la prueba.	1
4. P. de adquisición procesal en materia penal.	1
5. P. de afectación.	1
6. P. de anualidad.	2
7. P. de apariencia del buen derecho.	2
8. P. de aplicación retroactiva de la ley en beneficio del inculpado.	1
9. P. de autodeterminación de los tributos.	1
10. P. de autoliquidación.	1
11. P. de <i>autonomía</i> a que alude el artículo 73, fracción XXIX-H de la Constitución general de la República (jurisdiccional <i>contencioso administrativa*</i>).	1
12. P. de <i>autonomía</i> que establecen los numerales 116, fracc. IV, y 122, Apartado C, Base primera, fracc. V, inciso F) constitucional (<i>Electoral*</i>).	1
13. P. de autoridad competente del artículo 16 constitucional (<i>sic</i>).	1
14. P. de autoridad de cosa juzgada.	1
15. P. de buena fe en los contratos.	1
16. P. de buena fe en materia administrativa.	2

* Poder Judicial de la Federación, que para efectos de emisión de jurisprudencia incluye a la SCJN y a los tribunales colegiados de circuito.

<i>Principios en la jurisprudencia del PJF, 9a. época</i>	Menciones
17. P. de buena fe procesal.	2
18. P. de carrera judicial.	1
19. P. de celeridad procesal.	2
20. P. de certeza electoral (Una variante: de certeza conforme al artículo 116, fracc. IV, incisos B y C constitucional).	10
21. P. de certeza jurídica.	7
22. P. de certeza que deben revestir los actos notariales.	1
23. P. de certeza.	3
24. P. de circunstanciación.	1
25. P. de colaboración ciudadana por mayoría de razón.	1
26. P. de congruencia de las resoluciones judiciales (sentencias).	11
27. P. de congruencia externa.	1
28. P. de congruencia.	26
29. P. contenido en el art. 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Los Administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aun cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido designados, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos.*	1
30. P. Contenido en el artículo 3o. de la Ley Federal del Trabajo relativo a que "el trabajo no es artículo de comercio".	1
31. P. Constitucional de motivación.	1

32. P. de consunción o absorción en el delito de lesiones.	3
33. P. de continencia de la causa.	3
34. P. de continuidad de la audiencia.	1
35. P. de cosa juzgada.	7
36. P. de comunicabilidad de las calificativas o modificativas del delito entre copartícipes.	1
37. P. de debida fundamentación y motivación.	2
38. P. de debido proceso legal.	1
39. P. de declinación de la responsabilidad del juicio.	1
40. P. de defensa legal.	1
41. P. de definitividad (Variantes en fraseo: 1) en el amparo, 2) en las sentencias emitidas por los tribunales colegiados de circuito, 3) para efectos del juicio de amparo indirecto, y 4) que rige al juicio de garantías).	130
42. P. de destino al gasto público.	9
43. P. de destino del financiamiento público otorgado por el Estado.	2
44. P. dispositivo.	2
45. P. de distribución de atribuciones entre los órganos del poder público.	1
46. P. de división de poderes (Una variante: de división funcional de poderes*).	44
47. P. de división funcional de competencias.	2
48. P. de duda razonable.	1
49. P. de economía procesal.	3
50. P. de ejecución de la sentencia concesoria del amparo.	1

<i>Principios en la jurisprudencia del PJF, 9a. época</i>	Menciones
51. P. de ejercicio directo de los recursos que integran la hacienda pública.	1
52. P. de equidad.	2
53. P. de equidad electoral (Variantes: de equidad en la contienda y de equidad contenido en el artículo 116, fracc. IV, inciso G constitucional*).	11
54. P. de equidad procesal.	4
55. P. de equidad tributaria.	439
56. P. de equilibrio procesal.	1
57. P. de especialidad (Una variante: de especialidad de las normas*).	12
58. P. de estricta aplicación de las leyes penales.	1
59. P. de estricto derecho.	5
60. P. de exacta aplicación de la ley en materia penal.	6
61. P. de exacta aplicación de las leyes.	4
62. P. de exactitud en el lugar del pago.	1
63. P. de exactitud en la sustancia de los pagos.	1
64. P. de exhaustividad.	3
65. P. de exhaustividad de las sentencias en materia fiscal.	2
66. P. de exhaustividad y congruencia.	1
67. P. de expeditez (en el artículo 17 constitucional).	1
68. P. general de derecho de que el que afirma está obligado a probar.	1
69. P. de generalidad de las leyes previsto en el artículo 13 constitucional.	2
70. P. de generalidad tributaria.	4

71. P. de idoneidad.	1
72. P. de igualdad ante la ley.	3
73. P. de igualdad ante la ley con relación a la garantía de libertad de trabajo.	2
74. P. de igualdad en el proceso penal.	1
75. P. de igualdad en la contienda.	3
76. P. de igualdad jurídica.	1
77. P. de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.	1
78. P. de igualdad procesal.	9
79. P. de igualdad salarial.	1
80. P. de igualdad.	25
81. P. de imparcialidad, artículo 116 constitucional.	1
82. P. de imparcialidad en la contenida (artículo 17 constitucional).	1
83. P. de imparcialidad judicial.	5
84. P. de impartición de justicia real.	1
85. P. de imperio de la ley.	1
86. P. de imprescriptibilidad que rige en materia de alimentos.	1
87. P. de impugnabilidad.	1
88. P. de impugnación de las sentencias.	1
89. P. de inacababilidad.	1
90. P. de inamovilidad de los trabajadores al servicio del Estado.	1
91. P. de inamovilidad judicial.	1
92. P. de independencia judicial.	4
93. P. de indivisibilidad.	1
94. P. de indivisibilidad de la audiencia incidental.	1

<i>Principios en la jurisprudencia del PJF, 9a. época</i>	Menciones
95. P. de indivisibilidad de la parcela ejidal.	6
96. P. de inimpugnabilidad.	1
97. P. de inmediación procesal.	3
98. P. de inmediación.	1
99. P. de inmediatez que rige a los actos administrativos.	1
100. P. de instancia de parte agraviada.	4
101. P. de integridad de recursos económicos.	1
102. P. de interés superior de los menores.	2
103. P. de interpretación conforme.	1
104. P. de interpretación de la ley conforme a la Constitución.	1
105. P. de irretroactividad de la ley.	20
106. P. de irretroactividad de las leyes en materia contractual.	1
107. P. de irrevocabilidad.	1
108. P. de jerarquía, implícito en el artículo 133 constitucional.	1
109. P. de jerarquía normativa.	3
110. P. de justicia fiscal en el gasto público.	1
111. P. de justicia pronta y expedita.	1
112. P. de justicia pronta.	4
113. P. de la carga de la prueba.	1
114. P. de la libre administración hacendaria municipal.	1
115. P. de la no intervención de un Poder en otro.	1
116. P. de legalidad.	26

117. P. de legalidad tributaria.	206
118. P. de Lex Posterior Derogat Priori.	1
119. P. de libertad de contratación de las partes.	1
120. P. de libertad sindical.	1
121. P. de libre administración hacendaria.	3
122. P. de libre administración pública.	1
123. P. de libre comercio.	1
124. P. de libre concurrencia.	1
125. P. de libre interrogatorio.	1
126. P. de limitación de pruebas en el amparo.	2
127. P. de literalidad.	1
128. P. de literalidad establecido en el artículo 5o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.	2
129. P. de Litis abierta.	14
130. P. de lo más favorable al reo.	3
131. P. de mayor beneficio.	1
132. P. de mayor beneficio en materia penal.	5
133. P. de mínima intervención conforme al artículo 18 constitucional.	1
134. P. de que ningún órgano jurisdiccional siendo competente está facultado para abstenerse de resolver los asuntos que se presenten a su conocimiento ni para remitir su negocio a otro tribunal.	1
135. P. de no autoincriminación previsto en el Apartado A, fracción II, del artículo 20 constitucional.	3
136. P. de no discriminación.	1
137. P. de no redundancia en materia constitucional.	1
138. P. de no retroactividad.	1

<i>Principios en la jurisprudencia del PJF, 9a. época</i>	Menciones
139. P. de objetividad que impera en la función jurisdiccional.	1
140. P. de obligatoriedad de las formas procesales.	1
141. P. de oralidad.	1
142. P. de oralidad en el ofrecimiento de las pruebas.	1
143. P. de Patria Potestad.	1
144. P. de permanencia que prevé el artículo 116, fracc. III, segundo párrafo constitucional (Jurisdiccional*).	1
145. P. de preclusión procesal.	4
146. P. de preeminencia de la voluntad de las partes sobre la ley.	1
147. P. de preeminencia.	1
148. P. de presunción de inocencia consagrado implícitamente en la Constitución.	4
149. P. de presunción de inocencia.	9
150. P. de prevención.	1
151. P. Pro Actione.	1
152. P. de prohibición de agravación o doble atenuación.	1
153. P. de prontitud y expeditez en la administración de justicia.	1
154. P. de proporcionalidad.	8
155. P. de proporcionalidad de las medidas a los adolescentes conforme al artículo 18 constitucional.	1
156. P. de proporcionalidad en las penas (sanciones).	4

157. P. de proporcionalidad que rige la materia de alimentos.	2
158. P. de proporcionalidad tributaria.	250
159. P. de protección a la organización y el desarrollo de la familia.	1
160. P. de prueba.	1
161. P. de que a trabajo igual corresponde salario igual (Una variante: consagrado en la fracción V, apartado B, artículo 123 constitucional*).	3
162. P. de queja deficiente.	2
163. P. de ratificación para los magistrados de los poderes judiciales de los estados.	3
164. P. de reciprocidad en materia de alimentos.	1
165. P. de rectoría económica del Estado.	1
166. P. de relatividad de las sentencias de amparo.	1
167. P. de representación proporcional en materia electoral.	5
168. P. de representación proporcional.	12
169. P. de Res Inter Alios Acta.	1
170. P. de reserva de ley.	11
171. P. de retroactividad de la ley.	6
172. P. de saneamiento de la causa.	1
173. P. de seguridad jurídica de los contribuyentes.	1
174. P. de seguridad jurídica.	24
175. P. de seguridad social.	1
176. P. de sigilo de la averiguación previa.	1
177. P. de ratificación de los magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.	1

<i>Principios en la jurisprudencia del PJF, 9a. época</i>	Menciones
178. P. de subordinación jerárquica de los órganos desconcentrados de la administración pública federal centralizada.	1
179. P. de subordinación jerárquica.	9
180. P. de supremacía constitucional y orden jerárquico normativo.	2
181. P. de supremacía constitucional.	18
182. P. de supremacía de los tratados internacionales.	1
183. P. de temeridad o mala fe.	1
184. P. de territorialidad de la ley.	2
185. P. de territorialidad y de reclusión ordinaria.	1
186. P. de tipicidad.	5
187. P. de tipicidad (artículo 18 constitucional).	1
188. P. de tipicidad del derecho administrativo sancionador.	1
189. P. de transparencia en el manejo de los recursos públicos y privados de los partidos políticos.	1
190. P. de tutela judicial efectiva.	1
191. P. de tutela jurisdiccional.	1
192. P. de ultra actividad de la ley.	1
193. P. de unidad de la administración pública.	1
194. P. de unidad que rige a la audiencia constitucional (amparo).	2
195. P. fundamental de que la ley especial debe prevalecer sobre la general.	1
196. P. general de adquisición procesal.	1

197. P. In Dubio Pro Operario.	6
198. P. Non Bis in Idem.	6
199. P. Non Reformatio in Peius.	10
200. P. Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege.	3
201. P. Pro Homine.	2
202. P. que concibe al Ministerio Público como único titular de la acción penal y órgano persecutor de los delitos.	1
203. P. rector de la guarda y custodia establecido en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal.	1
204. P. unitario de valoración.	1

* Complemento nuestro entre paréntesis.

PRINCIPIOS Y REGLAS EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA

ASPECTOS TEÓRICOS Y EL EJEMPLO CONCRETO
DE LA CLÁUSULA DE BUENA FE
EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

ALDO PETRUCCI
RODRIGO DE LA PEZA

I. PRINCIPUM Y REGULA EN LOS TESTIMONIOS DE LOS JURISTAS ROMANOS

Los juristas de esta época hemos superado la concepción utópica de un sistema jurídico conformado únicamente por normas perfectas, absolutas, inmutables y carentes de toda contradicción; un sistema que contiene la solución a todos los problemas jurídicos que puedan plantearse. Las diversas teorías que tratan sobre argumentación jurídica, conciben la actividad del jurista, como un trabajo de ponderación de diversas reglas, normas, categorías y principios de derecho, con-

cebidos como herramientas que sirven para arribar a la solución válida y adecuada de cada problema. En este nuevo panorama, surge cada vez más el interés por conocer el funcionamiento de estas herramientas, y en especial el funcionamiento de los principios generales del derecho, cuyo empleo cobra cada vez más importancia en las resoluciones de los más altos tribunales nacionales y extranjeros, especialmente en materia de derechos humanos y de comercio internacional.

Si desde esta óptica se mira al derecho romano, sobre todo en la forma digerida que nos han legado los grandes esfuerzos de recopilación, compilación, sistematización y codificación, hechos por quienes en la historia han tenido entre sus manos la jurisprudencia romana, como materia prima; el jurista se ve impresionado, sobrecogido ante el resultado que cree vislumbrar tras la enorme evolución del pensamiento jurídico romano: un derecho de principios, que además se nos antojan atemporales, y que consideramos como verdades demostradas, si no por otra cosa, por el peso de los siglos.

Sin embargo, en la búsqueda de los orígenes históricos de los principios jurídicos, debe tenerse muy presente que en el proceso de creación del derecho romano clásico, donde principalmente fueron moldeados y aplicados, los principios de derecho, reglas o normas no se crearon de forma sistemática, esto es, no se concibieron *a priori*, como ideas dotadas de un contenido normativo determinado, para ser implementados después en la práctica, de pronto, con todas las características y cualidades con las que ahora los conocemos. La actividad creativa de los jurisprudentes no tenía como

finalidad la terminación de un ordenamiento jurídico sistemático, ni tampoco se reconocía a un buen jurista únicamente por su capacidad de elaborar construcciones teóricas abstractas.

Al estudiar el tema de los distintos conceptos jurídicos romanos, ha surgido en tiempos recientes una disputa en torno a una enunciación, en apariencia drástica, de Javoleno, según la cual¹:

Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset

[Toda definición en el derecho civil es peligrosa: existen pocas cosas, de hecho, que no se puedan subvertir].

Es opinión comúnmente aceptada en la doctrina, respecto de este tema, que la jurisprudencia romana jamás manifestó una particular actitud teórica mediante la definición de conceptos abstractos en sí mismos considerados, prescindiendo de su reflexión práctica y concreta².

Pero esta postura no necesariamente conduce al extremo de decir, como lo ha hecho Fritz Schulz³, que

¹ D. 50.17.202 (Iavolenus, 11 epist.).

² Remo Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 1 ss.; 367 ss.

³ Fritz Schulz, *Principi del Diritto Romano*, trad. it. di V. Arango Ruiz, Firenze, 1946, pp. 130 ss.; 296; opina que los juristas romanos no eran adeptos a las abstracciones, y evitaban la fijación de conceptos jurídicos, y en general, la elaboración de definiciones. En el mismo sentido, Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Auflage, Göttingen, 1993, pp. 165, 174 ss, quien abunda en el sentido de que los jurisconsultos no

existiera una clara aversión de parte de los juristas frente a cualquier formulación general de nociones. Por el contrario, importantes estudios⁴ demuestran la existencia de definiciones romanas en gran número de pasajes a lo largo del Digesto, constituyendo una gran aportación al conocimiento jurídico⁵.

tenían vocación para la abstracción, sino hasta la llegada del mundo griego, y mediante la dialéctica, y que sus definiciones no eran tales, sino solamente explicaciones de los términos, y que además, no tenían definiciones para determinar la esencia de muchas de sus figuras jurídicas principales.

⁴ Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, pp. 89 ss.

⁵ Antonio Carcaterra, *Le Definizioni dei Giuristi Romani; Metodo Mezzi e Fini*, Napoli, 1966, pp. 16, 45. Este autor señala en primer término, que la advertencia de Javoleno se refiere a las definiciones elaboradas en el derecho civil, lo cual en este caso significa el derecho positivo, compuesto por *leges, plebis scita, senatus consulta, edicta principum, decreta* y los *responsa ex auctoritate* de los juristas, pero no necesariamente "all'attività didattica e dogmatica, alla scientia iuris", y que por lo tanto, los juristas emitían definiciones sin temor a la advertencia expresada por Javoleno, incluso para fines científicos y didácticos, y que dichas definiciones, sí responden a lo que la ciencia moderna entiende como definición. Dicho autor opina también que los romanos tenían incluso en tiempos prehelénicos una sensibilidad jurídica aguda, y una capacidad de abstracción que les permitía elaborar conceptos genéricos, pero que por su idiosincrasia, preferían expresarlos mediante términos específicos, y que posteriormente, al heredar los conceptos dialécticos del mundo helénico (Aristóteles, Platón), los romanos adoptaron y coordinaron un concepto de *definitio* que dio nacimiento a la retórica romana (Cicerón). Señala en este sentido que si no contaban con definiciones para ciertas figuras jurídicas importantes, esto se debía en parte a la pluralidad de ordenamientos, por cuanto que un mismo término no podía ser definido de la misma manera para todos ellos, y que muchas de las figuras jurídicas no eran unitarias, sino que se trataba de muchas especies y muchos géneros, por lo que en lugar de realizar definiciones amplias, los romanos preferían elaborar definiciones parciales.

Lo que sucede es que las definiciones romanas no son sistemáticas⁶, ni tampoco son siempre convertibles, en el sentido aristotélico⁷, esto es, no siempre reflejan la esencia del concepto definido, ni establecen un axioma científico que haya sido comprobado científicamente y que haya de servir de fundamento absoluto para todas las investigaciones posteriores relativas al tema, sino que simplemente se atribuye a dicho concepto los predicados que resulten relevantes en el discurso en el cual se inserte la definición concreta.

Las definiciones de los juristas romanos, que pueden consistir en una *explicatio*, en *notationes* etimológicas, o bien definiciones elaboradas mediante *divisio, partitio, genus o species*⁸, son definiciones funcionales o proble-

⁶ Se hace referencia aquí, como definiciones sistemáticas, a aquellas que necesariamente describan los conceptos en forma general, abstracta o absoluta, o que puedan ordenarse en un sistema lógico de largo alcance, en una "Durchgliederung des gesamten Stoffes in ein begriffs-logisches Gebäude, in dem jede Einrichtung und jede Regel ihren notwendigen Standort hat", en palabras de Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 165.

⁷ Para el filósofo, existen proposiciones dialécticas, que derivan de opiniones generalmente aceptadas, que son aquellas sostenidas por todo el mundo, o por la mayoría, o por los filósofos: de entre ellos todos, la mayoría, o bien los más notables e ilustrados; y dichas proposiciones se basan en uno de los cuatro materiales que propone Aristóteles: definición, propiedad, género o accidente; de manera que, cuando la proposición implique un predicado de determinado sujeto, debe ser o bien convertible con el mismo o no; si un predicado es convertible con el sujeto, será definición si expresa su esencia, si no, será propiedad; y si no es convertible, será género o diferencia específica si se refiere a uno de los términos contenidos en la definición -pues la definición consiste en género y diferencia específica- y si no, será accidente. Aristóteles, *Top.*, I, 8.

⁸ El propio Carcaterra relata la forma en que los juristas romanos construyeron definiciones siguiendo el método de Cicerón, que a su

máticas, que proporcionan al jurista herramientas necesarias para llevar a cabo su discurso, para aplicar el derecho en una forma práctica y justa⁹. Su constante ligación a la praxis los vinculaba al caso, y por lo tanto a nuestros ojos, sus discusiones carecen de sentido, por lo general, si no se les observa en el contexto en el que se encuentran, esto es, enfocados al caso concreto, y es así como encontramos como sentido congruente del razonamiento romano, el propósito de adecuar una idea de manera justa y útil a una realidad concreta.

Entendido de esta manera el funcionamiento de las definiciones romanas, resulta que su formulación prolífica por parte de la jurisprudencia romana, no necesariamente entra en conflicto con la máxima de Javoleno, pues el hecho de que toda definición sea peligrosa, no significa que no deban formularse definiciones. Javoleno advierte únicamente que, ante la presencia de una definición, no debemos olvidar que será discutible, sobre todo en la práctica jurisprudencial y jurisdiccional, y que eventualmente, podrá ser derribada. Pero para el pensamiento romano, una definición derribada en una disputa siempre puede volver a utilizarse, pues como argumento dialéctico, proporciona siempre nuevos puntos de vista útiles en el discurso. Se trata, por

vez recogió el bagaje cultural heredado por la filosofía griega. Carcater, *Le Definizioni dei Giuristi Romani*, pp. 77 ss.

⁹ "Diese Art der Rechtsbetrachtung, die gleichermaßen auf genialer Begabung und auf erarbeiteter Lebenskenntnis beruht, erscheint den Römern als die Wissenschaft von dem, was gut und gerecht ist", Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 176.

coniguiente, de un peligro dialéctico, en el sentido de que es problemático, opinable, discutible¹⁰.

Esto se debe a que el jurista romano no pretende construir un sistema conceptual autosustentable, y la actividad jurisdiccional no perseguía intereses meramente científicos, no buscaba el conocimiento por el conocimiento¹¹, sino que se distinguía por su constante afán por encontrar únicamente la respuesta a una cuestión muy concreta, la solución más adecuada a cada caso, y con esa finalidad, empleaban diversas herramientas dialécticas, entre las que destacan¹²:

- (i) Las argumentaciones de carácter lógico formal o gramatical.
- (ii) Las motivaciones basadas en argumentos ya utilizados por otros juristas, y comúnmente aceptados (*ius receptum*).
- (iii) Los fundamentos concebidos como reglas jurídicas, esto es, frases de formulación general, aplicables a cierto número de casos, junto con la argumentación relativa a su aplicación en el caso concreto.

Los juristas, al argumentar, se caracterizan por cierta humildad científica, de cierta influencia estoica¹³, pues

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que el vocablo *periculum* (i, n), significa ensayo, prueba, experiencia, tentativa, riesgo; pero también significa causa, proceso, pleito.

¹¹ Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 165.

¹² Manuel Jesús García Garrido, *Derecho privado romano*, Madrid, 1995, p. 121.

¹³ *Idem*.

agotaban su estudio jurídico al acertar en la proposición de una solución adecuada, sin incurrir en divagaciones filosóficas o teóricas que distrajeran su labor de ese solo propósito.

Las anteriores consideraciones sirven también para identificar dentro de la experiencia romana, los conceptos de "principios" y de "reglas", así como su funcionamiento.

Por una parte, el término *principium* aparece empleado en los textos normativos romanos y en las obras de los juristas, en su mayoría, en su sentido de "inicio", esto es, de una realidad que se coloca en una duración en el tiempo o en una extensión en el espacio¹⁴. Existe también, sin embargo, un pasaje en el que el vocablo asume el significado de "fundamento y criterio informador y unificador inmanente a una realidad"¹⁵, es decir, el mismo significado del cual encontramos testimonio en algunos extractos de las obras *De republica* y *De legibus* de Cicerón¹⁶. Se trata de un texto gayano, donde se afirma¹⁷:

Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initii repetendum existimavi, non quia velim verbosos

¹⁴ Sandro Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto. Schede sulla formazione di un concetto, in Nozione moderna e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, III, Napoli, 1997, pp. 631 ss.

¹⁵ Cfr. Las indicaciones citadas por Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est*, p. 632.

¹⁶ Para referencia de los cuales se remite a Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est*, pp. 635 ss.

¹⁷ D. 1.2.1 (Gai., 1 ad legem duodecim tabularum).

commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est...

[Al disponerme a realizar la interpretación de las antiguas leyes, he considerado que es preciso recurrir necesariamente a los inicios de la ciudad, no porque pretenda escribir comentarios prolíficos, sino porque en todas las cosas advierto que sólo es perfecto aquello que conste de todas sus partes, y de ciertas o cualesquiera cosas, el principio es la parte más importante ...].

En la óptica que aquí interesa¹⁸, el punto a resaltar es que Gayo considera la interpretación de la antigua ley de las XII Tablas, no como una actividad erudita o anticuada, desprovista de relevancia concreta para un jurista, sino como actividad de la que se vale para suministrarse de "noción y argumentos idóneos para mejor conocer y aplicar el derecho"¹⁹.

Para llevar a cabo esta interpretación, el canon metodológico sugerido por Gayo es, entonces, el de recurrir a los inicios mismos de la ciudad de Roma, en cuanto que, si se les omite o no se les comprende, no se comprende tampoco la esencia y la aplicación de su antiguo derecho. Tal canon metodológico vale, según afirma el jurista, para todo el *ius Romanum*, y no solamente para interpretar las XII Tablas, en cuanto que

¹⁸ En relación con otros aspectos se remite a Lelio Lantella, *Potissima pars principium est*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, pp. 290 ss.

¹⁹ Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est*, p. 650.

toda interpretación, que pretenda considerarse perfecta, debe necesariamente partir de los inicios, y los inicios son parte de la misma interpretación.

Más aún, Gayo no se limita a afirmar que el *principium* es parte de la interpretación del derecho, sino que destaca que más que cualquier otra, es su parte fundamental, porque lo sostiene y lo informa, permitiendo comprenderlo plenamente. Del pasaje D.1.2.1 emerge, por lo tanto, una noción muy precisa del concepto de "principio", sea en el significado temporal (entre un primero y un después), sea en el significado funcional (entre un fundamento y una estructura), y no se trata de significados contrapuestos, sino complementarios, que permiten comprender la forma en la que, en la jurisprudencia romana (o al menos en algunos de sus sectores), pudiera haberse delineado el concepto de los principios y su papel como instrumento "para reparar en el valor estructural, y por ende actual y productivo, de los momentos fundadores del derecho, considerado como un todo y en cada una de sus instituciones"²⁰.

Se puede observar también, que este concepto de "principio" es una herramienta argumentativa muy útil y adaptable, porque sirve tanto para interpretar cada institución de derecho considerada en sí misma, buscando el principio de esa "cierta" cosa en particular, como también para encontrar una fuente y fundamento de varias instituciones de derecho, un principio común de "cualesquiera cosas" (*certe cuiusque rei*).

²⁰ Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est*, p. 663.

Junto con el concepto de "principio" anteriormente expuesto, el Digesto conserva también un concepto de "regla", que se atribuye a Paulo, y que se encuentra colocado al inicio del último título (*De diversis regulis iuris antiqui*) del libro quincuagésimo²¹:

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat ...

[La regla es aquello que brevemente describe la cosa que es. No se asume el derecho de la regla, sino que, del derecho que existe, hágase la regla ...].

Como se observa, para el jurista, en la esencia de la tradición de la jurisprudencia republicana y del principado, una "regla" es una formulación en términos generales de una solución jurídica válida para una serie de casos (*regula est, quae rem quae est breviter enarrat*), y que sin embargo, no está exenta de ser criticada, discutida e inaplicada, porque el derecho no proviene de la regla, sino que la regla se forma sobre la base del derecho preexistente (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*). El significado de *regula*, recurrente en la jurisprudencia romana, es por lo tanto más cercano a aquel de 'máxima' (expresado también mediante los términos de *definitio* y *sententia*, muchas veces usados como sinónimos de *regula*), que al de regla jurídica, con lo que se explica por qué puede ser sometida a un

²¹ D. 50.17.1 (Paul, 16 ad Plaut.).

examen crítico, y eventualmente modificada²². No fue sino a partir del siglo II d.C., que en las constituciones imperiales, el vocablo cambia de significado, asumiendo el valor de norma jurídica²³.

De estos dos testimonios importantísimos, por lo tanto, puede hacerse desprender: a) que se conocía un concepto de "principios" entendido como aquellos elementos fundamentales y fundadores del ordenamiento jurídico en su conjunto y de las instituciones particulares; b) que los principios, en cuanto tales, no se encontraban establecidos en normas, sino que debían ser explorados y expuestos a la luz por parte del intérprete al examinar y aplicar el derecho; c) que las 'reglas' eran breves enunciaciones de máximas, destinadas a proveer la solución jurídica a un conjunto de casos, y, precisamente debido a esta función, eran susceptibles de crítica y de eventuales modificaciones e inaplicación en relación con la evolución de las exigencias de la sociedad.

Asimismo, los conceptos de "principio" y de "regla" en los pasajes anteriormente analizados, nos permiten vislumbrar el proceder de la argumentación jurídica en la jurisprudencia romana. La libertad argumentativa permite que una herramienta metodológica, a fuerza de ser empleada de manera reiterada, se vaya refinando y definiendo caso por caso, delineándose una

²² Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, pp. 83 ss.

²³ Cfr. las importantes investigaciones, hasta ahora actuales, de Leopold Wenger, *Canon in den römischen Rechtsquellen und in den Papyri*, Wien, Leipzig, 1942, pp. 53 ss.

tendencia para fijarla a lo largo del tiempo como una constante fuente de argumentos normativos, que bien pueden dejar de observarse excepcionalmente en determinados casos, lo cual permite al discurso jurídico una flexibilidad y libertad para llegar a conclusiones prácticamente útiles y justas, pero que, siguiendo una aplicabilidad general, trasciende en el tiempo como postulado de derecho y justicia.

Un ejemplo paradigmático de todo lo hasta ahora expuesto, es el del principio de la buena fe (*fides bona*), y la reconstrucción de sus orígenes, nos permite comprender cómo es que se introdujo en el ordenamiento y asumió en el mismo un carácter fundador, encontrando plena aplicación en una pluralidad de funciones, como se expone a continuación.

II. LOS ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE *FIDES BONA*

1. *La Fides como práctica de la ética social romana*

Tras la fundación de Roma, bajo el régimen de la monarquía latina, todos los aspectos de la vida humana se encontraban permeados de un carácter religioso, y el orden de la ciudad se sustentaba principalmente en la función religiosa del *rex*, consistente en mantener y hacer respetar la *pax deorum*²⁴.

²⁴ La violación a las disposiciones del rey (y a las *leges regiae*, cuya existencia, sin embargo, es dudosa), eran consideradas como una afrenta a la *pax deorum*, y por lo tanto, constituyan crímenes castigados con penas sacrales. Giuseppe Grossi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5a.

Conviene entonces buscar el origen del término romano *fides* en su aspecto religioso; y al respecto encontramos que, según testimonio de Tito Livio (59 a. C. a 17 d. C.), Valerio Máximo (S. I a. C.) y Cicerón (106 a. C. - 43 a. C.), el pueblo romano rendía culto a la diosa *Fides* de manera importante.

Al parecer el rey Numa, sucesor de Rómulo, profesando una profunda vocación religiosa²⁵, se esforzó por varios medios, para que el pueblo romano apartara de su mente la necesidad de la guerra, y en su lugar, mediante el acercamiento a la *pietas*, encontrara la cohesión y el orden social en la paz. Su logro consistió en que el pueblo romano, imitando a su rey y obedeciendo sus designios, se convirtiera en un pueblo piadoso, a tal grado, que los pueblos vecinos, que anteriormente consideraban a Roma no como ciudad, sino como un campamento entre ellos, destinado a desestabilizar la paz de todos, comenzaran a nutrir una veneración por Roma y a considerar incluso un sacrilegio atacar un centro urbano de tal manera avocado al culto de los dioses²⁶.

Una de las medidas tomadas por Numa para este fin, consistió en ordenar la construcción de templos para rendir adoración a los dioses²⁷. Entre otros, orde-

ed., Torino, 1965, p. 37; y Aldo Schiavone (a cura di), *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, Torino, 2005, p. 258.

²⁵ "Inclita iustitia religioque ea tempestate Numae Pompili erat." [La justicia y religiosidad de Numa Pompilio era célebre en aquella época], Livio, *Ab Urbe Condita*, 1, 18.

²⁶ Livio, *Ab Urbe Condita*, 1, 21.

²⁷ Livio, *Ab Urbe...*, 1, 19.

nó erigir un templo en el Capitolio para la diosa *Fides*²⁸, donde durante siglos se erigió su imagen expuesta ante los ojos de todos, para que todos sintieran su presencia, ostentando su diestra de manera destacada²⁹. También instituyó un culto solemne para la diosa *Fides*, prescribiendo que los *Flamini*, sacerdotes dedicados a los ritos religiosos de dioses específicos, se transportaran a este santuario con un carro cubierto tirado por dos caballos y que celebraran la ceremonia con las manos cubiertas hasta los dedos, para indicar que la *Fides* no debe ser violada y que tiene su santuario incluso en la mano derecha³⁰.

Como se observa, la mitología de *Fides* parece descansar en el simbolismo de su mano derecha, un emblema característico de la *potestas* romana, y que en la diosa

²⁸ Cicerón recuerda dicho templo, que se ubicaba junto al de Júpiter, edificado por los ancestros: "...quam in Capitolio vicinam Iovis optimi maximi, ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt". [a quien nuestros antepasados, como dice Catón, colocaron en el Capitolio al lado de Júpiter] *De off.*, 3, 104.

²⁹ "Cuius imagine ante oculos posita uenerabile fidei numen dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat. quam semper in nostra ciuitate uiguisse et omnes gentes senserunt (...)." [puesta su imagen, venerable, ante los ojos, la Fe ostenta su diestra, ciertísima prenda de la salud humana], Valerius Maximus, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 6.6.init.

³⁰ "Ad id sacrarium flamines bigis curru arcuato vehi iussit manuque ad digitos usque inuoluta rem divinam facere, significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse". [Sus flamines debían trasladarse hacia dicho santuario, sobre una carroza de dos ruedas, bajo una cubierta cóncava, y al hacer los sacrificios debían llevar la mano cubierta hasta los dedos, con lo cual significaban, que debemos respetar la Fe y llevar su templo santificado en nuestra diestra], *Ab Urbe ...*, 1, 21.

se interpreta como la "prenda de la salud humana", esto es, la fuente o la causa de la felicidad de los hombres³¹.

El símbolo de la mano derecha de *Fides* parece manifestarse primordialmente, en la acción de estrecharla para sujetarse voluntariamente a una promesa, para celebrar un pacto o un *iuriandum*³². Al dar la mano se hace un compromiso de alianza o de honor, ya sea entre particulares³³ o entre pueblos³⁴, y el deber así asumido se entiende sin más ineludible, por la presencia de *Fides* en las manos estrechadas, lo cual explica la expresión de Livio, en el sentido de que en la mano derecha, la diosa tiene su templo, con lo que se indica que cada vez que se usa la diestra, debe hacerse en veneración a la diosa *Fides*³⁵.

³¹ "certissimum salutis humanae pignus" [ciertísima prenda de la salud humana], Valerius Maximus, *Factorum* ..., 6.6.init.

³² Se creía que el perjurio o violación del juramento sacrificial (*iuriandum*) era castigado por Júpiter, y de ahí la estrecha relación entre las dos deidades; y posteriormente, el perjurio podía dar origen a una nota censoria de indignidad, así como a penas correspondientes a crímenes relacionados con la *fides*, como el falso testimonio, el estelionato, el *crimen maiestatis*. Álvaro D'ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, p. 43, y Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, pp. 259 ss.

³³ Como cuando Lucrecia hace prometer a su marido y a su padre, que cobren venganza contra Sexto Tarquino, que la violentó, convirtiéndola en adultera y privándole de su honor. Según Livio, *Ab Vrbe* ..., 1, 58.

³⁴ Así, según Livio (*Ab Vrbe* ..., 1, 1), cuando el rey latino recibió como huésped a Eneas, le estrechó la mano derecha para celebrar un tratado de alianza con los troyanos, además de concederle la mano de su hija en matrimonio, para configurar una unión entre ambos pueblos.

³⁵ "fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse". [que debemos respetar la Fe y llevar su templo santificado en nuestra diestra], Livio, *Ab Vrbe* ..., 1, 21.

En el culto a la *Fides* y en su simbología relacionada con la acción de estrechar la mano, aparece que el respeto a la *Fides* no debe encontrar fundamento en la ira de los dioses, sino en su propia fuerza, por derivar de un acto voluntario. El acogimiento a la *Fides* resulta de esta manera, un concepto que convence al pueblo romano por su intrínseco valor³⁶, como si de ella dependiera el correcto funcionamiento de la sociedad, a tal grado que, según Livio, la ciudad llegó a ser gobernada más por el respeto a la solemnidad de la *fides*, que por el miedo generado por las leyes y las penas³⁷.

³⁶ Cicerón explica el incumplimiento de un juramento religioso, en el que se pone a dios como testigo, no debe hacernos temer la ira de Júpiter ni de los dioses, que no juzgan con ira; sino que el cumplimiento debe fundarse en la fuerza del propio juramento, esto es, por justicia y fidelidad, porque su incumplimiento ofende a la *fides*: "Sed in iure iurando non qui metus, sed quae vis sit, debet intellegi. Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet. Nam praeclare Ennius: 'O Fides alma apta pinnis et ius iurandum Iovis.' Qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat (...)" [salvo que tratándose del juramento jurídico no debe atenderse al miedo, sino a la fuerza que le es propia. Porque el juramento es una afirmación religiosa; y la promesa que se hace, como poniendo a dios por testigo, debe cumplirse. Lo que en ella debe ya considerarse no es la ira de los dioses, que no existe, sino la justicia y la fidelidad. Bien lo dijo Ennio: 'Oh Fe divina, merecedora del más alto lugar del templo, eres tú el juramento de Júpiter!' Entonces, el que viola un juramento, también viola a la Fidelidad (...)] *De off.*, 3, 104.

³⁷ "... et deorum adsidua insidens cura, cum interesse rebus humanis caeleste numen videretur, ea pietate omnium pectora imbuerat ut fides ac ius iurandum [proximo] legum ac poenarum metu civitatem regerent"; [que en los menesteres de los hombres participaba una deidad extraterrenal, que tanto llenaba sus corazones de fe, que la fidelidad y la ayuda mu-

No obstante, el significado de la *fides* se observa en otros pasajes de manera distinta, pues en ocasiones parece apartarse del concepto del pacto voluntariamente asumido y del símbolo de la mano. Sin embargo, parece que estas diversas acepciones se relacionan con la *fides publica* romana, esto es, en la actitud asumida por Roma frente a los demás pueblos, o de éstos hacia Roma. No es posible definir de manera unitaria este concepto a partir de estos ejemplos, que a veces indican una actitud de protección al desvalido, una benevolencia generosa³⁸ o inclusive un altruismo y un extremo sacrificio propio³⁹, y otras veces, indican cierta dureza en el castigo infringido a aquellos que muestran infidelidad⁴⁰. En cualquier caso, no parece existir un concepto de *fides* en aquella época, que se traduzca

tua parecían gobernar a los ciudadanos, tan eficazmente como el temor a las leyes y a las penas]. Livio, *Ab Vrbe ...*, 1, 21.

³⁸ Así por ejemplo, se indica que fue grande la *fides* de los romanos cuando perdonaron a Anón de las cadenas, cuando confiadamente acudió a los cónsules para negociar la paz entre Roma y África, a pesar de que en manos de su pueblo, el cónsul Cornelio Asina no había recibido igual trato benevolente. En este pasaje señala Valerio Máximo que el merecido castigo habría sido honorable, pero que con ese acto de *fides*, los romanos ganaron más honor. *Factorum...*, 6.6.2.

³⁹ Resulta conmovedora la anécdota de los Petelinos, que al ser invadidos por Aníbal, pidieron socorro a Roma, quien no pudo acudir en su ayuda, debido a la peste de Cannes, y les permitió hacer lo necesario para salvarse, incluso acogerse a la amistad de Cartago; pero por fidelidad a Roma, los Petelinos pelearon en la muralla hasta la muerte. Valerio Máximo, *Factorum...*, 6.6. ext. 2.

⁴⁰ Como el impuesto por Affricanus a los cartaginenses que alegaron ser embajadores sin serlo, para salvar del ataque a su nave. Valerio Máximo, *Factorum...*, 6.6.4.

en una exigencia previa de cierta conducta determinada; más bien se trata de un calificativo de admiración que se predica de personas o actos acaecidos, de manera discrecional⁴¹, que sin embargo tiene un común denominador: su finalidad es el honor y el bienestar del pueblo romano.

El significado del concepto religioso de la *fides* que se obtiene con base en el punto de vista histórico que nos brinda el testimonio de estos autores, que puede resultar impreciso, puede robustecerse con algunos textos jurídicos que parecen indicar que en la antigua Roma, existían ciertas relaciones humanas que se caracterizaban por su vínculo de fidelidad, aunque a veces no sea claro que dicho vínculo provenga necesariamente de un pacto.

Así se tiene, por ejemplo, la relación de patronato entre el paterfamilias con sus clientes, "cuyo origen ha de encontrarse, principalmente, en la necesidad del ciudadano pobre de sujetarse al poder protector del rico (*in fidem se dare*), mediante la transmisión de su patrimonio inmobiliario a favor del patrón, quien a su vez, se lo entregaba en calidad de préstamo revocable (*precarium*)". El patronato también se suscitó entre inmigrantes y poderosos terratenientes, donde el *precarium* podía contratarse a cambio de una renta. En ambos casos, los clientes pasan a formar parte de la gens del patrón. La misma relación de patronato surge,

⁴¹ Grossi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p. 265, n. 2, donde afirma que este elemento de discrecionalidad es el que debe considerarse como punto de partida histórico del concepto de *fides*.

posteriormente, entre esclavos liberados y su anterior dueño, donde los libertos tienen un trato análogo al de los clientes⁴².

En cualquier caso, la Ley de las XII Tablas reconoce el vínculo de *fides* que existe entre el patrono y sus clientes. El patrono debe prestar ayuda a sus clientes dentro de juicio, o cuando se encuentren en un estado de necesidad, y el incumplimiento de este deber constituye una violación a un mandato divino, que produce que el patrono merezca el calificativo de impío (*sacer*)⁴³. Por su parte, los clientes tienen también un deber de fidelidad y asistencia. La diferencia radica en que el patrono puede hacer valer su derecho incluso de manera extrajudicial, en ejercicio de una potestad patronal, además de poder denunciar la infidelidad, para efectos de que se imponga al cliente la pena de la *consecratio*; mientras que el cliente únicamente podía acudir a este último recurso⁴⁴.

Una relación de fidelidad análoga a la del patronato se crea como consecuencia de los tratados de hospita-

⁴² Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, pp. 28 ss. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, pp. 251 ss.

⁴³ Tab. VIII. "Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto". [Si el patrono defraudare al cliente, sea execrado.] Aunque en el pasaje no se menciona la *fides*, consideramos correcto interpretar que son antónimos de *fides* el *dolus* o el *fraus*, siguiendo la definición de Paulo: "(...) *fides bona contraria est fraudi et dolo*". [...] la buena fe es incompatible con el dolo y el fraude]. D.17, 2, 3, 2.

⁴⁴ *Consecratio* o *exsecratio* es la ofrenda que se hace al dios ofendido con el cuerpo del culpable, y a veces también con su patrimonio. Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, pp. 258 ss.; D'Ors, *Derecho privado romano*, pp. 45 y 51 n. 1.

lidad, que son acuerdos por los que los particulares, o incluso las comunidades entre sí, se reconocían la facultad de participar de los beneficios derivados de los ordenamientos jurídicos recíprocos, dentro del rango que permitiera la naturaleza de los derechos respectivos⁴⁵.

Otra relación que se caracteriza por la fidelidad, es la existente entre el cuestor y su cónsul o promagistrado. La magistratura menor del cuestor se remonta probablemente a la monarquía latina⁴⁶, y se basa en la *fides* que profesaba el *rex* a personas de su confianza, nombradas para ejercer dicho cargo. El cuestor debía obediencia a quien lo hubiere nombrado, *rex* o magistrado, como si fuera su *pater*, debiendo incluso aceptar sus repreensiones, ayudarlo y sostenerlo, no elevar acusaciones en su contra, entre otras cosas; y dicho deber de fidelidad no dejaba de existir con el cese en el cargo⁴⁷.

Otra institución basada en la *fides* es la tutela, en cuyos orígenes, el tutor debía administrar el patrimonio

⁴⁵ El *hospitium* es, al parecer, un pacto bastante común en los pueblos de Europa, incluso antes de la fundación de Roma, cuyo objeto es, principalmente, "el cuidado del huésped, pero se extiende además a la gestión de sus negocios, a la tutela judicial, y, en resumen, abarca en general la fidelidad". Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 252.

⁴⁶ El *rex* nombraba a sus auxiliares, entre ellos, los *quaestores parricidii*, encargados originalmente de administrar los juicios criminales, específicamente en la inquisición del dolo en el parricidio. Grossi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, pp. 39, 150, 192.

⁴⁷ Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 252. Se observa en este ejemplo que la designación del *quaestor* no es en sí misma producto de un pacto; aunque quizás podría argumentarse al respecto, que la relación entre los *paterfamilias* y el *rex*, originalmente se basa en un pacto de sumisión.

del pupilo como un patrono, esto es, según lo que considerara más oportuno, pero siempre rigiendo su comportamiento de acuerdo con el valor de la *fides*⁴⁸.

Otra relación cuyo fundamento esencial era la *fides*, es la *ficucia*, que parece haber existido desde muy temprana época, y que es un pacto no formal, por el cual el adquirente de un bien en propiedad, se compromete a retransmitir la propiedad al transmitente, bajo ciertas condiciones⁴⁹.

Finalmente, al parecer, las relaciones de amistad también generaban vínculos morales de carácter muy fuerte entre los romanos, al grado de que una persona no dudaba en pedir al amigo que le diera consejo, hospedaje en su casa, que cuidara de sus negocios, e incluso que le prestara dinero. También era común que

⁴⁸ "[E]ra necesario che il tutore si mantenesse sempre degno del massimo affidamento, che poteva venir meno anche in assenza di vere e proprie frodi, come nei casi di grave negligenza, inettitudine o insolvenza. Nell'ultimo secolo della Repubblica si introdusse, per far valere la responsabilità del tutore, l'azione di tutela, esperibile dal pupillo a tutela finita, e diretta ad ottenere il risarcimento dei danni cagionati a causa della mala amministrazione tutoria del patrimonio pupilare". Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, p. 310. En esta relación, difícilmente podría encontrarse como fundamento un acuerdo de voluntades, sobre todo si se considera, que el tutor legítimo no puede rehusar su encargo.

⁴⁹ Gayo, I,2,60; Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, *Römisches Recht*, Berlin Heidelberg, 1987, pp. 104, 200. En un principio, el pacto fiduciario carecía de acción para hacerlo valer, por lo que su fundamento descansaba, exclusivamente en la *fides* de las partes. Si dicha *fides* era violada, no había forma de reclamar su cumplimiento en el *ius civile*. Sin embargo, bajo el sistema formulario se crea la *actio fiduciae*, que encabeza la serie de las acciones contractuales. Respecto de la fórmula de la acción, v. supra, n. 253.

una persona estuviere dispuesta, sin la menor reserva, a prestar caución a favor de su amigo, con lo que resulta explicable que en aquella época, las garantías personales prevalecieran sobre las garantías reales. La vida romana, desde este punto de vista, no se entendía sin un gran círculo de amigos, en los cuales se hacía descansar la *fides*⁵⁰.

Los anteriores ejemplos de relaciones de fidelidad en la antigua Roma, indican no solamente que la *fides* es un concepto esencial en el intercambio social romano, sino además, que los vínculos que de ella nacen, no producen en su origen obligaciones civiles, esto es, no están sancionadas por el derecho arcaico para su protección judicial, sino que el derecho no las regula, y de hecho regula muy pocos aspectos civiles fuera del ámbito penal, precisamente porque en aquella época se tiene cierta reticencia a limitar la actuación humana mediante reglas fijas y predeterminadas, y se prefiere dejar la rectitud de la conducta a la libertad de las personas, porque se parte de la base de que la fuerza vinculatoria de la *fides*, desprovista de sanción formalmente jurídica, guiará más eficazmente la actuación de los particulares en el desenvolvimiento de sus relaciones sociales, porque la sociedad la considera en sí misma válida. Si acaso, se teme eventualmente a la

⁵⁰ V. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, pp. 252 ss., donde afirma que el "individualismo" romano es una leyenda, porque el derecho privado romano fue organizado confiando en el número y en la fuerza de los vínculos extrajurídicos basados en la amistad, siendo proverbial en Roma, que los amigos son más necesarios que el fuego, el agua y el pan: "Freunde tun mehr Not, als Feuer, Wasser und Brot".

imposición de una sanción de carácter religioso, y más tarde, a una nota de infamia⁵¹.

La actividad del ciudadano romano se ve limitada, en este sentido, por la red de vínculos que hemos descrito; derivados sobre todo, de la concepción moral del buen padre de familia: el *officium* y el *consilium*, o deberes de un patrono, de un tutor o de un amigo; la *reverentia*, en relaciones de supra a subordinación; la *pietas*, en la manifestación del culto divino en las relaciones sociales; el *foedus*, o firmeza de Roma frente a sus aliados; son ideas, todas ellas, que pueden resumirse en el concepto de *fides*⁵².

2. LA BONA FIDES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

El papel del Praetor Peregrinus y del sistema formulario

A medida que Roma se expandía por la cuenca del Mediterráneo, las relaciones comerciales entre romanos y extranjeros, y entre extranjeros entre sí, dentro de territorio romano, se iban haciendo más numerosas, complicadas, sofisticadas. El dominio militar romano fue paralelo al dominio comercial: los ciudadanos romanos, o sus armadores o esclavos, se trasladaban a todas las ciudades del mundo griego, de Egipto, del Asia Menor, donde aprovechaban el ventajoso intercambio que significaba la importación a Roma de pro-

⁵¹ V. *supra*, n. 194; e *infra*, n. 260.

⁵² D'Ors, *Derecho privado romano*, pp. 51, 61, 285, 534.

ductos alimenticios, esclavos y artículos de lujo. Tan importante y lucrativa se tornó la nueva actividad comercial internacional, que fue necesario prohibir a los senadores el comercio marítimo; y correspondió principalmente a los *equites* romanos constituir la nueva *nobilitas* romana, basada en el comercio y explotación de las provincias⁵³.

El principal problema en estas nuevas relaciones comerciales, era que en aquella época, el derecho de cada sociedad se caracterizaba por su vigencia exclusivamente personal, esto es, las soluciones a conflictos, la validez de los negocios jurídicos, y las pretensiones que podían hacerse valer con base en el orden jurídico de cierta ciudad, eran eficaces únicamente para sus ciudadanos.

Sin embargo, para el pueblo romano, la contraposición de distintos ordenamientos jurídicos no debió ser un problema nuevo ni insuperable, pues la misma fundación de Roma obedeció a los distintos movimientos e interrelaciones que existieron entre las diversas familias y *gentes*, desde la ancestral Liga Latina; y cada *gens*, y cada familia, constituían organismos políticos en sí mismos, cada uno con sus propias reglas de conducta hacia el interior, su propio derecho consuetudinario. En este sentido, las relaciones que dieron origen al *ius civile* entre los *paterfamilias* romanos, fueron muy similares a las que podrían existir entre ciudades extranjeras: una especie de derecho internacional⁵⁴.

⁵³ Vicente Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, Sevilla, 1974, pp. 176 y 177.

⁵⁴ Grossi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, pp. 12 ss.

De esta manera, aun desde la época en que el antiguo *ius civile* había alcanzado cierto grado de estabilidad y homogeneidad, el pueblo romano fue capaz de establecer paulatinamente un estado de buena vecindad con las comunidades con las que entró en contacto desde que empezó su expansión, que permitió las relaciones entre miembros de distintos núcleos urbanos⁵⁵.

Así, al desarrollarse el gran auge comercial con el Mediterráneo, el pueblo romano estaba preparado para encontrar el modo de relacionarse con los miembros de comunidades extranjeras. En este contexto, los comerciantes romanos desempeñaron el papel de embajadores del comercio, pues fueron ellos quienes, por interés propio, movilizaron y aceleraron las relaciones comerciales. En este éxodo, no hubiera convenido a los romanos asumir una actitud impositiva en las condiciones de sus actos comerciales, que no se podían respaldar en un carácter coercitivo de los deberes emanados de los mismos. En cambio, los romanos encuentran el fundamento de su propuesta comercial en la *fides*, concepto que como se ha visto, llevan en su herencia cultural, y que se constituye en la base para llevar a cabo tratados de intercambio.

Resulta esencial en la actitud comercial de los romanos, la imagen que proyectan ante las demás culturas, que es la de un pueblo merecedor de confianza, que sustenta el éxito de sus relaciones en su ancestral concepto de *fides*, elemento que los romanos portan orgullosoamente como estandarte. La primera impresión

que debieron llevarse de los romanos los demás pueblos, era que se trataba de un pueblo para el cual, la confianza era elemento esencial de la vida⁵⁶, y de todos los aspectos de la interrelación social⁵⁷; un pueblo que, auténticamente, tomaba la fidelidad muy en serio⁵⁸.

⁵⁵ "Fidem sanctissimam in vita qui putat" [la fidelidad es lo más santo que hay en la vida]; Cicerón, *in Verrem*, 2, 3, 3, 6. Es una constante en el pensamiento romano, que la infidelidad constituye una mancha social, una *infamia*. V. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, pp. 243 ss.

⁵⁶ Así lo señala Cicerón, citando a Quinto M. Escévolo, precisamente a propósito de los contratos arbitrarios: "Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oportet". [Quinto Escévolo, pontífice máximo, decía que tenían mucha fuerza todos los contratos arbitrarios, en que se añade de la cláusula de buena fe, que era de muchísima extensión, pues entra en las tutelas, sociedades, fidencias, mandatos, compras y ventas de bienes, arrendamientos, y todo en lo que consiste la vida en sociedad; y que era de un juez muy prudente, dentro de un juicio originado por una acción contraria, condenar al resarcimiento de lo que cada quien debiere prestar.], *De Off.*, 3, 70.

⁵⁸ "Entre tanto, la fama de los romanos llegó a oídos de Judas: supo que eran guerreros valerosos, se mostraban benévolos con todos sus aliados y entablaban amistad con todos los que acudían a ellos; sobre todo, se enteró de que eran guerreros valerosos. (...) En cambio, mantuvieron su amistad con sus aliados y con todos los que buscaron su apoyo. Tienen bajo su dominio a los reyes vecinos y lejanos y son temidos por todos los que oyen en hablar de ellos". Antiguo Testamento, I Macabeos, 8, 1 y 12. En el mismo sentido, Diodoro Sículo afirma que, al conocer de la ayuda que proporcionó Roma a los mamertinos para la conquista de Sicilia, durante la primera guerra púnica, el rey Hierón dijo: "Los romanos se llenaban la boca con la palabra 'buena fe', pero desde luego no deberían proteger a criminales como los mamertinos

⁵⁵ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, pp. 173 ss.

Para analizar la manera en que, a través de la *fides*, el pueblo romano superó el problema derivado de la validez exclusivamente personal de los diversos ordenamientos jurídicos, conviene advertir que este problema se despliega en dos dificultades principales, una sustantiva y otra adjetiva.

Desde el punto de vista sustantivo, este problema radica principalmente en que para el pensamiento de aquella época, era prácticamente imposible apartarse de manera total de las formalidades y solemnidades que eran esencia misma de ciertos actos jurídicos, sin las cuales el acto no podía producir efecto, y que normalmente se encontraban reservadas a los miembros de determinada ciudad, pues a pesar de que existiera la intención de un acercamiento de buena vecindad, las relaciones entre extranjeros y romanos nunca eran consideradas del mismo modo que las existentes entre ciudadanos romanos. Lo cierto es que, ante la celebración de determinado acto, siempre existía inseguridad,

que desprecian por completo la 'buena fe' y son a todas luces hombres sin religión", y que con ello los romanos demostraban "al mundo que utilizaban la 'compasión por los que están en peligro' como una tapadera de su codicia", pues en su concepto, "deseaban apoderarse de toda Sicilia". *Bibliothecae Historicae*, 23.1.4. Independientemente del sentido claramente crítico de las palabras del rey Hierón, parece claro que la imagen que proyectaban los romanos hacia el mundo exterior era de un pueblo benigno, compuesto de hombres de buena fe, o que sentían orgullo de caracterizarse por ello. Es interesante también observar, que este concepto de buena fe, al menos en el ámbito político, también conserva en esta época una connotación de solidaridad o de "compasión por los que están en peligro"; se insiste, aunque las palabras atribuidas a Hierón sean más bien despectivas.

pues siempre podía determinarse que el acto surtiría sus efectos conforme al derecho de una ciudad, pero no conforme al de la otra.

Uno de los mecanismos que sirvieron para solucionar este problema sustantivo, fue el *hospitium*, que es un tipo de acuerdo que, como se ha visto, tiene su fundamento en la *fides*⁵⁹. Así, mediante la voluntad de relacionarse, las partes se reconocían recíprocamente el derecho de celebrar actos válidos, al menos en aquellas áreas en las que el derecho de cada una de ellas no impusiera un obstáculo.

De la misma manera, y aun en los casos en los que las reglas jurídicas establecieran obstáculos insuperables, se llegó a una solución, pues mediante el reconocimiento recíproco de la validez de un acuerdo de voluntades, podían lograrse en cierta medida los efectos esenciales perseguidos por ambas partes.

Por ejemplo, existían actos que se consideraban idóneos por su simplicidad, para celebrarse incluso con los peregrinos sin mayor formalidad, como la *traditio* o la *stipulatio*, que en las formas diversas a la *sponsio*, sí eran accesibles a los peregrinos⁶⁰. Así, la compraventa de bienes *nec mancipi*, podía celebrarse sin problemas entre romanos y extranjeros, sin necesidad de que Roma les hubiere concedido el *ius commercii* para celebrar actos con los romanos; pues tanto para su perfeccionamiento como para la adquisición de dichos bienes era suficiente la *traditio*. Es cierto que tratándose de bienes

⁵⁹ V. *supra*, n. 207.

⁶⁰ Grossi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p. 269.

mancipi, era necesario un acto formal, como la *mancipatio* o la *in iure cesso*; de manera que aun suponiendo que un romano y un extranjero llevaren a cabo dicha operación, tales actos formales no podrían surtir efecto a favor de los peregrinos. Sin embargo, se supera este obstáculo pasando por alto el problema relativo a la transmisión de la propiedad, y reconociendo la validez del contrato⁶¹, del cual deriva el deber del vendedor, de intervenir en auxilio del comprador en caso de juicio, esto es, de prestarle su *auctoritas*. Al respecto se deriva de un pasaje de la Ley de las XII Tablas, que el vendedor romano debía prestar su intervención en cualquier pretensión de un tercero en contra de su comprador, indefinidamente, cuando éste fuere extranjero, ya que con dicha calidad, éste no podía adquirir la propiedad del bien por *usucapio*⁶².

Desde el punto de vista adjetivo, el problema de la vigencia personal de los diversos ordenamientos jurídicos, se traducía en que, ante la existencia de un conflicto derivado de una relación entre romanos y extranjeros, no existían reglas determinadas para encontrar una solución pacífica.

Debe tomarse en cuenta al respecto que, en principio, los extranjeros no podían participar en el procedimiento judicial administrado por el Estado romano, que conocemos como el sistema de las acciones de la

⁶¹ El contrato consensual de compraventa existe, al parecer, desde el siglo II a.C. V. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 245.

⁶² Tab. III. "Adversus hostem aeterna auctoritas esto." [En contra de un extranjero, la autoridad del dueño es eterna].

ley; pues en dichos procedimientos, las solemnidades orales (*carmina*) y demás formalidades esenciales para que el juicio pudiera llevarse a cabo válidamente, estaban reservadas exclusivamente a los ciudadanos romanos, de manera que ningún extranjero, ni siquiera un latino, era admitido en Roma para el ejercicio de una *legis actio*⁶³.

Sin embargo, tal circunstancia no es obstáculo para hipotetizar que, desde tiempos antiguos, existieron juicios entre romanos y extranjeros; y es muy probable que las partes en conflicto acostumbraran trasladarse a Roma, o a la ciudad a la que perteneciera el peregrino, y sostuvieran un juicio ante la autoridad jurisdiccional respectiva. Esta posibilidad parece derivarse de un pasaje de la Ley Decenviral, que hace referencia a la citación a juicio con un extranjero, de manera que, si no era posible continuar el juicio en otra fecha, el procedimiento debía terminar el mismo día de la citación⁶⁴.

De ser así, estos juicios debieron llevarse a cabo en todo caso, mediante formas más libres del procedimiento, que en el caso del derecho romano, inclusive podrían constituir el antecedente histórico de la *legis actio per condicione* y de la *legis actio per iudicis postulationem*⁶⁵.

⁶³ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, p. 175.

⁶⁴ Tab. II. "(...) morbus sonicus (...) aut status dies cum hoste (...) quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffensus esto. (...)" [Enfermedad mortal (...) o bien una fecha para la cual se citó a un extranjero ... si cualquiera de los anteriores fuere un impedimento para un juez, un árbitro o un demandado, ese día ha de terminar el procedimiento].

⁶⁵ Grossi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p. 277.

Sin embargo, la solución más ventajosa, y que curiosamente constituye hasta nuestros días una de las principales vías de las jurisdicciones internacionales, debió consistir en el arbitraje. Parece que desde fines del siglo III a.C., existió una de las instituciones procesales más antiguas, la *reciperatio*, y el órgano más antiguo, el colegio de los *reciperatores*, o *recuperatores*⁶⁶, formado de uno o dos árbitros por cada ciudad, presididos por un super-árbitro designado de común acuerdo por las partes y perteneciente, de ser posible, a una ciudad neutral⁶⁷; árbitros a los que así se denominaba por la función que se les atribuía, consistente en recuperar para alguna de las partes, aquello que tuviere razón de exigir de la otra⁶⁸.

El elemento esencial que determina el éxito de las soluciones que hemos descrito, es la confianza que existe entre las partes relacionadas, en que, por el interés mutuo, las relaciones se llevarán a cabo persiguiendo el fin deseado por ellas mismas. Si se observa con detenimiento, tanto las relaciones sustantivas entre romanos y extranjeros como el funcionamiento del arbitraje ante los *recuperatores*, se basa en el antiguo concepto esencial de la *fides* romana, consistente en el respeto

⁶⁶ García Garrido, *Derecho privado romano*, p. 228.

⁶⁷ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, p. 176.

⁶⁸ Al respecto señala Antonio Guarino, en *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 1998, p. 302, que “[i]l giudizio dei recuperatores (o reciperatores) avrebbe dovuto essenzialmente accertare se e quale tra le parti si fosse discostata, e di quanto (...), stabilendo di conseguenza se ed in che misura una delle due parti avesse ragione di recuperare qualcosa dall'altra”.

a la palabra dada; que funciona como un elemento de comunicación entre los comerciantes de distintas naciones. La *fides* es, en este sentido, la principal aportación del pueblo romano al comercio internacional.

Esta noción del cumplimiento a lo acordado, se presenta tanto en las relaciones sustantivas de las partes, como en su sometimiento voluntario a un colegio arbitral. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en esta época, la *fides* no constituye un fundamento propiamente jurídico, pues se encuentra desprovista de una *actio legis*, o de cualquier medio de defensa procesal que estuviera, sobre todo, al alcance de los peregrinos. Por lo tanto, salvo aquellos casos en los que los acuerdos de voluntades celebrados entre peregrinos y romanos encuadraren en alguno de los contratos conocidos por el derecho civil, al alcance de los peregrinos, dichos acuerdos son *nuda pacta*, esto es, pactos desprovistos de sanción en términos del *ius civile*⁶⁹, por lo que no están protegidos por las *legis actiones*⁷⁰. Y aun así, fue cada vez más común la celebración de pactos entre

⁶⁹ Guarino, *Storia del Diritto Romano*, pp. 154 ss., que señala que ni siquiera en el *ius Quiritium*, estaba plenamente reconocido el fenómeno económico del crédito; y que la obligatoriedad de prestaciones futuras se basaba más bien en la *fides*, o bien en el *fas*, cuando derivaran de la celebración del antiguo rito de la *sponsio*.

⁷⁰ Durante mucho tiempo, en caso de juicio, cuyo trámite entre romanos y peregrinos se explicará más adelante, estos pactos no sirven para demostrar judicialmente la existencia de un deber, sino que son acuerdos de voluntades liberadores de deberes jurídicos mucho tiempo, estos pactos no pudieron hacerse valer mediante una acción, sino en su caso, mediante una excepción. Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, pp. 255 ss.

romanos y extranjeros, desplazando los negocios formales, que en principio constituían el núcleo de la actividad negocial de contratación entre romanos, como la *mancipatio* o la *stipulatio*, porque dichos negocios, por sus formalidades y solemnidades, no estaban al alcance de quienes no fueran ciudadanos romanos.

En la función de los árbitros también se nota, por otra parte, la presencia de un concepto de *fides* más sofisticado; pues al emitir su resolución, lo hacían en un principio con base en aquel derecho, al cual era presumible habían querido someterse las partes en el negocio discutido⁷¹; donde se nota un concepto de *fides* como criterio orientador y supletorio de la voluntad de las partes; y posteriormente, en virtud de que los árbitros se encuentran investidos de un *iudicium bonae fidei*, juzgan con base en la valoración de lo acordado y actuado por las partes, lo que en su concepto obedece a un comportamiento honesto y correcto en las relaciones comerciales, donde se nota la *fides* como un criterio incipientemente deontológico⁷², porque refleja cómo debería ser el comportamiento de las partes en conflicto en sus negocios y relaciones comerciales, al menos desde el punto de vista de los recuperadores.⁷³

⁷¹ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, p. 176.

⁷² Evoluciona en este sentido, la idea expuesta por Cicerón, en el sentido de que el actuar conforme a la *fides* es vinculativo, porque tiene un valor en sí mismo. V. nn. 198 y 199, y el texto a que hacen referencia.

⁷³ Guarino, *Storia del Diritto romano*, p. 303. Se trata todavía, sin embargo, de un concepto de *fides* íntimamente vinculado a lo pactado entre las partes.

La siguiente etapa de evolución del principio de la buena fe se debió a que, a pesar de los avances alcanzados, los rudimentarios recursos jurídicos de aquella época resultaron poco a poco insuficientes y arcaicos. Las necesidades sociales y económicas produjeron una exigencia jurídica: era papel del derecho, adecuarse a la complicada realidad que lo había rebasado.

Es en este escenario, cuando aproximadamente en el año 242 a.C., fue necesaria la creación de la nueva magistratura del *praetor peregrinus*⁷⁴, que en ejercicio de su *imperium*, tenía la facultad de ejercer jurisdicción sobre las relaciones entre romanos y extranjeros⁷⁵. Aunque

⁷⁴ En palabras de Pomponio, el nombre de "peregrino" deviene de que dicho pretor ejercía jurisdicción entre peregrinos, y su creación fue necesaria porque el pretor urbano no se daba a vasto, toda vez que también venían a la ciudad gran multitud de extranjeros. "Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alias praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat". [Transcurridos algunos años, no siendo suficiente aquel pretor, porque acudía también a la ciudad gran multitud de extranjeros, se creó otro pretor, que se denominó peregrino, en atención a que ordinariamente ejercía la jurisdicción entre los extranjeros]. *Libri Singulare Enchiridii*, en D.1.2.2.28.

⁷⁵ La creación del *praetor peregrinus* se atribuye generalmente a una *lex Plaetoria* del 242 a.C. En contra de esta percepción, Guarino, *Storia del Diritto Romano*, pp. 300 ss., donde plantea que "bisogna tener conto che questa legge fu in realtà un plebiscito dal tribuno Marco Pletorio, e che è ben difficile che un plebiscito abbia posto una normativa costituzionale cui i comizi centuriati siano stati tenuti in seguito ad attenersi. Più verosimile è che, a partire dal 242 a.C., i comitia centuriata abbiano proceduto di propria iniziativa, su proposta dei consoli, ad eleggere due pretori, al posto di un solo pretore, per l'anno successivo. La *lex Plaetoria* intervenne perciò (così supponiamo) solo allo scopo di ottenere che dei due pretori uno fosse *urbanus*, cioè rimanesse stabil-

la intervención del *praetor* en los juicios respectivos, normalmente tramitados ante los *recuperatores*, es una facultad discrecional, la realidad social exigía cada vez más su participación, para dar seguridad e imperatividad a las decisiones de éstos⁷⁶.

Para aquellos casos en los que el pretor decidiera prestar su *imperium* para intervenir en los juicios entre romanos y extranjeros, se vio ante la difícil tarea de crear un procedimiento en el que estos últimos pudieran participar válidamente, lo cual excluye, como se ha visto, la aplicación del sistema de las acciones de la ley como tal, empleado en Roma por el *praetor urbanus*. Por lo tanto, el *praetor peregrinus* crea un nuevo procedimiento, los *arbitria honoraria* o procedimientos por fórmulas, cuyo fundamento no descansa ya en el *ius civile* antiguo, como las acciones de la ley, sino en el *imperium* del propio magistrado⁷⁷.

mente in città, assistito da due littori, al fine di assicurare la continuità dell'amministrazione della giustizia tra i cittadini”.

⁷⁶ Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p 268: “(...) ma per avviare una questione alla decisone dei *reciperatores* e imprimere a ciò un carattere di imperatività occorreva rivolgersi al magistrato. E più in generale si può dire che alla base stava un affidamento alla discrezionalità dell'*imperium* del magistrato, dal quale come vedremo nascerà in Roma una nuova forma di processo civile”.

⁷⁷ Gaius, I.4.105. Tenemos así que coexistieron en esa época, entre otros, los *iudicia legitima*, fundados en las *legis actiones*, los *arbitria honoraria*, fundados en el *imperium* del magistrado, y *officia domestica* o arbitrajes *ex compromisso*, sin intervención del magistrado. A eso se refiere Cicerón en nuestro concepto, cuando señala que “[a]t si stipulationum aut iudiciorum formulas partiare, non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid” [pero si divides las fórmulas de las estipulaciones y de los juicios, no es vicioso el omitir algo en un asunto casi infinito]

El procedimiento por fórmulas, que se crea a semejanza de los juicios legítimos⁷⁸, se distingue de éstos en que la determinación del derecho aplicable, ante el propio magistrado, no se basa en el cumplimiento de formalidades y solemnidades, que como se ha dicho, eran de suyo inaccesibles a los peregrinos; sino que se recurrió a medios procesales sencillos, libres, maleables, simplificados cada vez más en la práctica, donde el magistrado encauzaba las pretensiones de las partes en la fórmula escrita, redactando ésta de manera sencilla para que fuera a su vez fácil de aplicar por los *reciperatores* o el *iudex*, quienes muchas veces no conocían siquiera la lengua latina. Esta simplificación de la etapa argumentativa del procedimiento no se debe únicamente a la dificultad de hacer accesible a los peregrinos las formalidades sacramentales, que además eran de especial complejidad técnica, o a que la dificultad proviniera de la pluralidad cultural y que los argumentos tuvieran que expresarse incluso en distintas lenguas; sino que sobre todo, se advierte la voluntad del magistrado, de ofrecer el acceso a la jurisdicción, no mediante la imposición de un derecho que

(*Topica*, 33), porque aunque existan infinidad de otras especies, estas tres especies definen suficientemente el género de los procedimientos jurisdiccionales.

⁷⁸ No es de excluirse que el pretor peregrino también se haya inspirado en otros modelos de procedimiento, cuya analogía se entiende por la concepción que los romanos tenían en cuanto a la estructura lógico procesal; una de estas fuentes de inspiración pudo ser, por ejemplo, el juicio público iniciado mediante una demanda ante el senado, que a su vez instruye al magistrado a organizar el proceso. García Garrido, *Derecho privado romano*, p. 228, n. 3.

ni siquiera existía, sino mediante su buena disposición para colaborar con las partes, en cuanto lo permitiera su *auctoritas*, en la búsqueda del criterio resolutivo razonable y equitativo para solucionar el conflicto. En esta operación, el magistrado partía de las alegaciones de las partes, para determinar por un lado la conducta que pudiera ser considerada debida entre ellas, conforme a lo pactado o a su modo de actuación; por otro lado, la medida en que dicha conducta debida era acorde con la noción deontológica del derecho romano; y en tercer lugar, la regla de derecho más adecuada para el caso concreto⁷⁹.

Las partes en conflicto debieron verse cada vez más atraídas a sujetarse a un sistema jurisdiccional de esta naturaleza (que finalmente, conservaba cierta nota de arbitral, esto es, las partes se sometían a él voluntariamente), no solamente porque ofrecía la mejor posibilidad de acceso a la jurisdicción, sino porque constituyó el único sistema en el que las partes podían verdaderamente hacer valer sus propias razones, en cuanto se basaba más en el peso argumentativo de éstas, que en un derecho inflexible y previamente impuesto.

Además, destaca en la operación jurisdiccional antes descrita, la búsqueda del deber ser en las relaciones peregrinas, con base en la noción deontológica del derecho romano. Esto es, el pretor abstrae reglas de conducta del *ius civile* que ya conocía; pero se trata de una abstracción limitada, mediante la cual el pretor advierte que en cierto caso concreto, la aplicación

de determinada solución, reservada a los ciudadanos romanos, es adecuada y justa, a tal grado, que estima que la regla de la que se deriva esa solución, debe ser aplicable también a los peregrinos entre sí, o en sus relaciones con los romanos. El derecho, en este proceso, deja de tener un exclusivo ámbito estatutario de validez, para convertirse en un derecho aplicable a todos los pueblos, un derecho de gentes.

En la evolución del *ius gentium*, interviene como factor importante el concepto de la *fides*, pues versa en principio sobre negocios y acuerdos celebrados entre romanos y peregrinos; pero dicho concepto ya no se refiere únicamente al cumplimiento de lo expresamente acordado, sino que también implica una conducta que normalmente se espera de las partes en el desarrollo y cumplimiento de lo pactado, esto es, se trata de una combinación entre el deber de cumplir lo pactado y obrar honestamente⁸⁰. Es una noción de rectitud conductual que en el “*novum ius civile*” se entiende exigible tanto a romanos como a peregrinos⁸¹, y al ser exigible procesalmente en los juicios seguidos ante el pretor, la buena fe deja de ser una noción desprovista de sanción

⁷⁹ Guarino, *Storia del Diritto Romano*, p. 302.

⁸⁰ “[F]e y honestidad están tan cercanas entre sí, que la expresión *bona fides* asume también el significado de honestidad. Responder a la *bona fides* implica así no sólo mantener la palabra, sino tener un comportamiento que responda a la costumbre de la gente honrada, cumplir el propio compromiso en relación con los usos comerciales”. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 248.

⁸¹ D'Ors, *Derecho privado romano*, p. 61.

jurídica, para convertirse en un elemento vinculante, en un criterio normativo de la conducta humana⁸².

Lo anterior se deduce, entre otras cosas, del empleo del lenguaje. Mientras en el sistema de las acciones de la ley, uno de los principales verbos que indicaban la afirmación de un deber netamente reconocido por el derecho civil, era el de *oportere*⁸³, resulta significativo que en los juicios llevados ante el pretor peregrino, se redactara una fórmula empleando el mismo verbo, para que en su caso, el juez condenara al demandado a todo aquello que deba dar o hacer según la buena fe (*quicquid dare facere oportet ex fide bona*). Se trata, por lo tanto, de una connotación generalmente aceptada, en el sentido de que la buena fe era generadora de un verdadero deber jurídico⁸⁴.

⁸² Grossi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p. 270. En el mismo sentido, Guarino habla de "criteri obiettivi di onestà e di correttezza commerciale usualmente riconosciuti come impegnativi nei rapporti di affari", en *Storia del Diritto Romano*, p. 302. Se discute, sin embargo, si el deber jurídico del que se habla en esta etapa histórica, se relaciona únicamente con el cumplimiento de un pacto, o si constituye un deber general de buena conducta. Cfr. Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, p. 220, n. 13.

⁸³ Así es el tenor, por ejemplo, de la *carmina* que debía pronunciar el actor en la *legis actio per iudicis postulationem*: "Aio te mihi sestertiorum decem milia dare oportere: id postulo aias an negas" [Afirma que me debes dar diez mil sestercios. Te pido que lo afirmes o lo niegues]. Arangio Ruiz, *Las acciones en el derecho privado romano*, Alviz, Madrid, 1945, p. 43.

⁸⁴ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, p. 177. En el mismo sentido, Matteo Marrone, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, 2004, pp. 13 ss.

Con el tiempo, según el testimonio de Gayo⁸⁵, el sistema procesal de las acciones de la ley fue cayendo poco a poco en desuso, incluso para la tramitación de juicios entre ciudadanos romanos, debido a su excesiva formalidad, hasta que fue sustituido por el sistema formulario, precisamente por basarse en los argumentos planteados por las partes, o *concepta verba*, y no por solemnidades sacramentales⁸⁶, al grado que el sistema de las *legis actiones* fue prohibido por la ley *Aquila* (120 a.C.) y las leyes *Iuliae* en época de Augusto.

En cualquier caso, lo cierto es que a principios de la época clásica, los ciudadanos romanos prefirieron emplear el sistema formulario, por encima del arcaico sistema de las acciones de la ley. Debido a que el procedimiento por fórmulas es más sencillo y eficaz, por la libertad de las partes en su argumentación, y porque

⁸⁵ I.4.30-31.

⁸⁶ Al respecto, Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, pp. 524 ss., donde plantea que no es históricamente clara la causa de la transición entre uno y otro sistemas procesales, ni tampoco es del todo cierto que dicha transición haya implicado un cambio trascendental, pues en esencia, en ambos procedimientos se elegía e instruía al juez para que decidiera la controversia, y muy probablemente, tanto en uno como en otro sistemas, se daba una argumentación que se llevaba a cabo de manera extrajurisdiccional, donde el magistrado informaba a las partes sobre la acción o fórmula aplicable, o bien, que no podía llevarse a cabo el juicio, con base en su facultad de conceder o denegar la acción. Sin embargo, los propios autores reconocen implícitamente, que una de las diferencias radica en que el magistrado en el procedimiento por fórmulas, puede instruir al juez para que resuelva, ya sea con base en el derecho, o bien en el derecho y la buena fe, en función de que la solución se basara en el *ius civile* o en el reconocimiento del propio magistrado en el edicto.

la determinación del derecho aplicable se basa más en el peso de los argumentos que en la validez de su tramitación, no debe extrañarnos que haya sido acogido de tan buen grado por los juristas de aquella época, que habiendo perfeccionado para entonces el arte de la argumentación jurídica, mediante el método de la *interpretatio*, estaban ya preparados para argumentar con mayor soltura y desapego al rígido *ius civile*, y para desarrollar poco a poco el método asociativo⁸⁷, que significó el fundamento de la grandeza de la jurisprudencia clásica.

Así, se tiene que en manos de los juristas preclásicos, el concepto de la buena fe se había erigido como el fundamento y pauta del contenido de las principales relaciones contractuales de la vida diaria, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y las gestiones de negocios; pero estos conceptos, método y fundamentos de los preclásicos, sirvieron de apoyo a los juristas clásicos, para desarrollar y perfeccionar este concepto, llevándolo a su máximo esplendor. En la

⁸⁷ Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 165, donde explica este método como aquél en el que el jurista parte del caso concreto y se deja llevar en la búsqueda de la solución, a partir de la observación de casos parecidos o contrarios: "Die Juristen (...) beginnen jetzt (...) begrifflich zu gliedern, sie fassen das Gemeinsame zusammen und grenzen es vom Ungleichtartigen ab. Die damit gewonnenen Begriffe setzen sie zueinander ins Verhältnis, indem sie Oberbegriffe bilden und die engeren Begriffe in diese einordnen. Den allgemeinen Gattungen (*genera*) treten ihre einzelnen Erscheinungsformen (*species*) gegenüber. (...) Diese Begriffsbildung und Begriffsordnung mittels Unterscheidung (*differentia*, διαίρεσις) und namentlich durch Analyse und Synthese bedeutet die Anwendung der dialektischen Methode, die von den Griechen entwickelt worden ist. Sie ermöglicht es, das juristisch Wesentliche klar vom Unwesentlichen zu trennen".

jurisprudencia clásica, la *bona fides* se convierte en uno de los más importantes argumentos y conceptos orientadores en la creación y aplicación del derecho, junto con los conceptos de *boni mores*, *restituere*, *interesse*; y de la misma se hace derivar una serie de principios y reglas que hasta ahora cobran aplicación⁸⁸.

Bajo la jurisdicción del *praetor urbanus*, la jurisprudencia clásica encuentra el terreno más fructífero para crear y perfeccionar el contenido y funcionamiento de las acciones de buena fe⁸⁹, que son las que aparecen en el edicto del pretor⁹⁰: (i) la *actio fiduciae*⁹¹, que parece haber sido la matriz de las demás; (ii) las acciones derivadas de los contratos consensuales: del mandato (*actio mandati*), de la sociedad (*actio pro socio*), de la compraventa (*actio empti*, *actio venditi*) y del arrendamiento (*actio locati*, *actio conducti*); (iii) la acción derivada del contrato de depósito (*actio depositi*); (iv) la *actio negotiorum gestorum*; (v) las acciones derivadas de la tutela para exigir cuentas al tutor (*actio tutelae*)⁹²; y la acción para reclamar la restitución de la dote (*actio rei uxoriae*).

⁸⁸ Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, pp. 81, 169 a 173.

⁸⁹ La expresión clásica de "*bona fides*", aunque tautológica (Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 247), parece hacer referencia a la *fides* entre privados, y no a la *fides publica*.

⁹⁰ Jorge Adame, "El principio de buena fe en los contratos internacionales", en *Derecho privado*, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. III-UNAM, 2005, p. 325.

⁹¹ Descrita por Cicerón como "*vt inter bonos bene agier (et sine fraudatione)*" [se debe obrar bien como entre buenos (y sin fraude)], de *Off.* 3, 15, 60 y 61, y 3, 17, 70, *Top.* 17, 66.

⁹² V. *supra*, n. 210.

Se trata de acciones derivadas de relaciones bilaterales, esto es, relaciones en las que ambas partes resultan o pueden resultar obligadas, aunque no sean necesariamente contractuales. Son relaciones caracterizadas por cierto grado de reciprocidad, de donde puede percibirse como trasfondo, el concepto antiguo de *fides*, entendido como el respeto a una relación de mutuo cuidado y confianza.

Los juicios que inician mediante el otorgamiento de una acción de buena fe, los *iudicia bonae fidei*⁹³, tienen como característica principal que en su fórmula se instruye al *iudex* para que, en caso de que el actor demostara los elementos de dicha acción, condenara al demandado a todo lo que debiera dar o hacer según la buena fe (*quicquid dare facere oportet ex fide bona*), lo cual permitía al juez cierta libertad para determinar el monto de la condena (*liberum officium*), para lo cual debía desempeñar una *interpretatio plenior*, un examen e interpretación más profunda y comprensiva del asunto en cuestión.

Esto no significa que el juez tenga facultades normativas, o que a su arbitrio pudiera remitirse o no a ciertas y determinadas normas éticas. Su función con-

⁹³ Se discute mucho sobre el origen y desarrollo de los juicios de buena fe; y las fuentes (Cicerón, *De Off.* 3,70; *Topica*, 66; Gayo, I,4,62; Paulo D.17,2,38) parecen establecer simplemente ejemplos y enumeraciones incompletas y hasta contradictorias. Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, p. 220 n. 12. Por lo demás, la distinción entre acciones de buena fe y acciones de estricto derecho no se establece sino hasta el derecho justineaneo. Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, p. 302.

siste simplemente en analizar la naturaleza de la relación jurídica relatada en la fórmula, de manera que se obtenga lo que las partes pretenden, o bien, lo que es connatural a su pretensión⁹⁴. Y lo que es connatural a cada relación jurídica, no se define *a priori* ni arbitrariamente el pensamiento romano, sino que se deriva de cada caso y cada institución.

Así, por ejemplo, la referencia a la buena fe en la *intentio* de una fórmula de buena fe (*oportere ex fide bona*), permitía que las partes hicieran valer ante el juez, cualquier comportamiento doloso de la contraparte, ya sea en la relación que dio origen al conflicto (*dolus praeteritus*), o bien, durante el trámite del mismo juicio (*dolus praesens*), sin que fuera necesario haber insertado en la fórmula una *exceptio doli* expresamente. Este principio se deriva de la sencilla razón del pensamiento clásico, de que la *fides* es contraria al *dolus*⁹⁵.

Esto significa que en las relaciones que dan origen a una acción de buena fe, se entiende connatural a la obligación, que el deudor se comporte con lealtad respecto de la otra parte, de lo contrario se considera que comete *fraus*.

Posteriormente, la jurisprudencia romana amplía la aplicación de este concepto, e interpreta que obrar conforme a la *bona fides*, también significa obrar con cierto

⁹⁴ Adame, "El principio de buena fe en los contratos internacionales", p. 327.

⁹⁵ Juliano, D.30,84,5: "(...) quia hoc iudicium fidei bona est et continet in se doli mali exceptionem." [(...) porque esta acción <a la de cumplimiento de legado> es de buena fe e implica la excepción de dolo malo]. Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, p. 302.

grado de diligencia, *peritia o ars*. La falta de diligencia, *peritia o ars*, dependiendo de que sean requeridas conforme a la buena fe, se considera como culpa, mora, etcétera. En este nuevo contexto, la falta a la buena fe ya no es un delito, sino un incumplimiento de un deber, que puede dar origen a una condena por daños y perjuicios⁹⁶.

Por otro lado, se considera que en las relaciones basadas en la buena fe, las partes deberían reconocerse mutuamente, lo que recíprocamente se deben; y con base en esta idea, la jurisprudencia señala que tampoco es necesario insertar en la fórmula de *bona fides*, las cláusulas específicas relacionadas con la compensación, con el pago de intereses o de daños y perjuicios, pues todas estas prestaciones se entienden implícitas en las relaciones basadas en la buena fe, de manera que el juez deberá tomarlas en cuenta.

Dentro del sistema formulario, también se reconoce de manera trascendental la validez de los acuerdos de voluntades entre las partes, que como se ha visto, cobran eficacia originalmente con fundamento en la *fides*, cuya concepción, se desarrolla y perfecciona durante la época clásica, sobre todo en su originario significado, como el cumplimiento de lo pactado⁹⁷. La seriedad

⁹⁶ D'Ors, *Derecho privado romano*, pp. 445, 517 y 520.

⁹⁷ Así, Cicerón define la *fides* como el fundamento de la justicia, por constituir la firmeza y veracidad en las palabras y en los convenios; y recomienda que se busque la etimología de la palabra, como lo hicieron los estoicos, en el concepto de hacer lo que se ha prometido: "Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiquam durius, tamen

con la que el pueblo romano conscientemente reconoce la vinculación que nace de los pactos, se advierte simplemente en el hecho de que, a diferencia de otras culturas, los romanos siguen respondiendo por pactos religiosos o *iuriandum*, aún en una época en la que, por la atenuación del sentimiento religioso, había perdido ya desde hacía tiempo su significado originario, y la sanción del perjurio consiste ya únicamente en una nota censoria de infamia⁹⁸.

La fuerza vinculativa del principio de la *bona fides* en los pactos, se reconoce en el edicto del pretor, del que

audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem". [El fundamento de la justicia es la fidelidad; esto es, la firmeza y veracidad en las palabras y contratos; y es muy verosímil –tomándonos el atrevimiento de imitar a los estoicos, que son escrupulosos indagadores del origen de las palabras, aunque a otros parezca afectación– que tomase su nombre de la palabra *fiat*, porque lo dicho (o prometido) se llama fidelidad]. *De Off.*, 1, 23. En otro pasaje, Cicerón señala que "*fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur*" [Me parece que a la buena fe se ha dado ese nombre, porque por ella se hace lo que se dice]. *De re publica*, 4, 7, 21. En el mismo sentido, Iavolenus afirma que la buena fe exige que se cumpla lo convenido: "(...) bona fides exigit, ut quod convenit fiat (...)". Libro 11 epistularum, en D. 19, 2, 21.

⁹⁸ Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 248. Cicerón sigue haciendo referencia a la regla según la cual, contra el perjurio, la pena de los dioses es la muerte, y la de los hombres, la infamia ("Periurii poena divina exitium, humana dedecus". *De Legibus*, 2, 22); y sostiene que el juramento debe considerarse válido, aun cuando hubiere sido coactado por violencia ("Iuravit hoc terrore coactus Pomponius; rem ad populum detulit, docuit, cur sibi causa desistere necesse esset, Manlium missum fecit. Tantum temporibus illis ius iurandum valebat." [Pomponio, aterrado, lo juró: hizo su relato al pueblo, dijo el motivo por el que se veía en la necesidad de desistir de la demanda, y quedó libre Manlio de la acusación. Tanta era en aquellos tiempos la fuerza de un juramento]. *De Off.*, 3, 112).

seguramente proviene el principio de *pacta sunt servanda*⁹⁹. En consecuencia, el juez debe tomar en consideración los pactos celebrados por las partes, que aunque en un principio no pueden hacerse valer mediante una acción¹⁰⁰, sí pueden insertarse en la fórmula y cobrar relevancia *ope exceptionis*¹⁰¹, y en ocasiones, de-

⁹⁹ Cláusula incluida en el edicto del Pretor: “*pacta conventa ... servabo*”. [he de hacer cumplir los pactos convenidos]. D, 2.14.1. pr, donde Ulpiano concuerda con el edicto y describe la lealtad humana o *fides* como el respeto de los pactos: “*Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*” [Es natural la justicia de este edicto, pues ¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana que respetar los hombres lo que entre sí pactaron?].

¹⁰⁰ La aplicación de la *actio praescriptis verbis* como acción genérica para todos los pactos innominados, parece ser producto de la jurisprudencia postclásica. Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, pp. 342 y ss.

¹⁰¹ Así según Ulpiano, en D, 2.14.7.5: “*Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex conti- nenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divor- tium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insint, quae legem con- tractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pac- ta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*”. [Por lo demás, a veces forma parte de la acción misma, como en los juicios de buena fe, pues solemos decir que los pactos convenidos están incluidos en los juicios de buena fe. Pero se entiende esto siempre que los pactos hayan seguido inmediatamente y sean a favor del demandante. Si ha mediado un intervalo, no se considerarán incluidos ni valdrán para el demandante

ben ser tomados en consideración por el juez, incluso *ipso iure*¹⁰².

En la aplicación del principio de la buena fe, la jurisprudencia clásica logra también la creación o perfeccionamiento de ciertas figuras jurídicas, delineando su naturaleza y finalidad. Así por ejemplo, el fideicomiso, inspirado en el deber del fiduciario para actuar conforme a la *bona fides*, surge para poder dejar gratificar a extranjeros sin *testamentifactio*, mediante un *acto mortis causa*. También se considera que para que proceda la transmisión de propiedad mediante *usucapio*, además de cumplirse con los requisitos del antiguo *ius ci- vile*, debe existir buena fe, entendida como la recta con- ciencia, en la fiel creencia de que no lesioná la propiedad

a fin de evitar que nazca acción de un pacto. Por ejemplo, se convino después del divorcio que la dote se devolvería inmediatamente y no con el plazo de dilación establecido; esto no valdrá, a fin de evitar que nazca acción de un pacto. Así escribe también Marcelo. Si en la acción de tutela se convino que se paguen intereses en cantidad mayor que la establecida, no valdrá, a fin de evitar que nazca acción de un pacto. Así pues, se consideran incluidos aquellos pactos que establecen una cláusula del contrato, es decir los que se hacen a la vez que el contrato. Lo mismo me consta que respondió Papiniano. Y si después de la compra se conviene algo fuera de la naturaleza del contrato, no se puede demandar con la acción de compra por esta causa, debido a la misma regla de que del pacto no nace acción. Lo cual también debe decirse en los demás juicios de buena fe. En cambio, por parte del demandado valdrá el pacto, porque suelen producir excepciones aquellos pactos que se agregan con posterioridad al contrato].

¹⁰² Así, por ejemplo, tratándose del pacto de renuncia a la *actio iniuriarum* y a la *actio furti*. D'Ors, *Derecho privado romano*, p. 144.

de otra persona¹⁰³. Igualmente, se considera que la *fides* se encuentra inmersa en las actuaciones de las autoridades¹⁰⁴, y en otras relaciones sociales basadas en la fidelidad¹⁰⁵.

¹⁰³ D'Ors, *Derecho privado romano*, pp. 235, 388; Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, p. 322.

¹⁰⁴ Así señala Aurelius Arcadius Charisius, en D. 1.11.1.1, respecto de la imposibilidad de apelar las resoluciones de los prefectos, debido a su lealtad: "His cunabulis praefectorum auctoritas initiata in tantum meruit augeri, ut appellari a praefectis praetorio non possit. Nam cum ante quaesitum fuisset, an liceret a praefectis praetorio appellare et iure liceret et extarent exempla eorum qui provocaverint: postea publice sententia principali lecta appellandi facultas interdicta est. Credidit enim princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide et gravitate ad huius officii magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis sua, quam ipse foret iudicaturos". [La autoridad de los prefectos iniciada en tales comienzos mereció alcanzar tanto auge, que las decisiones de los prefectos del pretorio fueron inapelables. Pues aunque primero se hubiese discutido si no sería lícito apelar contra los prefectos del pretorio, y fuera lícito <como prueban> los ejemplos de quienes habían, apelaron pueblo, después por una sentencia del principio que fue publicada, se prohibió la facultad de apelar; porque creyó el principio que aquellos que por su especial competencia y dando pruebas de su lealtad y gravedad, son llamados a la altura de este ministerio no habían de juzgar de distinta manera que el mismo principio, dada su sabiduría y el lustre de su dignidad].

¹⁰⁵ Por ejemplo, en D. 3.2.6.5, Ulpiano justifica la infamia del mandatario que falta a la lealtad, que el adversario espera de él: "(...) fidem, quam adversarius secutus est." [la lealtad que esperaba el adversario]. De la misma manera Gayo, nos habla de la lealtad del procurador, en D. 3.3.46.4: "Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite consecutus erit sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere usque adeo, ut et si per errorem aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat". [El procurador debe rendir cuentas con arreglo a la buena fe lo mismo de los litigios que de

El concepto de buena fe se emplea durante la época clásica como un verdadero principio, de acuerdo con lo que se ha señalado al inicio de este estudio. La jurisprudencia lo aplica desde varios puntos de vista, para lograr argumentativamente diversos fines, y siempre con la finalidad de señalar lo más importante de la relación jurídica de que se trate. Así, se concibe a la *bona fides* como el deber de obrar rectamente, ya sea en el ámbito contractual, ya sea en el extracontractual; como un deber de diligencia, o incluso de pericia o arte; como un deber de custodia; como una característica esencial de la administración pública; y finalmente, como un deber general de obrar correctamente, omitiendo cualquier acto fraudulento, doloso o de engaño, de manera que el juez pueda anular o excluir cualquier beneficio

la gestión de los demás asuntos. Así, pues, debe restituir en virtud de la acción de mandato cuanto hubiere conseguido en el litigio, sea a consecuencia directa del mismo sea con ocasión de él, de suerte que incluso aunque hubiera conseguido lo que no se debía por error o injusticia del juez, debe igualmente entregarlo]. Paulo, por su parte, en D. 2. 13. 9. 2, nos habla del valor probatorio de los libros de los cambiarios, y su deber de exhibirlos, precisamente por derivarse de una relación de buena fe: "Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere Pomponius scribit: quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum recurritur". [Escribe Pomponio que no es injusto que también los cambistas sean obligados a comunicar las cuentas, porque también estos cambistas, como los banqueros, confeccionan sus cuentas, ya que también ellos en parte reciben dinero y en parte lo entregan, valiendo como prueba de ello sobre todo la escritura de sus libros; y muy a menudo se recurre a la fe de los mismos].

cio de quien actuó con dolo o en contra del deber general de buena fe.

III. LAS DIFERENTES APLICACIONES CONCRETAS DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DERECHO CONTRACTUAL

Conforme a lo que acabamos de observar, es oportuno ahora analizar de manera más puntual algunos textos provenientes de la reflexión de los juristas romanos del siglo I-III d.C., que dejan vislumbrar una serie de perfiles relativos a la concreta operatividad de la *bona fides* (objetiva) en el sistema contractual de su tiempo. Sobre la base de estudios recientes, podemos identificar tres de ellos: I. La *bona fides* como parámetro para valorar determinadas modalidades de la ejecución de los contratos y de la salvaguardia del vínculo sinalagmático. II. La *bona fides* como criterio para reconstruir y actualizar la intención contractual de las partes (*id quod actum est*). III. La *bona fides* como criterio integrador de la compaginación de intereses contractuales determinado por las partes. Naturalmente, los linderos que dividen estos perfiles de operatividad, no deben entenderse en forma rígida, en el sentido de que uno de ellos excluya a los demás, sino de forma elástica, dado que en ciertos contextos, como veremos, pueden coexistir o incluso empalmarse¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Para una profundización de los pasajes a los que a continuación se hace referencia, véase Mario Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani en Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Padova, 2003; Emanuele Stolfi, *Bonae fidei in-*

I. La *bona fides* como parámetro para valorar determinadas modalidades de la ejecución de los contratos. Si comenzamos nuestro estudio con el pasaje de los *Posteriorum libri* de Labeón, epitomado por Javoleno (D. 19, 1, 50), vemos la forma en que la regla que deriva del principio, cobra aquí aplicación con motivo del siguiente caso particular:

D. 19, 1, 50 (Lab. 4 a Iav. epit.): *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret...*

[No es compatible con la buena fe que cuando el comprador hubiese dejado de deber el precio de la cosa vendida en virtud de un beneficio de alguna ley, antes de serle entregada la cosa, sea compelido el vendedor a entregar y se desprenda de su propia cosa ...].

Celebrada una compraventa, pero antes de que las partes cumplan con sus respectivas obligaciones, interviene una providencia legislativa, que exenta al adquirente de su obligación consistente en el pago del precio (*cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur*). Ante tales circunstancias supervenientes, la buena fe no admite, según el jurista, que se altere el sinalagma existente entre las prestaciones y que el vendedor tenga que ser por ende

interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica, Napoli, 2004; y Riccardo Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2010.

obligado a entregar la cosa comprada (*bona fides non patitur, ut... venditor tradere compelletur et re sua careret*).

El texto de Gayo *Inst. 4, 61-63* nos ofrece una aplicación del principio de la buena fe en el ámbito judicial, en relación con el cumplimiento de las obligaciones de las partes:

Gai. Inst. 4, 61-63: ...continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnari debeat. 62. Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, ...mandati, depositi, fiduciae, pro socio, ...rei uxoriae. 63. Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.

[...<en los juicios de buena fe> se comprende que, teniéndose en cuenta aquello que debe prestar el actor, a su vez, con base en la misma causa, debe condenarse al demandado a la diferencia remanente. 62. Son además juicios de buena fe: los que nacen de la compraventa, arrendamiento, mandato, depósito, fiducia, sociedad, constitución de dote. 63. Claro que en cualquier caso, el juez se encuentra en libertad para no tener en cuenta ninguna compensación recíproca: en efecto, ello no se encuentra establecido expresamente en las palabras de la fórmula <de la acción>, pero, toda vez que se considera conveniente en un juicio de buena fe, se cree que ello está implícito en el oficio del juez].

En las relaciones contractuales fundadas en la *fides bona* (compraventa, arrendamiento, mandato, depó-

sito, fiducia, sociedad, constitución de dote), así como en las correspondientes acciones, el juez puede decretar la compensación entre las pretensiones recíprocas de las partes que surjan *ex eadem causa* (<*in bonae fidei iudiciis*> *continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnari debeat*). Lo anterior, sin embargo, no es una obligación del juez, sino una facultad implícita en su *officium* (*liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere ...ideo officio eius contineri creditur*), que, aun sin estar prevista expresamente en las palabras de la fórmula, parece adecuada en una relación procesal (y originalmente contractual) fundada en la buena fe (*nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur*).

En el contexto hasta aquí considerado, puede hacerse referencia también al célebre texto de Trifonino, en *D. 16, 3, 31*, sobre la relación entre la buena fe y la equidad, no tanto por la originalidad de su contenido, sino por la influencia que cierta interpretación del mismo ha ejercido en la tradición jurídica sucesiva, con importantes reflexiones sobre las codificaciones modernas:

D. 16, 3, 31 pr. 1 (Triph. 9 disp.): Bona fides quae in contrac-tibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum adestimamus ad merum ius gentium an vero cum praceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis iudicii depositus apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis

ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate labore debet. 1. Incurrit hic et alia inspectio. Bonam fidem inter eos tantum, <inter> quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? Exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem et accipientem intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt... Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique... tribuit.

[La buena fe que se exige en los contratos requiere la máxima equidad. Pero, ¿la estimamos según el mero derecho de gentes o con arreglo a los preceptos civiles y pretorios? Por ejemplo: un reo de pena capital te depositó cien mil sestercios: fue deportado y confiscados sus bienes: ¿se le han de devolver al mismo o se han de llevar al tesoro público? Si sólo tenemos en cuenta el derecho natural y el de gentes, se han de restituir al que los dio; si el derecho civil y el orden legal, más bien han de llevarse al tesoro público, porque el castigado públicamente debe padecer necesidad para que con su ejemplo aparte a los demás de los crímenes. 1. También viene al caso esta otra consideración. ¿Debemos estimar la buena fe únicamente entre aquellos que contrataron sin atender a ningún extraño, o también respecto a otras personas a las que afecta la situación? A modo de ejemplo, un ladrón depositó en Suyo, que ignoraba la malicia del depositante, aquello de lo que me despojó. Suyo: ¿deberá restituirlo al ladrón, o a mí? Si atendemos sin más a quien da y recibe, la buena fe consiste en que reciba la cosa depositada el que la

dio: pero si atendemos a la equidad de todo el asunto que se realiza por todas las personas que intervienen en este negocio, se me ha de devolver a mí ... Y apruebo que ésta sea la justicia que da a cada uno lo suyo.]

En la frase inicial se formula una afirmación que en apariencia es de carácter general, en el sentido de que la buena fe incluye en sí misma a la equidad, y debe observarse en todos los contratos (*bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat*). Sin embargo, de los ejemplos que enseguida se reportan (el depósito efectuado por un condenado, cuyos bienes han sido confiscados, y el depósito de cosa robada por parte del ladrón), se advierte que esta última referencia se hace sólo respecto de aquellos contratos de los que surge una acción de buena fe (*iudicium bonae fidei*), en tanto que la relación entre buena fe y equidad, que aquí pareciese identificarse en la sustancia, es objeto de mayor precisión al desarrollarse el estudio. En el § 1, en efecto, se distingue claramente entre la primera, que opera como criterio de valoración de la conducta de las partes contratantes, únicamente (*Bonam fidem inter eos tantum, <inter> quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus*), y la segunda, que se configura como fuente de la cual puede extraerse la norma más adecuada a los intereses de todas las partes involucradas en el negocio (*an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet?*).

En cuanto criterio de valoración del comportamiento de los contratantes, también se atribuye a la buena fe, el patrón de conducta que implica la cooperación

entre los contratantes, con el fin de alcanzar los propios objetivos a través de la ejecución del contrato.

Otros tres pasajes, uno de Gayo (*Inst. 4, 119*) y dos de Paulo (D. 44, 4, 1, 1 e D. 44, 4, 8 pr.), se centran en el tema de la ejecución de las obligaciones; pero muestran una diversa óptica al acudir a la buena fe (objetiva), para sancionar, por medio de la excepción de dolo (*exceptio doli*), el comportamiento desleal e impropio de una de las partes. En efecto, tratándose de contratos tutelados por acciones que dan lugar a juicios de estricto derecho (*iudicia stricti iuris*), que se contraponen, como se ha indicado, a aquellos protegidos por juicios de buena fe (*iudicia bonae fidei*), la conducta de las partes que pudiere resultar contraria a los deberes de lealtad y rectitud se valoraba y sancionaba en términos del *dolus malus*. En el primer pasaje se establece:

Gai. *Inst. 4, 119*: ...*Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeravit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT*

[...En efecto, si por ejemplo el demandado dijera que el actor hubiere hecho alguna cosa con dolo, porque acaso hubiere reclamado una cantidad que jamás entregó, la excepción se concibe así: SI EN TAL SITUACIÓN NADA HUBIERE HECHO NI HAYA HECHO A. AGERIO POR DOLO MALO].

Se reproducen las palabras de la excepción prescrita en el edicto pretorio, que sirve para reprimir no solamente el dolo negocial del actor, esto es, el que éste hubiere cometido al momento de la celebración del ne-

gocio (*dolus praeteritus o specialis: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. AGERII FACTUM SIT*), sino que también aquel dolo configurado al ejercitar un derecho suyo, en presencia de determinadas circunstancias (*dolus praesens o generalis: ...NEQUE FIAT*), como era el caso, precisamente, de quien reclamare en la vía judicial la restitución de una suma de dinero jamás pagada (*qui forte pecuniam petit quam non numeravit*).

Los pasajes de Paolo dicen así:

D. 44, 4, 1, 1 (Paul. 71 ad ed.): *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.*

[El pretor propuso esta excepción a fin de que a nadie pueda favorecer el propio dolo malo, por valerse del derecho civil contra la justicia natural].

D. 44, 4, 8 pr. (= D. 50.17.173.3) (Paul. 6 ad Plaut): *Dolo facit, qui petit quod redditurus est.*

[Obra con dolo quien reclama lo que ha de restituir].

El primero de ellos indica la *ratio* que existe en la base de la creación de tal excepción (*ideo autem hanc exceptionem <doli mali> praetor proposuit*), identificándola como la exigencia de evitar que alguno, mediante el ejercicio de un derecho que le sea reconocido por el *ius civile* (*ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis*), pueda conseguir alguna ventaja *contra naturalem aequitatem*. El segundo, que los compiladores justinianos incluyen dentro de las *diversae regulae iuris antiqui*

(D. 50, 17, 173, 3), califica como doloso el comportamiento de quien haga valer en juicio el derecho a obtener una cosa, que deba restituir inmediatamente después (*dolo facit, qui petit quod redditurus est*). Efectivamente, tales comportamientos implican una violación de los deberes de buena fe y rectitud, que después será particularmente desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia alemana a través de la interpretación y aplicación del § 242 del BGB.

II. La *bona fides* como criterio para reconstruir y actualizar la intención contractual de las partes: pasando ahora al segundo grupo de pasajes, en D. 19, 2, 21, atribuible a Javoleno Prisco, que vivió durante la última parte del siglo I d.C., se examina la concreta operatividad de la *fides bona*, con motivo de la reconstrucción y actualización de la voluntad contractual de las partes:

D. 19, 2, 21 (Iavol. 11 epist.): *Cum venderem fundum, convenit, ut donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.*

[Habiendo convenido al vender un fundo que, hasta el pago total del precio, el comprador tendría en arrendamiento el fundo por cierta renta ¿deberá acaso hacerse cancelación de esta renta una vez que se haya pagado el precio? Respondí: exige la buena fe que se haga lo convenido, pero no debe pagar el vendedor más que en proporción al tiempo que se difirió el pago del precio].

Aquí, al celebrarse una compraventa, se había convenido que el adquirente, a quien se había transmitido el fundo comprado, se consideraría como su arrendatario, correspondiendo al vendedor/arrendador un canon determinado, hasta el pago completo del precio (*Cum venderem fundum, convenit, ut donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet*). La cuestión sometida al jurista consiste en determinar si, pagado el precio de venta en el transcurso de un año (los cánones para arrendamientos de fundos agrícolas solían pagarse anualmente), el canon de aquel año tendría que considerarse remitido o no (*an soluta pecunia merces accepta fieri debeat?*), y su respuesta afirmativa se funda en la necesidad derivada de la buena fe, consistente en respetar el acuerdo de las partes (*Respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat*), por virtud del cual, el adquirente/arrendatario ya no habría tenido que pagar un canon después del pago total del precio (*sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset*)¹⁰⁷. El acogimiento a dicho principio, por ende, lejos de representar un criterio para la modificación de la voluntad contractual expresada por las partes, se requiere en cambio para dotar a ésta de una correcta eficacia en el momento en el que el contrato debe ser cumplido.

¹⁰⁷ Para dicha interpretación se remite a Rolf Knütel, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, in *Studien in römischem Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag*, Berlín, 1973, pp. 37 ss.; de manera sustancialmente análoga también Stolfi, *Bonae fidei interpretatio: ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romistica*, pp. 99 ss.

Aun más claro en la delineación de la función de la *fides bona*, aquí considerada, es el texto de D. 19, 1, 11, 1 de Ulpiano, en el cual se aborda el tema relativo a las características que son conexas a la naturaleza de una acción de buena fe, de las que participa la *actio empti* (acción de compraventa):

D. 19, 1, 11, 1 (Ulp. 32 ad ed.): *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicij potestate.*

[Y ha de saberse, en primer lugar, que en esta acción (*scil.* de la compraventa) se comprende tan sólo aquello que se convino que fuese entregado; siendo, pues, un juicio de buena fe, nada más es congruente con la buena fe que entregar aquello que se convino entre los contratantes. Pero si nada se acordó, entonces habrá de entregarse aquello que naturalmente está en el alcance de esta acción].

El jurista advierte, efectivamente, que, con motivo de la valoración judicial de las obligaciones derivadas de una compraventa, se debe considerar primordialmente aquello que las partes han convenido que se prestase (*Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit*), siendo totalmente congruente con la buena fe que se cumpla con cuanto se estableció en su acuerdo (*cum enim sit bonae fidei iudicium nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est*). Sin embargo, si

no hubieren convenido nada sobre ciertos aspectos, se tendría que haber prestado entonces todo cuanto se desprendiere de la naturaleza misma del contrato (*quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicij potestate*).

III. La *bona fides* como criterio integrador de la com paginación de intereses contractuales determinado por las partes: para terminar con el último grupo, el texto de Gai. Inst. 3, 137 se ocupa de los efectos de la buena fe en la ejecución de los contratos consensuales, pero atribuyéndole también la función integradora de aque llo que fue voluntad de las partes:

Gai. Inst. 3, 137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus aliis stipuletur, aliis promittat, et in nominibus aliis expensum ferendo obliget, aliis obligetur.*

[Del mismo modo, en estos contratos (*scil.* los consensua les) una parte se obliga hacia la otra a aquello que cada una de ellas debe prestar frente a la otra sobre la base de lo bueno y lo equitativo, mientras que en las obligaciones <derivadas de contratos> verbales una parte se hace pro meter y la otra promete, y en los créditos <derivados de los contratos literales> una parte, anotando por escrito <una suma> como debida, obliga a la otra y la otra resul ta obligada].

Subraya el jurista cómo las prestaciones correlativas que nacen de ellos vinculan a las partes, una frente a

la otra, y su ejecución debe adecuarse a lo *bonum et aequum* (*in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*), de lo cual no debe hacerse derivar un criterio de origen externo que trastorne la voluntad de las mismas, sino más bien un instrumento para realizarla de la manera más correcta y conforme con los recíprocos intereses. Desde este punto de vista, Gayo contrapone los contratos en los que, en cuanto son sinalagmáticos, las posiciones de deudor y acreedor se ciernen a cargo y a favor de ambas partes; frente a aquellos, como la *stipulatio* o la *expensi latio*, que producen obligaciones a cargo de una sola de ellas (*cum alioquin in verborum obligationibus aliis stipuletur, aliis promittat, et in nominibus aliis expensum ferendo obligetur, aliis obligetur*).

Resulta más explícito en esta dirección el texto de Escévola, reproducido en D. 19, 1, 48, en el que se examina el siguiente caso concreto:

D. 19, 1, 48 (Scaev. 2 resp.): *Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: 'fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis' vacuamque possessionem tradidit neque fines eius demonstravit: quaeritur, an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit et fines ostendere. respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur: quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat.*

[Ticio, heredero de Sempronio, vendió un fundo a Septicio en estos términos: 'el fundo Semproniano, y todo aquello a que tenía derecho Sempronio, te queda com-

prado por tantas monedas'. Y entregó la libre posesión, pero no le mostró los límites de aquél. Se pregunta: ¿acaso por la acción de compra ha de ser obligado a mostrar, de conformidad con los documentos hereditarios, qué derecho había tenido el difunto, y a mostrar los límites? Respondió que habrá de prestarse según la escritura lo que se entendió que habían convenido; pero si no es claro, debe el vendedor mostrar los límites y accesorios del fundo; porque esto está en consonancia con el contrato de buena fe].

Ticio, heredero de Sempronio, vende a Septicio un fundo hereditario en la misma condición jurídica que guardaba en manos del *de cuius*, y le transmite su posesión, pero sin indicarle los límites (*Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: 'fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis' vacuamque possessionem tradidit neque fines eius demonstravit*). Ante el planteamiento de la cuestión relativa a si el adquirente puede pretender judicialmente la exhibición de los documentos hereditarios para conocer la condición jurídica del fundo, así como sus límites (*quaeritur, an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit et fines ostendere*), el jurista responde que es necesario considerar, primeramente, la intención de las partes (*Respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur*), pero, que cuando de ésta nada resulte, deberá el vendedor exhibirlos e indicar los límites, porque ello es consonante con un contrato de buena fe (*quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat*).

Los perfiles antes delineados permanecen, gracias a la inserción de textos clásicos en el Digesto, así como en el derecho justiniano. También los dos siguientes textos, extraídos de las Instituciones de Gayo, encuentran una correspondencia en aquellas de Justiniano (I. 3, 22, 3 e I. 4, 6, 28 e 30), y su contenido recalca su forma y sustancia:

I. 3, 22, 3: *Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus aliis stipuletur, aliis promittat.*

[Del mismo modo en estos contratos (*scil.* los de buena fe), una parte se obliga hacia la otra por aquello que recíprocamente deban prestarse sobre la base de lo bueno y lo equitativo, mientras que en las obligaciones que nacen de los contratos verbales, una parte se hace prometer y la otra promete];

I. 4, 6, 28 e 30: *Actionum autem quaedam bona fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, ... mandati, depositi, pro socio, ... commodati, pignericia... 30. In bona fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat...*

[Luego, algunas acciones son de buena fe, otras de estricto derecho. De buena fe son aquellas que nacen de los contratos de ... compraventa, arrendamiento, mandato, depósito, sociedad, comodato, prenda... 30. En los juicios

de buena fe, por lo demás, se considera permitido al juez un poder libre para valorar, sobre la base de lo bueno y de lo equitativo, cuánto debe ser entregado al actor. Lo anterior implica también que, si el actor a su vez debe prestar alguna cosa, una vez hecha la compensación, el demandado deba ser condenado al remanente ...].

En el segundo texto se advierte, además, una ampliación del elenco de relaciones contractuales (y de las correspondientes acciones) fundadas en la buena fe, con la adición del comodato y de la prenda, así como una formulación más libre de los poderes del juez en la valoración de cuanto *ex bono et aequo* se deba prestar al actor, y a la vez más vinculada, en cuanto al pronunciamiento de la compensación (*in bona fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat*).

REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

LOS DERECHOS HUMANOS
DE LAS PERSONAS MIGRANTES COMO RETO
PARA LA TEORÍA DEL DERECHO

E. DOROTHY ESTRADA TANCK

I. INTRODUCCIÓN

Las aportaciones de Ronald Dworkin y de Robert Alexy a la teoría no-positivista del derecho son indudables. A pesar de las críticas recibidas en torno a sus ideas, sobre todo, la bien conocida disputa Hart-Dworkin (el primero como exponente del positivismo jurídico¹ y

¹ Véase Hart. H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2a. ed., 1994, que contiene una "Postdata" editada por Penelope A. Buggloch y Joseph Raz, en la que Hart responde a las críticas de Dworkin a su obra originalmente escrita en 1961, y aclara que mientras para Dworkin la labor de la teoría del derecho es ser interpretativa y por ello

el segundo como representante de la teoría no-positivista del derecho), las propuestas de Dworkin y Alexy respecto de la existencia de reglas y principios como elementos esenciales del derecho², siguen constituyendo punto de referencia para la comprensión de múltiples conceptos y temas jurídicos. En particular, la visión de Alexy sobre la naturaleza dual del derecho (con una dimensión ideal o crítica y otra real o fáctica)³ puede resultar útil para analizar los valores contenidos en las normas de derechos humanos y entender la operación práctica de estas normas.

Debe partirse entonces de la distinción entre reglas y principios, aun si para efectos de este artículo se expone dicha distinción de manera sintetizada. Para ambos autores, las *reglas* de un sistema jurídico constituyen expresiones de una verdadera obligación categórica y, por tanto, sólo pueden ser plenamente cumplidas o incumplidas. Los *principios*, por su parte, son expresiones de la contraparte ideal del derecho y constituyen postulados morales fundamentales, son estándares que deben ser observados por requerimientos de jus-

en parte evaluativa, para él la labor de la teoría del derecho es ser general y descriptiva, pp. 240-241. Véase también Shapiro, Scott J., "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper núm. 77, marzo de 2007, University of Michigan Law School.

² Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Editorial Duckworth, Londres, 1977, en particular, el capítulo 4, "The Model of Rules I", pp. 70-91.

³ Véase Alexy, Robert, "On the Concept and the Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, Blackwell, Oxford, septiembre de 2008, pp. 281-299.

ticia u otra dimensión de moralidad. Para Dworkin, los principios proporcionan razones que orientan la decisión jurídica (sobre todo la judicial) en un sentido u otro, pero no necesariamente la determinan; de forma similar; para Alexy los principios funcionan como máximas de optimización en el sistema, es decir, se exige su cumplimiento en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, pero por abordarse en el terreno de la posibilidad, los principios admiten distintos grados de cumplimiento. Para decidir qué principio debe prevalecer sobre otro en cierta situación, Alexy propone el método de la 'ponderación' que permite evaluar cuál principio tiene mayor peso en el caso concreto⁴.

Según la argumentación de Alexy, los principios se reflejan a través de los derechos fundamentales contemplados en un sistema jurídico. Para él los derechos humanos pueden entenderse como "derechos morales", y los derechos constitucionales como "derechos

⁴ Para una descripción de su propia teoría sobre principios y reglas y una comparación con la de Dworkin, véase Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", traducción de Manuel Atienza, en *Doxa*, núm. 5, 1998, pp. 139-151. Así lo expresa Alexy recientemente en la versión más desarrollada de esta idea, en "The Dual Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, junio de 2010, pp. 167-182. Véase también el texto original de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, así como la edición más reciente de dicha obra en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. Para este trabajo se consultó la versión en inglés de esta obra, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002.

positivos"⁵. En este sentido, cuando los derechos humanos están 'positivizados' como en el caso de las normas internacionales en la materia (que por supuesto pueden coincidir con derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional), la distinción entre principios y reglas puede volverse muy tenue⁶.

⁵ Así lo expresa Alexy recientemente en la versión más desarrollada de esta idea, en "The Dual Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, junio de 2010, pp. 167-182. Véase también el texto original de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, así como la edición más reciente de dicha obra en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁶ En este contexto, pueden encontrarse algunas críticas a la diferenciación de Alexy entre reglas y principios cuando se aplica al tema de derechos humanos, sobre todo por lo que toca a los métodos de interpretación del contenido de los derechos y la resolución de conflictos entre éstos. De acuerdo con su propuesta, los derechos fundamentales y, por consiguiente, los derechos humanos internacionalmente reconocidos, constituirían principios. Para Jürgen Habermas, ello contribuye a 'diluir' los derechos fundamentales, pues se les caracteriza como meros criterios abstractos, o como objetivos, valores o políticas que pueden ser medidos unos contra otros, lo cual puede resultar en privar a algún derecho concreto de contenido normativo absolutamente obligatorio a través de una 'ponderación irracional'; véase Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 1996, pp. 254-259. Véase también la respuesta de Alexy a esta crítica en "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", en *Ratio Iuris*, vol. 6, 2003, pp. 131-140. Asimismo, se ha indicado que definir los derechos humanos esencialmente como principios, abre la peligrosa avenida de considerarlos, por lo tanto, sujetos a la 'ponderación' para su interpretación y aplicación, en especial, por órganos de revisión constitucional. Al no contemplar a los derechos humanos a la vez como reglas de aplicabilidad categórica que no admiten excepción ni ponderación –por lo menos en el caso de algunos derechos humanos–, se da pie a la posibilidad de una interpretación que puede afectar ne-

Por tanto, realizar un ejercicio de identificación entre los principios y reglas de la rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), constituye un reto interesante, en el entendido de que, según la teoría expuesta, tales derechos materializan en sí mismos los principios del sistema jurídico. Sin embargo, si se analiza la normatividad internacional de derechos humanos, puede observarse que varios de estos derechos constituyen principios y a la vez reglas, pues además de encerrar criterios morales fundamentales, también se expresan a través de normas jurídicas que contienen obligaciones concretas correspondientes a la efectiva realización de cada uno de tales derechos.

Ahora bien, no por ello la distinción se vuelve superflua, dado que la diferenciación entre principios y reglas contribuye a hacer visibles las posibles tensiones o incluso contradicciones del sistema internacional de derechos humanos, así como aquéllas que se presentan en su interrelación con los sistemas jurídicos naciona-

gativamente ciertos derechos, un punto especialmente grave si se trata de derechos humanos insuspirables como el derecho a la integridad personal y la respectiva norma internacional de prohibición absoluta de la tortura. Esta interpretación se ha producido ya en algunos fallos judiciales de tribunales constitucionales como en el caso de Canadá, que han utilizado el método de la ponderación de derechos (*balancing*) entre el derecho (interés colectivo) a la seguridad y el derecho a la integridad personal para el análisis de casos de lucha contra el terrorismo, con resultados poco alentadores para la reafirmación del derecho insuspirable a la integridad personal; véase Scheinin, Martin, "Terrorism and the Pull of 'Balancing' in the Name of Security", en Scheinin, Martin et al., *Law and Security-Facing the Dilemmas*, EUI Working Paper Law 2009/11, European University Institute, 2009, pp. 55-63.

les. Al tomar los principios –así calificados por la propia normatividad en la materia–, como parámetros de evaluación, puede revelarse que algunos de ellos no se reflejan plenamente en ciertas reglas, o bien, que al momento de implementar las normas internacionales en el ámbito nacional, esta aplicación se queda corta, o incluso va en contra del sentido y espíritu del principio.

Por ello, este artículo se basa en la idea, trabajada también por Dworkin y por Alexy, de que algunas normas pueden a la vez ser principios y ser reglas⁷, y que este es el caso precisamente de los derechos humanos que materializan criterios morales orientadores y al mismo tiempo constituyen reglas específicas de observancia plenamente obligatoria. Con base en este punto de partida, se busca aplicar la teoría de los principios y reglas al DIDH, como una distinción útil y necesaria para analizar el contenido normativo de esta fuente del derecho y las implicaciones jurídicas que esta revisión arroja para la práctica jurídica.

Para realizar este ejercicio, se toma como estudio de caso el tema de los derechos humanos de las personas migrantes en el DIDH, pues esta cuestión ilustra de forma paradigmática la interacción de principios y reglas que entran en juego con los derechos humanos reconocidos, construidos e interpretados internacionalmente y su aplicación en sistemas jurídicos nacionales, territorialmente delimitados. Es en este tema particularmen-

⁷ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 79; y Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., pp. 44-45 y "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", op. cit., pp. 132-133.

te debatido en el que puede identificarse de forma más clara la distinción e interrelación entre los *principios* de universalidad de los derechos humanos, igualdad y no discriminación y las *reglas* contenidas en distintas disposiciones que concretizan (o no) dichos principios al ser aplicados a la situación concreta de las personas migrantes.

II. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PERSONAS MIGRANTES: CONTEXTO DE UN TEMA EN MOVIMIENTO

En la realidad fuertemente pluricultural de las sociedades contemporáneas, los Estados se enfrentan cada vez más con el reto de crear condiciones para la convivencia pacífica y el acomodo de diferentes y en ocasiones contrastantes necesidades e intereses de diversos individuos y grupos.

En este contexto, la situación de las personas migrantes presenta un campo particularmente importante para la reflexión de los principios y reglas jurídicos. Al analizar el DIDH, puede observarse que la diversidad lingüística, la diferencia cultural y la variedad religiosa se han tratado en cierta medida a través de normas generales y de la jurisprudencia, y por lo tanto las preguntas sobre cuáles derechos les deben ser reconocidos a los miembros de minorías étnicas, culturales y religiosas, y de qué manera, pueden encontrar en esas normas y jurisprudencia una guía para la creación legislativa y la política pública.

Sin embargo, el marco jurídico de los derechos de los migrantes, en relación con su condición de migrantes como tal, y especialmente los migrantes irregulares, no está plena ni coherentemente desarrollado. Aunque los migrantes pueden tener identidades superpuestas, en su carácter solamente de migrantes quedan fuera de otras categorías jurídicas, como la de pueblos indígenas, personas refugiadas, solicitantes de asilo o desplazadas internas y, por lo tanto, sufren de falta de protección debido a las lagunas existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta materia⁸. Sin embargo, como se desarrolla en el presente artículo, este vacío pudiera llenarse en parte a través de la aplicación de los principios de universalidad, igualdad y no discriminación que alimentan todo el DIDH, a las reglas de las que por diferentes vías son destinatarias las personas migrantes.

Para definir claramente el escenario que tenemos enfrente, debe hacerse notar que hay más de 175 millones de personas que viven y trabajan en un país distinto del de su nacimiento o ciudadanía. Muchos de ellos son trabajadores migrantes⁹. Como se ha destacado por la Organización Internacional del Trabajo (oIT), “la migración es principalmente una cuestión de tra-

⁸ En este sentido, véase Edwards, Alice y Carla Fertsman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, 2010, p. 24.

⁹ Comité de Trabajadores Migratorios, Preguntas más frecuentes sobre la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/faqs.htm>.

bajo. Se refiere a la circulación de los trabajadores que cruzan fronteras para encontrar un empleo, así como a la necesidad de igualdad de trato, buenas condiciones laborales y los derechos de estos trabajadores”¹⁰. Esta concepción parece estar en consonancia con el enfoque adoptado por el principal instrumento de derechos humanos de las Naciones Unidas referido a las personas migrantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CDTM). No existe hasta el momento una definición jurídica internacional de los migrantes, sino más bien de “trabajador migrante”, que ha sido descrito por la CDTM en su artículo 2, párrafo 1, como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

En el presente trabajo se estudian las normas internacionales aplicables a las personas migrantes, así como la forma en que los derechos humanos generales se han entendido e interpretado por los organismos

¹⁰ En este contexto, la Organización Internacional del Trabajo (oIT) emitió recientemente un manual “para guiar la participación de los movimientos sindicales en el diseño de las políticas migratorias mediante la promoción de buenas prácticas en materia de migración laboral y el acercamiento a las y los trabajadores migratorios. Busca asegurar que la migración beneficie a los países de origen, así como a los países de destino, y tanto a los trabajadores migratorios como a los no-migratorios”. Véase oIT, *En busca de trabajo decente. Los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes: un manual para sindicalistas*, Ginebra, 2009. Véase también oIT, *Proteger los derechos de los trabajadores migrantes: Una responsabilidad compartida*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

internacionales en la materia, en relación específicamente con los migrantes. A través de esta revisión, se delimitan los principios y reglas que pueden derivarse de la normatividad existente, así como la interrelación entre ellos y su posible proyección a futuro.

III. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES: PRINCIPIOS Y REGLAS

1. Sistema de Naciones Unidas

A pesar de que el marco jurídico actual tiene diversas lagunas y deficiencias en lo que respecta a las personas migrantes, algunas afirmaciones importantes se pueden extraer como puntos de partida a tener en cuenta y como base para un mayor desarrollo jurídico en este campo.

1) De acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con base en las normas sobre igualdad y no discriminación, en principio, las personas migrantes tienen los mismos derechos que cualquier otra persona bajo la jurisdicción del Estado, dado que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales deben ser universalmente promovidos y respetados por los Estados, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión (arts. 1, 3 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas).

Estas disposiciones generales, que toman la forma de *principios* para constituir criterios morales funda-

mentales, se han reforzado a través de la reafirmación post-Guerra Fría de que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (art. 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993).

El carácter de universalidad de los derechos humanos, y por ello aplicables a todas las personas, y la prohibición de la discriminación, especialmente la que se basa en la raza, parecería tener relación directa con la situación de las personas migrantes y su disfrute de derechos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue un paso más allá de la Carta de las Naciones Unidas (ONU) y mencionó específicamente el *origen nacional* como uno de los motivos prohibidos de discriminación, cuando estableció en el artículo 2: “Toda persona tiene derecho a todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción de ningún tipo, como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, *origen nacional* o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, de tal modo que prohibió a los Estados hacer diferenciaciones en el reconocimiento de los derechos sobre esta base, en la cual directamente se incluiría la protección de las personas migrantes.

La necesidad de reafirmar esta idea se expresó en 1985 a través de la adopción por la ONU de la Declaración de los Derechos Humanos de las personas que no son nacionales del país en que viven, que reconoce los derechos del Estado a promulgar leyes en materia de nacionalidad y ciudadanía, pero subraya en el artículo 1: “Las leyes y reglamentos no pueden ser incompa-

tibles con las obligaciones jurídicas internacionales de ese Estado, incluidas aquéllas en la esfera de los derechos humanos". Confirma que los derechos humanos deben reconocerse a todos los extranjeros, a pesar de admitir una diferenciación en cuanto a los extranjeros legalmente en el territorio del Estado receptor en lo que respecta principalmente al derecho de voto y el derecho a la reagrupación familiar.

En términos generales, la norma establecida en dicha Declaración se desarrolla en los instrumentos analizados a continuación y ha alcanzado, en la actualidad, un nivel progresivo y más alto de protección.

Sin embargo, el avance jurídico y en especial la realización práctica de las normas en materia de derechos humanos de los migrantes, han sido temas de acaloradas disputas en el escenario de un mundo en el que, a pesar de los modelos más avanzados de integración económica y política entre los Estados, como la Unión Europea, el Estado nacional todavía conserva como parte de su soberanía, el derecho primario a decidir quién entra en su territorio y las condiciones de tal entrada y permanencia.

2) Derivado de los *principios* de igualdad y no discriminación, un marco general para la regulación de la situación de las minorías en la sociedad más amplia, se puede encontrar en la *regla* contenida en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP):

En los Estados en que existan las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a las personas pertenecientes a esas

minorías *no se les negará* el derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

La misma *regla* se incluye en el artículo 30 de otro tratado internacional vinculante, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, por lo que respecta a las niñas y niños miembros de estas minorías.

En relación con la interpretación del artículo 27 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, encargado de interpretar el Pacto, adoptó en 1994 una interpretación extensiva y aclaró en su Observación General núm. 23, *Los derechos de las minorías* (artículo 27), que estos derechos se aplican también a los trabajadores migrantes:

5.2. El artículo 27 reconoce derechos a las personas pertenecientes a minorías que "existan" en un Estado parte. Dada la naturaleza y alcance de los derechos previstos en dicho artículo, no es relevante para determinar el grado de permanencia de la expresión "que existan". Esos derechos se refieren sencillamente a que a las personas pertenecientes a esas minorías no se les debe negar el derecho, en común con los miembros de su grupo, a tener su propia cultura, practicar su religión y a emplear su propio idioma. Así como no necesitan ser nacionales ni ciudadanos, tampoco necesitan ser residentes permanentes. Por lo tanto, incluso los visitantes o *trabajadores migratorios* en un Estado Parte que constituyen esas minorías tienen derecho a no negar el ejercicio de esos derechos.

Como cualquier otra persona en el territorio del Estado Parte, que sería, también para este fin, tiene los derechos en general, por ejemplo, *a la libertad de asociación, de reunión y de expresión*. La existencia de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, en un Estado Parte no depende de una decisión de ese Estado Parte, sino que requiere que se establezca por criterios objetivos.

Por lo tanto, existe una regla de aplicación categórica respecto de las personas migrantes que a la vez son miembros de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, en el sentido de que se les deben garantizar los derechos al *disfrute de la cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*. Sin embargo, esta regla se refiere a derechos que no son derechos individuales, sino que deben ejercerse colectivamente, *en comunidad con los demás miembros del grupo* de la persona. También hay que tener en cuenta que la redacción de este artículo establece una obligación negativa muy amplia del Estado en el sentido solamente de no poner obstáculos a la realización de estos derechos. Si a este artículo muy general le sumamos el hecho de que los migrantes irregulares suelen no disfrutar de algún tipo de *status* como miembros de una minoría reconocida, entonces se puede observar que con frecuencia estos derechos tienen poco o ningún efecto sobre la situación de los migrantes en el suelo. Esta realidad de millones de personas que viven en Estados de todos los niveles de desarrollo y de ingreso, tiene consecuencias en términos de integración social y diversidad cultural, dado el hecho de que, debido a estas vulnerabilidades

jurídicas, los migrantes irregulares a menudo tienen dificultades en autoadscribirse de forma explícita como miembros de una comunidad y disfrutar de su propia cultura libre y abiertamente.

3) Específicamente con respecto a las personas migrantes, existen interpretaciones más recientes, probablemente influenciadas por la entrada en vigor de la CDTM en 2003, que reafirman que los principios de igualdad y no-discriminación (que a la vez constituyen derechos), deben entenderse como aplicables a las personas migrantes en relación con todos los derechos humanos, y que también proporcionan criterios sobre la forma de llevar a efecto estos principios en el ejercicio de la soberanía territorial. Si bien se reconoce que en virtud de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, es posible hacer distinciones legales entre los ciudadanos y no ciudadanos, también se destacó por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité de ERD), en su Observación General núm. 30, *La Discriminación contra los no ciudadanos*, de 2004, que esta distinción "debe interpretarse en el sentido de evitar socavar la prohibición básica de la discriminación, por lo que no debe interpretarse que desvirtúa de modo alguno los derechos y libertades reconocidos y enunciados en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (párrafo 2). El Comité también dejó claro en los párrafos 3 y 4 de la misma observación, que:

El artículo 5 de la Convención [sobre la Eliminación de la Discriminación Racial] incorpora la obligación de los Estados Partes de prohibir y eliminar la discriminación racial en el disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Aunque algunos de estos derechos, tales como el derecho a participar en las elecciones, a votar y a ser votado en las elecciones, pueden circunscribirse a los ciudadanos, los derechos humanos son, en principio, para ser disfrutados por todas las personas. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de estos derechos en la medida reconocida por el derecho internacional.

Bajo la Convención, el trato diferenciado basado en la ciudadanía o el estatus migratorio constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican en virtud de un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de este objetivo.

Otro desarrollo reciente, posiblemente detonado por la CDTM, se puede encontrar en la Observación General núm. 6 del Comité sobre los Derechos de la Niñez, *El tratamiento de menores no acompañados y fuera de su país de origen*, de 2005, que puso especial atención en las reglas relativas a los derechos de las niñas y los niños migrantes y también proporciona criterios para una mejor comprensión del principio de *no-discriminación*. El Comité ha indicado que:

12. Las obligaciones del Estado en el marco del Convenio se aplican a cada niño sujeto al territorio del Estado, así como a todos los niños sujetos a su jurisdicción (art. 2).

Por otra parte, las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican dentro de las fronteras de un Estado, incluso con respecto a los niños que están bajo la jurisdicción del Estado y al mismo tiempo intentando entrar en el territorio. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no se limita a los niños que son ciudadanos de un Estado Parte y por lo tanto debe, si no se indica expresamente lo contrario en la Convención, también estar disponible para todos los niños –incluidos los solicitantes de asilo, refugiados y migrantes– independientemente de su nacionalidad, estatus migratorio o apatridia.

[...]

18. El principio de *no discriminación*, en todas sus facetas, se aplica con respecto a todas las relaciones con los niños separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación por razón de la situación de un menor no acompañado o separado, o como refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio, bien entendido, no impide –e incluso puede exigir–, la diferenciación sobre la base de la protección de diferentes necesidades, tales como aquellas derivadas de la edad y/o del género. También deben tomarse medidas para hacer frente a posibles errores de percepción y a la estigmatización de niños no acompañados o separados dentro de la sociedad. Las medidas policiales u otras medidas relativas al orden público que involucren a niños no acompañados o separados, sólo son admisibles si tales medidas se basan en la ley, implican evaluación individual y no colectiva, cumplen con el principio de proporcionalidad y representan la opción menos invasiva. Con el fin de no violar la prohibición de no discriminación, esas medidas no pueden nunca, por lo tanto, aplicarse a un grupo o de forma colectiva.

En la misma línea, el Comité de EDR especifica que en virtud de la Convención, los Estados Partes deben “velar por que las instituciones educativas estén abiertas a los no ciudadanos y a los hijos de migrantes indocumentados que residen en el territorio de un Estado Parte” (párrafo 30 de la Observación General núm. 30).

4) De toda la estructura normativa de derechos humanos en Naciones Unidas, uno de los nueve tratados fundamentales se refiere a las personas migrantes, especialmente a los trabajadores migratorios y sus familias, a través de la mencionada Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada en 1990 y en vigor desde 2003. Como se puede observar, este instrumento se refiere a los derechos de todas y todos los trabajadores migratorios, es decir, los documentados e indocumentados. La Convención fue redactada sobre la base de dos instrumentos anteriores, el Convenio de Migración para el Trabajo de 1949 (núm. 97) y el Convenio de la OIT sobre Trabajadores Migratorios (Disposiciones Complementarias) de 1975 (núm. 143), que en conjunto constituyen lo que se ha llamado la Carta Internacional sobre Migración, proporcionando un marco normativo amplio que abarca el tratamiento y los derechos de los migrantes, así como la cooperación inter-estatal en la regulación de la migración.¹¹

¹¹ Taran, Patrick A., “Clashing worlds: imperative for a rights-based approach to labour migration in the age of globalization”, en *Monda-*

Siguiendo los principios generales de igualdad y no discriminación, la CDTM establece en el artículo 7 una regla que constituye una especie de “obligación paraguas” de no discriminación en relación con todos los derechos humanos: “Los Estados Partes se comprometen, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y a garantizar a todos los trabajadores migratorios y sus familias dentro de su territorio y que estén sujetos a su jurisdicción, los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción política o de otra índole, origen étnico, social o nacional, naciona- lidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

La CDTM ha sido ratificada por 42 Estados y siendo un instrumento que entró en vigor recientemente (2003), está abierta la posibilidad de nuevas adhesiones (la más reciente ratificación es apenas del 27 de julio de 2009 por Nigeria). Dentro de los Estados miembros de la CDTM, uno puede encontrar sobre todo países de origen, pero también algunos países de tránsito y/o de destino de un gran número de migrantes. Entre los Estados ratificantes, hay países de todas las regiones del mundo, excepto de la Unión Europea (UE). Sin embargo, 11 Estados miembros de la UE han ratificado

lisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question/ Globalization, migration and human rights: international law under review, vol. II, bajo la supervisión de Vincent Chetail, Collection of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Bruylant, 2007, p. 421.

uno o los dos convenios de la OIT. El Parlamento Europeo ha llamado a los Estados miembros a ratificar la CDTM¹² y el ex Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, en 2004 instó a los Estados de la UE a convertirse en Partes de la CDTM; como él hacía notar: "La integración es una calle de dos sentidos. Los inmigrantes deben adaptarse a sus nuevas sociedades, y las sociedades deben adaptarse también. La palabra "integrar" significa literalmente "hacer completo". Ese es el imperativo para la Europa de hoy. La integración de los inmigrantes que han llegado a ser miembros permanentes de las sociedades europeas es esencial para su productividad y su dignidad humana", y la CDTM proporciona las herramientas jurídicas para conseguir estos objetivos¹³.

Sin embargo, hasta el momento ningún Estado miembro de la UE ha ratificado ni firmado la CDTM. Pero hay que señalar que, por ejemplo, Italia, basó gran parte de su legislación nacional migratoria de 1998 en las disposiciones de la CDTM (aunque debe decirse que la situación hoy en día es diferente pues se ha adoptado una legislación mucho más restrictiva de los derechos de las personas migrantes). Asimismo, un estudio jurídico concluyó que la ley belga refleja una conformidad casi total con las disposiciones de esta Convención, lo

cual implicaría pocos obstáculos para su ratificación. También debe tenerse en cuenta que Bélgica, junto con Italia, España y Portugal, han ratificado los dos convenios sobre trabajadores migrantes de la OIT, lo cual podría ofrecer posibles caminos para la ratificación de la CDTM¹⁴.

Siendo este tratado la encarnación del estándar de Naciones Unidas relativo a los derechos humanos de las personas migrantes y uno de los principales instrumentos universales de derechos humanos, la Convención es el más fuerte parámetro jurídico existente para evaluar las normas y políticas adoptadas por los Estados en materia de migración. En este sentido, las reglas específicas que se contienen en su articulado, materializaron principios ya construidos en la arquitectura normativa internacional por más de 40 años y que requerían de disposiciones obligatorias para aclarar y facilitar su campo de aplicación específicamente respecto de las personas migrantes.

Una reflexión interesante, que para efectos de este artículo sólo se deja mencionada, es aquella que se refiere a la pregunta sobre si existe un fundamento ético y jurídico, incluyendo dentro de las normas de derechos humanos, para argumentar a favor de un derecho a dejar el lugar de origen nacional o de residencia y entrar en otro país, basado en el derecho humano de libre circulación. A pesar de que quizás estemos lejos de pensar en un mundo sin fronteras, es interesante notar que ya desde 1986, el Comité de Derechos Humanos,

¹² Parlamento Europeo. 2006. *Resolución sobre el Desarrollo y la Migración*, Doc. P6_TA(2006)0319, 6 de julio de 2006.

¹³ Discurso del Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, dirigido al Parlamento Europeo al recibir el Premio Andrei Sakharov por la Libertad de Pensamiento (Bruselas), 29 de enero de 2004, en http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_3178_en.htm.

¹⁴ Véase referencias en Taran, Patrick A., *op. cit.*, p. 423.

órgano encargado de supervisar el cumplimiento del PIDCP, aclaró en el apartado 5 de su Observación General núm. 15 sobre la situación de los extranjeros de acuerdo con el Pacto, lo siguiente:

...mientras que el Pacto no reconoce el derecho de los extranjeros a entrar o residir en el territorio de un Estado Parte, un extranjero puede, en determinadas circunstancias, acogerse a la protección del Pacto, incluso en relación a la entrada o residencia, por ejemplo, cuando surgen consideraciones de no discriminación, prohibición de trato inhumano y respeto de la vida familiar.

Como se ha observado, esas circunstancias particulares a las que se refería el Comité de Derechos Humanos desde los años ochenta, se han ido definiendo y desarrollando no sólo a través de la creación de instrumentos en materia de derechos humanos que contemplan reglas relativas a las personas extranjeras y migrantes, sino también a través de la labor interpretativa de los mecanismos internacionales de protección que han ayudado a dotar de contenido y alcance normativo extensivo a los principios generales de derechos humanos.

2. Algunas reflexiones sobre principios y reglas en derechos económicos, sociales y culturales de las personas migrantes

Un punto digno de análisis se refiere a los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Eco-

nómicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y los principios y reglas referidos a estos derechos humanos en relación con las personas migrantes.

Ello debido a que en este análisis confluyen dos de los debates más actuales en materia de derechos humanos. Uno, el que se ha expuesto antes sobre el principio de universalidad de los derechos humanos y las contradicciones y dificultades para su aplicación respecto de las personas migrantes, debido a la construcción conceptual del Estado territorial soberano y la existencia de normas de los derechos nacionales que son difficilmente compatibles con dicho principio de universalidad¹⁵. Y dos, aquél de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), referido a los retos para la posibilidad de exigir judicialmente (o a través de órganos quasi-jurisdiccionales) el cumplimiento de estos derechos. Sin embargo, con la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2008 del Protocolo al PIDESC, que establece un mecanismo de quejas individuales presentables ante el Comité DESC, se supera la distinción histórica entre derechos civiles y políticos (los cuales ya contaban desde 1966 con un mecanismo de quejas individuales), entendidos por algunos como jerárquicamente superiores, y los DESC, ya que al dotar a estos últimos de una vía internacional de justiciabilidad, se

¹⁵ Para un análisis crítico sobre el concepto de soberanía territorial y su relación con los derechos humanos en el contexto de la detención migratoria, véase Cornelisse, Galina, *Immigration and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, 2010.

reconoce y se reafirma la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos en el mismo nivel y grado de exigibilidad.

El artículo 2.2 del PIDESC se refiere también al principio de no discriminación antes citado. Este principio, que cruza de forma transversal todo el derecho internacional de los derechos humanos, permea también la regulación de los DESC y se convierte a la vez en una regla de exigibilidad inmediata, consistente en una obligación general de los Estados de no discriminar en la regulación y aplicación de estos derechos, independientemente de las obligaciones concretas que se contemplan para los Estados respecto de cada uno de los derechos en particular. Esta obligación base no es únicamente negativa (es decir, sólo un deber de no prohibir el derecho a determinado trabajo o el acceso a la salud o a la educación a personas con ciertas características, por ejemplo), sino que también encierra una obligación positiva, esto es, también una regla en el sentido expuesto por Dworkin y Alexy, que consiste en realizar acciones y tomar medidas para evitar la discriminación indirecta y hacer viable la realización práctica de la no discriminación, por ejemplo, a través de las llamadas medidas de acción afirmativa.

Al estudiar este bloque de los DESC de las personas migrantes a través de los principios de igualdad y no discriminación, el Comité de Naciones Unidas sobre DESC, órgano a cargo de la supervisión de cumplimiento y la interpretación del PIDESC, ha expresado su preocupación “por la discriminación contra los trabajadores migratorios en el ámbito de los derechos económicos,

sociales y culturales”¹⁶. En relación con la nacionalidad como base para un tratamiento distinto, el mismo Comité, en el párrafo 30 de su Observación General núm. 20, *La no discriminación respecto de los DESC* (artículo 2, párr. 2), del 10 de junio de 2009, ha aclarado:

La razón de la *nacionalidad* no debe impedir el acceso a los derechos del Pacto, por ejemplo, todos los niños dentro de un Estado, incluyendo aquellos con un *estatus de indocumentados*, tienen derecho a recibir educación y el acceso a una alimentación adecuada y atención de salud asequible. Los derechos del Pacto se aplican a todos, incluyendo *los no nacionales*, como los refugiados, solicitantes de asilo, los apátridas, los *trabajadores migrantes* y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su situación legal y documentación.

El Convenio 143 de la OIT, que ya se ha mencionado como parte de la *Carta internacional de la migración*, establece en su artículo 10, referido a migrantes regulares o documentados, que “cada Miembro para el cual el Convenio está en vigor se obliga a formular y aplicar una política nacional destinada a promover y para garantizar, mediante métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de ... los derechos culturales y de las libertades individuales y colectivas para las personas que, como trabajadores migrantes o

¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Recomendaciones de conclusión sobre Kuwait*, E/C.12/1/Add.98, 7 de junio de 2004, párrafo 13.

como miembros de sus familias que se encuentren *legalmente en su territorio*".

También incluye una obligación positiva importante en el artículo 12 (f), al señalar: "Todo Miembro deberá, mediante métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales: ... *tomar todas las medidas para ayudar y alentar los esfuerzos de los trabajadores migrantes y sus familias para preservar su identidad nacional y étnica y sus lazos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna*", y en términos más amplios de los derechos sociales que puedan tener un impacto en la identidad cultural, que "en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, formular y aplicar una política social adecuada a las condiciones nacionales y práctica que permita a los trabajadores migrantes y sus familias compartir las ventajas concedidas a sus nacionales, teniendo en cuenta, sin perjuicio del principio de igualdad de oportunidades y de trato, las necesidades particulares que pudiesen tener hasta que se adapten a la sociedad del país de empleo".

La CDTM también incluye en materia de DESC reglas específicas que materializan ese principio general de igualdad y no discriminación, y que crean obligaciones de aplicación categórica y exigibilidad inmediata, por ejemplo, el deber de *igualdad de trato* a los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias en relación a los nacionales del Estado de empleo, en el acceso a la participación en la vida cultural (artículos 43, 1, g., y 45, 1, d.). Al referirse a los miembros de las familias

de los trabajadores migratorios, el artículo 45, párrafos 2 y 3, específicamente indica: "Los Estados de empleo aplicarán una política, en su caso en colaboración con los Estados de origen, destinados a facilitar la *integración de los hijos* de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo que respecta a la enseñanza del *idioma local*. Los Estados de empleo procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de *su lengua y cultura maternas* y, a este respecto, los Estados de origen deberán colaborar cuando proceda".

En relación con la aplicación del derecho al trabajo de los trabajadores migratorios y sus familias, el Comité DESC, en su Observación General 18 sobre el derecho al trabajo, adoptada el 24 de noviembre de 2005, subraya en el párrafo 18: "[e]l principio de *no discriminación* establecido en el artículo 2.2 del Pacto, y en el artículo 7 de la Convención [de Naciones Unidas sobre Derechos de Trabajadores Migratorios], debe aplicarse en relación con las oportunidades de empleo para los trabajadores migrantes y sus familias".

3. Referencia a los principios y reglas sobre derechos humanos de las personas migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Hay varios puntos dignos de destacar en lo que respecta a los estándares desarrollados dentro del Sistema Interamericano en lo que respecta a los derechos de las personas migrantes.

1) La contribución principal del Sistema Interamericano a la comprensión jurídica general de los derechos de las personas migrantes es probablemente la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, de 2003, precisamente debido a su papel en clarificar las distinciones jurídicas, si las hay, en lo referente a los derechos humanos de las personas migrantes documentadas e indocumentadas, en particular, de las y los trabajadores migratorios. La OC 18/03 concluye en el punto 8:

...la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Y en la opinión concurrente del juez Cancado Trindade, se señala firmemente:

El Estado está obligado por la normativa de la protección internacional de los derechos humanos, que protege a toda persona humana *erga omnes*, independientemente de su estatuto de ciudadanía, o de migración, o cualquier otra condición o circunstancia. Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares (por ejemplo, los empleadores), en las

relaciones inter-individuales. El Estado no puede prevelecerse del hecho de no ser Parte en un determinado tratado de derechos humanos para evadirse de la obligación de respetar el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por ser éste un principio de derecho internacional general, y del *jus cogens*, que transciende así el dominio del derecho de los tratados.

2) Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hay un caso contencioso de dos años después de que dicho órgano emitiera la OC 18/03, en el cual la Corte reafirma la misma línea adoptada en tal opinión. En el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, de 2005, la Corte concluyó que República Dominicana violó el derecho a la nacionalidad de dos niñas de origen haitiano, hijas de migrantes indocumentados, dado que el Registro Civil se negó a expedir sus actas de nacimiento, aun cuando ellas gozaban de ese derecho según la propia legislación dominicana.

También afirma que el Estado violó sus derechos a la personalidad jurídica, al nombre y a la igualdad ante la ley (párrafos 136 y subsecuentes; y 173 y subsecuentes). Esto guarda una relación con la identidad cultural en el sentido de que una de las cualidades de la personalidad jurídica, y también un derecho humano fundamental, es la nacionalidad, que tiene un impacto directo en cómo las personas se identifican en relación con otras y en relación con el poder público, y los derechos a los cuales pueden tener acceso. Este caso se relaciona además con los derechos de la niñez

(la sentencia también menciona la OC 17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*), y en concreto de las niñas, y destaca un punto importante en el sentido de la formación de la identidad en los primeros años de la vida y la situación doble de la vulnerabilidad de las víctimas, debido a la carencia de nacionalidad (párrafo 142) y debido a ser niñas (párrafo 134). De hecho, esto es coherente con el artículo 29 de la CDTM, que dispone específicamente el derecho del hijo o hija de una trabajadora o trabajador migratorio (documentado o no) a un nombre, al registro de su nacimiento y a la nacionalidad.

3) La Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana debe también mencionarse, dado que se refiere al derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del proceso debido, y reafirma que el derecho subjetivo a la información sobre asistencia consular debe ser respetado por el Estado de acogida en relación con todas las personas extranjeras en su país, es decir, con independencia de su condición migratoria regular o irregular.

IV. AGENDA A SEGUIR: POSIBLES RUTAS PARA EL ANÁLISIS DE REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación se presenta de forma esquemática una lista no exhaustiva de las normas generales más importantes dentro del Derecho Internacional de los De-

rechos Humanos que pueden identificarse más con principios, por un lado, o bien con reglas, por otro, a manera de propuesta para análisis posteriores acerca del contenido y campo de aplicación de esta rama del derecho¹⁷.

Si bien la fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se presenta como el objeto más importante de revisión, también se toman en cuenta el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Penal Internacional y las disposiciones internacionales en materia de Asilo y Refugio, por ser ramas del derecho

¹⁷ Otro tema de estudio interesante sería contrastar la teoría sobre reglas y principios con la existencia del pluralismo jurídico –no en el sentido de la variedad de constituciones como se hace en el análisis del derecho comunitario europeo– sino en el debate acerca de fuentes de derecho distintas del Estado, por ejemplo, en relación con los sistemas normativos de derecho indígena. En este sentido, el reto epistemológico de distinguir entre reglas y principios en sistemas de derecho no escritos, de carácter más bien consuetudinario, se vuelve mayor. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ofrece herramientas que pueden ser útiles para este análisis, con algunos instrumentos recientes como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, e igualmente pueden estudiarse estos fenómenos desde otras disciplinas como la antropología y la sociología jurídicas, o la historia del derecho. Sin embargo, el desafío se vuelve más difícil tratándose de sistemas jurídicos de comunidades pequeñas o tribales (no necesariamente indígenas) sobre todo en algunos países de Asia y África, que no cuentan con normas jurídicas de estructura formal, ni con un ordenamiento jurídico (entendido a la luz de las características descritas por la teoría positivista y no positivista del derecho) y que conciben el derecho de forma presumiblemente muy distinta de la occidental, a pesar de la afirmación del propio Alexy de que su concepto del derecho reúne las características esenciales del derecho “donde sea” y “en el tiempo que sea”.

internacional que de forma complementaria integran la esfera amplia de las normas protectoras de la persona humana.

Reglas	Principios
<ul style="list-style-type: none"> Tratados internacionales de derechos humanos (Naciones Unidas y sistemas regionales: interamericano y europeo), en particular, aquellos artículos que se refieren a los derechos insuspendibles (Art. 3 común de los cuatro convenios de Ginebra), o bien, a los aspectos de algún derecho que no admiten derogación o suspensión, es decir, el núcleo inviolable (<i>core</i>) de cada derecho. Prohibición absoluta de la tortura (Art. 2; y Arts. 4 y 5, respectivamente, de las Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, prohibición reiterada por la jurisprudencia internacional y el derecho consuetudinario internacional). Prohibición de la devolución o expulsión de personas solicitantes de refugio a su país de origen o a un tercer país, en caso de que corran peligro su vida o su libertad, por 	<ul style="list-style-type: none"> Los derechos humanos reconocidos por varias constituciones nacionales –y por los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos– son para Alexy, el típico ejemplo de principios. Sin embargo, debe sostenerse que al mismo tiempo son también reglas siguiendo la definición de Dworkin y del propio Alexy). Principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. <i>Non refoulement</i> que, además de ser regla, es un principio no sólo aplicable en materia de personas refugiadas, sino por lo que respecta al riesgo de tortura, es aplicable también en otras materias como la migratoria, dado que contempla la protección de <i>cualquier persona</i> que se encuentre en este riesgo. Respecto de crímenes internacionales (<i>stricto sensu</i>, es decir, genocidio, crímenes de guerra

Reglas	Principios
	<p>y crímenes de lesa humanidad), opera el principio de extraditar o juzgar, <i>aut dedere, aut iudicare</i>, que a su vez es expresión del principio de jurisdicción universal (Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Arts. 5-8; y 11-16, respectivamente, Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Genocidio: Arts. VI y VII, así como en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario en los cuatro convenios de Ginebra: Arts. 50/51/130/147 de cada uno de los cuatro convenios y Arts. 11.4, 85 y 86 del Protocolo I a los convenios).</p> <ul style="list-style-type: none"> Privilegio de las personas como destinatarios de los tratados internacionales de derechos humanos y no la relación entre Estados como en el derecho internacional clásico. Principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2.2).

Reglas	Principios
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; en algunos casos tortura como crimen individual: Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelos, Inhumanos o Degradantes: Arts. 5-8; y II-16, respectivamente.	<ul style="list-style-type: none"> Principio <i>pro persona</i> desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (que contempla no sólo normas contenidas en tratados internacionales, sino también en el derecho internacional consuetudinario).

V. CONCLUSIONES

La distinción de la teoría no-positivista del derecho entre principios y reglas aplicada al DIDH, ayuda a identificar la narrativa de universalidad, igualdad y no discriminación que alimenta la axiología de los derechos humanos y que atraviesa de forma transversal toda la normatividad en la materia. Al mismo tiempo, contribuye a hacer visibles los retos que se enfrentan para la exigibilidad y cumplimiento de las reglas que reconocen derechos humanos concretos y establecen obligaciones correlativas para los Estados.

Uno de los debates más provocadores de la actualidad se refiere a la aplicabilidad del principio de universalidad de los derechos humanos, reconocido internacionalmente, a la situación de las personas migrantes, en particular, las indocumentadas, y a la posibilidad de dichas personas de ver realizados los derechos contenidos en las reglas que las contemplan.

Los derechos humanos universales son aplicables a todos los migrantes, tanto regulares como irregulares,

por lo que abarca también los derechos culturales y derechos afines a las dimensiones culturales de la vida de los migrantes.

El actual marco jurídico internacional se refiere principalmente a los trabajadores migratorios y de sus familias (y no a los migrantes en general), enfatizando así la consideración de la migración principalmente como una situación relacionada con el trabajo.

Aunque los migrantes pueden tener identidades superpuestas, en su carácter solamente de migrantes quedan fuera de otras categorías jurídicas, como la de pueblos indígenas, personas refugiadas, solicitantes de asilo o desplazadas internas y, por lo tanto, sufren de falta de protección debido a las lagunas existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta materia. Sin embargo, este vacío pudiera llenarse en parte a través de la aplicación de los principios de universalidad, igualdad y no discriminación que alimentan todo el DIDH, a las reglas de las que por diferentes vías son destinatarias las personas migrantes.

Los derechos de los migrantes, los trabajadores migratorios y de sus familias, en particular los derechos de los niños, han sido frecuentemente interpretados por diversos órganos de derechos humanos en términos de los principios de igualdad y no discriminación. Sin embargo, existen también desarrollos jurídicos recientes, sobre todo con base en la CDTM de las Naciones Unidas y de manera complementaria a través de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establecen una serie de reglas que contienen obligaciones positivas de los Estados de acogida

en relación con los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias.

Teniendo en cuenta las obligaciones de los Estados, previstas en el marco jurídico actual, una evolución positiva se puede observar en lo que respecta a las normas legales de los trabajadores migrantes, con respecto a la establecida en 1966 en relación con los miembros de las minorías étnicas, lingüísticas y las minorías religiosas. Esto también representa un cambio en las concepciones y valores relacionados con la diversidad cultural dentro de la sociedad y el papel del Estado en relación con los derechos de las diferentes personas bajo su jurisdicción.

A través de la labor futura del Comité de Naciones Unidas de la CDTM en la interpretación de la Convención y la resolución de casos individuales, existe un escenario de posibilidades para el desarrollo progresivo de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias. En sus actividades, este Comité de Naciones Unidas puede aprovechar la experiencia y los casos tratados por otros comités de NU, principalmente el Comité de Derechos Humanos, el Comité de ERD, el Comité de DESC y el Comité sobre los Derechos del Niño, así como de la jurisprudencia y labor interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para los analistas, la comparación entre las posiciones de estos órganos también representa una oportunidad interesante para aportaciones constructivas.

Aun en los Estados democráticos de derecho, prevalecen espacios vacíos de normatividad referidos a la situación de las personas migrantes indocumentadas.

Dado que la teoría acerca de los principios y reglas se desarrolla respecto de sistemas jurídicos nacionales, en el contexto de Estados-nación con soberanía territorial, es un reto para el derecho contemporáneo definir la forma de aplicar e interpretar de manera coherente los principios internacionales de universalidad de los derechos humanos, igualdad y no discriminación, a las reglas previstas en relación con las personas migrantes, quienes diariamente enfrentan situaciones que exigen respuestas por parte del saber y la práctica jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", en *Ratio Iuris*, vol. 6, 2003, pp. 131-140.
- _____, "On the Concept and the Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, Blackwell, Oxford, septiembre de 2008, pp. 281-299.
- _____, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-151.
- _____, "The Dual Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, junio de 2010, pp. 167-182.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 2005.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General núm. 15, *La situación de los extranjeros de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1986.

_____, Observación General núm. 23, *Los derechos de las minorías* (artículo 27), 1994.

Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de Trabajadores Migratorios. Preguntas más frecuentes sobre la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/faqs.htm>.

Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Recomendaciones de conclusión sobre Kuwait*, E/C.12/1/Add.98, 7 de junio de 2004.

Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General núm. 30, *La Discriminación contra los no ciudadanos*, 2004.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Cornelisse, Galina, *Immigration and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, 2010.

Declaración de los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.

Discurso del Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, dirigido al Parlamento Europeo al recibir el Premio Andrei Sakharov por la Libertad de Pensamiento (Bruselas), 29 de enero de 2004, en http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_3178_en.htm.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Ed. Duckworth, Londres, 1977.

Edwards, Alicia y Carla Fertsman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, 2010.

Habermas, Jurgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity, 1996.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2a. ed., 1994.

Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1999.

Opinión Consultiva 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, 2002.

Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 2003.

Organización Internacional del Trabajo, *En busca de trabajo decente. Los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes: un manual para sindicalistas*, Ginebra, 2009.

Organización Internacional del Trabajo, *Proteger los derechos de los trabajadores migrantes: Una responsabilidad compartida*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Parlamento Europeo, *Resolución sobre el Desarrollo y la Migración*, Doc. P6_TA(2006)0319, 6 de julio de 2006.

Scheinin, Martin, "Terrorism and the Pull of 'Balancing' in the Name of Security", en Scheinin, Martin et al., *Law and Security-Facing the Dilemmas*, EUI Working Paper Law 2009/11, European University Institute, 2009, pp. 55-63.

Shapiro, Scott J., "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper 77, marzo de 2007, University of Michigan Law School.

Taran, Patrick A., "Clashing worlds: imperative for a rights-based approach to labour migration in the age of globalization", en *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question/Globalization, migration and human rights: international law under review*, vol. II, bajo la supervisión de Vincent Chetail, Collection of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Bruylant, 2007.

En su análisis de la situación de los migrantes se observa que existe una visión positiva. Para el Dr. Taran, el Pacto es un instrumento que representa su potencia como organismo trilateral ampliado. Es el organismo que tiene la principal función legislativa, que tiene más jueces que jueces que otros organismos internacionales, y para la medida cumplimiento de las normas entre los Estados miembros.

Este organismo particularmente aprobado en los años comprendidos entre 1966 y 1970 que representa el principio en que todo el mundo tiene derechos y obligaciones comunes. La acepción de la monarquía decidida en el Tratado de Fernando VII en Venecia y las disposiciones de la Constitución francesa en favor de la Nación, que establecía las solicitudes de libertad y justicia. En esa medida también en Asia, los miembros del Comité de la Ciudad de México acuerdan, conforme al principio de 1898, que la idea es "la de la Declaración de los Derechos Humanos" y que debe la constituirse la voluntad histórica, y que debe la constituirse la voluntad histórica, a través de la creación de un Congreso permanente que dará cultura a los ciudadanos de la América Latina.

La pregunta que se hacen los países miembros

“NON EX REGULA IUS SUMATUR,
SED EX IURE QUOD EST REGULA FIAT”

SPIGOLATURE TRA DOTTRINA E PRASSI
SULL’ELABORAZIONE DI REGOLE E PRINCIPI
NEL TARDO DIRITTO COMUNE

ANDREA LANDI

I. UNA PREMESSA NECESSARIA:
L’*INTERPRETATIO* FULCRO DEL SISTEMA

È ormai cosa risaputa che l’*interpretatio doctorum* nel basso Medioevo appartiene con ragione al novero dei fatti normativi di quella esperienza giuridica; anzi, non è esagerato affermare che essa ne costituì il fulcro sul quale incentrare tutto il sistema: l’attività interpretativa della *scientia iuris*, condotta rigorosamente ed esclusivamente sui testi dei due *Corpora iuris*, rese infatti possibile che una pluralità di fonti normative riconducibili ad Istituzioni universali e particolari tra loro

diversissime, fosse ricondotta all'interno d'un unico sistema, quello appunto del diritto comune.

Generalmente la storiografia si è soffermata su questa "funzione nomopoietica"¹ della dottrina, notandone il periodo di massimo splendore collocabile di sicuro nel periodo bassomedievale², che –proprio per questo rigoglio dottrinale– può essere denominato Medioevo "sapienziale"³; ma risulta di tutta evidenza come una tale funzione abbia accompagnato la scienza giuridica per tutta l'esperienza di diritto comune, compatibilmente con i sempre più intensi interventi del potere politico nella produzione del diritto, culminati con quella che icasticamente è stata definita un'espropriazione del ruolo del giurista, realizzatasi con la codificazione⁴.

In questo contesto di una dottrina avente funzione normativa si colloca la riflessione sulle c.d. *regulae*

¹ Cfr. S. Caprioli, *v. Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto IV ed. Discipline privatistiche – sez. civile*, X, Torino, Utet, 1993, pp. 13-25.

² Fra i tanti, si veda U. Santarelli, *L'esperienza giuridica bassomedievale. Lezioni introduttive*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 79-152.

³ Cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, *passim*, che parla della dottrina successiva al Mille come immersa in un "laboratorio sapienziale" di contro all'"officina della prassi" caratterizzante i secoli del protomedioevo. Occorre avvertire però che l'autore sostiene con forza una visione unitaria del Medioevo, in opposizione alla tralattica netta bipartizione tra alto e basso Medioevo.

⁴ Da Paolo Grossi, in vari suoi scritti; si veda ad esempio Id., *Ancora sull'Assolutismo giuridico (Ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, ora in Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 52.

iuris, che, avviatasi nel corso del basso Medioevo, è fatta oggetto di studio per tutta l'esperienza del diritto comune ed ottiene una definitiva sistemazione proprio in età moderna, nella fase più matura di quell'esperienza. Si tratterà allora, nelle pagine che seguono, di saggiare i vari profili di questa riflessione.

1. L'eredità medievale

L'elaborazione in tema di *regulae iuris* rappresenta un esempio tra i tanti della natura creativa dell'*interpretatio doctorum*: l'assioma del giureconsulto romano Paolo, contenuto in apertura all'ultimo titolo del Digesto⁵, secondo il quale la regola è meramente cognitiva del diritto già esistente e quindi di per sé inidonea a produrre diritto, viene letteralmente capovolto già dalla Glossa accursiana dove si sostiene per converso che la regola, a determinate condizioni, produce diritto⁶.

⁵ D. 50.17.1: "Paulus, libro sexto decimum ad Plautum. Regula est, quae rem quae est breviter enarrat; non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum". Secondo B. Brugi, *Le "regulae iuris" dei giureconsulti romani*, in "Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento", I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, pp. 38-42, il frammento conterrebbe "una condanna delle tradizionali *regulae iuris*", o piuttosto una condanna del "cieco uso di esse, ma non esclude che si possano anche formolare nuove regole", che non dovrebbero però discordare "da tutta la cerchia del Diritto vigente".

⁶ In questo passaggio interpretativo non è da dimenticare che gli interpreti medievali leggevano nella *littera bononiensis* da loro utilizzata <causae coniunctio> al posto di <causae coniectio>; favorendosi così

Bartolo da Sassoferato, recependo l'insegnamento della Glossa che poneva fine al dibattito dottrinale che aveva attraversato la scuola per lunghi decenni⁷, consegna ai posteri una teorica della *regula iuris* che non sarà più messa in discussione nell'età del diritto comune. Commentando il frammento paolino, il maestro marchigiano, dopo aver fatto un'opportuna precisazione terminologica riguardo al termine "regola" –la quale può essere intesa anche in un'accezione diversa da quella assunta in questa sede e cioè come cosa che "regit et dat ordinem vivendi" (si pensi per esempio alla "regola" dei Frati minori)–, si domanda in che modo venga costituita una *regula iuris*, rispondendo che essa è formata da asserti universali (come "tutti", "nessuno", etc.), da asserti indefiniti (quali "femmina", "servo", "figlia", etc.) e anche da elementi "aggettivi", come quando si utilizzano le locuzioni *quis, qui e*

l'idea che la *regula* avrebbe collazionato fattispecie diverse, ma aventi la medesima *ratio iuris*. Come ha notato E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 325-326, già Azzzone poteva dire con tranquillità che "la *regula* sarebbe stata una *coniunctio causae* perché avrebbe raggruppato le singole fattispecie strette dall'identica *ratio* e di quest'ultima, in fondo, sarebbe stata l'enunciazione".

⁷ Si deve in primo luogo ai magistrali lavori di Ennio Cortese, *La norma giuridica*, cit., in partic. pp. 321-338, e di Severino Caprioli, fin dal suo *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, in "Annali di Storia del diritto", Anno V-VI (1961-1962), pp. 221 ss., se oggi si dispone di un quadro ampiamente convincente (corredato molto spesso da ineccepibili edizioni di fonti) delle teoriche sostenute nelle scuole giuridiche medievali, che portarono appunto al superamento del dettato paolino.

simili, che denotano un significato comunque universale e non particolare.

Dopodiché si chiede ancora quale sia la *potestas regulae*, dando una risposta che, come è stato sottolineato⁸, porta ad un sostanziale cambiamento della concezione della *regula* rispetto all'impostazione romana, perché avalla definitivamente l'orientamento della Glossa acursiana assertore della natura normativa della stessa. Scrive Bartolo:

Iurisconsultus respondet, quod ex regula non fiat ius. Et ne hoc est verum? Et glossa dicit, quod facit ius, et c. Glossa bene dicit, quae videtur dicere, quod regula facit ius in casibus a iure non statutis, ut statutum est in insula maris, quod nullius in bonis est: et tunc si est casus similis, regula facit ius in illo [non] determinato⁹.

Nell'ottica della *scientia iuris* bassomedievale si possono in definitiva notare due funzioni della regola: da una parte quella di essere custode e chiarificatrice del diritto positivo e dall'altra quella di costituire la base

⁸ Ha scritto P. Grossi, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 173-174, che "la *regula iuris*, architettura generale coniata da quel facitore di schemi universali che è lo scienziato, atto d'*interpretatio* essa stessa, viene ad essere autonomizzata e ad assumere efficacia normativa".

⁹ Bartolo da Sassoferato, *In Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis [Luc'Antonio Giunti], 1602, fo. 237 ra, n. 4; corsivo mio. L'integrazione del testo riportato è realizzata sulla base di quanto asserito dalla glossa al passo commentato ed avendo presente anche l'edizione degli *opera omnia* Lugduni [Compagnie des libraires de Lyon], 1555, fo. 281 ra, n. 5, che però contiene altri errori. L'edizione Basileae, Froben, 1562, p. 1041 a, n. 5, riporta l'espressione <in casibus iure statutis>.

per un suo superamento, in forza di un ragionamento sillogistico¹⁰.

A queste conclusioni i dotti arrivano partendo dalla considerazione della sostanziale coincidenza tra "regola" e "definizione", termini che valgono entrambi ad indicare degli asserti universali, da utilizzarsi come premessa maggiore d'un sillogismo o d'un entimema; una coincidenza che è resa loro plausibile non solo dalla composizione del titolo *De diversis regulis iuris antiqui* che, nonostante la rubrica, racchiude al suo interno regole e definizioni, senza alcuna differenziazione; ma anche dalla *lectura* della *I. Omnis definitio* (D. 50.17.202 [203])¹¹ che costituisce l'altra *sedes materiae* per il discorso sulle regole, soprattutto grazie al relativo apparato glossatorio, dove tra l'altro si segnala, con una bella similitudine, la necessità dell'interprete di stare attaccato alla regola "veluti Bononiensis carocio"¹².

¹⁰ A. Padovani, *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna, Bononia University Press, 2006, p. 127, secondo il quale la regola "sembra porsi come un Giano bifronte, volto insieme al passato e al futuro: custodisce e chiarisce il diritto positivo e insieme può prepararne il suo superamento, proprio in quanto inserita nel novero delle argomentazioni dialettiche".

¹¹ D. 50.17.202 [203]: "Iavolenus, libro undecimo epistularum. Omnis definitio in iure civili periculosa est: rarum [parum] est enim, ut non subverti possit [posset]". Le modifiche tra parentesi quadre sono tratte dall'edizione Mommsen-Krüger. Oltre Brugi, *Le "regulae iuris"*, cit., p. 40, si veda più diffusamente Padovani, *Modernità degli antichi*, cit., pp. 122-126.

¹² La gl. *Omnis definitio*, dopo aver ricordato la celebre definizione di Boezio, nota che la pericolosità della regola sta proprio nella presenza di eccezioni di talché esse "verecundiam plerunque faciunt alleganti regulam. Sed stet firmus regulae, veluti Bononiensis Carocio

Un'idea di regola quindi tutta inserita in ambito giurisprudenziale, perché risultato d'un'attività interpretativa che esplicita una *eadem ratio* per una molteplicità di casi concreti.

Nei paragrafi seguenti vedremo in che modo questa riflessione medievale passa all'età moderna, avvertendo fin da adesso che, se nella lezione di scuola si tende a mantenersi tendenzialmente aderenti all'enunciato paolino, individuando magari una serie di falleniae all'enunciato stesso, nella letteratura consulente e più in generale nella letteratura rivolta ai pratici del diritto, quest'ossequio formale viene attenuato e la funzione svolta dalla regola, soprattutto nel processo, è presentata con maggiore incisività. Va da sé che in un sistema fortemente giurisprudenzializzato quale fu quello dell'Europa dell'età moderna –per il quale si è parlato con ragione di "pragmatizzazione del diritto comune"¹³–, alla continua ricerca di rimedi endogiurisprudenziali per garantire un minimo di certezza del diritto, la regula poteva rappresentare un importante risultato in questa direzione.

Cominciamo dunque dai commentarî.

licet aliqui capiantur de eius custodibus, et licet aliqui casus a regulis subtrahantur". Nei suoi *Memorialia ex variis utriusque Iuris Doctoribus collecta* della prima metà del Cinquecento, Catelliano Cotta (1484-1553) ricorderà ai propri lettori questa citazione accursiana, spiegando il termine *Carrotium*: "Dictio est barbara, et significat currum illum in quo constituebatur vexillum publicum, cum in aciem eundum erat" (ed. Venetiis, Ad cadentis Salamandrae Insigne, 1572, p. 72).

¹³ Cfr. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 146-171.

2. Uno sguardo ai commentari del maturo diritto comune

Se c'è un'opera che vale a segnalare un *Vor* e un *Nach* rispetto alla riflessione sulle *regulae iuris*, questa è il commentario *In tit. ff. de regulis iuris* del milanese Filippo Decio (1454-1536).

Frutto delle sue lezioni universitarie a Valence, a Pavia e a Pisa, come ha notato a suo tempo Aldo Mazzacane, sebbene sia stata "composta secondo i canoni correnti dei commentatori", essa si inserisce "con autorevolezza nell'àmbito della prima letteratura culta, che attraverso lo studio di quella parte del *Corpus* si proponeva d'individuare i principî e i criteri metodologici per una riorganizzazione sistematica del sapere giuridico"¹⁴.

Un'opera quindi che fa tesoro della tradizione del *mos italicus*, non disdegnando però le sollecitazioni provenienti d'Oltralpe¹⁵ e che, forse proprio per questo, ebbe una grandissima diffusione¹⁶.

¹⁴ A. Mazzacane, *v. Decio, Filippo*, in "Dizionario Biografico degli Italiani" = DBI, 33, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1987, p. 559.

¹⁵ Basti qui ricordare la diffusione dell'opera in Francia con le annotazioni di Charles Du Moulin; la rammenta anche P. Stein, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, University Press, 1966, p. 162.

¹⁶ Trentadue edizioni ne ha contate A. Mattone, *Manuale giuridico e insegnamento del diritto nelle università italiane del XVI secolo*, nella rivista on line "Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana", Anno VI (2007), quad. 6 - n.s., § 2, p. 9 (<http://www.dirittoestoria.it>); che indica come prima edizione quella lionese del 1523.

Riguardo al problema della natura normativa della regola, il Decio sviluppa significativamente un ragionamento *in nuce* già fatto da Bartolo circa il rapporto che deve intercorrere fra la regola e il diritto. Leggendo il frammento paolino secondo il quale la regola non produce diritto ma è essa stessa a venire ricavata dal diritto vigente, egli afferma senza mezzi termini:

Et istud verum est quo ad illos casus, qui regulam praecedunt; ex quibus ipsa regula constituitur et formatur, et hoc modo dicitur regula iuris *transitive*, quia de regula fit transitus ad ius, ita quod ius est separatum et distinctum ab ipsa regula. Secus est quo ad alios casus, qui ante regulam determinati non reperiuntur, in quibus regula facit ius, ut patet in regula Catoniana, quae dicitur regula iuris¹⁷.

In questo secondo caso, osserva il Decio,

dicitur regula iuris *intransitive*, quia ipsa regula immediate est ius et non fit transitus quia tali casu ius non est indistinctum et separatum ab ipsa regula. Sed ius, et regula est unum et idem¹⁸.

¹⁷ F. Decio, *In titul. ff. de Regulis Iuris*, Venetiis, Apud Nicolaum Morettum, 1590, p. 8, n. 5. Che cosa fosse la menzionata 'regola catonica' è ben precisato da C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, a cura di A. Corbino e A. Metro, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, p. 446; essa faceva sì che "un legato nullo al momento della redazione del testamento resta[sse] invalido anche se la causa di nullità fosse venuta meno prima della morte del testatore".

¹⁸ Decio, *Ibidem* (corsivi miei). Un'annotazione di Giovan Battista Ziletti alle parole testè riportate del Decio sottolinea l'applicazione che egli fa di "termini Grammaticorum, et Logicorum, quibus frequenter

Riprendendo poi l'insegnamento tradizionale, nota come la regola raggruppi una pluralità di casi avanti la stessa *ratio iuris*¹⁹, partendo dall'assunto testuale della *causae coniunctio* di cui dicevamo, per quanto nel riportare la legge all'inizio del commento egli adotti la lezione critica del frammento riportante il termine *causae coniectio*.

Un'impostazione più attenta al dettato del Digesto e in definitiva meno innovativa (ma tutto sommato anche di minor valore da un punto di vista dottrinale) si ha con il volumetto di un giurista dai vari interessi quale Johann Eisermann (latinizzato in Ioannes Ferrarius Montanus – 1485?-1558)²⁰: per lui la regola serve soltanto a compendiare il diritto; cosicché si può ben dire, a suo avviso, che la regola catoniana è detta tale soltanto impropriamente, essendo essa un vero e proprio *ius constitutum*, come tale produttivo di diritto²¹.

Di tutt'altro tenore e livello è invece il commentario d'un lodato professore nell'ateneo patavino, il vercellese Gerolamo Cagnolo (1491-1551): una trattazione

utuntur Theologi scholastici (...) quos terminos primus omnium Deius noster ad scientiam legalem transtulit", addirittura rimandando all'autorità di Tommaso d'Aquino (p. 17, nt. e).

¹⁹ *Ibidem*, p. 9, n. 10.

²⁰ Su questo giurista, teologo luterano e medico, primo rettore dell'Università di Marburg, si veda M. Montorzi, *Echi di Baldo in terra di Riforma. Matthäus Wesenbeck e gli spazi forensi d'una simplex diffinitio dominii*, in "A Ennio Cortese". Scritti promossi da D. Maffei e raccolti a cura di I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte, U. Petronio, II, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2001, p. 400, nt. 24.

²¹ I. Ferrarius Montanus, *Ad titulum Pandectarum de Regulis iuris commentarius integer*, Lugduni, Apud Seb. Gryphium, 1546, pp. 14-16.

ricca di dottrina e di allegazioni, attenta, come quello del Decio, alle novità del *mos gallicus*²².

In quest'opera l'autore, quantunque sembri non staccarsi dalla semplice esegeti del testo del giureconsulto romano, finisce poi per avvalorarne il superamento, mediante la distinzione del significato del vocabolo "regola" inteso in modo transitivo o, all'opposto, intransitivo: nel primo caso la regola sarà mera mente dichiarativa, nel secondo avrà invece un valore normativo²³.

In definitiva la *lectura* del Decio è ormai data per pacifica.

²² Sul giurista e l'opera, essenziali ragguagli in A. Mazzacane, v. Cagnolo, Gerolamo, in DBI, cit., 16 (1973), pp. 334-335, che data la prima edizione al 1546 in Venezia. Il Grossi, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 435, nt. 102, lo definì "acuto polemista".

²³ G. Cagnolo, *In tit. Digestis [sic] de regulis iuris*, Venetiis, Apud Iuntas, 1585, fo. 11 vb-12 ra, nn. 18-19: "Et nisi regula ex iure, quod prius est, sumeretur: non bene diceretur regula iuris: quaemadmodum in regulam ligni, vel ferri, necesse est materias illas praecedere lignum, aut ferrum, ad hoc ut ex eis disponatur regula. Sic in regula iuris necesse est ius, quod est materia, praevenisse ad hoc ut regula inde disponi possit (...). Et hoc procedit capiendo regulam iuris transitive, sed capiendo intransitive, quicquid dicit gl. ut in regula Catoniana, et in casibus antea non determinatis, regula facit ius, estque unum et idem". L'idea che la regola fosse il "materiatum", mentre il diritto costituisse la "materia" era già stata esplicitata dalla Glossa (gl. *Ex regula e gl. Ex iure in l. Regula ff. De regulis iuris*), come ricordava a suo tempo B. Brugi, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, in Id., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi*, Torino, Utet, 1921, p. 49.

*3. La problematica processuale
della fundata intentio: il ruolo della regola
in ambito forense*

A. Bertachini e Toschi

Come accennavo poc' anzi il rigoglio interpretativo riguardo all'*officium* della *regula iuris* si apprezza maggiormente allorché si prendano in considerazione le opere destinate alla pratica.

Come ben si sa, nel maturo diritto comune in questo tipo di letteratura giuridica la fecero da padrone alcuni repertori che meritano di essere esaminati in questa sede: mi riferisco al *Repertorium* del marchigiano Giovanni Bertachini –giurista operoso nella seconda metà del Quattrocento²⁴– e alle *Practicae conclusiones iuris* del cardinale Domenico Toschi (1535-1620) risalenti ai primi anni del Secento²⁵. Opere che si configurano come vere e proprie encyclopedie giuridiche, capaci di venire incontro alle necessità di giudici ed avvocati per orientarli nel grande oceano delle opinioni dottrinali.

²⁴ Cfr. M. Caravale, *v. Bertachini (Bertacchini), Giovanni*, in DBI, cit., 9 (1967), pp. 441-442.

²⁵ Cfr. M. Ascheri, *Le Practicae Conclusiones del Toschi: uno schedario della giurisprudenza consulente*, in "Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica", a cura di A. De Benedictis e I. Mattozzi, Bologna, Clueb, 1994, pp. 37-53. Qualche accenno bio-bibliografico anche nel mio *A proposito del restauro di alcuni libri antichi*, in "Bollettino Storico Pisano", Anno LXIX (2000), pp. 229-232.

Per quanto attiene allo spinoso problema se la regola produca o no diritto, il Bertachini non dà una risposta univoca: dapprima sembra riconoscere l'efficacia normativa sull'autorità di Bartolo e poi successivamente dà una versione opposta, questa volta sull'autorità di Baldo²⁶. Tuttavia egli sostiene la necessità che l'interprete si attenga alla regola, in assenza di disposizioni speciali che gli consentano di discostarsene²⁷.

Più articolata, ma al contempo meno oscillante, è la trattazione che del tema fa il cardinal Toschi: egli si occupa della regola in due *conclusiones*, la 93 e la 94.

Nella *conclusio 93* –rubricata *Regula quid sit, et qualiter cognoscatur*– il cardinale, dopo aver indicato la definizione di regola contenuta in D. 50.17.1 sulla quale nulla osserva, passa ad indicare i modi con i quali è possibile riconoscerla e ciò avviene principalmente tenendo conto della formulazione della regola stessa: se vi sono asserti generali si è in presenza di una regola, se invece c'è una disposizione speciale (data da espressioni come "quaedam", "quando", "in speciali casu", etc.), non si può parlare di regola. Come pure non si può parlare di regola quando si incontri in un testo di

²⁶ G. Bertachini, *Repertorium ... olim auctum opera D. Ioan. Thierry Lygonensis*, IV pars, Venetiis 1590, fo. 280 va: "Regula non facit ius, nec est ius".

²⁷ "Regulae iuris sunt tenaciter observandae, nisi in contrarium appareret dispositio specialis" (*Ibidem*, fo. 280 rb); "Regulae standum est cum casus non excipitur" (fo. 280 va); ed anche – ma tale assunto non è presente nell'incunabolo *Repertorium iuris utriusque*, [Lyon, J. Liber], 1499, pars III, fo. 143 ra-rb – "Pro regula est pronuntiandum, nisi probetur contrarium" (fo. 280 rb).

legge l'avverbio "interdum", perché tale dizione vale a costituire una *fallentia* e non una *regula*.

Al contrario, la locuzione "plerunque" nella legge segnala l'esistenza d'una regola, anche se ad essa possono darsi delle eccezioni²⁸.

Il Toschi formula queste indicazioni, appoggiandosi ad autorità dottrinali di gran rilievo quali Signorolo degli Omodei († 1362)²⁹, Bartolo e Alessandro Tartagni (1423/24-1477)³⁰.

Il consulente milanese aveva avuto modo di sostenere in una controversia ereditaria di ambito feudale³¹ che, sulla base di alcune leggi del Digesto, "quaedam transeunt cum universitate quae per se singulariter non transient"; tuttavia egli aveva soggiunto che, nel caso di specie, essendo stato disposto "specialiter" in senso diverso e comunque sulla base del diritto feudale, non si doveva ritenere quell'assunto una regola. Anzi proprio la dizione "quaedam" valeva ad escluderne la natura di regola generale³².

²⁸ D. Toschi, *Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores*, VI, Romae, Ex Tipographia Aloysii Zannetti, 1606, p. 879.

²⁹ Notizie bio-bibliografiche in A. Belloni, *Signorolo degli Omodei e gli inizi della scuola giuridica pavese*, in "Bollettino della Società pavese di Storia Patria", Anno LXXXV (1985), pp. 29-39.

³⁰ Informazioni biografiche in E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II. Il basso Medioevo, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, p. 448, che lo annovera fra "i nomi altisonanti" della dottrina unitaria dell'*utrumque ius*.

³¹ Signorolo degli Omodei, *Cons. In casu per vos*, in Id., *Consilia ac quaestiones*, Lugduni, Iacobus Giunti, 1535, Cons. 12, fo. 8 rb.

³² *Ibidem*, fo. 8 rb, nn. 1-2. Osservava infatti Signorolo che "item alia ratione non procedit quia illud quod dicitur quod multa transeunt

Bartolo aveva dal canto suo messo in rilievo come proprio la dizione "interdum", nel passo delle Pandette che stava spiegando, segnalasse in modo inequivoco la presenza di un'eccezione³³; mentre Alessandro da Imola, dovendo decidere in punto di responsabilità sulla rovina di una casa causata da un incendio, aveva preso in considerazione la *l. Nam salutem § cognoscit ff. De officio Praef. vigil.* (D. 1.15.3.1) che fissava mediante la dizione "plerunque" la regola che gli abitanti della casa dovessero essere ritenuti responsabili³⁴; anche se, nel caso concreto, egli l'aveva ritenuta non applicabile³⁵.

Ma è di sicuro la *conclusio 94* quella più importante ai nostri fini: "Regulam habens pro se habet intentiō nem fundatam"³⁶.

cum universitate que non transient singulariter non facit regulam et hoc appareat ex illa dictione quedam" che si ha nelle varie leggi; e concludeva: "est ergo regula quod illa quae singulariter non transeunt nec etiam cum universitate".

³³ Bartolo da Sassoferato, *Ad l. Interdum ff. Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur* (D. 20.4.5), nell'ed. Id., *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, Apud Nicolaum Bevilacqua, 1574, fo. 145 ra, princ.: dove notava che "Regula est quod prior in tempore potior est in iure", come dichiarato nella legge precedente e tuttavia tale "regula fallit interdum, et ideo lex incipit interdum quod dicit casualiter non generaliter".

³⁴ Dopo aver fissato la competenza di tale prefetto sugli incendiari, tale legge afferma infatti che "plerunque incendia culpa fiunt inhabitantium".

³⁵ Alessandro da Imola (Tartagni), *Cons. Visis et opportune*, in Id., *Consilia seu Responsa*, Venetiis, Apud Felicem Valgrisium, 1590, L. I, Cons. 50, fo. 66 vb- 68 va.

³⁶ Toschi, *Ibidem*, pp. 879-881.

Già il *Repertorium* del Bertachini nell'edizione del 1590 aveva enunciato un tale assunto in due aggiunte di Emilio Maria Manolessio (1547- ca. 1584) che riportavano come *communes opiniones* –quindi come tesi consolidate nella prassi giudiziaria– due valutazioni sul ruolo della regola: la prima era quella secondo cui chi in un processo poteva invocare a proprio favore l'esistenza d'una regola si diceva avere la *fundata intentio* circa la propria pretesa³⁷; viceversa –ed era la seconda aggiunta– chi avesse voluto contrastare l'assunto fatto in forza di una regola, doveva provare l'inapplicabilità della regola al caso concreto e dunque l'esistenza di una sua limitazione³⁸.

Rispondendo ad esigenze eminentemente pratiche e divulgative³⁹, questo *Repertorium* aveva sintetizzato, per la prima volta, una complessa elaborazione dottrinale –quella appunto della cosiddetta *fundata intentio*⁴⁰–

³⁷ "Regulam qui pro se habet, satis, secundum communem opinionem intentionem suam (ut nostri dicunt) fundatam habet" (Bertachini, *Repertorium*, cit., fo. 280 rb).

³⁸ "Regulam adversus se habens, et limitationem aducens, secundum communem opinionem limitationem probare debet" (*Ibidem*).

³⁹ Cfr. Caravale, v. *Bertachini*, cit., p. 441.

⁴⁰ Sia detto per inciso che la teoria processuale della *fundata intentio* ebbe una grandissima diffusione anche nella Germania del Cinquecento per spiegare la c.d. Recezione del diritto romano, a seguito della Dieta di Worms del 1495: in quella esperienza giuridica il diritto romano si disse avere dalla sua la *fundata intentio*, sicché colui che lo avesse invocato in giudizio non avrebbe avuto bisogno di provarne l'esistenza, in forza del principio "iura novit curia"; per converso, chi avesse richiesto al giudice l'applicazione di diritti particolari ad esso deroganti avrebbe dovuto provarne l'esistenza. La vicenda è stata di recente ricapitolata da I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età mo-*

che, già presente nella *Glossa*⁴¹ e nello *Speculum iuris* del postaccursiano Guglielmo Durante⁴², era stata poi ulteriormente sviluppata da Commentatori, in modo incisivo soprattutto da Bartolo e da Giasone del Maino (1435-1519)⁴³.

Il primo, in un brevissimo commento alla *l. Quoties* (D. 2.11.13), aveva affermato che "non dicitur esse dubium illud de quo est regula", a meno che non vi fossero casi speciali e a questi si fosse fatto esplicito riferimento ("licet sint aliqui casus speciales, nisi de casibus specialibus mentio fiat")⁴⁴; mentre Giasone aveva

derna, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 57-58, con puntuale analisi della storiografia tedesca in materia.

⁴¹ Si tratta della gl. *Omnis definitio*, cui abbiam già fatto cenno e sulla quale dovremo ritornare più volte *infra*.

⁴² Parlando di processo sommario e dovendo dire se fosse necessaria o no l'offerta del libello, Guglielmo aveva osservato che una volta non era necessaria nei processi civili, a differenza dei criminali dove da sempre essa è stata richiesta; tuttavia "hodie vero generaliter in omni causa offertur (...) nisi in quibusdam specialibus casibus", sicché "cum igitur hi casus non excipiatur a regula stabimus generalitatib"; cfr. Guglielmo Durante, *Speculum*, L. I, tit. *De off. omnium iudicium*, § postremo (ed. Lugduni [s.d.e.] 1547, fo. 58 vb, n. 14). Sul giurista cfr. da ultimo, Guillame Durand *Évêque de Mende* (v. 1230-1296). *Canoniste, liturgiste et homme politique*, Textes réunis par P.M. Gy, Paris, Éditions du CNRS, 1992.

⁴³ Sul quale cfr. Cortese, *Il diritto nella storia*, cit., p. 452.

⁴⁴ Bartolo da Sassoferato, *Ad l. Quoties ff. Si quis cautionibus...non obtemperaverit*, in Id., *Omnia, quae extant, opera*, I, *In primam Digesti Veteris partem*, Venetiis, Septima editio Iuntarum, 1603, fo. 70 ra, n. 1. Un'aggiunta di Andrea de Pomate, ricorda come anche Baldo e Alberico da Rosciate si fossero espressi nel senso "quod pro regula semper est pronunciandum, nisi de fallentia per adversarium in casu speciali probetur".

ribadito il concetto, indicando ulteriori autorità e testi tratti sia dal diritto civile che dal diritto canonico⁴⁵.

È proprio su questa tematica che il Toschi ha modo di indicare nella *conclusio* predetta tantissime autorità dottrinali che nel corso dei secoli avevano concorso al formarsi di questa *opinio communis*; cosicché, accanto a Bartolo e Giasone, troviamo una nutrita serie di consulenti che ci testimoniano inequivocabilmente l'accoglimento di essa nella pratica forense.

Fra questi Aimone Cravetta (1504-1569)⁴⁶, che trovandosi a valutare se fosse stata o no compressa la libertà di testare in forza di un testamento, nel quale in astratto potevano essere contenute delle limitazioni a tale libertà, e che successivamente era stato cambiato dal testatore medesimo, aveva ritenuto di doversi attenere alla regola della ambulatorietà della *voluntas testandi*, perché dalla controparte non era stata provata l'esistenza di un qualche impedimento a che il testato-

⁴⁵ Giasone del Maino, *Ad l. Caetera ff. De leg. I* (D. 30.1.41.[43]), in Id., *In Secundam Infortiati partem Commentaria*, Venetiis [Luc' Antonio Giunti], 1579, fo. 49 va, nn. 3-4 dove, dopo aver affermato il principio che tutte le cose corporali e incorporali possono essere fatte oggetto di legato (n. 1), sostiene che se qualcuno assume che alcune cose non possono essere legate, costui deve provare il suo assunto, perché diversamente "semper est pro regula pronunciandum, nisi de fallentia vel casu speciali probetur". Stessi ragionamenti in merito alla regola, seppure formulati in materia processuale, anche *Ad l. ex quacunquae ff. Si quis in ius vocatus non ierit* (D. 2.5.2), in Id., *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1579, fo. 92 rb, n. 33.

⁴⁶ Per un primo approccio, cfr. A. Olmo, *v. Cravetta, Aimone*, in DBI, cit., 30 (1984), pp. 580-581.

re potesse cambiare la propria volontà⁴⁷; il cosentino Pietro Paolo Parisio (1473-1545)⁴⁸, che, ancora in materia successoria, trovandosi a disquisire se coloro che invocavano la nullità del testamento avessero diritto a chiedere il rimedio del sequestro, ne sosteneva l'inammissibilità in forza della considerazione che "contra ipsos urget vulgata, et communis regula cui standum est, quando in facti contingentia non adest casus ab illa exceptuatus"⁴⁹; e infine Raffaele Cumano († 1427)⁵⁰ che, in un'altra spinosa questione successoria dove egli era stato chiamato a decidere se l'eredità non adita si trasmettesse agli ascendenti e in particolare se un *infans* trasmettesse alla madre il *ius deliberandi*, aveva negato, riguardo a quest'ultimo punto, che potesse essere estesa alla madre la disposizione del Codice che consentiva di trasmettere tale diritto al padre e, ricordando l'insegnamento della Glossa, aveva concluso che "standum est ergo regulae tanquam Carotio (...) non autem specialia extendenda sunt, sed confirmant regulam in non exceptis potius"⁵¹.

⁴⁷ A. Cravetta, *Cons. Dubia plura*, in Id., *Consilia, sive Responsa*, Venetiis [s.d.e.], 1575, L. I, cons. 25, fo. 34 ra- 35 vb.

⁴⁸ Raggiugli biografici in N. Del Re, *Pietro Paolo Parisio, giurista e cardinale* (1473-1545), in "Rivista di storia della Chiesa in Italia", Anno XXIV (1970), pp. 465-488, secondo il quale il nome di questo cardinale calabrese è collocabile "tra i più noti della letteratura giuridica cinquecentesca" (p. 466).

⁴⁹ P. P. Parisio, *Cons. Optimum ius*, in Id., *Consilia, ac Responsa*, Venetiis [s.d.e.], 1543, L. I, cons. 41, fo. 104 ra - 105 vb; la cit. è al fo. 105 ra, n. 16.

⁵⁰ Cfr. Cortese, *Il diritto nella storia*, cit., p. 451, nt. 160.

⁵¹ R. Raimondi (Cumano), *Cons. 130 Nobilis Domina*, in *Consilia, sive Responsa acutissimorum Iuris Prudentium Raphaelis Cumani, nempe et Ful-*

E inoltre, fra le *auctoritates* indicate dal Toschi, non poteva mancare ancora una volta Alessandro Tartagni, con alcuni *consilia*, fra i quali mi sembrano da menzionare in questa sede almeno il *consilium* 89 e il 186, entrambi tratti dal Libro 7⁵².

Nel primo si trattava di valutare una sentenza del vicario del vescovo di Bologna dove si era dovuta risolvere una questione di competenza per territorio nei confronti di un soggetto, il quale era stato citato dinanzi a quel giudice, sia in forza di contratto stipulato a Bologna e sia perché "personaliter inventus" in tale città. Alessandro aveva sostenuto la regolarità d'una tale citazione⁵³; cosicché, sussistendo la regola del *forum contractus*, se il convenuto avesse voluto sottrarsi a tale giurisdizione, avrebbe dovuto –a suo avviso– dimostrare di trovarsi in un caso che costituisce eccezione a detta regola⁵⁴.

⁵² Rispettivamente nell'ed. cit. Tartagni, *Cons. Omissis non necessariis*, L. 7, cons. 89, fo. 65 vb – 66 rb e Id., *Cons. Viso processu*, L. 7, cons. 186, fo. 139 va – 140 ra.

⁵³ "Cum igitur de contractibus celebratis Bononiae constet, et etiam constet reum fuisse inventum Bononiae, et ibi personaliter citatum, nihil est, quod repugnet, quominus potuerit ibi conveniri. Et si dicetur, quod contraxit ibi tanquam viator, et statim recessurus, negatur, nec de hoc aliquid est probatum" (*Cons. 89*, cit., fo. 65 vb, n. 1).

⁵⁴ "Et cum habeamus regulam, quod quis ratione contractus protest in loco contractus conveniri, si ibi fuerit inventus", ne segue che il convenuto "si velit dicere se esse in casu excepto a dicta regula, eo quia dicat se fuisse tunc viatorem, habet necesse hoc probare" (*Ibidem*, fo. 65 vb – 66 ra, n. 1).

Nel secondo, trovandosi il consulente a trattare dell'ammissibilità del giuramento in una causa e dovendo stabilire se essa fosse da considerarsi *magna* –tale così da escludere il giuramento– oppure no, argomentava la sua soluzione facendo ancora perno sul fatto che colui che può invocare la regola in proprio favore non ha bisogno di provare alcunché e concludeva pertanto che "adversarius eius, si vult eum excludere a regula, allegando quod causa est magna inspecta qualitate personae petentis, habet hoc probare"⁵⁵.

Il discorso potrebbe continuare ancora, ma forse è opportuno fermarsi; prima però di lasciare il Toschi con il suo repertorio, mi soffermo su un ultimo consulente, Rolando Dalla Valle, giurista cinquecentesco operoso nel Monferrato⁵⁶, del quale il cardinale rammenta il *consilium* 81 nel libro 1. In quella sede Rolando nulla dice di nuovo, rispetto all'assioma "standum est regulae, et illi inhaerendum, ut Bononienses carrotio", ma invece di indicarne la provenienza dalla *gl. in l. Omnis definitio* –si ricorderà di D. 50.17.202 [203]–, indica un'inesistente *gl. in c. omnis distinctio. 10 de reg. iur. del Liber Sextus*⁵⁷. Un semplice errore di stampa? Forse. Ma mi piace credere che ormai, tanto era recepita

⁵⁵ Tartagni, *Cons. 186*, cit., fo. 140 ra, n. 6.

⁵⁶ Sul quale cfr. E. Dezza, *Rolando Dalla Valle (1500 c. – 1575). Politica, diritto, strategie familiari nell'esperienza di un giurista casalese del Cinquecento*, in "Monferrato Arte e Storia", Anno IX (1997), pp. 23-43.

⁵⁷ R. Dalla Valle, *Cons. Prima facie*, in Id., *Consilia sive mavis Responsa*, Venetiis, Apud Franciscum de Portonariis, 1572, L. I, cons. 81, fo. 135 vb, n. 4.

questa regola nel fôro, che non c'era più alcuna necessità neppure di controllarne bene la citazione.

B. Altre opere della pratica

Un *singulare* di Matteo Mattesillani (fl. 1398-1410), raccolto dall'avvocato veronese Gabriele Saraina intorno alla metà del Cinquecento, invitata a notare che la sentenza, sia essa interlocutoria o definitiva, "lata expresse contra regulam iuris communis" dovesse considerarsi nulla, quantunque si potessero rinvenire casi eccezionali nei quali la si potesse considerare valida, purché tali casi fossero specificamente indicati nella sentenza stessa⁵⁸.

Con una lunga annotazione, il Saraina fissava lo *status quaestionis* riguardo alla rilevanza della *regula* in giudizio: dopo aver asserito che "regulam iuris pro se habens dicitur rem certam et intentionem fundatam habere"⁵⁹ e che pertanto l'onere della prova transitava in colui che allegava la specialità del caso, riportava l'opinione di Bartolo per il quale "secundum regulam est pronuntiandum, nisi contrarium probetur", proprio per il fatto che colui che può invocare la regola in suo favore trasferisce l'onere della prova sull'avversario⁶⁰. Inoltre il giudice, se può scegliere tra le varie opinioni dottrinali contrastanti, non può però andare nella sua

⁵⁸ M. Mattesillani, *Singularia*, in G. Saraina, *Singularia omnium clarissimorum doctorum, qui hactenus de iure responderunt*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iuniae, 1560, sing. 19, p. 195.

⁵⁹ G. Saraina, *Annotatio a M. Mattesillani, Sing. 19*, cit., p. 196, n. 1.

⁶⁰ *Ibidem*, nn. 4-5.

sentenza, come s'è detto or ora, contro la *regula iuris*; e neppure lo statuto nel diritto penale può mutare ciò che è stabilito nelle regole⁶¹.

Nello stesso torno di anni, anche Giuseppe Mascardi (1540/45-1587)⁶², in una delle sue *Conclusiones omnium probationum*, ribadiva pressoché gli stessi concetti, ricordando, sempre a partire dalla riflessione di Bartolo, il ruolo della regola di *fundare intentionem* di colui in favore del quale è posta, con la conseguenza che chi cecepiva la non operatività della regola stessa avrebbe dovuto provare il proprio assunto. E riteneva inoltre –sebbene la sua opinione non fosse da tutti gli interpreti ricevuta– che questa conclusione valesse anche nei confronti delle persone privilegiate, a meno che esse non provassero di essere "specialiter exemptae" o "privilegiatae in materia, de qua agitur"⁶³.

Sul finire del secolo anche Fulvio Pacciani († 1613), nel suo diffusissimo trattato sull'onere della prova⁶⁴,

⁶¹ *Ibidem*, nn. 11-12.

⁶² Puntuali informazioni biografiche in L. Sinisi, *v. Mascardi, Giuseppe*, in DBI, cit., 71 (2008), pp. 538-541.

⁶³ G. Mascardi, *Conclusiones omnium probationum, quae in utroque Foro quotidie versantur*, III, Augustae Taurinorum [s.d.e.], 1624, concl. 1267, fo. 17 vb- 18 ra.

⁶⁴ Diffusione testimoniata anche da W. Wiegand, *Zur Erkunft und Ausbreitung der Formel "habere fundatam intentionem"*. Eine Vorstudie zur Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit und der usus modernus, in "Festschrift für Hermann Krause", hrsg. von S. Gagnér, H. Schlosser, W. Wiegand, Köln-Wien, Böla, 1975, pp. 126-170 (l'osservazione è a p. 136, nt. 29), che, proprio per questo, conduce la sua analisi tenendo per guida l'opera del giurista modenese. Sull'autore, in difetto di studi recenti, si rinvia a G. Tiraboschi, *Biblioteca mo-*

trattava *ex professo* della questione, inquadrando correttamente l'argomento nell'ambito delle presunzioni.

Dopo aver affermato nei primi capitoli il principio che l'onere della prova è a carico dell'attore, il Pacciani passava ad enucleare i casi che costituivano eccezione a tale principio: il primo di tutti si verificava "quando *praesumptio iuris est contra reum, quoniam tunc non actori affirmanti, sed reo neganti probandi onus incumbit*"⁶⁵; cosicché.

"Generaliter igitur haec limitatio statuenda est in favorem eius qui probare tenetur, sive sit actor, sive sit reus, sive sit affirmans, sive sit negans, ut scilicet quilibet intentio fundata in *praesumptionem iuris*, aut in iure communi, vel in *praesumptione naturae*, aut in *regula iuris*, vel in *verisimilitudine transferat onus probandi in adversarium*"⁶⁶.

La "*praesumptio iuris communis*" si verificava – secondo il Pacciani – allorché fosse stata presente una disposizione esplicita di legge che portasse all'inversione dell'onere probatorio; la "*praesumptio naturae*" invece trovava il suo fondamento nella natura delle cose, come nel caso di colui che aveva accolto nella propria stalla un bue errante: era pacifico infatti –ad avviso del Pacciani– che costui avesse diritto a ripetere le spese

denese o notizie della vita e delle opere degli scrittori natii degli Stati del sermo sig. Duca di Modena, III, Modena, Presso la Società Tipografica, 1783, pp. 403-413.

⁶⁵ F. Pacciani, *Egregius, ac practicabilis tractatus, Cui incumbat onus probandi*, Venetiis, Apud Cornelium Arrivabenum, 1594, L. I, cap. 8 *Praesumptio iuris transfert onus probandi in adversarium*, fo. 14 vb, n. 1.

⁶⁶ *Ibidem*, fo. 15 va, n. 4.

sostenute per mantenerlo "cum *praesumptio naturae sit, quod non vixerit bos de vento*"⁶⁷.

C'era poi il caso della presunzione costituita dall'esistenza d'una regola iuris, alla quale doveva essere applicata la stessa disciplina del primo tipo di presunzione, "quoniam notissimi, et indubitati iuris est, quod intentio fundata in *regula iuris*, transfert onus probandi in *adversarium* *allegantem exceptionem a regula*"⁶⁸.

Infine, dopo aver ricordato l'ormai arcinoto insegnamento della Glossa, il Pacciani ribadiva l'insegnamento di Bartolo secondo il quale nel dubbio si doveva pronunciare sempre secondo la regola, cosicché la sentenza data contro la *regula iuris* era da considerarsi data "contra ius expressum" e pertanto nulla, come insegnato pure nel *singulare* di cui abbiam detto poc'anzi⁶⁹.

Secondo i pratici, dunque, la regola valeva a provare l'inversione dell'onere della prova, fondando una presunzione a favore di colui che poteva invocarla: si trattava allora di vedere, volta a volta, quando si potesse parlare di regola; prima di tutto c'era da individuare l'esistenza della regola e successivamente l'applicabilità di essa al caso in questione.

Fra gli infiniti casi tratti dalla prassi che potrebbero essere presi in considerazione per dar conto del *modus operandi* dei giuristi, mi è parso opportuno prenderne uno gustoso, trattato dall'avvocato spagnolo Gerola-

⁶⁷ *Ibidem*, fo. 15 vb, n. 7.

⁶⁸ *Ibidem*, fo. 15 vb, n. 12.

⁶⁹ *Ibidem*, fo. 16 rb, n. 16.

mo De Caevallos; quel De Caevallos o Zeballos che aveva attratto gli strali del Muratori a causa proprio della sua raccolta di *communes opiniones*, con la quale aveva messo in discussione altre in precedenza ritenuute parimenti *communes*, contribuendo così, secondo lui, ad aumentare l'incertezza nel fòro⁷⁰.

Dell'assioma "Regulam qui habet pro se, fundat suam intentionem"⁷¹ il De Caevallos si interessava nell'àmbito della *quaestio* 831⁷², dedicata a disquisire

⁷⁰ Cfr. L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, Presso Giambattista Pasquali, 1742 [rist. an. Roma, Ministero della Giustizia, 1999], cap. IV, pp. 20-21: "A me basta ch'egli meco venga per dare un'occhiata all'opera di un famoso Scrittore Spagnuolo. Intendo io dello *Speculum aureum* di Girolamo Zevallos, o sia Caevallos, o Zevaglìos, come dicono gli Spagnuoli, il quale coll'aver solamente raunato le *opinioni comuni contra le comuni*, ne formò quattro tomi in foglio. Nè già contrasto io a lui l'aver chiamata *aurea* quella sua opera, quantunque in fine poco o niun profitto se ne ricavò: ma dico bene, che niuna più d'essa è bastevole a sommamente discreditar la Giurisprudenza d'oggi, da che egli ce la fa vedere così discordie ed incerta nelle sue sentenze, e ce la rappresenta come un campo di battaglia di chi sempre combatte, senza che mai apparisca, chi abbia da essere vincitore o vinto. Se tu comparisci in aringo con una sentenza comune a te favorevole, eccoti l'avversario, che ti vien contro con una opposta sentenza, ed anch'essa comune. A chi sarà allora dovuta la palma?". Si veda anche *Ibidem*, p. 71. Sull'autore, qualche notizia in N. Antonio, *Bibliotheca Hispana Nova sive hispanorum scriptorum qui ab anno 1500 ad 1684 floruerunt notitia*, I, Matriti, Apud Joachimum De Ibarra, 1783 [rist. an. Torino, Bottega d'Erasmo, 1963], pp. 609-610.

⁷¹ H. De Caevallos, *Speculum opinionum communium contra communes, quaestionum practicarum in iure canonico, civili, et regio repertarum*, III, Romae, Apud Carolum Vullietum, 1609, p. 309, n. 2 del sommario; e repertorio nell'indice, senza numerazione delle pagine, al termine del volume.

⁷² *Ibidem*, pp. 309-311.

se il minore leso in un contratto di matrimonio o negli sponsali avesse diritto alla *restitutio in integrum*.

Egli partiva dalla considerazione che esiste una "regula iuris certissima" secondo la quale al minore che ha subito una "laesio" deve essere concessa la "restitutio in integrum". Nel caso considerato si discuteva di un minore che aveva contratto matrimonio di sera "cum vetula edentata, vel gibbosa", forse dopo averla vista soltanto di notte; l'indomani, dopo aver constatato i di lei difetti, egli si era pentito di tale scelta ed aveva adito il giudice per chiedere la *restitutio*, in conseguenza della gravissima lesione⁷³.

Secondo una prima opinione –notava il De Caevallos– il minore ne avrebbe avuto diritto, proprio perché pareva avere dalla sua la regola suddetta, sostenuta da molti autori; e tuttavia, secondo lui, era da preferire la contraria opinione, sulla base di diverse argomentazioni, fra le quali la sostanziale equiparazione del minore all'adulto nel contrarre il matrimonio, il fatto che la disciplina riguardo alla lesione può essere invocata solo per negozi di carattere meramente economico e infine la natura sacramentale del matrimonio, tale per cui "iudex non potest separare, quos Deus coniunxit; quia spiritualia inhaerent ossibus, et non possunt dispositione civili aboleri"⁷⁴.

⁷³ Quasi spassosa la prosa: "ita [minor] incensus iuvenilibus caloribus, quod non consideravit reliquas corporis partes; de mane vero iam recordatus, ipsaque visa, et valde contristatus ad iudicem accessit" (p. 310, n. 1).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 310, nn. 5-8.

Diverso invece –concludiva il pratico spagnolo– era il caso degli sponsali “de futuro” dove evidentemente un errore, anche sulla natura economica della controparte, poteva generare l’invalidità dell’accordo⁷⁵.

Come si può ben vedere anche da questo esempio, la regola serviva a fissare un principio di diritto, ma la sua applicazione al caso concreto era rimessa alla valutazione logico-giuridica dell’interprete.

Questa fiducia nell’interprete aveva reso possibile, fin dai primordi della Scuola di Bologna, che facessero la loro comparsa raccolte di regole tra loro contrastanti, quali le *Dissensiones dominorum*⁷⁶ e soprattutto le collezioni di *Brocarda*⁷⁷.

Quest’ultime, come ben si sa, raccoglievano al loro interno coppie di regole esplicitamente di segno opposto (*diversa*), le quali erano nondimeno consegnate all’interprete perché questi le riconducesse ad unità, mediante l’uso di strumenti dialettici, sul presupposto

⁷⁵ *Ibidem*, p. 311, nn. 12-13.

⁷⁶ Cfr. F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 537.

⁷⁷ Tra i quali eccelsero, com’è noto, quelli di Azzone. Ha notato il Converso che i “*brocarda* di Azzone rappresentano per la scuola dei glosatori il momento conclusivo dell’applicazione di un metodo di speculazione teoretica sulle antinomie” nel *Corpus iuris* e siccome questo metodo, basato sulle sole distinzioni, non era sufficiente “i bolognesi iniziarono quel dibattito tanto sottile e fecondo sul concetto di *regula iuris*, momento imprescindibile della *reductio ad unitatem* del corpo giustinianeo, ideologicamente presupposta, volta a volta faticosamente costruita”, che sfocerà in altre raccolte successive come quelle di Pillio da Medicina e Ottone da Pavia (cfr. A. Converso, *Introduzione alla ris-tampa anastatica dei Brocarda aurea D. Azonis Bononiensis*, Neapoli, Apud Ioannem Boium, 1568 [Torino, Bottega d’Erasmo, 1967], p. I).

condiviso che tali regole non fossero contrastanti tra loro in modo insanabile (*adversa*)⁷⁸.

Le raccolte di *communes opinones*, che fanno la loro comparsa fin dalla prima età moderna, si ponevano allora in questo solco già tracciato dalla *scientia iuris* bassomedievale e in definitiva fornivano all’interprete un quadro di regole ed eccezioni di cui avvalersi per risolvere il caso concreto: ma non si comprenderebbe appieno la loro importanza se non si tenesse conto della funzione nomopoietica dell’*interpretatio*, a cui abbiam fatto cenno nell’introduzione. Come ha notato giustamente Luigi Lombardi, la *communis opinio* –e la *regula* che da essa derivava– null’altro era che la “versione giurisprudenziale della legge”⁷⁹.

⁷⁸ Come ha scritto Padovani, *Modernità degli antichi*, cit., p. 129, “una volta tracciato questo schema di eventualità, ogni disposizione di legge trova[va] la sua giustificazione, il disordine apparente si compone[va] in ordine razionale legittimando, infine, la validità delle due massime simultaneamente contrapposte”.

⁷⁹ Cfr. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 189. Mi pare condivisibile l’inquadramento del diritto comune, da parte di questo autore, tra i sistemi giurisprudenziali (ripreso anche da E. Cortese, *Il diritto nella storia*, cit., p. 454), posto che “carattere comune a queste forme di creazione del diritto è quella che deriva dal fatto che esse si propongono tutte di ‘trovare’, mediante procedure razionali, le norme da applicare ai casi che si presentano ai giudici ed agli altri operatori pratici, nonché i principî sistematici in cui inquadrare i vari problemi, anziché di ‘dettare’ precetti in base all’autorità di cui un determinato soggetto si trovi ad essere investito”, cosicché il diritto giurisprudenziale costituisce la principale alternativa, ancorché non “secca”, al diritto politico (così A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 288-289).

4. Tra mos italicus e mos gallicus: lo studio delle regole nelle Università

È ormai un dato storiografico appurato che la contrapposizione aspra tra i due diversi modi di studiare il diritto romano –quella secondo il metodo dei bartolisti e quella al modo degli umanisti– non fu poi così pungente come in passato veniva sottolineato da certi storici, mossi sovente da polemiche nazionalistiche⁸⁰: se è vero che indubbiamente differenti furono gli atteggiamenti dei giuristi cinquecenteschi verso il diritto romano, a seconda che si collocassero in una o nell'altra di queste due correnti del pensiero giuridico, è vero altrettanto che non mancarono giuristi che tentarono con successo di rimanere ancorati all'insostituibile metodo bartolistico, facendo però tesoro delle acquisizioni scientifiche provenienti dall'umanesimo.

Per quanto riguarda le *regulae iuris* già abbiam detto del Decio e del Cagnolo, che si cimentarono in appositi trattati.

In questa sede è invece da fare discorso su alcuni giuristi che si interessarono di esse nel più ampio quadro della riforma degli insegnamenti universitari, in quello che è stato definito il momento di passaggio dal “trattato didattico” –tipico del diritto comune quattrocentesco– al “manuale giuridico”⁸¹.

⁸⁰ Cfr. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 236, che ha visto questa contrapposizione come “frutto di un'illusione ottica”.

⁸¹ La felice espressione è di Mattone, *Manuale giuridico*, cit., § 5, pp. 22-28.

Anche qui ovviamente si tratterà di fare soltanto alcune incursioni.

Cominciamo con Giovanni Battista Caccialupi (1420 ca.-1496)⁸², noto fra l'altro per il suo volumetto *De modo studendi in iure*, che rappresenta appunto il primo “manuale metodologico scolastico (...) che recuperava il passato e le *auctoritates* dei maestri in funzione del presente”⁸³.

Dopo aver ricordato che lo studente diligente deve *audire* i propri maestri, il Caccialupi osservava come fosse impossibile per ogni studente mandare tutto a memoria: sarebbe veramente cosa vana pretendere di ricordare tutti i casi trattati a lezione o incontrati nelle varie raccolte; ed è assurdo che qualche docente possa pretendere questo dai propri discepoli.

D'altra parte è parimenti assurdo –continuava il nostro– che lo studente si affidi solamente a Bartolo, sulla considerazione della sua grande autorità, perché non mancano passi in cui anche tale sommo giurista appare oscuro o comunque sviluppa dei ragionamenti così complessi, che precludono la comprensione del giurista non provetto⁸⁴.

⁸² Sul quale si veda almeno P. Nardi, *Giovanni Battista Caccialupi a Siena: giudice delle Riformazioni e docente dello Studio*, in Id., *Maestri e allievi giuristi nell'Università di Siena. Saggi biografici*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 119-154.

⁸³ Mattone, *Ibidem*, p. 22. Ho consultato l'edizione G. B. Caccialupi, *Modus studendi in utroque iure*, in appendice a S. Brant, *Titulorum omnium iuris, tam civilis, quam canonici expositiones*, Venetiis, Apud Io. Antonium Bertanum, 1570, fo. 236 r - 255 r.

⁸⁴ *Ibidem*, doc. 7, fo. 245 v - 246 v.

Ecco allora che il maestro dell'ateneo senese consigliava apertamente ai neofiti del diritto di cimentarsi prima di tutto con le raccolte di *regulae iuris*; quelle del Digesto e quelle contenute nel Sesto. Esse infatti sono le "principales claves iuris: quibus inhaerendum tanquam bononiensis carocio", cosicché la loro ignoranza addirittura costituisce per l'interprete "culpa lata"⁸⁵.

Gli stessi concetti venivano ribaditi qualche decennio dopo da Matteo Gribaldi Mofa (1506-1562) in un'altra celebre operetta dal titolo *De methodo ac ratione studendi*⁸⁶.

Secondo il Gribaldi Mofa le regole servono essenzialmente per due usi: il primo è per dire in breve ciò che viene spesso detto con molte parole, così da facilitare la memorizzazione dei concetti. Il secondo è quello di rendere possibile la costruzione di sillogismi "perfectissimum disputandi genus, quo nullum ad veritatem eruendam, ad detegendam falsitatem aptius aut propinquius invenitur"⁸⁷. Proprio per questo, dopo aver fornito un esempio di questa utilizzazione della regola, egli raccomandava agli studenti di esercitarsi nel ragionamento sillogistico, perché "sine eo, nec

⁸⁵ *Ibidem*, fo. 247 r. Ricorda il passo anche Padovani, *Modernità degli antichi*, cit., p. 122.

⁸⁶ Sull'opera nel quadro della letteratura cinquecentesca e sulla figura del giurista cfr. da ultimo D. Quaglioni, *Tra bartolisti e antibartolisti. L'umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella Methodus di Matteo Gribaldi Mofa (1541)*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 185-212, con ampia bibliografia alle pp. 195-196.

⁸⁷ M. Gribaldi Mofa, *De Methodo, ac Ratione Studendi*, Lugduni, Apud Antonium Vincentium, 1556, L. I, cap. 7, p. 47.

scholasticus proficere, nec Doctor iura interpretari, nec advocatus causam defendere, nec iudex controversias definire recte posse existentur"⁸⁸.

Avuto riguardo alla loro origine – ricordava il giurista piemontese – le regole si distinguono in "regulae ex verbis" e "regulae ex mente", a seconda che derivino dalle parole stesse del legislatore, come nel caso di D. 50.17, oppure siano il risultato di un'indagine interpretativa volta ad acclarare "vis et mens legis".

Proprio in quest'ultimo tipo di regole si percepisce l'importanza fondamentale della *scientia iuris* e soprattutto di giuristi come Bartolo e Baldo "qui universas ferme legum sententias ita perstrinxerunt, ut eorum formulis, vel epitomis, nihil aut brevius, aut subtilius excogitari possit"⁸⁹.

Non è difficile scorgere allora, in queste considerazioni, come sia senza dubbio demandata alla scienza, e alla sua elaborazione creatrice di diritto, l'individuazione della maggior parte delle *regulae iuris*, le quali vanno ad affiancarsi e addirittura a sovrapporsi a quelle direttamente enucleate dal legislatore⁹⁰.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁹ *Ibidem*, cap. 8, pp. 58-59. Lo sottolinea anche A. Errera, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 109-110. Il Gribaldi fornisce più avanti (cap. 10, pp. 91 ss.) un ulteriore elenco di regole ricavate dall'*interpretatio doctorum* sui passi giustinianei, con intenti che mi sembrano tener conto dei postulati umanistici: scrive infatti che tale elenco dev'essere nella sua idea "nunc brevius, nunc clarus, et si fieri possit, purius ac elegantius" rispetto a quelli finora a disposizione.

⁹⁰ Perché, come ha efficacemente notato Errera, *Lineamenti*, cit., p. 113, nell'ottica dei Commentatori "ogni progresso nelle conoscenze

Fra le altre figure di giuristi che si collocano in questa prospettiva possono poi essere menzionati il francese Jean de Coras (1513-1572) e l'olandese –ma di cultura francese– Joachim Hopper (1523-1586), i cui scritti *De iuris artis* finirono entrambi nei *Tractatus universi iuris*.

Il Coras, espressione dell'"anima razionalista" dell'umanesimo giuridico e sostenitore convinto dell'uso della dialettica negli studi giuridici⁹¹, proponeva di riordinare *funditus* il quadro del diritto vigente, collocava le *regulae iuris* dopo i *tres iuris praecepta* tra i cosiddetti "secundaria iuris principia", i quali erano da intendersi come "quaedam axiomata, et definitiones, seu regulae, quae non tam natura, quam civili aliqua ratione et auctoritate, aut communi mortalium usu, per hominum animos diffunduntur, quae etsi plerunque vera sunt nec valde egeant demonstratione"⁹². Egli notava inoltre come tante altre di queste regole fossero espresse nei titoli appositi del Digesto, del *Liber Extra* e del *Sextus*, ma moltissime altre ancora fossero per converso da reperire nei *responsa* e nelle leggi e così

scientifiche deve necessariamente derivare da precetti generali e fondamentali".

⁹¹ Cfr. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 162-163. Di due "anime" dell'umanesimo giuridico ha parlato di recente P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 90-96.

⁹² J. de Coras, *De iuris arte*, parte I, cap. 26, in *Tractatus Universi Iuris*, I, Venetiis [Società dell'aquila che si rinnova], 1590 (ma 1584), fo. 65 vb-66 ra.

dichiarava la necessità di fornirne in quella sede almeno un elenco a titolo esemplificativo⁹³.

Hopper invece, giurista più vicino all'"anima storistica" dell'umanesimo, inquadrande le *regulae iuris* tra i "principia particularia" del diritto, si limitava a segnalare l'omonimia tra "regulae" per i giuristi, "oracula" per gli scrittori e "aphorismi" per i medici. Dopodiché, prima di fornire anche lui un elenco dettagliato di regole ricavate dalla *lectura* dei testi giustiniani, precisava come le *regulae iuris* potessero attenere al diritto in senso proprio (come quando trattano per esempio di giustizia o del giudizio), oppure alle cose oggetto del diritto stesso (come nel caso di quelle relative alle persone, ai commerci, ai beni)⁹⁴.

Interessanti considerazioni sulla *regula iuris* si trovano anche nel *De exercitatione Iurisperitorum* di Antonio Massa (1500-1568), giurista di ambiente curiale romano, non insensibile però alle idee umanistiche⁹⁵.

In quest'opera –destinata agli studenti di diritto, per fornire loro "strumenti dialettici e metodologici di interpretazione validi tanto per gli studi quanto per

⁹³ Ibidem, fo. 66 ra: "Alia sunt, quae civilis legis auctoritate nituntur potissimum quorum bonam partem reperire est, sub titulo Pandectarum, Gregorii, et Bonifacii, *de Regulis Iuris*, et reliquam sparse decerpere, ex Iurisconsultorum responsis, et Caesarum placitis, nos quaedam exempli gratia, referemus".

⁹⁴ J. Hopper, *De iuris arte*, L. I, § *De principiis particularibus*, in *Tractatus Universi Iuris*, I, cit., fo. 86 vb. Sul giurista cfr. Orestano, *Introduzione*, cit., p. 72.

⁹⁵ Cfr. F. Sigismondi, *v. Massa, Antonio*, in *DBI*, cit., 71 (2008), pp. 666-669.

l'esercizio della professione legale”⁹⁶ – il Massa aveva modo di commentare D. 50.17.1, ricordando così come la regola potesse essere definita una “compendiosa enarratio, et quasi causae coniectio”, una sorta cioè di “universale, vel perpetuale praeceptum, diversarum rerum quasi sub unam, eandemque causam cadentium universitatem complectens”⁹⁷.

In particolare egli raccomandava ai discenti di tener presente, sulla scorta di Zasius, che la legge sorge dai fatti, mentre la regola trae la sua origine dalla legge, quale compendio di casi ricadenti sotto la medesima *ratio*.

In questo senso –osservava ancora il Massa– nel titolo in questione del Digesto compaiono tante espressioni che non sono *regulae iuris* in senso proprio, in quanto semplici definizioni (“axiomata”). C’era pertanto la necessità di ben distinguere le definizioni dalle regole; e queste dai principî, i quali propriamente sono gli indiscutibili fondamenti (“positiones” o “dignitates”) d’una *scientia*⁹⁸.

⁹⁶ Così E. Conte, *Accademie studentesche a Roma nel Cinquecento: de modis docendi et discendi in iure*, Roma, Edizioni dell’Ateneo, 1985, p. 70, il quale definisce il Massa come “buon giurista, alquanto noto ai suoi tempi”, la cui opera “ebbe una diffusione ragguardevole anche fuori d’Italia fino ai primi anni del secolo XVII”.

⁹⁷ A. Massa, *De exercitatione Iurisperitorum*, L. I, n. 55, in *Tractatus Universi Iuris*, I, cit., fo. 170 vb – 171 ra.

⁹⁸ *Ibidem*, fo. 171 rb, nn. 57-62. I principî, sulla scorta di Aristotele, sono “quaedam propria, quae quod vera sint non contingit demonstrari; et quae per se et non per alia fidem habent, quoniam nihil prius superiusque in ea scientia est, per quod confirmari explicarique possint” (n. 63).

Le regole non coincidono con i principî, giacché, sebbene anch’esse siano asserti universali, hanno bisogno di essere provate nell’ambito di un giudizio: e in ultima analisi esse dipendono proprio dai principî che costituiscono la causa delle leggi e delle regole medesime⁹⁹.

Secondo il Massa allora l’*officium regulae* era quello di realizzare una “communitas et coniunctio causae”, da offrire all’interprete per l’attuazione del procedimento logico-dimostrativo per eccellenza –il sillogismo–, così da poter pervenire alla decisione del caso concreto; riconoscere questa funzione generale della regola, ovviamente, non significava escludere che potessero esistere pure delle *fallentiae* alla regola stessa¹⁰⁰.

Spostandoci per concludere questa rassegna più decisamente sul versante della giurisprudenza *culta* e non potendo anche qui non limitarci che ad alcuni autori soltanto, passiamo adesso a fare cenno al principe degli umanisti, Jacques Cujas (Cuiacio, 1522-1590), e all’autore di un diffuso trattato *De regulis iuris*, il ginevrino Jacques Godefroy (Gotofredo, 1587-1652): i quali possono essere considerati come esempi autorevoli –e per certi versi, paradigmatici– della riflessione umanistica sulle regole giuridiche, collocandosi rispettivamente al culmine e all’epilogo di quella corrente di pensiero giuridico.

⁹⁹ *Ibidem*, fo. 171 rb, n. 63: “Hoc interesse inter principia, seu dignitates, et regulas, quod inter elementa et membra, haec ex illis dependent, illa ex horum causae sunt et omnium, ita regulae ex principiis dependent: illa sunt regularum omnium, et legum causae”.

¹⁰⁰ *Ibidem*, fo. 171 rb, n. 67 e fo. 171 va, n. 70.

Se nei *Paratitla* al Digesto il Cuiacio si limitava semplicemente ad osservare che il *ius antiquum* a cui fa riferimento D. 50.17 era da intendersi non come diritto in vigore solo nei tempi remoti, ma come diritto elaborato dall'antica giurisprudenza, tuttora valido e non cassato da successivi interventi imperiali¹⁰¹, nei commentari alle singole leggi egli aveva modo di diffondersi ampiamente sulla natura della regola, con riferimento anche a citazioni letterarie ed erudite.

A suo avviso, la regola era una "iuris in breve coactio, et expositio circumcisa", di per sé "lubrica et periculosa, non certa, non necessaria, non perpetua, quia vitiatur, et corrumptur facile"¹⁰². Ciò non impediva però che la regola potesse esser vista come una sorta di stabilizzazione, cosicché, pur con le cautele che sono senz'altro richieste, si poteva ancora seguire il noto insegnamento accursiano, per il quale si deve "stare alla regola"¹⁰³.

¹⁰¹ J. Cujas, *Paratitla in libros L. Digestorum sive Pandectarum Imperat. Justiniani*, IV, Neapoli, Apud Ioannem Cervonis, 1751, pp. 417-419.

¹⁰² J. Cujas, *Recitationes solemnes a D. 50.17.1*, in Id., *Opera ad parisensem fabrotianam editionem*, VI, Prati, Ex officina Fratr. Giachetti, 1838, cc. 1845-1846.

¹⁰³ Il metodo umanistico di studio del diritto, accompagnato dall'erudizione storica, è ben dimostrato dalla citazione, che il Cuiacio apporta in questo punto per spiegare il significato della nota similitudine adoperata dalla glossa; egli rinvia al *Compendio dell'Istoria del Regno di Napoli* del pesarese Pandolfo Collenuccio (1444-1504), dove si leggeva che "per più chiara notizia è da sapere, che 'l Caroccio, che all' hora si usava in Italia era un carro molto grande menato da molti paia di buoi concio a gradi intorno in forma di tribunale, et di pulpito molto ben lavorato, et coperto, et carico d'ornamenti; sopra il quale si portavano gli standardi, et le bandiere del popolo, di chi era il Ca-

Riguardo al rapporto tra *ius* e *regula*, il Cuiacio sosteneva che bisognava fornire degli esempi concreti per spiegare la derivazione della regola dal diritto: in quest'ottica esemplificativa egli prendeva in considerazione il frammento di D. 50.17.69 nel quale veniva affermata la regola che nessun beneficio può esser dato senza l'accettazione da parte del beneficiario. Ora, siccome la libertà è definita in altri passi come un beneficio, si chiedeva il Cuiacio se anche per concedere la libertà fosse necessario il consenso del beneficiario e rispondeva in modo negativo, proprio perché il diritto non deriva dalla regola; semmai -concludeva- "videndum est et querendum ex quo iure [regula] confecta sit"¹⁰⁴.

La *regula* ha quindi sempre un fondo di ambiguità, cosicché il trarre degli argomenti da essa può apparire controproducente, dato che talvolta essa può deformare il *ius*, mentre talora può essere intesa come suo sinonimo: in caso di contrasto tra legge e regola -concludeva il giurista francese- deve comunque prevalere la legge¹⁰⁵.

roccio, et delle comunità, che all' hora in lega si trovavano; et era il Caroccio negli esserciti come il pretorio, o il tribunale commune, ove si riducono i soldati, come alla corte, et capo dell'essercito, et ove tutti li maestrati, et tutta la forza, et miglior parte del campo stavano alla guardia, et all' hora veramente si teneva rotto, et sconfitto il campo, quando il Caroccio si perdeva" (ed. Venezia, Appresso Gioseffo Pelusio, 1591, parte I, L. 4, fo. 53 v).

¹⁰⁴ *Ibidem*, c. 1846.

¹⁰⁵ *Ibidem*, c. 1847: "Et ubi regulae lex aliqua specialis contraria est, legi potius standum est. Itaque levia sunt, quae ex regulis ducuntur argumenta: levia quae iactantur non sine studiosorum dispendio, qui haec magis, quam ius ipsum spectant, θετικά, quae vulgares interpretes

Se si può fare una sommarissima valutazione della *lectura* cuiaciana a D. 50.17.1, si deve dire che essa rientra perfettamente nel *modus operandi* del grande romanista: si va in altri termini alla ricerca dell'esatta comprensione del testo; della tradizione interpretativa si accetta soltanto ciò che è conforme alla pura esegeti; ci si oppone all'utilizzazione spesso indiscriminata delle regole da parte della pratica, espressione di una giurisprudenza creatrice di diritto¹⁰⁶.

E veniamo infine a Gotofredo; il quale –com'è stato notato¹⁰⁷– pur riprendendo la lezione degli altri umanisti, soprattutto sotto il profilo della corretta ricostruzione dei testi romani e della loro esegeti, non disdegnavà però le riflessioni del *mos italicus* in merito alle regole, riconoscendo ad esse il ruolo di costituire “iuris fundamenta”; di essere fonti dalle quali fuoriesce il diritto, chiavi con le quali si disserra il santuario del diritto, promontori (“cynosurae”) offerti a coloro che navigano nell’oceano del diritto¹⁰⁸.

Egli pertanto non esitava a riconoscere la funzione insostituibile delle *regulae* per la definizione delle

vocant Brocardica, non minus nomine quam usu barbaro, eis ius civile deformantes. Interdum regula iuris civilis pro iure ipso accipitur”.

¹⁰⁶ Ha segnalato Stein, *Regulae iuris*, cit., p. 164, che gli utilizzatori di brocardi in definitiva “argue as if law were an exact science, but it is only a science in a loose way. In a true science conclusions follow necessarily from premises. In law there is no necessary conclusion”.

¹⁰⁷ Da Stein, *Regulae iuris*, cit., p. 167.

¹⁰⁸ J. Godefroy, *Novus in titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiqui commentarius*, Neapoli, Apud Societatem literariam et typographicam, 1780, *praefatio ad lectorem*, p. 6.

controversie: esse gli apparivano infatti quale “directorium” per i giudici e i giureconsulti, chiamati rispettivamente a decidere le cause o ad esprimere pareri; in definitiva servivano, secondo lui, non solo per aiutare la memoria, ma anche e soprattutto per risolvere le controversie; ed in ciò stava il principale loro *officium*¹⁰⁹.

Commentando il noto frammento di Paolo, per quanto scegliesse apertamente il testo offerto “in optimis Florentinis Pandectis, et Haloandrinis”, recante come s’è visto il sintagma “causae coniectio”, il giurista ginevrino confermava l’*opinio communis*, secondo la quale chi può invocare a suo favore una regola si dice avere l’intenzione fondata; cosicché alla regola occorreva stare attaccati da parte degli interpreti come i bolognesi al carroccio, riprendendo esplicitamente con questo paragone la ormai nota similitudine *accursiana*¹¹⁰.

Quanto al rapporto tra regola e diritto descritto nel frammento, il Gotofredo negava che il giureconsulto romano avesse voluto impedire alle regole di assumere un’efficacia pari alle “leges”, ai “plebiscita” e alle altre “iuris species”; semplicemente, a suo avviso, egli aveva ammonito che in primo luogo bisognava usarle con prudenza per il fatto che esse sono frutto d’un’elabora-

¹⁰⁹ *Ibidem*, Ad rubricam et ad legem I, p. 17.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 19, dove riporta in proposito, come aveva fatto il Cuiacio, la citazione del Collenuccio. Posizione non dissimile da quella dell’umanista tedesco della prima età della Recezione, Sebastian Brant (1457-1521) che, dopo aver riconosciuto questa funzione della regola, aveva concluso per la natura normativa di essa, nell’ambito del diritto civile (cfr. S. Brant, *Titulorum omnium iuris (...) expositiones*, cit. *supra* nt. 83, fo. 123 v).

zione interpretativa; ed inoltre bisognava fare attenzione alla retta intellezione di ciascuna regola, delibando ogni circostanza, e soprattutto andando alla ricerca della materia dalla quale la regola era stata desunta¹¹¹.

Il Gotofredo non riteneva quindi necessaria la distinzione tra regole in senso transitivo e regole in senso intransitivo, che il Decio, come abbiam visto, aveva mutuato dalla Scolastica: anche la regola catoniana, esempio di questo secondo tipo di regole, era nata infatti da ciò che nel foro veniva praticato comunemente e dunque si configurava anch'essa come una sorta di "causae coniectio", rientrando *de plano* nella definizione paolina¹¹².

Sia il Cuiacio che il Gotofredo sembrano allora confermare quell'importanza della *regula iuris* già evidenziata dai glossatori e perfezionata nella formulazione da Bartolo: pur nel nuovo quadro socio-politico delineatosi con la nascita degli Stati nazionali e con il consolidamento dei vari diritti patrī che tale nascita aveva comportato a discapito del *ius commune*, si può asserrire che anche la giurisprudenza culta –sebbene con i distinguo e le precisazioni volta a volta presentati– non aveva che minimamente scalfito la costruzione sulle regole operata dalla *scientia iuris* del diritto comune¹¹³.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 20.

¹¹² *Ibidem*, p. 21.

¹¹³ Come ha notato U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 264-265, nella Francia del Secento –patria dell'umanesimo– si assisté alla "trasformazione del diritto in regole giuridiche, quasi si trattasse di un testo normativo"; dietro a questa tecnica di lavoro dei giuristi del tempo, incentrata sul diritto francese

5. Al modo d'una conclusione, ovvero di un probabile nuovo inizio

È tempo di concludere.

E lo si deve fare tenendo presente il contesto nel quale queste riflessioni sono state scritte: una ricerca internazionale tra giuristi di varie discipline che si confrontano sull'elaborazione dei principî e delle regole in esperienze giuridiche diverse, sincronicamente e diacronicamente, o, come anche si dice, nella comparazione orizzontale e in quella verticale delle esperienze stesse.

I giuristi positivi si interrogano oggi in modo pressante sul proprio ruolo nella società, dove la globalizzazione e la sovranazionalità del diritto hanno messo in crisi tante certezze della cultura giuridica otto-novecentesca.

L'*Ancien Régime* e in misura ancor maggiore lo Stato liberale ottocentesco infatti avevano proceduto speditamente nel riconoscere lo Stato come l'unico facitore di norme, con la conseguente riduzione del giurista a mero esegeta della legge (il c.d. *Assolutismo giuridico*)¹¹⁴; e la dimensione sovranazionale del diritto, che aveva caratterizzato tutta l'età di mezzo, aveva lasciato il posto ad un diritto per converso tutto racchiuso nell'orbita statale.

piuttosto che sul romano, egli intravede le dottrine innovative di Carlesio e di Jean Domat.

¹¹⁴ Cfr., tra i tanti scritti del Grossi su questo argomento, almeno la silloge *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

Questo secondo dopoguerra ha invece posto alla ribalta un diritto dei mercati internazionali, dove le regole non si formano più soltanto presso gli organi che esercitano tradizionalmente la funzione legislativa, ma piuttosto negli studi dei grandi *lawyers*, che magari svolgono la funzioni di arbitri in controversie di gigantesca importanza economica, oppure nelle corti europee sovrastatali, che si trovano ad armonizzare i diritti dei singoli Stati con quelli delle Comunità internazionali.

In un simile contesto, pur nella consapevolezza che non spetta di certo allo storico del diritto divinare il futuro, non è azzardato ritenere che al giurista dei prossimi anni dovrà essere riconosciuto non soltanto un mero compito di ordinatore e razionalizzatore d'un'esperienza creata altrove, ma anche di partecipe attivo nella produzione del diritto e in una nuova individuazione delle regole.¹¹⁵

Heri dicebamus, insomma.

¹¹⁵ La trasformazione dell'interprete in mero esegeta è stata, ad avviso del Grossi, "una riduzione assolutamente artificiosa", che oramai si disvela come tale nella giuridicità contemporanea, cosicché "il perno dell'ordine giuridico si è spostato dal momento confezionario della legge al momento interpretativo, l'unico che consenta alla volizione astratta di diventare positiva, ossia ordinamento d'una esperienza" (cfr. P. Grossi, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*. Quaderni di Diritto Privato Europeo –Atti I– Incontro di studio Bari 4 dicembre 2007, a cura di M. Lobuono, Bari, Cacucci, 2009). Sul giurista nell'età della globalizzazione, condivisibili le sottolineature di P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenzia di una disciplina altra*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 155-156.

LEGISLACIÓN ESTATOCÉNTRICA Y TUTELA PRINCIPALISTA EN INDIAS

RAFAEL ESTRADA MICHEL

I. ENTRE PRINCIPIOS COMUNITARIOS Y REGLAS ESTATALES

¿Existió en Nueva España una recepción suficientemente amplia del *Ius Commune* europeo tardío como para hablar de principios derivados de éste y recogidos en la legislación india?

Sí y no. No, porque el componente estatalista, que mediatisa la recepción, acaso la torna inexistente. Hay que recordar que Fernando el Católico incorpora las Indias, con gran habilidad, no a la pactista Corona de Aragón sino a la de Castilla, quizás el primer Estado moderno en surgir merced a los esfuerzos de los Trastámara¹. En este sentido no tuvimos Edad Media ni, por

¹ Rubert de Ventós, X., *El laberinto de la hispanidad*, Planeta, Barcelona, 1987.

tanto, Estado (o, mejor, protoestado) de carácter jurídico². Nuestra Constitución estamental, la novohispana si reducimos indebidamente la realidad india a la mexicana, fue una estructuración bajomedieval pero matizada por la presencia del Estado: una construcción "estamental" sólo a beneficio de inventario.

En los reinos de Indias es el Estado el que dicta leyes, sin que para ello obste la fuerte presencia de varios aparatos corporativos que, lejos de hacerle sombra, se instalan en una cómoda connivencia con él. En tal virtud, más que una recepción principalista del *Ius Commune* lo que tenemos desde el siglo XVI es una asunción bastante pacífica de la voluntad que se impone desde la corte peninsular.

Dicho esto, sí hay recepción, con todas las salvedades del caso. Sí que hay no sólo vestigios, sino auténticos *principios* del *Ordo iuris* inmersos en la regulación de la vida india, sobre todo si se habla de "principios" en el sentido que al concepto otorga el profesor Franco Bonsignori³. Los *principios* engloban así a los *objetivos* de toda empresa jurídica, y la de Castilla en Indias lo fue, qué duda cabe. Principio fundamental

² Fioravanti, M., "Estado y Constitución", en Fioravanti, M. (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13-43.

³ Y que implica una referencia general no sólo a los *fines u objetivos*, sino a las *ideas* y a los *valores* relacionados bien "con un sector de la realidad jurídicamente relevante", con "otros principios o grupos de principios", o con "reglas o grupos de reglas presentes en uno o varios ordenamientos jurídicos". Bonsignori, F., "Diritto come regole e come principi", en *La crisis de la ley*, Escuela Libre de Derecho, Universidad de Pisa, México, 2007, p. 258.

fue la evangelización de los indios del Nuevo Mundo, y a ello estuvo ordenada la presencia hispánica en América desde sus albores. No sólo porque Francisco de Vitoria cite a Bartolomé de Sosaferato en sus celeberrimas *Relecciones de Indias*, ni porque las *Partidas* del sabio rey don Alfonso X sean, en más de un sentido, el más completo tratado de derecho común con que se cuenta en lengua romance y porque hayan influido al derecho americano en forma tan profunda que aún hoy se aprecia, sino porque los objetivos y valores de la hispanidad en Ultramar están claros en la letra y en la aplicación de la ley, podemos atrevernos a hablar del derecho indiano como una tenue pero eficaz recepción de *principios* propios del *Ius Commune* europeo.

El *Ordo Iuris* en el que se mueven los juristas de la Nueva España y del Perú es un orden principalista (en cierto modo todo ordenamiento, que no todo sistema jurídico, lo es). Aunque el Estado, con esa voluntad omnicomprensiva y totalizante de la que habla Paolo Grossi, ha nacido ya en Castilla y se expande más allá del Atlántico, el siglo que consolida el encuentro entre el viejo y el nuevo mundo es todavía una centuria de prudente consideración, a lo Felipe II, del ordenamiento como un *orden pre establecido, dado, intocable*⁴, y del príncipe como un encargado del mantenimiento del mismo. Un siglo que recela de las tentaciones soberanistas que se muestran aún como tiránicas, como resulta particularmente claro en la obra del jesuita Francisco Suárez. Al Occidente hispano le falta un lar-

⁴ Fioravanti, M., *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 37-38.

go trecho para llegar a Hobbes. No extraña, por tanto, que los *principios* (mejor: los objetivos trazados en sede imperial y/o papal) en el Quinientos permanezcan incólumes durante los gobiernos de los Austrias y tengan que aguardar al borbonismo dieciochesco para sufrir mutaciones voluntaristas. La Recopilación de las leyes de los reinos de Indias data de 1680-1681, y el primer Borbón no gobernará España e Indias sino hasta la inauguración del siglo XVIII, por lo que puede decirse que la tal Recopilación austracista, cumbre del Barroco jurídico americano, es también el último grito de una creatura acosada por la Modernidad. Nos referimos, por supuesto, al *Ius Commune europeo*.

¿Qué *principios*, en tanto que *objetivos*, guían la presencia jurídica de España en Indias? En primerísimo término se halla, como hemos señalado, la necesaria evangelización del indio americano, su conversión que urge porque el milenarismo franciscano supone cercano el fin de los tiempos. Con esa convicción, bien que matizado el componente apocalíptico, comienza la *Recopilación*: “y para que todos universalmente gocen el admirable beneficio de la Redención por la sangre de Cristo Nuestro Señor, rogamos y encargamos a los naturales de nuestras Indias que no hubiesen recibido la Santa Fe, pues nuestro fin en prevenir y enviarles maestros y predicadores es el provecho de su conversión y salvación, que los reciban y oigan benignamente, y den entero crédito a su doctrina”⁵.

⁵ Recopilación de las leyes de los reinos de Indias (RLRI), I, 1, 1. Citamos por la edición facsimilar de la de 1681, Escuela Libre de Derecho, México, 1987. Cursivas nuestras.

Así inicia también sus *Relecciones* no un franciscano, sino un dominico como es Vitoria. Jesucristo había ordenado predicar su verdad a *todas* las gentes (Mt. 28:19)⁶ y ante la sorprendente realidad de que por quince siglos *algunas* naciones se habían hallado fuera de cualquier posibilidad de cumplimiento evangélico, era necesario apelar a todo el *principalismo* que fuese posible para justificar la presencia pacífica de Castilla en Indias, con lo que, de paso, Vitoria sistematizó para siempre, quizás, las categorías universalistas propias de los derechos humanos: el *Ius Migrandi* y el *Ius Co-communicationis*⁷.

No podía ser de otra forma. Los hombres del Quiñientos, juristas o no, tenían en cada orilla atlántica muy claro que el Orden jurídico no puede ser reducido a la mera legalidad, y que requiere el carácter *principalista*, pre-regulado, valorativo y hasta axiológico que hoy llamamos, sin mayor complejo, “constitucional”. La Segunda Escolástica estructura –inventa– a la *First America* de la que ha hablado David Brading, y lo hace a partir del concepto tomista de Ley que excede en todos los sentidos los estrechos márgenes del positivismo voluntarista.

La ley, y entre las leyes la que permitió la conquista de las Indias y pretendió justificar la presencia castellana en las nuevas tierras, requiere constituir, según

⁶ Vitoria, F. de, *Doctrina sobre los indios*, San Esteban, Salamanca, 1992, p. 61.

⁷ Ferrajoli, L., *Derecho y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001, p. 32.

la célebre definición de Santo Tomás, un ordenamiento racional, esto es, sensato, que permita una tendencia de toda la comunidad, que es suprema, hacia el bienestar compartido, a juicio de aquél que, como cabeza del organismo, se halla *autorizado* para cuidar del mismo a través de su *Iurisdictio*. No bastaba por tanto, ni podía bastar para consumar la empresa de Indias, con apelar a meras formas legislativas, a reglas vacuas dictadas por los poderosos. Se requería, aun encontrándonos en terrenos propios del Estado moderno y del soberanismo al estilo Carlos V, de algo más que la simple *potestas* del gobernante.

El derecho indiano parte de la idea bajomedieval de un Orden pre establecido que se lee en la realidad de las cosas⁸ y que muta hacia estadios avanzados, es decir, de realización más concreta y plena de la justicia, siempre que no se olvide de los *principios* en los que se funda. De ahí que no pudieran las Leyes de Indias, por más leyes que fuesen, olvidarse de los usos y las costumbres de los habitantes de estas tierras, siempre que no contravinieran los *principios* del *Ius Commune* en su versión peninsular. La costumbre es fuente grata a la idea de un Orden dado, inmutable en sus bases y fundamentos. La Ley moderna, en cambio, se asume como instrumento de cambio, de reestructura, de novedad desde los cimientos, como que viene de una

⁸ Grossi, Paolo, "La legalidad constitucional en la Historia de la legalidad moderna y posmoderna", *Ceremônia de Outorga de Doutorado Honoris Causa a Paolo Grossi*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 24.

voluntad general por la que nadie se preocupó en Indias sino hasta el advenimiento de las luces borbónicas.

Es en efecto la casa de Borbón la que concibe la idea –que, por lo demás, llevará a las Independencias continentales– de que las realidades multiseculares pueden variar a golpe de decisiones absolutistas que el *soberano* (nótese que no la *comunidad suprema*) "guarda en su real pecho", como advertía el marqués de Croix, virrey de México, en 1767. ¡Qué lejos estamos de aquellas leyes Habsburgo que permitían aplicar el derecho propio de las repúblicas de indios siempre que no se vulneraran unos *principios* que la realidad, más que cualquier codificación, se encargaba de explicitar!

Carlos V había ordenado, el 12 de julio de 1530, "que los gobernadores reconozcan la policía que los indios tuvieren y guarden sus usos en lo que no fueren contrarios a nuestra Sagrada Religión", exigiendo que los jueces o *Justicias* aceptasen "la orden y forma de vivir de los indios"⁹. Más tarde, el propio emperador y la reina Juana, su madre, mandaban "que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas después de que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada Religión, ni con las leyes de este libro... de nuevo se guarden y ejecuten", con tal de que los reyes de Castilla mantuviesen la potestad de añadir "lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de

⁹ RLRI, V, II, 22.

los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las *buenas y justas costumbres y estatutos suyos*¹⁰.

Cuesta trabajo encontrar pasajes regulatorios que manifiesten en forma más clara la tensión existente entre lo que se *reconoce* como funcional, inmemorial y útil, y lo que se *quiere normar*, prescribir y modificar. Del otro lado, queda también muy claro que los reyes de Castilla no quieren sustituir un Orden por otro, ni pretenden poseer la verdad en torno a lo que constituye el auténtico *Ordo iuris*. Si los usos y costumbres americanos no vulneran los *principios* de la santa religión Católica y de la sacra policía Imperial, no hallaban sus Majestades razón alguna que justificara su eliminación o su ralentización a través del sometimiento a una cierta regulación codificatoria. La ley XVIII ofrece buen ejemplo de este *sustancialismo circunstanciado*, sólo aparentemente paradójico, cuando se prescribe que a los indios o chinos que aceptasen el bautismo tras su catequización “no se les corte el cabello” con objeto de que no hagan “grave sentimiento, porque volviendo a sus tierras padecen nota de infamia, y en algunas, si los hallan así (*pelicortos, se entiende*), los condenan a muerte, y en otras provincias de nuestras Indias tienen los indios por antiguo y venerable ornato el traer el cabello largo, y por afrenta y castigo que se lo manden cortar, aunque sea para bautizarlos”¹¹. El mantenimiento del Orden principalista, que la propia ley llama “servicio

de Dios nuestro Señor”, autoriza a violentar el eurocentrismo con su fuerte carga de nimiedad.

Por su parte, los indígenas mesoamericanos sabían muy bien que es la costumbre (y cuanto más antigua, mejor) la fuente jurídica que en forma más eficiente permite evitar la inadecuación de la *regulación* a los *principios* que preservan la supremacía comunitaria. La Castilla del *Ius Commune* sabe asimilar esta convicción (en cierto modo es la suya propia, si bien los comunes son reducidos y decapitados por la Corona con ocasión de la derrota de Villalar en 1519) y aprende a leer en un Orden inscrito en la trama cotidiana de las cosas comunitarias americanas sin buscar su modificación a través de decretos y fórmulas tecnocráticas. La cultura novohispana es, por tres siglos y a pesar de borbotones galopantes, una cultura *jurídica*, como lo han sido también las culturas del México mesoamericano desde hace muchos siglos. Tal vez por eso ni la Nueva España ni las comunidades indígenas del Anáhuac y del Mayab, aun las actuales, han experimentado la tremenda *crisis de la ley* que ha arrostrado desde hace doscientos años el inexperto, politizado y poco principalista México posthispánico.

El de Santo Tomás, ilustre dominico que canta a San Francisco en la *Comedia*, es un Orden legal, pero sobre todo un “Ordenamiento de la razón”, orden razonable, prudente, atento a las circunstancias que en cada caso (y más en cada Continente) varían. La actitud racional de la Corona castellana consistió en alejarse de tentaciones centralizadoras y eurocéntricas e interpretar localmente los hechos y los valores que se extendían,

¹⁰ RLRI, II, I, 4.

¹¹ RLRI, I, 1, 18.

diversos, a lo largo de sus extensísimos dominios. El Rey, como receptor y canalizador de la *auctoritas*, debía abstenerse de inventar ordenamientos artificiales e inconexos respecto de la realidad americana. De ahí la existencia de instrumentos procesales dedicados a salvaguardar la peculiaridad principalista de las Indias, como fueron el *Obedézcase pero no se cumpla*¹² y el amparo de indios, a cuenta habida de que el emperador don Carlos había ordenado en 1528 que se guardaren "las leyes que fueren en favor de los indios, inviolablemente... sin embargo de apelación o suplicación". El "buen tratamiento" que se debe a los indígenas es, así, *principio* invariable e ineludible de la legislación india, contra el que no cabe *regla* o recurso procesal alguno¹³.

De todo ello se deriva también que la voluntad regia expresada en leyes sólo se traduzca en eficaz y justo instrumento de conducción cuando se haga cargo de la variopinta realidad de los valores trasatlánticos del *Ordo iuris* con miras a perfeccionar su instrumentación. Será entonces la "buena ley" a la que se refirieron los *Sentimientos de la Nación* del cura José María Morelos, caudillo independentista que en pleno siglo XIX se atrevió a plantear el mantenimiento del incomprendido *Obedézcase* en su *Reglamento del Congreso* en lo que constituye, puntualmente, una apasionante muestra de la supervivencia jurídica novohispana. En efecto, el artículo 27 del *Reglamento*, fechado en Chilpancingo el 11 de septiembre de 1811, establece que "el Generalísimo

¹² RLRI, II, I, 16 y 22. Cfr. Esquivel Obregón, T., *Apuntes para la Historia del derecho en México*, edición especial, Porrúa, México, 2009, p. 315.

¹³ RLRI, II, I, 5.

de las armas, como que ha de adquirir en sus expediciones los más amplios conocimientos *locales*, carácter de los habitantes y necesidades de la nación, tendrá la iniciativa de aquellas leyes que juzgue convenientes al público beneficio, lo que decidirá por discusión el cuerpo deliberante, y asimismo podrá representar sobre la ley que le pareciere injusta o no practicable, deteniéndose el cùmplase de que habla el artículo 25".

De esta forma el estatismo novohispano debe ser matizado, por lo menos en cuanto a sus alcances. Existe una preocupación en los Austrias, que no logran diluir los Borbones, no sólo por mantener la pluralidad dentro de una monarquía que se entiende "Católica" (por ejemplo, "Universal"), sino por lograr un mestizaje entre los *principios* que sean fusionables. La división entre repúblicas de indios y repúblicas de españoles (blancos nacidos en Europa o en América) es no sólo una opción frente al estatalismo inoperante por lo que se refiere a la uniformización centralizadora, sino un fomento –nada resignado– de la diferencia y del rescate de los valores de todas las comunidades. Nótese, sin embargo, la ambigua situación de los grupos racial y culturalmente mestizos, que no contaban ni con protección ni con privilegios ni con valoración de sus *principios* específicos que, por lo demás, resultaban –y resultan– confusos. Se ha dicho, con acierto, que la guerra de Independencia en Nueva España fue, al menos en sus primeras manifestaciones (1810-1819), una guerra civil. Podría agregarse que fue una guerra de castas, mejor, una guerra de las castas mestizas, usufructuadas alternativamente por los independentistas y por

los realistas, por el reconocimiento de un *status jurídico* definido que fue, precisamente, el que les negó la insensata Constitución de Cádiz (1812) en su artículo 22.

Sea de ello lo que fuere, los *principios jurídicos* entendidos como metas (la evangelización de todos los indios, la convivencia integradora, que no fusionante, de comunidades, el buen tratamiento a las poblaciones aborígenes) no podían cobrar vigencia sin ciertas *reglas* que los reconocieran, establecidas siempre detrás de ellos y como seguimiento de ellos. Y es que no ha surgido aún el "gran titiritero" estatocéntrico del que ha hablado Grossi. Así, la bula papal *Sublimis Deus* (1537) reconoce para los naturales los preexistentes derechos de propiedad y libertad, universales e indisponibles como lo son aún hoy, y con ello inaugura el periodo jurídico que conocemos como propio de unos derechos, los "Humanos", que no son sino eso: valores comunitarios enraizados y en continua tensión para lograr su reconocimiento normativo y su operabilidad jurídica. Otra cosa que debemos al Descubrimiento de América que fue, ante todo, el encuentro del hombre occidental con otro hombre como él.

Lo que, siempre en tónica ensayista, procede es que nos cuestionemos ahora, con honestidad, si la "evangelización de los naturales" o su "tratamiento de libres" que imponían tanto capitulaciones como leyes pueden ser considerados principios de *Ius Commune* tardío como afirmábamos en un principio¹⁴, o derivan más

¹⁴ Icaza, F., *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias (1492-1898)*, Escuela Libre de Derecho, Porrúa, México, 2008, entre muchas, p. 78.

bien del estatalismo mercantilista propio de la Corona de Castilla y son en sí mismos *reglas* que coinciden con la definición de lo que la monarquía de las Españas quiere en sede soberanista.

Y, de nuevo, la respuesta no puede resultar sino ambigua. El propio Francisco de Vitoria reconoce, al final de las *Relecciones*, que aun cuando no quedase demostrada plena y escolásticamente la licitud de la presencia castellana en Indias los reyes no deberían implementar la retirada, por oponerse ello a la conveniencia de la Corona y a los intereses mercantiles de España¹⁵. Podría decirse que ha surgido entonces la *razón de Estado*, lo que, sin embargo (en esto, como en todo lo humano, no existen absolutos) no significa que el derecho indiano asuma un carácter regulatorio y voluntarista desde su momento generatriz.

El matiz está en que tanto las *Relecciones de Indias* como la *Información en derecho* de Vasco de Quiroga¹⁶ y otros documentos fundacionales de lo indiano (sin excluir a las primeras *Leyes de Indias*) reconocen a través de reglas un derecho preexistente, sin pretender crear racionalistamente un nuevo sistema jurídico y citando profusamente a las autoridades del *Ius Commune* en sus versiones itálica y humanístico-gálica. Descartes no ha nacido aún y la monarquía se cuida, así en Europa como en América y en Asia, de tentaciones que lleven a la aplicación universal y acircunstanciada de

¹⁵ Vitoria, *Doctrina...*, p. 147.

¹⁶ Quiroga, V., *Información en derecho*, introd. y notas de C. Herrejón, SEP, México, 1985. Para las citas *cfr.* especialmente pp. 67-124.

reglas genéricas, ajenas a las realidades locales. Las universidades indias surgen tempranamente, en la misma centuria que las alemanas, y lo hacen para estudiar un derecho canónico y civil que es común a todo Occidente pero que se recibe salvando en lo posible la circunstancia regional de aplicación.

Del otro lado, ralentizando la recepción, es imposible dejar de señalar el factor estatalista. La práctica ausencia de señoríos jurisdiccionales en Indias habla bien a las claras de la enorme potencia de la estatalidad castellana. Sólo el Estado hace justicia entre nosotros, o al menos eso es lo que se pretende en los primeros siglos de nuestra hispanidad, pero esta peculiar *Iurisdictio* no confluye con las tentaciones legicentristas sino hasta su encuentro con la moderna doctrina de la división del poder soberano, pasados los arrebatos absolutistas y llegados a la necesidad de estructurar naciones separadas y moderadas, cada una, por su propia Constitución.

En el momento fundacional de lo "liberal" (la expresión surge en las Cortes de Cádiz para distinguir a los progresistas de los "serviles") y asumidos los *principios* como *objetivos*, destacan en México las llamadas del general Morelos a moderar "la indigencia y la opulencia" con miras a eliminar "la ignorancia, la rapiña y el hurto" a través, como hemos visto, de "buenas leyes" dictadas por el Congreso¹⁷.

"Buenas leyes", esto es, no "cualesquiera leyes". De hecho en el pensamiento moreliano que pretende explicar los sentimientos de la Nación, sólo la "buena

ley" es "superior a todo hombre". ¿Y en dónde radica lo bondadoso de tales o cuales leyes? En su correspondencia con los principios, con los valores del ordenamiento, con aquello que se busca como *causa final* de la regulación. Morelos, cura en un par de pueblos de la tierra caliente michoacana, no había tenido más formación que la tardío tomista del Colegio de San Nicolás durante el rectorado de quien sería su precursor en la Guerra de Independencia y teólogo de cierta celebridad, Miguel Hidalgo. No es extraño, por tanto, que su concepto de "Ley" de acercara al de "ordenamiento razonable" en la tradición finalista de Santo Tomás que ya hemos descrito.

Así las cosas, el nuestro es, a pesar de su peculiar y precoz estatalismo, un país que surge a la vida constitucional bajo el signo de los *principios* más que de las *reglas*. Sorprenderá menos la afirmación si se repara en que, al triunfar la segunda insurgencia que hace nacer al primer Imperio (1821), se declaró que la Constitución de Cádiz (1812) podría aplicarse en México en todo aquello en lo que no se contravinieran los principios de Iguala o "tres garantías" (Religión, Unión e Independencia), mismos que poseían, por tanto, una dinámica de generación e interpretación normativa considerable¹⁸.

De hecho el general triunfante Agustín de Iturbide y su íntimo amigo Juan N. Gómez de Navarrete, dipu-

¹⁷ *Sentimientos de la Nación*, numeral 12, 14 de septiembre de 1813.

¹⁸ Jiménez Codinach, G., "Primer proyecto de Constitución del México independiente (1822)", en Galeana, P. (comp.), *Méjico y sus constituciones*, FCE, México, 1998, p. 66.

tado este último a las Cortes españolas, destacaron una y otra vez que el texto gaditano resultaba sumamente favorable para el establecimiento de sociedades de nuevo y liberal cuño, pero también que muchas de sus promesas y beneficios resultaban inaplicables a dos mil leguas del centro madrileño de toma de decisiones, es decir, en la Nueva España: "cuando se promulgó la Constitución en México todos conocieron los bienes y ventajas que les resultaría del sistema constitucional" –decía Navarrete– "pero conocieron al mismo tiempo que era impracticable a tan larga distancia, como que hay 2 000 leguas, el que llegasen a tiempo oportuno los diputados, y que muchos artículos de la Constitución no podrían tener efecto"¹⁹. Había, pues, que pensar localmente para alcanzar los beneficios que la regla constitucional debía asegurar a la generalidad o *Monarquía universal trastocada en Nación española bhemisférica*.

Principio tan antiguo como la idea de América, la "Religión" en sede local novohispana implicaba alejarse de interpretaciones jacobinas, como eran las "veinteañistas" o inmoderadas en las Cortes de la monarquía española del Trienio liberal (1820-1823), para conservar la planta de las órdenes regulares, los privilegios del clero y la necesaria evangelización de todas las comunidades. La "Unión" significaba hacerse cargo de la realidad integral del reino de México, amenazada por la aprobación de Diputaciones provinciales y Jefaturas políticas que, sancionadas por Madrid, traerían a

¹⁹ Diario de Sesiones de las Cortes Ordinarias (DSCO), Legislatura de 1821, 4 de junio de 1821, III, pp. 2047-2049.

buen seguro la desmembración del país americano. La "Independencia" podía entenderse como "autogobierno", capacidad para tomar decisiones propias en un conglomerado plural de *naciones* distintas pero unidas en la común consideración de un Emperador de la casa Borbón. Implicaba "desatar el nudo sin romperlo".

Pues bien, las *reglas* del primer Imperio mexicano debieron tender a concretar los tres principios y a constituirse, por tanto, en "buenas leyes". Tenemos pocos ejemplos, pues Iturbide no tardó en caer (1823), pero habla con claridad de nuestro primigenio y ecléctico principalismo el que, por una razón de *Estado* contenida ya en el plan de Iguala (24 de febrero de 1821) se pusiera punto final a la indefinición jurídica de las castas mestizas y se declarara la igualdad de todos los "americanos", expresión que en el ideario iturbidista incluía a los europeos, asiáticos y africanos que habitaran la América septentrional, con lo que quedaban abolidos, por incompatibilidad principalista, los racistas artículos que en la Constitución doceañista habían privado de ciudadanía y de "derechos numéricos" (por ejemplo, el mero derecho a ser contabilizado en los censos de la monarquía trasatlántica) a cualquiera que pudiese ser *reputado* como originario del África. La "Unión", en el nuevo *Estado*, tendría que implicar, en suma, no sólo aspectos territoriales, sino la armonía igualitaria entre personas de condiciones y orígenes diversos.

Curiosidades barrocas de nuestro desarrollo jurídico: la tradición fue modificada por una *regla* que seguía *principios* y no meras razones de *Estado*. Y quien la modificaba era una nueva monarquía imperial que

se quería moderada y que se hallaba a la búsqueda de una Constitución propia y exclusiva que nunca llegó.

II. DE REINOS, MONARQUÍAS Y COMUNIDADES SUPREMAS ANTES DE LAS NACIONES

Partamos, si nos es permitido, de una premisa que busque resolver la importante cuestión en torno a los sitios en que la monarquía reconoció la existencia de entidades regnálicas y las prohijó. La cuestión dista de ser pacífica en la historiografía, pero parece que a nuestros efectos bastará un apotegma: los reinos americanos son importantes porque se establecen ahí donde los castellanos encuentran comunidades capaces de ejercer la supremacía que el desarrollo jurisprudencial europeo atribuía a tales conglomerados desde el Bajomedioevo.

En efecto, la ecuación "Rey más reino es igual a comunidad política suprema"²⁰ es particularmente apreciable en aquellos sitios en que los europeos se encontraron con organizaciones indígenas avanzadas, o al menos presumieron su existencia. El Rey castellano es cabeza de estructuras orgánicas desarrolladas en las que cada parte cumple una función importante. Sin cabeza, las comunidades mexicanas o peruanas habrían resultado ingobernables. Pero sin partes corporales a las que gobernar, la cabeza resulta fútil y, como el solitario Rey que pinta Saint-Exupéry en *El Principito*, se

daría onanistas órdenes a sí mismo. Por eso, porque se presumían capaces de supremacía, es que las comunidades del Perú y de la Nueva España recibieron tempranamente una cabeza a título de *alter ego* de la testa coronada. La presencia del Virrey y de su Consejo funcionaba para recordarles su carácter comunitario y lo valioso de sus experiencias locales en lo que a la generación y operación de los *principios jurídicos* se refería.

Al lado del Virrey la Real Audiencia de México, como "consejo de sabios" (así la llama en 1808 un enemigo en su *Memoria póstuma*: Francisco Primo de Verdad), custodia al sello del Rey y también representa su poder. No es sólo un tribunal supremo. Es el Consejo vicerregio y la principalista legislación buscaba que fuese lo más imparcial que se pudiera, evitando incentivos para la concusión y para la indebida complicidad de los oidores con los intereses locales.

Todo ello es particularmente apreciable en los años comprendidos entre 1808 y 1810, que representan el periplo en que toda la idea barroca y mestiza de reino cobra entidad. La acefalía de la monarquía, debida al cautiverio de Fernando VII en Francia y a las abdicaciones de la dinastía borbónica en favor de Napoleón I, es generatriz de soluciones *diversas y principialistas* en cada orilla atlántica. Así, los miembros del Ayuntamiento de la Ciudad de México afirman, entre julio y septiembre de 1808, que la suya es "cabeza de estos reinos" y que debía consultarse la voluntad novohispana a través de la convocatoria de un Congreso que representara a las ciudades de la "América septentrional". La pregunta que se hacen los juristas criollos

²⁰ Fioravanti, *Constitución...*, pp. 45-55.

es simple, pero de solución compleja: ¿qué había implicado ser "reino" en la monarquía desde 1521?

A partir de ella surgen nuevos cuestionamientos que nos permiten observar un iusnaturalismo poco generalizante, poco "clásico", alejado de la universalista Escuela protestante alemana y muy dado a reparar en la circunstancia regional: ¿cómo podía incardinarse la especificidad regnólica neoespañola en el universo todavía plural de la monarquía? ¿Por qué, si faltaba la testa reinante, no podía ser la ciudad capital auténtica *cabeza del reino* y debía, por el contrario, resignarse a recibir instrucciones por parte de las Juntas provinciales establecidas en la Península, instrucciones que, por otro lado, resultaban frecuentemente ajenas a los *principios* locales y, por lo tanto, viciadas de obrepcción y subrepcción?

El reino, categoría compartida a ambos lados del Atlántico desde el siglo xv, traía consigo, como hemos señalado, un reconocimiento de la supremacía de la comunidad política local y, por tanto, la imposibilidad de que los *principios* locales se vieran mermados por las *reglas* imperiales. Por eso la causahabiente de Carlos V respecto de Moctezuma y Atahualpa fue tan tersa. Por eso también ha hallado Brading tlatoanis en pleno siglo xvii novohispano. Por ello es que en el momento de la crisis de soberanía²¹, al advenir las *revoluciones hispánicas*, el Ayuntamiento criollo de México, con la

²¹ Entre muchas expresiones de él mismo, cfr. Portillo Valdés, J. M., "Crisis de la monarquía y necesidad de la Constitución", en Lorente, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 107-134.

complicidad del virrey Iturriigaray, no duda: el reino está obligado a obedecer, por *principio*, a Fernando VII y a la dinastía de los Borbón. No, nunca, a las Juntas de defensa establecidas en provincias lejanas, de la otra España, que regulan con base en falsedades y prejuicios la vida de un *reino* al que no conocen.

La magia de la Nueva España –la expresión es de don Luis González– está también (y sobre todo, si se me permite) en lo jurídico. Fray Servando Teresa de Mier, otro dominico, afirmaba en 1813 que los reinos de Indias se hallaban incorporados a la corona de Castilla como si de una mera confederación en torno a la persona del Rey se tratara. Mantenían su autogobierno, que es tanto como decir la capacidad audefinitoria de la operación de sus *principios* a través de sus propias *reglas*, precisamente para conservar lo más precioso que tenían: su carácter plural, protector del indio e intuitiva pero tendencialmente mestizo. Su peculiaridad, vaya.

Políticamente las repúblicas de españoles y de indios eran sociedades extraordinariamente similares: lo de teocracias es un reduccionismo ilustrado. En realidad son, desde el Quinientos, sociedades preocupadas por la comunidad, muy conscientes de los deberes que les impone el *reicentrismo*, poco proclives a la individuación de los derechos precisamente porque se saben a la vera de los acontecimientos y de las catástrofes naturales²². Tres siglos de convivencia las hicieron reparar en la especificidad de México como *reino de*

²² Como las sociedades medievales europeas que describe P. Grossi, en *Europa y el derecho*, Crítica, Barcelona, 2008, pp. 29-31.

repúblicas, y ello se tradujo en una peculiar hostilidad hacia la heterodeterminación que pretendía imponerse desde la España europea. El Mestizaje cultural resulta particularmente apreciable en el derecho, como que se trata de una atalaya cultural privilegiada. Y no se olvide de que, cuando hablamos de *principios jurídicos*, estamos hablando ante todo de *cultura*.

En pocos ámbitos resulta, por tanto, tan inexacto hablar de colonizaje a la Jean Baptiste Colbert como en el jurídico hispanoamericano. Los reinos de Indias no son colonias ni están al servicio exclusivo de la metrópoli, toda vez que el derecho indiano es creado y tolerado por la Corona para proteger y cristianizar al indio. No es, la castellana, una empresa mercantil²³.

Son los hombres del Humanismo (Erasmo, Moro, Cortés, Quiroga, Garcés) los que crean el derecho indiano, una fuerza que tendencial y lentamente se va emancipando del derecho castellano. Lo que ocurre después es que el Estado español expropia el sentido humanístico (el virrey Antonio de Mendoza es buen ejemplo) y lo hace depender de leyes y voluntades reales. La incorporación de los reinos americanos a Castilla y el orden de prelación de las leyes trasatlánticas, sistematizado en 1680, constituyen, con todo, ejemplos de mestizaje realista en los que lo técnicamente mejor (en el ámbito privado, las leyes de Castilla, que derivan del *Ius Commune*) tiende a imponerse.

En materia de derecho público, la regulación propiamente india es copiosa, debido precisamente a la

enorme preocupación que existe por mantener vivientes los *principios* peculiares de la empresa americana. Fue en cualquier caso la ley del más débil, la tendencia protecciónista hacia el indio, lo que nos hizo sumamente refractarios a la igualdad formal, gran problema de nuestro XIX constitucional.

A pesar de su iusracionalismo, los teólogos juristas españoles, verdaderos inventores de la América Latina, no dejan de tener un pie en el factualismo propio de la Edad Media: es lo que está detrás del *Democrats Alter* de Juan Ginés de Sepúlveda y de su controversia con Bartolomé de las Casas, él sí un moderno que se abstrae de peculiaridades en busca de un Universalismo regulado: puntualmente el imaginario propio de los modernos derechos humanos. Los *principios* de Las Casas son abstractos y generales: el indígena es acreedor a la protección por el mero hecho de ser humano. No hay, en él, preocupación por las circunstancias y por las especificidades. Es en este sentido el primero de nuestros modernos y la legislación de Indias dista años luz de traducir exactamente su pensamiento que puede ya llamarse, sin tapujos, constitucional.

Juan de Solorzano, en cambio, es el Barroco. Y el Barroco es *principio* por contraposición al neoclasicismo, que es regla y canon y que, en derecho, es el Código: la idea de que *debe* existir una norma hipotética fundamental, aunque nadie la vea, que no es *principio* (e incluso se halla por encima de los principios) y que es capaz de regular soberanamente todo ámbito de la vida humana al que se atribuya una relevancia jurídica. En el México posthispánico y ciudadano, que

²³ Icaza, *Plus Ultra...*, pp. 195-197.

declara extintas por decreto las repúblicas de indios y españoles (el presidente Benito Juárez), es el Código (y por encima de todos, el Código Civil) la auténtica ley fundamental, la que regula en efecto la savia cotidiana de la vida, la que se impone a constituciones irreales, ingenuas e inaplicables²⁴. El peligro estaba claro, y lo asumió el país con convencido jacobinismo: los principios jurídicos, como la realidad, terminarían haciéndose a un lado.

En las Indias preindependientes el derecho es ordenamiento de Estado, pero el Estado castellano posee miras universales, católicas, imperiales, muy distintas a las de Francia, el laboratorio jurídico de la modernidad que ha descrito Paolo Grossi²⁵. El símil debe hallarse, como ha sugerido Brading, más bien en Austria-Hungría, la otra ala imperial del catolicismo occidental. De ahí que los valores y *principios* indianos resulten poco estatalistas y en última instancia, al acercarse el siglo XIX, plurinacionales. De aquí también el fracaso de nuestros modelos estatistas, pues la apuesta de España en América fue una apuesta por la pluralidad, no por el monismo autorreferencial, por la paz corporativa y comunitaria, no impuesta desde el centro, no proclive al sueño ilustrado de los Borbones.

Se confunde frecuentemente "casuismo" con "principalismo" o, mejor, con "aplicación principalista del

²⁴ Cfr., para la Europa de la Restauración, Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996.

²⁵ En muchas obras. Muy importante es Grossi, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.

derecho". No son sinónimos, y menos en un contexto Barroco, ecléctico y sincrético como el indiano, que resiente también la presencia del Estado y de sus tentativas sistematizadoras.

Mientras que resulta evidente que en ciertos contextos se ha abusado de la casuística (lo ha probado Toumlin en, precisamente, *The abuse of casuistry*) y también de la sistemática, no puede hablarse propiamente de un abuso en los principios y valores. Hasta allí no llega la categoría de "abuso". Resultaría absurdo afirmar, por ejemplo, que se abusó en el reconocimiento de la dignidad humana del indio americano, o en el objetivo de occidentalizarlo a través de la labor misionera. Tales "abusos" no habrían podido tener impacto en la dogmática india. Contra ellos no habría cabido recurso alguno de *obedézcase* o de *amparo*.

No se abusa de la forma peculiar y transcontinental que se tiene para entender la labor jurisprudencial cuando se afirma que, como en la Castilla medieval, es posible *acatar y obedecer* al Rey sin que necesariamente se cumpla su voluntad expresada en leyes sino hasta en tanto no se recurra al Consejo de Indias para que confirme que la legislación generalizante no se halló viciada y no olvidó ninguno de los *principios* que, derivados de las diversas realidades locales, debían regir la vida americana. Como puede apreciarse, no se trata de casuismo sino de defensa de la vigencia principalista en acatamiento de una realidad, la de la Conquista, que imprimió a la vida india un sello muy peculiar, en absoluto homologable al de su correspondiente europea. Los teóricos insurgentes del siglo XIX hablarán

de un "pacto" suscrito por los reinos americanos con la Corona con miras a asegurar su naturaleza y el respeto a sus peculiaridades. Derivada o no de la vía contractual, parece claro que la obligación existía y que su acatamiento permitió un largo periodo de paz marcado por la solución de recursos procesales y por una marcada obsesión en lo que a la tutela y amparo de los indios se refería.

El estado de cosas sufrirá una variación que, resultando muy apreciable mediando el siglo XVIII, se transformará en revolucionaria al paso de las tropas napoleónicas por la Península (1808-1814). El imaginario es trisecular a despecho de tentativas reformistas de corte borbónico: una monarquía de Repúblicas con el consecuente paternalismo del Rey frente a comunidades que, sin embargo, saben que ha llegado el caso de ejercer su supremacía, de emanciparse, en parte porque el Rey legítimo se halla preso de un Imperio al que se mira como ateísta y herético.

Lo que en este difícil contexto²⁶ exigen los criollos americanos es que, en el mejor espíritu del *Obedézcase pero no se cumpla*, las Juntas defensoras de Fernando VII y más tarde las Cortes de Cádiz reconozcan el valor de sus principios y coyunturas locales, a cambio de la unánime defensa de la legitimidad en la cabeza histórica y dinástica de la monarquía.

Pero hay algo que ha variado, al paso de la Revolución francesa y su irresistible expansión de la mano

²⁶ Recientemente Breña, R. (ed.), *En el umbral de las revoluciones hispánicas: el bienio 1808-1810*, El Colegio de México, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, México, Madrid, 2010.

del general *Vendimiario*. Lo sabe el licenciado Verdad cuando escribe que "el ósculo suavísimo de la *fraternidad, la religión, este lazo divino os ligó, e igualó a todos por la caridad*". Una nueva monarquía fraterna, no paternalista, igualitaria, nacional: la Nueva España. Todo era posible en aquellos que sólo habían leído distraídamente a Montesquieu y para quienes el imaginario republicano es más bien el propio de comunidades que reasumen su supremacía en beneficio de los *principios* que permiten su convivencia. No se trata tanto de una jefatura de Estado electiva y no vitalicia. Es el derecho a pensar localmente sin el yugo de un *paterfamilias* que, encima, ha demostrado su felonía. ¡Es la idea de José de Gálvez que, en 1776, habla ya de la *Monarquía de la Nueva España*!

Sorprende lo constante que será durante el desarrollo de la Guerra de Independencia la reivindicación del derecho supremo a fijar localmente los *principios* jurídicos que se traducen en autogobierno, sentido que ha de darse a la voz "Independencia" si quiere entenderse al complejísimo periodo. Morelos denuncia en las Cortes de Cádiz, "muy extraordinarias y muy fuera de orden", su tendencia generalizante, abstracta, empeñada en "crear gobiernitos" e impropias de un imaginario como el del *Obedézcase*, mientras que, llegados a la segunda insurgencia, el ejército de Iturbide será desde el principio un ejército "imperial", encargado de defender tres "garantías", puesto que tenía muy claro lo de las *funiculas triplex* que fray Servando Mier había mencionado en el Libro XIV de su revolucionaria *Historia: una alianza de tres grandes conglomerados*

hispanoamericanos, con sendas sedes en Lima, México y Bogotá, con Congresos propios que permitieran aterrizar localmente no las *reglas* de la Constitución común, sino sus *principios*. Algo así habían propuesto en tiempos de despotismo ilustrado Aranda y Godoy, y algo así propondrían los congresistas indianos a las Cortes generales de la Monarquía en fecha tan tardía como junio de 1821, cuando ya el movimiento iturbidista resultaba imparable en Nueva España y el Imperio mexicano se constituía en la pluralista realidad de la América septentrional.

El imaginario pluralista, que es por necesidad *principalista*, es compartido por las mismísimas Cortes Constituyentes de las Españas que, desde Cádiz, lanzan al mundo un sorprendente tercer modelo, ajeno lo mismo al jacobinismo codificador y al historicismo del *Common Law* con su obsesión por el precedente judicial, cuando en el artículo 258 de la Constitución de 1812 establecen que “el código civil y criminal, y el de comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las *variaciones* que, *por particulares circunstancias* podrán hacer las Cortes”.

En lo que puede resultar paradójico, sólo un diputado, el zacatecano Gordo, defiende al monismo reglista, pues considera que con lo de las “*variaciones*” se fomentaría el colonialismo sin mantener la igualdad en la legislación “esencial” de la nación)²⁷, a lo que el chileno Leiva, miembro de la Comisión de Constitu-

²⁷ Diario de sesiones de las Cortes generales y extraordinarias (DS), sesión del 21 de noviembre de 1811, III, p. 2306.

ción, replicaría que la Comisión no había entendido que se pudiesen hacer reformas en lo *sustancial* (es decir, en los *principios generales*) ni que con ellas pudiera beneficiarse a una u otra provincia según participase más o menos del “*influjo benéfico de las leyes*”, sino sólo mantener viva la capacidad para adaptar la legislación a lo *circunstancial* de cada región, con lo que, de paso, proporcionó al presente ensayo la comprobación de alguna de sus hipótesis. Más que saberlo, los hispanos intuyen, a un lado y otro del Atlántico, que la uniformidad en la legislación no podía dar lugar a un férreo monismo jurídico de corte absolutista si se pretendía mantener la unidad de la monarquía²⁸.

Intuiciones, sí, que se topan con prácticas de gobierno centralizadoras, hostiles y en absoluto dúctiles. Buenas intenciones y buenas leyes aparte, los *principios americanos* serían ignorados durante los siguientes años, lo que convirtió en *regla* al deseo de Independencia y significó una condena inexorable a la desmembración de la estructura imperial.

III. CONCLUSIONES Y CRONOLOGÍAS: INDEPENDENCIA E INTEGRIDAD DEL REINO

Cuando en el Plan de Iguala de 1821 Agustín de Iturbide se pronuncia por la adopción de una Constitución “peculiar y adaptable del reino” está afirmando algo muy distinto a lo que la interpretación tradicional, tan

²⁸ Clavero, B., “La paix et la loi. ¿Absolutismo constitucional?”, Anuario de Historia del Derecho Español, LXIX, Madrid, 1999, p. 633.

permeable al maniqueo enfrentamiento entre *liberales* y *reaccionarios*, ha estado dispuesta a admitir²⁹. La afirmación de Iturbide hunde sus raíces en la historia del mundo indiano y fue, en diversas formas, reivindicada por Primo de Verdad, Talamantes, Michelena, Guridi y Alcocer, Hidalgo, Morelos y Mier desde distintas sedes –algunas de ellas parlamentarias– tan pronto como se inició el proceso de las revoluciones hispánicas. Se trata de la afirmación de la existencia de un reino, el de la Nueva España, en peligro de desintegración concomitante al colapso del Imperio español.

En efecto, en 1808 la célebre reacción del Ayuntamiento de la Ciudad de México es propia del imaginario juntista que por entonces privaba a todo lo ancho de la Hispanidad. Las líneas generales de la misma parecen simples: la dinastía legítima de los Borbón ha abdicado indebidamente sus derechos a favor de un príncipe extranjero (¡y francés!) y con ello ha devuelto inconscientemente a los *reinos* de la monarquía el derecho soberano de elegir autoridades y resistir al invasor. La crisis dinástica no tardará en convertirse en una crisis constitucional, por cuanto los *reinos* son diversos y poseen singularidades que no pueden predicarse del conjunto. Requieran, pues, de una Constitución propia. En la Ciudad de México se afirmó, por primera vez a nivel hispanidad, que las abdicaciones de Bayona resultaban nulas no sólo por el hecho de haber sido arrancadas con violencia, sino por resultar

contrarias a la voluntad de la *Nación*. Faltaba definir lo que debíamos entender por esa palabrita, y en ello empeñaríamos los siguientes quince años en todas las latitudes de las Españas.

El intento legalista de los municipios criollos de la capital mexicana terminaría en golpe de Estado tan pronto como los intereses peninsulares sintieron que se hallaba cerca la convocatoria de un Congreso de las ciudades del reino novohispano. La Audiencia, el arzobispado y el comercio se encargaron de depurar al virrey, simpatizante de la idea de un reino mexicano que podía ser independiente al menos transitoriamente (es decir, en tanto volviese el deseado rey Fernando VII). El síndico Primo de Verdad y el regidor Azcárate, entre otros mexicanos, fueron enviados a las cárceles del reino por haber pretendido utilizar el complejo de las Leyes de Indias para reivindicar el derecho de un entramado territorial enorme (sus fronteras hacia el Norte se desconocían y llegaban hasta donde la imaginación permitía darse lujo) a participar autónomamente en la formación de la voluntad panhispánica ordenada a arrostrar al invasor. Lo más importante a nuestros efectos está en destacar que el reino de México se entiende como unidad en la diversidad de múltiples provincias, intendencias e incluso otros reinos de menor entidad.

Aun sin, por supuesto, hacer caso omiso de las coyunturas locales que propiciaron la Revolución de Independencia, es conveniente incardinarn el estallido en el proceso de larga duración y espacio trasatlántico, que no es otro que el del movimiento de las Juntas pro-

²⁹ Cfr. por todos, Arenal, J., *Un modo de ser libres*, El Colegio de Michoacán, Zamora, 2002.

vinciales que surge en toda la monarquía con ocasión de la invasión napoleónica a la Península y de la acefalia dinástica en que se –nunca mejor dicho– cayó.

De hecho, una de las circunstancias locales, y muy peculiar sobre todo en México y en el Perú, era la misma idea de *reino*, entendido como un ente cohesionado e integral, distinto a los demás que, confederados en torno a la persona del Rey de Castilla, conformaban al Imperio español. No es extraño, por tanto, que ante la acefalía española la Ciudad de México se proclame “cabeza de estos reinos”, según hemos señalado, y, como tal, voz legitimada para hablar en nombre de toda la América septentrional, incluyendo a la Capitanía de Guatemala, en tanto que enorme comunidad suprema.

La idea ronda a Verdad, Azcárate y Talamantes, pero la tendrán también muy presente los hermanos Michelena, en especial el licenciado José Mariano, cuando en el Adviento del año nuevo encabecen una conspiración que no por abortada perdió su toque de regnicolismo novohispano. En Valladolid los Michelena, García Obeso y otros michoacanos, angustiados por lo que había ocurrido con sus pares capitalinos y obsesionados con la idea de que los “gachupines” pretendían exterminar al elemento criollo, preparan la rebelión, convencen de unirse a ella a las repúblicas de indios y rescatan la idea de juntar un Congreso mexicano que sistematizara los esfuerzos de las Juntas que en cada provincia surgirían para defender localmente los derechos de Fernando VII (concebido, a través de una visión pactista, como soberano de la Monarquía, pero también como Rey de cada reino en lo particular) tan pronto como los gobier-

nos legitimistas de la Península se lo permitieran a las diversas Américas. La conspiración fue denunciada, descubierta y aniquilada, y sólo el ánimo conciliador del virrey-arzobispo Lizana (otra vez el jefe del reino) evitó que los cabecillas perdieran la vida.

En España, ni la Junta Central ni las posteriores Regencias se hallaban por la labor de reconocer derechos juntistas a los reinos y provincias de Indias. Buscaban terminar con la federalización de la rebelión que estaba invertebrando a la Península, y no permitirían que desmembración semejante ocurriera en América. La decisión profundizaría en el ánimo de los americanos la idea de que se conculcaba a sus tierras su antiguo y tradicional derecho de reinos a cambio de ser visitos como meras colonias en sentido colbertiano, esto es, puestas al servicio exclusivo e incondicional de la Metrópoli.

Es por ello que 1810 es el año del grito unánime que, en América, se une a los esfuerzos previos de México, Quito y Valladolid. “Viva el Rey y muera el mal gobierno”: lo dice el cura Hidalgo como lo habían dicho los comuneros de Castilla en 1519. Las hondas raíces de rebeldía bajomedieval se traducen en un “larga vida a Fernando VII”, el joven príncipe cautivo y traicionado a quienes las tropas de Morelos creen ver liberado y disfrazado paseándose por la Nueva España, y en “muerte a los gachupines”, esto es, a los gobiernos que, desde la Península o *in situ*, nos impiden ejercer nuestros tres veces seculares derechos, en especial el derecho a la peculiaridad y a la reivindicación de los principios que resultan caros a las regiones.

La idea, simple pero añejada y útil, no ha sido bien asumida por nuestras posteriores Repúblicas, tan incomprensiblemente entusiastas del modelo presidencial de los Estados Unidos que hace del Jefe del Estado, al alimón, la cabeza de la administración pública, por lo que todas las rebeldías en contra del mal gobierno se tornan de inmediato en cuestionamientos al Presidente, que bien puede quedar depuesto o, incluso, en situación de cadalso. Nuestros "reinos" han padecido la confusión por doscientos años, pues ya en la Constitución de Cádiz se halla presente: el Rey es Rey, pero también es Jefe de su gobierno. Todos los reclamos, incluido el de tirano, van en contra de él. Nada más alejado de la tradición comunera. Nada más peligroso.

El "mal gobierno" es, en el grito de Miguel Hidalgo, el que se olvida de la vigencia de los *principios* locales, el que pretende regular y medir con la misma vara a los españoles de la Península y a los de América, el que se olvida de que el Rey es lo mismo –y por separado– Rey de las Españas europeas y de las indias. Un Rey justo no puede ser culpable de los olvidos tiránicos que cometan sus funcionarios. Mucho menos lo puede ser un Rey ausente. El "mal gobierno", en cambio, impide, como lo dice el propio Hidalgo, que el "americano se gobierne por americanos, así como el alemán debe gobernarse por alemanes".

Los criollos americanos tuvieron que resolver otros dilemas frente a Cádiz. Acudir al puerto andaluz, último reducto de la España antinapoleónica, implicaba reconocer que la crisis de la monarquía podía resolverse con una misma Constitución para todos los reinos

españoles, incluyendo por supuesto a los ultramarianos. Por eso hay una América que combate y se reúne en Cundinamarca o en Chilpancingo, y otra que acude a Cádiz. A ambas les interesa la misma cosa: terminar con el mal gobierno. Pero quienes se trasladan a la columna de Hércules hacen una apuesta más arriesgada, por cuanto la Constitución de 1812 pone en peligro la integridad de sus reinos en favor de un sistema de toma de decisiones centralizado en las Cortes de la monarquía y en sus agencias territoriales, que no regnólicas, en la periferia: las Jefaturas políticas, las Diputaciones provinciales y los ayuntamientos constitucionales. Significativamente, la Constitución no regula la figura del virrey. La Nueva España corre el riesgo de verse desmembrada, de inmediato, en cuando menos cinco gobiernos provinciales independientes entre sí: el de México, el de Nueva Galicia, el de Yucatán, el de las Provincias Internas de Oriente y el de sus pares de Occidente.

He ahí el hamletiano dilema de los diputados regnólicos novohispanos que, como el tlaxcalteca Miguel Guridi, el poblano Antonio Joaquín Pérez o el queretano Mariano Mendiola, poseen ya un proto-espíritu de nacionalidad mexicana. Es el dilema que el Decreto constitucional de Apatzingán (1814) resuelve beneficiando la integridad del reino y haciendo caso omiso de las disgregadoras Diputaciones provinciales. México, para seguir siendo México, tenía que independizarse.

El término de la Guerra de Independencia en su primera fase traerá consigo la minimización del tema, que sólo volverá a salir a la palestra con ocasión del

restablecimiento de la Constitución de Cádiz en su interpretación más inmoderada: la del Trienio liberal (1820-1823). Entre otras cosas, las Cortes veinteañistas actuaron en beneficio de los intereses provincialistas americanos y decretaron el establecimiento de una Diputación provincial en cada una de las viejas intendencias del reformismo borbónico. Así, la Capitanía general de Guatemala quedó dividida en seis Diputaciones, tantas como países independientes (o Estados federados a México, que es el caso de Chiapas) existen actualmente. Para evitar esta y otras medidas veinteañistas fue que se alzó, en 1821, el coronel Iturbide, expresa y epistolarmente enemigo del espíritu provincialista.

El *reino* de México obtiene la independencia porque no quiere desmembrarse. A la generación del Plan de Iguala le importa dotar a su reino de una estructura coherente, pero también cohesionada. Las tensiones con las aspiraciones provincialistas son inevitables y la primera solución al problema de la articulación político-territorial del reino, la imperial de Agustín I, fracasa. La siguiente, la de la República federal, triunfa en el papel pero da pie a la simulación que profetizó el padre Mier en 1823. En cualquier caso había quedado claro, tras quince años de política y de guerra, que México debía seguir siendo México, con sus *principios* peculiares y, ahora, con sus *reglas* propias.

Principios y Reglas, editado por la Escuela Libre de Derecho se terminó de imprimir en el mes de enero de 2011, en los talleres de Impresos Chávez de la Cruz, Valdivia 31, Col. María del Carmen, Delegación Benito Juárez CP 03540, Tel. 5539-5108 Fax 5672-0119, imprechavez@yahoo.com. Se utilizó papel cultural de 90 gramos y la edición consta de 500 ejemplares.



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO



L00022533