

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

*Publicación de la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica del Uruguay*

2.^a época. Año 14 N.º 18 - DICIEMBRE 2018

ISSN 1510-3714
ISSN On line 2393-6193
<https://doi.org/10.22235/rd.v0i18>

Facultad de
Derecho



Universidad
Católica del
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, ininterrumpida desde el año 2006. Semestral e internacional. Publica artículos originales e inéditos sometidos a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, de "doble ciego", basados en parámetros éticos claros, con plenas garantías en cuanto a la evaluación objetiva por motivos exclusivamente académicos de cada uno de los trabajos que se presentan.

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Official publication of the Faculty of law of the University Catholic of the Uruguay, uninterrupted since 2006. Biannually and international. It publishes original and unpublished articles subjected to strict anonymous arbitration, "double-blind" referee system, based on clear ethical parameters, with full guarantees in terms of the objective assessment for reasons exclusively academic of each of the works presented.

Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejan necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo es responsabilidad exclusiva de sus autores.

Revista de Derecho está indexada en:

SciELO Uruguay en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Asociación Uruguaya de Revistas Académicas)

Tabla de contenidos, artículos, revista completa y norma editoriales en OJS
(Open Journal Systems) <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

Revista de Derecho is included in:

SciELO Uruguay en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Uruguayan Association of Academic Journals)

The table of contents, articles, journal and publication guidelines in OJS:

<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

De esta edición

© 2018 UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY

Dirección Postal

8 de octubre 2738- CP 11.600,
Montevideo, Uruguay.

Tel. (+598) 2487 2712- Fax. 2487 0323

Internet: <http://www.ucu.edu.uy>

Correo electrónico

publicacionesderecho@ucu.edu.uy
mhanna@ucu.edu.uy

Depósito legal 375.694- Comisión Del Papel

Edición amparada por el Decr. 218/96

ISSN 1510-3714

ISSN on line: 2393-6193

Paginación: Mariana López

Corrección: Cada autor se responsabiliza de la corrección de su propio artículo.

Título-clave: Revista de derecho

(Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga,
Facultad de Derecho. En línea)

Título-clave abreviado: Rev. Derecho

(Univ. Catól. Dámaso A. Larrañaga, Fac. Derecho.
En línea)

Impreso en Uruguay- Printed in Uruguay

Todos los derechos reservados.

Por correspondencia y envío de material

Facultad de Derecho de la Universidad Católica
del Uruguay.

Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600,

Montevideo, Uruguay.

Teléfonos (+598) 2487 2717. Fax 2487 5225.

publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Por canje: Biblioteca P. Manuel Gutiérrez

Semprún, s.j.: canje@ucu.edu.uy

Por suscripción: publicacionesderecho@ucu.edu.uy

COMITÉ EDITORIAL

Mario Spangenberg

Decano
(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

Carlos de Cores

Director Departamento de Derecho Privado
(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

Diego Gamarra

Director Departamento de Derecho Público
(Universidad Católica del Uruguay)

Marta Hanna de Rosa

Editora
(Universidad Católica del Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto **Tarsitano** (*Universidades Austral, Belgrano y San Andrés, Argentina*)

Alejandro **Abal Oliú** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Amadeo **Ottati** (*UCU, Uruguay*)

Ángel **Landoni** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Arnoldo **Wald** (*Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil*)

Augusto **Durán Martínez** (*UCU, Uruguay*)

Carlos Antonio **Nedel** (*Unisinos Brasil*)

Carlos **Barbé** (*UCU, Uruguay*)

Cecilia **Fresnedo** (*UCU, Uruguay*)

Didier **Opertti** (*UCU, Uruguay*)

Domingo **García Belaunde** (*Universidad Católica de Perú., Perú.*)

Efraín Hugo **Richard** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.*)

Francisco **Fernández Segado** (*Universidad Complutense, España*)

Giuseppe **Gandolfi** (*Universidad de Pavia, Italia*)

Graciela **Ruocco** (*UCU, Uruguay*)

Humberto **Nogueira Alcalá** (*Universidad de Talca, Chile*)

Ian **Woischnik** (*FKA, Alemania*)

Íñigo A. **Navarro Mendizábal** (*Universidad de Comillas, España*)

Jaime **Rodríguez-Arana Muñoz** (*Universidad de la Coruña, España*)

Jean **Stoufflet** (*Universidad Clermont Ferrand, Francia*)

Jesús **María Casal** (*Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela*)

José Luis **Cea Egaña** (*Universidad Católica de Chile, Chile*)

José María **Gamio** (*UCU, Uruguay*)

Juan **Blengio** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Juan Carlos **Cassagne** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Juan Pablo **Cajarville** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Julio C. **Otaegui** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Leslie **Van Rompaey** (*Investigador independiente, Uruguay*)

Luca **Mezzetti** (*Universidad de Bologna, Italia*)

Luis **Aguiar De Luque** (*Universidad Carlos III, España*)

Luis **Fernández de la Gándara** (*Universidad Complutense, España*)

Luis Fernando **Álvarez** (*Universidad Javeriana, Colombia*)

Marc **Lacoursière** (*Universidad Laval, Canadá*)

María **Wonsiak** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Mariano **Negrón** (*Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico*)

Mariella **Saettone** (*UCU, Uruguay*)

Martín **Risso Ferrand** (*UCU, Uruguay*)

Milagros **Otero Parga** (*Universidad de Santiago de Compostela, España*)

Néstor **Sagüés** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Oscar **Sarlo** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Paulo **De Barros Carvalho** (*Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil*)

Pierre **Lemieux** (*Universidad Laval, Canadá.*)

Rafael **Illescas Ortiz** (*Universidad Carlos III, España*)

Raúl **Cervini** (*UCU, Uruguay*)

Raúl A. **Etcheverry** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Ricardo **Nissen** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina..*)

Romeu Felipe **Bacellar Filho** (*Universidad Federal de Paraná, Brasil*)

Siegbert **Rippe** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Silvio **Gambino** (*Universidad de Calabria, Italia*)

Walter **Guerra** (*UCU, Uruguay*)



**AUTORIDADES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY**

CARDENAL DANIEL STURLA SDB
Gran Canciller

ALEJANDRO TILVE SJ
Vice Gran Canciller

JULIO FERNÁNDEZ SJ
Rector

DANIEL PERCIANTE
Vicerrector de Investigación e Innovación

OMAR PAGANINI
*Vicerrector de Gestión Económica y
Desarrollo*

ÁLVARO PACHECO SJ
*Vicerrector de la Comunidad
Universitaria.*

MÓNICA ARZUAGA
Vicerrectora de Programas Académicos

SANDRA SEGREDO
Secretaria General

FACULTAD DE DERECHO

MARIO SPANGENBERG BOLÍVAR
Decano

CARLOS DE CORES
*Director Departamento de Derecho
Privado*

DIEGO GAMARRA
*Director Departamento de Derecho
Público*

ALICIA RODRIGUEZ G.
Coordinadora de Abogacía

BEATRIZ RAMOS
*Coordinadora Académica
de Notariado*

MARIELLA SAETTONI
*Coordinadora Académica
de Investigaciones*

Contenido

DOCTRINA

LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA
Judgment settlement
Alejandro Abal Oliú..... 11

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCEDIMIENTO
VOLUNTARIO INTRODUCIDO EN LA LEY
CHILENA DE PROTECCIÓN
DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
COMO MECANISMO ALTERNATIVO
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS
Critical analysis of the voluntary procedure introduced
in the chilean consumer protection law as an alternative
mechanism of resolution collective disputes
Maite Aguirrezabal Grünstein..... 45

REFLEXIONES SOBRE LA JUDICIALIZACIÓN
DE LA DESIGNACIÓN DEL DEFENSOR
DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS
Y ADOLESCENTES EN ARGENTINA
Reflections on the judicialization of the designation
of the Defender of the Rights of Girls, Boys
and Adolescents in Argentina
Isaac Marcelo Basaure Miranda..... 73

DEVERES FUNDAMENTAIS
DE SOLIDARIEDADE
Fundamental Duties of Solidarity
Suzana Ma. Fernandes Mendonça..... 91

LAS IMPLICANCIAS DE CONSIDERAR
AL NIÑO SUJETO DE DERECHOS
The implications of considering the child subject to rights
Maricruz Gómez de la Torre Vargas..... 117

CORRECCIÓN Y FACTICIDAD:
JUSTICIA Y DEMOCRACIA
Correction and Facticity: justice and democracy
Antonio Leiva Rabael 139

RENOVACIÓN DEL DERECHO POR VÍA
HERMENÉUTICA: EL CASO DEL DOLO CIVIL
Renewal of law by hermeneutics: the case of mens rea
Diego Pérez Lasserre 165

LA JURIDICIDAD DEL DEBER MORAL
DE FIDELIDAD: UN ANÁLISIS
DE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL ARGENTINO
The legality of the fidelity moral duty:
An analysis of its regulation in the Argentine Civil
and Commercial Code
Analuía Torres Flor..... 183

LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS:
SU ESTUDIO, APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN
JUDICIAL Y ARBITRAL EN MÉXICO
The United Nations Convention on contracts
for the international sale of goods: its study, application
and judicial and arbitral interpretation in Mexico
Blanca Yaquelin Zenteno Trejo 199

INVESTIGACIÓN

PRESENCIA DE ARGUMENTOS FILOSÓFICOS
EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA
Martín Guerra..... 231

Normativa para los autores 253

DOCTRINA

Liquidación de sentencia

Judgment settlement

*Alejandro Abal Oliú*¹

¹Universidad de la República.

Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-7407-4008>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1700>

RESUMEN: En este artículo se transmiten las conclusiones de la investigación cumplida en torno al campo normativo, a las principales reflexiones académicas y a la jurisprudencia más relevante, sobre el procedimiento que el Código General del Proceso de Uruguay regula bajo el nombre de “Liquidación de sentencia”.

PALABRAS CLAVE: liquidación de sentencia, condena a suma ilíquida, ejecución de sentencia.

ABSTRACT: In this article, the conclusions of the completed research on the normative field, the main academic reflections and the most relevant jurisprudence are transmitted on the procedure that the General Code of the Uruguay Process (C.G.P.) regulates under the name of “Settlement of judgment”.

KEYWORDS: judgment settlement, sentence to illiquid sum, sentence execution

SUMARIO: 1. Noción de liquidación de sentencia. 2. La liquidación de sentencia ¿forma parte de la etapa de conocimiento o de la etapa de ejecución? 3. La liquidación de sentencia, ¿es un incidente?, ¿la sentencia que le pone fin es interlocutoria o definitiva? 4. ¿Cuándo corresponde seguir el procedimiento de liquidación de sentencia? 4.1. ¿Cuándo existe “ilíquidez”? 4.2. ¿Cuándo es admisible que se remita la liquidación a este procedimiento del art. 378 del C.G.P.? -¿Puede el actor pedir en su demanda dicha remisión? - Si el actor solicitó una condena al pago de cantidad líquida, ¿puede el juez condenar al pago de cantidad ilíquida y disponer la remisión al procedimiento en estudio para luego liquidarla? - Si lo solicitado por el actor y resuelto en la sentencia no es estrictamente una condena al pago de frutos, mejoras, daños o perjuicios, sino al pago

Recibido: 12/07/18. Evaluado: 10/09. Aprobado 10/10/18

de horas extras, o al pago del precio de costumbre por arrendamientos de obra, o al pago de honorarios profesionales, etc., ¿es posible acudir al procedimiento previsto en el art. 378 del C.G.P.? - ¿Y si el adeudo ilíquido no resulta de una sentencia sino de otros actos jurídicos asimilados a las sentencias, pero diferentes de estas? **5.** Competencia. **6.** ¿Quién puede iniciar el procedimiento de liquidación de sentencia? **7.** ¿Qué se puede reclamar en la demanda de liquidación de sentencia? **8.** Trámite para liquidar una cantidad debida por frutos o mejoras. **9.** Trámite para liquidar una cantidad debida por daños y perjuicios. **10.** Sentencia de liquidación. **11.** Recursos. **12.** Conclusiones. Bibliografía.

1.

NOCIÓN DE LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA

Decía Couture² explicando la liquidación de sentencia, que

Frecuentemente la sentencia (de condena) no contiene una condena específica en sumas de dinero líquidas y exigibles. La coacción en este caso es imposible y antes de pasar a ella es menester realizar un proceso previo de liquidación. Se dice, entonces, que el proceso se divide en dos etapas. La primera de ellas, destinada a determinar el ‘an debeatur’; la segunda, destinada a determinar el ‘quantum debeatur’.

Precisamente por esta razón es que en el Proyecto de Código de este autor y a diferencia de lo que sucedía en el derogado C.P.C. y sucede actualmente en el C.G.P., no se incluía a este trámite de liquidación de sentencia dentro del proceso o etapa de ejecución (bien que, para ser precisos, tampoco ese Proyecto de Código de Couture lo incluía propiamente en el proceso o etapa de conocimiento, sino por separado, en una “Parte Tercera” que comprendía las alternativas comunes a todos los procesos).

Quizás para comprender bien de lo que trata la llamada liquidación de sentencia, deberíamos preguntarnos que tendría que suceder cuando en una sentencia y pese a estar el juez convencido de que el demandado debe ser condenado, por carencias probatorias no se puede establecer cual es la concreta cantidad líquida que el mismo debe abonar al actor.

Pues en principio y conforme a la regla general de la necesaria congruencia de las sentencias, al no poder establecerse, por carencias probatorias al respecto, cual es la cantidad líquida a cuyo pago la sentencia debe condenar al demandado, no podría hacer lugar a la pretensión del actor y debería rechazarse la misma.

Por ende, además de que el actor debería plantear en su demanda cuál es la concreta cantidad líquida que pretende, debería proponer en ese proceso todos los medios de prueba

² Eduardo J. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3era. ed. (Buenos Aires, Depalma, 1966), 457.

necesarios no sólo para demostrar la responsabilidad del demandado, sino también para acreditar la suma líquida que el mismo le adeuda.

Sin embargo, el C.G.P. permite que una sentencia solamente condene al demandado a pagar cantidades de dinero por daños y perjuicios, frutos o mejoras, sin indicar exactamente cuál es su monto, para luego, a través de la llamada “liquidación de sentencia” establecer, a través de otra sentencia que complementa a la anterior y luego de un procedimiento destinado a determinado, cual será el monto líquido de dicha obligación.

¿Por qué, como resulta del Derecho Comparado, en casi todo ordenamiento procesal se suele establecer una regulación procesal semejante?

En última instancia por una razón de economía procesal.

Se trata, en efecto, de que cuando se inicia un proceso en el que se reclama una condena del demandado que en definitiva determinaría su obligación de pagar sumas de dinero por daños y perjuicios, frutos o mejoras, las partes deberían hacer un esfuerzo probatorio muy importante no solo para determinar si existió o no responsabilidad del demandado, sino también para determinar el monto de esas cantidades de dinero que en caso de existir responsabilidad el mismo debería abonar al actor.

Para evitar que en caso de que no se condene al demandado las partes hayan tenido que hacer ese despliegue probatorio destinado no solo a determinar si corresponde o no la condena, sino también al monto preciso (“líquido”) que debería tener la misma, y evitar que en definitiva ello resulte inútil en el caso de que el proceso no concluya con esa condena, las regulaciones procesales (entre ellas la de Uruguay), permiten que en una primera etapa se resuelva acerca de si corresponde o no la condena y luego, para el caso de que la sentencia determine la condena, en una segunda etapa se resuelva sobre el monto líquido de la misma.

Esta última etapa es, justamente, la que se denomina “liquidación de sentencia” y, obviamente, ella no existirá, será innecesaria, si ya en la normal etapa de conocimiento se logró determinar la cantidad líquida (es decir la “suma”) que comprende la condena del demandado.

De manera que primero se determina si existe o no una obligación del demandado, y luego, en caso de que una sentencia ejecutoriada establezca que existe dicha obligación, se determina el monto de la misma (aunque bueno es recordar que incluso ese monto puede luego sufrir alguna variación durante la posterior etapa de ejecución, puesto que a esa cantidad ahora “líquida” deberán añadirse otras cantidades “fácilmente liquidables” por conceptos como los de reajustes e intereses y algún otro rubro).

Se trata entonces y como se suele decir, de que eventualmente pueden presentarse en un proceso de ejecución (de “ejecución” en el sentido en que emplea la expresión Barrios de Ángelis), dos etapas de la formación progresiva de una única sentencia de condena, que es la que en definitiva se va luego a ejecutar (una única sentencia de condena comprensiva ella de dos sentencias parciales que se complementan, en tanto una determina el “an debeatur”, y la otra, si la primera fue de condena, el “quantum debeatur”).

2.

LA LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA ¿FORMA PARTE DE LA ETAPA DE CONOCIMIENTO O DE LA ETAPA DE EJECUCIÓN?

Se ha discutido bastante acerca de la naturaleza de la actividad que se cumple durante la liquidación de sentencia. ¿Se trata de una actividad propia de la etapa de conocimiento, o de una actividad propia de la etapa de ejecución?

En opinión generalmente compartida, se entiende que se trata de una actividad propia de la etapa de conocimiento, puesto que con la sentencia que la concluye nunca se “ejecuta” propiamente ninguna sentencia, sino que solamente se complementa la original sentencia que estableció la condena del demandado pero sin determinar la cantidad líquida comprendida en dicha condena, obteniéndose recién a partir de ese momento un “título de ejecución” habilitante del inicio de la etapa de ejecución del proceso según prevé el art. 377 del C.G.P.

Como señala en igual sentido Klett³ “El proceso de liquidación constituye un auténtico proceso de conocimiento, en virtud del cual se crea el título de ejecución, inexistente hasta ese entonces por carecer de la suma líquida que constituye la condena”.

Este procedimiento no forma entonces parte de la etapa de ejecución sino de la etapa de conocimiento del proceso.

Sin embargo, lo que llama a confusión es el lugar donde ha colocado el legislador su regulación dentro del C.G.P., dado que la disposición que refiere directamente a esta liquidación de sentencia (art. 378) se encuentra inserta en el Capítulo II (“Vía de apremio”) del Título V (“Procesos de ejecución”) del Libro II (“Desarrollo de los procesos”).

³ Selva Klett, *Proceso Ordinario*, t. III, (Montevideo, F.C.U., 2014) 233.

Empero, esta asistemática localización del art. 378 del código no puede llevarnos a concluir que la naturaleza de esta actividad es la propia de la etapa de ejecución, puesto que claramente ella corresponde a la etapa de conocimiento del proceso.

En cualquier caso, si bien antes del C.G.P. y de la ley n° 19.090 los problemas cuya solución dependía de esta respuesta eran muchos más que actualmente, el concluir de esta forma (que la liquidación de sentencia forma parte de la etapa de conocimiento) aún permitiría plantear -como por ejemplo lo hace Klett- que, por ejemplo, son aplicables a este procedimiento las reglas propias de la etapa de conocimiento, como las que establecen cierta iniciativa probatoria del tribunal, o la posibilidad de alegar hechos nuevos o de presentar pruebas nuevas luego de la demanda de liquidación y evacuación del traslado por el demandado, etc.

3.

LA LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA, ¿ES UN INCIDENTE? ¿LA SENTENCIA QUE LE PONE FIN ES INTERLOCUTORIA O DEFINITIVA?

Ahora bien, para esta segunda parte de la etapa de conocimiento de un proceso que comenzó con la demanda y que terminó con una sentencia definitiva parcial (una sentencia solamente parcial porque no fijó el monto de la condena, sino que se limitó a condenar), el C.G.P. ha establecido en su art. 378 que el trámite a seguir es el mismo de los incidentes (“vía incidental” expresa la disposición).

Sin perjuicio de profundizar luego al respecto, adelanto que considerar que este procedimiento es verdaderamente un incidente llevaría a concluir que se deben aplicar a la sentencia que lo termina todas las reglas propias de una sentencia interlocutoria, lo cual conduce a un absurdo.

Un absurdo pues si el monto líquido se fija ya en la sentencia definitiva que normalmente concluye la etapa de conocimiento (es decir que se fija sin necesidad de seguir este procedimiento de liquidación de sentencia), a esa liquidación del adeudo contenida en aquella sentencia definitiva se le aplicarían necesariamente las reglas propias de las sentencias definitivas (en cuanto a plazos de estudio, integrantes de tribunales colegiados que deben intervenir en ese estudio y en la votación, votos conformes que se requieren para la aproba-

ción, e inclusive la posibilidad de que la sentencia sea susceptible de impugnación por los recursos de casación y de revisión); y, en cambio, si para fijar ese mismo monto líquido se debió tramitar la liquidación de sentencia y ella fuera un verdadero incidente, la sentencia que lo fija sería una sentencia interlocutoria, y ello conduciría a aplicar a la misma las reglas de esas sentencias interlocutorias (en cuanto a plazos de estudio, integrantes de tribunales colegiados que deben intervenir en ese estudio y en la votación, votos conformes que se requieren en esos casos para la aprobación, e inclusive la posibilidad de que la sentencia sea o no susceptible de impugnación por los recursos de reposición, casación y revisión).

Estando vigente el derogado C.P.C. la discusión al respecto se centraba no tanto en si realmente lo que se regulaba en los arts. 496 a 506 de ese código era propiamente un incidente, sino precisamente en cual era la calidad de la sentencia que concluía esa tramitación.

Algunos autores (por ejemplo, Rafael Gallinal, Enrique Tarigo, José Arlas, Dante Barrios de Ángelis, Jorge Marabotto) entendían que se trataba de una sentencia interlocutoria y que como tal debía ser considerada, en tanto que otros autores (Raúl Moretti, Luis A. Viera, Jaime Teitelbaum) consideraban que se trataba de una sentencia definitiva.

Sancionado el C.G.P. encontramos explicitado en su art. 378.1 que el trámite que se debe seguir para la liquidación de sentencia es el de la “vía incidental”.

Ello plantea varios problemas, relacionados también la mayoría de los mismos con la sentencia y algunos de los cuales fueron expresamente solucionados por la redacción dada al artículo 378 por la ley n° 19.090.

Sin embargo la naturaleza de la sentencia (interlocutoria simple, interlocutoria con fuerza de definitiva, definitiva) no ha quedado zanjada por la citada ley n° 19.090, por lo que dependiendo de la conclusión a la que se arribe sobre ello resultarán de aplicación unas u otras reglas sobre plazos de estudio, integrantes de tribunales colegiados que deben intervenir en ese estudio y en la votación de la sentencia en segunda instancia o aún en casación, votos conformes que se requieren para su aprobación, e inclusive la posibilidad de que la sentencia sea susceptible de impugnación por los recursos de reposición, casación y revisión.

Como se verá más adelante, en mi opinión la sentencia que pone fin al trámite de la liquidación de sentencia -pese a tratarse de un procedimiento que sin ser un incidente sigue por disposición legal el tracto de los incidentes tramitados fuera de audiencia- es una sentencia definitiva.

4.

¿CUÁNDO CORRESPONDE SEGUIR EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA?

La pregunta ahora formulada conduce a considerar por lo menos dos cuestiones diferentes: a) cuándo es que existe “iliquidez” de la condena, habilitante así de este procedimiento de liquidación de sentencia, y b) cuándo es admisible que el juez remita la liquidación de la condena a este procedimiento de liquidación de sentencia.

4.1. ¿CUÁNDO EXISTE “ILIQUEZ”?

Como ya expliqué anteriormente ⁴,

Estrictamente puede sostenerse que es líquida aquella obligación cuantitativamente determinada en términos de una unidad de medida (es este caso una unidad de dinero, como el peso, el dólar, el rublo, el franco, etc.) y que si la determinación requiere alguna operación adicional -fácil o no- la obligación ya no es líquida; como ocurre por ejemplo si tenemos una obligación documentada de pagar \$ 10.000 más los intereses, pero no se establece el monto de los últimos, sino que éste debe determinarse en base a la tasa de interés que en el mismo documento se establece y por el período de tiempo que también en dicho documento se señala. Tal parece ser lo que sostuvo Laurent.

De todas formas, luego de la ley n° 19.090 en el primer inciso del art. 377 del C.G.P. que establece cuales son los “títulos de ejecución”, ahora se prevé explícitamente que no es necesario que para ser tales contengan la obligación de pagar una cantidad de dinero exactamente “líquida”, sino que puede tratarse de una cantidad de dinero “fácilmente liquidable”; de donde entiendo que merced a lo que resulta del contexto (e inclusive quizás con el apoyo del art. 1502 del Código Civil como desde antes sostenía Jorge Gamarra), debe interpretarse que las “cantidades ilíquidas” a las que refiere el art. 378 no comprenden a aquellas cantidades que pueden liquidarse fácilmente (por ejemplo, a través de simples operaciones matemáticas como la correspondiente a un cálculo de intereses sobre la base de una tasa fija), de donde si la cantidad es fácilmente liquidable no debe seguirse este procedimiento del art. 378 sino que en todo caso deberá procederse como indica el art. 359 del mismo código.

⁴ Alejandro Abal Oliú, *Estudios del Código General del Proceso*, tomo III, 2da. ed. (Montevideo, F.C.U., 2000), 191.

Por otro lado y como ya proponía por ejemplo Jaime Teitelbaum ⁵ - aclarando que concluía así “aunque el CGP no repite la disposición del art. 506 CPC” - sigue siendo posible ejecutar parcialmente una sentencia de condena cuando la misma establece la liquidez de solamente una parte de la obligación, de donde conforme resulta del art. 378.1 del código este procedimiento de liquidación de sentencia referirá en tal caso solamente a una parte de la sentencia (obviamente la parte de la misma en la que se condena a abonar una cantidad ilíquida).

4.2. ¿CUÁNDO ES ADMISIBLE QUE SE REMITA LA LIQUIDACIÓN A ESTE PROCEDIMIENTO DEL ART. 378 DEL C.G.P.?

¿Puede el actor pedir en su demanda dicha remisión?

Lo cierto es que, nuevamente por falta de sistematización, el C.G.P. no establece directamente en ningún lugar que el actor pueda pedir en su demanda una condena al pago de una cantidad ilíquida.

Sin embargo, advierto que al menos por lo que resulta del numeral 6 del art. 117, si bien normalmente “el valor de la causa (...) deberá ser determinado precisamente”, cuando **“ello no fuera posible”** el actor podría pedir en su demanda la condena a una cantidad ilíquida, aunque en ese caso **“deberá justificarse la imposibilidad y señalarse su valor estimativo, indicándose las bases en que se funda la estimación”**.

De manera que si bien el pedido del actor en tal sentido estará condicionado a que le resulta imposible indicar la cantidad líquida (o fácilmente liquidable, como ya expliqué) que reclama -lo que además deberá “justificar”- entiendo que si lo hace deberá al menos y necesariamente indicar cual es la cantidad que estima que debe establecer la condena y cuales son las “bases” para luego liquidarla.

Aunque ello no es lo que ha sostenido Uriarte ⁶, quién se basa en que la “amplitud del texto actual nos lleva a sostener que la sentencia de condena ilíquida puede o no contener las bases de la liquidación. Por otra parte, la lectura del artículo 11 del C.G.P. nos reafirma en esta convicción”, personalmente coincido con lo que ya en 1995 postulaba Tarigo ⁷,

⁵ Jaime Teitelbaum, “Proceso de ejecución y vía de apremio” en *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, (4/1995), 516.

⁶ Gonzalo Uriarte, “Algunas reflexiones sobre el proceso de liquidación de sentencia”, en *Tribuna del Abogado* (2003), n° 134, 6; y “Vía de apremio. Algunos títulos y preparación de la misma”, en *Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo* de Autores Varios (Montevideo, F.C.U., 2006), 110.

⁷ Enrique Tarigo, “Frente a la sentencia definitiva que condenó a indemnizar daños y perjuicios y fijó las bases de tal liquidación, la sentencia interlocutoria de liquidación de sentencia no puede dejar de fijarlos”, en *Rev. Uruguaya de*

cuando sostenía que la redacción del C.G.P. -incluido lo que dispone el numeral 6 del art. 117- “supone la negación de la tercera posibilidad prevista por el art. 478 C.P.C., esto es, la posibilidad de la condena genérica”.

De manera que el actor puede pedir la condena del demandado al pago de una suma ilícida, sin perjuicio de lo cual deberá estimar cuál es la cantidad adeudada y justificar porqué no ha podido liquidarla y, además, indicar las “bases” para la liquidación posterior.

Añado a lo anterior que esta solicitud de condena al pago de una cantidad ilícida no es admisible cuando el proceso refiere a la materia laboral, en tanto el art. 8 de la ley n° 18.572 establece que en tal caso la demanda “Deberá incluir el valor total de la pretensión y la liquidación detallada de cada uno de los rubros reclamados”. Sin perjuicio de ello y de lo que se verá a continuación acerca de si es admisible que una sentencia se remita a este procedimiento cuando el actor solicitó -como en estos procesos de materia laboral- la condena a una cantidad líquida, a veces los jueces de trabajo igual siguen difiriendo para un posterior procedimiento de liquidación de sentencia el establecer la cantidad líquida de la condena, y ello pese a que el art. 5 de la ley n° 18.847 modificó el art. 15 de la ley n° 18.572 estableciendo -como se advertirá expresamente- que “las sentencias que condena al pago de créditos laborales de cualquier naturaleza deberán establecer el monto líquido de los mismos, incluidas las multas, intereses, actualizaciones y recargos que correspondieren”.

Si el actor solicitó una condena al pago de cantidad líquida, ¿puede el juez condenar al pago de cantidad ilícida y disponer la remisión al procedimiento en estudio para luego liquidarla?

De acuerdo a lo que establecía la letra del art. 478 del derogado C.P.C. parecía admisible (aunque la disposición no era de fácil interpretación en ese sentido) que aunque el actor hubiera solicitado una condena del demandado al pago de una cantidad líquida (o fácilmente liquidable), cuando el juez no pudiera fijar la cantidad adeudada podía remitirse a la liquidación de sentencia (sin perjuicio de que cuando la sentencia ni siquiera indicaba las bases de la liquidación, se discutía en Doctrina y Jurisprudencia acerca de cuál era el procedimiento a seguir para esa liquidación: si el de liquidación de sentencia, o el del proceso ordinario o algún otro).

Sin embargo, ninguna disposición del actual código, es decir del C.G.P. indica -ni siquiera indirectamente- que el juez está autorizado a no seguir la regla general o principio de la necesaria congruencia de las sentencias, y a dejar de pronunciarse -acogiéndola o no- respecto

Der. Procesal, (2/1995), 228.

a la parte de la pretensión del actor referida a la suma (líquida o fácilmente liquidable) a cuyo pago solicita que se condene al demandado.

La verdad es que lo que establece el art. 378.1 del C.G.P. es que la sentencia puede condenar al pago de cantidad ilíquida, pero eso en realidad supone, como recién vimos que lo puede hacer, que el actor solicite una condena a cantidad líquida.

Lo que sí entiendo es que en estos casos -si entiende que debe condenar pero no encuentra fuentes de prueba que se hayan aportado y que tengan eficacia para determinar si es correcta la cantidad reclamada por el actor- lo que el Juez podría hacer es acudir al procedimiento previsto en el art. 1611 del Código Civil (deferir el juramento estimatorio al actor); procedimiento que ha sido extensamente analizado en la Novena Sección del Capítulo Cuarto de la Sexta Parte de Derecho Procesal (tomo IV, F.C.U., Montevideo, 3era. ed., 2018), a lo que me remito.

Claro que conforme a la citada disposición ello está limitado a los supuestos de procesos sobre obligaciones “civiles” (en el sentido de no “naturales”: art. 1441 del Código Civil), nacidas de “delito, cuasidelito o dolo” (lo que excluiría a las obligaciones nacidas de contratos o cuasi-contratos), en los que se reclama una suma concreta y el juez duda “sobre el número o valor real y de afección de las cosas o sobre el importe de los daños o perjuicios”. Bien que todo ello sin perjuicio de que también se puede acudir al juramento estimatorio en los supuestos de los arts. 664 y 684 del Código Civil, 684 y 742 del Código de Comercio, e incluso hasta en el supuesto previsto en el art. 107.4 del propio C.G.P.

Y añado aún que, en ciertos casos, cuando se solicita en la demanda la condena al pago de una cantidad líquida y el juez considera que el adeudo existe pero que no hay fuentes de prueba que le permitan determinar su entidad, antes de dictar sentencia también podría disponerse de oficio la producción de otros medios de prueba, en particular a través de las llamadas “diligencias para mejor proveer” (previstas en el art. 193 del C.G.P.).

Finalmente, no puedo dejar de mencionar las conclusiones de la Doctrina respecto, en particular, a la dificultad de determinar con precisión el monto de un lucro cesante futuro. En estos casos enseña por ejemplo Jorge Gamarra⁸ que:

La gravitación de los factores de incertidumbre, y los obstáculos existentes para cuantificar el ingreso en los casos que acaban de mencionarse, condujeron a elaborar dos reglas generales. En primer lugar, las dudas y dificultades (que son aquí innegables y de gran entidad) nunca deben impedir el resarcimiento. (...) En segundo lugar, y como consecuencia necesaria de lo dicho, debe admitirse que las liquidaciones realizadas en esta área del perjuicio serán ‘inevitablemente inexactas’ o ‘aproximadas’, ya que ‘no es posible llegar a resultados de absoluta precisión’. La máxima que se

⁸ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXIV (Montevideo, F.C.U., 1992), 101 y 102/103.

deduce de esta constatación es la validez y admisibilidad de una ‘liquidación imperfecta’ y la derogación parcial (en la materia) del principio general que exige la prueba del monto preciso del daño. Por consiguiente, que el perjuicio no se encuentre exactamente cuantificado en su entidad monetaria no es impedimento para que el juez lo liquide en forma aproximada. Ahora bien, la terminología ‘estimación inexacta o imperfecta’ no equivale a operación errónea o equivocada; simplemente reconoce la imperfección insita en la naturaleza de las cosas. El juez debe hacer todo lo que está a su alcance para que la operación de cálculo valore en la medida posible los datos que suministra la realidad y motivas adecuadamente su pronunciamiento, demostrando así que la sentencia no es antojadiza o arbitraria, sino la que razonablemente conviene al caso concreto.

Asimismo, Gamarra⁹ también explica que en aquellos casos en los que está claramente probado el daño concreto y ya existente, pero “cuyo monto preciso es imposible o muy difícil de acreditar” (particularmente en supuestos de daño a la persona), el juez debería acudir a la que empleando la terminología usual en Italia denomina “liquidación equitativa”, y a cuya explicación por el propio autor ahora me remito.

Señalo, de todas formas, que lo que de momento estoy analizado es la admisibilidad de acudir para determinar la entidad de la condena -dentro de la normal etapa de conocimiento del proceso- al juramento estimatorio, a la producción de medios de prueba dispuesta de oficio o a estas liquidaciones imperfecta o equitativa. Ya veremos más adelante si estos mecanismos también pueden admitirse en los casos en los que habiéndose solicitado la condena al pago de una suma ilíquida (bien que indicando las bases de la liquidación), también pueden emplearse los mismos en la etapa de liquidación de sentencia.

Mas, concluyendo sobre lo analizado, si el actor solicitó una condena al pago de cantidad líquida, el juez no puede condenar al pago de cantidad ilíquida y disponer la remisión al procedimiento en estudio para luego liquidarla, sino que debe encontrar la solución a través de alguno de los citados mecanismos procesales.

Empero, no puedo dejar de señalar que aunque el código en ningún lugar lo autorice a menudo los jueces se apartan de la regla de la congruencia, y pese a que se les ha solicitado por el actor la condena al pago de una suma líquida (o fácilmente liquidable), dejan de pronunciarse sobre la cantidad de dinero correspondiente a la obligación a cuyo pago se condena al demandado, y se remiten para fijar el monto de la condena al procedimiento de liquidación de sentencia previsto en el art. 378, lo cual considero reprochable.

Agrego ahora a esto último que, sin embargo, ha habido tribunales y autores que aún sin plantearse este problema ni las soluciones expuestas, al menos se han preocupado de sostener que cuando se pide la condena al pago de una cantidad líquida y existen elementos o medios

⁹ Gamarra, *Tratado*, t. XXIV, 255.

suficientes (particularmente probatorios) para liquidarla, el juez no debe nunca remitir la liquidación a este procedimiento del art. 378 del C.G.P.

Si lo solicitado por el actor y luego resuelto en la sentencia no es estrictamente una condena al pago de frutos, mejoras, daños o perjuicios, sino al pago de horas extras, o al pago del precio de costumbre por arrendamientos de obra, o al pago de honorarios profesionales, etc., ¿es posible acudir al procedimiento previsto en el art. 378 del C.G.P.?

Tampoco existe ninguna disposición en nuestro Derecho Positivo que explícitamente indique que puede acudirse a este procedimiento cuando se trata de “liquidar” la cantidad de dinero que corresponde a una condena, y no nos encontramos ante una condena al pago de lo adeudado por frutos, mejoras, daños o perjuicios (sino, por ejemplo, ante una condena al pago del precio de costumbre por arrendamientos de obra, o al pago de horas cumplidas en un arrendamiento de servicios, si es que se entendiera que esta clase de contrato no está ya totalmente absorbida por el contrato de trabajo, etc.).

Empero podría quizás -por cierto que con mucho esfuerzo- intentarse encontrar la norma habilitante para emplear este procedimiento en otros supuestos, en lo que establece el ya citado numeral 6 del art. 117 del C.G.P., puesto que el mismo expresa que cuando no le es posible hacerlo al momento de la demanda el actor puede no indicar la suma exacta que reclama, sino solamente estimarla (indicando las bases en que se funda para la estimación), y nada expresa respecto a que ello solamente se pueda hacer cuando se reclaman frutos, mejoras, daños o perjuicios, lo que habilitaría a hacerlo en otros casos diferentes (como los señalados de condena al pago del precio de costumbre por arrendamientos de obra, etc.).

Por otro lado -y además de la posibilidad de argumentar que la norma habilitante se genera por integración a través de la analogía- también podría quizás intentar fundarse esa solución en el art. 378.1, dado que dicha disposición solamente exige para seguir este procedimiento de liquidación de sentencia que exista una sentencia que “condene al pago de cantidad líquida en todo o en parte”.

En todo caso el problema que a continuación se plantearía sería el de cuál tendría que ser el procedimiento a seguir; es decir si el previsto en el art. 378.2 o el que indica el art. 378.3, a lo que entiendo que debería responderse que es este último, puesto que no se trata en definitiva de otra cosa que del mismo procedimiento que menciona el art. 378.1 (la normal “vía incidental”).

Un supuesto particular que considerar es el referido a la posibilidad de que el actor reclame por este procedimiento no solamente la liquidación de las cantidades debidas por frutos, mejoras, daños o perjuicios, sino también la liquidación de los honorarios profesionales del abogado del actor a cuyo pago también se condenó al demandado.

Al respecto sostuvo Tarigo en determinado momento (año 2002) que ello era admisible, en mérito a que el procedimiento fijado por el art. 378.2 era el propio de los incidentes, y a que entonces era el mismo que establece para la “regulación de honorarios profesionales” el art. 144 de la ley n° 15.750, de donde sería admisible la acumulación de pretensiones que incluyera la liquidación de los honorarios adeudados.

Sin embargo y fuera de que cómo, se advertirá se trata de reclamar la liquidación de una cantidad de dinero que no se adeuda por frutos, ni por mejoras, daños o perjuicios, y que por lo tanto y como ya señalé es al menos dudoso que pueda emplearse al efecto el procedimiento previsto en el art. 378 del C.G.P., lo cierto es que el procedimiento previsto en el art. 144 de la ley n° 15.750 no es exactamente el mismo del art. 378.2, en tanto en el primero interviene el abogado del favorecido por la condena en costos y en el segundo no, y en tanto en el primero no está previsto que si el demandado no controvierte la liquidación se deberá estar necesariamente a la presentada por el actor, y en cambio en el segundo ello no solo no está previsto sino que incluso se establece, además y expresamente, como es que debe regular el juez los honorarios con independencia de lo que haya expresado al respecto el actor.

¿Y si el adeudo ilíquido no resulta de una sentencia sino de otros actos jurídicos asimilados a las sentencias, pero diferentes de estas?

Señalaba también Teitelbaum¹⁰ que

Pese a referirse el art. 378 (solo) a “sentencia”, el procedimiento de liquidación es posible para otros títulos de ejecución, ya que el art. 378.2 finaliza “procederá igual solución cuando en otro acto jurídico se establezca deuda ilíquida exigible”. En consecuencia, es aplicable al laudo, transacción y convenios judiciales ilíquidos, aunque no en la ejecución de prenda e hipoteca que siempre contienen sumas líquidas.

Aun siendo posible seguir sosteniendo este postulado, aparece como acertada la observación de Valentin¹¹ cuando anota que la sustitución que en el texto del art. 378.2 realizó la ley n° 19.090 de “otro acto jurídico” por “otro título de ejecución” no es “feliz”, puesto que

¹⁰ Teitelbaum, “Proceso de ejecución”, 515.

¹¹ Gabriel Valentin, *La Reforma del Código General del Proceso* (Montevideo, F.C.U., 2014), 369.

según el art. 377 del C.G.P. no es posible que exista un “título de ejecución” si ya no establece que existe una deuda “líquida”; de donde por ejemplo y si tomamos literalmente este erróneo cambio que ha hecho la ley n° 19.090, un convenio celebrado durante la conciliación o una transacción o incluso un laudo que no establezcan ya una obligación líquida -y que por lo tanto no son “títulos de ejecución”- no podrían “liquidarse” por los procedimientos del art. 378 del código (y entonces quizás habría que seguir a ese efecto el trámite del proceso ordinario).

5.

COMPETENCIA

Según el actual art. 372.1 del C.G.P. el juzgado que entendió en la primera instancia de la etapa de conocimiento entenderá también en la primera instancia de la etapa de ejecución y, por lo tanto, siendo que en el C.G.P. el procedimiento de liquidación de sentencia integra formalmente esta última etapa, para entender en la primera instancia de esta liquidación de sentencia está claro que será competente el mismo tribunal que lo fue en la primera instancia de la etapa de conocimiento.

Y aunque la citada disposición no lo menciona expresamente, también será el tribunal que entendió o debió entender en la segunda instancia de la etapa de conocimiento el que deberá entender en una eventual segunda instancia de la etapa de ejecución y, por ende, en una eventual segunda instancia del procedimiento de liquidación de sentencia.

6.

¿QUIÉN PUEDE INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA?

Parece claro que este procedimiento solamente puede iniciarse a solicitud de parte y nunca de oficio, bien que actualmente y merced a la nueva redacción que la ley n° 19.090 dio al art. 378.1 (siguiendo lo que ya postulaba Viera y vigente el C.G.P. retomó Cutrín Piñeiro y luego expresamente aceptó Uriarte), la demanda puede ser presentada por cualquiera de las dos partes.

Ello plantea cierta complejidad cuando es el deudor (el demandado en lo principal) quién solicita liquidar la condena, en tanto los procedimientos previstos en los arts. 378.2 y 378.3 parten de la base de que quién presenta la demanda de liquidación es el actor (acreedor) y no el demandado (deudor), y el tracto procesal a seguir si presenta esta demanda el deudor no puede ser exactamente el previsto en estas disposiciones.

De allí que si es el deudor quién promueve la liquidación de una cantidad adeudada por frutos o mejoras, al hacerlo pareciera que deberá ya formular la liquidación, y que de ello se deberá dar traslado al acreedor y seguirse luego el procedimiento de los incidentes fuera de audiencia (art. 321 del código), sin perjuicio de que si el acreedor no contradice la liquidación presentada por el deudor se deberá estar a la presentada por este último (conforme al segundo inciso del art. 378.2 en redacción dada por la ley n° 19.090).

Si la liquidación que promueve el deudor corresponde a una cantidad adeudada por daños o perjuicios, también deberá liquidar en su demanda dicha cantidad y tendrá que darse traslado de esa demanda al actor. Si este no controvierte la liquidación se estará a la presentada por el deudor. Si la controvierte entonces también en este caso se seguirá el trámite previsto en el C.G.P. para los incidentes fuera de audiencia.

7.

¿QUÉ SE PUEDE RECLAMAR EN LA DEMANDA DE LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA?

Como recuerda Nicastro¹², resulta claro que

(...) lo único que se puede diferir a la vía de liquidación es la cuantificación o la determinación del monto de los daños y perjuicios (o, en todo caso, de lo adeudado por frutos o mejoras). (...) Es decir, el diferimiento de la liquidación a la vía incidental solo procede cuando es posible arribar a la conclusión fundada sobre la existencia de los daños y de la obligación reparatoria (an debeat) (...) A su vez, en la etapa liquidatoria no resulta procesalmente admisible pretender introducir cuestionamientos relativos al an debeat no formulados oportunamente en la etapa anterior -puesto que ello vulneraría la cosa juzgada- ni que se insista en la defensa de argumentos desestimados con autoridad de cosa juzgada en la fase de conocimiento (...) Asimismo, se ha señalado que sería absolutamente contrario a la cosa juzgada admitir otras pautas u otros criterios que no se concretaron en la decisión que se debe liquidar. Además si el actor no pidió que se condenara

¹² Gustavo Nicastro Seoane, “Cuestiones prácticas en el proceso de liquidación de sentencia previsto en el artículo 378 del C.G.P.”, en *Rev. Judicatura* (2016), n° 60, 136.

a pagar determinado rubro (por ejemplo los intereses legales) en la etapa de conocimiento, no puede renovar su facultad de pedir en la etapa de liquidación (...). En cambio, aunque en la sentencia de condena a liquidar no se hubiese previsto el reajuste, conforme a lo dispuesto en el Decreto –Ley nº 14.500, ello no impide que al liquidarse el rubro por la vía del art. 378 se incluya la actualización, puesto que dicho reajuste procede aun de oficio y la etapa liquidatoria es apropiada para imponer tal correctivo.

A su turno Klett¹³ nos presenta una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. turno en la que se indica que “(...) no corresponde -en la sentencia liquidatoria- realizar el cálculo aritmético de los reajustes e intereses, por la sencilla razón de que tanto los unos como los otros se devengarán hasta la fecha del pago y no hasta la fecha de la sentencia liquidatoria.”

Por otro lado, y siempre acerca de lo que puede reclamarse en una demanda que inicia la liquidación de sentencia, Uriarte¹⁴ ha expresado que “El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º turno ha tenido oportunidad de pronunciarse en forma afirmativa en dos oportunidades, señalando que ‘debe admitirse la posibilidad de reclamación y reparación de los daños posteriores al fallo judicial pero no manifestados todavía, en naturaleza de daños futuros previsible’”.

8.

TRÁMITE PARA LIQUIDAR UNA CANTIDAD DEBIDA POR FRUTOS O MEJORAS

Cuando se trata de liquidar una cantidad debida por frutos o mejoras comienza el trámite, según el art. 378.2 del código, con una demanda de liquidación en la que se solicita intimar al condenado para que él presente esa liquidación (entiendo que esta demanda no necesariamente debe estar acompañada de la proposición de producir medios de prueba).

Para explicar la razón de que en este caso se trate de comenzar el procedimiento con una liquidación a presentar por el deudor y no por el actor, Viera¹⁵ expresa que

La razón por la cual la liquidación de los frutos se intima al deudor para que la presente y la de daños y perjuicios la formula directamente el ejecutante, estriba en que, respecto a los frutos, la ley entiende que el que se encuentra en mejores condiciones de saberlo es el ejecutado que los percibió, mientras que respecto a los daños y perjuicios es el ejecutante, que los sufrió, el que los conoce.

¹³ Klett, *Proceso Ordinario*, 238.

¹⁴ Uriarte, “Algunas reflexiones”, 7.

¹⁵ Luis A. Viera, “Ejecución de sentencia”, en *Curso de Derecho Procesal* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. IV, 2da. ed. (Montevideo, F.C.U., 1987), 63.

En la redacción original del art. 378.2 del C.G.P. el supuesto regulado refería solamente a la liquidación de una cantidad correspondiente a un adeudo por “*frutos*”. La ley nº 19.090 agregó a dicho supuesto la liquidación de una cantidad correspondiente a un adeudo por “mejoras”.

Valentin ¹⁶ explica esto señalando que “El legislador entiende que existe un rasgo fundamental que justifica esta incorporación: es que, en este supuesto, al igual que en el caso de los frutos, es el demandado quien realizó las mejoras y, por consiguiente, quien está en mejores condiciones de cuantificar su valor.”

Ahora bien, otorgado el traslado al demandado (por seis días, art. 99 del C.G.P.) y presentada la liquidación por el mismo (en su caso proponiendo los medios de prueba que entienda que deben producirse), deberá darse traslado al actor (también por seis días), quién podrá formular una liquidación alternativa (u observaciones controvirtiendo la del demandado), proponiendo ahora también él los medios de prueba que entienda se deben producir, y luego se seguirá el trámite de los incidentes fuera de audiencia, lo que implica que se celebrará una audiencia (la que conforme al art. 321.2 se desarrollará de acuerdo con lo que disponen los numerales 1 y 4 del art. 346, “en lo pertinente”).

Según el inciso segundo de este art. 378.2, si el demandado no presenta una liquidación habrá de estarse a la que presente el actor “salvo prueba en contrario” (prueba que se supone será la que resulte de fuentes de prueba ya obrantes en la primera fase del proceso o en el mismo procedimiento de liquidación, incluso las presentadas por el mismo actor acompañando su liquidación).

Asimismo, conforme ahora a la nueva redacción de este inciso segundo dada por la ley nº 19.090, si al contestar la demanda el demandado presenta la liquidación y en el término del traslado que corresponde ella no es controvertida por el actor, deberá estarse a la liquidación que presentó el demandado (también en este caso “salvo prueba en contrario”).

Como se advertirá, en este caso se establece algo diferente a lo que resulta de la regla que sobre la admisión tácita de los hechos alegados se establece en el art. 135 del código, puesto que justamente según esa disposición unos de los hechos que no están comprendidos en la admisión tácita normal son aquellos que la parte demandada no tendría por qué conocer (como sería, en este caso para el actor incidental, la cuantificación de lo que se adeuda por frutos y que solo conoce el demandado incidental).

¹⁶ Valentin, *La Reforma*, 370.

Aparte de ello, entiendo que esta admisión tácita -tanto de una como de la otra parte- no puede ser obstáculo para que el juez revise de oficio si la liquidación así admitida contradice las bases que para realizarla (y ya con calidad de cosa juzgada) estableció la sentencia que se está liquidando.

Mas, ¿qué sucede si el demandado, a quién se dio traslado de la demanda del actor, no presenta una liquidación de la cantidad que adeuda por frutos o mejoras?

Para considerar la respuesta debemos tener presente que lo previsto en el art. 378.2 es que al actor se le da traslado de la liquidación que presenta el demandado, pero no está previsto claramente como sigue el trámite si en el plazo del traslado (por seis días conforme a la regla general del art. 99) el demandado no presenta la liquidación (del texto del inciso segundo del art. 378.2 actualmente solo resultaría que el actor podría presentar una liquidación y que “**se estará**” a ella).

Sobre ello -en conclusión que comparto- expresaba Viera ¹⁷ que “Aunque el código no lo diga hay que concluir, en esta segunda hipótesis que la vía incidental se suspende hasta que el actor presente su liquidación”.

A esto agregaba dicho autor -y aunque no resulta totalmente claro lo que dice al respecto quizás también Barrios de Ángelis- que de esta liquidación del actor debía darse traslado al demandado para que presente prueba si quiere, lo cual entiendo que no corresponde pues según interpreto -coincidiendo con Garderes- la “prueba en contrario” que menciona el segundo inciso del art. 378.2 es la prueba ya obrante en el proceso.

Otra cuestión que atender pues ha dado lugar a serias y diversas interpretaciones, es el tema de la asistencia de las partes a la audiencia (audiencia que a menudo se ha entendido que sólo debería celebrarse si hay prueba a producir). Actualmente, ante el nuevo inciso cuarto del art. 321.2 del código incorporado por la ley n° 19.090 el punto parecería haber quedado resuelto: “La incomparecencia de las partes a la audiencia determinará la aplicación del art. 340” (es decir que se aplicarán las mismas reglas que para la incomparecencia a la audiencia preliminar).

Según considero ello implicará que si quién no comparece a esta audiencia de liquidación de adeudo por frutos o mejoras es el actor, se le deberá tener por desistido de su pretensión y ya no habrá más posibilidad de ejecutar luego la sentencia. A mi entender la sentencia definitiva que culmina la primera fase estableciendo el “*an debeatur*”, lo que dispone es una condena condicional al pago de una suma; una condena condicionada a la

¹⁷ Luis Alberto Viera, “La ejecución forzada”, en *Curso sobre el Código General del Proceso* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II (Montevideo, F.C.U., 1989), 153.

cantidad que en la liquidación de sentencia se pueda probar o admitir que se debe, y si las partes nunca inician este procedimiento o el actor desiste de su pretensión lo que sucederá es que no se cumplirá la condición a la que estaba sometida la condena, y en definitiva no habrá condena ejecutable.

Esta conclusión de que corresponde el desistimiento de la pretensión es compartida por Klett y Vidal Lamarque, pero en cambio no conforma ni a Pereira y sus colaboradores ni tampoco a Nicastro, pues entienden que no debería quedar una sentencia de condena sin poder ser ejecutada, y entonces proponen interpretar que no es lo mismo un “incidente” (en el que según el inciso cuarto del art. 321.2 al no comparecer a la audiencia debería entenderse desistido al actor) que la “vía incidental” propuesta en el art. 378, y que entonces esta última no comprendería dicha consecuencia de la incomparecencia.

Si quien no comparece en la audiencia es el demandado, ello tendrá por consecuencia admitir los hechos alegados por el actor al evacuar el traslado de la liquidación presentada por el demandado, siempre que no contradigan la prueba ya obrante. Y esta conclusión, también compartida por Klett y Vidal Lamarque, no lo es -conforme lo expresado en el párrafo anterior- ni por Pereira y sus colaboradores ni por Nicastro.

9.

TRÁMITE PARA LIQUIDAR UNA CANTIDAD DEBIDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Cuando se trata de liquidar una cantidad debida por daños y perjuicios y según se encuentra específicamente previsto en el art. 278.3 del código, el trámite comienza con una demanda en la que el actor presentará su liquidación, formulando además en ella la proposición de los medios de prueba correspondientes.

En este caso se dará traslado por seis días (art. 99 del C.G.P.) al demandado, quién en caso de controvertir la liquidación del actor tendrá que indicar en esta evacuación del traslado los medios de prueba que quiere que se produzcan.

Conforme ha establecido la ley nº 19.090 al agregar un segundo inciso al art. 378.3 para solucionar las discrepancias existentes al respecto, si el demandado no controvierte la liquidación del actor se estará a la presentada en la demanda, “salvo prueba en contrario”.

Por lo demás y tomando en cuenta, en lo pertinente, lo señalado en el anterior apartado, se seguirá el trámite incidental fuera de audiencia.

10.

SENTENCIA DE LIQUIDACIÓN

Estando todavía vigente el C.P.C., Rafael Gallinal en 1928, Enrique Tarigo en 1974, José Arlas en 1977, Dante Barrios de Ángelis en 1982 y Jorge Marabotto en 1988, sostenían que la sentencia que establecía la cantidad de dinero adeudada por el demandado era una sentencia interlocutoria.

Así y por ejemplo, decía Barrios de Ángelis ¹⁸ que

La sentencia definitiva, se dicta al término de un proceso que concluye y que es un juicio sumario u ordinario. En tanto que la sentencia interlocutoria se da al término de un proceso integrante de otro proceso, y abreviado. Es decir que, si de alguna manera tuviéramos que aplicar la solución analógica, yo diría que esta sentencia que no es definitiva y que no es interlocutoria tendría que analogarse a una sentencia interlocutoria.

Por su lado, Moretti -circa 1940- y Viera -en 1987-, sostenían que era una sentencia definitiva.

Así decía el primero ¹⁹ que

Cuando se trata de sentencia dictada en juicio ordinario por reparación de daños, el mismo juicio puede decidirse definitivamente, por un solo procedimiento, con una sola sentencia, la sentencia condena al pago de una suma líquida; o por dos procedimientos, con dos sentencias: la primera condena y fija las bases, la segunda sucesiva, fija la cantidad líquida; o en tres procedimientos y en tres sentencias: la primera reserva la acción, la segunda condena y da las bases, y la tercera la suma líquida.

Cuando se aprueba y entra en vigencia el C.G.P. el asunto sigue dividiendo a Doctrina y Jurisprudencia.

Tarigo sostuvo en 1999 que la sentencia que resuelve la liquidación es una sentencia interlocutoria. A igual conclusión llegó por ejemplo la Suprema Corte de Justicia en bastante reciente sentencia n° 1808/2017 (Martínez, Hounie y Minvielle, con discordia de Chediak).

Por el contrario, Teitelbaum en 1995, Klett y Álvarez Petraglia en 2006, Uriarte en 2006, Klett en 2014, Garderes en 2014 y Nicastro en 2016, han sostenido que se trata de

¹⁸ Dante Barrios de Ángelis, Graciela Barcelona, Silja Abella, “Naturaleza del proceso de liquidación de perjuicios establecidos por sentencia ejecutoriada”, en *Arrendamientos Rurales y Liquidación de Perjuicios* de Autores Varios (Montevideo, Alcalí, 1982), 92.

¹⁹ Raúl Moretti, *Estudios de Derecho Procesal*, t. I (Montevideo, s/f), 103 y sigts.

una sentencia definitiva (a su turno Cal sostuvo en 2015 que por su contenido la sentencia es definitiva, aunque la forma es la de interlocutoria, y a su entender ello conlleva que los requisitos para su dictado e impugnación deben ser los propios de las sentencias interlocutorias).

Y esa misma conclusión -considerar que se trata de una sentencia definitiva- sostuvo, la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo y entre otras, en sentencia n° 192/2015 (Pérez Manrique, Chediak, Larrieux, con discordias de Vázquez y Pérez Brignoni).

La definición al respecto sigue teniendo interés aún luego de vigente el C.G.P. y hasta luego de haber sido parcialmente modificado el art. 378 por la ley n° 19.090.

Se trata, en efecto, de que no habiéndose zanjado legalmente ninguna de estas cuestiones, según que se trate de una sentencia interlocutoria simple, de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva o de una sentencia definitiva, va a depender la cantidad de integrantes del tribunal colegiado que deben participar de su votación (tribunal de apelaciones o Suprema Corte de Justicia), la cantidad de votos necesarios para aprobarla, los plazos de estudio y para el dictado, y hasta la posibilidad de impugnarla mediante los recursos de reposición, apelación, casación y/o revisión.

Por mi parte no tengo duda alguna de que la sentencia es una sentencia definitiva.

En la Segunda Sección del Capítulo Sexto de la Sexta Parte de “Derecho Procesal” (Montevideo, F.C.U., 2016, tomo V), a la que ahora me remito, ya expuse extensamente los claros fundamentos por los que debe entenderse que sentencia definitiva es toda aquella que resuelve el objeto (principal) del proceso (salvo que expresamente el legislador la haya calificado, asistemáticamente, de forma diversa: por ejemplo segundo inciso del art. 199.2), pudiendo además ser total o parcial; y como forma de sentencias definitivas parciales indique entonces justamente el caso de la sentencia definitiva que concluye fijando el “an debeatur” y de la sentencia, también definitiva, que complementa la anterior fijado el “quantum delectur”.

La circunstancia de que esta sentencia concluya una etapa procesal que transita por la “vía incidental” -porque el legislador se remite a ello y no por su naturaleza- y de que conforme dispuso el mismo legislador la sentencia que resuelve sobre la liquidación se apele “en la forma y en el plazo previstos para las sentencias interlocutorias”, en nada cambia la conclusión sobre su naturaleza.

Y precisamente porque es una sentencia definitiva y no una sentencia interlocutoria es que, bien que cuidándose de decir que se trata de una sentencia interlocutoria, el legislador debió establecer, por una disposición especial (art. 378.4), que para apelarla se debe acudir a las mismas reglas establecidas para apelar las sentencia interlocutorias (lo que si en

verdad esta sentencia fuera una sentencia interlocutoria, habría resultado algo totalmente innecesario, sobreadundante e inútil de establecerse por parte de ese legislador).

Por ende, la cantidad de integrantes del tribunal colegiado que deben participar de su votación, la cantidad de votos necesarios para aprobarla, los plazos de estudio y para el dictado, y las posibilidades de impugnar o no esta sentencia mediante los recursos de reposición, apelación, casación y/o revisión, serán los propios de las sentencias definitivas.

En otro orden, pero vinculado a lo anterior, respecto a la condena en costas y/o costos cabe preguntarse si esta sentencia debe seguir la regla establecida al respecto para los incidentes (art. 57 del C.G.P.).

Sobre ello entiendo, junto con Uriarte, Klett, Nicastro, etc., que la remisión a la vía incidental que formula el art. 378.1 del código no comprende el art. 57 que refiere a la condena en costas y/o costos en los incidentes, por lo cual régimen aplicable en este punto será el que con carácter general establece el art. 56.

Y agrego -coincidiendo entre otros con Klett y Álvarez Petraglia- que tampoco conduce a aplicar un sistema que implique la condena preceptiva del demandado a pagar costas y costos, el que la regulación de este procedimiento de liquidación de sentencia se encuentre inserto en la regulación que hace el código de la “Vía de Apremio”, lo que conduciría (arts. 56.2 y 392 mediante) a la imposición de una condena preceptiva del demandado en costas y costos. Y no es así puesto que, como ya expuse, aunque en forma totalmente asistemática el legislador haya incluido este procedimiento en la regulación de la etapa de ejecución (y aún más concretamente en la vía de apremio), indiscutiblemente el mismo forma parte de la etapa de conocimiento del proceso y no de esa etapa de ejecución, de donde no le son aplicables las reglas que para esta última estableció ese mismo legislador.

Ahora bien y planteando otra cuestión, ¿qué debería resolver una sentencia en esta etapa de liquidación si la sentencia que declaró el “an debeatur” no estableció las “bases” para la liquidación de la condena?

Tarigo²⁰ explicaba muy bien en que consisten estas bases:

La hipótesis es, entonces, que el Juez en su sentencia de condena, en la sentencia en que acoge la pretensión del actor, no puede, porque no tiene elementos suficientes para ello, fijar la cantidad líquida a la que ascienden los frutos o los réditos adeudados o el monto líquido de los daños y perjuicios sufridos, pero fija las ‘bases’ de la liquidación, esto es, expresará que condena la pago de tales frutos generados durante tal período o los réditos devengados por tal o cual concepto durante tal otro período, o condenará al pago de tales y cuales daños y perjuicios que individualizará de la mejor manera posible aunque, claramente, sin poder determinar su cuantía.

²⁰ Enrique Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III, 3era. ed. (Montevideo, F.C.U., 2003), 76.

Pues bien, en el régimen del derogado C.P.C. y según su art. 478 al dictar la sentencia claramente se podía disponer por el juez una condena “genérica”, es decir sin liquidación del adeudo y sin siquiera establecer las “bases” del mismo.

Actualmente y según ya señalé, el actor puede solicitar en su demanda que se disponga la condena y que se remita la liquidación de la misma a la posterior liquidación de sentencia, mas conforme dispone el numeral 6 del art. 177 del C.G.P. esa solicitud del actor estará condicionada a que le resulte imposible indicar en su demanda la cantidad líquida (o fácilmente liquidable) que reclama, debiendo “justificar” porqué no puede establecer esa cantidad líquida. Y además, según tal disposición deberá “estimar” en dicha demanda cual sería esa cantidad e indicar cuales son las “bases” para luego liquidarla.

Por ende, lo que no puede el actor es solicitar en su demanda una condena que no sea al pago de una cantidad líquida (o fácilmente liquidable), o una condena al pago de una cantidad ilíquida pero indicando las bases sobre las cuales debería hacerse la liquidación.

Como también antes recordé esto no es lo que, en cambio, ha apoyado Uriarte ²¹, quién señaló que la “amplitud del texto actual nos lleva a sostener que la sentencia de condena ilíquida puede o no contener las bases de la liquidación. Por otra parte, la lectura del artículo 11 del C.G.P. nos reafirma en esta convicción”.

Y en cuanto a la posibilidad de que una sentencia remita al procedimiento del art. 378 del código para liquidar la cantidad adeudada, pero sin fijar las bases, también ha expresado luego Klett ²²: “(...) que la ley procesal no prevé la necesidad (deber judicial) de consignar las pautas según las cuales se llevará adelante el procedimiento (art. 378), como lo hacía el CPC. La experiencia enseña que, en muchos casos, no se establecen las bases, lo que ratifica la vigencia de la denominada ‘condena genérica’ a que refiere Tarigo.”

Por mi parte y según he adelantado, coincido en cambio con lo que ya en 1995 (y también luego en 1999 y en su póstumo libro de 2003) sostenía Tarigo ²³, respecto a que la redacción del C.G.P. -incluido lo que dispone el numeral 6 del art. 117- “supone la negación de la tercera posibilidad prevista por el art. 478 C.P.C., esto es, la posibilidad de la condena genérica”.

De manera que según entiendo el actor puede pedir la condena del demandado al pago de una suma ilíquida, pero en tal caso deberá de todas formas estimar cuál es la cantidad

²¹ Uriarte, “Algunas reflexiones, 6; Gonzalo Uriarte, “Vía de apremio. Algunos títulos y preparación de la misma”, en *Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo* de Autores Varios (Montevideo, F.C.U., 2006), 110.

²² Klett, *Proceso Ordinario*, 239.

²³ Tarigo, “Frente a la sentencia, 228; y *Lecciones*, 83.

adeudada y justificar porqué no ha podido liquidarla y, además, indicar las “bases” en las que se funda para tal estimación (las que luego deberán seguirse para la liquidación posterior).

Por ende, si no se solicita en la demanda ni la condena del demandado a pagar una suma líquida, ni su condena a pagar una suma ilíquida, pero indicando las bases que luego servirán para liquidarla, considero que ya al controlar la demanda el juez debería disponer que se subsane el defecto “en el plazo que se señale con apercibimiento de tenerla por no presentada” (art. 119.1 del código). Y si el juez no se apercibe del defecto de esta, entonces corresponderá al demandado impugnar la resolución inicial del juez que tuvo por bien presentada la demanda, empleando al efecto la excepción previa de defecto en el modo de proponer la demanda (numeral 3 del art. 133.1 C.G.P.). Y si ni el juez inicialmente ni luego el demandado advierten el defecto en cuestión, corresponderá después a dicho juez rechazar la demanda al momento de dictar la sentencia definitiva.

Todo lo anterior no implica rechazar la posibilidad, remota pero admisible, de que resulte admisible comprender en esta etapa de liquidación de sentencia algunos rubros que no estaban comprendidos en las “bases” pero que corresponden a “hechos nuevos” en el sentido de esta terminología empleado por el propio C.G.P.; es decir rubros cuya existencia recién se conoce por el actor al momento de presentarse la demanda de liquidación de sentencia o en el curso de su tramitación.

Veamos ahora una última cuestión, referida está acerca de lo que debe resolver el juez cuando las resultancias de los medios de prueba obrantes (en la propia liquidación de sentencia, pero quizás también en la anterior faz de conocimiento), no permiten concluir con certeza sobre la cantidad a la que debe ascender la condena que concluye este trámite de liquidación.

Coincidiendo en lo esencial al respecto con Uriarte y con Klett (bien que quizás no con todos sus argumentos) y discrepando en esto con Tarigo, entiendo que no siempre la sentencia que pone fin al procedimiento de liquidación debe indicar que el demandado tiene que abonar al actor una cantidad determinada.

Lo que si entiendo y ya adelanté, es que en estos casos lo que debe hacer el juez que interviene en el procedimiento de liquidación de sentencia (en el que naturalmente tendrá que tener en cuenta las bases que tuvo que haber establecido la sentencia definitiva cuya condena se está liquidando), no es rechazar directamente la pretensión de liquidación cuando con la prueba hasta entonces obrante no puede llegar a la convicción acerca de la cantidad adeudada, sino previamente acudir a todos los mecanismos que señalé precedentemente; es decir al procedimiento previsto en el art. 1611 del Código Civil (juramento estimatorio), y,

en ciertos casos, a disponer de oficio la producción de otros medios de prueba (en particular a través de las llamadas “diligencias para mejor proveer”: art. 193 del C.G.P.), o acudir a las liquidaciones “imperfecta” o “equitativa” que menciona entre nosotros especialmente Gamarra y a las cuales ya me he referido precedentemente.

Claro está que si aún así no se logra comprobar la existencia de alguna cantidad comprendida en la condena establecida en la sentencia que se está liquidando, la sentencia que culmina este procedimiento del art. 378 del código así deberá declararlo, pues la sentencia definitiva cuya condena se pretende liquidar es en realidad una sentencia condicional: condena al pago de aquellas sumas que se demuestre que se adeudan conforme a las bases establecidas y, por ende, si luego de agotarse todos los medios propuestos por las partes y el empleo por el juez de los mecanismos señalados, no se demuestra que se adeude alguna cantidad, la sentencia debería limitarse a indicar que no se condena al pago de suma alguna.

11.

RECURSOS

En el art. 378.4 del código se establece una previsión respecto a la impugnación de las resoluciones dictadas en el procedimiento de liquidación de sentencia.

En su actual redacción dicha disposición indica que solamente puede apelarse “la sentencia que resuelva sobre la liquidación”, agregando que ello debe hacerse “en la forma y en el plazo previstos para las sentencias interlocutorias, con efecto suspensivo”.

Ya al aprobarse en el C.G.P. el texto originario de este art. 378.4 se solucionaron las discusiones existentes en Doctrina y Jurisprudencia durante la vigencia del C.P.C. respecto a si podía y a como podía apelarse esta sentencia, y ahora con el texto dado por la ley n° 19.090 se solucionaron las discusiones que seguían existiendo respecto a dicha apelación (cuya interposición ahora tendrá indiscutiblemente efecto suspensivo).

De manera que sin que ello signifique que la sentencia que resuelve sobre la liquidación sea una sentencia interlocutoria, conforme lo dispuso el legislador la apelación deberá realizarse como si fuera tal.

En consecuencia, si la sentencia se dicta en el curso de una audiencia, según el art. 254.2 el apelante tendrá que anunciar el recurso en la misma e interponer los fundamentos por escrito dentro del plazo de seis días. Si la sentencia se dicta fuera de audiencia conforme al art.

254.2 el apelante tendrá que interponer el recurso con sus fundamentos dentro de los seis días siguientes.

En todo caso la interposición de la apelación tendrá efecto suspensivo de su ejecución, y si bien nada se indica explícitamente respecto a si el trámite de la apelación debe ser o no diferido, dado que no existirá ninguna sentencia posterior que pueda ser apelada necesariamente será un trámite no diferido.

Las cuestiones que, en cambio y sobre recursos, quedan sin resolver son otras que analizaré a continuación.

a) Si la sentencia que pone fin al procedimiento de liquidación de sentencia no resuelve sobre la liquidación en si misma, sino que por ejemplo tiene por desistido al actor por no comparecer a la audiencia, ¿ella es apelable?

Respecto a la posibilidad de apelar una sentencia que tiene al actor por desistido por no comparecer en la audiencia, Garderes²⁴ ha sostenido que

No parece razonable que, si admite apelación toda sentencia interlocutoria que ponga fin al proceso de ejecución (art. 393.2, inciso 1º) no admita apelación toda sentencia que ponga fin al proceso de liquidación del art. 378, siendo que las razones que justifican la limitación de la apelación en el proceso de ejecución no se dan en el proceso de liquidación. En definitiva, considero que admite apelación toda sentencia que ponga fin al proceso de liquidación del art. 378, ya sea que se pronuncie sobre la pretensión de liquidación o que de otra forma le ponga fin al proceso, y en ese sentido amplio (quizás debió decir “restringido”) debe interpretarse la referencia legal del art. 378.4 a ‘la sentencia que resuelva sobre la liquidación’.

A su turno Nicastro ha indicado que comparte la argumentación y la conclusión de Garderes.

Personalmente, y aunque entiendo muy bien el fundamento comparativo empleado por Garderes, considero que la expresión del art. 378.4 del código (“**Únicamente será apelable**”) no admite ser interpretada de manera diferente a la que resulta de su sentido literal. Se trata, en efecto, de que si el legislador dice claramente que “**únicamente**” es apelable la sentencia que resuelva sobre la liquidación, esta diciendo, indiscutiblemente, que cualquier otra sentencia que se dicte -que siempre va a ser una sentencia que no resuelve sobre la liquidación- es inapelable. Cosa diferente de la inapelabilidad consagrada es la de si la misma sienta una buena solución, y en este sentido parece claro, por lo que argumenta Garderes,

²⁴ Santiago Garderes, “Modificaciones a la vía de apremio (ley nº 19.090)”, en *Curso sobre la reforma del Código General del Proceso (Ley 19.090)*, obra colectiva (Montevideo, La Ley Uruguay, 2014), 202.

que la consagrada no es una buena solución y que la disposición no es coherente con otras regulaciones del mismo código. Pero no corresponde al intérprete corregir al legislador.

b) ¿Es admisible interponer contra resoluciones dictadas en el curso de esta liquidación de sentencia los recursos de aclaración y/o ampliación?

No existiendo limitación legal al respecto debe aplicarse lo que sobre la aclaración y ampliación dispone el art. 244.4 del código: “Estos recursos proceden respecto de toda clase de resoluciones. Podrán ser usados una sola vez por cada una de las partes y en relación con cada resolución”.

c) ¿Es admisible interponer contra resoluciones dictadas en el curso de esta liquidación de sentencia el recurso de reposición?

En cuanto al recurso de reposición existe total coincidencia de que el mismo corresponde contra toda resolución adoptada en el curso de la liquidación de sentencia (art. 245 y también art. 322.1 del código por la remisión a la “vía incidental” que efectúa el art. 378.1). E inclusive, conforme lo indicaba expresamente el texto del art. 378.4 del código en su redacción original, este recurso también procedía contra la sentencia que ponía fin al procedimiento. Habiéndose ahora modificado dicho texto por la ley n° 19.090, se eliminó del mismo la referencia a la admisibilidad del recurso de reposición contra la sentencia que resuelve sobre la liquidación, por lo que para adoptar posición sobre esta cuestión deberá atenderse a la naturaleza de esa sentencia. De allí que para todos quienes hemos sostenido que se trata de una sentencia definitiva, no será admisible que contra ella se interponga un recurso de reposición (y, en cambio, si lo será para quienes han entendido que se trata de una sentencia interlocutoria).

d) ¿Es admisible interponer contra resoluciones dictadas en el curso de esta liquidación de sentencia el recurso de casación?

Asimismo, para todos aquellos que hemos concluido que la resolución que se pronuncia sobre la liquidación es una sentencia definitiva (y aún para quienes entienden que es una sentencia interlocutoria, pero con fuerza de definitiva), cuando la misma es dictada en segunda instancia admitirá ser impugnada a través del recurso de casación (art. 268 del C.G.P.).

Así se pronuncian explícitamente al respecto, afirmando la posibilidad de impugnación de esa sentencia a través del recurso de casación, Teitelbaum, Klett y Álvarez Petraglia, Uriarte, nuevamente Klett y Nicastro, e incluso hasta Cal pese a sostener que la sentencia en cuestión debe ser tratada en cuanto a su forma como una interlocutoria (aparentemente simple).

e) ¿Es admisible interponer contra resoluciones dictadas en el curso de esta liquidación de sentencia el recurso de revisión?

Teniendo presente que el recurso de revisión puede interponerse contra las sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva y contra las sentencias definitivas firmes (art. 281 del C.G.P.), debemos concluir que será admisible la revisión para impugnar las sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva que pudieren dictarse en el curso del procedimiento, y también contra la sentencia que pone fin al mismo (salvo que, lo que naturalmente no comparto, que pudiere entenderse que la misma es una sentencia interlocutoria simple).

12.

CONCLUSIONES

1º Eventualmente pueden presentarse en un proceso dos etapas de formación progresiva de una única sentencia de condena, que es la que en definitiva se va luego a ejecutar (una única sentencia de condena comprensiva ella de dos sentencias parciales que se complementan, en tanto una determina el “an debeat”, y la otra, si la primera fue de condena, el “quantum debeat”).

2º El C.G.P. prevé en su art. 378 un procedimiento que aunque insertado asistemáticamente en la “Vía de apremio”, no forma parte de la etapa de ejecución sino de la etapa de conocimiento del proceso.

3º La sentencia que pone fin al trámite de la liquidación de sentencia -pese a tratarse de un procedimiento que sin ser un incidente sigue por disposición legal el tracto de los incidentes tramitados fuera de audiencia- es una sentencia definitiva.

4º Existe iliquidez de la sentencia de condena, habilitando así el inicio de este procedimiento, cuando la misma no está cuantitativamente determinada en términos de una unidad de medida, aunque no debe considerarse ilíquida a aquella condena cuyo monto es “fácilmente liquidable”.

El actor puede pedir la condena del demandado al pago de una suma ilíquida, pero en ese caso deberá estimar cuál es la cantidad adeudada y justificar porqué no ha podido liquidarla y, además, indicar las “bases” para la liquidación posterior.

Ninguna disposición del actual código, es decir del C.G.P. indica -ni siquiera indirectamente- que el juez está autorizado a no seguir la regla general o principio de la necesaria congruencia de las sentencias, y a dejar de pronunciarse -acogiéndola o no- respecto a la parte de

la pretensión del actor referida a la suma (liquida o fácilmente liquidable) a cuyo pago ese actor ha solicitado que se condene al demandado. Si es necesario para poder pronunciarse el juez deberá acudir en los casos que sea admisible al juramento estimatorio, a los medios de prueba que se le admite producir de oficio (en especial a través de las “diligencias para mejor proveer”), y eventualmente a las liquidaciones “imperfectas” o “equitativas”.

Con mucho esfuerzo podría intentarse encontrar una norma habilitante para emplear este procedimiento en otros supuestos diferentes de los configurados cuando la deuda es por frutos, mejoras, daños o perjuicios, y para ello se podría hacer base en el numeral 6 del art. 117 y en el art. 378.1 del C.G.P. puesto que los mismos parecieran establecer una posibilidad genérica de acudir a este procedimiento y no sólo limitada a los citados supuestos.

Es admisible acudir a este procedimiento, aunque el adeudo ilíquido no resulte de una sentencia sino de otros actos jurídicos asimilados a las sentencias, pero diferentes de estas.

5º Los tribunales que entendieron en la primera instancia y en la segunda instancia de la etapa de conocimiento son los competentes para el procedimiento de liquidación de sentencia.

6º Este procedimiento solamente puede iniciarse a solicitud de parte y nunca de oficio, bien que actualmente la demanda puede ser presentada por cualquiera de las dos partes.

7º Lo único que se puede diferir a la liquidación de sentencia es la cuantificación de la suma a cuyo pago se condenó al demandado, sin perjuicio de que debe admitirse la cuantificación de daños que ingresen por la vía de hechos nuevos.

8º Cuando se trata de liquidar una cantidad debida por frutos o mejoras según el art. 378.2 del código el trámite comienza con una demanda de liquidación en la que se solicita intimar al condenado para que él presente esa liquidación. Otorgado el traslado al demandado y presentada la liquidación por el mismo deberá darse traslado al actor, quién podrá formular una liquidación alternativa. Luego se seguirá el trámite de los incidentes fuera de audiencia.

Si el demandado no presenta una liquidación habrá de estarse a la que presente el actor “**salvo prueba en contrario**”. Si al contestar la demanda el demandado presenta la liquidación y en el término del traslado que corresponde ella no es controvertida por el actor, deberá estarse a la liquidación que presentó el demandado.

Si el demandado no presenta una liquidación se suspenderá el trámite hasta que el actor presente la suya.

Si las partes no comparecen a la audiencia se les aplicará lo que resulta del art. 340 para la Audiencia Preliminar.

9º Para liquidar una cantidad debida por daños y perjuicios, según el art. 378.3 el actor presentará su liquidación, dándose traslado por seis días. Si el demandado no controvierte se estará a la liquidación presentada en la demanda, “salvo prueba en contrario”. Por lo demás se seguirá el trámite incidental fuera de audiencia.

10º La sentencia final del trámite de liquidación de sentencia es una sentencia definitiva. La cantidad de integrantes del tribunal colegiado que deben participar de su votación en segunda instancia, la cantidad de votos necesarios para aprobarla, los plazos de estudio y para el dictado, y las posibilidades de impugnar o no esta sentencia mediante los recursos de reposición, apelación, casación y/o revisión, serán los propios de las sentencias definitivas.

La remisión a la vía incidental que formula el art. 378.1 del código no comprende el art. 57 que refiere a la condena en costas y/o costos en los incidentes, por lo cual régimen aplicable en este punto será el que con carácter general establece el art. 56.

Si no se solicita en la demanda ni la condena del demandado a pagar una suma líquida, ni su condena a pagar una suma ilíquida, pero indicando las bases que luego servirán para liquidarla, ya al controlar la demanda el juez debería disponer que se subsane el defecto “en el plazo que se señale con apercibimiento de tenerla por no presentada” (art. 119.1 del código). Y si el juez no se percibe del defecto de esta, entonces corresponderá al demandado impugnar la resolución inicial del juez que tuvo por bien presentada la demanda, empleando para ello la excepción previa de defecto en el modo de proponer la demanda (numeral 3 del art. 133.1 C.G.P.). Y si ni el juez inicialmente ni luego el demandado advierten el defecto en cuestión, corresponderá después a dicho juez rechazar la demanda al momento de dictar la sentencia definitiva.

Si aún luego de emplear todos los mecanismos correspondientes el juez no logra comprobar la existencia de alguna cantidad comprendida en la condena establecida en la sentencia que se está liquidando, así deberá declararlo al dictar la sentencia que culmina este procedimiento del art. 378.

11º Solamente puede apelarse “la sentencia que resuelva sobre la liquidación”, y ello debe hacerse “en la forma y en el plazo previstos para las sentencias interlocutorias, con efecto suspensivo”.

No existiendo limitación legal al respecto debe aplicarse lo que sobre los recursos de aclaración y ampliación dispone el art. 244.4 del código.

El recurso de reposición es admisible contra toda resolución adoptada en el curso de la liquidación de sentencia, aunque no contra la sentencia final pues la misma es una sentencia definitiva.

Cuando la sentencia final es dictada en segunda instancia admitirá ser impugnada a través del recurso de casación.

Es admisible el recurso de revisión para impugnar las sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva que pudieren dictarse en el curso del procedimiento, y también contra la sentencia que pone fin al mismo.

Para citar este artículo: Abal Oliú, Alejandro, "Liquidación de sentencia", *Revista de Derecho. UcuDal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 11-44.

BIBLIOGRAFÍA

- Arlas, José, "Ejecución de sentencia con condena genérica al resarcimiento de daños y perjuicios", *Rev. de Derecho Público y Privado*, t. XXV, Montevideo, 1950, 231/239.
- Arlas, José, "Ejecución de sentencias", en *Curso de Derecho Procesal* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. IV, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1977, 63/72.
- Barrios de Ángelis, Dante, Barcelona, Graciela, Abella, Silka, "Naturaleza del proceso de liquidación de perjuicios establecidos por sentencia ejecutoriada", en *Arrendamientos Rurales y Liquidación de Perjuicios* de Autores Varios, Alkali, Montevideo, 1982, 75/116.
- Barrios de Ángelis, Dante, *El proceso civil*, vol. Segundo, Idea, Montevideo, 1990, 147/149.
- Cal Laggiard, Maximiliano, "Sobre la naturaleza jurídica del incidente de liquidación de sentencia", *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2015, 155/170.
- Couture, Eduardo J., "Doctrina y Jurisprudencia anteriores en materia de liquidación de sentencia con condena genérica en daños y perjuicios", *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XXXV, Montevideo, 1937, 90/91.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1966, 457/458.
- Cutrín Piñeiro, José M., "Anotaciones sobre el proceso de ejecución de sentencia", *III Jornadas Nacionales de Técnica Forense*, F.C.U., Montevideo, 1993, 35/36.
- De María, Pablo, *Lecciones de Procedimiento Civil*, t. II, Claudio García, Montevideo, 1927, 225/226 y 243/247.

- Delle Piane, A. L., “Origen y fundamento de las disposiciones legales en materia de ejecución de sentencias que condenan al pago de cantidad ilíquida”, *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XXXVI, Montevideo, 1938, 204/207.
- Gallinal, Rafael, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil (Ejecución de sentencias. Ejecución de sentencia extranjeras. Terceros opositores en juicio ordinario. Desistimiento y deserción)*, Casa A. Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, 1928, 122/159.
- Gallinal, Rafael, *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. II, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1930, 118.
- Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXIV, F.C.U., Montevideo, 1992, 88/108 y 255/295.
- Garderes, Santiago, “Modificaciones a la vía de apremio (ley nº 19.090)” en *Curso sobre la reforma del Código General del Proceso (Ley 19.090)*, obra colectiva, La Ley Uruguay, Montevideo, 2014, 199/203.
- Klett, Selva, Álvarez Petraglia, Federico, “El recurso de apelación en la vía de apremio” (Sobre apelación de sentencia que decide el incidente de liquidación), en *Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo* de autores varios, F.C.U., Montevideo, 2006, 55/56.
- Klett, Selva, *Proceso Ordinario*, t. III, F.C.U., Montevideo, 2014, 232/253.
- Marabotto, Jorge, “Dos temas de interés: a) ¿es definitiva o interlocutoria la sentencia que liquida los daños; b) ¿nunca el error, vicia los actos procesales?”, *Rev. Judicatura*, nº 23, Montevideo, 1988, 40/43.
- Nicastro, Gustavo, “Cuestiones prácticas en el proceso de liquidación de sentencia previsto en el artículo 378 del C.G.P.”, *Rev. Judicatura*, nº 60, Montevideo, 2016, 133/143.
- Pereira Campos, Santiago y Otros, *Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090*, Universidad de Montevideo, 2013, 428/430.
- Tarigo, Enrique, “Ejecución de sentencia que condena al pago de sumas ilíquidas”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 4/1993, 575/578.
- Tarigo, Enrique, “El proceso de ejecución de sentencia, si ésta condena al pago de suma ilíquida, debe ser precedido del de liquidación”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2002, 127/131.
- Tarigo, Enrique, “Frente a la sentencia definitiva que condenó a indemnizar daños y perjuicios y fijó las bases de tal liquidación, la sentencia interlocutoria de liquidación de sentencia no puede dejar de fijarlos”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 2/1995, 225/232.

- Tarigo, Enrique, “Liquidación de sentencia con condenación en costos” (¿Se puede determinar por esta vía el monto de las costas y costos?), *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2002, 115/119.
- Tarigo, Enrique, “Sentencia definitiva ejecutoriada de condena y sentencia interlocutoria de liquidación”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 4/2000, 531/534.
- Tarigo, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III, 3era. ed., F.C.U., Montevideo, 2003, 76/83.
- Teitelbaum, Jaime, “Proceso de ejecución y vía de apremio”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 4/1995, 515/516.
- Uriarte Audi, Gonzalo, “Vía de apremio. Algunos títulos y preparación de la misma”, *Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo* de Autores Varios, F.C.U., Montevideo, 2006, 109/114.
- Uriarte, Gonzalo, “Algunas reflexiones sobre el proceso de liquidación de sentencia”, *Tribuna del Abogado*, n° 134, Montevideo, 2003, 5/7.
- Uruguayo de Derecho Procesal, t. IV, 2da. ed., F.C.U., Montevideo, 1987, 60/66.
- Valentin, Gabriel, *La Reforma del Código General del Proceso*, F.C.U., Montevideo, 2014, 368/372.
- Veiras, Jorge, “Código General del Proceso. Modificaciones introducidas por la ley n° 19.090”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 2/2012, 969/970.
- Vidal Lamarque, Alvaro, “Estudio sobre la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar del proceso ordinario, así como a la audiencia única en otras clases de procesos regulados en C.G.P. Efectos y consecuencias”, *Rev. Doctrina & Jurisprudencia (CADE)*, tomo XLV, 2018, 95.
- Viera, Luis A., “Ejecución de sentencia”, en *Curso de Derecho Procesal* del Instituto
- Viera, Luis Alberto, “La ejecución forzada”, en *Curso sobre el Código General del Proceso* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II, F.C.U., Montevideo, 1989, 153.

Análisis crítico del procedimiento voluntario introducido en la ley chilena de protección de consumidores y usuarios como mecanismo alternativo de solución de conflictos colectivos

Critical analysis of the voluntary procedure
introduced in the chilean consumer protection
law as an alternative mechanism of resolution
collective disputes

*Maite Aguirrezabal Grünstein*¹

¹Universidad de los Andes, Chile.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7155-6637>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1613>

RESUMEN: El presente trabajo analiza de modo crítico la implementación del procedimiento voluntario como un mecanismo alternativo de solución de conflictos colectivos de consumidores y usuarios.

PALABRAS CLAVES: mediación, consumidores, colectivo.

Recibido: 19/06/18. Evaluado: 17/09. Observado: 24/9. Aprobado 10/10/18

ABSTRACT: This paper analyzes the implementation of a voluntary procedure as an alternative dispute resolution for collective disputes.

KEY WORDS: mediation, consumers, collective.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema II. Consumidores, acceso a la justicia y mecanismos alternativos de solución de conflictos III. Principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios de consumo IV. Del procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores en la ley 21.081 1. Naturaleza 2. Principios informativos 3. Procedimiento 4. Acuerdos 5. Condiciones para que el acuerdo alcanzado produzca efecto erga omnes y aprobación judicial 6. Problemas que plantea la ejecución de la transacción alcanzada en un acuerdo colectivo V. Conclusiones. VI. Bibliografía Citada.

I.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Comparado con los distintos problemas jurídicos tradicionales, el de la protección jurídica de los intereses supraindividuales, especialmente en lo relativo a la protección de los consumidores y usuarios, tiene una historia relativamente corta².

Hasta finales del siglo pasado, la figura del consumidor no tenía importancia en el orden económico y social, puesto que se pensaba que los mecanismos del mercado, dentro de un sistema de equilibrios económicos, eran capaces por sí mismos de asegurar su protección. Esta situación se vio pronto superada como consecuencia del desarrollo y desenvolvimiento económico que generó una tendencia monopolística dentro del mercado. El Estado surge entonces como representación de un poder institucionalizado y encomendado a la protección de la libertad de los sujetos en cuanto a sus relaciones económicas.

Lo anterior se manifiesta principalmente en el fenómeno de la contratación en masa, que uniforma las cláusulas contractuales y establece condiciones generales en la contratación como respuesta a la necesidad de distribuir productos o servicios homogéneos³.

Esta etapa se caracteriza también por la politización de los derechos sociales, económicos y culturales, y se desarrollan dos fenómenos que son indisolubles: la emergencia de nuevos grupos sociales de particulares condiciones y la identificación y categorización de

² Solamente en los años sesenta se multiplican las declaraciones y normativas tendientes a la protección del consumidor. Estados Unidos fue el pionero en plasmar la defensa de los consumidores, y siguiendo el ejemplo norteamericano los países industrializados han reaccionado de forma paralela. Fue a partir del mensaje al Congreso que diera el día 19 de marzo de 1962 el presidente John F. Kennedy sobre la protección de los intereses de los consumidores con el que se inició el movimiento de protección y defensa de estos, y que se extendió con mucha rapidez, creándose asociaciones, doctrina y leyes especiales para esta materia. En Inglaterra destaca la Consumer Protection Act, de 1961.

³ Cfr. Ricardo Rodríguez López, "Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios", *Actualidad Civil* 56 (2010): 402. En este mismo sentido Ángel Bonet Navarro, "Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores", *Estudios sobre Consumo* 16 (1989): 20, quien señala que "aquí opera una paradoja que, considerada en su estructura, puede explicar, bien que parcialmente, los efectos del fenómeno del consumo. Mientras que el producto se acerca al consumidor por una publicidad que se le ofrece rompiendo la frontera de la intimidad privada del ciudadano, el productor responsable del producto se aleja del consumidor, bien físicamente por el establecimiento lejano del centro de producción, bien jurídicamente por la interposición de intermediarios, lo que crea trabas en orden a la exigencia de la calidad y del cumplimiento de lo que impone la buena fe contractual".

intereses que si bien se pueden determinar de pertenencia individual, en razón de su importancia colectiva se establecen como propios de esos grupos o categorías sociales y que han sido denominados por la doctrina intereses supraindividuales o transindividuales⁴.

Ellos se enmarcan en lo que se ha conocido como derechos de tercera generación o derechos humanos de la solidaridad, que encuentran su origen científico en la teoría de Vasak, sobre la dimensión internacional de los derechos del hombre. Junto a la reconocida distinción entre derechos civiles, políticos, económicos y culturales, habla de estos nuevos derechos, que son aquellos que proceden de una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social⁵.

La sociedad contemporánea ha sido calificada como una sociedad de masas, en la que las relaciones son cada vez más complejas: hay agrupaciones de diversos tipos (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva.

Desde la perspectiva del Derecho Comparado, se constata un amplio movimiento internacional de acceso a la justicia de los intereses supraindividuales y de los entes que los representan. Este movimiento tiene su origen en cambios jurídicos y sociales.

Junto con el movimiento en pro de la protección de los intereses medio ambientales, han surgido también los “movimientos pro consumatore”, que comienza a cobrar fuerza a partir del mensaje del presidente Kennedy de fecha 15 de marzo de 1962, comenzaron a divulgarse diversas leyes de protección del consumidor y, a nivel de la Comunidad Europea, se inicia una importante labor tanto a nivel normativo como a nivel de búsqueda de soluciones.

El fenómeno de la masificación ha repercutido en el ámbito jurídico produciendo nuevas relaciones entre el individuo y la sociedad. Se caracteriza por el reconocimiento y la legitimación de organizaciones intermedias que encuentran su fundamento en la solidaridad, y que rompen con las respuestas ofrecidas por un Derecho basado en el carácter individual de las situaciones jurídicas.

Lo anterior ha provocado que la tutela procesal ya no pueda limitarse a los intereses individuales, lo que a su vez supone vencer una serie de condicionantes internos.

Para Cappelletti, el problema básico que presentan los intereses supraindividuales es que a nadie le corresponde el derecho de remediar el daño que sufre ese interés o bien

⁴ Para un estudio en extenso de la noción de interés supraindividual, vid. Maite Aguirrezabal Grünstein, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, *Revista chilena de derecho*, 33 (2006): 69-91.

⁵ Cfr. Karel Vasak, “Human rights: as a legal reality”, *The international dimensions of human rights* (Greenwood Press: Connecticut, 1982): 3-10.

el interés de cada uno es demasiado pequeño para accionar, lo que hace recomendable la acumulación de reclamaciones. Pero esta acumulación también presenta problemas, porque, aunque a los interesados se les permita organizarse y demandar colectivamente, éstos pueden hallarse dispersos, carecer de la información suficiente o faltar el acuerdo en cuanto a la estrategia común que seguirán.

Por ello, aunque la regla general es que la protección de estos intereses requiere de una acción de grupo, estos movimientos serán de escasos resultados si no existe además una política de gobierno que actúe en bien de ese grupo⁶.

La heterogeneidad, característica propia de esta clase de intereses, afecta también a los mecanismos para su protección, de modo que las dificultades para su acceso a la jurisdicción les afectan de modo distinto. Además, presentan el problema añadido de su escasa aprehensibilidad y su difícil atribución a los ciudadanos individualmente considerados, lo que choca con el carácter individualista de las normas procesales y de las exigencias en materia de legitimación.

El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos “no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica”⁷.

Para llegar a obtener una noción de interés supraindividual debe partirse del concepto general de interés y de interés jurídico, analizando qué es lo que se añade a esta noción general para que el interés pueda ser calificado como interés supraindividual. La doctrina⁸ ha elaborado varios criterios para definir el concepto, según cuál es elemento destacado y en que se fundamenta la noción general de interés, atribuyéndoles un carácter nuevo, pudiendo así distinguir, en general, entre un criterio subjetivo, un criterio objetivo y un criterio normativo.

Existen también definiciones que emplean otros criterios. Almagro, por ejemplo, distingue tres planos: un plano subjetivo, referido a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados, aunque con dificultades determinables; un plano

⁶ Cfr. Mauro Cappelletti y Briant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos* (México: Fondo de Cultura Económica, 1978) 20-21.

⁷ Antonio Gidi, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. Por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Porrúa, 2004) 32.

⁸ El concepto todavía es incierto y equívoco y se presta a bastantes confusiones. Delimitar qué se entiende por interés supraindividual implica hacer una puntualización no sólo terminológica, sino también sustancial, para preparar el terreno y las condiciones del acceso a la justicia de tales intereses.

objetivo, en que el contenido del objeto se difumina, sea porque los mínimos no están fijados legislativamente, sea porque los obligados son múltiples y cada uno tiene que poner algo para el cumplimiento o realización del derecho y un plano formal de accionabilidad o justiciabilidad imprecisa, puesto que este último problema abre a la doctrina el problema de nuevas formas de acceso a la justicia, porque al ser un grupo el afectado en determinada materia, desborda los esquemas clásicos del Derecho procesal⁹.

Se ha destacado también de este tipo de intereses su naturaleza conflictual, puesto que se trata normalmente de intereses incompatibles o contradictorios entre los que debe llevarse a cabo una función política de mediación y de coordinación, y un cierto grado de indeterminación, que implica una dificultad para circunscribir su difusión, puesto que se repiten y extienden a todos los miembros de una colectividad.

Las acciones para su protección han sido concebidas para la defensa de los siguientes tipos de intereses: 1) los intereses difusos, que son aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible de los que son titulares sujetos indeterminados unidos por circunstancias de hecho; 2) los intereses colectivos, que también son de naturaleza supraindividual e indivisible, pero entre los titulares de esos intereses existe algún tipo de vinculación jurídica y 3) los intereses individuales homogéneos, que son aquéllos de naturaleza individual y de titularidad exclusiva pero con un origen fáctico común.

Esta triple clasificación tiene su origen en los sistemas jurídicos anglosajones y ha sido principalmente desarrollada por el Derecho brasileño¹⁰. Así, el Código de Defensa del Consumidor define en su artículo 81 estos dos tipos de intereses, y señala que son difusos los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho” (fracción I) y que son colectivos los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base” (fracción II).

De las definiciones, podemos concluir que estas categorías de intereses presentan dos características comunes: su supraindividualidad y su naturaleza indivisible¹¹, que de acuerdo

⁹ Cfr. José Almagro Nosete, “La protección procesal de los intereses difusos en España”, *Justicia* 83 (1983) 638 y ss.

¹⁰ En este sentido Ada Pellegrini Grinover, “A problemática dos interesses difusos”, *A tutela dos interesses difusos*, Saraiva, Sao Paulo (1984): 30-31, distingue los intereses colectivos y difusos, y afirma que se consideran colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas entre las que debe existir un vínculo jurídico, y difusos los intereses que sin existir un vínculo jurídico de por medio se basan en factores de origen fáctico y accidentales, como el habitar en una misma zona o consumir un mismo producto.

¹¹ Algunos autores señalan que en el caso de los intereses supraindividuales puede distinguirse una indivisibilidad en dos grados. La indivisibilidad que se refiere al derecho difuso es absoluta en función de la propia indeterminación de las personas que componen la comunidad titular del derecho o interés, mientras que en el caso de los intereses colectivos

con Barbosa, significa que “los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, la lesión de la entera comunidad”¹². Presuponen también que la solución a los conflictos que pudieran generarse debe ser la misma para todos los integrantes del grupo.

Frente a estos intereses supraindividuales el Código Brasileño de Consumo se encarga también de definir los intereses individuales homogéneos, como aquellos que, siendo de carácter individual tienen un origen común (fracción III) y que pueden ejercerse colectivamente para obtener una reparación individual de los daños sufridos por los consumidores¹³.

En el estudio de los intereses supraindividuales la labor más profunda fue desarrollada, en su origen, por la doctrina¹⁴, y en la actualidad, de forma cada vez más decidida, por la jurisprudencia. El trabajo gira en torno a la elaboración de los conceptos de interés difuso¹⁵ e interés colectivo, y a los criterios de reconocimiento y tutela de estos intereses, plasmándose en posiciones diversas que, pese a las diferencias, se orientan mayoritariamente, a que no

la indivisibilidad es relativa porque los miembros de la colectividad titular del derecho son determinados o fácilmente determinables.

¹² José Barbosa Moreira, “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 3 (1992): 235.

¹³ Ello porque cada miembro del grupo es titular de un derecho individual de naturaleza divisible.

¹⁴ En cuanto al tratamiento de este tema, la doctrina italiana ha sido muy prolífica. Una obra muy completa es la de Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire*, (Milán: Giuffrè Editore, 1979).

¹⁵ El centro de la discusión en cuanto a la definición de “interés difuso” radica necesariamente en qué debe entenderse por “difuso”. El Diccionario de la Lengua Española define “difuso” como ancho, dilatado, con lo que no aporta demasiado a la discusión, y el Diccionario de Uso Español lo define como “aquello que hace referencia a algo que es extenso y poco preciso”. Para Acosta, Tutela, 45, el concepto vendrá determinado “por dos notas o criterios diferenciadores, a saber: su pertenencia a un grupo carente de organización y el carácter anónimo del mismo. Así, tomando como base ambos rasgos—organizativo y subjetivo—entendemos por interés difuso el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos, desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales”. El autor extrae de las posiciones de Giannini y Vigoriti los criterios diferenciadores de intereses difusos y colectivos, esto es, los criterios organizativo y subjetivo. Miguel Sánchez Morón, *La participación del ciudadano en la administración pública* (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1980): 118, considera que el interés difuso “es el interés jurídicamente reconocido de una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos que, en potencia, pueden ser incluso todos los que integran la comunidad general de referencia, el ordenamiento general cuya normativa protege tal tipo de intereses”. Para Manuel Lozano-Higuero y Pinto, *La Protección de los intereses difusos: intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V* (Madrid: García Blanco, 1983): 149-150, el interés difuso es “el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido—expandido—compartible—expandible—por una universalidad, grupo, categoría, clase, o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad u coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tuteladas material y procesal”. Puede entonces concluirse, que el término “difuso” alude a una “escasa precisión jurídica” en relación con el vocablo “interés”. Esta difusión o falta de precisión se manifiesta en el plano subjetivo, objetivo y formal del modo que sigue: subjetivamente, la difusión se manifiesta en un doble aspecto, ya que se trata de intereses referidos a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados o determinables con dificultades, y en la medida en que estos intereses se densifican en derechos constitucionalmente reconocidos, la titularidad de estos derechos que aunque individuales tienen su proyección y desarrollo en el grupo social, motivan cuestiones de filosofía jurídica todavía abiertas entre individualismo social y socialismo.

constituyen un *tertium genus* respecto de las figuras tradicionales del interés legítimo y del derecho subjetivo.

Barbosa distingue tres grupos de situaciones de relevancia supraindividual: aquellas en las que hay más de un titular activo o pasivo de la relación jurídica material, pero cuyos problemas de tutela procesal pueden resolverse mediante instituciones clásicas (litisconsorcio, intervención de terceros); aquellos casos en que un grupo más o menos amplio de personas se encuentran unidas por un vínculo jurídico; y por último, los intereses comunes a una colectividad de personas que no necesariamente se encuentran jurídicamente vinculadas, sino que, más bien, el interés que se trata de tutelar se basa en datos de hecho, siendo muy difícil la delimitación de los componentes del grupo precisamente por la inexistencia de este vínculo jurídico¹⁶.

El primer grupo se ajusta a las estructuras clásicas del derecho y por lo tanto escapa a esa nueva forma de considerar las situaciones jurídico-subjetivas de ventaja a través de la característica de la relevancia supraindividual. La trascendencia social es importante en el caso del segundo y tercer grupo, en los que se apunta la distinción entre intereses difusos y colectivos.

Respecto de estas categorías de intereses puede decirse que comparten los mismos problemas jurídicos y que ambas se refieren a bienes de carácter indivisible¹⁷, pero con una distinción fundamental: los intereses difusos se refieren al sujeto no como individuo sino como miembro de un grupo que puede ser más o menos amplio, pero indeterminado o de muy difícil determinación, mientras que los intereses colectivos atañen a grupos delimitados en que los miembros se encuentran determinados o son fácilmente determinables.

Son varios los criterios que se han propuesto para diferenciar los intereses difusos y los colectivos, destacando aquellos que atienden a si los miembros del grupo están vinculados por circunstancias de hecho o bien ligados por una relación jurídica o aquellos que consideran que los intereses difusos presentan una nota de mayor “extraneidad” que los intereses colectivos, y por lo tanto los primeros resultan más neutrales que los segundos¹⁸.

¹⁶ Cfr. José Barbosa Moreira, José, “A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados <<intereses difusos>>”, *Studi in onore de Enrico Tullio Liebman, Giuffrè*, (Milano: Giuffrè, 1979): 2674-2677.

¹⁷ En este sentido, señala Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos* (México: Porrúa, 2004): p.13, que la distinción entre situaciones difusas y colectivas no siempre es clara puesto que ambas obedecen al mismo fenómeno. Por la circunstancia de ser la indivisibilidad una nota esencial de estos intereses, no pueden ser considerados como una suma de intereses individuales porque pertenecen a una colectividad.

¹⁸ Este criterio ha sido adoptado en España por Almagro, J., ob. cit., n° 14, p. 96, que señala que “lo típico de estos intereses sociales o colectivos que se denominan difusos es su acotación por grupos o clases o sectores de manera más o menos extensa”. Y debido a esta distribución de los intereses en clases o grupos “surgen conflictos a veces entre la satisfacción de los intereses de un grupo respecto de otros, lo que lleva a poner de relieve otra nota que acompaña al concepto de intereses difusos la conflictualidad”.

El Derecho brasileño desarrolla otro criterio, referido a la vinculación jurídica, siendo colectivos “aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato, dan margen a que surjan intereses comunes, nacidos en función de una relación base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permiten su identificación”, y difusos “aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico, se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables: como habitar en la misma región, consumir los mismos productos, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, someterse a particulares empresas”¹⁹.

Gutiérrez de Cabiedes destaca varios aspectos: los intereses colectivos y difusos no presentan diferencias esenciales, puesto que hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico y a situaciones jurídicas con una misma naturaleza y estructura, y que comportan similares problemas procesales. Sin perjuicio de lo señalado, considera que los factores determinantes al momento de diferenciarlos son la extensión y la determinación de los sujetos interesados, al que puede agregarse el de la vinculación entre los miembros del grupo o de la colectividad interesada. “Así, cuando el grupo de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros, puede hablarse de interés colectivo. Cuando, por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable puede hablarse de interés difuso”²⁰.

En lo que respecta a los derechos individuales homogéneos o plurisubjetivos, corresponden a una categoría de intereses que ha sido elaborada en los países del Common Law y por la legislación brasileña, que como hemos señalado, la introduce en el Código del Consumidor de 1990. Son derechos individuales que por efectos prácticos se hacen “accidentalmente colectivos”²¹, y que han sido definidos como “una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una

¹⁹ Ada Pellegrini Grinover, “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores, en La ley brasileña núm. 7347 de 24 de julio de 1985”, *Revista de Derecho Procesal* n° 3 (1998): 707.

²⁰ Pablo Gutiérrez de Cabiedes, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* (Pamplona: Aranzadi, 1998): 109.

²¹ Cfr. Barbosa, J, cit. n° 21, pp. 195-196. Los distingue así de los supraindividuales, a los que califica como “esencialmente colectivos”, citado por Kasuo Watanabe, “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, cit., 3. Este mismo autor los califica como “ontológicamente individuales, pero que son tutelados colectivamente, por razones de estrategia de tratamiento de conflictos”.

comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho²².

Estos intereses se distinguen de los difusos y colectivos en que aquéllos son verdaderos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo²³.

Presentan dos características esenciales para su tratamiento colectivo: su homogeneidad, que le viene dada por su origen común²⁴ y su divisibilidad, puesto que nos encontramos ante derechos que pueden ejercerse individualmente, pero respecto de los cuales resulta más conveniente su defensa colectiva.

Agrega Pellegrini que la distinción fundamental se manifiesta en que en los intereses supraindividuales la solución del litigio es la misma para todos, debido a la indivisibilidad del objeto del proceso y en los segundos, en cambio, la solución no es la misma para todos, precisamente porque el objeto del proceso es divisible²⁵.

La diferencia entre los intereses supraindividuales y los plurisubjetivos tiene mucha importancia desde el punto de vista práctico puesto que su tratamiento procesal es distinto por tratarse los segundos de derechos subjetivos clásicos, lo que implica que en lo que respecta a la legitimación, los límites subjetivos de eficacia de la sentencia y la indemnización de los perjuicios dependerán de las circunstancias personales del titular del derecho²⁶.

Frente a esta realidad, surge entonces la necesidad de crear un procedimiento especial para la defensa de estos intereses de masas, que rompe con los esquemas procesales tradicionales, y que destaca por una serie de principios o reglas que deben tenerse en cuenta al momento de legislar sobre la materia.

²² Gidi, *Derechos*, 35.

²³ Gutiérrez de Cabiedes, *La tutela*, 441. El autor señala que, por ejemplo, la difusión de una publicidad engañosa o la comercialización de un producto defectuoso dan lugar a un interés difuso, mientras que la falta de higiene o seguridad en una fábrica dará lugar a un interés colectivo. Serán derechos individuales plurales aquellos de que son titulares quienes han adquirido un bien que no responde a las cualidades anunciadas o contratadas.

²⁴ No es requisito que entre las personas titulares de este tipo de derechos exista una relación jurídica anterior, puesto que el vínculo con la parte contraria nacerá precisamente de la lesión, relación que además es individual y que afectará de modo distinto la esfera jurídica de cada uno de ellos. El origen común en todo caso puede ser más o menos remoto. Mientras más remoto menos homogéneos serán estos derechos. Tampoco este origen común implica necesariamente una unidad de hecho temporal, lo que significa que no es necesario que el hecho creador de los derechos sea el único o el mismo en todos los derechos. Lo esencial será que nos encontremos ante situaciones jurídicamente iguales, aunque los hechos sean diferentes.

²⁵ Cfr. Ada Pellegrini Grinover, "I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana", *Rivista di Diritto Processuale* (1994): 106-114. En sentido contrario Gutiérrez de Cabiedes, *La tutela*, 443, quien considera que la distinción no debe basarse en el criterio de la divisibilidad, sino en la existencia o inexistencia de monopolio en la disposición material y procesal de la situación jurídica que se tutela.

²⁶ Hay que estar también a la forma en que se formula la solicitud de tutela jurisdiccional y los fundamentos de la demanda colectiva, para saber si nos encontramos ante una verdadera demanda para la tutela de intereses supraindividuales o si bien se trata de tutela intereses individuales homogéneos.

Frente a incumplimientos que provengan de actos de consumo masivos, más allá de los elementos accidentales relativos a la fecha, al lugar y cantidad del producto o servicio, resulta lógico que se pueda configurar un proceso orientado a proteger a una pluralidad de sujetos, siempre que las acciones tengan elementos de conexión que así lo justifiquen. Al encontrarse los consumidores en situaciones idénticas, no es deseable que se dicten resoluciones contradictorias, ya que ello compromete la garantía de igualdad ante la ley, al dar los tribunales un tratamiento diverso a situaciones idénticas.

Por cierto, esta novísima tendencia en ningún caso pretende la supresión de los derechos individuales de los consumidores para caer en un colectivismo asfixiante. Por lo mismo, el mecanismo procesal para la protección colectiva de los derechos es una institución de excepción. Se debe recurrir a ella sólo cuando los instrumentos clásicos no permitan amparar una situación jurídica colectiva y considerando que se trata por su naturaleza, de una tutela procesal diferenciada.

En este sentido, el proceso colectivo presenta una serie de características particulares que lo apartan del proceso tradicional individualista, y que lo convierten en una clase de tutela procesal diferenciada. Estas características dicen relación especialmente con tres figuras: la legitimación, la cosa juzgada y el rol del juez en el procedimiento²⁷.

II.

CONSUMIDORES, ACCESO A LA JUSTICIA Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El acceso a la justicia es hoy considerado como uno de los temas fundamentales del Derecho Procesal, y las reformas en Chile han ido orientándose en esa dirección.

Adquiere una importancia particular en las relaciones de consumo, por la especial posición que en ellas tiene una de las partes merece un específico y diferenciado tratamiento jurídico²⁸.

²⁷ Sobre el particular, cfr. Maite Aguirrezabal Grünstein, “Los principios procesales que informan los procedimientos colectivos”, en *Principios Procesales*, ed. por Jorge Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011): 573-618; “El procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la Ley 19.946”, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, (2006): 143-173 y “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, n° 1 (2006): 69-91.

²⁸ Se ha considerado que los litigios de consumo se caracterizan por una desproporción entre el interés económico de la reclamación y los costes que deben asumirse para ver satisfecha la reclamación.

Esa situación ha reclamado en los últimos años un régimen de protección para los consumidores, así como una atención especial para los litigios derivados de las transacciones de bienes o servicios en los que se ven comprometidos sus intereses.

La preocupación por hacer más accesibles los tribunales a los consumidores, y por mejorar los procedimientos que permitan garantizarles el ejercicio de sus derechos, ha llevado a analizar los obstáculos existentes y a plantearse una serie de cuestiones sobre cómo mejorar la tutela jurisdiccional del consumidor.

La insatisfactoria respuesta de los sistemas judiciales tradicionales en lo referente, sobre todo, a los litigios de menor relevancia económica, hacía plantearse la mejora del acceso de los consumidores a la justicia, puesto que cuando individualmente esos litigios pudieran considerarse de una trascendencia menor, el efecto era que un gran colectivo se veía desanimado a defender sus derechos, y el resultado era un notable fracaso del sistema en la resolución de conflictos en materia de consumo.

La búsqueda de nuevos modelos que no disuadan a los consumidores del ejercicio de sus derechos debido a la complejidad o los costes de los procesos judiciales tradicionales, ha llevado a la configuración de vías alternativas de solución de conflictos que complementan el sistema judicial.

Surgen entonces diseños que permiten la solución de los conflictos en masa, representados principalmente por las acciones colectivas, en que se legitima a entidades o grupos concretos para la defensa de intereses de justiciables ausentes, con el fin de que la sentencia que se dicte en dicho proceso afecte a todos los que se encuentran en igual posición jurídica en relación con el hecho lesivo.

No siendo suficiente la implementación de procesos colectivos para garantizar un adecuado acceso de los consumidores a la justicia, los mecanismos alternativos de solución de conflicto representan una prioridad para las instituciones a las que incumbe promover estas modalidades alternativas²⁹.

La posición mayoritaria de la doctrina es la de potenciar la utilización de la mediación y de las otras formas de resolución de conflictos, tales como la conciliación y el arbitraje, que ayuden a evitar las molestias, las dilaciones y los costes que suponen las acciones judiciales, y

²⁹ Para una completa revisión sobre la introducción de los ADR en los distintos sistemas procesales, Alvaro Pérez Ragoné, "Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs la resolución de conflictos?", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 1, núm. XXVII (2006): 155-183.

de esta manera contribuir a que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos de un modo efectivo³⁰.

Lo anterior supone beneficios para el consumidor y para el proveedor, puesto que estos mecanismos constituyen un adecuado instrumento de tutela en orden a la satisfactoria solución del conflicto, por el menor coste, la simplicidad, y la rapidez y en que la solución dialogada permite mantener unas relaciones comerciales futuras.

III.

PRINCIPIOS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS DE CONSUMO

La necesidad de ofrecer confianza a consumidores y empresarios de que sus posibles conflictos serán tratados de un modo equitativo y eficaz, ha llevado a establecer principios mínimos sobre la creación y funcionamiento de procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios en materia de consumo, que respondan al pretendido alto nivel de protección de los consumidores.

En este sentido, todo órgano que tenga por competencia en esta materia debe respetar los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad, y representación³¹.

Dado que estos medios constituyen una alternativa al sistema judicial que busca la solución de los litigios superando algunos de los problemas que presenta el proceso civil, deben responder a ese fin al que están destinados y realizar cumplidamente su función, superando los inconvenientes de la lentitud, la rigidez o los costes de la vía judicial. Por ello, se trata de asegurar esa eficacia estableciendo la gratuidad del procedimiento, o la fijación de costes moderados, la fijación de plazos cortos para la resolución del litigio; o a la eliminación de la necesidad de comparecer por medio de representación procesal.

³⁰ Los procedimientos fueron y son muy diferentes y flexibles lo que permite incluir en la designación genérica de ADR un abanico de procedimientos bases: mediation, negotiation, conciliation, arbitration y minitrials. Estos a su vez se combinan y crean nuevas modalidades. En este sentido se pronuncian Dennis Sandole, Hugo van der Merwe, *Conflict Resolution, Theory and Practice: Integration and Application* (New York: Manchester University Press, 1993), 10-55.

³¹ En este punto Isabel Espín Alba, "Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 67, N° 2159 (2013): 3 y ss y Rosana Pérez Gurrea, "La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo", en *Diario La Ley*, N° 7878, Sección Doctrina, 12 de Junio (2012): 3 y ss.

Además, se fortalece el papel del órgano llamado a resolver, presentando un modelo de órgano activo, permitiéndosele tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

Se pretende con ello un alejamiento del juez que observa el proceso como un mero espectador. A su vez la utilización de procedimientos extrajudiciales no puede tener lugar si las partes no consienten libremente, quienes no pueden verse impedidos de su derecho de acceso a los tribunales, por cuanto constituye un derecho esencial el poder acudir a los órganos jurisdiccionales para resolver las controversias surgidas por sus actividades comerciales.

Es necesario por lo tanto que exista una voluntad consciente, formada libremente y expresada con posterior al surgimiento del litigio, de someterse a la vía extrajudicial.

En lo que respecta a la independencia, los órganos llamados a resolver estos conflictos deben estar libres de cualquier injerencia externa que perturbe el ejercicio de su función, manteniendo una posición neutral frente a las partes en conflicto.

La independencia debe siempre ir acompañada de la imparcialidad, ya que el tercero que interviene ayudando a las partes en la búsqueda de soluciones que sean satisfactorias y aceptables no puede tener ningún conflicto de intereses, real o aparente con las partes.

El modo en que desempeñe su tarea dependerá de su preparación, de sus habilidades profesionales, de sus valores éticos, y de su experiencia; pero, sobre todo, la imparcialidad debe presidir su actuación, sin actuar a favor de ninguna de las partes y sin pretender imponer ningún acuerdo concreto.

En cuanto al principio de transparencia, ha de garantizarse el conocimiento de la actividad que desarrollan estos órganos, y permitir a las partes conocer sin reserva cuál es el desarrollo del procedimiento.

La contradicción constituye una garantía básica de que la decisión del órgano representará la tesis superadora de posiciones contrapuestas oportunamente planteadas, ya que la posibilidad de exponer los hechos, presentar su particular versión sobre ellos, y concretar las consecuencias jurídicas debe necesariamente ser respetada.

Una vez que ha comenzado el procedimiento no existe una obligación de continuarla, por lo que pueden abandonarlo en cualquier momento. La participación voluntaria en el procedimiento exige que el consentimiento se haya emitido de manera libre y consciente, sin que la voluntad interna individual de las partes pueda verse forzada o haya sido impuesta.

Además, el abandono del procedimiento o la no aceptación de la solución propuesta no puede implicar consecuencias negativas si luego se decide acudir al sistema judicial.

Aun cuando se elimina en la vía extrajudicial la necesidad de comparecer por medio de representación, pudiendo actuar las partes por sí solas, ello no impide la representación o asistencia técnica facultativa, ya que la efectividad de la protección del derecho de defensa puede hacer aconsejable la utilización de un apoyo técnico, por lo que tal principio permite que las partes puedan hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

A su vez, la necesidad de garantizar la equidad en el procedimiento no sólo exige un equilibrio en la posición de las partes, sino que se presenta como expresión de un ideal que se impone en la utilización de este tipo de métodos alternativos.

Por ello, se prevé un derecho de información sobre la voluntariedad del sistema, y la posibilidad de abandonarlo en cualquier momento; la facilidad en la realización de alegaciones o presentación de pruebas, la información sobre la posibilidad de aceptación o rechazo de la solución propuesta advertir y sobre el valor de la decisión adoptada.

IV.

DEL PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES EN LA LEY 21.081³²

En materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos colectivos, la mayor innovación que introduce la nueva ley es a propósito de la implementación de un procedimiento extrajudicial de carácter voluntario.

Antes del despacho del proyecto de ley, el procedimiento se denominaba de “mediación colectiva”. Aunque la regulación se mantuvo intacta, el término “mediación” fue sustituido por el de “procedimiento voluntario”, puesto que se asemeja más a una conciliación que a una mediación, figuras que no siempre son de fácil distinción, puesto que los límites a veces se difuminan.

En este sentido, la conciliación puede identificarse como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en la que el conciliador o amigable componedor tiene funciones equivalentes a las del mediador, con la diferencia de que posee facultades para proponer soluciones.

³² Publicada en el Diario Oficial de fecha 13 de septiembre de 2018 y que modifica la ley 19.496 sobre Protección de los Consumidores.

La mediación en cambio puede ser definida como “la acción cumplida por un tercero entre personas o grupos que lo consiente libremente y participan en ello, y a quienes pertenecerá tomar la decisión final, dirigida a hacer nacer o renacer nuevas relaciones entre ellos, o prevenir o curar las relaciones perturbadas” (Marín, 2007, pp. 19 y ss).

En la mediación existe un tercero neutral e imparcial cuya función es la de facilitar activamente un acuerdo al que las propias partes lleguen buscando revitalizar el proceso comunicativo, consiguiendo una cooperación en el diálogo y haciéndoles ver sus intereses, buscando de esta manera que cada uno identifique la posición del otro, pero sin que este tercero proponga bases para un arreglo, a diferencia de lo que sucede en la conciliación, en que el tercero actúa como amigable componedor efectuando propuestas concretas de solución.

Creemos que el cambio en la denominación se debe principalmente a la imposibilidad de configurar un procedimiento de mediación con el resguardo de los principios que tutelan este mecanismo, especialmente en atención a que el órgano mediador es aquél llamado a defender y proteger los derechos de uno de los intervinientes.

La denominación de procedimiento voluntario tampoco resulta adecuada, puesto que en nuestro sistema procesal la expresión está reservada a los actos judiciales no contenciosos, en donde no hay intervención de la jurisdicción, ni partes, ni decisión que produzca la cosa juzgada³³.

1. NATURALEZA

La ley lo regula como un procedimiento administrativo especial, a cargo de una unidad independiente y especializada dentro del Servicio, cuyo fin es cautelar el interés colectivo o difuso de los consumidores, mediante la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en el caso de conductas que los afecten.

En este punto debe señalarse que no resulta claro si se trata de un procedimiento de carácter preventivo o de un verdadero mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Lo anterior se debe a que en ciertas oportunidades la normativa se refiere a conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores y usuarios y en otras supone la existencia de una afectación y un conflicto concreto.

Así, por ejemplo, el artículo 54 H establece que “el procedimiento a que se refiere este párrafo tiene por finalidad la obtención de una solución expedita, completa y transparente,

³³ El cambio en la denominación no simplifica los inconvenientes que presenta la actual regulación de este procedimiento y de los que nos haremos cargo en el presente trabajo.

en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores”, disociación que se reitera en distintas normas.

Igualmente, el artículo 54 H inciso 2º, dispone que la resolución conforme a la cual se iniciará el procedimiento indicará la “posible afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores y las normas potencialmente infringidas”, mientras que el artículo 54 P, que establece el contenido mínimo que debe tener el acuerdo al que arriben las partes, en su número 1º se refiere al “cese de la conducta que pudiere haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores”.

Como puede observarse, ambas disposiciones también se refieren de forma condicional a la conducta del proveedor mediante las expresiones “posible afectación” o “cese de la conducta que pudiere haber afectado”.

Sin embargo, el artículo 54 H inciso 4º prohíbe al Sernac y a los demás legitimados ejercer acciones colectivas en sede judicial respecto de los mismos hechos mientras el procedimiento se encuentre en trámite; y el artículo 54 M faculta al mismo Servicio para solicitar los antecedentes necesarios, “especialmente aquellos que se requieran para determinar el monto de las compensaciones para los consumidores”³⁴, expresiones que suponen afectaciones concretas de intereses.

2. PRINCIPIOS INFORMATIVOS

Los principios básicos del procedimiento son la indemnidad del consumidor, la economía procesal, la publicidad, la integridad y el debido proceso. En lo que no se encuentra expresamente regulado, se estará a las normas contempladas en la ley N° 19.880³⁵.

No regula la ley principios tan fundamentales en la materia como el de la neutralidad y el de la colaboración procesal, en virtud del cual todos los intervinientes en un procedimiento deben obrar de buena fe con el objeto de lograr una solución justa y real³⁶.

³⁴ Si la norma considera reparaciones y compensaciones es porque parte de la base de que la infracción efectivamente se produjo.

³⁵ Relativa a los procedimientos administrativos. Creemos que, en atención a lo señalado respecto de los principios informativos de los mecanismos alternativos extrajudiciales de solución de conflictos, la ley debió haber reconocido también como principio la independencia e imparcialidad del órgano ante el cual se desarrolla el proceso, cuando además se trata de una entidad llamada a proteger los derechos del consumidor. Es difícil que el Sernac pueda garantizar esa imparcialidad en atención a los propios fines que le impone su existencia legal, lo que aleja a este procedimiento de las características propias de un procedimiento de mediación.

³⁶ En este punto, vid. Aguirrezabal Grünstein, Maite, “El deber de colaboración y la conducta procesal de las partes”, *Revista chilena de derecho privado*, n° 25, (2015): 303-312.

3. PROCEDIMIENTO

El procedimiento se iniciará por resolución del Servicio, la que será dictada de oficio, a solicitud del proveedor, o en virtud de una denuncia fundada de una asociación de consumidores, y será notificada al proveedor involucrado.

Debe señalarse en este punto que la ley reconoce exclusivamente al Sernac capacidad y legitimación para iniciar el procedimiento en comento, relegando a las asociaciones de consumidores a un rol de denunciantes o intervinientes en un proceso ya iniciado.

El Sernac ahora detenta por lo tanto una dualidad de funciones, ya que por un lado se fortalecen sus atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras y, por otra, se le da esta facultad de promover el entendimiento voluntario entre las partes, desdoblándose entre su calidad de ente persecutor y la de amigable componedor, que pretende actuar con imparcialidad creando, como ya se señaló, una “subdirección independiente y especializada dentro del Servicio”³⁷.

La ley ha previsto también que el inicio del procedimiento configure una situación de litispendencia, ya que ninguno de los legitimados para ejercer acciones colectivas, podrán iniciar procedimientos judiciales respecto de los mismos hechos mientras el procedimiento se encuentre en tramitación³⁸.

Una vez que se ha dictado la resolución inicial, se indicarán en ella los antecedentes que fundamentan la posible afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores y las normas potencialmente infringidas, informándose además al proveedor y a la asociación de consumidores, los hechos que le dan origen y su finalidad.

El plazo máximo de duración será de tres meses, contado a partir del tercer día de la notificación al proveedor de la resolución que da inicio al procedimiento, pudiendo ser prorrogado por una sola vez, hasta por tres meses más, por resolución fundada, debiendo certificarse si el procedimiento fracasa.

³⁷ Artículo 54 H de la ley. Esta idea obedece a lo que se conoce como las murallas chinas, término utilizado para denominar las barreras que deben existir entre las distintas áreas de negocio de una compañía. Su objetivo es evitar que se filtre información relevante para su evolución considerando separaciones físicas. Creemos que hubiese sido más adecuado entregar esta competencia a un tercero completamente independiente del Servicio capacitado para el inicio de la gestión administrativa. El problema es que este vacío puede producir que, en la práctica, el Sernac actúe como componedor y como parte. Y allí persisten los cuestionamientos respecto de cómo se concilia que ese componedor sea una unidad independiente y especializada dentro del servicio con lo que reza el artículo 58 de la Ley N° 19.496, según el cual el Sernac es una de las instituciones llamadas a promover los derechos de los consumidores y a defenderlos.

³⁸ Agregando la ley que este procedimiento no podrá iniciarse si ya se han ejercido acciones colectivas en sede judicial respecto de los mismos hechos y mientras éstas se encuentren pendientes. Durante el plazo que dure el procedimiento se suspenderá también el término de prescripción de las denuncias y acciones que se establecen en la ley, así como de las acciones criminales a que hubiere lugar.

También se entenderá fallido el procedimiento si al término del plazo de cinco días³⁹ el proveedor no expresa su voluntad de participar, debiendo el Servicio certificar dicha circunstancia mediante la dictación de una resolución de término.

Lo anterior es sin perjuicio de que las partes, en cualquier momento de la mediación, podrán expresar su voluntad de no perseverar lo que será certificado también en resolución de término.

A solicitud del proveedor, el Servicio decretará reserva respecto de terceros ajenos al procedimiento, de aquellos antecedentes que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales siempre que su revelación pueda afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular⁴⁰.

La comparecencia de los proveedores a las audiencias⁴¹ deberá realizarse por un apoderado facultado expresamente para transigir. En el caso de que el apoderado del proveedor no contare con facultades suficientes, el Servicio citará a una nueva audiencia que deberá tener lugar dentro de quinto día. Si en dicha nueva audiencia no se subsanare la situación, el procedimiento se entenderá fallido y el Servicio certificará dicha circunstancia mediante la dictación de una resolución de término.

4. ACUERDO

En caso de llegar a acuerdo, se dictará una resolución al efecto. En ella se describirán los términos del acuerdo y las obligaciones que asume cada una de las partes.

En su calidad de intervinientes, la ley permite que los consumidores potencialmente afectados y las Asociaciones de Consumidores puedan presentar las observaciones que estimen pertinentes a la propuesta de solución ofrecida por el proveedor o sugerir ajustes a las soluciones identificadas en el acuerdo, las que deberán presentarse por escrito o por vía electrónica y acompañarse al expediente⁴².

³⁹ Que puede prorrogarse por una vez por igual término.

⁴⁰ El artículo 54 O de la ley permite decretar la reserva de la información aportada por el proveedor siempre que su publicidad pudiera afectar su competitividad. Nótese también que el artículo que el artículo 54 M establece que “cuando el procedimiento hubiese concluido por falta de acuerdo entre las partes o por haber ejercido el Servicio su derecho a no perseverar en el proceso, éste no podrá presentar en juicio los instrumentos requeridos en virtud de este artículo y que hayan sido entregados por el proveedor en respuesta a dicha solicitud, a menos que haya tenido acceso a ellos por otro medio”, lo que podría constituir una limitación a la iniciativa en este tipo de instancias alternativas.

⁴¹ La ley no establece la forma como se desarrollarán las audiencias, labor que debería quedar entregada al reglamento que en conformidad con el nuevo artículo 54 S debe dictarse.

⁴² Conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 18 de la ley N° 19.880.

Para ser declarada suficiente por el Servicio, la solución propuesta debe contemplar a lo menos, el cese de la conducta que pudiere haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores⁴³; el cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones respectivas por cada uno de los consumidores afectados, cuando proceda; una solución que sea proporcional al daño causado, que alcance a todos los consumidores afectados y que esté basada en elementos objetivos⁴⁴; la forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados y los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo, a costa del proveedor.

Aclara la norma en todo caso que la solución propuesta por el proveedor no implicará su reconocimiento de los hechos constitutivos de la eventual infracción, lo que puede resultar contradictorio con la naturaleza reparatoria que persigue el procedimiento y con el compromiso de hacer cesar la conducta infraccional.

5. CONDICIONES PARA QUE EL ACUERDO ALCANZADO PRODUZCA EFECTO ERGA OMNES Y APROBACIÓN JUDICIAL

Para que el acuerdo contenido en la resolución dictada por el Servicio produzca efecto erga omnes, deberá ser aprobado por el juez de letras en lo civil correspondiente al domicilio del proveedor.

La homologación constituye una actividad judicial por la que el juez da firmeza a ciertos actos de las partes, a través de un examen de cumplimiento de sus condiciones extrínsecas e intrínsecas.

En el procedimiento civil tradicional de corte individual, la verificación de la justicia del acuerdo para su posterior aprobación no constituye una condición exigida por el Código de Procedimiento Civil, aunque sí parece ser una exigencia recomendable a propósito de los procedimientos colectivos, en atención a la especial naturaleza de estos últimos y a la excepcional situación de que el acuerdo afectará a personas que no han intervenido en su materialización ni han sido partes en el proceso.

⁴³ Volvemos aquí al problema de la determinación de la naturaleza de este procedimiento voluntario, puesto que se refiere al cese de la conducta infraccional.

⁴⁴ Los que la ley no señala y que serán de suma importancia al momento de determinar la viabilidad del acuerdo.

La ley exige que el acuerdo alcanzado plasme una solución proporcional al daño causado, que debe estar basada en elementos objetivos, los que no señala, quedando por lo tanto su determinación radicada en el órgano jurisdiccional.

Para aprobar esta clase de acuerdos y justificar su fuerza expansiva respecto de las partes que no fueron parte en su celebración, debe encontrarse un equilibrio entre las concesiones formuladas y los beneficios obtenidos por el acuerdo, procurando inferir si los miembros ausentes del grupo hubieran razonablemente aceptado los términos de la transacción.

Creemos que este aspecto resulta de vital importancia a la hora de establecer si el acuerdo puede o no ser homologado para los efectos previstos, ya que el tribunal sólo podrá rechazar el efecto erga omnes si el acuerdo no cumple con los aspectos mínimos establecidos, sin que existan parámetros legales que permitan determinar este cumplimiento.

Lo anterior nos lleva a considerar que el rol que jugará el órgano jurisdiccional en la materialización del acuerdo es fundamental, porque el examen necesario para aprobar una transacción colectiva demanda un estudio que vas más allá de sus cláusulas, indagando en aspectos como la representatividad adecuada del litigante, la justicia del acuerdo para el grupo, la valoración de la expectativa de éxito de la pretensión, del tratamiento adecuado de las subcategorías de interesados, de la claridad de las pautas de liquidación y ejecución del convenio, garantías brindadas, etc., lo que incluso facultaría al juez a adoptar medidas que permitan la intervención de los consumidores o la participación de auxiliares técnicos.

A tales efectos, y como señala Giannini, deben tenerse en cuenta elementos como la necesidad de un análisis riguroso de la representatividad adecuada del legitimado colectivo; la expectativa de éxito de la pretensión deducida; la dificultad probatoria y complejidad jurídica del caso; el tiempo y costos que insumiría demostrar la razón en juicio, asumiendo que el reclamo prosperara, aspecto directamente asociado con los incisos anteriores; la adecuada distinción entre sub-categorías de afectados, cuando ello fuera relevante, y razonabilidad de la diferencia de trato eventualmente dada a cada una de ellas; la claridad de los parámetros para liquidar créditos individuales, la ejecución del convenio en caso de incumplimiento y la garantía de concreción efectiva de las prestaciones comprometidas a favor del grupo, evaluando el riesgo de insolvencia o modificación de las condiciones de cobrabilidad futura⁴⁵.

Cabe por tanto preguntarse qué tan formal y acotada será la revisión del acuerdo que hará el juez de letras en lo civil, en los términos que plantea la ley. Ello, porque los aspectos señalados en el artículo 54 P no siempre se refieren a requisitos formales ni resultan todos

⁴⁵ Cfr. en este punto, Leandro Giannini, “La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.* (2014): 232.

fáciles de analizar, como ocurre, por ejemplo, con la forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados⁴⁶.

Por lo señalado, causa extrañeza que la ley introduzca como norma el que el juez deba pronunciarse de plano sobre si se cumplen o no las condiciones para homologar el acuerdo, porque es la forma menos corriente de fallar de nuestros jueces en nuestro ordenamiento y porque en principio se reserva para actuaciones de fácil decisión.

Luego la norma tampoco es completa en lo que se refiere a la impugnación de dicha resolución, puesto que señala que sólo será procedente el recurso de reposición con apelación en subsidio en contra de la resolución que rechace el acuerdo, pero no deja en claro quiénes serán los sujetos legitimados para la interposición del recurso⁴⁷.

Una vez producida la homologación, la copia autorizada por el Director Nacional de la resolución en la que conste el acuerdo, surtirá los efectos de una transacción extrajudicial respecto de todos los consumidores potencialmente afectados, con excepción de aquellos que hayan hecho valer sus derechos ante los tribunales con anterioridad al acuerdo en la mediación, o que hayan acordado en forma particular con el proveedor, y tendrá mérito ejecutivo transcurridos 30 días desde la publicación de un extracto de la resolución en el Diario Oficial y en un medio de circulación nacional, a costa del proveedor, así como en el sitio web institucional del Servicio.

Durante dicho término, los consumidores afectados que no estén de acuerdo con la solución alcanzada, para efectos de no quedar sujetos a ésta, deberán hacer presente su disconformidad al Servicio, reservándose sus acciones individuales que emanen de la posible infracción, constituyendo dicho incumplimiento una infracción a la ley 19.496.

Por otra parte, es de recordar que aun aprobado en tales condiciones un acuerdo colectivo y sin perjuicio de que la ley nada mencione al respecto, la actividad del tribunal no quedará agotada, dado que existen incidencias futuras derivadas del acuerdo, diversas a la ejecución propiamente dicha como, por ejemplo, las motivadas por el ejercicio del derecho de autoexclusión, los problemas de liquidación de la parcela individual de un resarcimiento pautado a título colectivo, etc., que deberían ser dirimidas por el órgano a cargo de la aprobación.

⁴⁶ En este punto, el desafío que pesa sobre nuestros jueces civiles es grande, considerando que en muchas ocasiones los acuerdos colectivos requieren de precisiones no sólo de carácter jurídico, sino también de carácter económico.

⁴⁷ Cabe señalar en este punto que la ley ha previsto que los consumidores puedan hacer reserva de sus acciones una vez que el acuerdo ha sido homologado y publicado en el Diario Oficial.

6. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA EJECUCIÓN DE LA TRANSACCIÓN ALCANZADA EN UN ACUERDO COLECTIVO

Tal como ya se ha señalado, la posibilidad de concluir un procedimiento colectivo mediante una solución alternativa a la sentencia definitiva es hoy una solución concreta.

Pero debemos plantearnos que la efectividad del acuerdo no se agota en su alcance y homologación, sino que la verdadera actividad disuasoria de las prácticas lesivas de los derechos de los consumidores se encuentra en la efectiva ejecutabilidad del acuerdo alcanzado, esto es, que los beneficios obtenidos por medio de la condena colectiva sean adjudicados directamente a los miembros de la clase que fueron afectados por la conducta del proveedor.

Puede suceder, por ejemplo, que la ejecución encuentre dificultades en que la prueba individual del daño no es posible de producir por parte de los afectados. Muchas veces puede ser difícil o imposible localizar a los miembros de la clase, y los costos en los que se incurriría para su localización pueden resultar elevados, convirtiendo con ello la compensación final en algo prácticamente simbólico.

En cualquiera de los supuestos mencionados, y particularmente en el último, la finalidad de compensación directa se pierde y las circunstancias tienden a conspirar contra la efectiva sanción del demandado, agregando Verbic que “es por ello que en estas situaciones los jueces deben acudir a algún mecanismo que permita proceder a la distribución de los fondos obtenidos de manera indirecta sin exigir la determinación individual de la afectación sufrida por cada uno de los miembros del grupo, con el objeto de evitar que la demandada escape al efectivo cumplimiento del acuerdo” (Verbic, 2012, p. 3800).

Es aquí donde se enmarcan mecanismos como el *fluid recovery*⁴⁸, que opera como subsidiario de la distribución efectiva que de las indemnizaciones se haga a los consumidores, y que consiste en que los remanente o fondos que no fueron distribuidos entre los miembros del grupo de afectados sean entregados a un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a los del grupo, quedando en principio la tarea de su determinación entregada al legislador o al órgano jurisdiccional⁴⁹.

⁴⁸ Sobre el particular, vid. Francisco Verbic, “La importancia del mecanismo de liquidación y ejecución fluida para dotar de eficacia a las sentencias colectivas de consumo”, en Erreia Online (2013), y Pamela Tolosa, “Acciones de clase, microdaños a los consumidores y *fluid recovery*: alternativas institucionales y costos sociales”, en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, vol. 3:1 (2017): pp. 76-98.

⁴⁹ Sin perjuicio de que siempre la solución de preferencia debe ser la entrega de los fondos a los consumidores afectados, y solo en la imposibilidad a terceros en las condiciones descritas.

La ley 21081 ha previsto un sistema que podríamos equiparar al del fluid recovery, a propósito de las transacciones judiciales y la sentencia judicial dictada en el procedimiento colectivo. En lo que respecta al procedimiento voluntario, cuando se trate de la entrega de sumas de dinero, hace aplicable lo dispuesto por el artículo 53 B⁵⁰.

Asimismo, estos acuerdos deberán designar a un tercero independiente mandatado para ejecutar, a costa del proveedor, las diligencias previamente señaladas, salvo que otros medios resulten preferibles, en el caso concreto, para lograr la transferencia efectiva del dinero que a cada consumidor corresponde. Para el cumplimiento de dicho mandato, el proveedor deberá transferir la totalidad de los fondos al tercero encargado de su entrega a los consumidores.

Transcurridos dos años desde que se cumpla dicho plazo, los remanentes que no hayan sido transferidos ni reclamados por los consumidores caducarán y se extinguirán a su respecto los derechos de los respectivos titulares, debiendo el proveedor, o el tercero a cargo de la entrega, enterar las cantidades correspondientes al fondo concursable para iniciativas de las asociaciones de consumidores y que se encuentra establecido en el artículo 11 bis de la ley 19.496.

V.

CONCLUSIONES

1) Es posible en los procesos colectivos arribar a soluciones autocompuestas como la transacción mediante una adecuada regulación y consideración de las partes ausentes a quienes dicha solución afectará.

2) La circunstancia de que el legitimado colectivo asuma una representación atípica del grupo, no es óbice para la conclusión de dicho tipo de acuerdos y en ellos el órgano jurisdiccional tendrá una participación fundamental a través de la homologación.

3) Sin embargo esa cualidad especial que reviste la legitimación grupal hace que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos tradicionales, no sólo tenga que analizarse en cada caso la presencia de cuestiones que afecten el orden público, sino que, además, deba revestirse al acto de formalidades y recaudos específicos destinados a verificar que el acuerdo

⁵⁰ Este artículo establece que: “Los avenimientos, conciliaciones o transacciones que contemplen la entrega a los consumidores de sumas de dinero deberán establecer un conjunto mínimo de acciones destinadas a informar a quienes resulten alcanzados por el respectivo acuerdo las acreencias que tienen a su favor, facilitar su cobro y, en definitiva, conseguir la entrega efectiva del monto correspondiente a cada consumidor

sea justo para el grupo, por haber sido el fruto de una negociación seria, efectiva, proba y enérgica de quien se encuentra habilitado legalmente para estar en juicio en representación del conjunto de los afectados.

4) Si bien el procedimiento voluntario extrajudicial incorporado por la ley 21.081 constituye un avance en la solución de los conflictos colectivos de los consumidores, varios aspectos en su regulación resultan cuestionables o carentes de normativa.

Para citar este artículo: Aguirrezabal G., Maite. “Análisis crítico del procedimiento voluntario introducido en la ley chilena de protección de consumidores y usuarios como mecanismo alternativo de solución de conflictos colectivos”, *Revista de Derecho. Ucedal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 45-71.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirrezabal Grünstein, Maite, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, n° 1 (2006).
- Aguirrezabal Grünstein, Maite, “Los principios procesales que informan los procedimientos colectivos”, en *Principios Procesales*, ed. por Jorge Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011).
- Aguirrezabal Grünstein, Maite, *El procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la Ley 19.946*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, (2006).
- Aguirrezabal Grünstein, Maite, “El deber de colaboración y la conducta procesal de las partes”, *Revista chilena de derecho privado*, n° 25, (2015).
- Almagro Nosete, José, “La protección procesal de los intereses difusos en España”, *Justicia* 83 (1983).
- Barbosa Moreira, José, “A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados <<intereses difusos>>”, *Studi in onore de Enrico Tullio Liebman, Giuffré*, (Milano: Giuffré, 1979).
- Barbosa Moreira, José, “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 3 (1992).

- Cappelletti, Mauro y Garth, Briant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1978.
- Espín Alba, Isabel, “Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 67, N° 2159 (2013).
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México: Porrúa, 2004.
- Giannini, Leandro, “La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.* (2014).
- Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, 2004.
- Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona: Aranzadi, 1998.
- Lozano-Higuero y Pinto, Manuel, *La Protección de los intereses difusos: intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V*, Madrid: García Blanco, 1983.
- Pellegrini Grinover, Ada, “A problemática dos interesses difusos”, *A tutela dos interesses difusos*, Saraiva, Sao Paulo (1984).
- Pellegrini Grinover, Ada, “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores, en *La ley brasileña núm. 7347 de 24 de julio de 1985*”, *Revista de Derecho Procesal* n° 3 (1998).
- Pellegrini Grinover, Ada, “I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana”, *Rivista di Diritto Processuale* (1994).
- Pérez Gurrea, Rosana, “La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo”, en *Diario La Ley*, N° 7878, Sección Doctrina, 12 de junio (2012).
- Pérez Ragone, Alvaro, “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs la resolución de conflictos?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 1, núm. XXVII (2006).

- Rodríguez López, Ricardo, “Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios”, *Actualidad Civil* 56 (2010).
- Sandole, Dennis y van der Merwe, Hugo, *Conflict Resolution, Theory and Practice: Integration and Application*, New York: Manchester University Press, 1993.
- Tolosa Pamela, “Acciones de clase, microdaños a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales”, en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, vol. 3 (2017).
- Vasak, Karel, “Human rights: as a legal reality”, *The international dimensions of human rights*, Greenwood Press, Connecticut (1982).
- Verbic, Francisco, “La importancia del mecanismo de liquidación y ejecución fluida para dotar de eficacia a las sentencias colectivas de consumo”, en *Erreia Online* (2013).
- Verbic, Francisco, “Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil”; en *RIDB* n° 6 (2012).
- Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire*, Milán: Giuffrè Editore, 1979.
- Watanabe, Kasuo, “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, 2004.

Reflexiones sobre la judicialización de la designación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en Argentina

Reflections on the judicialization
of the designation of the Defender
of the Rights of Girls, Boys and Adolescents
in Argentina

*Isaac Marcelo Basaure Miranda*¹

¹Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina)

isaacbasaure@gmail.com

ORCID: 0000-0002-3242-0144.

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1719>

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar las causas y antecedentes que han contribuido a que, en Argentina, la designación del Defensor del Niño se haya judicializado. En el fallo caratulado “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”, (expediente N° 15581/2015), publicado el 9 de marzo de 2017, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Número 3, exhortó al Congreso de la Nación, debido a su dilación, a designar un Defensor del Niño para dar cumplimiento a lo establecido en la ley 26.061.

Recibido: 15/08. Evaluado: 09/10. Aprobado: 27/10

PALABRAS CLAVE: defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuestiones políticas no justiciables, Convención de los derechos del niño, ley 26.061

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the causes and precedents that have contributed to the fact that, in Argentina, the designation of the Ombudsman for Children has been judicialized. In the ruling entitled "South Argentina Foundation and others c / Honorable Chamber of Senators of the Nation and other s / Amparo Law 16.986", published on March 9, 2017, the National Court of First Instance in the Federal Administrative Contentious Number 3, exhorted the Congress of the Nation, due to its delay, to appoint an Ombudsman to comply with the provisions of law 26.061.

KEYWORDS: ombudsman for the rights of children and adolescents, political issues not justiciable, Convention on the rights of the child, law 26.061.

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Origen e importancia del defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la legislación argentina. 3) Las cuestiones políticas no justiciables. 4) La omisión legislativa del congreso de la nación. 5) Conclusión. Bibliografía.

1.

INTRODUCCIÓN

El día 28 de septiembre de 2005, la Cámara de Diputados y el Senado de la Nación Argentina, reunidos en Congreso Nacional, sancionaron la ley 26.061², también llamada «Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes». La norma fue reglamentada por el Decreto 415/2006³ del día 17 de abril del año 2006. En su art. 47, la precitada ley ordenó la creación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante DDNNA). El objetivo que se perseguía con esta figura era el de garantizar que el principio del interés superior del niño sea respetado y observado en el dictado de normas y en la formulación de políticas públicas. De esta manera, el Estado argentino contribuía a armonizar su normativa con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ (en adelante CDN). Argentina ratificó la CDN mediante ley 23.849⁵, sancionada el 27 de septiembre del año 1990, la cual, en su artículo 3, dispone que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»³. Asimismo, en su artículo 49⁶, la ley 26.061 contemplaba la creación de una Comisión Bicameral dentro del ámbito del Congreso Nacional, la cual evaluaría a los candidatos a cubrir el cargo de DDNNA, a la vez que disponía que su titular debía ser designado dentro de los noventa días de sancionada la ley. Sin embargo, tal nombramiento jamás se produjo, como así tampoco la creación de la Comisión Bicameral.

² Congreso de la Nación Argentina. Ley 26.061. 2005. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

³ Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 415/2006. 2006. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/115526/norma.htm>

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁵ Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.849. 1990. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

⁶ Artículo 49 de la ley 26.061: «El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes será propuesto, designado y removido por el Congreso Nacional, quien designará una comisión bicameral que estará integrada por diez miembros, cinco de cada Cámara respetando la proporción en la representación política, quienes tendrán a su cargo la evaluación de la designación que se llevará a cabo mediante un concurso público de antecedentes y oposición. Las decisiones de esta Comisión se adoptarán por el voto de las dos terceras partes de sus miembros. El Defensor deberá ser

El 28 de noviembre de 2012 —siete años después de sancionada la ley 26.061— las Comisiones de Peticiones, Poderes y Reglamento, y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Congreso Nacional, aprobaron el proyecto de resolución 1598/12⁷, presentado por el senador por la Unión Cívica Radical (en adelante UCR), Gerardo Rubén Morales, el cual resolvía crear la Comisión Bicameral prevista en la ley 26.061. Un año más tarde, la Cámara de Diputados hizo lo propio, según consta en el orden del día N° 2825⁸, impreso el 29 de noviembre de 2013; en él se consideró el proyecto de resolución de la diputada María Luisa Storani (UCR) ordenándose crear la Comisión Bicameral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 26.061.

A pesar de que, tanto la Cámara de Senadores como la de Diputados, a través de sendos proyectos de resolución resolvieron la creación de la Comisión Bicameral, esta no fue conformada sino hasta mucho más tarde, precisamente, el 31 de mayo de 2017⁹. La integración de la Comisión Bicameral fue ordenada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, a cargo de la Dra. Claudia Rodríguez Vidal, con el objetivo de efectivizar la sentencia del fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/ en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otros s/Amparo ley 16.986”¹⁰. En el citado fallo se admitió la acción de amparo promovida por: la Fundación Sur Argentina, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Asociación Civil por los Derechos de la Infancia (ADI), el Equipo Latinoamericano de Justicia de Género (ELA) y la Fundación Poder Ciudadano; las cuales exigían la pronta designación de un DDNNA. Finalmente, el juzgado exhortó al Congreso de la Nación a cumplir con la ley 26.061, para designar, en lo inmediato, un DDNNA.

Presentados los antecedentes, en el presente trabajo se procederá a analizar las causas por las cuales el nombramiento del DDNNA, en Argentina, desembocó en una intervención del Poder Judicial dentro de una esfera propia del Poder Legislativo, alcanzando, de este modo, la categoría de cuestión política justiciable.

designado dentro de los noventa (90) días de sancionada esta ley y asumirá sus funciones ante el Honorable Senado de la Nación, prestando juramento de desempeñar fielmente su cargo».

⁷ Senado de la Nación Argentina. Proyecto de Resolución S-1598/12. 2012. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/317857/downloadPdf

⁸ Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Sesiones Ordinarias. Orden del día N° 2825. 2013. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-130/130-2825.pdf>

⁹ Redacción de Diario Clarín, «Conforman la Comisión Bicameral que designará al defensor del Niño», *Diario Clarín*, 31 de mayo de 2017. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/conforman-comision-bicameral-designara-defensor-nino_0_ryHjoc3-b.html

¹⁰ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°3. 09. 03.17., expediente N°15581/2015. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-3-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-sur-argentina-otros-en-honorable-camara-senadores-nacion-otro-amparo-ley-16986-fa17100002-2017-03-09/123456789-200-0017-1ots-eupmocsollaf>

2.

ORIGEN E IMPORTANCIA DEL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

En el fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, consideró que la falta de designación de un DDNNA, por parte del Congreso Nacional, vulneró la ley 26.061, afectando el acceso a la justicia y el derecho a la igualdad de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA): «El incumplimiento del precepto normativo configura una omisión que lesiona el sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes diseñado en la ley 26.061, con la consiguiente afectación de sus derechos»⁹. En este orden de ideas, es importante mencionar que la Constitución Nacional argentina (en adelante CN), en su artículo 75, inc. 23¹¹, dispone que corresponde al Congreso Nacional promover las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los derechos establecidos en la CN y en los tratados internacionales por ella reconocidos, a los NNyA, considerándolos un grupo vulnerable respecto al acceso a la justicia.

En el año 1990 Argentina ratificó, mediante ley 23.849, la CDN, obligándose a cumplir con sus preceptos. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), aprobada por Argentina el 1 de marzo de 1984 mediante ley 23.054¹², en su artículo 19, sostiene que: «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado»¹³. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), en su Observación General N° 2, correspondiente a su 32° período de sesiones del 13 al 31 de enero de 2003¹⁴, alentó a los Estados signatarios de la CDN a crear una institución independiente para la promoción y vigilancia de la aplicación de la CDN.

¹¹ Artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional Argentina: «Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

¹² Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.054. 1984. Consulta 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Consulta 12 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Observación General N° 2, 32° período de sesiones del 13 al 31 de enero de 2003. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

El comité sostuvo que las instituciones nacionales independientes de derechos humanos —el DDNNA constituye un ejemplo de tales instituciones— representan un importante mecanismo para promover y asegurar la aplicación de la CDN. Por lo que la puesta en práctica de tales órganos forma parte del compromiso asumido por los Estados partes al ratificar la CDN.

Atento a los antecedentes mencionados en los párrafos anteriores, el Estado argentino, a los fines de hacer efectivo el artículo 4 de la CDN, comenzó a desarrollar e impulsar reformas legislativas. La obligación constitucional de armonizar la legislación interna para dar cumplimiento a las disposiciones de la CDN propició el nacimiento de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061). El artículo 2º de la misma, refuerza esta aseveración al establecer que la CDN: «Es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad»¹. La importancia de la reglamentación de la ley 26.061 fue subrayada por el Poder Ejecutivo Nacional —por entonces encabezado por el Dr. Néstor Kirchner— ya que en el Decreto 415/2006, se afirma que:

El Poder Ejecutivo Nacional considera de gran trascendencia reglamentar la Ley N° 26.061 a fin de otorgar una dinámica a la estructura normativa que sirva de elemento de integración conforme reglas orientadoras de acciones, y que integre y delimite la interpretación y preserve su unidad sistemática, a fin de que sea plenamente eficaz en la protección integral que el Estado Nacional debe dar a la Niñez².

El DDNNA surgió entonces como un órgano para garantizar el acceso a la justicia de los NNyA. A los fines de lograr una mayor comprensión, respecto al espíritu con el cual fue concebida esta figura dentro del ordenamiento jurídico argentino, resulta oportuno examinar los fundamentos del proyecto legislativo que le dio origen. En el orden del día N° 1281, correspondiente a las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación del año 2004¹⁵, figuran algunos valiosos argumentos que justifican la creación de un DDNNA en Argentina. Así, la diputada Hilda González de Duhalde, autora del proyecto, expresó: «La perspectiva de los niños debe promocionarse de una manera más sistemática y eficiente para que sus derechos, necesidades e intereses cuenten con todos los reaseguros jurídicos e institucionales que garanticen su ejercicio y defensa»¹⁴, como se puede apreciar en esta

¹⁵ Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Sesiones Ordinarias. Orden del día N° 1281. 2004. Consulta 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-122/122-1281.pdf>

declaración, la creación del DDNNA buscó reforzar la institucionalidad de las políticas proactivas que promueven el ejercicio de derechos consagrados en la CDN. Luego, la diputada declaró: «Un defensor de los niños que sea la cara que hace oír los derechos de los niños y los jóvenes y que sea capaz de considerar la evolución social de acuerdo a su perspectiva»¹⁴, con esta declaración, la legisladora señala la importancia sustancial que detenta el DDNNA, toda vez que tiene a su cargo la representación colectiva de los NNyA. En el mismo tenor, se expresa el artículo 55, inc. a) de la ley 26.061, al describir una de sus principales funciones: «Promover las acciones para la protección de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes»¹. Aquí es pertinente mencionar que el Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 3, al exhortar al Congreso Nacional a nombrar un DDNNA, tuvo en cuenta que: «En el caso se reclama el cumplimiento del trámite parlamentario tendiente a la designación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, pretensión que consiste en un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, específicamente, los titulares de esos derechos»⁹. La necesidad de que el colectivo de NNyA cuente con un defensor, según la diputada González de Duhalde, radica en que: «Los niños y jóvenes no tienen ni autodeterminación ni derecho al voto y tienen muy pocos canales para expresar sus opiniones a las personas a su cargo de la toma de decisiones. Los niños y los jóvenes tienen dificultades para hacer oír su voz y articular sus necesidades»¹⁴. Con la sanción de la CDN, los NNyA fueron elevados a la categoría de sujetos de derecho y, por tanto, se convirtieron en titulares de derechos, capaces de exigir y demandar ante los órganos de justicia, las vulneraciones y amenazas que el Estado o un particular pueda infligir a sus derechos, como bien se indica en el art. 12.2 de la CDN: «Se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional»³. Es por ello que el artículo 48 de la ley 26.061 dispone claramente que el DDNNA debe tener a su cargo «La defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ante las instituciones públicas y privadas y la supervisión y auditoría de la aplicación del sistema de protección integral»¹, por tanto, no es sólo un órgano de defensa sino también de contralor. Es, en este punto, donde la figura del DDNNA adquiere una importancia vital, al ser un ente coordinador cuya misión consiste en ser un vínculo que posibilite, al universo de la infancia, un eficaz acceso a la justicia.

3.

LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

Las cuestiones políticas no justiciables son aquellas que han sido

concebidas como una categoría jurídica que engloba un conjunto de casos llevados a instancia jurisdiccional ante los cuales un juez no puede desplegar la función de oponer dicho asunto a la Constitución para establecer así su constitucionalidad o anticonstitucionalidad, ya que el acto cuestionado es un acto político, producto de la actividad propia y excluyente del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo¹⁶.

Por su parte, desde sus albores, la noción de cuestión política no justiciable ha sido analizada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN). Así, podemos mencionar el fallo “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”¹⁷ emitido el día 7 de septiembre de 1893. En la sentencia aludida, la CSJN interpretó que las cuestiones políticas no justiciables, son aquellas en las que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para resolver, es decir que, no puede someterse ante ellos una determinada causa judicial en la que no exista una controversia de intereses o de derechos, y que sólo esté afectada por la política. La naturaleza de una cuestión política no justiciable supone, entonces, un ámbito que escapa al contralor judicial por ser esencialmente político. Continuando con la línea del fallo, se entiende por cuestiones políticas: «Aquellas en que los poderes políticos del Estado han procedido como representantes absolutos de la soberanía nacional; es decir, son sólo aquellas cuestiones de derecho público, en que la ley internacional, que es lo que en el *jus gentium* se llama “ley política”, puede estar afectada»¹⁶. Es decir que son aquellas cuya determinación implicaría una intromisión en la órbita de otro poder, ya sea el legislativo, o ejecutivo; surgen, entonces, para evitar cualquier amenaza potencial que afecte el sostenimiento de la división de poderes. En este orden de ideas, podemos citar como cuestiones políticas no justiciables, en

¹⁶ Gerardo Gastón Morales, «Conflictos entre política y derecho: Un análisis de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y su incompatibilidad con el control judicial de constitucionalidad» (trabajo final de grado, Universidad Empresarial Siglo XXI, 2009) 14, <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/11129>

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”. Sentencia del 07 de septiembre de 1893. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-joaquin-cullen-gobierno-provisorio-santa-fe-doctor-baldomero-llerena-inconstitucionalidad-ley-nacional-intervencion-provincia-santa-fe-nulidad-fa93000614-1893-09-07/123456789-416-0003-9ots-eupmocsollaf?>

principio, a las facultades privativas que la CN ha concedido como exclusivas a otros poderes del Estado, entre las que podemos destacar: la forma republicana de gobierno, la autonomía provincial, la intervención federal, la composición de las cámaras del Congreso Nacional, los procedimientos legislativos, el veto del Poder Ejecutivo, las cuestiones electorales, la declaración de estado de sitio, las reformas constitucionales, entre otras.

La cuestión política, por tanto, se torna justiciable al comprobarse, desde un punto de vista contencioso, la existencia de una controversia susceptible de afectar intereses, ya sean colectivos o particulares. El Poder Judicial, en Argentina, tiene la potestad para discernir si una cuestión política es justiciable o no, dado que sobre él recae el control de constitucionalidad, otorgado por el art. 116 de la CN: «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras»¹⁸. En el mismo tenor, Bidart Campos sostiene que la judicialización de las cuestiones políticas, está propiciada por la propia CN, pero va más allá, al sostener que todas las causas deben ser sometidas a juicio, sin excepción: «Bidart Campos afirma que uno de los argumentos más importantes que obligan a su juicio a compartir la tesis del control jurisdiccional amplio de las cuestiones políticas, radica, en nuestro régimen constitucional, en el art. 116 CN, cuando reserva al poder judicial el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, determinantes de la competencia de la justicia federal»¹⁹; por tales motivos, Bidart Campos afirma que: «Dividir las causas en judiciales y políticas (no judiciales) es fabricar una categoría de causas en contra de lo que impone la Constitución»²⁰, en atención a que el art. 116 CN, confiere al Poder Judicial la potestad para intervenir en «todas las causas» y no solamente en algunas. Sin embargo, atentos a las facultades privativas que detentan cada uno de los poderes públicos que componen al Estado argentino, es menester clarificar que el control judicial sólo debe proceder cuando en el caso concreto exista justiciabilidad, es decir, que

si bien debe atenderse a la “naturaleza política” o al “ámbito político” o a los “fines políticos” del caso, lo realmente definitorio es que una cuestión es justiciable, en todas las implicancias que afecten el “bloque de juridicidad” —conformado por principios, declaraciones, derechos y garantías

¹⁸ Constitución de la Nación Argentina. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires. 1994.

¹⁹ Cassagne, Juan Carlos. 2005. «La judicialización de las cuestiones políticas». *La Ley*, diario del miércoles 14 de diciembre: 3.

²⁰ Bidart Campos, Germán. 1964. «La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas, nota al fallo “Wesberry vs. Sanders”, de la Corte Suprema de EE.UU. de febrero de 1964». *JA*, 9-916 y sigs.

contemplados en la CN—, la normatividad constitucional, legal o reglamentaria. Allí donde penetra la juridicidad, debe penetrar la revisibilidad jurisdiccional²¹.

En el fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”, el Congreso Nacional rechazó el amparo interpuesto por un grupo de organizaciones no gubernamentales (en adelante ONGs), bajo los argumentos de que la designación de un DDNNA constituye una cuestión eminentemente política, cuya consideración es ajena, por su naturaleza política, a un proceso judicial: «No existe en la especie una verdadera controversia o caso judicial que habilite el conocimiento del Poder Judicial, ya que las amparistas no han invocado un interés directo, concreto, inmediato o sustancial que las afecte en su carácter institucional, ni ha demostrado la producción, entidad y gravedad de las supuestas lesiones colectivas a los derechos de los niños»⁹. Pese a ello, el Congreso Nacional fue incapaz de evitar la judicialización de la contienda debido a que la existencia de una cuestión política no justiciable, no pudo ser acreditada, dado que la dilación en el nombramiento del DDNNA fue considerada una omisión legislativa: «No se ha acreditado la existencia de una cuestión política no justiciable pues la demora en la realización del procedimiento de designación del Defensor de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, impide considerar que hubiese existido el desarrollo natural de los procesos políticos y parlamentarios, configurándose —por el contrario— una omisión legislativa que justifica la procedencia del ejercicio del control judicial»⁹. Por tal motivo, el juzgado dio por sentado que la omisión legislativa del Congreso Nacional implicaba una cuestión política justiciable.

4.

LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN

La omisión legislativa perpetrada por el Congreso Nacional durante doce años —la ley 26.061 que designó al DDNNA se sancionó en 2005, pero su disposición fue cumplida, por sentencia judicial, recién en el año 2017— hizo posible que un conjunto de ONGs presentaran, en el año 2015, un amparo ante la justicia bajo los términos del artículo 43 de la CN²², para ordenar se cumpla con el nombramiento de un DDNNA.

²¹ Haro, Ricardo. 1994. «El control jurisdiccional y las “cuestiones políticas”: Nuevas perspectivas». *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina*. 8 de septiembre: 19.

²² Artículo 43 de la Constitución Nacional Argentina: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad

El Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 3 admitió el citado recurso constitucional, debido a que consideró que este cumplía con los presupuestos que habilitan su interposición. Para tal fin, el juzgado se basó en la jurisprudencia de la CSJN, en concreto, en el fallo “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”²³, en el cual la CSJN exhortó al Congreso Nacional a designar, prontamente, un Defensor del Pueblo de la Nación. Aquí, el máximo tribunal argentino reconoció que «de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva»⁹ en tanto demuestren que se cumplan los siguientes requisitos: la existencia de un hecho capaz de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos (en este caso, el hecho lesivo lo constituye la falta de designación del DDNNA, mientras que la pluralidad de sujetos está integrada por los NNyA); que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes para toda la clase involucrada (efectivamente, el amparo de las ONGs pretendía lograr un beneficio —designación de un DDNNA— de efectos comunes para todo el colectivo de la infancia y adolescencia); y, por último, probar que de no reconocerse la legitimación procesal reclamada, se estaría comprometiendo el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir. Respecto a este último requisito, el juzgado interpretó que, de no admitirse el recurso de amparo para obligar al Congreso Nacional a designar al DDNNA, se estaría violentando el acceso a la justicia del colectivo de los NNyA: «La circunstancia que en autos se pretenda la designación de la autoridad que en el diseño institucional de la ley 26.061 posee la función de tutelar el acceso judicial de niñas, niños y adolescentes (conf. Artículo 55, esp. incs. a, b, c, d, e), demuestra la existencia del último de los recaudos mencionados, es decir, aquel que se refiere a que debe estar comprometido seriamente el “acceso a la justicia”»⁹.

La admisibilidad del recurso de amparo interpuesto por las ONGs, por parte del juzgado, resultó clave para habilitar la intervención judicial en el nombramiento de un DDNNA. De esta manera, al probarse la legitimación procesal de la parte actora (ONGs), se cumplió con el presupuesto de controversia exigido por la CSJN, haciendo del caso una cuestión justiciable. No obstante ello, la Cámara de Senadores, evacuando el informe que

manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” sentencia del 18 de agosto de 2016, fallos 339:1077. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/> Consulta: 12 de diciembre de 2017.

exige el artículo 8 de la Ley 16.986²⁴ de Acción de Amparo, arguyó: «Que la circunstancia de que por el momento el Congreso Nacional no haya designado formalmente un Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, es una cuestión netamente política reservada exclusiva y excluyentemente al Poder Legislativo y ajenas al control del Poder Judicial»⁹. En igual sentido se manifestó la Cámara de Diputados: «El thema decidendum planteado en autos constituye una cuestión sustancialmente política que sólo puede resolverse por los mecanismos propios del ámbito parlamentario»⁹. Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué el juzgado consideró que la dilación en la designación del DDNNA en Argentina, constituía una cuestión justiciable? La respuesta a este interrogante es la constatación de una evidente omisión legislativa por parte del Congreso. A este respecto, es preciso definir el concepto de «omisión legislativa»: según Guillermo F. Treacy, es una noción que comprende «aquellos supuestos en que el legislador, democráticamente electo, omite el dictado de una norma que el poder constituyente le encomienda dictar»²⁵. Ahora bien, tal incumplimiento puede materializarse por medio de acción (cuando se legisla una norma que violenta la CN) o por omisión («cuando no ejerce la potestad legislativa en el modo o en las oportunidades previstas por la Constitución»²⁴). En consecuencia, la falta cometida por el Congreso Nacional, al no designar un DDNNA, debe ubicarse dentro de un incumplimiento legislativo producido por omisión. En relación a lo expuesto, Treacy afirma que deben diferenciarse dos tipos de omisión: absoluta y relativa, siendo las omisiones absolutas aquellas que recaen «en la no producción de la norma legal que el legislador esté obligado a dictar»²⁶; mientras que las relativas operan en aquellas hipótesis en que «la norma se dicta, pero en cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador»²⁵. Como se observa, la omisión legislativa cometida por el Congreso Nacional es de naturaleza relativa, toda vez que no ha procedido a dar cumplimiento a la previsión de ordenar la designación de un DDNNA, conforme a lo dispuesto en el art. 49, segundo párrafo, de la ley 26.061; además debe añadirse que tal omisión legislativa, y relativa, es también inconstitucional, ya que al no ejecutar el nombramiento del DDNNA se afectó a un grupo especialmente vulnerable, como es el de la infancia, incumpliendo el deber que recae sobre los Estados partes de la CDN, relativo a adjudicar una

²⁴ Artículo 8 de la ley 16.986: «Cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamento de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que fije». Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm>

²⁵ Treacy, Guillermo F. 2016. «Control judicial de la omisión legislativa: Variaciones en torno a su admisibilidad y posibilidades». *Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*. Octubre: 449.

²⁶ *Ibíd.*, 450-451.

consideración primordial al interés superior del niño, toda vez que la CDN posee rango constitucional concedido por el art. 75. inc. 22²⁷ de la CN. Ante este contexto,

la violación a la Constitución que significa la inconstitucionalidad por omisión en cualquiera de sus variantes (...) no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente, no instrumente a su vez remedios procesales para atacar a aquella inconstitucionalidad por omisión. Caso contrario, el remedio contra este tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador. En definitiva, pues, es al Poder Judicial a quien le toca diseñar tales vías procesales, si el legislador común no lo hace²⁸.

La inactividad del legislador argentino ha quedado cristalizada, toda vez que el artículo 49 de la ley 26.061 ordenaba al Congreso Nacional designar un DDNNA dentro de los noventa días de sancionada la ley, pero el hecho es que transcurrieron, nada más ni nada menos, que doce años sin que tal disposición se cumpliera; por tanto, el vencimiento del plazo legal y el incumplimiento parlamentario quedaron claramente comprobados. El Congreso Nacional, en efecto, lesionó durante doce años al colectivo de NNyA, al privarlos de una institución crucial para el acceso a la justicia, como lo es el DDNNA. La pasividad demostrada por ambas cámaras del Congreso Nacional no pudo justificarse en sede judicial, porque el hecho de la ausencia de un titular de la defensoría de los derechos de los NNyA resultó, a todas luces, innegable. Inclusive, ni siquiera se había procedido a cumplir con la integración de la Comisión Bicameral encargada de confeccionar las ternas de candidatos para cubrir el cargo de DDNNA: «La mora de la demandada no sólo se cristaliza en la falta de designación efectiva del Defensor, sino que a pesar del tiempo transcurrido ni siquiera se ha integrado la Comisión Bicameral correspondiente y, por ende, no se ha convocado al concurso estipulado por la norma invocada»⁹.

La omisión legislativa también fue observada en el plano internacional, siete años antes de que se emitiera el fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”. El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en sus observaciones finales relativas a Argentina, correspondientes al 54º período de sesiones del 25 de mayo al 11 de junio de 2010, señaló, entre sus principales motivos de preocupación, la mora en la designación del DDNNA: «El comité recomienda

²⁷ Artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina: «Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (...) la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos».

²⁸ Sagüés, Néstor Pedro. 2002. «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión». *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 619.

al Estado parte que adopte todas las medidas necesarias para acelerar el nombramiento, por el parlamento, del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y que este se encargue de vigilar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos»²⁹. Pese a la preocupación demostrada por el comité de la ONU, el Congreso Nacional persistió en su omisión, ya que transcurrieron siete años sin que se cumpliera con dicha recomendación.

5. CONCLUSIÓN

Determinar cuándo una cuestión política debe ser justiciable, conlleva implícito analizar si lo que se discute afecta o no la división de poderes, toda vez que la intervención judicial dentro de las atribuciones propias del poder legislativo, o ejecutivo, es susceptible de amenazar el mentado sistema. En la causa que nos ocupa, el irrefutable incumplimiento parlamentario a la disposición del art. 49 de la ley 26.061, que se prolongó durante doce años, habilitó la instancia judicial, atento al amparo colectivo presentado por un conjunto de ONGs, y correctamente admitido por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3; debido a que la inercia demostrada, tanto por la Cámara de Diputados, como por la de Senadores, configuró una flagrante omisión legislativa que lesionó y amenazó el sistema de protección integral de los derechos de las NNyA, diseñado por la ley 23.061, al privarlos, sin razón justificada, de un DDNNA.

Por otro lado, el juzgado, al hacer justiciable la falta de designación de un DDNNA, cumplió las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado argentino, contribuyendo a materializar, tanto los preceptos de la CDN, como las observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

Lo que debe prevalecer, en definitiva, es la exigibilidad de la protección jurídica de los NNyA, en situaciones en que sus derechos colisionen con intereses de los mayores de edad, o de las personas privadas o públicas como es el caso del Congreso Nacional.

Se concluye que, el fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”, constituye un precedente relevante para discernir en qué casos una cuestión, aparentemente política en su esencia, puede

²⁹ Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Observaciones finales: Argentina. 54º período de sesiones del 25 de mayo al 11 de junio de 2010. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf

tornarse justiciable; siendo para ello primordial la comprobación de una omisión legislativa inexcusable, convirtiéndose esta en un presupuesto que habilita el control judicial. Por otro lado, también se deduce que en Argentina, la institución del DDNNA fue violentada, en términos institucionales, desde 2005 (año en que se debió proceder a su designación, tras el vencimiento de los 90 días fijados por el art. 49, segundo párrafo de la ley 26.061 hasta el 9 de marzo de 2017 (fecha en que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Número 3, exhortó al Congreso de la Nación, debido a su dilación, a designar un DDNNA para dar cumplimiento a lo establecido en la ley 26.061).

Para citar este artículo: Basaure, Isaac M. "Reflexiones sobre la judicialización de la designación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en Argentina", *Revista de Derecho. UcuDal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 73-89.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán. 1964. «La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas, nota al fallo "Wesberry vs. Sanders", de la Corte Suprema de EE.UU. de febrero de 1964». *JA*, 9-916 y sigs.
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Sesiones Ordinarias. Orden del día N° 1281. 2004. Consulta 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-122/122-1281.pdf>
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Sesiones Ordinarias. Orden del día N° 2825. 2013. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en:
- Cassagne, Juan Carlos. 2005. «La judicialización de las cuestiones políticas». *La Ley*, diario del miércoles 14 de diciembre: 3.
- Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Observación General N° 2, 32º período de sesiones del 13 al 31 de enero de 2003. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

- Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Observaciones finales: Argentina. 54º período de sesiones del 25 de mayo al 11 de junio de 2010. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf
- Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.054. 1984. Consulta 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.849. 1990. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. Ley 26.061. 2005. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>
- Constitución de la Nación Argentina. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires. 1994.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Consulta 12 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” sentencia del 18 de agosto de 2016, fallos 339:1077. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/> Consulta: 12 de diciembre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”. Sentencia del 07 de septiembre de 1893. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-joaquin-cullen-gobierno-provisorio-santa-fe-doctor-baldomero-llerena-inconstitucionalidad-ley-nacional-intervencion-provincia-santa-fe-nulidad-fa93000614-1893-09-07/123456789-416-0003-9ots-eupmocsollaf>
- Haro, Ricardo. 1994. «El control jurisdiccional y las “cuestiones políticas”: Nuevas perspectivas». *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina*. 8 de septiembre: 19. <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-130/130-2825.pdf>
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3. 09. 03.17., expediente N° 15581/2015. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-3-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-sur-argentina-otros-en-honorable-camara-senadores-nacion-otro-amparo-ley-16986-fa17100002-2017-03-09/123456789-200-0017-1ots-eupmocsollaf>

- Morales, Gerardo Gastón «Conflictos entre política y derecho: Un análisis de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y su incompatibilidad con el control judicial de constitucionalidad» (trabajo final de grado, Universidad Empresarial Siglo XXI, 2009) 14, <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/11129>
- Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 415/2006. 2006. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/115000-119999/115526/norma.htm>
- Redacción de Diario Clarín, «Conforman la Comisión Bicameral que designará al defensor del Niño», *Diario Clarín*, 31 de mayo de 2017. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/conforman-comision-bicameral-designara-defensor-nino_0_ryHjoc3-b.html
- Sagüés, Néstor Pedro. 2002. «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión». *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 619.
- Senado de la Nación Argentina. Proyecto de Resolución S-1598/12. 2012. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/317857/downloadPdf
- Treacy, Guillermo F. 2016. «Control judicial de la omisión legislativa: Variaciones en torno a su admisibilidad y posibilidades». *Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*. Octubre: 449.

Deveres Fundamentais de Solidariedade

Deberes fundamentales de solidaridad
Fundamental Duties of Solidarity

*Suzana Ma. Fernandes Mendonça*¹

¹Universidade de Lisboa, Portugal

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4159-6819>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1666>

RESUMO: Os deveres fundamentais configuram-se como um tema frequentemente preterido pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente quando comparados com toda a atenção dedicada aos direitos fundamentais. Entretanto, tal fato não diminui a sua relevância valorativa para a sociedade, uma vez que constituem instrumentos para a garantia dos meios indispensáveis não apenas para a concretização de direitos fundamentais, mas propriamente para o alcance do bem estar social. Os deveres fundamentais de solidariedade, por sua vez, representam aqueles que contêm um maior grau de empatia, de modo a serem executados com o intuito de colaborar com aqueles grupos sociais que, de alguma forma, encontram-se em situação desfavorecida. A cooperação coletiva, de maneira complementar à atuação do Estado, é substancial na busca pela redução dos desníveis sociais inerentes à uma comunidade, como forma de entregar aos menos favorecidos os mecanismos imprescindíveis para uma vida com dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: deveres fundamentais, deveres fundamentais de solidariedade, dignidade humana, bem-estar social.

Recibido: 23/08/18. Evaluado: 20/09. Aprobado 03/10.

RESUMEN: Los deberes fundamentales constituyen un tema frecuentemente preterido por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente cuando comparados con toda la atención dedicada a los derechos fundamentales. Sin embargo, tal hecho no disminuye su relevancia valorativa para la sociedad, ya que consisten en instrumentos para la garantía de los medios indispensables no sólo para la concreción de derechos fundamentales, sino propiamente para el alcance del bienestar social. Los deberes fundamentales de solidaridad, a su vez, representan aquellos que contienen un mayor grado de empatía, para ser ejecutados con el propósito de colaborar con aquellos grupos sociales que, de alguna forma, se encuentran en una situación desfavorecida. La cooperación colectiva, de manera complementaria a la actuación del Estado, es sustancial en la búsqueda por la reducción de los desniveles sociales inherentes a una comunidad, como forma de entregar a los menos favorecidos los mecanismos imprescindibles para una vida con dignidad.

PALABRAS CLAVE: deberes fundamentales, deberes fundamentales de solidaridad, dignidad humana, bienestar social.

ABSTRACT: Fundamental duties are set as a theme often overlooked by the doctrine and the jurisprudence, especially when compared to all the attention devoted to fundamental rights. However, this fact does not diminish their value relevance for society, since they are instruments for guaranteeing the means indispensable not only for the realization of fundamental rights, but also for the achievement of social welfare. The fundamental duties of solidarity, in turn, represent those that contain a greater degree of empathy, so that they are executed with the intention of collaborating with those social groups that are in any way disadvantaged. Collective cooperation, in a complementary way to the State's performance, is substantial in the search for the reduction of the social differences inherent to a community, as a way of delivering to the less privileged the indispensable mechanisms for a life with dignity.

KEY WORDS: fundamental duties, fundamental duties of solidarity, human dignity, social welfare.

SUMÁRIO: I. Deveres fundamentais. 1. Breve contextualização histórica. 2. Conceito. 3. Classificação. II. Solidariedade e valor comunitário. 1. Dignidade como fundamento. 2. Dimensão social dos deveres. 3. Bem comum como fonte de deveres. III. Deveres fundamentais de solidariedade. 1. Definição. 2. Hipóteses. 3. Solidariedade intergeracional. Conclusões finais.

I. DEVERES FUNDAMENTAIS

Qualificado como um dos temas mais preteridos do Direito Constitucional², os deveres fundamentais se conservam presentes nos atuais textos constitucionais, porém na penumbra dos direitos fundamentais, nomeadamente, quando a perspectiva em questão é a atenção e o desenvolvimento doutrinários e jurisprudenciais. Apesar da reduzida repercussão constitucional, especialmente no contexto de comparação com os direitos fundamentais³, os deveres fundamentais constituem categoria jurídica autônoma⁴.

A concepção de deveres, por sua vez, é recorrente nas mais variadas civilizações e momentos históricos, de modo a estar presente nas esferas religiosa, filosófica e ética⁵. Avançaram, assim, junto aos direitos, uma vez que a percepção de que ambos são indissociáveis permanece atual, até mesmo em razão de o conjunto formado por direitos e deveres representar valores de elevada significância para a convivência harmônica em uma comunidade⁶.

Entretanto, assumiram a categoria de deveres fundamentais a partir do momento que passaram a constar de documentos constitucionais, de modo a imporem ao indivíduo o seu devido cumprimento. Logo, de tal fato constata-se que a uma sociedade reputa-se impraticável o cenário em que exista apenas um extenso catálogo direitos, não somente em razão da inviabilidade do Estado em proporcionar a toda a comunidade nacional a integralidade das estruturas sociais necessárias, considerando particularmente o limite orçamentário, mas principalmente devido ao fato de que aos indivíduos são exigidos determinados deveres fundamentais, indispensáveis para a consciência coletiva.

Nesse sentido, seria inviável a convivência em uma sociedade onde houvessem apenas direitos, já que de seus membros não se extrairia um nível mínimo de responsabilidade

² José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, (Coimbra: Almedina, 2015), 15.

³ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012), 771.

⁴ Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 36.

⁵ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais*, Tomo IV, (Coimbra: Coimbra Editora, 2015), 110.

⁶ Sarlet, *A Eficácia*, 770.

social. A existência de deveres, portanto, manifesta-se essencial para a concretização dos próprios direitos, uma vez que confere justamente esse sentido de responsabilidade social, através da colaboração mútua, com a finalidade de alcançar o bem estar coletivo.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A história convive com a presença dos deveres nas mais variadas sociedades e em diversos períodos. Na Grécia Antiga, por exemplo, haviam os deveres associados aos direitos políticos na polis. Já na Roma Antiga, eram recorrentes os deveres conexos às numerosas relações entre privados, especialmente o dever de respeito à *bona fides*⁷. Ou mesmo na Idade Média, com aqueles deveres do vassalo para com seu suserano.

Os deveres, aliás, são tema recorrente na Filosofia. Cícero, por exemplo, discorreu sobre os deveres nos mais variados graus de sociedade, do considerado como gênero humano ao grupo de pessoas que falam a mesma língua. Os indivíduos, nesse sentido, deveriam manter suas relações em harmonia, de modo a criar um senso de amizade, já que é mais fácil e simples a prestação para com aqueles mais próximos⁸.

Santo Agostinho, por sua vez, trata sobre os deveres do homem para com Deus. O inverso, em seu pensamento, não seria possível, já que tudo é dado aos homens de maneira gratuita. Ao indivíduo é atribuída responsabilidade por tudo que recebeu, como consequência, a existência de determinados deveres⁹ associados à prática do bem. Outros grandes filósofos também dedicaram-se ao tópico, como John Locke e Thomas Hobbes.

A ideia de deveres, portanto, surgiu inicialmente nos campos ético, filosófico e religioso. Apenas veio a tomar contornos mais próximos ao conteúdo atual de deveres fundamentais a partir da Constituição de Massachussets, no ano de 1780, momento que um dispositivo referente aos deveres constou de um documento constitucional. Era prescrito que cada cidadão estaria obrigado a contribuir mediante serviços pessoais ou mediante um equivalente para a organização da proteção comunitária.

Posteriormente, em 1789, os deveres constaram da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo três: o dever de obediência, o dever de pagar impostos e o dever de suportar a privação da propriedade em caso de expropriação para fins de utilidade

⁷ Flávio Rubinstein, "A Bona Fides como Origem da Boa Fé Objetiva no Direito Brasileiro", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, (2004): 580.

⁸ Marco Túlio Cícero, *Dos Deveres*, (Lisboa: Edições 70, 2017), 46-47.

⁹ Santo Agostinho, *O Livre-Arbítrio*, (São Paulo: Paulus, 1995), 202-203.

pública. Desde o início desse período, os deveres passam então a constar, seja em maior ou em menor escala, dos documentos constitucionais do estado liberal¹⁰.

O panorama somente é alterado a partir do momento em que os deveres deixaram de repercutir em uma determinada proporção em virtude da queda dos regimes totalitários¹¹. Deveres de ordens diversas estruturavam a substância emanada pelo totalitarismo, que se utilizava de ideologia para obter o apoio do brutal vigor das massas como forma de duradoura manutenção no poder¹². Era oportuna e necessária, portanto, a instituição de sistemas constitucionais consideravelmente sólidos na proteção e promoção de direitos fundamentais, até como forma de rompimento com os ideais passados. A tentativa era precisamente o estabelecimento de um completo antagonismo em relação aos regimes totalitários anteriormente vigentes.

Os direitos fundamentais, após o fim da fase totalitária, passam a ser alargados e priorizados, o que acarretou na construção de expressões constitucionais protetoras dos direitos da pessoa, bem como no modelo de Estado de Direito ou Estado de direitos fundamentais¹³. Logo, o papel dos deveres padeceu de uma redução na intensidade de influência quando em comparação com os demais valores emitidos pelas constituições que sucederam tal período.

2. CONCEITO

A percepção de direitos fundamentais meramente como instrumento de poder individual contra o Estado não é compatível com o verdadeiro significado da relação entre Poder Público e indivíduo, já que ao Estado não caberiam apenas deveres, nem mesmo aos cidadãos seriam viabilizados apenas direitos¹⁴. Os deveres, dessa forma, impulsionam os membros de uma comunidade a agirem não apenas conforme aquelas obrigações para com o Estado, que em ampla perspectiva atingem a própria coletividade, mas, essencialmente, em serviço uns dos outros, em benefício da sociedade.

Algumas concepções clássicas apontam no sentido de que o Estado de Direito não seria compatível com a ideia de deveres fundamentais, uma vez seu conteúdo é marcado essencialmente pelos direitos fundamentais. Entretanto, a pessoa humana representa o núcleo

¹⁰ Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 44-45.

¹¹ Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, (Coimbra: Almedina, 2016), 537.

¹² Hannah, Arendt. *Origens do Totalitarismo*, (São Paulo: Companhia de Bolso, 2012), 278.

¹³ Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, 537.

¹⁴ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, (Coimbra: Almedina, 2004), 160.

de um Estado de Direito, de modo a constituir a sua dignidade conteúdo inviolável em todo o sistema.

Diferentemente das concepções clássicas, portanto, o moderno Estado de Direito é adequadamente compatível com os deveres fundamentais, bem como com a responsabilidade que deles emergem em uma sociedade cujo objetivo é o respeito pela dignidade humana¹⁵. Nessa perspectiva, assim como os direitos fundamentais, o apoio estrutural dos deveres fundamentais é justamente o ser humano e sua dignidade¹⁶.

Os deveres, assim, configuram-se como situações jurídicas de caráter passivo, nas quais há a vinculação com uma determinada conduta, seja de agir ou não agir. Na hipótese de os deveres serem consagrados em textos constitucionais, identificam-se como deveres fundamentais¹⁷. Constituem, portanto, deveres jurídicos do indivíduo associados a um sentido especial para a comunidade, de modo a também poderem ser por esta vindicados¹⁸.

Identificam-se, nesse sentido, como uma participação dos cidadãos na vida pública, enquanto forma de respeito pelas normas constitucionais¹⁹, de modo a se comprometerem solidariamente com o desenvolvimento das adequadas condições estruturais sociais²⁰. Caracterizam-se, nessa perspectiva, por revelarem o objetivo de se alcançar uma ordem de natureza social, tendo como instrumento a colaboração entre todos os membros da sociedade.

3. CLASSIFICAÇÃO

Há diversas formas de classificação quanto ao tema de deveres fundamentais, apesar de a divisão não ocorrer de maneira similar aos direitos fundamentais²¹. As categorias de deveres podem ser separadas a partir daqueles considerados como cívico-políticos, que representam um certo grau de responsabilidade para com o funcionamento do Estado²², caso dos deveres de voto ou de defesa da pátria. Os deveres de natureza econômica, social e cultural, por sua vez, que emitem valores necessários à preservação e promoção de meios

¹⁵ Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, 539.

¹⁶ Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, 537.

¹⁷ Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais*, 110.

¹⁸ Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 64.

¹⁹ Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 772.

²⁰ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 160.

²¹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, (Coimbra: Almedina, 1993), 549.

²² Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 114.

devidos para a manutenção de uma sociedade, como a defesa do patrimônio cultural ou do meio ambiente.

Os deveres gerais²³ ou de prestação geral são válidos para todos os cidadãos sem distinção, como o dever de contribuição com o sistema tributário, também conhecido como dever de pagar impostos. Já os deveres de prestação especial são aqueles cujos agentes ativos são pessoas específicas²⁴, como por exemplo, os militares e seus diversos deveres.

Verifica-se, ademais, outra divisão, entre deveres autônomos e deveres conexos com direitos fundamentais. Os deveres conexos são aqueles que representam uma espécie de reflexo dos direitos fundamentais, ou, ainda, apresentam uma compatibilidade de conteúdo, tais como o dever de defesa e promoção da saúde ligado ao direito à proteção da saúde ou dever de defesa do ambiente associado ao direito ao meio ambiente²⁵ ecologicamente equilibrado. Inclusive, se houver descumprimento parental do dever de educação e manutenção dos filhos, conectado ao respectivo direito, os pais ficam sujeitos, desde que em razão de decisão judicial, à serem separados pelos seus filhos, justamente pelo desrespeito pelos devidos deveres fundamentais.

Os deveres conexos com direitos indicam, entretanto, a extensão dos obstáculos na tarefa de delimitação exata do que seria o direito, refletido como uma vantagem, e o que seria o dever, considerado um encargo²⁶. Apesar de tais deveres estarem de certa forma associados à direitos, não deixam de configurar uma categoria constitucional autônoma em relação aos direitos fundamentais, explicitada pelos próprios deveres fundamentais²⁷.

Por outro lado, existem aqueles deveres que não se encontram de qualquer forma relacionados à respectivos direitos, logo, seu conteúdo não coincide com o de direitos fundamentais, de modo a serem classificados como deveres autônomos²⁸. Correspondem à tal categoria, por exemplo, o dever de serviço militar e o dever de colaboração com a administração eleitoral.

²³ Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais*, 218.

²⁴ Gregório Martínez Peces-Barba, “Los Deberes Fundamentales”, *Novissimo Digesto*, (1987): 333-334.

²⁵ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 548.

²⁶ Santiago Varela Díaz, “La Idea de Deber Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, n. 4, (1982): 70-71.

²⁷ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 169.

²⁸ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 548.

II.

SOLIDARIEDADE E VALOR COMUNITÁRIO

Inicialmente fundamentada nas relações de proximidade e parentesco, a solidariedade limitava-se à disposição de servir os mais próximos, tidos como aqueles que faziam parte de um determinado grupo. A aplicação de tal percepção para pessoas que não eram membros de tal comunidade, como os estrangeiros, era reduzida ou, por vezes, até inexistente.

A difusão do cristianismo, alterou a percepção de solidariedade, uma vez que os valores solidários foram expandidos de modo a atingir o próximo de maneira geral, isto é, não apenas aqueles cujo vínculo baseava-se na consanguinidade ou no senso comunitário. Assim, as virtudes de caridade e misericórdia, provenientes dos ideais associados ao cristianismo, conduziram a conduta do indivíduo no amparo aos demais, como forma de manifestação do respeito mútuo. A máxima de amor ao próximo, nesse sentido, reflete-se na moderna compreensão de solidariedade.

Os estoicos também conferiam à solidariedade um elevado grau de relevância, sendo considerada como um segmento essencial para a harmônica convivência humana. Nesse sentido, na hipótese de ser o mundo composto apenas por um organismo, faz-se inevitável a fraternidade e afinidade entre as suas partes integrantes.

Outro momento expressivo para a construção da atual concepção de solidariedade foi o período da Revolução Francesa, conduzida por um raciocínio que percorre inevitavelmente um certo grau de fraternização²⁹ das estruturas político-sociais da época, o que veio a repercutir, inclusive, nas ordenações normativas seguintes. A fraternidade acabou por desencadear, ademais, um movimento de estudo político e social, cuja influência repercutiu tanto na prática como na interpretação política.

A solidariedade, etimologicamente, remonta ao termo *solidum* que em latim significa algo coeso, inteiro, compacto³⁰. Está associada, portanto, não apenas à valores éticos, mas também à concepção de igualdade, uma vez que todos integram uma mesma comunidade e devem, assim, zelar pelo seu bem estar. As marcas da solidariedade, dessa maneira, perpassam por comunidades e momentos históricos diversos. Seu conteúdo é profundamente estudado e aplicado em áreas variadas, de modo a exercer influência considerável nas condições e nos alicerces que sustentam a vivência coletiva em harmonia.

²⁹ Jean Duvignaud, *La Solidarité: Liens de Sang et Liens de Raison*, (Paris: Fayard, 1986), 120.

³⁰ Francisco Fernández Segado, “La Solidaridad como Principio Constitucional”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, (2012): 142-144.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO

Consagrada nos mais variados documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, a dignidade da pessoa humana teve seu significado elevado à condição de conceito jurídico, como consequência desencadeada pelo fim da Segunda Guerra³¹. Sua condição superior reflete-se não apenas como um fundamento para ordem jurídica, mas também da comunidade política, de modo a representar a fonte jurídico-positiva de maior generalidade de preceitos substanciais³², bem como a origem e o fundamento dos direitos fundamentais.

Considerado como um valor que emite a ideia de supremacia, a dignidade humana assegura aos indivíduos uma configuração de igualdade³³. Nesse sentido, a dignidade constitui um valor intrínseco à pessoa, e em razão desse conteúdo associado à própria virtude da humanidade ou mesmo ao significado da existência, todos merecem igual tratamento baseado no respeito³⁴. O valor inerente à pessoa, refletido pela dignidade humana, equivale à soma de aspectos em que todos os seres humanos guardam em comum de maneira intrínseca. Tal conteúdo intervém na esfera jurídica a partir do momento em que se instala como origem de direitos fundamentais³⁵. Configura-se, portanto, como dado anterior a qualquer direito e, ainda assim, os direitos desempenham relevante papel na sua proteção e promoção.

A dignidade, como sustentáculo da atual concepção de Estado Democrático de Direito, emite um significado cuja essência confere à pessoa uma posição única e absoluta, de modo a trazer consigo um volume de respeito pela sua humanidade³⁶. O que culmina em uma proteção do seu estado de ser autônomo e vindica a proibição de qualquer situação que venha a causar a sua instrumentalização ou objetificação³⁷. O princípio da dignidade, nesse sentido, atribui ao Estado a tarefa de proteção e respeito, bem como de redução de circunstâncias opostas para o alcance de uma vida com dignidade³⁸.

³¹ Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, (Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014), 62.

³² Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (São Paulo: Malheiros, 2015), 354.

³³ Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Direitos Fundamentais*, Vol. I, (Coimbra: Almedina, 2016), 62.

³⁴ Martha Nussbaum, *Political Emotions, Why Love Matters for Justice*, (Cambridge: The Belknap Press of Harvard Press, 2013), 119-120.

³⁵ Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, 76-77.

³⁶ Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Direitos Fundamentais*, 58-59.

³⁷ Matthias Mahlmann, "The Good Sense of Dignity: Six Antidotes to Dignity Fatigue in Ethics and Law", *Oxford University Press*, (2013): 597-598.

³⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011), 277.

Por outro lado, tal essência implica não apenas no reconhecimento de sua própria dignidade, mas também na de cada pessoa³⁹, uma vez constatada a condição de semelhança. Assim, a dignidade apresenta uma força valorativa de tal forma que além de vincular o Estado no sentido de garantir sua proteção e promoção, subordina também os indivíduos no âmbito das relações particulares⁴⁰, o que se expressa através do respeito mútuo.

Determinados ideais, assim, conduzem atualmente a forma de vivência social, tais como a tolerância, o respeito, o pluralismo e a inclusividade, todos fundados na igual dignidade e liberdade de cada indivíduo. A participação de cada pessoa em condições de liberdade e igualdade na construção da vontade democrática, impõe aos membros da sociedade requisitos de convivência comunitária e integração social, de modo a ser respeitado o interesse geral⁴¹.

Não é possível descartar, entretanto, a pluralidade humana, que compreende a igualdade e a diferença como seus aspectos. A diferença revela a variabilidade existente entre humanos, que por isso necessitam de discurso e ação para se comunicarem. Já a igualdade indica justamente o senso de compreensão mútuo, seja em relação às pessoas com quem convivem ou aos antepassado e até mesmo quanto às gerações futuras⁴². Ambos são igualmente indispensáveis para a realização simultânea de que são os indivíduos semelhantes e diferentes, dentro de sua dignidade⁴³.

A constatação de que a cada pessoa é atribuído valor singular e absoluto, representado pela amplitude da dignidade humana, produz um senso de respeito à existência e à autonomia de todos, de modo a suplantar devidamente percepções de bem em caráter individualista. Uma obrigação entre indivíduos que emana justiça, assim, apenas pode ser adequadamente posicionada como alicerce da comunidade por eles formada a partir do conteúdo de reconhecimento e respeito mútuos, que por sua vez, expõem a vontade de agir em favor do outro.

A dignidade, nesse sentido, contém também um valor comunitário, não apenas exigindo do Estado normas reguladoras do convívio social, mas também determinando aos indivíduos a formação de metas coletivas. A solidariedade, dessa forma, como instrumento social para a realização da dignidade da pessoa, expõe-se justamente como efeito do processo de reconhecimento da dignidade individual e de todos. Logo, se a dignidade exprime-se como o reconhecimento não apenas da sua própria dignidade mas também da dos demais, a

³⁹ Wambert Gomes Di Lorenzo, *Teoria do Estado de Solidariedade*, (Rio de Janeiro: Elsevier, 2010), 18.

⁴⁰ Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 278.

⁴¹ Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Direitos Fundamentais*, 63.

⁴² Hanna Arendt, *A Condição Humana*, (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007), 188.

⁴³ Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, 87.

solidariedade identifica-se no empenho para a realização do outro, até mesmo como forma de realização pessoal.

2. DIMENSÃO SOCIAL DOS DEVERES

A pessoa, por não se tratar de um ser isolado ou solitário, é na realidade um indivíduo socialmente solidário, de modo a suceder de tal ideia a criação de um vínculo entre sociedade e homem, que faz deste um ser livre, porém responsável⁴⁴. Essa sociabilidade, assim, conduz à realização de que não se vive isoladamente, o que acaba por proporcionar ao agir humano um sentido ou significado único: a consciência de que a dignidade do outro é de certa forma a sua própria. O ato de se identificar no outro, nesse sentido, desenvolve um sentimento de correlação humana.

Para que a pessoa autônoma integre uma comunidade política, nesse sentido, é essencial ela seja capaz de sentir empatia em relação aos outros, circunstância que posiciona a todos na condição de semelhantes⁴⁵. Esse senso de empatia e reciprocidade impulsiona o indivíduo à um empenho na colaboração e cooperação para com os seus semelhantes, em uma verdadeira ação de responsabilidade social, evidenciada pela solidariedade.

Quando sucede a alteração da consciência individualista para uma perspectiva comunitária, o indivíduo passa a participar da convivência social, deixando de adotar uma conduta passiva, o que o conduz a assumir responsabilidades, baseadas na solidariedade. Esta, em sua forma de princípio social, é responsável por reger as relações em comunidade, tendo como finalidade imediata o bem comum, razão primordial da vida social⁴⁶. A solidariedade refere-se, nesse sentido, a um papel social no adequado e indispensável exercício de deveres para o alcance da dignidade da pessoa.

O pensamento de Pufendorf enquadra-se perfeitamente na ideia de deveres como representação da responsabilidade social. Todo indivíduo, nesse sentido, tem o dever de preservar e desenvolver a sociabilidade, o que gera obrigações em três níveis: deveres diante de Deus, diante de si mesmo e diante dos outros. O dever de não fazer mal à ninguém como ramificação da última destas categorias, configura-se como o mais primário e amplo entre

⁴⁴ Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 31.

⁴⁵ Lynn Hunt, *A Invenção dos Direitos Humanos*, (São Paulo: Companhia das Letras, 2009), 26.

⁴⁶ Di Lorenzo, *Téoria do Estado de Solidariedade*, 152.

todos os deveres, além de caracterizar-se por sua facilidade, uma vez que consiste em uma omissão⁴⁷.

Há uma determinada medida de responsabilidade geral em evitar causar danos aos outros, de modo a serem as práticas e convenções sociais os instrumentos delineadores dessa responsabilidade. Nessa esteira, por exemplo, tais práticas convencionam que os cuidados associados às crianças são de incumbência dos pais, logo, ninguém mais estará encarregado por essa tarefa, o que a torna um dever dos pais⁴⁸.

Os deveres, nesse sentido, reproduzem um certo grau de compromisso com a manutenção harmônica da coletividade. Seja em relação à um dever específico, como é o caso dos cuidados com as crianças cujo cumprimento é efetivado pelos pais, ou quanto aos deveres atribuídos a todos, como a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A designação de direitos e deveres encontra sentido justamente nas próprias relações que vinculam solidariamente os indivíduos. Constata-se, portanto, que os deveres contêm uma dimensão social, que conduzem o indivíduo ao serviço comunitário, o que em última instância reflete justamente a essência da solidariedade.

3. BEM COMUM COMO FONTE DE DEVERES

Ao fim do período em que os regimes totalitários eram vigentes, houve uma modificação na forma de tratamento e proteção da pessoa, bem como da própria finalidade do Estado. A reação aos efeitos difundidos pelo totalitarismo foi a estruturação de direitos fundamentais⁴⁹, através do reconhecimento da posição central da dignidade humana em termos de valores na sociedade, conteúdo responsável por resguardar não apenas os interesses individualmente considerados, mas também aqueles concernentes ao bem comum.

O destaque para o que é considerado ser de melhor interesse coletivo sustenta o sentido do bem comum, cuja essência foi transportada para o plano jurídico especialmente pelo intermédio dos direitos fundamentais. Por outro lado, como estão os direitos sucessivamente conectados aos deveres, também é perceptível a relação entre a concepção de bem comum e os deveres, nomeadamente os deveres fundamentais.

⁴⁷ Samuel Pufendorf. "The Whole Duty of Man According to the Law of Nature", Online Library of Liberty, 18 de junho de 2017, http://files.libertyfund.org/p11/pdf/Pufendorf_0217_EBk_v7.0.pdf.

⁴⁸ Ronald Dworkin, *Justiça para Ouriços*, (Coimbra: Almedina, 2011), 320.

⁴⁹ Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais*, 113 -114.

Os deveres fundamentais, portanto, constituem instrumentos ao alcance do bem comum, ideia particularmente notável quando se trata de deveres fundamentais conexos com direitos, também conhecidos como direitos-deveres. O bem comum perpassa pela possibilidade de pleno exercício dos direitos fundamentais por todos, função executada não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade.

A principal via de colaboração da coletividade para a efetivação dos direitos fundamentais consiste justamente nos deveres fundamentais, já que desempenham um papel vital na preservação e promoção de direitos fundamentais. O direito à saúde ou ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo como reflexo os respectivos deveres de defesa da saúde e do meio ambiente, são exemplos de contribuição da sociedade para a efetivação de direitos fundamentais através de deveres fundamentais, de maneira complementar às tarefas do Estado, e como representação do objetivo de alcance do bem estar social.

Por outro lado, ao descumprimento de certos deveres está associada uma respectiva punição, como é o caso do dever fundamental de pagar impostos. Ocorre que o receio do indivíduo de sofrer uma penalidade, apesar de ser uma medida eficiente quanto ao recolhimento de tributos, não deve conduzir o seu comportamento, especialmente em relação aos deveres que não apresentam uma respectiva consequência punitiva.

Assim, todos os deveres fundamentais, até mesmo aqueles cujo desrespeito produz sanções, devem ser exercidos em nome do bem comum. A conduta do indivíduo quanto ao cumprimento dos deveres fundamentais, nesse sentido, não deve ser pautada apenas em um comportamento que pretenda evitar eventuais punições a serem aplicadas pelo Estado, mas propriamente visando o melhor interesse comunitário e o respeito à Constituição, prática também válida mesmo que sua desconsideração não gere medidas punitivas.

Esse senso de responsabilidade social, expressado através do exercício dos deveres fundamentais, não deixa de representar de certa forma a própria consciência coletiva, através do conjunto de sentimentos e crenças dos membros de uma comunidade⁵⁰, revelada pela solidariedade. O cumprimento dos deveres, nesse sentido, é materialmente proveitoso para toda a comunidade, uma vez que encurta a trilha para o bem estar social.

Constata-se, assim, que os deveres fundamentais expressam práticas ou condutas impostas de maneira obrigatória pelo texto constitucional aos titulares de direitos com a finalidade de se atingir o bem comum⁵¹. O respeito pelos deveres fundamentais, como reflexo do

⁵⁰ Émile Durkheim, *Da Divisão do Trabalho*, (São Paulo: Martins Fontes, 1999), 50.

⁵¹ Maria José Roca Fernández, "La Tolerancia Entre Los Individuos como Deber Fundamental en el Derecho Alemán: Consideraciones Aplicables al Derecho Español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 83, (2008): 95-96.

senso de unidade dos membros de uma comunidade, constitui precisamente um eficiente instrumento para o alcance da igual dignidade social.

III.

DEVERES FUNDAMENTAIS DE SOLIDARIEDADE

O senso de responsabilidade social, concebido a partir do ato de reconhecer-se no outro, conduz o indivíduo a manter sua conduta pautada no compromisso comunitário, que está ligado às obrigações recíprocas. A associação de indivíduos em razão de um comum objetivo de atingir um estado de bem estar coletivo, até como uma forma de cidadania ativa e responsável, constitui um dos fundamentos para a existência de deveres de solidariedade⁵².

Os deveres de solidariedade são descritos por Kant como aqueles pertencentes à categoria de deveres de virtude para com os outros. A sua exposição quanto ao tópico indica que não é necessário ao indivíduo participar dos sofrimentos alheios, porém, consiste em um dever se solidarizar de maneira ativa com a sua condição, tendo em vista o propósito de alimentar os sentimentos compassivos naturais e a partir destes criar instrumentos de solidariedade⁵³.

A solidariedade, entretanto, não se circunscreve apenas às disposições constitucionais referentes aos deveres, mas em última análise, representa de certa forma uma orientação das direções do Estado. Os deveres fundamentais reproduzem a necessidade de os membros da sociedade participarem ativamente na construção das adequadas estruturas sociais, com a finalidade de promoção do bem estar coletivo.

Associado à noção de compromisso coletivo encontra-se justamente um catálogo de deveres a serem cumpridos pelos titulares de direitos. O que não significa que a satisfação de direitos dependa da efetivação de deveres fundamentais, já que a proteção dos direitos fundamentais enquadra-se como tarefa do Estado. Apesar disso, os direito-deveres ou deveres conexos com direitos operam como aditivos à concretização dos direitos fundamentais, de maneira complementar ao Estado e até mesmo como a contribuição que pode ser dada pela comunidade nesse mesmo sentido.

O dever geral de solidariedade, assim, é expressado também a partir de sua estreita ligação com a própria cidadania. A responsabilidade social no sentido de buscar um nivela-

⁵² Francisco Fernández Segado, "La Solidaridad como Principio Constitucional", 143-145.

⁵³ Immanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes*, (São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2013), 162-163.

mento entre todos os membros da sociedade a partir do momento em que se torna materialmente desempenhada, através dos deveres fundamentais, corresponde justamente à essência da cidadania, e como consequência, ao sentido da própria solidariedade.

1. DEFINIÇÃO

Os deveres fundamentais, de maneira ampla, evidenciam uma certa carga de envolvimento e empenho coletivo, que se converte em solidariedade. Revelam, ainda, o prisma social do ser humano, enquanto materialização da concepção de solidariedade instituída pela dignidade humana que deve ser inerente à toda a sociedade. Nesse sentido, a existência e a convivência em uma comunidade demandam o desempenho de deveres fundamentais por parte de cada membro integrante em relação aos demais⁵⁴ a fim de que a contribuição coletiva favoreça todos os grupos de uma sociedade, em uma verdadeira dignidade social.

É notável que há uma conexão entre o engajamento social, como revelação de um senso de empatia, e os deveres fundamentais, especialmente aqueles cujo benefício atinge diretamente a sociedade. O devido exercício dos deveres fundamentais, em análise simples e direta, é o instrumento que a sociedade possui para contribuir com a efetivação de direitos fundamentais.

Tal diagnóstico é facilmente perceptível quando a questão envolve direitos-deveres, também chamados de deveres conexos com direitos, justamente por consistirem na proteção e promoção dos direitos a que se referem. Entretanto, de maneira ampla, todos os deveres fundamentais atingem, mesmo que indiretamente, a sociedade, até mesmo aqueles para com o Estado.

Este é o caso do dever de pagar impostos ou do dever de contribuição com a administração eleitoral, que caracterizam-se por serem exigidos diretamente pelo próprio Estado. Assim, sem a colaboração para com as despesas do Estado, não é possível a formulação e concretização de políticas públicas, instrumentos para a efetivação de direitos fundamentais; já a falta de cooperação com a administração eleitoral inviabiliza a participação democrática em razão da inexistência de material humano suficiente para a realização de eleições, sem as quais o exercício do direito ao voto reputa-se impraticável.

Apesar de os deveres para com o Estado apresentarem a característica de gerar uma sanção em caso de descumprimento, em última análise, a possibilidade de aplicação de me-

⁵⁴ Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, 539.

didadas punitivas é motivada justamente pela relevância de tais deveres para o adequado funcionamento das engrenagens sociais. Nesse sentido, o devido desempenho desses deveres não deve ser estimulado meramente pelo receio de uma punição, como forma de evitar uma penalidade a ser aplicada pelo Estado. Mas a conduta do indivíduo deve ser compatível com a carga ética ou solidária dos deveres, até mesmo como respeito pela dignidade humana, uma vez que a razão principal para o adequado cumprimento desses deveres deve ter como alicerce justamente a solidariedade.

Assim, os deveres fundamentais de maneira geral carregam consigo um certo grau de força solidária, já que visam o bem comum, seja indireta ou diretamente. Os deveres fundamentais, como uma incumbência dos membros de uma sociedade no sentido de mantê-la em situação de bem-estar social⁵⁵, estariam, portanto, associados justamente à percepção de solidariedade.

Entretanto, quando se trata de deveres fundamentais de solidariedade, a conformação é manifestada de maneira diversa. Consistem, assim, naqueles deveres que apresentam como finalidade primordial atingir a relação dos membros da coletividade que de alguma forma encontram-se em condições menos favorecidas em relação aos demais.

O dever de ajudar o próximo em uma circunstância de necessidade faz parte de alguns dos principais valores de uma sociedade há séculos. Caracteriza-se como um dever positivo de colaboração mútua⁵⁶, de modo a constituir a sustentação do que se entende como um dever fundamental de solidariedade, isto é, uma expressão de empatia convertida em ação em relação aos indivíduos que se encontram em alguma situação adversa.

O interesse nas condições desfavoráveis dos demais, representada pela solidariedade⁵⁷, conduz o indivíduo a atuar no sentido de minimizar a intensidade do prejuízo do próximo, atitude que revela justamente o conteúdo do dever fundamental de solidariedade. A postura de solicitude social em relação aos menos afortunados demonstra, ainda, a essência da responsabilidade comunitária que envolve o dever fundamental de solidariedade.

A solidariedade, assim, produz no indivíduo uma preocupação para com o outro que não se encontra em uma conjuntura próxima à sua, de modo a ter uma atitude de deixar de evitar locais ou situações onde os menos favorecidos estejam⁵⁸. O dever fundamental de solidariedade, nesse sentido, nada mais seria que a consciência por parte dos sujeitos de uma comunidade de que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada nas mais variadas

⁵⁵ Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, 344.

⁵⁶ John Rawls, *Uma Teoria de Justiça*, (São Paulo: Martins Fontes, 2000), 122.

⁵⁷ Di Lorenzo, *Teoria do Estado de Solidariedade*, 133.

⁵⁸ Kant, *A Metafísica dos Costumes*, 162-163.

situações sociais, especialmente nas circunstâncias desfavoráveis à certos grupos. Tal reconhecimento orienta o indivíduo no sentido de movimentar-se para colaborar com os demais, respeitando os limites de possibilidade à ele impostos.

2. HIPÓTESES

Os deveres fundamentais de solidariedade encontram-se na rotina da sociedade, seja na proteção da saúde dos idosos, na promoção da educação para as crianças ou mesmo no fornecimento de condições mínimas de dignidade aos menos favorecidos. A conduta solidária é essencial para minimizar situações de necessidade de certos grupos da comunidade, de modo a elevar a sua qualidade de vida, o que aproxima a coletividade de um estado de bem estar.

A capacidade de unidade entre os membros de uma comunidade é claramente perceptível em determinadas circunstâncias, como a solidariedade que emerge a partir de uma catástrofe natural, que apela estritamente pela participação mais intensa dos integrantes da comunidade no sentido de prover a devida assistência aos afetados por uma calamidade. Faz parte da natureza do ser humano, assim, o senso de colaboração comunitária, já que a tendência à igualdade é inerente à sua essência. Logo, com a finalidade de se atingir o tratamento em isonomia, a sociedade deve se responsabilizar por proporcionar aos menos favorecidos condições e oportunidades para reduzir tal desnível⁵⁹.

Em elevado grau de intensidade no quesito ética social, a solidariedade significa uma consciência do indivíduo de que pertence a uma comunidade. Tal sentimento está ligado à fraternidade, o que conduz os membros da sociedade a contribuírem reciprocamente, de maneira compartilhada entre todos, bem como sustentarem uns aos outros em circunstâncias de dificuldade⁶⁰. Este envolvimento comunitário ocorre, por exemplo, nos movimentos sociais que visam reduzir a fome pela doação de alimentos, colaborar para o lazer dos idosos através da organização de eventos culturais ou desportivos, garantir as crianças os materiais necessários para a adequada educação ou fornecer os meios mínimos para uma vida digna aos mais carentes.

Entretanto, a solidariedade não manifesta-se apenas como uma exigência ética, mas também como um critério na esfera jurídica-política, especialmente quando se trata de deve-

⁵⁹ Rawls, *Uma Teoria de Justiça*, 107.

⁶⁰ Serio Galeotti, "Il Valore della Solidarietà", *Rivista Diritto e Società*, n. 1, (1996): 3-4.

res fundamentais. Não está associada somente aos valores de benevolência ou caridade, mas essencialmente à própria justiça, como um poderoso instrumento de igualdade⁶¹. Além de a solidariedade configurar-se como um mecanismo para o alcance do mínimo social, também consiste em um valor jurídico devidamente reconhecido e garantido pelo ordenamento, o que se evidencia justamente pela presença de dispositivos no texto constitucional que preveem os deveres fundamentais de solidariedade⁶².

A Constituição Italiana, em seu art. 2º, garante os direitos invioláveis ao indivíduo, bem como requer dele o cumprimento de deveres inderrogáveis de solidariedade política, social e econômica. Assim, o texto confere aos deveres fundamentais de solidariedade um papel essencial na construção das estruturas sociais, bem como na manutenção da harmonia coletiva.

Discrimina, ainda, nos demais dispositivos os deveres fundamentais de cada membro da sociedade, tais como o dever de trabalhar (art. 4º), o dever cívico (art. 48º), o dever de defesa da pátria (art. 52) e o dever de fidelidade à República (art. 54º). O texto constitucional italiano, nesse sentido, deixa clara a associação de todos os deveres fundamentais à uma carga de solidariedade, valor que, em última análise, de fato emerge de tais deveres.

Nesse sentido, a solidariedade no ordenamento jurídico italiano seria dividida em: solidariedade pública ou paterna e solidariedade fraterna ou deverosa⁶³. A solidariedade pública refere-se justamente às tarefas atribuídas ao Estado para a devida proteção e promoção dos direitos fundamentais pela via de políticas públicas. Já a solidariedade fraterna está associada precisamente aos deveres fundamentais enunciados pelo art. 2º e discriminados ao longo do texto constitucional. Assim, estes seriam realizados a partir do compromisso comunitário de seus membros integrantes, em uma verdadeira colaboração mútua para a adequada manutenção dos meios sociais.

Já a Constituição da República Portuguesa menciona diretamente os deveres fundamentais de solidariedade em seu art. 71º, n. 3. Além de pontuar a obrigação do Estado de efetuar políticas públicas de prevenção e tratamento de pessoas deficientes, também desenvolvê-la de forma a sensibilizar a sociedade em relação aos deveres de respeito e solidariedade para com eles, sem prejuízo dos deveres e direitos dos pais ou tutores.

Ademais, é tarefa do Estado, conforme consta do art. 63º, n. 5 da Constituição Portuguesa, fiscalizar e apoiar o funcionamento de instituições particulares de solidariedade

⁶¹ Javier de Lucas, "La Polémica sobre los Deberes de Solidaridad. El Exemplo de Deber de Defensa y su Posible Concreción en un Servicio Civil", *Revista de Centros de Estudios Constitucionales*, n. 19, (1994): 20-22.

⁶² Galeotti, "Il Valore della Solidarietà", 5-6.

⁶³ Galeotti, "Il Valore della Solidarietà", 15-16.

social e de outras cujo interesse público sem cunho lucrativo é reconhecido, tendo em vista o devido seguimento dos objetivos relacionados à solidariedade social quando estes envolverem nomeadamente: infância, juventude, terceira idade e deficientes.

É possível interpretar dos dispositivos mencionados que os movimentos sociais que visem a assistência à tais grupos caracterizam-se como ações em razão da solidariedade e em favor dessa parcela da comunidade que necessita de atenção e cuidados especiais. Tais atividades resultam justamente no cumprimento de deveres fundamentais de solidariedade para com aqueles que apresentam uma certa carência por zelos característicos à cada um desses grupos.

Assim, as crianças necessitam, por exemplo, de cuidados especiais referentes a educação compatível com a sua idade, a adequada alimentação ou ao acesso à saúde, entre outros. Aos idosos, por sua vez, devem ser garantidos os meios para que consigam se prover devidamente através dos valores recebidos à título de aposentadoria, a assistência à saúde ou os espaços de lazer. Já aos jovens, devem ser assegurados a pertinente formação profissional, as oportunidades de emprego ou acesso à habitação. Em relação aos deficientes, a pertinente assistência de saúde, educação, lazer e alimentação, de modo a serem os cuidados adequados às suas necessidades.

A conduta praticada no sentido de garantir tais bens às crianças, aos idosos, aos jovens e às pessoas deficientes reflete precisamente os deveres fundamentais de solidariedade, bem como o conteúdo que emerge do comportamento compatível com os deveres previstos constitucionalmente, cujos efeitos são ostentados como extremamente positivos para os membros da sociedade. Assim, manifesta-se materialmente interessante a colaboração da coletividade, de maneira complementar ao Estado, para com os grupos sociais que requerem uma atenção especial.

3. SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL

O meio ambiente ecologicamente equilibrado configura-se como um direito de todos, ou mais que isso, um direito-dever que requer um certo nível de solidariedade para que seja atingida a sua devida concretização. Constitui um direito garantido para a atual comunidade e um dever a ser cumprido também pela geração presente, porém, não somente como forma de assegurá-lo para si, mas também para as próximas gerações.

O dever de defesa do meio ambiente, assim, corresponde a um dever de solidariedade no mais alto grau, uma vez que a atuação para sua proteção atinge gerações presentes e futuras. Não se trata, por outro lado, de um direito das gerações futuras⁶⁴, já que tal nomenclatura mostra-se inadequada em razão de não se saber ao certo quem são os titulares desse direito⁶⁵, por ainda não existirem para o ordenamento jurídico.

O comportamento dos indivíduos, grupos e instituições deve reconduzir para o dever de solidariedade refletido pela atividade de preservação dos instrumentos indispensáveis para a viabilização da vida digna das gerações futuras, especialmente o meio ambiente. A concepção de responsabilidade entre gerações, de certa forma, demonstra a dimensão intertemporal dos deveres, uma vez que podem ser conferidos a comunidades existentes em momentos diversos, umas para com as outras⁶⁶.

Nesse sentido, a Constituição Espanhola, em seu art. 45º, prevê o direito-dever ao meio ambiente adequado, previsão próxima do art. 66º da Constituição da República Portuguesa, porém acrescenta ao seu texto um ponto interessante. O art. 45º, n. 2, pontua sobre a tarefa do Estado na conservação dos recursos naturais, sendo toda a atuação apoiada em uma solidariedade coletiva. Assim, os cidadãos são chamados a contribuir para a preservação do meio ambiente e para a utilização racional de recursos naturais, através do cumprimento de seus deveres de solidariedade.

O compromisso que envolve o desenvolvimento sustentável, dessa maneira, refere-se não apenas a atual geração, mas também as gerações futuras. Para tanto, o sociedade deve controlar a tendência natural de tirar o máximo de proveito dos recursos naturais atualmente disponíveis descartando os cuidados necessários para com o ambiente, com a finalidade de atuar no sentido de buscar a isonomia entre as comunidades presente e futura⁶⁷.

O direito ao meio ambiente, assim, está associado tanto à fruição de bens naturais, como de um dever de preservação destes, em um verdadeiro cenário de solidariedade comunitária. Tal necessidade de conservação conduz o indivíduo para o agir no sentido de cuidar dos meios ambientais, preservação que pode se reverter positivamente para ele próprio ou para o resto da comunidade, seja esta presente ou futura⁶⁸.

⁶⁴ Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais*, 219.

⁶⁵ Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 54.

⁶⁶ Gabriele Pepe, “La Solidarità Intergerazionale quale Strumento di Giustizia Redistributiva”, *Rivista AmbienteDiritto.it*, (2016): 2-3.

⁶⁷ Edith Brown Weiss, “In Fairness to Future Generations and Sustainable Development”, *American University International Law Review* 8, n. 1, (1992): 20-21.

⁶⁸ Carla Amado Gomes, *O Risco de Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Meio Ambiente*, (Lisboa: FDUL, 2007), 30.

As atitudes tomadas que podem de alguma maneira vir a influenciar a devida preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado perpassam pelo conteúdo expresso pela solidariedade, entretanto em maior amplitude, justamente por atingirem a comunidade com quem convivem e os seus sucessores. O reconhecimento de que os descendentes são membros a serem considerados pelos interesses comunitários que podem vir a afetar o seu bem estar, é materialmente interessante de maneira racional e não apenas emocional ou humanitária⁶⁹.

A inclusão de membros futuros em decisões atuais mostra-se verdadeiramente como um princípio de justiça, considerando que as opções adotadas no presente atingem também as gerações futuras. A solidariedade expressa pela consideração dos membros futuros da sociedade, conduz a justiça a assumir um componente intergeracional como parte indispensável para a noção de similaridade ética e moral compartilhada por toda a sociedade⁷⁰.

Assim, é importante oferecer as gerações futuras a oportunidade de tomar as suas próprias decisões, bem como de formar as suas próprias definições do que é considerado ter uma vida digna, de maneira compatível com o que se considerar pertinente para o momento em que viverem. A noção de igualdade de oportunidades, desse modo, não seria aplicável apenas aos atuais vínculos entre os indivíduos, mas também entre as gerações presente e futura⁷¹.

Mostra-se relevante, portanto, que a toda a comunidade, de maneira compartilhada, seja igualmente conferida a responsabilidade pela utilização consciente dos recursos naturais e pela devida preservação do meio ambiente. O adequado exercício do dever fundamental de solidariedade referente a proteção e defesa do meio ambiente produz efeitos intergeracionais que poderão ser determinantes para o modo como a dignidade humana será percebida pelos sucessores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de receberem menor atenção doutrinária e jurisprudencial em comparação aos direitos fundamentais, os deveres fundamentais exercem um papel essencial na atual conformação social. Refletem aquela conduta que deve ser praticada no sentido de manutenção dos meios sociais indispensáveis a uma vida com dignidade.

⁶⁹ Richard P. Hiskes, “Environmental Human Rights and Intergenerational Justice”, *Human Rights Review*, (2006): 83-84.

⁷⁰ Hiskes, “Environmental Human Rights and Intergenerational Justice”, 85.

⁷¹ Brian Barry, “Sustainability and Intergenerational Justice”, *Theoria: A Journal of Social and Political Theory, Poverty, Justice and Economy*, n.º. 89, (1997): 45-46.

A posição de relevância dos direitos fundamentais já está devidamente consolidada no ordenamento jurídico vigente. Os deveres, entretanto, apesar de integrarem o catálogo de dispositivos constitucionais, não são reconhecidos por apresentar força semelhante aos direitos. Sua relevância para a construção de uma sociedade harmônica, no entanto, não deve ser esquecida.

Nesse sentido, a existência de uma sociedade sustentada apenas por direitos reputa-se impraticável, uma vez que não há comunidade que resista ao cenário em que seus integrantes detenham apenas direitos e não possuam qualquer dever para com a coletividade. O Estado de Direito, assim, não é capaz de suportar as demandas de uma sociedade que possua apenas direitos, sem a existência de deveres para com o próprio Estado ou para com a comunidade.

Os deveres fundamentais, assim, estão presentes na Constituição da República Portuguesa em extensão maior que as suas antecedentes, porém, em forma de um catálogo reduzido em comparação com o rol de direitos fundamentais. Apesar disso, os deveres apresentam-se claramente situados no texto constitucional, de modo a conferir aos membros da comunidade atribuições a serem cumpridas como forma de contribuir com o Estado ou mesmo com a própria sociedade.

A colaboração com o Estado ocorre através do cumprimento de determinados deveres essenciais para o devido funcionamento da máquina estatal, como por exemplo, o dever fundamental de pagar impostos. Ademais, apenas em razão do potencial contributivo, o Estado demonstra a sua capacidade de oferecer as condições necessárias a concretização de direitos fundamentais, como a formação e a manutenção de políticas públicas, o que comprova que a sociedade também é atingida pelo cumprimento ou não do dever de pagar impostos.

Outro exemplo de dever fundamental cujo receptor direto é o Estado corresponde ao dever de colaboração com a administração eleitoral. Entretanto, se não houver material humano suficiente para oferecer os mecanismos necessários para a realização de eleições, a sociedade também é atingida, de modo a ter o seu direito-dever de voto inviabilizado.

Por outro lado, há deveres fundamentais que visam atingir diretamente a comunidade, como o dever de defesa da saúde, o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos, o dever de proteger o meio ambiente ou o dever de preservar o patrimônio cultural. Assim, o cumprimento de deveres dessa ordem reflete o instrumento que as pessoas possuem para cooperar com a sociedade, de maneira complementar ao Estado.

A colaboração dos indivíduos por meio da prática de deveres para com a comunidade, assim, corresponde ao mecanismo que eles dispõem contribuir para o alcance de um estado de bem estar social. Está associado a essa conduta um valor comunitário que conduz

os indivíduos a unidade através do auxílio mútuo, o que culmina com benefícios para todas as partes envolvidas.

O reconhecimento da condição de semelhança em relação aos demais, em uma verdadeira identificação da dignidade do outro, conduz o indivíduo a atuar no sentido de oferecer a sua parcela de contribuição para a comunidade. A dignidade humana representa, assim, uma energia valorativa de tal modo que, além de vincular o Estado para disponibilizar os meios indispensáveis a garantia da sua proteção e promoção, submete também as pessoas na esfera das relações privadas, o que se verifica através do respeito mútuo.

A ajuda mútua manifesta-se como elemento essencial para que se alcance o bem comum, objetivo principal de uma comunidade. A noção de que o bem estar de todos depende de um empenho social ativo expressa um estímulo responsável por romper com o individualismo e conduzir as pessoas para uma atuação em favor da coletividade, através do cumprimento de deveres.

A prática de deveres reflete, portanto, o senso de uma responsabilidade social, a partir da qual os indivíduos optam por atuar para o benefício coletivo. A consciência coletiva produz uma intenção em colaborar com os demais membros de uma comunidade, o que não deixa de remeter ao conteúdo expresso pela solidariedade

O entendimento da essência da solidariedade passa pela identificação de que a aliança natural entre os integrantes de uma sociedade revela-se como um elemento substancial para seu progresso e sua manutenção. Nesse sentido, o conteúdo expresso por direitos e deveres encontra significado precisamente nas próprias relações que vinculam solidariamente as pessoas.

Assim, dentro da sua liberdade, os indivíduos optam por compactuarem solidariamente com a responsabilidade social que lhes é atribuída. A partir dessa atuação complementar às tarefas Estado, a sociedade adquire os meios indispensáveis para buscar igualar as intensas e amplas diferenças presentes nos mais diversos grupos sociais a ela inerentes.

Os deveres fundamentais de solidariedade, nesse sentido, mostram-se extremamente relevantes para equilibrar tamanho desnível social. Configuram-se como a consciência por parte dos sujeitos de uma comunidade de que a dignidade humana deve ser observada nos mais diversos cenários sociais, nomeadamente nas situações consideradas desfavoráveis à certos grupos.

Os sujeitos beneficiados pelo cumprimento de deveres de solidariedade, dessa maneira, são aqueles cujo contexto apresenta-se como desvantajoso, inadequado ou incompatível com o que se considera necessário para uma vida digna. As pessoas mais carentes, as crianças,

os jovens, os idosos e os deficientes constituem alguns desses grupos aos quais os deveres de solidariedade são aplicáveis como forma de concretização de seus respectivos direitos fundamentais.

Ademais os deveres de solidariedade não encontram repercussão apenas no texto constitucional, mas também em outras áreas na esfera jurídica, como no direito civil, através do cumprimento de obrigações, da responsabilidade social ou pelo princípio da boa fé; no direito penal, pela omissão de auxílio ou socorro. Além disso, tais deveres também produzem ressonância no âmbito do direito internacional, como nos movimentos de ajuda humanitária ou até mesmo em relação a situação dos refugiados.

O dever de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, por sua vez, constitui um dever de solidariedade singular. Diverge dos demais por se tratar de uma atuação que envolve uma solidariedade intergeracional, isto é, o dever de proteção do meio ambiente não atinge apenas a comunidade atual, mas também as gerações futuras. Nesse sentido, o cumprimento do dever de solidariedade relacionado ao meio ambiente procurar oferecer aos sucessores as oportunidades de se ter uma vida com dignidade, como uma verdadeira expressão de isonomia intergeracional.

Portanto, os deveres fundamentais de solidariedade são a manifestação do caráter generoso e empático do ser humano, que ocorre pelo cumprimento das incumbências que lhe foram conferidas pelo texto constitucional. A prática dos deveres fundamentais constitui, assim, uma ferramenta que o indivíduo possui para contribuir com a estruturação dos meios sociais, de modo a efetivar direitos fundamentais das pessoas menos favorecidas como forma de reduzir o desnível coletivo e atingir o bem comum.

Para citar este trabajo: Mendonça, Suzana M., “Deveres fundamentais de solidariedade”, *Revista de Derecho. Ucuadal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 91-116.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agostinho, Santo. *O Livre-Arbítrio*, São Paulo: Paulus, 1995.
- Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2015.
- Arendt, Hannah. *A Condição Humana*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- Arendt, Hannah. *Origens do Totalitarismo*, São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.
- Barroso, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, 62.
- Barry, Brian. “Sustainability and Intergenerational Justice”, *Theoria: A Journal of Social and Political Theory, Poverty, Justice and Economy*, nº. 89, (1997): 43-64.
- Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1993.
- Cícero, Marco Túlio. *Dos Deveres*, Lisboa: Edições 70, 2017.
- Di Lorenzo, Wambert. *Teoria do Estado de Solidariedade*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- Durkheim, Émile. *Da Divisão do Trabalho*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- Duvignaud, Jean. *La Solidarité: Liens de Sang et Liens de Raison*, Paris: Fayard, 1986.
- Dworkin, Ronald. *Justiça para Ouriços*, Coimbra: Almedina, 2011.
- Fernandéz, Maria José Roca. “La Tolerancia entre los individuos como deber fundamental en el derecho alemán: consideraciones aplicables al Derecho Español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 83, (2008): 93-113.
- Galeotti, Sergio, “Il Valore della Solidarietà”, *Rivista Diritto e Società*, n. 1, (1996): 1-24.
- Gomes, Carla Amado. *O Risco de Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Meio Ambiente*, Lisboa: FDUL, 2007.
- Hiskes, Richard P. “Environmental Human Rights and Intergenerational Justice”, *Human Rights Review*, (2006): 81-93.
- Hunt, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- Kant, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- Lucas, Javier de. “La Polémica sobre los Deberes de Solidaridad. El Ejemplo de Deber de Defensa y su Posible Concreción en un Servicio Civil”, *Revista de Centros de Estudios Constitucionales*, n. 19, (1994): 09-88.
- Mahlmann, Matthias. “The Good Sense of Dignity: Six Antidotes to Dignity Fatigue in Ethics and Law”, *Oxford University Press*, (2013): 593-614.
- Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais*, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- Nabais, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Almedina, 2015.

- Nussbaum, Martha. *Political Emotions, Why Love Matters for Justice*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard Press, 2013.
- Otero, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2016.
- Peces-Barba, Gregório Martínez. “Los Deberes Fundamentales”, *Novissimo Diggesto*, (1987): 329-341.
- Pepe, Gabriele. “La Solidarità Intergerazionale quale Strumento di Giustizia Redistributiva”, *Rivista AmbienteDiritto.it*, (2016): 1-13.
- Pufendorf, Samuel. “The Whole Duty of Man According to the Law of Nature”, Online Library of Liberty, 18 de junho de 2017, http://files.libertyfund.org/pll/pdf/Pufendorf_0217_EBk_v7.0.pdf.
- Rawls, John. *Uma Teoria de Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- Reis Novais, Jorge. *A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Direitos Fundamentais*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2016.
- Rubinstein, Flávio. “A Bona Fides como Origem da Boa Fé Objetiva no Direito Brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, (2004): 573-658.
- Segado, Francisco Fernández. “La Solidaridad como Principio Constitucional”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, (2012): 139-181.
- Varela Diaz, Santiago. “La Idea de Deber Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, n. 4, (1982): 69-96.
- Vieira de Andrade, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2004.
- Weiss, Edith Brown. “In Fairness to Future Generations and Sustainable Development”, *American University International Law Review* 8, n. 1, (1992): 19-26.

Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos

The implications of considering the child subject to rights

*Maricruz Gómez de la Torre Vargas*¹

¹Universidad de Chile, Chile

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7474-3291>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

RESUMEN: Se aborda las consecuencias que el niño sea sujeto de derecho, lo que implica que tiene autonomía progresiva, y que debe ser oído y considerada su opinión cuando se tome una decisión que le afecte, de acuerdo con su edad y grado de madurez. Principio que entra en colisión con algunas instituciones tradicionales del derecho civil como la capacidad y la patria potestad

PALABRAS CLAVES: autonomía progresiva, capacidad, interés superior del niño, derecho del niño a ser oído.

ABSTRACT: An analysis of the consequences of a child being subject to law, and the implication that the child possesses a progressive autonomy and in accordance with the age and maturity of the child, should be heard when making a decision that impacts the child. A principle that that collides with the views of some traditional civil law doctrines such as capacity, and parental authority.

KEYWORDS: progressive autonomy, capacity, best interest of the child, right of the child to be heard.

SUMARIO: I) Introducción. II) Principio de la autonomía progresiva del niño, niña y adolescente. 1) Autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes y la doctrina clásica de la capacidad. 2) Autonomía progresiva y patria potestad. III) Interés superior del niño. IV) Derecho del menor a ser oído y tomada en cuenta su opinión. V) Conclusiones. Bibliografía.

Recibido: 12/04/18. Observado: 08/06. Evaluado y corregido: 24/09. Aprobado: 22/10

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) ha provocado transformaciones trascendentales en la forma de entender la infancia y la adolescencia. Se produce un cambio en el paradigma, que significó pasar de la doctrina de la situación irregular o Protección Tutelar, que concibe al niño como un objeto de protección del Estado y de la sociedad en general, a la doctrina de la Protección Integral del Niño, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho. Es así como los Estados iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la Protección Integral, en la cual se considera al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y de persona en desarrollo, dejando atrás la concepción de que el menor era un simple destinatario de acciones sociales o un mero objeto de sus padres y del Estado o un sujeto pasivo de medidas de protección.

El modelo de situación irregular o Protección Tutelar se hacía cargo de los menores que se consideraban en situación irregular. Es decir, aquellos que estaban en situación de riesgo social, abandonados o disfuncionales. En esta doctrina, el niño era definido por sus carencias y considerado objeto de protección y control por parte del Estado, las familias y la sociedad, a quienes debían otorgarles tutela y amparo².

Con la incorporación de la doctrina de Protección Integral, se considera al menor sujeto de derecho, lo que implica que se le reconocen derechos autónomos, con capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades. Mientras el niño va alcanzando madurez serán los padres o sus representantes legales quienes los acompañen guiándolos y apoyándolos para hacer efectivo sus derechos.

Este cambio de paradigma se basa fundamentalmente en tres principios: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho de éste a ser oído.

² Sabrina Viola, "Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente", *Cuestión de Derechos*, Revista electrónica N°3 (2012):83.

II.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

Del artículo 5° de la CDN, se desprende el principio de la autonomía progresiva del niño³ que establece que la autonomía del niño, niña o adolescente es progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos. Este principio viene a afectar la facultad de representación y algunas facultades, deberes y responsabilidades de la filiación como la educación, la religión⁴ que tienen los padres o las personas a cuyo cargo se encuentren respecto de sus hijos o pupilos. Este principio se encuentra incorporado en la legislación chilena en los artículos 222.1°; 234.2°; 242,2° y 245 del Código Civil; 3,1°; 27,2°; 54.1°;74.3° N°5 y6 y 85.2° de la Ley de Matrimonio Civil (LMC) y 15 16 de la Ley de Tribunales de Familia (LTF).

Señala que el ejercicio progresivo implica, de acuerdo, a la evolución de sus facultades, que los niños van adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos a medida que se van desarrollando como personas. No se establece una edad fija a partir de la cual los menores ejerzan sus derechos, sino que se evalúa el desarrollo del niño para ejercitarlos. Este desarrollo está estrechamente relacionado con los procesos de “maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre como dichos derechos pueden materializarse mejor.”⁵

Asimismo, el artículo 5° de la CDN determina cuál es el rol de los padres o persona que esté a cargo del menor y del Estado. A los padres o persona que esté a cargo de éste les corresponde dirigir y orientar al menor para que pueda ejercer sus derechos, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que otorgan al niño, niña y adolescente. Estos ajustes deben tener en cuenta los intereses y deseos del menor, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Es decir, la autonomía

³ Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño, artículo 5° “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

⁴ Rodrigo Barcia Lehmann, “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforma a sus condiciones de madurez”, Universidad de Talca, *Revista Ius et Praxis* Año 19 N°2, (2013): 7.

⁵ Naciones Unidas, Observación General N°7. Realización de los Derechos del Niño en la primera Infancia”, *Centro de Investigación Innocenti* (2005): 76.

es inversamente proporcional: a menor autonomía del menor, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a cargo del menor.

En cuanto al Estado, el artículo 5° establece que le corresponde a éste, respetar los derechos y facultades de los padres o personas que estén a cargo del niño, niña o adolescente.

Respecto al grado de desarrollo, no hay duda de que hay grandes diferencias en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen los niños. “La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual que la de un adolescente de 16 años: por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.⁶

Por ello, el operador del derecho, sea en el ámbito administrativo como en el judicial, debe tomar en consideración las “condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponde, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”⁷

Es importante destacar que la autonomía o capacidad progresiva que se le reconoce a los niños, niñas y adolescentes no solo comprende el ejercicio de sus derechos sino también sus obligaciones.⁸ Esto significa que los niños, niñas y adolescentes son responsables de sus actos a medida que van adquiriendo madurez y en consecuencia si un adolescente tiene la suficiente madurez para tomar una decisión sobre su vida, también lo es para asumir los errores, riesgos y deberes que aquella decisión le puede traer aparejado.⁹

Por todo lo señalado, podemos concluir que la autonomía progresiva de un menor debe ser evaluada caso a caso, cada niño es único, tomando en cuenta su grado de madurez tanto psíquica como social y culturalmente. Utilizando como parámetros para la evaluación: la familia, el lugar en que vive (no es lo mismo un niño que crece en la capital que un niño que crece en el campo lejos de todo desarrollo tecnológico), la educación, el medio en el que se desarrolla y la situación económica.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva n°17, (2002), párrafo 101.

⁷ Opinión Consultiva N°17, párrafo 102.

⁸ María Julia Delle Vedove, “La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente” *Nuestra Joven Revista Jurídica*, III (I- Serie I). Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho, (2010):4.

⁹ Delle Vedove, “La autonomía progresiva: ...:4

1. AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA CAPACIDAD

Este ejercicio de derechos presenta contradicciones con la doctrina clásica que contiene el Código Civil. El derecho patrimonial clásico ordenó las reglas que determinaban la capacidad en el acto jurídico, centrándose en la capacidad de ejercicio, por cuanto a toda persona se le concede capacidad de goce.

Se entiende por capacidad de goce, “la capacidad para adquirir o gozar de los derechos civiles que tiene todo individuo por el solo hecho de ser persona, de manera que es uno de los atributos de la personalidad”¹⁰. En cambio, la capacidad de ejercicio es

la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil. Pero esta aptitud está constituida por un requisito concreto que debe concurrir en las personas, que lo diferencia de la aptitud para ser titular de derechos, que solo requiere la atribución de la personalidad por el ordenamiento jurídico. Este requisito que supone, o más bien constituye la capacidad de obrar, es la existencia real y concreta de una voluntad capaz de discernir con responsabilidad y con la debida independencia o libertad cuales son los actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales que desea realizar¹¹

Los incapaces absolutos carecen de voluntad y no pueden ejecutar por sí mismo ningún acto jurídico válido, porque este acto supone como elemento esencial la voluntad “y se comprende que quien no la tiene o se encuentra imposibilitado de expresarla, no puede ejecutar un acto de esa naturaleza”¹². En consecuencia, ellos para actuar en la vida jurídica requieren de un representante legal (artículo 43 Código Civil),¹³ que será: el padre o la madre, el tutor o el curador que lo representan, quienes se ponen en su lugar, lo sustituyen¹⁴. Esto es reiterado en el artículo 390 del Código Civil que prescribe “Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones”.

¹⁰ Avelino León Hurtado. *“La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979), 291.

¹¹ Alberto Lyon Puelma, *“Personas naturales”*, (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3ª edición actualizada, 2007): 17.

¹² Corte de Apelaciones de la Serena, Sentencia de 11 de junio de 2010, Rol N°722-2009.

¹³ CÓDIGO CIVIL, artículo 43 “Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador”

¹⁴ Paula Silva Barroilhet, *“La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual”*, (Santiago-Chile, Editorial Thomson Reuters, 2017): 133.

Como señala Paulina Silva “una persona sujeta a tutela o curatela -guarda- carece de toda facultad para que su expresión de voluntad tenga valor, sea considerada y respetada en todos los ámbitos de su vida puesto que otro actúa por él. Se trata de un sistema de voluntad sustituida, anuladora de la persona”.¹⁵

Por su parte, la capacidad de ejercicio se determina conforme a la pubertad, distinguiéndose, conforme al artículo 26 del Código Civil entre infante o niño, simplemente impúber y menor adulto. Como señala Rodrigo Barcia esta forma de abordar la capacidad -conforme a un sistema rígido de edades- se tornó insostenible para resolver los problemas que se presentan en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales. La forma clásica de entender la incapacidad chocó con el derecho moderno, que centró su eje en los derechos fundamentales o de la personalidad, y no en los derechos patrimoniales. Ello ha llevado a separar las reglas de la capacidad en el acto jurídico, de las que rigen la capacidad en el ámbito extrapatrimonial, de los derechos de la personalidad o de los fundamentales.¹⁶

No obstante lo señalado, nuestra legislación hace excepciones al reconocer plena capacidad a los relativamente incapaces en determinados casos puntuales como en el reconocimiento de un hijo o hija y en la redacción de un testamento (artículo 262 Código Civil).

En síntesis, el sistema de la voluntad sustituida está en abierta contradicción con la doctrina de la CDN que establece el principio de la autonomía progresiva que reconoce que los niños, niñas y adolescente son sujetos de derecho, con voluntad que les permite expresar intereses y deseos, de acuerdo con sus facultades, los cuales deben ser tomados en cuenta por sus padres o tutor o curador.

En cuanto a los menores adultos se les otorga mayor participación cuando se trata de derechos extrapatrimoniales, pero no en los patrimoniales. De lo que se infiere la necesidad de la sustitución de la doctrina clásica del régimen de la capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes por el de una capacidad progresiva.

2. AUTONOMÍA PROGRESIVA Y PATRIA POTESTAD

Existe una relación directa entre el principio de la autonomía progresiva y la patria potestad. Esta última prescribe que son los padres quienes tienen la potestad de decidir sobre los bienes de sus hijos o hijas menores de edad y de representarlos, haciendo alusión al an-

¹⁵ Silva Paula, “*La capacidad jurídica ...*”:133.

¹⁶ Barcia, Rodrigo “*La capacidad de los niños y adolescentes conforme ...*”:5

tiguo modelo que concebía al niño como objeto de protección. En este sentido, el régimen contradice lo que el principio de la autonomía progresiva sostiene en cuanto los adultos tienen que orientar a los niños, niñas y adolescentes para que sean ellos quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos. De esta forma, la representación legal por parte de los padres irá disminuyendo a medida que los menores vayan adquiriendo mayor autonomía, actuando en representación legal como la forma de protección especial de los niños, niñas y adolescentes que no cuentan con un grado de madurez o autonomía suficiente para ejercer por sí mismos sus derechos.¹⁷

Nuestra legislación, alejándose de lo prescrito en la mayoría de las legislaciones extranjeras, separa las relaciones jurídicas relativas a la persona de los hijos “autoridad paterna” de las relativas a los bienes y a su representación en el concepto de “patria potestad”. Su ámbito son los derechos patrimoniales y se ejerce sobre los hijos menores de 18 años y sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.¹⁸

La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se sub-inscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres (Código Civil artículo 244). Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo. Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad (artículo 245 Código Civil).

Asimismo, cuando la paternidad y la maternidad hayan sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre y de la madre, se nombrará tutor o curador al hijo. Lo mismo sucederá respecto del hijo cuyos padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad o cuya filiación no esté determinada legalmente ni respecto del padre ni respecto de la madre.¹⁹

¹⁷ Viola, “Autonomía progresiva...”:87.

¹⁸ Código Civil, artículo 243 “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

¹⁹ Código Civil artículo 248 “Se nombrará tutor o curador al hijo siempre que la paternidad y la maternidad hayan sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre y de la madre. Lo mismo sucederá respecto del hijo cuyos

La patria potestad otorga a los padres, o al padre o madre que la tenga, el derecho legal de goce o usufructo sobre los bienes y la administración de los bienes del hijo o hija y la representación legal de éstos.

El derecho legal de goce sobre los bienes del hijo o hija implica la administración de estos (artículo 253 Código Civil), con las limitaciones de que no se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces sin autorización judicial (artículo 254 Código Civil). La ley omitió establecer que tanto la enajenación como el gravamen de bienes raíces deben ser autorizados por el juez, debido al interés del hijo o hija y que, además, antes de otorgarse la autorización debe escucharse la opinión del hijo o hija dueño del inmueble, si tiene la edad y el grado de madurez para ello. La patria potestad va más allá del solo ejercicio de los poderes parentales sobre los bienes de los hijos, si los padres no se detienen a oírlos, creyéndose dueños de su voluntad, no podrán darse cuenta del real alcance de sus decisiones en el núcleo de la familia.²⁰

Con respecto a la representación, como ya se señaló, ésta será ejercida por el padre. Pero, siempre que el hijo o hija tenga que litigar como actor contra el padre o madre que ejerce la patria potestad le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla le dará un curador *ad litem*.²¹

Por su parte, el artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia señala que en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. Agrega dicha norma que el juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representantes legales o cuando por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda legalmente su representación. Añade la norma, en lo que interesa, que la persona así designada será curador *ad litem* del menor o incapaz, por el solo ministerio de la ley y su representación se extenderá en todas las actuaciones judiciales.

Una de las críticas y que comparto es aquella que se hace al nombramiento del curador *ad litem* por parte del juez; la ley no señala cuales deben ser los criterios que deben utilizar los jueces para elegir al curador y cuál es su rol, si actúa como abogado del menor representando

padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad o cuya filiación no esté determinada legalmente ni respecto del padre ni respecto de la madre”.

²⁰ Miguel Alarcón Cañuta, “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación” (Santiago, *Ars Boni et Aequi*, año 11 N°2);37.

²¹ Código Civil, artículo 263 “Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis.

su interés superior o como un profesional que representa los intereses manifiestos del niño, niña o adolescente y se ciñe a sus instrucciones.

De lo señalado podemos concluir que se hace necesario una modificación de la patria potestad que incorpore el principio de autonomía progresiva y que permita al niño, niña o adolescente manifestar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta cuando sea beneficiosa para éste, cuando se administre, enajene, grave sus bienes o cuando se actúe en representación de él.

III.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño es un principio fundamental considerado como el “principio rector de la Convención.”²² Está incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en el año 1990. Este principio consiste en dar pleno respeto a los derechos esenciales de los niños y adolescentes. Su finalidad “es proteger el desarrollo del menor y la plena satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”²³

El interés superior del niño, como derecho, principio general y regla de procedimiento, llama a analizar, con especial atención, las situaciones de hecho que rodean a los conflictos en que se involucran niños, niñas y adolescentes.

Este principio ha tenido una sostenida incorporación en nuestra legislación en los artículos 242 inciso 1²⁴, 222.1º, 225.3º, 229.3º, 234.3º, 240. 2º, 242.2º, 244. 3º, 245.2º, 268.2º, y 272.2º del Código Civil; Ley N° 19.620 que regula la adopción en los artículos 1º, 3º y 15. 3º. Ley de Matrimonio Civil, Ley N°19.947 artículo 3º, 27.2º, 55.2º, y 85.2º²⁵.

²² Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en *Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, editado por Emilio García Mendez y Mary Belof, (Bogotá: Temis- Depalma, 1998): 70.

²³ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia de 12 de abril de 2016, RolN°2867-2015, considerando decimosegundo.

²⁴ Este artículo sufrió una modificación con la Ley N° 20.680. Es el principio que irradia toda la ley. Por ello, se modifica el artículo 222 del Código Civil para iniciar el Título IX “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” señalando que *la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo*.

²⁵ Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, artículo 85, inciso 2º: “Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes”.

Por su parte, La Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, incorpora el principio en su artículo 2º:²⁶ La Ley N° 20.584, sobre Derechos y Deberes de los Pacientes, en su artículo 17. 3º y el Reglamento de esta ley, lo incorpora en el artículo 13.

Como puede apreciarse el interés superior del niño es un principio general del Derecho, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico que permea a todas las materias que se refieren a la niñez y adolescencia, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 3º de la CDN²⁷.

También incorpora este principio la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Dice su artículo 16 inciso 2º: el “interés superior del niño, niña o adolescente, es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. Esto mismo es reiterado en el artículo 30 inciso 2º, 19²⁸ y 22.

Como puede observarse la Ley que crea los Tribunales de Familia tiene por finalidad, entre otras cosas, dar absoluta protección al ejercicio y goce pleno de los derechos y garantías que posean los niños, niñas y adolescentes que se relacionen con la justicia de familia. Además, la norma establece un mandato para el juez en la dirección que éste siempre debe tener en consideración principal, al momento de decidir cuestiones de su competencia, el principio del interés superior del niño en la causa concreta que revise. Con ello, nuestra legislación contempla a este principio no solo en su ámbito material, sino también en su ámbito procedimental. Se constituye como un derecho para el o los menores involucrados el que su interés sea considerado de manera primordial en la decisión judicial.

Como señala el Tribunal Constitucional, el interés se traduce en que el juez debe considerar que los derechos, garantías, ventajas, utilidades del niño, niña o adolescente, que sean beneficiosos para él, deben prevalecer en caso de conflicto con otras situaciones dignas

²⁶ Ley N° 20.084, artículo 2º “En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el **interés superior** del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”.

²⁷ María Josefa Méndez Costa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, (Bogotá: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006): 313; Gonzalo Aguilar Carvallo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 6, N°1; (2008): 26; Andrés Gil Domínguez, *Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescente. Derecho Constitucional de familia* (Buenos Aires, EDIAR, 2012): 80; Cristián Lepin Molina, “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23, (2014):39; y Juan Andrés Orrego Acuña, *Temas de Derecho de Familia* (Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2007): 13; Ravetllat Ballesté, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30 N°2, (2012): 80.

²⁸ Ley N° 19.968, artículo 19: “En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas adolescentes o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados”.

de protección. Asimismo, significa que dichas variables deben ir en mejora del niño, niña y adolescente cada vez que deban decidir una situación que le afecte.

Como se observa la expresión “interés” no puede quedar reducida a una ventaja o utilidad, pues comprende también los derechos o garantías o cualquier aspecto variable que beneficie al menor. Y la superioridad está dada, por una parte, por la prevalencia de todo lo que sea conveniente o beneficioso para el niño, niña y adolescente, y por otra buscar la mejora progresiva en su situación.²⁹

Cuando el interés del menor entre en conflicto con el de otra persona, el juez o las personas responsables de la toma de decisiones deberán analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño, niña o adolescente sea una consideración primordial. Esto significa que los intereses del menor tienen la máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño

Aplicando lo anteriormente señalado, el interés superior del niño se concretiza, en materia de capacidad en el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niños, niñas y adolescentes puesto que lo más conveniente para ellos es el ejercicio de sus derechos y dentro de estos derechos está el ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en virtud de la evolución de sus facultades, frente al deber de los padres o demás responsables en su caso, de impartir orientación y apoyo para que el menor ejerza sus derechos, de acuerdo a su edad y grado de madurez.

IV.

DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO Y TOMADA EN CUENTA SU OPINIÓN

El derecho del niño, niña y adolescente a ser a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula y configura a partir del principio del interés del menor, entendido como la satisfacción integral de sus derechos pues no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle la oportunidad de ser oído. Es un principio establecido en la CDN, que consiste en la obligación de los Estados de garantizar a todo menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente, teniéndosela debidamente en cuenta, conforme a su edad y grado de madurez. Con tal fin

²⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia de 12 de abril de 2016, considerando decimosegundo.

se dará al menor la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (artículo 12).³⁰

Aplicar el derecho del niño a ser oído es un requisito esencial para determinar el interés superior del niño en el caso concreto. La Corte de Apelaciones de Santiago, citando un fallo de la Corte Suprema ha señalado que este derecho constituye un principio primordial “conforme al cual, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a expresar sus opiniones en los diferentes ámbitos de su vida. Si bien la obligación de oír al niño no es equiparable con aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante a analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que se adopte sea la más favorable a su respecto.”³¹

Por su parte, la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño ha considerado a este principio como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo y consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos³².

La Observación establece medidas que deben aplicarse para garantizar el cumplimiento del derecho del niño a ser escuchado y, condiciones básicas para su acatamiento. Asimismo, señala que el derecho del niño a ser escuchado está vinculado a los artículos: 2 (derecho a la no discriminación), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo), 13 (derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información) y 5 (evolución de las facultades del niño, niña y adolescente y dirección y orientación apropiadas de los padres) siendo además interdependiente con el interés superior del menor.

Analizando el artículo 12.1 de la CDN podemos señalar que se garantiza, a todo niño, niña o adolescente que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Tiene derecho a manifestar de

³⁰ Convención de los Derechos del Niño, artículo 12 “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 22 de agosto de 2016, Rol 1128-2016, Considerando 5°, citando sentencia de Corte Suprema.

³² Comité de los Derechos del niño, Observación N° 12 *El derecho del niño a ser escuchado*, (2009) :5, párrafo 2).

manera libre sus deseos y sentimientos y que sean tenidos en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que le incumbe, vinculándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo señalado importa que deben ser considerados como sujetos de derecho y al estar en las condiciones que señala la disposición, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación y un diálogo con ellos.³³

El “derecho de expresar su opinión libremente” significa que el niño, niña y adolescente pueden expresar sus opiniones sin presión y pueden escoger si quieren o no ejercer su derecho a ser oído. “Libremente”, significa que el menor no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas.³⁴ Se sostiene que el derecho a opinar es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador que regulan expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, entendiéndose como un derecho de participación que debe ser interpretado en consonancia con el principio del interés superior del niño y de la autonomía progresiva.³⁵

Cuando se indica que es necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez” se hace referencia a la capacidad del menor, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones. No basta con escuchar al niño, niña y adolescente; las opiniones de éstos tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el menor sea capaz de formarse un juicio propio.³⁶

Constituye por una parte, una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, al regular expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, y, por otra, el derecho de participación de los niños que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo³⁷

Con respecto a la exigencia de la edad, esta constituye “un presupuesto subjetivo muy importante en la dinámica de las instituciones y situaciones del estado familiar, (...) como delimitadora de la eficacia y contenido de la relación paternofilial pues, durante la minoría

³³ Corte Suprema, Sentencia de 08 de abril de 2017, Rol N°1732-2017.

³⁴ Observación N° 12 *El derecho del niño a ser escuchado*” (10, párrafo 22).

³⁵ Corte Suprema, Sentencia de 08 de abril de 2017, Rol 1732-2017, Considerando 3°.

³⁶ Observación N° 12 *El derecho del niño a ser escuchado*”: 11, párrafo 28

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Rol 2215-2016, Considerando 5°.

del hijo o hija determina el funcionamiento de la patria potestad, sin que, naturalmente suponga la extinción del vínculo permanente de estado que consiste la filiación.”³⁸

Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los menores no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño, niña y adolescente para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones de ellos tienen que evaluarse mediante un examen caso a caso.³⁹

La “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomársela en consideración al determinar la capacidad de cada niño, niña y adolescente. La madurez es difícil de definir. En el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño o niña o adolescente para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el menor también deben tenerse en consideración. Cuanto mayor sean los efectos del resultado en la vida del menor, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.⁴⁰

A su vez, el párrafo 2 del artículo 12 prescribe que debe otorgarse al niño, niña, adolescente la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En relación a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una Opinión Consultiva, señaló que: “El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En la ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”⁴¹.

Con respecto a la legislación nacional, este principio ha sido incorporado en los artículos 242.2° del Código Civil, 85.2° y 3° Ley de Matrimonio Civil, 69.1° LTF. Cabe señalar

³⁸ Enrique Ramos Chaparro, “Niños y jóvenes en el derecho civil constitucional” *Derecho Privado y Constitución* N°7 (septiembre-diciembre 1995):187.

³⁹ Observación N°12 *El derecho del niño a ser escuchado*:11, párrafo 30.

⁴⁰ Observación N°12 *El derecho del niño a ser escuchado*:11, párrafo 30.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva 17/2002”, (28 de agosto de 2002): párr. 102.

que el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia⁴² es considerado como principio informador del contencioso familiar⁴³

La aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta se entronca con el derecho al debido proceso. Uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída, comprendiendo en éste la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso e intervenir en todos los asuntos que les afecten, formular alegaciones y presentar pruebas y, en general, estar protegido en contra de cualquier indefensión⁴⁴. En consecuencia, el juez en la sentencia debe señalar cuál es la opinión del menor, fundamentando si dicha opinión fue o no tomada en cuenta. Una resolución judicial contraria a la opinión del niño o niña o adolescente deberá señalar las razones por la que resulta perjudicial para sus derechos, circunstancias que deben acreditarse mediante prueba rendida en la causa⁴⁵

En caso de que no se escuche al niño, niña o adolescente la sentencia es anulable, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema.⁴⁶

La actitud del juez ante el cual se presenta un menor “es desentrañar su verdadera voluntad, interés y conveniencia. Lo que el juez oiga de él será un elemento fundante de su decisión, pero no su decisión misma. Su necesidad subjetiva debe ser confrontada con la necesidad objetiva, ya que finalmente resolverá teniendo en cuenta el interés superior”.⁴⁷

El artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia establece que en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa,

⁴² Ley de Tribunales de Familia, artículo 16 “El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”

⁴³ “Esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a ser oído, son principios basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de manera privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”

⁴⁴ Jaime Couso, “El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho de ser oído” *Revista de Derechos del Niño* N° 3-4, Santiago, Universidad Diego Portales y UNICEF; (2006): 158-159; Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, *Revista Ius Parxis*, Año 17, N°1 (2011):185; Susana Espada Marroquín, “La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015” en *Revista Chilena de Derecho Privado* N°25, (2015):264-

⁴⁵ En esta misma línea es la conclusión a que se llegó en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR.

⁴⁶ Corte Suprema, Sentencias de 26 de febrero de 2014, ROL N°12057-2013 y de 26 de septiembre de 2016, ROL N°38322-2016.

⁴⁷ Espada Mallorquín, Susana, “La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído....”:262.

promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz.

En consecuencia, en aquellos casos en que los menores requieren de defensa, es obligación de los tribunales implementar de manera concreta la garantía del debido proceso, designando, un curador *ad litem* en su representación, con anterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria. Jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que “el derecho del niño a ser oído debe también extenderse a asegurar su debida defensa, siendo obligación del órgano jurisdiccional afianzar de manera concreta y práctica su garantía procesal del debido proceso, mediante la plenitud del contradictorio, la igualdad de armas y la adecuada representación de sus intereses, por lo cual, es necesario que los jueces designen –con anterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria–, a un curador *ad litem* en su representación, para que, premunido de los antecedentes pertinentes, pudiera defender debidamente sus derechos, previa consideración de su opinión manifestada en un ambiente libre e imparcial”⁴⁸.

Con respecto al nombramiento del curador *ad litem* surgen varias dudas, en relación, a cuáles deben ser los requisitos que éste debe cumplir para ser nombrado y con que criterio el juez los nombra y cuál es el rol que deben cumplir. La ley, solo exige ser un abogado perteneciente a una Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de la niñez y adolescencia. El trabajar en alguna de estas instituciones no hace per se al abogado tener empatía y habilidades blandas para: relacionarse con los niños-los cuáles muchas veces están en extrema vulnerabilidad- lograr que el menor se sincere con él y pueda conocer cuáles son sus deseos, miedos y sentimientos.

Tampoco, la ley señala cuál es el rol que debe tener el curador *ad litem*, si representa el interés superior del niño de acuerdo a lo que él cree que es lo mejor para el menor o si representa los intereses de éste, siguiendo sus deseos siempre que sean convenientes para él.

En una investigación sobre la voz de los niños en la justicia de familia, realizada por las investigadoras Macarena Vargas y Paula Correa, se señala que “se pudo detectar que la figura del curador *ad litem* creada por la Ley 19.968 opera -aunque con bajísima incidencia- como mecanismo de recuperación de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derecho. Sin embargo, no pudimos detectar los criterios que utilizan los jueces para su

⁴⁸ Corte Suprema, Sentencia de 26 de septiembre de 2016, ROL N° 38322-2016, considerando 7°

designación, pues no consta en audios ni actas de audiencias las razones para ello. En general, los jueces y consejeros entrevistados consideran que se trata de profesionales con vocación, pero por limitaciones institucionales y de tiempo no cumplirían adecuadamente su rol.⁴⁹

Los propios curadores advierten algunas dificultades para desempeñar su función, como por ejemplo, en el acceso a los niños o en algunos aspectos prácticos para desarrollar su labor. Todos los curadores entrevistados manifestaron que tratan de reunirse privadamente (y más de una vez) con los niños que van a representar, sin embargo, relatan que esto no es siempre posible. Ello, porque son los padres o adultos significativos quienes deben facilitar el contacto y muchas veces lo obstaculizan o derechamente lo niegan.⁵⁰ Además, algunos adulten dificultades prácticas, como problemas de distancia y tiempo para encontrarse con los niños en forma previa. Indican que si no es posible entrevistar a los niños con anticipación lo hacen en la audiencia.

Los curadores agregan que, pese a todo, los niños se sienten respaldados (“tengo mi abogado”).

Concluyen las autoras que si bien esta figura tiene un interesante potencial pareciera estar desaprovechado por problemas institucionales.

Dado que la ley no entrega pistas acerca del modelo adoptado -si se trata de un guardian *ad litem*, de un abogado que representa el interés superior del niño o de un abogado del niño-, existe amplio margen de acción que permitiría explorar la aplicación de un modelo de defensa jurídica y de representación especial de los niños, otorgándoles mayores grados de participación en las distintas etapas del proceso.⁵¹

En síntesis, podemos señalar que existe una necesidad de modificar la ley estableciendo claramente requisitos para ser nombrado curador *ad litem* y cuál es la función de éste. Soy de la opinión que el curador *ad litem* actúe como abogado del niño, niña o adolescente, que los represente con la obligación de entrevistarse con los niños o adolescentes varias veces (como hacen los defensores en materia penal), para conocer cuáles son sus sentimientos, intereses y deseos y que ellos puedan participar en las distintas etapas del juicio.

⁴⁹ Macarena Vargas y Paula Correa, “La voz de los niños”: 193; Jueza de Familia: “A ver, yo creo que el problema del curador *ad litem*, es una buena figura, el tema es que la Corporación de Asistencia Judicial no tiene experiencia en el curador *ad litem*, en el defensor del niño, entonces hemos encontrado buenos curadores, hemos encontrado curadores más o menos...”

⁵⁰ Vargas, Macarena y Correa, Paula “La voz de los niños..”: 193 Curadora *ad litem*: “En definitiva, va a quedar sujeto a la voluntad de la mamá o del papá”.

⁵¹ Vargas, Macarena y Correa, Paula “La voz de los niños..”: 193.

V.

CONCLUSIONES

Que el niño sea sujeto de derecho significa que ejercerá sus derechos y deberes de acuerdo a su edad y grado de madurez. Tres principios lo concretizan: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta.

El ejercicio progresivo, de acuerdo con la evolución de sus facultades, implica que los niños van adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos y deberes a medida que se van desarrollando como personas. No se establece una edad fija a partir de la cual los menores ejerzan sus derechos, sino que se evalúa el desarrollo del niño para ejercitarlos. Este desarrollo está estrechamente relacionado con los procesos de maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre como dichos derechos pueden materializarse mejor.

A los padres o persona que está a cargo del menor le corresponde dirigir y orientarlo para que pueda ejercer sus derechos y deberes, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que otorgan al niño, niña y adolescente. Estos ajustes deben tener en cuenta los intereses y deseos del menor, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior.

Este ejercicio de derechos presenta contradicciones con la doctrina clásica que contiene el Código Civil que ordena las reglas que determinan la capacidad en el acto jurídico, centrándose en la capacidad de ejercicio, por cuanto a toda persona se le concede capacidad de goce. Está en abierta contraposición con la doctrina de la CDN que reconoce que los niños, niñas y adolescente son sujetos de derecho, con voluntad y capacidad, lo que les permite expresar intereses y deseos, atendiendo a sus facultades, los cuales deben ser tomados en cuenta por sus padres o tutor o curador. Con relación a los menores adultos, se les otorga mayor participación cuando se trata de derechos extrapatrimoniales, pero no en los patrimoniales. De lo que se infiere la necesidad de la sustitución en el Código Civil de la doctrina clásica del régimen de la capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes por el de la capacidad progresiva.

Por su parte, el régimen de la patria potestad requiere de una modificación que incorpore el principio de autonomía progresiva y que permita al niño, niña o adolescente mani-

festar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta cuando sea beneficiosa para él, cuando se administre, enajene, grave sus bienes o cuando se actúe en representación de él.

El interés superior del niño se concretiza, en materia de capacidad en el ejercicio progresivo de sus derechos y dentro de éstos está el ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en virtud de la evolución de sus facultades.

El derecho de expresar su opinión libremente significa que el menor puede expresar sus opiniones sin presión y pueden escoger si quiere o no ejerce su derecho a ser oído. La exigencia de la edad constituye un presupuesto subjetivo que va a variar de niño a niño. Los niveles de comprensión de los menores no van ligados de manera uniforme con la edad biológica.

En el contexto del artículo 12 de la CDN, la madurez es la capacidad de un niño, niña o adolescente de expresar sus opiniones sobre las cuestiones de manera razonable e independiente, sea en la vida común o en un procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, sea directamente o por medio de un representante.

El derecho a que su opinión sea tomada en cuenta se entronca con el derecho al debido proceso, donde uno de los elementos esenciales lo constituye el derecho a la defensa, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída, comprendiendo en éste la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso e intervenir en todos los asuntos que le afecten, por lo que el juez en la sentencia debe señalar cuál es la opinión del menor, fundamentando si dicha opinión fue acogida o no.

En aquellos casos en que los menores requieren de defensa, es obligación de los tribunales designar un curador *ad litem* en su representación, con anterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria.

Con el nombramiento del curador *ad litem* surgen varias dudas en relación con cuáles deben ser los requisitos que éste debe cumplir para ser nombrado y con que criterio el juez los nombra y cuál es el rol que deben cumplir: si representa el interés superior del niño de acuerdo con lo que él cree que es lo mejor para el menor o si representa los intereses de éste, siguiendo sus deseos siempre que sean convenientes para él.

Se requiere de una modificación legal que establezca los requisitos que debe cumplir el curador *ad litem* y que actúe como abogado del niño, niña o adolescente y que los represente con la obligación de entrevistarse con los niños o adolescentes varias veces, para conocer cuáles son sus sentimientos, intereses y deseos y que ellos puedan participar en las distintas etapas del juicio.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Carvallo, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Universidad de Talca, *Estudios Constitucionales*, año 6, N°1 (2008): 223-247.
- Alarcón Cañuta, Miguel “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación” en Universidad Bernardo O’Higgins, *Ars Boni et Aequi*, año 11 N°2 (2015): 11-47.
- Barcia Lehmann, Rodrigo “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforma a sus condiciones de madurez”, en Universidad de Talca, *Revista Ius et Praxis* Año 19 N°2 (2013):3-52.
- Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en *Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, editado por Emilio García Mendez y Mary Belof, Bogotá, Temis-Depalma (1998):69-84.
- Couso, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho de ser oído”, en *Revista de Derechos del Niño* N°s 3,4, Santiago, Universidad Diego Portales y UNICEF (2006):145-166.
- Delle Vedove, María Julia, “La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente” en *Nuestra Joven Revista Jurídica, III (I- Serie I)*, Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho (2010):1-12.
- Espada Mallorquín, Susana, “La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015” en *Revista Chilena de Derecho Privado* N°25 (2015):257-268.
- Gil Domínguez, Andrés, “Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescente. Derecho Constitucional de familia”, EDIAR, Buenos Aires, 2012.
- Léon Hurtado. Avelino “*La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*”, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- Lepin Molina, Cristián, “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23 (2014):27-45
- Lyon Puelma, Alberto “*Personas naturales*”, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3ª edición actualizada, 2007.

- Méndez Costa, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Bogotá, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Orrego Acuña, Juan Andrés, *Temas de Derecho de Familia*, Santiago Chile: Editorial Metropolitana, 2007.
- Ramos Chaparro, Enrique “Niños y jóvenes en el derecho civil constitucional” en *Revista de Derecho Privado y Constitución* N°7 (septiembre-diciembre 1995):167-229.
- Ravetlat Ballesté, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30 N°2 (2012): 113-134.
- Silva Barroilhet, Paula, “*La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual*”, Santiago-Chile, Editorial Thomson Reuters, 2017.
- Vargas Pavez, Macarena y Correa Camus, Paula “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, en *Revista Ius Praxis*, Año 17, N°1 (2011): 177-203.
- Viola, Sabrina “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, en *Cuestión de Derechos*, Revista electrónica N°3 (2012):82-99.

Instrumentos internacionales de derechos humanos

- Comité de los Derechos del niño, Observación N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado” (2009).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva n°17, (2002).
- Naciones Unidas, Convención Internacional de los Derechos del Niño, entró en vigor por Decreto N°830. Publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.
- Observación General N°7. Realización de los Derechos del Niño en la primera Infancia”, *Centro de Investigación Innocenti* (2005).

Jurisprudencia chilena

- Corte de Apelaciones de la Serena, Sentencia de 11 de junio de 2010, Rol N°722-2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 22 de agosto de 2016, Rol 1128-2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Rol 2215-2016,
- Corte Suprema, Sentencia de 08 de abril de 2017, Rol N°1732-2017
- Corte Suprema, Sentencia de 26 de septiembre de 2016, ROL N° 38322-2016.
- Corte Suprema, Sentencias de 26 de febrero de 2014, ROL N°12057-2013
- Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia de 12 de abril de 2016, Rol N°2867-2015,

Para citar este artículo: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho. UcuDal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 117-137.

Corrección y facticidad: Justicia y democracia*

Correction and Facticity: justice and democracy

*Antonio Leiva Rabael*¹

¹Universidad Mayor, Chile.

<https://orcid.org/0000-0003-4582-8090>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1707>

RESUMEN: Este artículo intenta una explicación de la tesis de la corrección y del caso especial de Robert Alexy y qué respuestas es posible conducir a una de las críticas más prestigiosas que se han elevado en su contra, cual es la que Jürgen Habermas le dirige en su obra *Facticidad y Validez*². Para ello se explicarán las cuestiones imprescindibles para comprender el concepto de Derecho que brota de esta teoría y los principales argumentos para demostrarla. A continuación, se presentarán las tesis centrales del iuspositivismo metodológico, con el objeto de introducir las principales críticas desplegadas por Habermas respecto de la tesis alexiana del caso especial y de la vinculación entre Derecho y Justicia. Finalmente, se propondrán respuestas a esas críticas³.

PALABRAS CLAVE: corrección, tesis de la vinculación, tesis del caso especial, no-positivismo, principio democrático.

Recibido: 30/08/18. Evaluado: 01/10. Observado: 04/10. Aprobado⁴: 17/10/18

*NOTA: Es imperioso reconocer y sobre todo agradecer, el apoyo de los profesores José Ignacio Núñez y Alejandro Usen Vicencio. Sus observaciones agudas y críticas severas me libraron de cometer errores que habrían amagado el propósito de ser claro y riguroso. Si pese a lo anterior en este trabajo persisten cualquier clase de imperfecciones, ellos son imputables sólo al autor.

² Jürgen Habermas. 2010. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.

³ Debe precisarse que el objeto del presente estudio es diverso al que Alexy aborda en el epílogo de la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pues allí -si bien elabora una respuesta a las críticas que eleva Habermas- la cuestión en debate es la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, y no como aquí donde el punto está en la teoría de la corrección.

⁴ NE: El autor realizó los cambios sugeridos por los evaluadores.

ABSTRACT: This article intends a description of the Robert Alexy's theory of correction and especial case, and which responses are possible to give to one of the most prestigious critics risen against it, which is that Jürgen Habbermas develops in his *Between Facts and Norms* opera. For this, shall be explained the essential matters in order to understand the concept of law which comes from this theory, and the most important arguments to demonstrate it. Below, will be shown the methodological iuspositivism main thesis, in order to present the fundamental critics developed by Habbermas to the alexian thesis of especial case, and the connection between law and justice. Finally, answers to that critics shall be proposed.

KEY WORDS: correction, thesis of connection, theory of special case, no-positivism, democratic principle.

SUMARIO: I. La teoría de la corrección de Robert Alexy. II. Algunas cuestiones preliminares. III. El positivismo jurídico y el estado constitucional de derecho. IV. El positivismo jurídico y la vinculación. V. Habermas y la objeción democrática. VI. A título de respuesta. VII. Sobre la distinción entre aspectos de fundamentación y de aplicación. VIII. Sobre la diferencia entre argumentación práctica y jurídica. IX. Sobre la subordinación del derecho a la moral. Bibliografía

I.

LA TEORÍA DE LA CORRECCIÓN DE ROBERT ALEXY

La tesis que defiende Alexy sobre el concepto y la validez del derecho consiste en que a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social, se le suma la corrección material para definir la validez de una norma jurídica individualmente considerada y la del ordenamiento jurídico en su conjunto. Para Alexy, la validez de las normas no sólo depende de los elementos que el positivismo jurídico metodológico tradicionalmente sostiene para esta materia –legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social, según se mencionó–, sino que además el derecho formula necesariamente una pretensión de corrección⁵, es decir quien afirma un juicio de valor o de deber pretende que su afirmación es fundamental racionalmente⁶, es decir quien fundamenta aspira a que su fundamentación sea acertada y, de ese modo, su afirmación sea correcta⁷.

Lo que está a la base de la tesis de Alexy, es la existencia de una vinculación conceptual y necesaria entre el Derecho y la Moral (justicia mínima), en su dimensión distributiva y conmutativa. Así, lo que al mismo tiempo se está afrontando es la tarea de sumarse al debate entre el positivismo jurídico y el no-positivismo, en punto a lo que Alexy entiende que el Derecho es; no a lo que le parece el Derecho debe ser.

II.

ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES

La cuestión básica a la que se aboca Robert Alexy es la de esclarecer si existe o no una vinculación entre el Derecho y la Moral, en términos de precisar si es necesario conceptualmente definir el Derecho con referencia a la Moral o si, por el contrario, la

⁵ Robert Alexy. 1994. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa. 123.

⁶ Robert Alexy. 2004. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 133.

⁷ Alexy (2004), 208.

mencionada vinculación es meramente contingente u ocasional -como incluso cierta parte del positivismo jurídico metodológico lo admitiría-. Esa es una muy interesante tarea y tan actual, que reedita la discusión inconclusa entre el positivismo jurídico y el no-positivismo⁸.

Para el logro del objetivo trazado, existe la necesidad de mencionar algunas categorías o instituciones que Alexy utiliza para fundamentar su posición no-positivista, pues ellas son meridianamente importantes para comprender su tesis.

1) El participante y el observador. Para Alexy, con una visible influencia hartiana, es imperioso analizar el fenómeno que lo ocupa desde las perspectivas del participante y la del observador, pues -tal cual lo diría el mismo Hart- con la sola perspectiva externa se podrá meramente *registrar* la regularidad de las conductas observables de cara a la reacción institucional ante el cumplimiento e incumplimiento de las normas. Sin embargo, sólo la perspectiva del participante, correspondiente al aspecto interno, podrá reproducir -parafreaseándolo- la manera en que las reglas funcionan en la sociedad como fundamento o razones de las acciones conforme a reglas⁹.

Así las cosas, adopta la perspectiva del *participante* quien en un sistema es parte en una argumentación acerca de lo que en él está ordenado, prohibido o permitido. Dicho de otra forma¹⁰, el participante pide y aduce argumentos a favor de lo que él considera que es la respuesta correcta para un problema jurídico en el sistema jurídico en el que él mismo se encuentra. Por ejemplo, en esta posición encontramos al juez. Esto no quiere decir que sólo él es participante en el sentido que nos ocupa, sino que designa la *ubicación o rol argumental* de quienes por su situación deben razonar de cara a la forma en que debería decidir correctamente un juez. Así, el participante es quien se pregunta -como funcionario que ha de aplicar el derecho o como ciudadano que ha de obedecerlo- cuál es la respuesta correcta de una cuestión jurídica con arreglo a dicho sistema¹¹.

Por otra parte, encontramos al **observador**. Éste se pregunta cómo se decide **de hecho** en un sistema jurídico. El observador pide y aduce argumentos a favor de una posición que refleja cómo se resuelven en la realidad los problemas jurídicos en el sistema¹². Para un observador, pertenece al Derecho aquello que los tribunales o las autoridades hacen cuando

⁸ Al decir de Squella -con toda razón-, Alexy no debe ser calificado de *iusnaturalista* por el hecho de no ser positivista, pues -como se mencionó- en su doctrina sobre la validez del derecho incluye los dos elementos centrales del ius positivismo, cuales son la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social (Squella, Agustín. 2001. *Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 393).

⁹ Hart, H.L.A. 2011. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 110-113.

¹⁰ Alexy, Robert. 2008. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 96.

¹¹ Alexy, Robert. 2010. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares. 22.

¹² Alexy (2008), 96.

se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas de acuerdo a los criterios de validez del respectivo orden jurídico eficaz¹³.

Resulta del todo pertinente esta distinción, pues participante y observador se encuentran en diferentes posiciones frente a los elementos de validez del derecho. Por ejemplo, un litigante –observador- tendrá dificultades para determinar la relevancia de preguntarse sobre la validez de las normas en las que fija su atención, debido a que lo que es de su interés –cosa distinta- es la eficacia. Piénsese en quien se coloque o deba colocarse en la perspectiva del observador, al analizar un sistema absurdo¹⁴ o un sistema depredatorio¹⁵. Aquel, no será capaz o no tendrá la necesidad de advertir que no se enfrentan a lo que en rigor es un ordenamiento, pues de la sola observación de éste concluirá la presencia de un sistema en que existe la legalidad de acuerdo al ordenamiento y de eficacia social, aunque no le sea posible advertir su extrema injusticia. Ella sólo se revelará ante el participante, nos dirá Alexy, mediante el argumento de la corrección.

2) La conexión clasificante y la cualificante¹⁶. Se aseveró hace poco, que Alexy sostiene la existencia de una conexión entre la justicia y el Derecho. Pues bien, dicho lo anterior, aún no se ha dicho nada respecto de la naturaleza y entidad de esa conexión. Esta distinción ilustra la envergadura de las relaciones que pueden existir entre la validez de una norma o de un ordenamiento y la justicia que entrañan.

Cuando se sostiene que existe una conexión **clasificante**, lo que se predica es que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado un criterio de justicia mínima, no son –por razones conceptuales o normativas-, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Aquí se afirma que la ausencia de una determinada propiedad provoca la imposibilidad de encasillar al objeto de análisis en la especie a la que se predica pertenecer. Respecto de esta clase de conexión, Squella apunta que a través de ella se constituye al Derecho en cuanto tal¹⁷. Bernal Pulido¹⁸ -explicando a Alexy- por su parte, indica que esta relación es la propiedad esencial del Derecho en su dimensión ideal o crítica, y que se refiere a la existencia de una moral crítica viviente en la opinión pública, que busca incesantemente

¹³ Alexy (1994), 36.

¹⁴ El sistema absurdo está dado por el arquetipo de un ordenamiento en que un grupo de individuos es gobernado de un modo en que no les resulta posible desarrollar sus fines permanentemente ni conocer los fines de sus gobernantes [Alexy (1994), 38].

¹⁵ El sistema absurdo deviene en depredatorio con la organización necesaria para que dicho ordenamiento sea estable en el tiempo. Aquí los *asaltantes* (usando la nomenclatura de Alexy), requieren de un ordenamiento, es decir de un conjunto de reglas, que les permita proyectar temporalmente su dominación, del que predicarán ciertamente un grado de corrección por estar al servicio de un fin superior [Alexy (1994), 39].

¹⁶ Alexy (1994), 32.

¹⁷ Squella (2001), 393.

¹⁸ Bernal Pulido, Carlos. 2011. *La Doble Dimensión del Derecho*. La Tesis de la Doble Naturaleza del Derecho de Robert Alexy. Lima: Palestra. 25.

lo correcto y que permite identificar umbrales extremos de injusticia, como cuando se violan los derechos humanos. Esto, pues la pretensión de corrección implica una conexión necesaria entre Derecho y moral porque, cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos concretos, la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda laya, otorgando prioridad a las razones de justicia –que son morales- sobre todas las otras razones que no están basadas en el derecho positivo¹⁹.

Además, puede darse una conexión **cuificante**, cuando las normas aisladas y los sistemas jurídicos prevén un determinado criterio moral –estando en conexión clasificante- pero no lo satisfacen, pero pueden ser –sin embargo- normas y ordenamientos, pero adolecerán de deficiencias. Aquí, con el mencionado criterio se avalúa la mayor o menor justicia de la norma²⁰.

La importancia de esta distinción radica en que para el autor bajo análisis, como lo anota Squella²¹, la conexión adecuada entre derecho y moral –justicia- es cualificante, hasta el umbral de la injusticia intolerable. Si ese límite se sobrepasa, la conexión se vuelve clasificante. Como ejemplo de dicha vinculación, la desproporción (no satisfacer el test de proporcionalidad) es un caso de injusticia extrema o intolerable, caso en el cual se provocará una laguna axiológica –que deberá ser colmada con la norma que resulte de aplicar la ponderación-, pues si bien existe una solución –por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas propiamente dichas-, la solución existente es axiológicamente inadecuada²², habida cuenta que el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber considerada.

De este modo, la norma que no satisface la pretensión de corrección no deja de ser derecho por su deficiencia, incorrección o injusticia, sino hasta que se atraviesa el límite insoportable de la incorrección, con lo que esa norma deja de ser Derecho. Esto mismo es lo que Radbruch²³ denomina como la otra línea divisoria²⁴ entre la injusticia legal y las leyes válidas: “donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”.

¹⁹ Alexy (2008), 15.

²⁰ Squella (2001), 397.

²¹ Squella (2001), 398.

²² V.Gr., Atienza, Manuel. 2016. *A Vueltas con la Ponderación*. Un Debate sobre la Ponderación. Lima: Palestra-Temis. 28.

²³ Citado por Alexy, Robert. 2001. *Una defensa de la Fórmula de Radbruch*. La Coruña: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 5. 77.

²⁴ La primera se analizará dentro de poco, con ocasión del argumento de la injusticia extrema.

Parafraseando a Radbruch, el Derecho estará compuesto por los actos que estén orientados a realizar, a poner en práctica, la justicia, sea que la realicen o no²⁵.

3) **El concepto de derecho.** Así las cosas, en *El Concepto y la Validez del Derecho*²⁶, el profesor Alexy define al Derecho de la siguiente forma:

El Derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también a la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.

Como puede advertirse en la definición recién presentada, se observan tres secciones bien pronunciadas: la primera es protagonizada por la pretensión de corrección, en su relación con las normas individualmente consideradas y con el ordenamiento jurídico en su conjunto, tanto en su conexión clasificante como cualificante. En la segunda, se señala una relación entre los tres elementos definitorios del Derecho, cuales son la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material, a partir de la Constitución, en sí misma primero y en cuanto a las normas dictadas conforme a ella, después. Y la última, es en la que se muestra el argumento de los principios, es decir la dimensión real –en los argumentos en que el participante efectivamente se apoya al aplicar el derecho- como la dimensión ideal –la representada por los argumentos en que deberán apoyarse las decisiones para satisfacer la pretensión de corrección-.

El argumento de la corrección. Al decir de Alexy, con el argumento de la corrección se afirma que las normas, las decisiones judiciales y los sistemas jurídicos formulan necesariamente una pretensión de corrección, o lo que es lo mismo -como ya se dijo-, quien afirma un juicio de deber pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente, es decir quien fundamenta aspira a que su fundamentación sea acertada y, de ese modo, su afirmación correcta. *Mutatis mutandi* lo anterior es lo que Habermas denomina **pretensión de legitimidad**, dicho en punto al desafío de la teoría filosófica de la justicia, cual es contactar la **idea** con la **realidad**, es decir resolver la tensión entre la necesidad de que las decisiones sean consistentes con el ordenamiento y la exigencia de que las decisiones estén fundamentadas

²⁵ Radbruch, Gustav. 2013. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. 47.

²⁶ Alexy (1994), 123.

racionalmente, para que sean aceptadas por los miembros de la comunidad jurídica como decisiones racionales²⁷.

La justicia como corrección. Para el autor bajo análisis, la corrección se relaciona con la justicia material en sus dimensiones distributiva y conmutativa, de manera tal que podría sostenerse que una norma es justa –correcta- en tanto asigne adecuadamente bienes, como en la seguridad social, o cargas, como en el caso de los impuestos, y/o exista una adecuada relación –por ejemplo- entre la acción descrita en la norma y la retribución o efectos a partir de ella. Esta idea de justicia –dicho en palabras de Hart- brota del principio general consistente en que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad, lo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida, cuando hay que distribuir cargas, y que debe ser restablecido cuando ha sido alterado²⁸. Así, la pretensión de justicia es un caso especial de la pretensión de corrección²⁹ o de legitimidad, usando el lenguaje habermasiano. Es por ello que señala que la **justicia es corrección en relación con la distribución y la compensación**³⁰. Alexy utiliza la justicia material como un límite al Derecho, el que se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos³¹.

En ese orden de cosas, debe precisarse, que al hacerse mención a la distribución y a la compensación, no debe por ello sostenerse que la definición de justicia permita cualquier contenido. Ha de entenderse la justicia como el trato a las personas de acuerdo con sus derechos. Dicho en clave dworkiniana, se trata de una concepción de la **justicia como derechos**³².

El autor endereza un argumento atendible para sostener la tesis de la corrección, cual es que existiría un consenso –una praxis jurídica- respecto a que el cumplimiento de determinadas exigencias mínimas de justicia es un presupuesto necesario para el carácter jurídico de las disposiciones estatales³³.

Vale la pena preguntarse si es efectivo que las normas, las sentencias judiciales y los ordenamientos en su conjunto contienen una pretensión como esa. Para lograr esa misión, el autor usa el concepto de **contradicción performativa** aplicada en dos hipótesis: la norma constitucional absurda y la sentencia absurda, como antítesis de la máxima que se viene

²⁷ Habbermas (2010), 267 y siguientes.

²⁸ Hart (2011), 198.

²⁹ Alexy (2014), 190

³⁰ Alexy (2010), 51.

³¹ Alexy (2010), 21.

³² Campbell, Tom. 2002. *La Justicia*. Barcelona: Gedisa. 80.

³³ Alexy -con todo- transparenta que un régimen injusto relativamente exitoso, puede destruir con cierta facilidad dicha praxis, mediante la conmoción individual, cambios personales y la recompensa a la capacidad de adaptación [Alexy (1994), 55].

analizando. Se entenderá por tal la contradicción entre una aserción explícita y una aserción implícita, donde esta última se acepta como presupuesto necesario al llevar a cabo el acto que contiene la aserción explícita³⁴.

La **norma constitucional absurda** de Alexy reza: **X es una república soberana, federal e injusta**. Esta norma contiene una falla evidente, pero que no es de carácter exclusivamente moral, convencional, técnica o política, sino que lo absurdo emana de la contradicción con una noción elemental de justicia implícita en toda norma. Para el profesor Alexy, la pretensión de justicia que sostiene está detrás de cada norma jurídica, entre ellas la Constitución, afirma que la república a la que hace mención el ejemplo es justa, por lo que se advierte una contradicción entre el contenido del acto y lo que se presupone como necesario para la ejecución de este. Ahí la **contradicción performativa**³⁵ y la demostración de la conexión conceptual y necesaria entre Derecho y moral.

Ese mismo defecto es el que se advierte en una **sentencia absurda**, es decir una que prescribiera que **se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua**. Este ejemplo, también permitiría advertir que toda sentencia judicial formula una pretensión, cual es que el derecho se aplica correctamente³⁶. Refuerza esta afirmación, lo señalado por Dworkin³⁷ respecto de los efectos prácticos de la interpretación constructiva, es decir que una interpretación aspira a convertir una decisión o práctica en lo mejor que puede ser, es decir convertir al objeto sobre el que recae en el mejor ejemplo posible de la forma o género al que se supone pertenece. Renunciar a la pretensión de corrección –para Alexy³⁸– sería abandonar el Derecho.

El argumento de la injusticia extrema. El argumento de la injusticia³⁹ es diferente según se trate de normas aisladas o individualmente consideradas o de sistemas jurídicos en su totalidad.

Respecto de las **normas individuales**, este argumento sostiene que cuando ellas traspasan un determinado umbral de injusticia pierden el carácter de derecho. Este

³⁴ Alexy, Robert. 2008. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 65.

³⁵ Alexy (1994), 44.

³⁶ El concurso de la contradicción performativa, al decir del profesor Alexy, podría ser acusado de no ser en sí una argumentación. Sin responder sustancialmente a esa acusación, él lo utiliza como la “demostración” que determinadas reglas son necesariamente válidas.

³⁷ Dworkin, Ronald. 2005. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.

³⁸ Alexy (2008), 66.

³⁹ Alexy (1994), 45.

argumento es el que se reconoce en la **fórmula de Radbruch**⁴⁰, la que Alexy abrevia: **la extrema injusticia no es derecho**⁴¹.

Para el **sistema jurídico como un todo**, el argumento de la injusticia es más complejo: los sistemas normativos que no formulan ni implícita ni explícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos⁴².

Tras la descripción del argumento de la injusticia, aparece la necesidad de –al menos– bosquejar sus límites. Así, merece la pena analizar el resultado del cruce entre la situación de una norma justa que pertenece o se crea en el seno de un ordenamiento intolerablemente injusto, y la situación –al revés de la anterior– en que un ordenamiento justo está compuesto de numerosas normas extremadamente injustas. Ambas representan situaciones extremas que permiten medir los contornos del argumento de la injusticia en un ordenamiento.

Para abordar este problema, Alexy analiza la tesis de la irradiación y la del derrumbe. La **tesis de la irradiación**⁴³, sostiene que la falta de carácter jurídico de las normas sustantivas básicas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas típicas del sistema. Al decir del profesor Alexy, esta tesis conduce –bajo el nombre del [sub] argumento de la totalidad– a un caso en que el todo se comunica con la parte, de modo tal que una norma aislada participaría de la propiedad del sistema al que pertenece, sin consideración a sus características propias. Esta tesis no es aceptable pues afectaría severamente la seguridad jurídica, toda vez que una norma individual que no es extremadamente injusta perdería su carácter jurídico por pertenecer a un ordenamiento que sí lo es⁴⁴. Así, la seguridad jurídica aconseja no afectar a las normas no-injustas que pertenezcan a un ordenamiento extremadamente injusto.

Con ello, Alexy pareciera concluir que la irradiación deviene en excesiva si sobrepasa el argumento de la injusticia, de lo que resulta –además– que éste debe estar referido a las normas aisladas y sólo a ellas.

Por otra parte, la **tesis del derrumbe**⁴⁵ afirma que un sistema pierde el carácter jurídico cuando hay que negar dicha naturaleza a muchas normas importantes para él. Aquí la causa del derrumbe está en que ya no quedarían normas suficientes para un sistema jurídico; se

⁴⁰ En plenitud, la fórmula radbruchiana es del siguiente tenor: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley y la justicia alcancen una media tan insoportable que la ley, en cuanto ‘derecho injusto’ tenga que ceder ante la justicia”. Citado en Alexy (1994), 34.

⁴¹ Alexy (2010), 21.

⁴² Alexy (1994), 40.

⁴³ Alexy (1994), 69.

⁴⁴ Alexy (1994), 70.

⁴⁵ Alexy (1994), 71.

estaría frente a un cambio sustancial del sistema. Alexy, descarta esta tesis atendiendo a la circunstancia de que un sistema jurídico permanecerá como tal –sin derrumbarse-, pese a que **muchas** normas –incluso las importantes- pierdan el carácter jurídico, mientras dicho sistema conserve un número mínimo de normas necesarias para la existencia de ese sistema jurídico.

Como resultado del análisis de ambos casos, se concluye que –como límite o extensión- la tesis de la corrección, sólo despliega sus efectos en donde esté radicada la incorrección. Se trata –entonces- de una tesis de extensión moderada y de efectos intensos.

El argumento de los principios. El argumento de los principios sostiene que el juez, en el derecho vigente, es decir tanto en el que actualmente es eficaz como en el ámbito de apertura de éste –como indeterminación-, debe aplicar los principios y los demás argumentos jurídicos.

En la definición de Derecho anotada más arriba, se lee “**apoya y/o tiene que apoyarse**”, para significar que a éste pertenecen los argumentos con los cuales quienes lo aplican sustentan sus decisiones, como aquellos en los que deberían apoyarlas, sea que en uno o en otro caso, se satisfaga o no la pretensión de corrección. Este último aserto, es lo que posibilita una crítica de la praxis de las decisiones desde la perspectiva del derecho⁴⁶.

A la base del argumento de los principios, se encuentra la distinción entre reglas y principios⁴⁷. A este respecto, lo primero que debe decirse es que, si bien reglas y principios son diferentes entre sí, comparten la calidad de normas, pues ambas dicen lo que debe ser, lo que es lo mismo que sostener que las dos pueden ser formuladas con la ayuda de las expresiones deónticas básicas⁴⁸, sirviendo de material autoritativo para fundamentar una decisión.

Para Alexy, el punto decisivo en la distinción que nos ocupa está dado porque los **derechos fundamentales** son mandatos de optimización⁴⁹, es decir normas que pueden ser cumplidas en la medida de lo posible, dentro de las contingencias materiales, jurídicas y –habrá que agregar- epistémicas presentes, es decir en diferente grado, aplicándose mediante la ponderación.

A diferencia de los principios, las **reglas** poseen una estructura que podríamos llamar **binaria**, es decir que sólo pueden ser cumplidas o no -todo o nada-, sin magnitudes,

⁴⁶ Alexy (1994), 126.

⁴⁷ La clasificación de Alexy de reglas y principios, como es bien sabido, es distinta de otras. Entre las más difundidas se encuentran la de Habermas [Habermas (2010), 326-329] y la de Dworkin [Dworkin (2014), 72 y 80].

⁴⁸ Alexy, Robert. 2012. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 65.

⁴⁹ Alexy (2012), 68.

conteniendo determinaciones en el ámbito de lo jurídico y fácticamente posible, constituyéndose en mandatos definitivos⁵⁰, cuya aplicación se realiza mediante la subsunción.

Otra diferencia de entidad entre reglas y principios fluye de la forma en que se solucionan los conflictos entre ellos. Mientras los conflictos entre reglas se solucionan introduciendo a una de ellas una cláusula de excepción o invalidando al menos una de ellas⁵¹, en las colisiones entre principios uno debe ceder en favor del otro, es decir que bajo ciertas circunstancias un principio aventaja al otro, mediante lo que se denomina la **precedencia condicionada**⁵². Lo que Alexy quiere decir en este caso, es que la decisión jurídica que pone fin a una disputa jurídica, en muchos casos no se sigue de las formulaciones de las normas jurídicas que se presuponen vigentes y de los enunciados empíricos que se reconocen como probados o verdaderos⁵³. Esto ocurre en los casos en que se enfrenta a la textura abierta del derecho.

Al decir de Squella⁵⁴, el argumento de los principios postula que en tanto el derecho posee una textura abierta, en especial por la vaguedad del lenguaje en el que se expresa en las normas, es posible y necesario que el juez recurra a principios de índole moral para superar las lagunas, las indeterminaciones normativas, las contradicciones normativas o las consecuencias notoriamente injustas. Esta constatación no pretende sostener que dichos factores importan una permisión para que el juez colme de discrecionalidad la argumentación jurídica cuando el Derecho no prevea -en sentido amplio- una solución, como en Hart⁵⁵, sino simplemente advertir que provocan la imposibilidad de resolver una contienda con el concurso de reglas positivadas. Al respecto, téngase presente que Alexy⁵⁶ sostiene que ningún no-positivista que merezca ser tomado en serio, excluye del concepto de Derecho -en lo que nos ocupa- la legalidad conforme al ordenamiento.

El argumento de los principios provoca la pregunta de cómo se produce esa argumentación. La función del principio o máxima de la proporcionalidad es realizar esa tarea que las indeterminaciones normativas, las contradicciones normativas o las consecuencias notoriamente injustas no permiten concluir, mediante un expediente racional, escrutable argumentativa e intersubjetivamente y con altos niveles de objetividad. Es el recurso a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto -en el sentido del mecanismo para apli-

⁵⁰ Alexy (1994), 75.

⁵¹ Alexy (2012), 69.

⁵² Alexy (2012), 72-73.

⁵³ Alexy (2014), 23.

⁵⁴ Squella (2001), 401.

⁵⁵ Hart (2011), 164.

⁵⁶ Alexy (1994), 14.

car los principios- el expediente en que deben apoyarse los que crean o simplemente aplican el derecho, si pretenden que éste satisfaga la pretensión de corrección y sea válido.

III.

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Para que sea posible la recepción de una teoría como la de la corrección en el sentido aquí planteado, lo primero que debe ocurrir es la refutación de la tesis de la separación radical entre el Derecho y la justicia. Siendo esta última un elemento moral, la tarea debe iniciarse con el desmonte de la principal tesis del positivismo jurídico metodológico⁵⁷.

IV.

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA VINCULACIÓN

Al decir de Dworkin⁵⁸, el esqueleto del positivismo jurídico está compuesto por tres ideas centrales. La primera, consiste en que el derecho de una comunidad es el conjunto de normas especiales usadas con el propósito de determinar qué comportamiento será objeto de reacciones por parte de los poderes públicos. Estas normas pueden ser identificadas por criterios que se relacionan con su origen o **pedigree** [diríamos a lo Hart] o con la manera en que fueron adoptadas [a lo Raz]. La segunda idea, consiste en que el conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho, de manera que, si alguna de tales normas no cubre expresamente un caso determinado, este no será decidido “aplicando la ley”, sino discrecionalmente. Y la tercera idea, consiste en concebir a la **obligación jurídica** como la exigencia o prohibición tipificada por una norma, de manera tal que en ausencia de dicha norma no hay obligación jurídica y si –por ejemplo- el juez decide un conflicto discrecionalmente no impone en aquel un deber jurídico. Es por ello, siempre en la voz de Dworkin⁵⁹, que el positivismo jurídico supone que el Derecho se crea en virtud de una

⁵⁷ Para los efectos de este trabajo, ha de entender dicha corriente iuspositivista en el sentido que, sintetizando a Prieto Sanchís, presenta Alfonso García Figueroa [García Figueroa, Alfonso. 1998. *Constitucionalismo y Positivismo*. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional, año 18, número 54, septiembre-diciembre de 1998].

⁵⁸ Dworkin, Ronald. 2012. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel. 65-66.

⁵⁹ Dworkin (2012), 34.

práctica social explícita o de una decisión institucional, y rechaza la idea de que la legislación pueda ser producto de una voluntad general o corporativa implícita. Es decir -como lo describe Waldron⁶⁰- una determinada norma es Derecho, no en virtud de su contenido sino en virtud de su fuente. Más específicamente este último autor advierte que para el positivismo jurídico, pese a que es incuestionable que en la creación del Derecho se hallen juicios morales o políticos, una vez aprobada la norma ya no requiere el uso de ningún juicio de ese tipo para su identificación, interpretación o aplicación⁶¹.

Nino⁶² por su parte, sostiene que la tesis distintiva del positivismo jurídico discurre sobre la proposición consistente en que el sistema jurídico vigente puede ser identificado tomando sólo en cuenta hechos empíricos y sin asumir ninguna posición o hacer ninguna consideración acerca del valor o de la justicia de sus prescripciones. Ello -ahora en palabras de Ferrajoli⁶³- es lo mismo que sostener que la moralidad predicable de una norma no implica su juridicidad, como su juridicidad tampoco implica su moralidad. Buenas y fuertes razones, que se debieran elucidar luego y durante de la siguiente exposición -relacionadas sobre todo con la solvencia de la descripción-, militan a favor de detenerse en la explicación de Bobbio⁶⁴ respecto del positivismo jurídico. Para el profesor de la Universidad de Torino, el positivismo jurídico puede ser desarrollado a partir de ciertos puntos.

El primer, al que denomina *la aproximación al derecho*, es descrito a partir del modo de enfocar el estudio del Derecho:

il positivismo giuridico risponde a questo problema considerando il diritto come un fatto e non como un valore (...) [N]el linguaggio giuspositivistico il termine "diritto" è quindi assolutamente avaluativo, è privo cioè di qualsiasi connotazione valutativa o risonanza emotiva: il diritto è tale a prescindere dal fatto che sia buono o cattivo, che sia un valore o un disvalore.

En virtud de esta perspectiva, el derecho es concebido sobre todo como un complejo de hechos, de fenómenos o -incluso- de datos sociales. Por lo tanto, el jurista -equivalente en Bobbio del científico- debe analizar el derecho -poniendo términos en boca del enorme jurista italiano- como se observa irremediable el paso del tiempo, como se contempla la forma irreplicable en que crece una flor o como se miran las cosas al caer, es decir tal como se estudian los hechos naturales: como un quehacer exento de juicios morales.

⁶⁰ Waldron, Jeremy. 2005. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons. 44.

⁶¹ Waldron (2005), 197-198.

⁶² Nino, Carlos Santiago. 2012. *La Validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea. 146.

⁶³ Ferrajoli, Luigi. 2009. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 46.

⁶⁴ Bobbio, Norbert. 1996. *Il Positivismo Giuridico*. Torino: Giappichelli Editore. 151-152.

Pero, además, Bobbio describe al iuspositivismo desde la definición del derecho, de las fuentes, de su teoría de las normas, de su teoría del ordenamiento jurídico y de su método. Para el autor que nos ocupa, el derecho en el positivismo jurídico es inteligido en punto a la coercibilidad como atributo y se lo yergue como elemento constitutivo. Esta concepción está relacionada en Bobbio con la dimensión material de éste, como se acaba de mostrar. Para él afirmar al derecho como un hecho supone analizar su vigencia al son de aquello que es hecho valer por la fuerza. En cuanto a las fuentes, en el positivismo jurídico la legislación cuenta a su favor con cierta preeminencia. Esta afirmación serena en su presentación, eleva dificultades de género de cierta entidad, cuando se intenta explicar alguna de las demás fuentes como la costumbre, el precedente o la jurisprudencia, o –en fin y/o especialmente– la equidad natural, donde el método de positivación difiere sustancialmente del que opera con la legislación. Por otra parte, ahora respecto de la peculiar teoría de las normas que se advierte en el positivismo jurídico, Bobbio manifiesta que aquí se acentúa la naturaleza imperativa del derecho, a saber, su carácter de orden o –lo que es lo mismo– su explicación a partir de una teoría imperativista del derecho. En cuanto a la teoría del ordenamiento, Bobbio concluye que en el iuspositivismo el sistema jurídico es concebido como portador de dos atributos nucleares. El primero de ellos la coherencia, es decir que de todo orden jurídico es posible predicar la inexistencia de antinomias definitivas o genuinas, pues si dos normas resultaran en efecto incompatibles entre sí, una de ellas es inválida, y –en segundo lugar– la completitud, queriendo significar con ello que los sistemas de normas carecen de lagunas, esto es que el juez siempre contará con normas explícitas o implícitas que recabar para resolver cualquier caso que le sea sometido. Por último, en relación con el método de la ciencia jurídica, Bobbio sostiene –con sus razones y asperezas– que es característico del iuspositivismo el empleo de la interpretación jurídica como comprensiva del total de la actividad del jurista, con predominio de ella como un quehacer prioritariamente declarativo.

Sin perjuicio de lo dicho previamente, uno de los iuspositivistas más influyentes de la actualidad, niega los dos componentes sobre los cuales se cimienta la recién repasada división entre estas dos grandes escuelas del Derecho. En efecto, Raz⁶⁵ descrece –primero– que la dicotomía entre iuspositivistas y iusnaturalistas sea la división básica en la teoría del Derecho. Al mismo tiempo –o debido a que– refuta que la (des)vinculación sea el parámetro que distingue a unos de otros, pues –a partir de los ejemplos que promueve– sostiene que no puede haber duda acerca de la conexión necesaria entre derecho y moral. Para el profesor de Oxford, el efecto de esta constatación no es tanto que las nociones iusnaturalistas sean

⁶⁵ Raz, Joseph. 2013. *Entre la Autoridad y la Interpretación*. Madrid: Marcial Pons. 179-180.

acertadas, sino que la tesis sobre la que se cimienta es relativamente trivial, no prestando apoyo a lo que les interesa.

Sea como fuere, Robert Alexy⁶⁶, desde una perspectiva externa –a diferencia de la posición interna de Raz– señala que toda teoría positivista sostiene la **tesis de la separación**, es decir que el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral, lo que supone que no existe conexión conceptual necesaria alguna entre derecho y moral. Así las cosas, siempre al decir de Alexy⁶⁷, no existe para el positivismo jurídico una conexión necesaria entre la validez jurídica o la corrección legal, de un lado, y el mérito o demérito moral o la corrección o incorrección moral, del otro.

Siguiendo a Alexy, debe aclararse que la centralidad de la tesis de la separación de si en efecto existe una (des)conexión entre derecho y moral, como en la conceptualidad y necesidad de la vinculación. Esto es así, pues al interior del positivismo jurídico se observan diferentes corrientes en punto a la des-conexión. Así es posible advertir la existencia de un positivismo incluyente⁶⁸, que admite la incorporación de argumentos morales, pero sólo de manera contingente u ocasional, pero no necesaria. De esa forma, sólo un positivismo excluyente, será aquel que –como en la explicación de Dworkin y Nino– entiende que el derecho sólo comprende razones autoritativas.

En palabras de Prieto Sanchís⁶⁹, para un positivista una norma jurídica podría coincidir en su contenido con una norma moral, la que puede ser justa en ese sentido, pero si cabe hablar de una obligación moral de obedecerla será por su carácter moral, no por el respaldo que reciba del Derecho; éste no suministra ninguna razón moral para ser obedecido.

Matices más o menos, ya se advertirá que la versión del positivismo jurídico que sea –sin perjuicio de lo señalado por Raz–, resulta incompatible con la tesis de la corrección de Alexy. Es incomunicable con la tesis de la corrección pues ella se refiere al razonamiento moral cuando la decisión no puede adoptarse sólo con base en razones procedentes del derecho positivo⁷⁰, como por ejemplo en el caso de los principios, cuyo contenido se fija en punto a cuestiones jurídicas, fácticas o epistémicas y no por su positivación normativa, o –íntimamente relacionadas con los principios– de las normas adscriptas. Dicho de otra forma, para un no-positivista la inexistencia de una regla que dirima un pleito es absolutamente compatible con la existencia de una respuesta jurídica correcta y obligatoria que se hallará al interior del derecho, pues este está compuesto por reglas y principios, mientras que para

⁶⁶ Alexy (1994), 13.

⁶⁷ Alexy (2008), 78-79.

⁶⁸ V. Gr, Bernal Pulido (2011), 17.

⁶⁹ Prieto Sanchís, Luis. 2010. *Neoconstitucionalismos*. Granada: Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 44. 487.

⁷⁰ Alexy (2008), 68.

un positivista no, toda vez que el derecho no provee tales respuestas correctas, sino que —en lo que desborda a las prescripciones contenidas en las reglas— habrá discrecionalidad lo que se sitúa u ocurre fuera del ordenamiento, salvo que éste lo incluya expresamente. Asimismo, para el no-positivista existe una conexión conceptual y necesaria, que tiene la consecuencia de que las decisiones que son moralmente defectuosas también lo son jurídicamente. Todas estas cuestiones resultan inaceptables para un positivista jurídico.

V.

HABERMAS Y LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA

Respecto al tema que nos ocupa, debe tenerse presente que Habermas posa su atención, análisis y críticas a la tesis del caso especial de Robert Alexy. Es oportuno recordar que Alexy sostiene, como manifestación de la conexión entre Derecho y justicia, que la argumentación jurídica es una especie o caso especial de la argumentación práctica general⁷¹. Dicho de otra forma, este autor sostiene que existe una relación de género-especie entre el discurso práctico general y el discurso jurídico. Con cierta licencia dogmática, puede decirse que para Alexy —con restricciones y particularidades— la corrección general y la corrección jurídica se reúnen en punto a la justicia.

1) Fundamentación y Aplicación del Derecho. Pues bien, las dos expresiones de esta tesis, es decir la tesis del caso especial y la de la corrección, tensionan —no vale pena ocultarlo— la relación entre la consistencia de las decisiones con el ordenamiento y la racionalidad de ellas, por lo que cualquier teoría que aborde este asunto debe además proponer una forma de resolverla.

Así las cosas, previamente se describieron las proposiciones centrales del positivismo jurídico, con lo que al mismo tiempo se explicó cómo los iuspositivistas promueven sea resuelta esa tensión. El primer apartado de este trabajo —por su parte— es también la propuesta de Alexy sobre la forma en que Derecho y justicia se relacionan; hablar de los elementos que constituyen la validez de las normas es exactamente eso.

Respecto de dicha tensión, al igual que Alexy, Habermas en *Facticidad y Validez*⁷², con su legendaria sobriedad y maestría, sostiene que la seguridad jurídica demanda —primero— decisiones consistentes con el ordenamiento, que establezcan las expectativas de

⁷¹ Alexy (2014), 34.

⁷² Habermas (2010).

comportamiento⁷³, reconciliando de esa forma la historia y la justicia, y -después- que dichas decisiones sean racionalmente aceptables, es decir sensibles a la necesaria legitimidad para ser admitidas por los miembros de la comunidad.

Compartir esa opinión sobre la existencia y características de la mencionada tención es muy distinto de estar de acuerdo en la forma de resolverla. Muestra de ello, son las críticas que Habermas esgrime a la tesis de Alexy.

2) Vinculación en la fundamentación y en la aplicación. Una de las críticas que Habermas le hace a la tesis de Alexy, es no distinguir entre la vinculación del Derecho y la justicia en la creación de las normas –por una parte- y en la aplicación de ellas –por otra-. Dicho de una forma diferente, Habermas -al igual que lo hace Günther- sostiene que en el discurso moral se observa un aspecto de fundamentación y otro de aplicación⁷⁴, cuestión que Alexy no advierte.

Habermas está de acuerdo -cómo no- en que la tesis de Alexy es correcta en lo que respecta a su índole de aplicación, es decir que la tesis del caso especial se da en la argumentación jurídica de aplicación. Refuerza esta idea, reconociendo –igual que Alexy- que en ambos casos –en la argumentación jurídica y en la práctica general- se trata de la lógica de la aplicación de normas, o –como lo describe Alexy⁷⁵- en ambas formas de discurso se trata de la corrección de enunciados normativos.

Sin embargo, en lo que respecta a la fundamentación, es decir en la argumentación para la creación del Derecho, este autor sostiene –siguiendo a Dworkin- que la corrección de los argumentos jurídicos brota de la pertenencia a un sistema normativo coherente⁷⁶; no de una cualidad interna de la norma. Lo anterior es lo mismo que decir que las reglas de la argumentación jurídica no alcanzan o no son aplicables a la creación del Derecho. Esa afirmación es incompatible con la tesis de Alexyana de la vinculación, no sólo debido a que donde hay principios hay ponderación lo que importa un límite jurídico a la deliberación, sino allí donde la corrección no surgiría de la justicia mínima, sino sólo de la positivación conforme al ordenamiento. Habermas fundamenta esta crítica, en que Alexy sabe que la corrección de los argumentos jurídicos y la corrección de los juicios morales generales es cualitativamente diferente, pues la racionalidad de la argumentación jurídica viene –según Habermas- determinada por la racionalidad de la legislación⁷⁷. Veremos dentro de poco que ello debe ser desoído.

⁷³ Habermas (2010), 271.

⁷⁴ Habermas (2010), 304.

⁷⁵ Alexy (2014), 35.

⁷⁶ Habermas (2010), 304.

⁷⁷ Habermas (2010), 304.

Es imposible estar en desacuerdo con Alexy y Habermas, allí donde advierten que la labor legislativa tiene componentes que desbordan lo moral⁷⁸. En otras palabras, es imprescindible acompañar a estos autores allí donde sostiene que la legitimidad de la creación de la legislación pende de factores –podríamos decir- de corte intelectual, como la calidad de la información con la que se cuenta para tomar decisiones legislativas y la racionalidad propiamente dicha de las decisiones que se toman, es decir por la calidad del proceso democrático⁷⁹. Hasta ahí los acuerdos.

3) Democracia y corrección. Se dijo hace poco algo parecido a que la relación entre Derecho y justicia es ineludiblemente polémica. Ciertamente que lo es, debido a que tensiona dos bienes de inmenso valor al interior del ordenamiento jurídico, como son el principio democrático y la corrección: lo que sea jurídicamente posible se ve limitado por lo compatible con la corrección.

Alexy⁸⁰ representa esta tensión describiendo modelos, sino puros de democracia, predominantemente democráticos -o como él los llama, puramente procedimentales- donde se negarán los derechos fundamentales pues todo le será permitido al Parlamento, y otros puros de corrección -o puramente materiales- donde la democracia se reduce a una mínima expresión pues todo estará predeterminado por la Constitución.

Habermas y todos los que estiman el principio democrático, entre los que ciertamente también se encuentra Alexy, hacen bien –no cabe duda- en desenmarañar el entramado de la producción legislativa para comprenderla cabalmente y protegerla, haciendo pesar sobre ella reglas procedimentales que garantizan condiciones racionales y así virtuosas de diálogo democrático. Pero proteger las formas de la deliberación democrática es muy diferente a no admitir límites *jurídicos* sustanciales mínimos para el resultado del trabajo del Parlamento de dirimir contiendas y modelar la legislación.

Aquí se sostiene que las críticas de Habermas a la tesis del caso especial de Alexy, parece no tener presente que esta última se inscribe en un tipo o modelo intermedio, entre uno puro de procedimiento y otro puramente material, cual es aquel que valora y protege la capacidad de configuración del Parlamento al mismo tiempo que la existencia de cuestiones indisponibles o límites jurídicos que no pueden ser sobrepasados, cual es la justicia mínima. Téngase presente que el diálogo democrático de calidad –cuán valioso sea- es una muestra de corrección y no un valor en sí mismo⁸¹.

⁷⁸ Habermas (2010), 305.

⁷⁹ Habermas (2010), 305.

⁸⁰ Alexy (2012), 517.

⁸¹ Campbell (2002), 238.

La crítica de Habermas, en contra de la tesis del caso especial, parece poner el foco en la magnitud de los sacrificios democráticos de la tesis alexyana, lo que no es un reparo sino simplemente una constatación. Pero lo que sí se debe criticar a Habermas en este punto no es lo que dice sino aquello sobre lo que calla. El modelo propuesto por Habermas, es decir uno predominantemente formal, irroga un precio exorbitante a los derechos fundamentales cual es no tener respuesta a la situación de ser amagados si no se adoptan decisiones respetuosas de las reglas que impone la acción comunicativa.

Lo anterior, rima con la cuestión planteada por Hart respecto a que la actividad parlamentaria tiene límites pero que ellos no son jurídicos⁸², y aguijonea la pregunta de si las decisiones legislativas en efecto se toman al son de la acción comunicativa, cuestión central si se promueve un modelo que confíe *in extremis* en la deliberación democrática llevada al son de ella.

En otra ocasión espero poder abordar una cuestión que por ahora sólo se podrá roscar con algunas preguntas: ¿No son acaso los derechos fundamentales -sino la máxima- una incuantificable expresión democrática, pero de cualquier manera no menos valiosa que la autonomía del cuerpo político expresada en el Parlamento? ¿Por qué creer que proteger de afectaciones intolerables a los derechos fundamentales y garantizar una deliberación democrática, son cuestiones irreconciliables?

VI.

A TÍTULO DE RESPUESTA

Es imposible estar de acuerdo en general con Habermas en las críticas que eleva a la tesis de la vinculación de Alexy.

VII.

SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE ASPECTOS DE FUNDAMENTACIÓN Y DE APLICACIÓN

Primeramente, no es posible concordar en punto a la distinción entre aspectos de fundamentación y de aplicación de la argumentación jurídica, debido a que no se exhibe una justificación sobre la pertinencia ontológica de ella, y -luego- porque en lo relativo a la

⁸² Hart (2011), 83.

corrección –que es el tema incumbe- la creación del Derecho y su aplicación no presentan diferencias en esta materia.

De la falta de fundamentación sobre la pertinencia ontológica de la distinción entre aspectos de fundamentación y de aplicación de la argumentación jurídica. Raz sostiene que “no hay daño en ninguna clasificación; cualquier similitud y cualquier diferencia puede ser base de una”⁸³. Sin embargo, a esta distinción no puede atribuírsele –hasta que exhiba una demostración al efecto- la entidad que se le imputa. No es posible endosar una propiedad de esa envergadura –ni de cualquier otra, dicho sea de paso- en tanto no se demuestre que las diferencias entre ambas –más bien cuál diferencia entre ambas- justifica la diferencia de tratamiento. En el intertanto, sólo pareciera haber una diferencia entre los ambientes en el que la argumentación se desarrolla y que las características de dichos ambientes inciden de manera insignificante en su despliegue, pero no que entre una y otra existen diferencias de entidad que justifiquen la diferenciación que Habermas le atribuye. En el mejor de los casos, la distinción tendría valor epistémico –lo que no es poco-, es decir ilustrativo de los métodos y procedimientos propios de dos etapas de la argumentación jurídica observables sin demasiada dificultad. En caso alguno esta diferenciación podría ser ontológica, esto es propia de la existencia de dos entidades diversas. Para esto último, se requiere haber concluido una labor que, de haber sido realizada, Habermas la ha guardado con celo.

Persuadir sobre la pertinencia ontológica –y no meramente epistémica- entre ambos aspectos de la argumentación jurídica, es inexcusable sobre todo por el efecto que los promotores de esta distinción le confieren, cual es depurar moralmente al discurso jurídico de aspectos de fundamentación, los que pesarían exclusivamente en los aspectos de aplicación, es decir que las normas del discurso práctico general ni las del caso especial resultan aplicables a la actividad legislativa⁸⁴.

Esta necesidad de argumentos concluyentes sobre la procedencia de la distinción, es –si eso es posible- aún más imperiosa que en el caso anterior, pues sobre ella descansa la crítica transversal a la tesis del caso especial de Alexy la que consiste en que ella no hace justicia a la complejidad de la actividad judicial y la producción legislativa⁸⁵. A juicio de Habermas la tesis del caso especial, en los aspectos de fundamentación, no resuelve correctamente el entramado de argumentaciones, negociaciones y comunicaciones políticas que constituyen

⁸³ Raz (2013), 178.

⁸⁴ Habermas (2010), 304.

⁸⁵ Habermas (2010), 267.

la producción legislativa. Esto es lo que se puede denominar el argumento democrático o lo que Campbell denomina la justicia como democracia⁸⁶.

Pues bien, para que esto último sea efectivo Habermas haría bien en demostrar cómo el proceso de fundamentación y el de aplicación de las normas de la argumentación jurídica son incompatibles en el proceso legislativo, es decir porqué lo jurídico debe quedar excluido de esta etapa del proceso. Dicho de otra forma, Habermas debe probar que la argumentación jurídica no forma parte del entramado de argumentaciones que constituyen la producción legislativa, para no correr el riesgo de que sea su teoría y no la de Alexy la que no haga justicia a la actividad que intenta describir adecuadamente.

De la falta de pertinencia ontológica entre la fundamentación y la aplicación. El argumento de Habermas que nos ocupa no sólo debe ser desoído por falta de aportación de argumentos sobre su pertinencia ontológica, sino –sobre todo- porque en esta materia ambos aspectos de la argumentación jurídica (fundamentación y aplicación) no difieren en materia de su corrección.

En punto a la valoración jurídica y epistemológica, debe recordarse que es un postulado erguido por el propio positivismo jurídico, que las decisiones jurídicas que no pueden tomarse en punto a normas positivadas brotan de la discrecionalidad judicial, es decir de la valoración del Juez.

Si entendemos la fundamentación de las normas como la labor y el resultado de configurar reglas y principios atribuyéndole una cierta valoración y pertinencia, no se advertirá diferencia epistémica y procedimental relevante con la labor de aplicación del Derecho, especialmente en aquellos casos -nada infrecuentes en el Derecho Constitucional, especialmente en lo **ius fundamental**- en que el derecho positivo no prevé una solución unívoca o fácil para el caso⁸⁷.

No debe perderse de vista que la labor de concreción del Derecho preexistente deviene de ordinario en normas particulares, especificaciones del material autoritativo y preexistente, como por ejemplo son las sentencias judiciales y los actos administrativos dictados para casos determinados. Ellas son resultado también de un proceso de argumentación jurídica de fundamentación, pues el material autoritativo no suele ser bastante para afinar un proceso, cuya validez depende no sólo de la conformidad de su génesis con el ordenamiento, sino también con la corrección de sus prescripciones.

⁸⁶ Campbell (2002), 221.

⁸⁷ V.Gr., Alexy (2014), 23; Dworkin (2012), 146; y Bernal Pulido, Carlos. 2007. El Principio de Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 103-104.

Así las cosas, la argumentación jurídica es la conexión entre la fundamentación y la aplicación, máxime cuando de lo que se habla es de la formación de normas, cuestión que es ya conceptualmente jurídica. No reconocer esa vinculación entre la fundamentación y la argumentación jurídica, hace que el argumento del propio Habermas consistente en que la tesis del caso especial corresponde a la aplicación del Derecho, parezca arbitrario.

Subyugar la facticidad al Derecho es exactamente eso, es erigir una norma (fundamentación) o hacer que de ella brote una conducta (aplicación), atribuyéndole a esa norma y/o a esa conducta una valoración jurídica y una pertinencia epistemológica. Por si no se ha sido claro, lo anterior es lo mismo que decir que de ordinario hay espacios visibles, significativos y relevantes para la fundamentación en ambos aspectos del discurso, y que en ninguno de ellos es admisible que se sobrepase el umbral de la injusticia extrema, pues donde ella ocurra se producirá la misma contradicción performativa, que hace incompatible la injusticia intolerable con la naturaleza jurídica de una prescripción.

VIII.

SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA Y JURÍDICA

Seguidamente, la objeción de Habermas respecto de la diferencia cualitativa entre la argumentación práctica general y la argumentación jurídica resulta superflua si se atiende a que –ad initio- Alexy la reconoce explícitamente al señalar que la argumentación jurídica es un caso particular de la argumentación práctica general (moral), es decir que ambos discursos –el moral y el jurídico- tratan de la corrección de enunciados normativos⁸⁸. Dicho de otra forma, esa diferencia –basada esencialmente en las restricciones estructurales de los argumentos jurídicos, como por ejemplo el respeto por el contenido de las normas positivadas sustantivas y procedimentales o el valor del precedente- es exactamente lo que hace que la relación entre la argumentación práctica general y la argumentación jurídica no sea de identidad sino de género a especie.

Dicho lo anterior de otra manera, ya se sabe que ambos tipos de argumentación son diferentes, pero Habermas no demuestra cómo esa diferencia es –primeramente- cualitativa y –luego- prueba de que la tesis del caso especial de Alexy es por ello incorrecta.

⁸⁸ V. Gr., Alexy (2014), 34-36.

IX.

SOBRE LA SUBORDINACIÓN DEL DERECHO A LA MORAL

Finalmente, Habermas imputa a la tesis del caso especial una –a su juicio- errónea subordinación del Derecho a la moral. Debe descartarse esta objeción debido a que Alexy no sostiene cosa parecida. Muy por el contrario, -como se destacó al inicio- mirando de cierta distancia Alexy sostiene como elementos definatorios copulativos de la validez de una norma jurídica individualmente considerada y la del ordenamiento jurídico en su conjunto, la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material.

Pero mirado desde cerca, Alexy coloca al derecho positivado, esto es a la manifestación de la voluntad democrática, incluso casi por sobre la corrección. En efecto, debe recordarse que la conexión entre Derecho y moral que este autor postula, consiste en que una norma y/o un ordenamiento son válidos en tanto simplemente contengan o prevean una pretensión de corrección consistente en que ellas sean mínimamente justas, en el sentido de respetuosas con los derechos fundamentales, de manera que si no lo satisfacen del todo –a la luz del principio democrático y de seguridad jurídica- no dejan por ello de ser normas u ordenamientos, pero que la validez de ambos se pierde sólo si se atraviesa el umbral de la injusticia extrema. Habida cuenta que debido a que la regla general es que el derecho positivado se presume válido y la corrección resta el estatus jurídico sólo –por excepción- a las normas extremadamente injustas, no es correcto imputarle una idea de superioridad de la moral sobre el Derecho. Desde perspectiva contraria, una norma correcta –en el sentido presentado aquí- no será por esa sola circunstancia si no ha sido positivada de acuerdo al ordenamiento o no brote del material autoritativo vigente.

Lo anterior no es muy distinto de afirmar que Habermas no logra advertir que el modelo alexyano de vinculación no es puramente material o ideal, es decir uno puro de corrección, como aquel donde el Derecho pierde toda relevancia en favor de una dimensión ideal⁸⁹ de la argumentación jurídica, sino que además incorpora una dimensión fáctica o real, representada por la expedición autoritativa y la eficacia social.

Como demostración de que no es posible estar de acuerdo con la imputación de Habermas a la tesis del caso especial, puede decirse que teniendo a la vista la conexión cualificante entre Derecho y moral, Habermas estaría de acuerdo con la hipótesis de que la acción comunicativa producirá mínimamente un resultado equivalente con la justicia como derechos. Dicho de otra forma, producto de un diálogo democrático desarrollado al son de

⁸⁹ V. Gr., Bernal Pulido (2011).

la racionalidad comunicativa, surgirá válidamente una decisión respetuosa de los derechos fundamentales. Así las cosas, en esta sección de la tesis de la vinculación de Robert Alexy, no se advierte la subyugación del Derecho en favor de la moral como Habermas acusa.

Respecto de la conexión clasificante, lo que se observa es la preminencia del derecho legislado o positivado, hasta que se sobrepasa un límite material y conceptual -incluso estadísticamente- muy excepcional, cual es el de la injusticia extrema; no una injusticia leve y/o volátil, sino una intolerable; no una evaluada intuitivamente o producto de una experiencia mística, sino racionalmente mediante la ponderación en sentido amplio. Es por ello que aquí tampoco se observa una sumisión del Derecho a la moral, sino simplemente la acción consecuencial y racionalmente fundada a partir de un defecto insostenible de una norma. Aquí lo que se advierte –a fin de cuentas- es el cuestionamiento al estatus jurídico de una norma no por sometimiento, sino que por fuertes argumentos.

Para citar este trabajo: Leiva Rabael, Antonio, “Corrección y facticidad: Justicia y democracia”, *Revista de Derecho. UcuDAl* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 139-164.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 1994. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa,
- Alexy, Robert. 2007. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, Robert. 2008. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, Robert. 2009. *Los Derechos Sociales y su Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, Robert. 2010. *La Institucionalización del Derecho*, 2° Edición. Granada: Comares.
- Alexy, Robert. 2012. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2° Edición. Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales.
- Alexy, Robert. 2014. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2° Edición. Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2016 *A Vueltas con la Ponderación*, en *Un Debate sobre la Ponderación*, Manuel Atienza y Juan A. García Amado. Lima: Palestra-Temis.

- Bernal Pulido, Carlos. 2011. *La Doble Dimensión del Derecho*. Lima: Palestra.
- Bernal Pulido, Carlos. 2007. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, Norberto. 1996. *Il Positivismo Giuridico*. Torino: Giappichelli Editore.
- Campbell, Tom. 2001. *La Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, Ronald. 2005. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, Ronald. 2012. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, Luigi. 2009. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, 2° edición. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Habermas, Jürgen. 2008. *Comunicación Moral y Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta.
- Habermas, Jürgen. 2010. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, Jürgen. 2011. *Escritos Filosóficos, Volumen 1*. Barcelona: Paidós.
- Hart., H.L.A. 2009. *El Concepto de Derecho*, 3° Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Prieto Sanchís, Luis. 2010. *Neoconstitucionalismos (Un Catálogo de Problemas y Argumentos)*. Granada: Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 44.
- Nino, Carlos Santiago. 2012. *La Validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Radbruch, Gustav. 2013. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Raz, Joseph. 2013. *Entre la Autoridad y la Interpretación*. Madrid: Marcial Pons.
- Squella, Agustín. 2001. *Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Waldron, Jeremy. 2005. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

Renovación del derecho por vía hermenéutica: El caso del dolo civil

Renewal of law by hermeneutics: the case of mens rea

*Diego Pérez Lasserre*¹

¹Universidad San Sebastián, Santiago, Chile.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0665-4203>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1708>

RESUMEN: Este artículo propone renovar la comprensión del dolo civil por vía hermenéutica. En particular, se plantea la necesidad y utilidad de la aplicación de la prueba indiciaria, así como su estándar probatorio, al caso dolo civil. En definitiva, este trabajo no tiene por finalidad hacer un giro objetivo en la comprensión del dolo, sino que proponer un modelo que facilite la prueba sin modificar su carácter subjetivo.

PALABRAS CLAVE: dolo civil – hermenéutica – prueba indiciaria.

ABSTRACT: This article seeks to renew the understanding of civil mens rea through hermeneutics. In particular, it poses the need and usefulness of the application of the circumstantial evidence, as well as its evidentiary standard, to the civil mens rea. In short, this work does not intend to make an objective turn in the understanding of mens rea. Instead, it proposes a model that facilitates the proof of this element without modifying its subjective character.

KEY-WORDS: civil mens rea – hermeneutics – circumstantial evidence.

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho y la Comprensión. 1. Carácter proyectivo de la comprensión. 2. Dogmática perfecta equivale a praxis perfecta: derribando un mito. III. Comprensión actual del dolo civil. IV. Necesidad de un giro en la comprensión del dolo civil. V. Conclusión. Bibliografía.

Recibido: 18/06/ 18. Observado: 05/07. Evaluado: 07/09. Aceptado: 10/10

“El Derecho [...] sólo puede ser un instrumento efectivo si cuando se define su contenido se piensa en cómo éste va a poder ser llevado a la práctica del proceso [...]: de lo contrario, se queda en una elaboración de conceptos tal vez bella, pero estéril, y no se puede seguir afirmando que la dogmática sea una ciencia práctica”.

Ramón Ragués².

I. INTRODUCCIÓN

Teoría y praxis jurídica. Estos conceptos parecen referirse a mundos diametralmente opuestos. En efecto, el primero de ellos nos lleva inmediatamente a pensar en el académico que, alejado del “mundo real”, se dedica a elaborar bellas y sistemáticas teorías sobre el derecho. La palabra praxis, en cambio, hace imaginarnos al abogado que día a día va a batallar a los tribunales y órganos de la administración.

Afortunadamente, este clásico binomio parece estar quedándose atrás en la realidad jurídica nacional. Cada vez hay más teóricos que tienen un ojo puesto en la praxis, así como abogados que ejercen la profesión que acuden a la teoría para utilizarla como arma de combate. Todavía quedan, sin embargo, ciertas figuras jurídicas que tienen un rico contenido teórico, pero poca aplicación práctica. En el presente trabajo intentaremos superar esta problemática con una de ellas: el dolo civil.

En efecto, el presente trabajo tiene por finalidad justificar teóricamente que es necesario hacer un giro en lo que se refiere a la comprensión del dolo para así tornar esta institución en útil para la praxis. En particular, propondremos que sería ventajosa la aplicación de la prueba indiciaria en estas materias. Para ello hemos dividido el trabajo de la siguiente manera: primero explicaremos la relación que existe entre el derecho y el carácter proyectivo de la comprensión (1). Luego haremos un breve esbozo de la comprensión actual del dolo civil en

² Ramón Ragués i Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: J.M. Bosch, 2002), 198.

la doctrina y jurisprudencia nacional (2), para después intentar justificar que es necesario un giro en la comprensión de éste (3).

II.

EL DERECHO Y LA COMPRENSIÓN

1. CARÁCTER PROYECTIVO DE LA COMPRENSIÓN

Interpretar es determinar el verdadero sentido y alcance de la ley. Esa es la definición que se nos dio a gran parte de los alumnos de derecho al estudiar Teoría de la Ley en el contexto de la cátedra de Derecho Civil. Si bien a primeras una definición como ésta no genera grandes inconvenientes, una segunda lectura trae a la luz una problemática fundamental para el derecho: el de la «verdad» en la interpretación.

Decimos que la verdad en la interpretación es problemática porque el introducirse en este tema lleva a intentar responder una pregunta titánica, a saber, la que interroga sobre las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que la interpretación de un texto legal ha logrado adecuarse a la verdad contenida en él³. El jurista italiano Emilio Betti, por ejemplo, señala que es posible afirmar que una interpretación jurídica es correcta siempre y cuando ésta se adecue a los valores éticos cristalizados en lo que él llama *formas representativas*⁴—las que a su vez están contenidas en los textos legales—. Carl Schmitt, en cambio, es de la idea que “una decisión judicial se tiene hoy por recta, si se puede esperar que otro juez (como un tipo empírico) hubiera decidido del mismo modo”⁵⁶.

Si bien el estudio y contrastación de estos pensadores —así como de muchos otros que claramente merecen un lugar al costado de los ya mencionados— resultaría de sumo

³ Además de poner sobre la mesa la pregunta sobre la «verdad» en la interpretación.

⁴ Emilio Betti, *General Theory of Interpretation* (Createspace Independent Pub, 2015).

⁵ Carl Schmitt, *Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial*, traducción de Montserrat Herrero (Madrid: Tecnos, 2012), p.65 llama a este criterio el “**principio de determinación del derecho**”. Cabe mencionar que Gadamer señala algo similar en *Verdad y método*, aunque claramente no con la profundidad y especificidad de Schmitt. En efecto, él señala que “el juez busca estar en armonía (*in accord*) con la «idea jurídica» en su mediación con el presente. Esto es, por su puesto, una mediación jurídica. Es el significado jurídico de la ley—y no el sentido histórico de la promulgación de esta o de los casos particulares a los que se aplica—lo que está intentando comprender. De este modo, su orientación no es aquella del historiador, sino que está orientado hacia su propia historia, la cual es su presente.” Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (New York & London, Bloomsbury, 2013), 337.

⁶ En el mismo sentido, Larenz señala que “Pero, aunque el juez sea inducido por el caso que ha de resolver a interpretar nuevamente un determinado término o una determinada norma jurídica, debe interpretarlos, por cierto, no sólo precisamente para este caso concreto, sino de modo que su interpretación pueda ser efectiva para todos los demás casos similares. Si los tribunales interpretan la misma disposición en casos similares, ora de una manera, ora de otra, esto estaría en contradicción con el postulado de justicia que las cosas iguales deben ser igualmente tratadas, así como con la seguridad jurídica ambicionada por la ley”. Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona, Ariel, 2001), 310.

interés, en lo que sigue nos dedicaremos a explicar brevemente el pensamiento de otro gran hermeneuta: Hans Georg-Gadamer. ¿Por qué Gadamer? Como veremos en el presente apartado, la elección de este pensador no es aleatoria, sino que responde a que la hermenéutica gadameriana proporciona el marco teórico para comprender que las limitaciones de carácter probatorio que existen hoy en día en relación a la figura del dolo no emanan de nuestro Código Civil, sino que de la proyección a este texto de ciertos pre-juicios doctrinales y jurisprudenciales. Dicho esto, pasemos a revisar lo dicho por Gadamer respecto a la interpretación.

Uno de los ejes centrales del pensamiento gadameriano es el carácter proyectivo de la comprensión. Con esto nos referimos a que para Gadamer no es legítimo plantear el paradigma epistemológico en términos de una dialéctica entre la subjetividad del sujeto y la objetividad de aquello que se pretende conocer⁷. Es decir, no es posible considerar al hombre como mero receptáculo de lo que está ahí —el o los objetos dados—, sino que necesario es tener en consideración el rol activo que este juega en la configuración misma de la realidad. En palabras sencillas, los hombres —“Dasein”, como dirían Heidegger y Gadamer— aportamos desde nuestra subjetividad a la configuración de lo que es el mundo, de tal manera que la comprensión del mundo implica, a su vez, una comprensión de nosotros mismos⁸.

Un ejemplo de lo anterior es lo que a muchos nos sucede con una obra como *El principito* de Antoine de Saint-Exupéry. Con cada relectura un nuevo sentido parece emerger del texto —especialmente si esta se hace en distintas etapas de la vida. Así, los distintos sentidos que uno le atribuye a la obra no responden meramente al texto —aunque claramente este siempre es el punto de partida—, sino que a la proyección que los lectores hacemos sobre el mismo⁹.

Volviendo al pensamiento de Gadamer, en *Verdad y método* este autor afirma que “cuando una persona intenta comprender un texto, siempre realiza un proyectar. Así, apenas un sentido preliminar del texto emerge, proyecta un sentido para el texto considerado como un todo. Ahora, este «sentido inicial» solo emerge porque se lee el texto con expectativas en lo que se refiere a su sentido”¹⁰. Es decir, la lectura de un texto no consiste en un proceso de

⁷ De hecho, Gadamer asevera que el presentar el conocimiento bajo ese esquema implica partir de la base de “una falsa antítesis que no puede ser resuelta”. Gadamer, 2013, 321.

⁸ En este sentido, Grondin explica que “hay que hablar de hermenéutica, porque ese «estado de yecto» está caracterizado por el entender: el *Dasein* («ser ahí») no sólo entiende el mundo, sino que se entiende también a sí mismo. [...] Ese entender es siempre, a la vez, un entenderse: se trata en él de una posibilidad de mí mismo, no de un contenido de saber desligable de mí, de un contenido que yo conozco objetivamente. La «dicotomía-sujeto-objeto» está descartada.” Jean Grondin, *Introducción a Gadamer*, traducción de C. Ruiz-Garrido (Barcelona, Herder, 2003), 124.

⁹ Cabe mencionar que con esto no queremos decir que absolutamente todo el sentido de un texto dependa de la proyección que el sujeto haga. Profundizaremos en esto más adelante en el texto.

¹⁰ Gadamer, 2013, 279.

mera aprehensión de aquello que está ahí¹¹; por el contrario, los lectores aportamos activamente en la configuración del sentido del texto a través de la proyección de la comprensión previa (pre-juicios, juicios previos) que tenemos de aquello sobre lo que estamos leyendo. Así, por ejemplo, las palabras «tradición» o «servidumbre» adquieren un sentido distinto para el versado en derecho respecto de quien no tiene conocimiento jurídico debido a la proyección del bagaje teórico adquirido a lo largo del estudio y ejercicio de la profesión¹².

Cabe, no obstante, preguntarse: ¿el que la comprensión tenga un carácter proyectivo significa que la configuración misma de la realidad depende del arbitrio del sujeto cognoscente? En otras palabras, ¿nos encontramos ante un relativismo epistemológico? La respuesta es negativa —por lo menos en lo que se refiere a Gadamer—. En efecto, el que la configuración del sentido de los textos¹³ dependa, en parte, de la subjetividad del intérprete no lleva como corolario que el contenido de un texto está en manos del arbitrio del lector. Por el contrario, el intérprete debe reconocer la alteridad del texto y dejar que este le hable. En este sentido, el autor de *Verdad y método* señala que “la cuestión es que los significados representan una multiplicidad de posibilidades [...], pero dentro de esa multiplicidad de lo que puede ser pensado —es decir, de lo que el lector puede encontrar significativo y, por lo tanto, espera encontrar— no todo es posible”¹⁴. Es decir, la posición epistemológica de Gadamer lleva no a un relativismo, sino a un reconocimiento de un abanico de posibilidades de actualización de modos de ser de las cosas¹⁵—en específico del sentido de los textos—. De hecho, y como bien señala Watcherhauser, “Gadamer es un realista intransigente. [...] <Él> no cree que nuestras palabras produzcan la inteligibilidad de la realidad en un sentido fuerte. No es como si nuestras palabras proyectaran una inteligibilidad sobre la realidad, que entonces se interpondría entre nosotros y el mundo real”¹⁶.

¹¹ En este sentido, Heidegger señala que “La interpretación no es jamás una aprehensión, sin supuestos, de algo dado. Cuando esa particular concreción de la interpretación que es la interpretación exacta de los textos que apela a lo que «está allí», lo que por lo pronto está allí no es otra cosa que la obvia e indiscutida opinión previa del intérprete, que subyace necesariamente en todo quehacer interpretativo”.

¹² Aunque claramente el sentido que se le dé va a depender del contexto en el cual la palabra se está utilizando.

¹³ Si bien Gadamer toma una postura epistemológica de alcance general, en el presente trabajo sólo nos referiremos a las repercusiones que esto tiene respecto a la interpretación de textos.

¹⁴ Gadamer, 2013, 281. Volveremos sobre esto en el § 2 del presente capítulo. Cabe, sin embargo, tener en consideración que esto no importa un realismo fijo. Es importante reparar en que Gadamer se abre a la novedad histórica, la cual puede determinar que entremos en una época distinta en la cual la comprensión se modifique, incluso fundamentalmente.

¹⁵ En *Verdad y Método II*, Gadamer da un ejemplo de esto al señalar que, dado que la actualización de los modos de ser se da en determinados horizontes históricos; es decir, estos pueden ir variando a lo largo de la historia. Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método II*, traducción de M. Olasagasti (Salamanca, Ediciones Sígueme, 2010), 60.

¹⁶ Brice Watcherhauser, “Getting It Right: Relativism, Realism and Truth”, *The Cambridge Companion to Gadamer* (Cambridge, Cambridge University Press 2002), 66.

En definitiva, un texto no es capaz de “aguantar” cualquier pre-juicio. Antes bien, este hará sentido siempre y cuando sea interpelado dentro de sus posibilidades. Lógicamente esto trae como corolario que para Gadamer sí hay interpretaciones erróneas. En efecto, y bien lo explica Grondin,

las interpretaciones erróneas o modernizantes pueden reconocerse, y descalificarse enteramente como tales. Pero ¿cómo? Porque en ellas la cosa no llega precisamente a hablar, sino que lo que habla es sólo la opinión del intérprete. Gadamer escribe en este contexto que lo logrado de una interpretación se muestra en que ésta no se hace notar como interpretación. Lo mismo se aplica a una traducción lograda. Una traducción anticuada o modernizante llama siempre la atención como tal¹⁷.

En palabras sencillas, si bien es efectivo que un texto puede adquirir distintos sentidos de acuerdo con la óptica desde la cual el intérprete se aproxime, es absurdo pensar que ante un mismo texto un sujeto crea estar leyendo la definición de ley, mientras que otro entienda que este se refiere al tipo penal de homicidio.

En síntesis, la subjetividad del hombre tiene injerencia en lo que se refiere a la determinación del sentido y alcance de un texto. Sin embargo, esta influencia no llega al punto de tener la capacidad de desvirtuar el texto mismo—por lo menos para la mente versada en hermenéutica—.

2. DOGMÁTICA PERFECTA EQUIVALE A PRAXIS PERFECTA: DERRIBANDO UN MITO

Luego de explicados los fundamentos que permiten aseverar que los pre-juicios del intérprete tienen injerencia en la determinación del sentido y alcance de un texto legal, nos corresponde revisar por qué esta materia resulta atingente para la presente investigación. En ese contexto, en el presente apartado nos dedicaremos a intentar derribar un mito, a saber, que una solución doctrinariamente sensata y autocontenida es suficiente como para resolver un problema propio de la praxis jurídica; todo esto con la finalidad de esclarecer lo que estimamos son los obstáculos teóricos que llevan a la imposibilidad de la prueba del dolo civil en juicio.

¹⁷ Grondin, 2003, 101

Una dogmática jurídica perfecta reduce la labor del juez a un mero proceso de subsunción del caso bajo la norma. Esta es una de las temáticas en contra de la cual nos vemos enfrentados al insertarnos en la discusión de la verdadera interpretación de la ley. En efecto, el apelar a una verdadera interpretación de la ley implica aceptar, por lo menos hasta cierto punto, que la labor hermenéutica se hace en abstracto, esto es, sin tener en consideración las particularidades del caso puesto frente juez que hace necesario recurrir al texto legal. Betti, quien adhiere a este pensamiento, señala que sólo en las interpretaciones que cumplen una función normativa, es decir, en aquellas que tienen por finalidad regular la conducta de las personas, se da un tercer momento, a saber, el de la aplicación¹⁸. En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre en las interpretaciones meramente cognoscitivas y/o reproductivas¹⁹, en la interpretación jurídica el juez primero ha de comprender el sentido y alcance del texto en abstracto y luego debe aplicarlo al caso concreto.

Gadamer, en cambio, se encuentra en el polo antinómico de Betti en esta materia. Así, en *Verdad y método* este autor afirma que

tanto en la hermenéutica legal como en la teológica hay una fundamental tensión entre el texto fijo e inmutable —la ley o el evangelio— por una parte y, por la otra, el sentido al que se llega luego de aplicarlo en el momento concreto de interpretación ya sea en un juicio o en una prédica.

Una ley no existe para ser comprendida históricamente, sino para tener validez jurídica por medio de su concreción a través de la interpretación. De manera similar, el evangelio no existe para ser tenido como un mero documento histórico, sino que para ser tomado en un sentido tal que lleve a la práctica su efecto salvífico. Esto implica que el texto, ya sea la ley o el evangelio, si quiere comprenderse adecuadamente —es decir, de acuerdo con sus pretensiones— debe ser comprendido en cada momento, en cada situación concreta, de una manera diferente. La comprensión aquí siempre es aplicación²⁰.

Es decir, para este autor la interpretación jurídica, así como la teológica, no se ha de hacer en abstracto, sino que teniendo en consideración el caso concreto. Esto significa que el sentido y alcance del texto legal se configura y renueva en cada caso de acuerdo con las particularidades del conflicto de relevancia jurídica que hace necesario acudir a la norma. En el mismo sentido, Schmitt asevera que

¹⁸ Cf. Betti, 2015, 26.

¹⁹ Sobre el particular, Betti afirma que es evidente la diferencia entre “el tipo de interpretación que busca reconstruir <y comunicar> en su original coherencia el sentido contenido en una forma interpretativa —por ejemplo, el proveniente de una fuente histórica que da cuenta de un comportamiento pasado— y (c) el tipo de interpretación que, como aquella que se hace de la ley vigente, o de un tratado a aplicar, o de un contrato a ejecutar, apunta a mantener la eficacia de dichos instrumentos en la vida social”. Betti, 2015, 26

²⁰ Gadamer, 2013, 319-320

no debe buscarse una respuesta absoluta e intemporal a la cuestión de la rectitud de una decisión, que, por ejemplo, se deduzca de la «idea» de la decisión judicial; esto además no tendría tampoco ningún valor práctico. El método de la aplicación del derecho debe descubrir la idea rectora de la praxis actual, y utilizarla de manera que sirva a modo de una suerte de autorreflexión sobre sus fines y medios. Que la praxis se haga consciente de su sentido supone un progreso científico²¹.

También Larenz manifiesta una opinión similar al señalar que “«Rectitud» no significa aquí una verdad intemporal, sino que rectitud para este orden jurídico y para este momento. En cuanto actividad metódicamente dirigida, que está orientada a conseguir enunciados «rectos», es decir, adecuados, la interpretación es una actividad científica sólo si se libera de la estrechez del concepto cientificista de ciencia”²².

En síntesis, para Gadamer, Schmitt y Larenz la ley no es una cuestión que se pueda comprender conceptualmente sin tener en consideración el caso particular al cual se pretende aplicar, sino que la configuración misma del texto legal se realiza a la luz de las particularidades del caso.

Ahora, ¿por qué todo este aparataje teórico es relevante para efectos del análisis del dolo civil? Por dos razones. Primero, porque el aproximarse a instituciones jurídicas desde una perspectiva hermenéutica como la recién descrita abre el camino a una renovación de nuestra realidad jurídica sin necesidad de modificaciones legales (y de hecho compatibles con los cuerpos legales vigentes). Segundo, porque le da la merecida centralidad a la praxis jurídica en la configuración teórica del derecho, óptica desde la cual analizaremos el dolo en la tercera parte de este trabajo. En efecto, estimamos necesario apelar a una perspectiva schmittiana en el sentido de que en las discusiones doctrinarias es la “propia praxis a quien corresponde decidir. Según esto, todo juez se esfuerza verdaderamente por decidir tal y como actualmente se decide en la praxis. A sus esfuerzos por encontrar una decisión correcta, precede siempre la existencia necesaria de una praxis regular y unitaria”²³. En otras palabras, no es

²¹ En el mismo sentido, Schmitt señala que “Cualquier deducción que se haga a partir de una idea de derecho que pretenda una validez supratemporal es, o bien enemiga del contenido y, por tanto, carece de valor para la praxis, o bien tiene que renunciar a sí misma para hacerse útil a la praxis”. Schmitt, 2012, 110.

²² Larenz, 2001, 311-312.

²³ Schmitt, 2012, 5. Cabe tener en consideración que a lo que Schmitt se está refiriendo en específico este texto es a la necesidad de un criterio de corrección de las decisiones jurídicas fundado en la *praxis*. William Rasch, de hecho, señala que la propuesta de Schmitt acerca de la legitimidad de las decisiones jurídicas se asemeja bastante al juicio reflexionante kantiano. En efecto, nos dice que para Schmitt esta legitimidad debe buscarse en sentido ascendente, es decir a partir del caso concreto para luego llegar a la regla universal, y no al revés. En sus palabras, “al ejercer sus funciones, realiza una especie de juicio reflexionante, ascendiente de lo particular o lo universal, o más bien construyendo lo universal en respuesta a lo particular, por medio de un mecanismo que tiene, no sorprendentemente, un parecido a ciertos aspectos del juicio estético kantiano”. William Rasch, “Judgment: The Emergence of Legal Norms”, *Cultural Critique* vol.57 N°1 (2004): 99-100. En el mismo sentido, en el “Estudio preliminar” que hace a *Ley y juicio*, Monserrat Herrero señala que “el mismo problema al que apunta Kant es el que intenta resolver Schmitt en *Ley y Juicio*, una ciencia práctica no puede

que la doctrina ha de hacerse un lado y dejar que la praxis sea la que decida sobre los temas jurídicos controvertidos. Por el contrario, ésta necesariamente ha de producir los insumos teóricos para la práctica; sin embargo, la doctrina no debe preocuparse exclusivamente de que las teorías tengan un arquitectónica internamente coherente, sino que deben siempre tener un pie —o más bien un ojo puesto— en la praxis, ya que ella es la que en definitiva recibe y utiliza las elaboraciones teóricas.

Llegados a este punto, podemos afirmar que lo que las elaboraciones doctrinarias²⁴ necesitan es una revisión de sus conceptos a la luz de la experiencia. De hecho, la racionalidad humana exige que las elaboraciones conceptuales sean re-examinadas a partir de los aciertos y desaciertos proporcionados por la aplicación práctica de las mismas²⁵. La ausencia de una revisión crítica, de hecho, genera que los textos legales pierdan su vigencia. En otras palabras, la vigencia formal de la ley²⁶ no es suficiente para asegurar que esta posteriormente se aplique. Por el contrario, y como bien señala el mismo Schmitt, “los elementos que influyen en la vigencia de las «leyes» son: las continuas revisiones del texto de la ley, las modificaciones impuestas por la irrupción de infinidad de conceptos científicos, su conversión en un sistema, las montañas de libros que con frecuencia han llegado a ser publicados respecto de un solo artículo de la ley, las bibliotecas precedentes”²⁷.

Para terminar este apartado, no nos queda sino aclarar que el análisis hasta aquí hecho no pretende—ni tiene aspiraciones de—revolucionar la manera en que se comprende el derecho. Por el contrario, este tiene por objeto meramente dar aplicación práctica a ideas que ya hace varias décadas los juristas y/o filósofos han vertido sobre estas materias.

III.

COMPRESIÓN ACTUAL DEL DOLO CIVIL

Luego de este breve esbozo teórico acerca de la necesidad de reconocer al derecho como un devenir, preparados estamos para hacer un análisis del dolo civil. De manera preliminar nos vemos en la necesidad de alertar al lector sobre la consciente incompletitud de

prescindir de la regulación de los casos particulares, en otro caso sería una simple teoría”. Monserrat Herrero, “Estudio preliminar”, *Posiciones ante el derecho*, (Madrid, Tecnos, 2012), LII.

²⁴ Siempre que se justifiquen las condiciones que hacen necesaria que una figura doctrinaria en específico sea revisada, obviamente.

²⁵ Esta, de hecho, es una de las características que nos diferencia de los animales.

²⁶ Entendiendo por vigencia formal el que cumpla los requisitos que la Constitución y las leyes prescriben para considerar que una ley se encuentra vigente.

²⁷ Schmitt, 2013.,23-24.

las posiciones sobre esta materia que analizaremos. Lo anterior, sin embargo, no responde a la pereza o ignorancia del autor, sino a que el objetivo del presente apartado es bastante modesto, a saber, el poner sobre la mesa que en nuestro país tenemos una concepción subjetiva del dolo civil y señalar las consecuencias que esto tiene para la praxis. Asimismo, alertamos que no entraremos a distinguir como se configura el dolo en las distintas materias del Código Civil en la que este aparece, sino que operaremos bajo la premisa, muy lucidamente explicada por Banfi del Río, según la cual “el dolo es uno y produce las mismas consecuencias jurídicas dondequiera que se materialice”²⁸. Habiendo hecho las prevenciones correspondientes, pasemos al análisis de lo que nos convoca.

Como bien señala Wahl Silva, “la definición del dolo en el artículo 44 parece manifestar una adhesión del legislador a lo que se ha dado en llamar la «concepción subjetiva» del dolo o la culpa, para lo cual en la calificación de la conducta dolosa resultaría relevante el móvil que ha llevado al deudor a incumplir”²⁹. Es decir, gran parte de la doctrina le atribuye al legislador el haber fijado en nuestro Código Civil una concepción subjetiva del dolo por haber utilizado los conceptos “intención” y “positiva”. Ahora, si bien se ha reconocido que resulta más lógico considerar que el efecto lesivo generado por una acción u omisión dolosa por regla general no es lo buscado directamente por el hechor, sino que más bien constituye un efecto secundario del provecho que este buscaba con la (in)ejecución de la misma³⁰, no por eso ha dejado de comprenderse al dolo como un elemento que se ha de buscar en la psiquis interna de los sujetos. En el mismo sentido, Rodríguez Grez señala “que el dolo (en la medida que éste sea considerado como la intención positiva de dañar) se alberga [...] en el fuero interno de la persona”³¹.

La jurisprudencia, por su parte, no se queda atrás. Así, por ejemplo, ha señalado “que, constituyendo el dolo un elemento psicológico, y que como tal no puede presumirse [...] correspondía a la demandante su prueba”³². También ha destacado que, en sede extracontractual, lo que distingue a los delitos de los cuasidelitos es el “elemento o factor de carácter **psicológico**: en el delito hay **dolo**, malicia, ánimo preconcebido de dañar; en el cuasidelito

²⁸ Cristian Banfi del Río, “Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”, *Ius et Praxis* vol.18 N°2 (2012), 18.

²⁹ Jorge Wahl, “El dolo en el incumplimiento contractual. El incumplimiento deliberado ante la jurisprudencia”, *Estudios de Derecho Civil V*, (Santiago, Abeledo-Perrot, 2010), 617. En un sentido similar: Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 120. Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil y comparado* (vol. 5) (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), 220.

³⁰ Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), 158-160.

³¹ Pablo Rodríguez, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015), 166-167.

³² 1° Juzgado de Letras de Coyhaique, 15.01.2015, rol 76-2013.

en cambio, no hay intención de dañar sino descuido, imprudencia, negligencia, falta de diligencia o cuidado”³³

Aún más, una sentencia reciente de la Corte Suprema ha señalado que no basta con la mera intención de dañar para que se configure el dolo, sino que también es necesario que esta se exteriorice en el mundo fenoménico.

Conforme a la definición consignada en el artículo 44 del Código Civil, el dolo es una intención “positiva” de inferir daño. Y hay consenso, en doctrina y jurisprudencia, que la positividad está referida al despliegue de actividades o maniobras dirigidas a concretar aquella intención malsana; así, no basta una pura intención, anidada en la mente, y aun declarada; y aunque fuere declarada en un instrumento público o, por cualquier explicación, indubitado. En estos términos (salvo situaciones muy particulares, entre las que no está el caso), una afirmación conscientemente falsa podrá ser signo de mala fe, pero no constituye dolo si el declarante no va más allá de ella; no hay dolo si, controlándose, no avanza al despliegue de actividades o maniobras (entonces llamadas “dolosas”) para consumar el engaño, que es lo que conforma el dolo como vicio del consentimiento. En suma, al menos por regla muy general, la sola aserción falsa no basta³⁴.

Lo anterior es de toda lógica, ya que el derecho no tiene por objeto juzgar sobre los pensamientos que tienen las personas. Sin embargo, no deja de llamar la atención que por vía interpretativa se agregue un requisito que no aparece de manera explícita en el artículo 44 de nuestro Código Civil³⁵.

En definitiva, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que para que se configure el dolo es necesario que exista un querer (o por lo menos un representarse³⁶) interno del sujeto orientado hacia el perjuicio de la persona o propiedad de otro, así como una manifestación fenoménica de dicha intención.

³³ 28° Juzgado Civil de Santiago, 27-05-2015, rol C-23525-2011. En el mismo sentido, 14° Juzgado Civil de Santiago, 14.05.2014, rol C-8632-2010; Juzgado de Letras y de Garantía de Putaendo, 19.12.2012, rol 137-2011; y Corte de Apelaciones de Coyhaique, 20.04.2015, rol C-9-2015.

³⁴ Corte Suprema, 04.04.2016, rol 10092-2015.

³⁵ Aprovechamos de mencionar que no hacemos referencia a esta situación en un sentido crítico, sino que más bien validante. Es decir, creemos del todo razonable y natural que sea esta la interpretación que se le dé al precepto, pero enfatizamos en ella porque nos permite identificar, en el contexto del dolo, un caso en que los intérpretes agregan de su cosecha por vía hermenéutica.

³⁶ En este sentido, Banfi del Río, 2012, 16.

IV.

NECESIDAD DE UN GIRO EN LA COMPRENSIÓN DEL DOLO CIVIL

Lo recién expuesto lleva a hacerse la siguiente pregunta: ¿es útil para la praxis la comprensión que actualmente tenemos de dolo? Puesto de otra manera, ¿las elaboraciones teóricas en materia de dolo que le atribuyen a este un carácter subjetivo han demostrado ser eficaces en su aterrizaje práctico? En lo que sigue justificaremos que, si bien el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del dolo es muy rico conceptualmente, la comprensión actual del mismo lleva inevitablemente a una inaplicabilidad de este, razón por la cual es necesario renovar esta figura en el contexto del derecho civil.

Como bien explicamos en el apartado anterior, hoy nuestra doctrina y jurisprudencia por regla general entiende que el dolo es de carácter subjetivo. Lo anterior ha llevado a que no sea posible probarlo en juicio, salvo en situaciones tan excepcionales como que el demandado en el contexto de una absolución de posiciones reconozca que ha actuado dolosamente. En ese sentido, la jurisprudencia ha sido reticente en dar por acreditado el dolo en aquellos casos en que es alegado por alguna de las partes³⁷.

Cabe mencionar que ha habido intentos de instaurar una lectura del dolo en clave objetiva. Rodríguez Grez, por ejemplo, ha señalado que resulta inaceptable mantener congelado el concepto del dolo en el marco estricto proporcionado por el artículo 44 de nuestro Código Civil y que es necesario, por lo tanto, objetivizar, por vía interpretativa, nuestra comprensión del mismo. Esto por medio de una reconceptualización de la intencionalidad orientada no hacia un estado psicológico interno, sino que hacia una representación de la probabilidad de un resultado frente a una acción u omisión³⁸. Banfi del Río, por su parte, arguye que no se debe considerar al dolo como una intención de dañar a otro *per se*, sino que “habitualmente se trata de prever y aceptar el resultado lesivo que ha sido buscado como un medio para asegurar un propósito ulterior –el enriquecimiento del agente- y que es asociado al dolo eventual”³⁹.

También Baraona ha planteado que “el sistema de responsabilidad contractual que se contempla admite una lectura clave más objetiva”⁴⁰, así como que en materia civil

³⁷ En este sentido, 1° Juzgado Civil de Rancagua, 3.03.2014, rol C-2090-2012, 2° Juzgado Civil de Viña del Mar, 20.03.2015, rol C-6138-2012 y Corte de Apelaciones de Santiago, 31.07.1991 rol C-172-1991.

³⁸ Cf. Rodríguez, 2015, 165–167.

³⁹ Banfi del río, 2012, 6.

⁴⁰ Jorge Baraona González, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una lectura en clave objetiva”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24 n°1 (1997): 152.

“la conciencia de la ilicitud es puesta en duda, pues se estima, con fuerte influencia de la reflexión del dolo penal, que debe estar teñida más que de antijuridicidad, de conocimiento de los elementos fácticos que la ley califica como incumplimiento, sin importar la conciencia que ellos sean efectivamente antijurídicos”⁴¹.

Antes de entrar a analizar la posibilidad de proponer el giro en la comprensión del dolo civil, cabe mencionar que, como bien señala Ragués, a toda propuesta teórica elaborada por la dogmática jurídica se le ha de exigir por una parte que sea legítima, y por otra que sea aplicable⁴². Respecto al segundo imperativo, este autor señala que “si con el Derecho [...] se pretende generar algún tipo de efecto en la sociedad, los elementos que configuran las normas penales, así como los conceptos que la dogmática crea en su labor de interpretación, deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso”⁴³.

Ahora, si seguimos la lógica de Ragués, tenemos que la concepción subjetiva del dolo en sede civil no presente problemas de legitimidad. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia suelen considerar que la realidad psicológica del hombre es un aspecto que el derecho ha de reconocer. Sin embargo, en lo que se refiere a la aplicación práctica, ésta se encuentra, como ya fue evidenciado, con numerosas dificultades. Ahora, si bien estimamos que investigaciones y reflexiones tendientes a objetivizar el dolo como las antes señaladas son útiles y necesarias, en este trabajo nuestro objetivo es bastante más modesto. En efecto con él sólo pretendemos poner sobre la mesa la posibilidad (y necesidad) de extender, por vía interpretativa, una institución que actualmente es reconocida sede penal a los tribunales civiles: la prueba indiciaria.

¿Qué es la prueba indiciaria? Como bien lo explica la Excelentísima Corte Suprema en reiterados fallos⁴⁴, en sede procesal penal lo más difícil de acreditar es el dolo⁴⁵. Ante esta situación, lo que la jurisprudencia ha hecho es considerar que no son las ciencias empíricas ni la confesión autoinculpatoria del imputado las llamadas a acreditar este elemento, sino que este se puede inferir a partir de las manifestaciones fenoménicas del estado interno de un sujeto. En otras palabras, si bien yo no puedo internarme en la psiquis de un sujeto para determinar el querer interno que este tenía al momento de realizar una acción u omisión, las circunstancias o consecuencias que esta acción u omisión generan en la realidad externa (por

⁴¹ Baraona, 1997, 155.

⁴² Cf. Ragués, 2002, 192

⁴³ Ragués, 2002, 193 Cabe señalar que Ragués se pronuncia sobre esto en sede Penal. Sin embargo, estimamos que su propuesta es aplicable también en sede Civil.

⁴⁴ Así, STC 6912-2007 de 1 de julio de 2008; STC 6222-2007 de 18 de noviembre de 2008; STC 5003-2008 de 327 de abril de 2008; STC 3970-2008 de 2 de julio de 2009; STC 7315-2015 de 14 de diciembre de 2015; STC 19008-2017, entre otras.

⁴⁵ Esto debido a que se le consideras como un conglomerado de hechos internos.

ponerlo de alguna manera) permiten inferir si acaso ésta fue realizada con intención o por mera negligencia. Delgado García la define como “el paso de unos hechos conocidos (hechos básicos o indicios) hasta otro desconocido (hecho consecuencia) *por el camino de la lógica*”⁴⁶.

Lo que postulamos en este trabajo, entonces, es que una manera de tornar una concepción subjetiva del dolo civil en útil para la praxis es el comprender que la intención positiva⁴⁷ se manifiesta fenoménicamente en la realidad, de tal manera que es posible inferirla a partir de dichas manifestaciones. Es decir, reformular parcialmente, y por vía hermenéutica, la comprensión que actualmente se tiene del artículo 44 del Código Civil, de modo tal que la jurisprudencia comience a entender que, si bien nadie lo ve, el dolo puede acreditarse en juicio.

Ahora bien, aun cuando la prueba indiciaria parece ser una cuestión aplicable sólo en materia penal, ésta no le es completamente ajena al mundo civil. En efecto, la Excelentísima Corte Suprema ha reconocido la aplicabilidad de la prueba indiciaria en materia de simulación en el fallo que por su relevancia pasamos a transcribir:

que, enfrentados a una divergencia psicológica en la intención de los declarantes, la constatación de la simulación se substraerá a una prueba directa y más bien se infiere del contexto en que ha nacido el contrato. En consecuencia, la prueba de la simulación es indirecta, y se deduce de las relaciones entre las partes, del contenido de la convención y de las circunstancias que la rodean, siendo por ende una prueba **indiciaria**. Y de ello derivan dos consecuencias probatorias: a) la valoración de los distintos medios de prueba debe efectuarse algo alejada de la rigurosidad que en algunos ordenamientos impone el sistema de prueba tasada legalmente, o de tarifa legal, puesto que aun en estos ordenamientos frecuentemente quedan, por la naturaleza del asunto, márgenes de apreciación prudencial en que el tribunal tiene oportunidad de morigerar ese rigor y se trata, precisamente, de que lo haga particularmente en un tema como el de autos; y b) tratándose de una simulación, la prueba de presunciones es elevada a una consideración primordial y de decisiva influencia. Es la única actitud equitativa si se quiere conceder verdaderamente una opción al demandante de llegar a tener éxito⁴⁸

En otras palabras, la Corte justifica la aplicación de la prueba indiciaria en materia de simulación, así como una cierta laxitud en el estándar probatorio, en razón de la inequidad que implicaría el dejar sin aplicación una institución tan central en el derecho civil por considerar que es imposible probar un elemento de índole psicológico.

Cabe, empero, preguntarse, ¿por qué la aplicación de la prueba indiciaria sería la clave para este cambio de paradigma comprensivo del dolo civil? Esto principalmente por

⁴⁶ Delgado García, *La prueba en el proceso penal*, (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997), 376 visto en Ragués, 2002, 240.

⁴⁷ Esto debido a la limitación conceptual que impone el artículo 44 del Código Civil.

⁴⁸ STC 2968-2016 de 24 de noviembre de 2016.

dos razones. En primer lugar, porque permitiría la prueba del mismo en juicio a través de la constatación en el mundo externo (y no intrapsíquico) de la intención de generar daño. En segundo, debido a que esta comprensión resulta armónica con el texto legal vigente que regula la figura del dolo. En efecto, y como bien señala Claro Solar, nuestro artículo 44 del Código Civil “al decir la ley que el dolo *no se presume*, no quiere significar que no pueda probarse por presunciones. [...] Lo que la ley quiere decir es que el dolo *no se supone*, sino que debe ser probado en forma convincente”⁴⁹. Es decir, y como ya se ha hecho explícito a lo largo de este trabajo, la limitación probatoria del dolo civil viene no del texto legal, sino de la interpretación que se ha hecho del mismo. En ese sentido, nuestra propuesta no busca que se haga caso omiso a lo señalado por la ley. Por el contrario, pretendemos por una parte poner sobre la mesa que el artículo 44 del Código Civil deja abierta la posibilidad de que el dolo civil sea probado en juicio, y, por la otra, facilitar el medio a través del cual esto es posible: la prueba indiciaria.

V.

CONCLUSIÓN

Comenzamos esta investigación explicando que la comprensión humana tiene un carácter proyectivo. Esto es, que en todo acto de interpretación los seres humanos proyectamos ciertos prejuicios (juicios previos) que se encuentra operando en nuestro horizonte comprensivo. Luego dimos cuenta que en general la doctrina y la jurisprudencia chilena es de la idea de que el dolo se ubica al interior de la psiquis del ser humano, lo que a su vez implica que no puede ser probado en un juicio. Luego señalamos que la actual limitación a la prueba del dolo civil en un contexto judicial responde no a lo señalado por el artículo 44 del Código Civil chileno, sino a la proyección de ciertos prejuicios por vía interpretativa. Esto nos llevó a proponer que una manera de tornar en útil el dolo para la praxis es mediante la aplicación de la prueba indiciaria al mismo, aplicación que a su vez importaría un giro en la comprensión del artículo 44 del Código Civil que sería armónica con lo señalado por el mismo.

Ciertamente lo que se ha sugerido como respuesta ha sido meramente un esbozo de lo mucho que lo que exige el tema mismo. Sin embargo, estimamos que ella cumple el objetivo

⁴⁹ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, vol. 5 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 236.

que la investigación se propuso, a saber, el proponer la aplicación de la prueba indiciaria en sede civil con la finalidad de hacer aplicable la concepción subjetiva del dolo que prima hoy en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, menester nos parece recalcar la posibilidad de complementación y continuidad de este de la línea de investigación aquí esbozada. Se trata de un punto de partida que, creemos, tiene el potencial de rendir muchos frutos.

Para citar este artículo: Pérez Lasserre, Diego, “Renovación del derecho por vía hermenéutica: El caso del dolo civil”, *Revista de Derecho. UcuDAl* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 165-182.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Banfi del Río, Cristián. «Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes», *Ius et Praxis*, volumen 18, n° 2 (2012): 3-32.
- Baraona González, Jorge. «Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva», *Revista Chilena de Derecho* 24, n° 1 (1997): 151-177.
- Betti, Emilio. *General Theory of Interpretation*. Traducido por trad G. A. Pinton. Vol. 3, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.
- Betti, Emilio. *General Theory of Interpretation*. Traducido por G. A. Pinton. Vol. 4, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.
- Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Vol. 5, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- Delgado, Joaquín. *La prueba en el proceso penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

- Gadamer, Hans-Georg. *Truth and Method*. Traducido por Joel Weinsheimer y Donald G. Marshall. London & New York: Bloomsbury, 2013.
- Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método II*. Traducido por M. Olasagasti, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2010.
- Grondin, Jean. *Introducción a Gadamer*. Traducido por C. Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder, 2003.
- Heidegger, Martin. *Ser y Tiempo*. Traducido por J. E. Rivera. Santiago: Editorial Universitaria, 2005.
- Herrero, Montserrat. «*Estudio preliminar*». En *Posiciones ante el derecho*, editado por Montserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducido por M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 2001.
- Ragués i Vallés, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: J.M. Bosch, 2002.
- Rasch, William. «Judgment: The Emergence of Legal Norms». *Cultural Critique* 57, n° 1, 2004: 93-103.
- Rodríguez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- Schmitt, Carl. *Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial, en Posiciones ante el derecho*. Traducido por M. Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.
- Wahl, Jorge, «El dolo en el incumplimiento contractual. El incumplimiento deliberado ante la jurisprudencia», en *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: AdeledoPerrot, 2010.
- Watcherhauser, Brice, «Getting It Right: Relativism, Realism and Truth», en *The Cambridge Companion to Gadamer*, (edit. R. J. Dostal), Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Santiago, rol C-172-1991, de 31 de julio del 1991.
- Corte Suprema, rol 6912-2007, de 1 de julio del 2008.
- Corte Suprema, rol 6222-2007, de 18 de noviembre del 2008.
- Corte Suprema, rol 5003-2008 de 27 de abril del 2009.
- Corte Suprema, rol 3970-2008, de 2 de julio del 2009.
- Corte Suprema, rol 7315-2015 de 14 de diciembre del 2015.

Corte Suprema, rol 10092-2015 de 4 de abril del 2016.

Corte Suprema, rol 2968-2016 de 24 de noviembre del 2016.

Corte Suprema, rol 19008-2017 de 11 de julio del 2017.

Juzgado de Letras y de Garantía de Putaendo, rol 137-2011, de 19 de diciembre del 2012.

1° Juzgado Civil de Rancagua, rol C-2090-2012, de 3 de marzo del 2014.

14° Juzgado Civil de Santiago, rol C-8632-2010; de 14 de mayo del 2014.

1° Juzgado de Letras de Coyhaique, rol 76-2013, de 15 de enero del 2015.

2° Juzgado Civil de Viña del Mar, 20.03.2015, rol C-6138-2012 de 20 de marzo del 2015 y

Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol C-9-2015 de 20 de abril del 2015.

28° Juzgado Civil de Santiago, 27-05-2015, rol C-23525-2011.

La juridicidad del deber moral de fidelidad: Un análisis de su regulación en el Código Civil y Comercial argentino

The legality of the fidelity moral duty:
An analysis of its regulation in the Argentine
Civil and Commercial Code

*Analucía Torres Flor*¹

¹Universidad Católica San Pablo, Perú

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-47198646>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1706>

RESUMEN: Conforme al artículo 431° del Código Civil y Comercial argentino, “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse ayuda mutua.” En este sentido, nos encontramos frente a una nueva regulación que diferencia entre derechos-deberes propiamente jurídicos y un derecho-deber moral: el deber de fidelidad. Por su parte, la doctrina jurídica argentina, discute si además de su carácter moral, el deber de fidelidad, tendría carácter jurídico o si se trata de un deber estrictamente moral y, por tanto, no generaría ninguna clase de efectos jurídicos. Por otro lado, si la regulación del deber de fidelidad en el CCyC es indubitadamente moral, ¿Cuál (es) son/es la(s) razón (es) de tan controvertidas interpretaciones? ¿El deber de fidelidad tiene carácter estrictamente moral, tiene carácter moral y además jurídico?

PALABRAS CLAVE: matrimonio - deberes conyugales - deber moral de fidelidad.

Recibido: 29/08/18. Evaluado: 08/10. Aprobado: /10/18

ABSTRACT: According to article 431° of the Argentine Civil and Commercial Code, “The spouses commit themselves to develop a common life project based on cooperation, cohabitation and the moral duty of fidelity. Mutual help should be given.” Therefore, we are faced with a new regulation that distinguishes between legally-specific rights-duties and a moral right-duty: the duty of fidelity. On his behalf, the Argentine legal doctrine, discusses if the duty of fidelity, besides to its moral character, would be legal or if it is a strictly moral duty and therefore, would not generate any kind of legal effects.

On the other hand, if the regulation of the duty of fidelity in the Argentine Civil and Commercial Code is undoubtedly moral, which are the reasons of such controversial interpretations? Does the duty of fidelity have a strictly moral character; is it moral and also legal?

KEY WORDS: marriage- marital duties- moral fidelity duty.

SUMARIO: Introducción. **1.** La regulación del deber de fidelidad en el ordenamiento jurídico argentino: Del deber jurídico al deber moral. **2.** El deber de fidelidad en el ordenamiento jurídico argentino vigente: Un deber moral con plenas consecuencias jurídicas. **3.** Del deber jurídico de fidelidad al deber moral de fidelidad: Un análisis de los Fundamentos del cambio de regulación. **4.** El deber de fidelidad considerado como moral y jurídico o como estrictamente jurídico: Reflexiones finales. Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

En el siguiente artículo de investigación, se propone analizar el deber de fidelidad en el matrimonio conforme al Derecho de Familia y a la regulación del artículo 431° del Código Civil y Comercial de la Nación² (CCyC), con la finalidad de analizar si ese deber, es moral o jurídico.

Al respecto debemos señalar que una revisión de la doctrina jurídica nacional sobre el tratamiento del deber de fidelidad en el Código Civil y Comercial conduce a identificar dos posturas: por un lado, aquella que considera que además de su carácter moral, debería ser considerado también como un deber jurídico³, y por otro lado, aquella que considera que conforme a su regulación en el CCyC, el deber de fidelidad es estrictamente moral y por tanto no tendría consecuencias jurídicas.⁴

² Vigente desde el 1 de agosto de 2015.

³ Para consultar la postura que considera al deber de fidelidad como moral y jurídico: Cfr. 1) Óscar Perrino, *Derecho de Familia Tomo I*, dirigido por Úrsula Basset (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017), aplicación Proview. Capítulo XXIII Efectos personales del matrimonio I. Análisis y características. (506-507) 2) Úrsula Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, en: *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético Tomo III*, dirección general por Jorge H. e Ignacio E. Alterini, tomo dirigido por Úrsula Basset (Buenos Aires: La Ley, 2016), 165-203. 3) Graciela Medina y Julio César Rivera, *Derecho de Familia* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017) aplicación Proview. 1. Efectos personales del matrimonio - 7. El deber de fidelidad. 4) Graciela Medina, “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, *LA LEY RCyS y DFyP*, mayo (2017): 1-7. 5) Luis Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, *LA LEY DFyP*, agosto (2015): 1-19. 6) Aldo Marcelo Azar y Federico Alejandro Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños” *LA LEY* (2016): 1-11.

Para consultar la postura que considera al deber de fidelidad como estrictamente moral: Cfr. 1) Néstor Solari, *Derecho de las Familias* (Buenos Aires: La Ley, 2015), 67. 2) Marisa Herrera, *Manual de Derecho de las Familias* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015), 158-160. 3) Marisa Herrera, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Tomo II*, dirigido por Ricardo Lorenzetti (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015), 679-681. 4) Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges Opinión en la 1ª y en la 2ª edición” en *Código civil y comercial comentado Tratado exegético Tomo III*, dirección general por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini, tomo dirigido por Úrsula Basset (Buenos Aires: La Ley, 2016), 203-204. 5) Mariana De Lorenzi, “Tercera parte El Derecho de familia entre lo público y lo privado”, en *Tratado de Derecho de Familia Tomo I Una introducción al estudio del Derecho de Familia*, dirigido por Adriana Krasnow (Ciudad autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015), 184-185. 6) Jorge Azpiri, *Derecho de Familia* (Argentina: Hammurabi, 2016), 119. 7) Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Fabián Faraoni, “Capítulo I Matrimonio”, en *Tratado de derecho de Familia Tomo V-A*, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014), 32.

⁴ Para consultar la postura que considera al deber de fidelidad como estrictamente moral: Cfr. 1) Solari, *Derecho...*, 2) Herrera, *Manual...*, 158-160. 3) Herrera, “Capítulo 7 Derechos y Deberes de los cónyuges”, 679-681. 4) Alterini, Jorge H. e Ignacio E. Alterini, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges Opinión en la 1ª y en la 2ª edición”, 203-

No obstante, si la regulación del deber de fidelidad en el CCyC es indubitadamente moral, ¿Cuál (es) son/es la(s) razón (es) de tan controvertidas interpretaciones? ¿El deber de fidelidad tiene carácter estrictamente moral, tiene carácter moral y además jurídico?

Para responder a estas cuestiones, se propone el siguiente camino metodológico. En el primer apartado, se analiza la regulación del deber de fidelidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, así como los fundamentos manifestados en el Anteproyecto. Este análisis conduce a revisar la regulación del deber de fidelidad en el Código Civil de Vélez, así como comparar ambas regulaciones y determinar las principales diferencias.

En un segundo apartado, se analizan -si como refiere una de las posturas identificadas-, el deber moral de fidelidad, conforme a la regulación vigente, no despliega ningún tipo de consecuencias jurídicas.⁵

En el tercer apartado se analizan los argumentos que fundamentarían este cambio en la regulación vigente. Finalmente, en el último apartado, se reflexiona sobre el carácter moral o jurídico del deber de fidelidad.

204. 5) De Lorenzi, “Tercera parte El Derecho de familia entre lo público y lo privado”, 184-185. 6) Azpiri, *Derecho...*, 119.

⁵ Conviene aclarar que la cuestión del daño moral derivada del incumplimiento del deber moral de fidelidad es abordada someramente, como posible efecto del deber de fidelidad.

Al respecto, se advierten dos posturas, una que considera que los daños que genera el incumplimiento del deber moral de fidelidad son resarcibles, y otra para la que su carácter estrictamente moral, excluiría toda posibilidad de reclamar daños. En esta segunda postura, algunos reconocen que un hecho o varios ocasionados por uno de los cónyuges, puede generar un daño jurídicamente reparable en aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil.

Para profundizar en los argumentos de la primera postura, consultar: 1) Perrino, *Derecho... de Familia*, aplicación Proview. Capítulo XXIII Efectos personales del matrimonio I. Análisis y características. (506-507) II. Deberes que genera el matrimonio. 516. Sanción por el incumplimiento de la fidelidad. 517. 2) Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 182-194. 3) Jorge Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, *El Derecho Familia* 61/-3 (2015): 1-10. 4) Marcos Córdoba, “Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales”, *LA LEY DFyP* (2017): 1-6. 5) Marcos Córdoba, “Daños y familia”, *LA LEY* (2016-A): 1-5.

Asimismo, cabe distinguir a quiénes, dentro de esta misma postura, inciden en que el deber moral de fidelidad constituye un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, y por tanto, constituye un daño resarcible que, debe ser plenamente reparado: Cfr. 1) Medina, “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, 1-7. 2) Medina y Rivera, *Derecho...*, aplicación Proview Capítulo VIII Efectos personales del matrimonio. 6. Los daños y perjuicios. 3) Azar y Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños”, 1-11. 4) Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 1-19.

Para consultar los argumentos de la segunda postura. Ver: 1) Solari, *Derecho...*, 69. 2) Herrera, *Manual...*, 158. 3) Alterini y Alterini, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges Opinión en la 1ª y en la 2ª edición”, 203-204. 4) Adriana Krasnow, “Capítulo V El matrimonio estado y sus efectos personales” en *Tratado de Derecho de Familia Tomo II*, dirigido por Adriana Krasnow (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015), 255. 5) Carolina Duprat, “Capítulo 8 Disolución del Matrimonio Sección 2ª Divorcio”, en *Tratado de derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014 Tomo I arts. 401 a 508*, dirigido por Aída Kemelmajer, Marisa Herrera y Nora Lloveras (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014), 359.

Para revisar, los argumentos de quienes, dentro de la segunda postura, sostienen que pueden generarse daños jurídicamente reparables por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, consultar: 1) Kemelmajer, Lloveras y Faraoni, “Capítulo I Matrimonio”, 32. 2) Herrera, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 682.

1.

LA REGULACIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO: DEL DEBER JURÍDICO AL DEBER MORAL

Como se adelantó, el artículo 431° del CCyC refiere a la fidelidad como un deber moral, no obstante, el texto originario que contiene el proyecto del CCyC suprimía toda referencia expresa al deber de fidelidad y la cohabitación.

Por su parte, para los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC, el artículo 431° de la regulación civil vigente: "...regula los deberes estrictamente jurídicos, es decir, aquellos cuyo incumplimiento genere consecuencias en ese plano. Los derechos y deberes de carácter moral o éticos quedan reservados al ámbito privado."⁶

Consecuentemente, conforme a estas afirmaciones, el incumplimiento del deber moral de fidelidad, no generaría consecuencias jurídicas. No obstante, se reconoce su alto valor axiológico, justificando su ausencia de regulación jurídica, con la coherencia que exigiría un régimen incausado de divorcio.⁷ En este sentido, la gran cuestión es si su carácter moral excluye su juridicidad. Por tanto, resulta ineludible cuestionar la finalidad del legislador cuando, sin suprimir el deber de fidelidad, le atribuye carácter moral. Más aún, si consideramos que durante la vigencia del Código Civil de Vélez (CC), el artículo 198°, regulaba que: "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos".

En este contexto, el deber de fidelidad, efecto esencial del matrimonio y consecuencia lógica de su regulación monogámica⁸, imposibilitaba contraer simultáneamente más de un vínculo matrimonial válido. La fidelidad consiste en la exigencia que ambos cónyuges se abstengan de mantener relaciones específicamente reservadas a los esposos, con terceros.⁹ El deber de fidelidad regulado en el CC, tuvo como notas distintivas: su carácter recíproco incompensable y permanente. Si bien, el carácter incompensable de la fidelidad, no fue legalmente prevista, es evidente que la infidelidad de uno de los cónyuges no autorizaba la

⁶ "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora", Fundamentos del Anteproyecto, acceso el 10 de mayo de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primer.pdf>

⁷ Fundamentos del Anteproyecto, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora". Acceso el 10 de mayo de 2017. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primer.pdf>

⁸ Cfr. Augusto Belluscio, *Derecho de Familia Tomo II Matrimonio* (Buenos Aires: Depalma, 1976), 332.

⁹ Cfr. Jorge Mazzinghi, *Tratado de derecho de Familia Tomo 2 Efectos personales y regímenes de bienes del matrimonio* (Buenos Aires: La Ley, 2006), 33.

infidelidad del otro. Por tanto, el cónyuge perjudicado con la infidelidad podía reclamar la separación legal o el divorcio, e incluso, la reparación del daño moral que hubiere sufrido.¹⁰

En este sentido, resulta evidente que, en el código civil velezano, la juridicidad del deber de fidelidad era indiscutible y como tal, su incumplimiento determinaba una serie de consecuencias jurídicas sufridas por el cónyuge culpable a favor del cónyuge ofendido. Por ello, se concluye que el deber de fidelidad en el CC era un derecho-deber jurídico. Éste, junto al derecho-deber de cohabitación, asistencia y el alimentario, conformaban el contenido del estado matrimonial. La regulación de estos derechos-deberes, no se hallaba librada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sino más bien, impuesta por las normas legales. Sobre esto, es pertinente recordar que la mayor parte de normas que rigen el matrimonio, son normas de orden público, es decir poseen carácter imperativo.

Consecuentemente, durante la vigencia del CC, ni si quiera el mutuo consentimiento de los cónyuges podía eximirlos de su estricto cumplimiento. Aunque si en los hechos, ambos cónyuges realizaban pactos de “libertad”, el resultado era el de la liberación recíproca, y en el divorcio, el de la culpa de ambos.¹¹ Por tanto, el incumplimiento de alguno (s) de los deberes conyugales, generaba determinadas consecuencias jurídicas, las cuales se pueden simplificar en la sanción de declaración de culpa en el proceso de separación personal o de divorcio. Más aun, la inobservancia de uno o más deberes conyugales podía generar la obligación de reparar los daños que, el cónyuge culpable hubiera ocasionado al cónyuge inocente.¹²

Por su parte, la nueva regulación del CCyC se sostiene sobre el proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y el deber de prestarse ayuda mutua. En este sentido, el CCyC, distingue entre los derechos-deberes conyugales propiamente jurídicos y un deber de fidelidad que se encontraría reservado al ámbito estrictamente privado, por tanto, su incumplimiento no generaría ningún tipo de consecuencias jurídicas. La intención del legislador es indudable: confinar el deber de fidelidad al ámbito estrictamente moral, despojarlo de juridicidad, y por tanto de toda clase de consecuencias jurídicas. No obstante, la relevancia jurídica del deber de fidelidad se refleja, en las normas que regulan las relaciones de familia del libro segundo del CCyC, como se desarrolla a continuación.

¹⁰ Cfr. Mazzinghi, *Tratado...*, 38.

¹¹ Cfr. Úrsula Basset, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, *LA LEY*. Volumen: 2012-D, Suplemento del 5/09/2012 (2012): 1-5.

¹² Al respecto, el Fallo plenario. Cámara Civil y Comercial, “G., G.G. c/B de G., S.A.”, de fecha 20 de setiembre de 1994, estableció la reparación de daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de divorcio.

2.

EL DEBER DE FIDELIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO VIGENTE: UN DEBER MORAL CON PLENAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Si bien es cierto que parte de la doctrina nacional, cuestiona el carácter jurídico del deber de fidelidad, este es presupuesto de las filiaciones matrimoniales,¹³ salvo la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Por tanto, el deber de fidelidad no se agota en los cónyuges, los trasciende para emplazar el estado de familia de los hijos.¹⁴ Asimismo, el deber de fidelidad es condición de vigencia del derecho alimentario post divorcio¹⁵, ya que podría cesar por la causal de injurias graves o si el alimentado iniciara una unión convivencial.¹⁶

El incumplimiento del deber moral de fidelidad también puede ser considerado como una injuria grave o afectación del honor¹⁷, respecto de las causales de ingratitud¹⁸ e indignidad.¹⁹

Sobre el carácter resarcitorio del daño generado por el incumplimiento del deber de fidelidad existen diversidad de argumentos.²⁰ Sin embargo, todos coinciden en que si el incumplimiento del deber de fidelidad generara un daño, debe haber lugar a la acción

¹³ Art. 566° Código Civil y Comercial argentino. “Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este título.”

¹⁴ Cfr. 1) Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 174. 2) Medina y Rivera, *Tratado...*, aplicación pro view, Capítulo VIII Efectos personales del matrimonio. 7. El deber de fidelidad. b) Los efectos de la fidelidad.

¹⁵ Cfr. Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 174.

¹⁶ Art. 434° Código Civil y Comercial argentino. – “Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: (...) En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.(...)”

¹⁷ Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 5.

Por su parte, para Mazzinghi: “La ampliación de los supuestos de indignidad le comunica a las conductas injuriosas una dimensión y una repercusión jurídica más patente, y sería incongruente que este fenómeno pudiera valer para la exclusión hereditaria y no contara para el resarcimiento de los perjuicios resultantes de la violación de los deberes de respeto y consideración matrimoniales.” En: Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, 7.

¹⁸ Art.1571° Código Civil y Comercial argentino. “Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: (...) En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.”

¹⁹ Art. 2281° Código Civil y Comercial argentino. “Causas de indignidad. Son indignos de suceder: (...) i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. (...)”

²⁰ Sin perjuicio de los argumentos sobre el carácter jurídico del deber de fidelidad, para Medina las indemnizaciones por daños entre cónyuges y ex cónyuges: “...no constituye una sanción al incumplimiento de un deber matrimonial sino la reparación de un daño injustamente causado.” En: Medina y Rivera, *Tratado...*, aplicación Proview. Capítulo VIII Efectos personales del matrimonio. 4. Función actual de los deberes derechos matrimoniales.

de daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales (daño moral).²¹ Para algunos, esta debería comprender, incluso, el daño al proyecto de vida. En este sentido, se argumenta que al ser la fidelidad un componente esencial del proyecto de vida en común, su trasgresión constituiría una grave interferencia en el proyecto de vida matrimonial.²²

Esta postura encuentra en el deber de fidelidad un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico²³, consecuentemente si el incumplimiento del deber de fidelidad por uno u ambos cónyuges, causare perjuicio, este debe ser indemnizado independientemente del régimen incausado de divorcio.²⁴ Por tanto, siempre que se verifique un hecho antijurídico, culpa grave o dolo, factor de atribución y daño, existirá la obligación de reparar.²⁵

Con lo que respecta a la determinación de la compensación económica, en tanto efecto completamente independiente del derecho de daños, la doctrina jurídica mayoritaria

²¹ Cfr. 1) Perrino, *Tratado...*, aplicación Pro View Capítulo XXIII Efectos personales del matrimonio. II. Deberes que genera el matrimonio. 516 Sanción por el incumplimiento de la fidelidad. 517. Nuestra opinión. 2) Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 170-203. 3) Graciela Medina En: 3.1) Medina y Rivera, *Tratado...*, aplicación Pro view, Capítulo VIII Efectos personales del matrimonio. 6. Los daños y perjuicios. 3.2) Medina, “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, 1-7. 4) Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 5-10 5) Azar y Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños”, 1-11. 6) Marcos Córdoba. En: 6.1) Córdoba, “Reparación de daños por incumplimiento de deberes patrimoniales”, 1-5. 6.2) Córdoba, “Daños y familia”, 1-5. 7) Jorge Mazzinghi. En: 7.1) Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, 4-10. 7.2) Jorge Mazzinghi, “Conclusiones de la Comisión 3” (XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Bahía Blanca 2015), acceso 28 de agosto de 2018, <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-08.pdf>. 8) Hayes, Gabriel Mazzinghi, Gonzáles, Pandiela, Abreut, Nelson Cosari y Leandro Cosari, “Conclusiones de la Comisión 3” (XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Bahía Blanca 2015), acceso el 28 de agosto de 2018, <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-08.pdf>

²² Cfr. 1) Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 190 ss. 2) Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica” 5, 9 3) Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, 4-8. 4) Córdoba, Marcos; “Daños y familia”, 4.

²³ Art. 1737° Código Civil y Comercial argentino. “Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”

²⁴ Sobre este punto, para Azar y Ossola: “... la eliminación del divorcio por causales subjetivas no tiene proyección alguna en materia resarcitoria (como algunos lo pretenden), sino que exclusivamente se limita a esta cuestión puntual (y de suma importancia, por cierto): la violación por uno de los cónyuges de cualquier deber jurídico o moral (como lo es ahora el de fidelidad) emergente del matrimonio, no tiene relevancia para la disolución del vínculo matrimonial por divorcio. Pero no por ello es viable afirmar que, en el caso de violación de los deberes morales (y, a fortiori, mucho menos en los deberes jurídicos) no puedan producirse otras consecuencias jurídicas diferentes.” (...) el derecho resarcitorio no pende de una declaración de “culpabilidad” en el marco de un juicio de divorcio, que hoy no existe como tal; pero el hecho de la eliminación del divorcio causado, no habilita a concluir sin más que quede vedado el derecho resarcitorio. No se trata, pues, ni de una cuestión accesoria, ni de una consecuencia, como parte de la doctrina y la jurisprudencia lo postulaban en el marco de la anterior regulación, en el sentido de que —se decía— sin declaración de culpabilidad en el juicio de divorcio, era inviable la acción resarcitoria.” En: Azar y Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños”, 5.

²⁵ Cfr. 1) Medina, “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, 1-7. 2) Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 5-10. 3) Córdoba, “Daños y familia”, 4. 4) Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, 4-8.

descarta la posibilidad de evaluar las conductas previas y posteriores a la separación para la determinación de la compensación.²⁶

De otro lado, un sector minoritario de la doctrina considera que si debiera valorar las conductas de un cónyuge hacia al momento de fijar la compensación económica²⁷, en este sentido, podría oponerse a aquél que incumple el deber de fidelidad, el abuso del derecho por reclamar compensación económica excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres si, fue su propia conducta la que dio origen a la ruptura.²⁸

No obstante, si conforme a la regulación vigente el deber de fidelidad, aún despliega los efectos jurídicos referidos, ¿Cuáles son los argumentos que fundamentan el estricto carácter moral del deber de fidelidad del CCyC argentino? Se abordan a continuación.

3.

DEL DEBER JURÍDICO DE FIDELIDAD AL DEBER MORAL DE FIDELIDAD: UN ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL CAMBIO DE REGULACIÓN

Ahora bien, los principales fundamentos del anteproyecto del CCyC que justifican el carácter estrictamente moral de la regulación deber de fidelidad se sustenta, en: 1) la supresión de las causales subjetivas de divorcio, 2) en el respeto de la autonomía de la voluntad de la persona humana y su proyecto de vida y, 3) en la necesidad de evitar la intromisión estatal irrazonable en la intimidad de los cónyuges.²⁹

Sobre el primero, a diferencia del derogado código, el CCyC prevé un único sistema de divorcio remedio. Conforme a los Fundamentos del Anteproyecto, la eliminación de las causales subjetivas contribuiría a que la ruptura matrimonial, sea lo menos dolorosa posi-

²⁶ Ana María Chechile, Mauro Cerdá, Eduardo Roveda, Silva García de Ghigliano, Andrea Podestá, Alejandra Massano, Guillermina Zabalza, María Victoria Schiro, Marcela Sereno, Cecilia Lopes, Luciana Pietra, Elvira Aranda. “Conclusiones de la Comisión 8: Compensación económica y alimentos” (XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Plata 2017), acceso el 28 de agosto de 2018, <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-8.pdf>

²⁷ Osvaldo Pitrau, Manuel Cornet, Úrsula Basset, Gabriel Mazzinghi, Ricardo Dutto, Leandro Merlo, Eliana González, Patricia Kuyumdjian, Sandra Gutiérrez, Alicia García de Solavagione, Ana Carolina Santi. “Conclusiones de la Comisión 8: Compensación económica y alimentos” (XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Plata 2017), acceso el 28 de agosto de 2018, <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-8.pdf>

²⁸ Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 12.

²⁹ Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”, acceso el 24 de julio de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primerio.PDF>.

ble.³⁰ Resulta sumamente curioso que el legislador no haya seguido el modelo matrimonial del derecho civil español -fuente directa del CCyC, en lo que a las relaciones de familia respecta-: plena vigencia de derechos-deberes matrimoniales –incluso el deber de fidelidad-³¹ y régimen incausado de divorcio.³²

Por otro lado, pareciera que el legislador interpreta que existe una directa relación entre la juridicidad de los deberes conyugales, –particularmente, del deber de fidelidad-, y el dolor, que, sin lugar a dudas, puede causar la ruptura matrimonial.

No obstante, no resulta claro cómo el nuevo régimen incausado de divorcio regulado por el CCyC, alivia el dolor y sufrimiento ocasionado por la ruptura matrimonial, más aun, del generado por el incumplimiento de los derechos-deberes conyugales, particularmente, del incumplimiento del deber de fidelidad.

Sobre el segundo fundamento, la celebración del matrimonio se sostiene sobre la voluntad común de los contrayentes, por tanto, la desaparición de la voluntad de uno de ellos o ambos, sería suficiente para poner fin al matrimonio. El respeto por la autonomía de la voluntad de los cónyuges, exigiría evitar que estos continúen casados si ya no lo desean.³³ Si es como los fundamentos del anteproyecto señalan, pareciera que un contrato, cualquiera de ellos, ofrece a quiénes lo celebran mayor seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los derechos y obligaciones a los que las partes se obligan³⁴, asimismo estos tienen plena “autonomía de la voluntad” no sólo para pactar las cláusulas contractuales³⁵, sino también las causales de resolución del mismo.

Por su parte, el régimen matrimonial vigente, contrariando su propio espíritu –el respeto de la autonomía de los cónyuges-, impone el contenido obligacional de la relación jurídica matrimonial: derechos-deberes conyugales jurídicos (proyecto de vida en común,

³⁰ Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”, Acceso el 24 de julio de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primeros.PDF>.

³¹ Art. 68° Código Civil español. “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.”

³² Art. 86° Código Civil español. “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81°.”

³³ Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”, Acceso el 24 de julio de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primeros.PDF>.

³⁴ Art. 959° Código Civil y Comercial argentino. “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.”

³⁵ Art. 958° Código Civil y Comercial argentino.- “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.”

cooperación, convivencia asistencia recíproca y el deber alimentario), y un derecho-deber conyugal moral: la fidelidad.

Sin embargo, no se tienen pistas de la opción que el CCyC ofrece para quiénes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, pretenden un proyecto de vida matrimonial más exigente: se prometen ser fieles y respetuosos de la confianza depositada en el otro.

La cuestión gira en torno a si el CCyC respeta también estos proyectos matrimoniales y no sólo aquellos que consideren irrelevante el deber de fidelidad.

Finalmente, la eliminación de todos los plazos de espera para la tramitación del divorcio, se sustentaría en la necesidad de resguardar la intimidad de los cónyuges de las intrusiones arbitrarias del Estado.³⁶

De estos argumentos, tanto el respeto de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, así como la protección de su intimidad, se relacionan directamente con la atribución de efectos estrictamente éticos y privados al deber de fidelidad, como se reflexiona a continuación.

4.

EL DEBER DE FIDELIDAD CONSIDERADO COMO MORAL Y JURÍDICO O COMO EstrictAMENTE JURÍDICO: REFLEXIONES FINALES

En este sentido, la revisión de los fundamentos del Anteproyecto, así como la regulación vigente, generan los siguientes comentarios: no se tienen dudas de la intención del legislador, al regular un “deber moral” de fidelidad entre los cónyuges: hacer de este algo ajeno, extraño e irrelevante al Derecho, despojándolo de toda juridicidad. No obstante, se prevé expresamente en el CCyC en el artículo 431° que regula los derechos-deberes de los cónyuges, es más, se le ha atribuido la categoría de derecho-deber moral.

Sin embargo, pareciera que cualquier intento de regulación coherente, lo hubiese excluido absolutamente de la regulación matrimonial vigente. Si tiene carácter estrictamente moral, con qué finalidad regularlo expresamente en el CCyC. Por tanto, de su regulación expresa, se consideran dos posibles interpretaciones: 1) Se trata de un deber moral que encubre una obligación natural. 2) No es una obligación natural, sino imperfecta, por tanto, exigible solo ante Dios.

³⁶ Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”, Acceso el 24 de julio de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primeropdf>.

Sin embargo, el problema no queda allí, incluso si el artículo 431° del CCyC hubiese omitido cualquier referencia expresa al carácter estrictamente moral del deber de fidelidad, su presencia se haya inevitablemente implícita no sólo en lo que a las consecuencias jurídicas de la relación matrimonial implica, sino que alcanza incluso, a terceros: los hijos, respecto de la determinación de su emplazamiento filial –salvo, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida–.

Es más, el deber de fidelidad sostiene el régimen monogámico del matrimonio, por momentos desdibujado por la regulación vigente, mientras que, por otros, imponente por su carácter de norma de orden público.

La conclusión resulta indubitable: un régimen matrimonial coherente con el carácter estrictamente moral del deber de fidelidad, debió haber excluido todas sus posibles consecuencias jurídicas, incluso las más remotas.

Por otro lado, como también fue anunciado, el argumento de la autonomía de la voluntad como fundamento del carácter estrictamente moral del deber de fidelidad por momentos resulta paradójico: Los cónyuges tienen autonomía de la voluntad para diseñar un proyecto de vida matrimonial en el que puedan dispensarse del deber de fidelidad, sin embargo, no gozan de la misma autonomía de la voluntad para diseñar un proyecto de vida matrimonial con un compromiso mayor: *muta fidelidad*.

Asimismo, no se escapa de análisis que, si los cónyuges pueden determinar el contenido del deber de fidelidad en el ámbito de su derecho a la intimidad, esa autonomía no es capaz de soslayar el carácter imperativo de la monogamia, que como, se refirió, se fundamenta en la exclusividad mutua de los cónyuges.

Por otro lado, respecto a si el deber de fidelidad hace al ámbito de la intimidad de los cónyuges se plantea la siguiente cuestión: si el deber de fidelidad forma parte del contenido de la intimidad de los cónyuges, cuestión estrictamente privada e irrelevante para el Derecho, porque los demás derechos-deberes que conforman la trama obligacional de la relación jurídica matrimonial, no se enmarcan también, dentro del ámbito de la intimidad de los cónyuges. Evidentemente, su regulación como derechos-deberes jurídicos, determinan que, para el Estado, el cumplimiento de estos, posee relevancia social.

No obstante, resulta dudoso, porque se impondría el contenido de estos deberes, limitando la formación del proyecto de vida matrimonial y liberando exclusivamente, el deber de fidelidad. En todo caso, nuevamente, pareciera que el régimen matrimonial vigente, contraviene su propio espíritu: limita la autonomía de la voluntad de los cónyuges para la formación de proyectos de vida matrimonial diferentes. Piénsese, por ejemplo, en un matrimonio, para quienes, por los motivos que fueren (laborales, personales, etc.) resulta

irrelevante vivir bajo el mismo techo, sin embargo, es de suma importancia el respeto por la confianza depositada en el otro, la lealtad, la fidelidad.

Incluso, el mismo deber alimentario, podría resultar irrelevante para quiénes, por su situación económica, no requieran del mismo, menos aún, que su prestación se les imponga coactivamente. Se encuentran en la misma situación, quiénes, conforme a sus creencias, admiten la poligamia y su proyecto de vida matrimonial, no encuentra amparo, frente a la imposición de un modelo matrimonial monogámico.

Con lo que respecta, al argumento sobre la coherencia que exige el nuevo régimen incausado de divorcio, como fue señalado, el legislador se aparta del modelo español: plena vigencia de derechos-deberes matrimoniales y régimen incausado de divorcio.

Asimismo, no resulta clara la relación entre el sufrimiento generado por la ruptura matrimonial y la falta de juridicidad del deber de fidelidad.

Finalmente, en tanto acto jurídico, resulta sumamente curioso, los efectos que la aplicación del principio de buena fe exigiría de ambos cónyuges, respecto del matrimonio-estado. Es decir, no sólo en el momento de la celebración del matrimonio (matrimonio-acto)³⁷, sino también respecto del entramado obligacional durante la vigencia del matrimonio.³⁸ Más aún si se considera que, probablemente, quiénes contraigan matrimonio, pretenden de su cónyuge, fidelidad.

En este sentido, si la buena fe es un principio jurídico del ordenamiento jurídico vigente, que rige todo acto jurídico³⁹, no parece coherente que el matrimonio sea el único acto jurídico que pueda sustraerse de su aplicación, especialmente, si se considera que, lo que cuya regulación se pretende, es un aspecto particularmente trascendente de la vida de las personas, y no una mera cuestión patrimonial.

Consecuentemente, se advierte que, conforme a su regulación en el CCyC, además de su carácter moral, el deber de fidelidad también deba ser considerado como jurídico.

³⁷ Art. 427° Código Civil y Comercial argentino. “Buena fe en la celebración del matrimonio. La buena fe consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero.”

³⁸ Fernanda Pessanha Do Amaral Gurgel, afirma la buena fe objetiva en las relaciones de familia, incluso en el marco de la autonomía de la voluntad, ya que entiende que la buena fe es lo que garantiza el funcionamiento de la autonomía, dice que es fuente creatriz de derechos implícitos en las relaciones de familia y que es el fundamento de no poder volver contra los propios actos. Se relaciona con el valor jurídico de la confianza. Para profundizar, ver: Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé objetiva* (Curitiba: Juruá, 2009).

³⁹ Cfr. José Tobías, “Capítulo 3 Ejercicio de los derechos Artículo 9° Principio de buena fe” en *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético Tomo I*, 2ª edición actualizada y aumentada, dirigido por Jorge Alterini e Ignacio Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2016), 70-71.

Para citar este trabajo: Torres Flor, Analućía, *La juridicidad del deber moral de fidelidad: Un análisis de su regulaci3n en el C3digo Civil y Comercial argentino*”, *Revista de Derecho. Ucdal* N3 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 183-198.

BIBLIOGRAFÍA

- “Conclusiones de la Comisi3n 3” (XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Bahía Blanca 2015). Acceso el 28 de agosto de 2018. <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-08.pdf>
- “Conclusiones de la Comisi3n 8: Compensaci3n econ3mica y alimentos” (XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Plata 2017). Acceso el 28 de agosto de 2018. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-8.pdf>
- Alterini, Jorge H e Ignacio E. Alterini, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los c3nyuges Opini3n en la 1ª y en la 2ª edici3n”. En *C3digo civil y comercial comentado Tratado exeg3tico Tomo III*, direcci3n general por Jorge H Alterini e Ignacio E. Alterini, tomo dirigido por Úrsula Basset, 203-204. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Azar Aldo Marcelo y Federico Alejandro Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre c3nyuges y resarcimiento de daños” *LA LEY* (2016): 1-17.
- Azpiri, Jorge. *Derecho de Familia*. Argentina: Hammurabi, 2016.
- Basset, Úrsula. “Capítulo 7 Derechos y deberes de los c3nyuges”. En *C3digo Civil y Comercial Comentado Tratado Exeg3tico Tomo III*, direcci3n general por Jorge H. e Ignacio E. Alterini, tomo dirigido por Úrsula Basset, 165-218. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Basset, Úrsula. “El matrimonio en el Proyecto de C3digo”, *LA LEY*, Volumen: 2012-D, Suplemento del 5/09/2012 (2012): 1-5.
- Belluscio, Augusto. *Derecho de Familia Tomo II Matrimonio*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- C3digo Civil de Vélez.
- C3digo civil espaol.
- C3digo Civil y Comercial de la Naci3n Argentina.
- C3rdoba, Marcos. “Daños y familia”, *LA LEY* (2016-A): 1-5.

- Córdoba, Marcos. “Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales”, *LA LEY DFyP* (2017): 1-6.
- De Lorenzi, Mariana. “Tercera parte El Derecho de familia entre lo público y lo privado”. En *Tratado de Derecho de Familia Tomo I Una introducción al estudio del Derecho de Familia*, dirigido por Adriana Krasnow 173-216. Ciudad autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Duprat, Carolina. “Capítulo 8 Disolución del Matrimonio Sección 2ª Divorcio”. En *Tratado de derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014 Tomo I arts. 401 a 508*, dirigido por Aída Kemelmajer, Marisa Herrera y Nora Lloveras, 317-401. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014.
- Fallo plenario. Cámara Civil y Comercial, “G., G.G. c/ B. de G., S.A.”, fecha 20 de setiembre de 1994
- Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”. Acceso el 24 de julio de 2017. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primerio.PDF>
- Herrera, Marisa. “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”. En *Código Civil y Comercial de la nación Tomo II*, dirigido por Ricardo Lorenzetti, 674-704. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Herrera, Marisa. *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2015.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, Nora Lloveras y Fabián Faraoni. “Capítulo I Matrimonio”. En *Tratado de derecho de Familia Tomo V-A*, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, 11-54. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014.
- Krasnow, Adriana. “Capítulo V El matrimonio estado y sus efectos personales”. En *Tratado de Derecho de Familia Tomo II*, dirigido por Adriana Krasnow 232-271. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Mazzinghi, Jorge. “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, *El Derecho Familia* 61/-3 (2015): 1-10.
- Mazzinghi, Jorge. *Tratado de derecho de Familia Tomo 2 Efectos personales y regímenes de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Medina, Graciela y Rivera, Julio César. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017. Aplicación Proview.
- Medina, Graciela. “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, *LA LEY RCyS y DFyP*, mayo (2017): 1-7.

- Perrino, Óscar. *Derecho de Familia Tomo I* dirigido por Basset, Úrsula. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017. Aplicación Proview.
- Pessanha do Amaral Gurgel, Fernanda. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.
- Solari, Néstor. *Derecho de las Familias*. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Tobías, José. “Capítulo 3 Ejercicio de los derechos Artículo 9° Principio de buena fe”. En *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético Tomo I, 2ª edición actualizada y aumentada*, dirección general por Jorge Alterini e Ignacio Alterini, tomo dirigido por José Tobías, 67-73. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Ugarte, Luis. “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, *LA LEY DFyP*, agosto (2015): 1-19.

La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su estudio, aplicación e interpretación judicial y arbitral en México

The United Nations Convention on contracts for the international sale of goods: its study, application and judicial and arbitral interpretation in Mexico

*Blanca Yaquelin Zenteno Trejo*¹

¹Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

zentenotrejo@hotmail.com

Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-7506-9596>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1711>

RESUMEN: La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CIM), es un instrumento jurídico útil y práctico, pero a sus 37 años de existencia plantea limitaciones y nuevos retos. En el contexto de sus limitaciones y retos este escrito presenta una serie de reflexiones, en torno a su estudio, aplicación e interpretación judicial y arbitral, con la consideración de algunos puntos fuertes y débiles, con un acercamiento a la experiencia de México que permitan considerar su revisión. Se plantea la pregunta de si realmente es necesaria una revisión sustancial de la CIM a la luz de un entorno complejo de relaciones jurídico-comerciales regionales o internacionales? El enfoque de este escrito es teórico, de lo global a lo local, con una metodología, documental-analítica.

Recibido: 22/05/18. Evaluado: 19/09. Aprobado 10/10/18

PALABRAS CLAVE: contratación internacional, compraventa internacional de mercaderías, convención de Viena, interpretación judicial e interpretación arbitral.

ABSTRACT: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 (CISG) It is a useful and practical legal instrument, but at 37 years of existence it poses limitations and new challenges. In the context of its limitations and challenges, this article presents a series of reflections on its study, application and judicial and arbitral interpretation, with the consideration of some strengths and weaknesses, with an approach to experience of Mexico that allow to consider its revision. The question arises as to whether a substantial revision of the CIM is really necessary in the light of a complex environment of regional or international legal-commercial relations? The focus of this writing is theoretical, from the global to the local, with a methodology, documental-analytical.

KEY WORDS: international contracting, international sale of merchandise, Vienna Convention, judicial interpretation and arbitration interpretation.

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. Antecedentes. III. ¿Es necesario revisar la CIM?. IV. Puntos fuertes. V. Algunos puntos débiles. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I.

NOTA INTRODUCTORIA

La CIM fue aprobada mediante acta final con la apertura a su firma por parte de los Estados en una conferencia diplomática, en el Palacio del Hofburg en Viena el 11 de abril 1980 y entró en vigor, de conformidad con su art. 99, párr. 1º, ocho años después de su aprobación: el 1º de enero de 1988, tras expresar diez Estados su consentimiento de considerarse vinculados por ella.

Desde entonces, el número de Estados que se han adherido a la CIM ha aumentado incluyendo a las principales economías del mundo, como Estados Unidos, China, Japón, Alemania, Francia, India, Italia, Brasil, Canadá, entre otros (con la excepción del Reino Unido). A la fecha 89 países la han firmado y 87 de ellos son Estados contratantes de ella.² Actualmente ya ha cumplido 37 años.

Contiene 101 artículos organizados en 4 Partes: P-1 Ámbito de aplicación (13 aa.) P-2 Formación del contrato (11 aa.) P-3 Compraventa de mercaderías, obligaciones del vendedor y del comprador, derechos y acciones del vendedor y comprador, pago del precio, transmisión del riesgo, incumplimiento, indemnización de daños y perjuicios, intereses, exoneración, efectos de la resolución y conservación de las mercaderías (64 aa.) y P-4 Disposiciones finales (13 aa.).

Este escrito está organizado en cinco apartados, en la primera parte se presentan breves antecedentes de la CIM en un contexto complejo y dinámico de la época, en el segundo se aborda la necesidad antes y durante la concertación de la CIM, en el tercero se da respuesta a la pregunta de ¿Es necesario revisar la CIM? En el cuarto tema se exponen algunos de sus puntos fuertes y por último en el quinto tema se reflexiona sobre algunos puntos débiles que evidencian la necesidad de su revisión.

² CNUDMI, "Situación actual. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", Viena, 1980, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

II.

ANTECEDENTES

La CIM inició como un proyecto de convención en términos de derecho positivo. Se requirió que diez Estados la ratificaran o se adhirieran a ella para que pasara a ser ley en esos diez países. El 18 de junio de 1981 se notificó a la Secretaria de la CNUDMI la primera adhesión depositada por Lesotho, y tras la firma de ese país, se vinieron las ratificaciones de Francia (06/08/1982), República Árabe Siria (19/10/1982), Egipto (06/12/1982), Hungría (16/06/1983), Argentina (19/07/1983), Zambia (06/06/1986) y de manera simultánea depositaron sus ratificaciones el 11 diciembre de 1986, China (país comunista grande en esa época), los Estados Unidos (principal país capitalista occidental) e Italia (país europeo) por lo que la CIM entró en vigor para estos Estados el 1º de enero de 1988. La lista completa de Estados contratantes se puede consultar en la página oficial de la CNUDMI. El último país en adherirse fue Costa Rica el 12 de julio de 2017.³

Desde el punto de vista político-económico, las primeras diez ratificaciones fueron muy importantes ya que, en 1988, el mundo aún estaba en Guerra Fría y con miras al establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional. Estos países ya representaban diversos grados de desarrollo económico. Desde el punto de vista jurídico, los países ratificantes representaban las dos tradiciones jurídicas más grandes e importantes del mundo: el Common Law y la tradición jurídica romano germánica o del Civil Law, debido a esto se consideró en esa época que la CIM era aceptable en diversas regiones geográficas del mundo.⁴

La CIM fue el resultado de una revisión de dos leyes: 1) la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías (LUVIM) y de 2) la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (LUFCVIM), aprobadas en una conferencia diplomática en La Haya en 1964. Se había comenzado a trabajar en ellas en el UNIDROIT, desde 1929. Para Bergsten, en cierto sentido, la génesis de la CIM data de hace 88 años lo que demuestra que los procesos de unificación internacional del derecho privado son lentos con muchos escalones uno de tras de otro cuando se trata de unificar el derecho entre Estados nacionales.⁵

³ CNUDMI, “Cronología del depósito de instrumentos. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, Viena, 1980, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status_chronological.html

⁴ Eric E. Bergsten, “Treinta y cinco años de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: expectativas y resultados”, *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas* (Nueva York: Naciones Unidas, 2016), 8.

⁵ *Idem.* 21

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebró su primera conferencia en 1894. En esa época se creía que la mejor manera de reducir los problemas del comercio exterior inherentes a las diferencias de los regímenes jurídicos nacionales era la unificación del derecho sobre los conflictos de leyes.

El deseo de unificación de las disposiciones sustantivas de algunas esferas del derecho se plasmó con la aprobación de diversos instrumentos jurídicos.⁶ También se reconoció la procedencia de la unificación del derecho internacional en esferas limitadas y claramente definidas como lo era la actividad comercial, pero era necesaria una organización con funciones de unificación internacional del derecho privado, por eso en 1929 a propuesta de Italia, se creó el UNIDROIT en Roma, cuyo trabajo inició en el ámbito del derecho de compraventa como su primer proyecto, a instancias de Ernst Rabel, un destacado especialista alemán. Para 1935 ya había un primer proyecto, pero la labor se interrumpió y continuó hasta después de terminada la Segunda Guerra Mundial (SGM).

Durante el decenio de 1950 la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) adoptó un enfoque diferente de la armonización del derecho de compraventa, cuando formuló y difundió las Condiciones Generales de Venta y Contratos Tipo, cuyo objetivo consistía en reducir la gran cantidad de contratos tipo de esa índole, para facilitar el comercio entre el Este y el Oeste en Europa.⁷

El trabajo sobre un régimen uniforme se reanudó en 1953 y condujo a la conferencia diplomática de La Haya de 1964, en la que se aprobaron la LUVIM y la LUFCVIM, ya citadas en párrafos anteriores.

La participación de los Estados Unidos en 1960 revistió una importancia fundamental ya que los delegados estadounidenses ante la conferencia gozaban de experiencia larga e intensa en lo relativo a la unificación del derecho de la compraventa de mercaderías ya que desde 1906 contaban con una Ley Uniforme de Ventas y más tarde con un Código de Comercio Uniforme, cuya intervención del jurista y profesor John Honnold fue relevante, llegado a convertirlo en miembro de la delegación estadounidense ante la conferencia diplomática de 1964 en la que tenían que examinarse la LUVIM y la LUFCVIM.⁸

⁶ La Convención sobre la Unificación del Derecho Relativo a la Letra de Cambio y al Pagaré, y un Reglamento Uniforme adjunto en 1912. No llegaron a entrar en vigor, debido en parte a la Primera Guerra Mundial (PGM), pero el texto sirvió de base para la aprobación de otras convenciones relativas a: títulos negociables aprobadas en la Sociedad de las Naciones en 1930 y 1931, textos de derecho de arbitraje de Ginebra de 1923 y 1927, las Reglas de La Haya en materia de conocimientos aprobadas en 1924, el Convenio de Varsovia relativo al transporte aéreo internacional aprobado en 1929, el Convenio Telegráfico Internacional aprobado en 1865 y el Convenio Internacional relativo al Transporte de Mercancías por Ferrocarril aprobado en 1890.

⁷ Bergsten, "Treinta y cinco años de la Convención ...", 9.

⁸ *Ibidem*, 10.

Tanto el Reino Unido como los Estados Unidos tuvieron dificultades (perduraron hasta el decenio de 1960) que excluían cualquier interés en general en la unificación internacional del derecho privado. En el caso del Reino Unido, tenía un sistema en esencia de derecho mercantil unificado y durante todo el período en que el UNIDROIT estuvo preparando la LUVIM con un criterio claramente de derecho romano, el Reino Unido era el único miembro de la organización con un sistema jurídico anglosajón, lo que no le permitió mostrar mucho interés en la labor. El problema en los Estados Unidos ha sido su versión de federalismo. Su derecho mercantil, es competencia de los 50 estados distintos. Antes de 1960, se creía que era inconstitucional que el Gobierno federal se dedicara a la unificación de cuestiones como la compraventa de mercaderías, y aunque no fuese jurídicamente inconstitucional, violaría la práctica constitucional. Los Estados Unidos superaron sus inquietudes constitucionales e ingresaron al UNIDROIT en 1963 y se adhirieron a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado al mismo tiempo.⁹

Cabe destacar que Hungría desempeñó un papel importante desde 1960. El Gobierno húngaro propuso a las Naciones Unidas la creación de una organización internacional para la unificación del derecho mercantil internacional.¹⁰ En respuesta, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la CNUDMI el 17 de diciembre de 1966, con el mandato de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

En relación con el derecho de la compraventa se sugirió una larga lista de temas, pero concretamente, se eligieron 4 esferas en las que se concentrarían sus actividades: 1) las Convenciones de La Haya de 1964; 2) el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable de 1955; 3) plazos y limitaciones (prescripción) en la esfera de la compraventa internacional de mercaderías; y 4) condiciones generales de venta, contratos tipo, *Incoterms* y otras condiciones comerciales. Fue en esa época cuando John Honnold, el delegado estadounidense ante la conferencia de La Haya, se convirtió en el secretario de la CNUDMI y estaba especialmente interesado en la labor sobre el derecho de compraventa y su influencia en los acontecimientos fue considerable. La CNUDMI retomó el trabajo del UNIDROIT y comenzó su labor con una serie de modificaciones a la LUVIM y a la LUFVIM y en su último período de sesiones decidió fusionarlas en un solo texto, con la opción de que un Estado declarara que no iba a estar vinculado por una u otra de las dos secciones de la CIM.¹¹

⁹ Bergsten, "Treinta y cinco años de la Convención ...", 9 y 10.

¹⁰ Janos Martonyi, "Introducción", *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas* (Nueva York: Naciones Unidas, 2016), 1.

¹¹ Bergsten, "Treinta y cinco años de la Convención ...", 10-12.

Algunos precedentes de derechos nacionales de la CIM fueron: el Código Civil francés de 1804, la Ley británica sobre ventas de mercaderías de 1893, el Código Civil alemán de 1900, el Código Civil Italiano de 1942, el Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos de 1962, el Código de Comercio Internacional de Checoslovaquia de 1963 y el Código Civil Húngaro de 1977.¹²

III.

¿ES NECESARIO REVISAR LA CIM?

La CIM surgió de la necesidad de salir del aislamiento político, económico y jurídico que imperaba en esa época. Los juristas especialistas húngaros como Ferenc Mádl, no aceptaban el aislamiento de su país y por lo tanto la idea y la realidad de un mundo conocido como el Telón de acero.¹³

Existía la necesidad de un crecimiento económico, a través de la internacionalización económica, política e institucional del mundo, en un entorno jurídico más seguro y previsible y, por tanto, más homogéneo y uniforme, sobre las transacciones comerciales internacionales como aspiración universal. El comercio internacional adquiriría cada día más importancia, al haberse demostrado que la antigua teoría de la autarquía económica era totalmente obsoleta e inviable. Era necesaria la liberalización y una mejor reglamentación del comercio.¹⁴

Actualmente este gran proyecto de armonización del derecho mercantil transnacional aún sigue estando lejos y en consecuencia seguirán incrementando los costos de transacción de las operaciones comerciales transfronterizas.

El presidente del Tribunal Supremo de Singapur en su discurso pronunciado en el trigésimo quinto aniversario de la CIM en Singapur el 23 de abril de 2015 expresó: "... el mundo ha atravesado un período de innovación tecnológica, liberalización comercial e integración económica sin precedentes, que ha dado lugar a un aumento espectacular del volumen y la frecuencia con que los capitales, las mercancías, las personas y las ideas circulan a través de las fronteras nacionales".¹⁵

¹² Jorge Barrera Graf "Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías comentarios de los artículos 85 a 88", s.l.i. s.e. s.a., p. 276, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2108/16.pdf>

¹³ Martonyi, "Introducción", 1.

¹⁴ *Ibidem*, 1 y 2.

¹⁵ Quentin Loh, "Perspectivas de la armonización del derecho mercantil transnacional", *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas* (Nueva York: Naciones Unidas, 2016), 15.

En este sentido, es necesario satisfacer la apremiante necesidad de un derecho de los contratos uniforme para la compraventa transfronteriza de mercaderías, que sin lugar a duda representa una considerable proporción del comercio.¹⁶

Moura Ramos, considera que la no determinación previa del cuerpo de normas aplicables a la solución de una controversia crea incertidumbre, por lo tanto, puede constituir un grave obstáculo para el comercio, y justifica claramente toda la labor que se ha llevado a cabo en esta esfera desde principios del siglo pasado a fin de lograr la unificación.¹⁷

La CIM ha sido a lo largo de estos 37 años un instrumento jurídico de gran utilidad principalmente para los países que no cuentan con una legislación especializada y armonizada en materia de contratación comercial internacional, sin embargo, aún hay mucho por hacer.

La presencia de un entorno inadecuado para elaborar normas, por la existencia de un proceso de globalización cada vez más diverso, entrelazado con elementos de fragmentación, regionalización y localización, en diversas esferas. Un sistema de múltiples niveles (mundial, regional, nacional, subnacional) con líneas divisorias cada vez más borrosas y conflictos entre los distintos niveles, provoca que el mundo jurídico se esté volviendo más complejo. Enormes cambios en todas las áreas con tendencias diversas y contradictorias con sus propias complejidades, incertidumbres y naturaleza imprevisible e incidental de nuestro mundo actual. Lo que solía ser una relación jerárquica bastante bien definida entre los distintos niveles de normas jurídicas, se está convirtiendo en una nube cada vez más difusa en la que las normas jurídicas de carácter, función y rango diferentes compiten entre sí, se entremezclan e interactúan, se remiten unas a otras, y se alimentan y se excluyen recíprocamente. La existencia de normas no estatales (vrg. CCI) muchas veces dejan fuera del juego a las normas adoptadas por la legislación a nivel nacional o internacional.¹⁸

Las tendencias a la fragmentación y la regionalización son más visibles en la esfera del derecho público del comercio internacional, no así en el derecho privado del comercio internacional, con una tendencia a la proliferación de ACR con un aumento en los acuerdos regionales y bilaterales de libre comercio que abarcan una proporción creciente del comercio mundial, principalmente porque han buscado accesos preferenciales a mercados, atracción de inversiones, establecimiento de relaciones pacíficas, incremento del poder de negociación en la esfera internacional, consolidación de reformas políticas nacionales/domésticas, alter-

¹⁶ *Ibidem*, 16.

¹⁷ Rui Manuel Moura Ramos, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980: treinta y cinco años después", *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas* (Nueva York: Naciones Unidas, 2016), 24.

¹⁸ Martonyi, "Introducción", 4 y 5.

nativa al multilateralismo, profundización de la liberalización comercial existente e integración por imitación.¹⁹

El fenómeno de la fertilización cruzada: a) relación entre el derecho establecido por los tratados y la práctica comercial y b) la interacción entre las legislaciones nacionales, la práctica judicial, los conceptos, las nociones, los términos jurídicos y sus significados. En su mayoría el lenguaje jurídico ha surgido con los sistemas jurídicos nacionales y su significado puede interpretarse, definirse y aplicarse exclusivamente, en el contexto y el marco de un sistema jurídico. Si se sacan de su entorno seguro y familiar, podrían perder su significado u orientación precisos ya que está arraigado en la historia y cultura específica: son inseparables. Las nociones y los términos jurídicos no fueron siempre estrictamente nacionales y muchos de ellos tuvieron su origen en un patrimonio común. Siempre se han comunicado entre sí y en los últimos 150 años de creciente internacionalización esa comunicación ha sido mucho más intensa y eficiente.²⁰ En este contexto de profundos cambios se presentan en los dos siguientes apartados las respectivas reflexiones que inducen a la revisión de la CIM.

IV.

PUNTOS FUERTES DE LA CIM

La CIM tiene grandes virtudes y ha sido de gran utilidad en diferentes sistemas jurídicos que no cuentan con un régimen de compraventa internacional de mercaderías; a continuación, se describen:

Representación mundial. La CIM está vigente en casi la mitad de todos los Estados Miembros de las NU, lo que constituye un logro en el proceso de unificación internacional de la compraventa de mercaderías.²¹ Actualmente, los 86 países que son partes en la CIM, representan aproximadamente el 80% del comercio internacional del mundo, sin embargo, este porcentaje no significa que el comercio mundial se rija la CIM ya que está excluida como fuente de derecho en un número considerable de contratos.²²

¹⁹ Matthew Shearer y Joaquim Tres, “Módulo I. ¿Qué son los acuerdos comerciales y cuál es su importancia?” en *Nuevas tendencias en los tratados comerciales en América Latina* (Washington D.C, BID 2017), 21-23.

²⁰ Martonyi, “Introducción”, 5 y 6.

²¹ Su preámbulo pone de manifiesto: “ESTIMANDO que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuir[á] a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promoverá el desarrollo del comercio internacional”

²² Bergsten, “Treinta y cinco años de la Convención ...”, 12.

Fomento de la práctica internacional. En el plano internacional, la CIM ha fomentado la adopción de prácticas y usos internacionales, como parte de las soluciones que ofrece, reconociendo su aplicabilidad. El art. 9, párr. 1, establece que: “las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas” y “salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado...” esto permite la creación de un derecho común del comercio internacional que, a la luz de los últimos acontecimientos, se ha formado independientemente de las instituciones estatales. Los principios UNIDROIT siguieron el ejemplo de la CIM al insertar en su art. 1.9 la obligatoriedad de los usos y prácticas que las partes hayan convenido.

Puente entre el derecho de los tratados, la práctica comercial y los diferentes sistemas jurídicos. Martonyi, János comenta que es puente en tres sentidos: 1. Puente entre el enfoque descendente y el enfoque ascendente de la unificación del régimen de los contratos transnacionales (régimen establecido por los tratados), que combina el derecho establecido por tratados con la autonomía de las partes y la práctica comercial internacional. 2. Puente entre los sistemas jurídicos de tradición anglosajona y los de tradición romanista. 3. Es un puente entre nociones, conceptos, términos y significados jurídicos dispares que pretende crear un lenguaje común, una lengua franca, un lenguaje que nadie puede reconocer como suyo, pero que todos entienden, utilizan y aprovechan.²³

Bergsten, Eric E, plantea este puente como una fusión de conceptos de diferentes tradiciones jurídicas y sistemas jurídicos, ya que se lograron fusionar conceptos importantes del derecho anglosajón con las disposiciones básicas de tradición romanista procedentes de la LUVIM, con la participación de países en desarrollo y los países de comercio de Estado. Se da también una fusión entre lo sustantivo con la formación del contrato, según Bergsten, la fusión de las disposiciones sustantivas que originalmente figuraban en la LUVIM con las disposiciones sobre la formación que inicialmente estaban en la LUFVIM ha sido un gran éxito.²⁴

Mayor promoción del principio del reconocimiento de la voluntad de las partes. La CIM es muy sensible al principio de la autonomía contractual o voluntad de las partes al establecer que las partes pueden incluir, modificar (sus efectos) o excluir la CIM, en su art. 6: “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo

²³ Martonyi, “Introducción”, 5.

²⁴ Bergsten, “Treinta y cinco años de la Convención ...”, 12.

dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”, también las partes pueden, simplemente en virtud de su voluntad, ampliar la aplicación de la CIM a situaciones que, por motivos geográficos o debido a la naturaleza y finalidad del contrato, no quedan comprendidas en su ámbito.²⁵ La promoción de un mayor reconocimiento de la voluntad de las partes, se acepta cada vez más como principio general de derecho, por lo tanto, debe servir también de guía para la revisión que se ha de llevar a cabo con respecto a las soluciones que ofrece actualmente la CIM, cuya mejora sigue siendo deseable en la que se debería tener en cuenta la evolución de la práctica judicial y arbitral en ese ámbito.²⁶

Ámbito de aplicación. Al definir su ámbito de aplicación espacial, la CIM no se limita a procurar su aplicación a los contratos de compraventa internacional de mercaderías entre partes cuyos establecimientos se encuentren en diferentes Estados contratantes, sino que también prevé situaciones en que “las normas del derecho internacional privado den lugar a la aplicación de la ley de un Estado contratante” por lo tanto tiene una repercusión cuasi universal (que se reflejan en el número de Estados que participan en su aplicación) a diferencia de otros instrumentos jurídicos internacionales.²⁷

Influencia en otros instrumentos jurídicos. La CIM también ha dejado su huella en otros textos internacionales relativos a la unificación de los contratos, como son: los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los principios del derecho contractual europeo, el Proyecto de Marco Común de Referencia y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea.²⁸

Régimen más apropiado en relación con el derecho nacional y aplicación por sistemas jurídicos de Estados no contratantes. Sus normas no se limitan a tratar de minimizar los problemas derivados de la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales con respecto a la compraventa, sino que se constituye como modelo y fuente de inspiración para la legislación regional y nacional, Moura Ramos, afirma que “El régimen establecido por la CIM debería prevalecer sobre el derecho interno siempre que se haya declarado aplicable al contrato un régimen jurídico que incorpore las soluciones previstas en la CIM, incluso con arreglo a las normas de derecho internacional privado de un Estado no contratante” y que “La aplicación del cuerpo de normas establecido en la CIM podría muy bien darse fuera del

²⁵ Moura Ramos “La Convención de las Naciones Unidas...”: 27-33.

²⁶ Martonyi, “Introducción”, 5.

²⁷ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...” 30.

²⁸ *Ibidem*, 24 y 25.

sistema judicial de los Estados contratantes, lo que naturalmente amplía las repercusiones de la CIM en el comercio internacional”.²⁹

Sistema concentrado. La CIM ofrece un régimen concentrado y al establecer diversas soluciones, va incluso más lejos al considerar la perspectiva de cada parte contratante, enunciando las obligaciones del vendedor y del comprador³⁰ y en caso de incumplimiento, los recursos disponibles para ambos.³¹

Seguridad para el comercio. La unificación lograda en la CIM ha permitido reforzar la seguridad del comercio internacional del mismo modo que ha influido en la evolución de la legislación nacional sobre el tema. Esta seguridad la brinda porque sigue siendo el único instrumento vinculante sobre el tema y su función evidente en la práctica real del comercio internacional no puede compararse con la de otros instrumentos.³²

Formación del contrato y cumplimiento específico. Las disposiciones que finalmente se acordaron reflejan una opinión sobre la formación de contratos de compraventa con condiciones generales (formulario de contrato estándar) que, en la compraventa como en otros ámbitos, hicieron su aparición por primera vez en la esfera de los contratos. Lo mismo puede afirmarse respecto del cumplimiento específico, del que la CIM se ocupa a fin de tener en cuenta a los sistemas jurídicos que no prevén ese recurso. También en este caso, las disposiciones de los Principios del UNIDROIT³³ y el Proyecto de Marco Común de Referencia podrían ser fuentes de inspiración útiles.³⁴

V.

ALGUNOS PUNTOS DÉBILES DE LA CIM

La CIM tiene efectivamente algunas lagunas y conceptos difíciles de comprender en la práctica jurídica, arbitral y comercial cotidiana, sin embargo, es el logro más importante de la unificación del derecho privado a la fecha. Palabras como “uniforme” y “global” entrañan una simplificación peligrosa y suscitan reticencia o un rechazo absoluto y como afirma

²⁹ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...” 30.

³⁰ Respectivamente, la Sección I (artículos 31 a 34) del Capítulo II y las Secciones I (artículos 54 a 59) y II (artículo 60) del Capítulo III de la Parte III de la Convención. A cerca de los recursos en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor, véase la Sección III (artículos 45 a 52) del Capítulo II, y sobre los recursos en caso de incumplimiento del contrato por el comprador, véase la Sección III (artículos 61 a 65) del Capítulo III, ambos en la Parte III.

³¹ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 31.

³² *Ibidem*, 24 y. 25.

³³ Artículos 7.2.1 a 7.2.5.

³⁴ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 26 y 27.

Martonyi “todo intento futuro debe ser realista, flexible y pragmático, como se trató de hacer en su momento con la CIM”.³⁵

De las múltiples causas que pudieran explicar la escasa visibilidad y estudio de la CIM de manera particular en México, en este escrito se abordan 9, que pueden tener como efecto su poca o falta de aplicación e interpretación judicial y arbitral:

1) Poca visibilidad en los planes y programas de estudio de las Licenciaturas en Derecho. En México la CIM es poco conocida y aplicada por los abogados. Los diversos planes y programas de estudio de las licenciaturas en Derecho de las Universidades más representativas del país,³⁶ empezaron a incluir en sus planes de estudio tópicos especializados del Derecho internacional público y privado, del Derecho económico internacional, Derecho del comercio internacional, como: contratación comercial internacional, derecho convencional mercantil y de la CIM, de manera muy lenta, esto se aprecia después de la entrada en vigor del TLCAN.

La necesidad laboral de muchos egresados hizo que cubrieran este tópico a través de cursos extracurriculares (diplomados, talleres, formularios de la CCI, Programas de la Secretaría de Economía como, PROMÉXICO, etc.) o con un posgrado u asesoría externa de expertos en negocios internacionales y comercio internacional.

Muchos de los abogados que negocian un contrato de compraventa continúan preparando las condiciones tipo del contrato conforme al derecho interno que aprendieron en la facultad. Eso desde luego no funciona para las dos partes en el contrato cuando están situadas en países diferentes.

De una revisión de los planes y programas de estudio de la Licenciatura en Derecho de siete universidades representativas (públicas y privadas) del país,³⁷ se confirma, la poca relevancia de este tópico.

La Facultad de Derecho de la UNAM³⁸ imparte 3 asignaturas que abordan directamente la contratación internacional, las dos primeras asignaturas: Contratos mercantiles internacionales como una asignatura optativa (novenno y décimo semestre), Derecho conven-

³⁵ Martonyi, “Introducción”, 6.

³⁶ Se tomó una muestra de diez universidades del país. Otras universidades tanto públicas como privadas tienen planes y programas de estudio como escuelas incorporadas, que forman parte de la muestra.

³⁷ Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Universidad de Guadalajara (UdeG), Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), Universidad de las Américas Puebla (UDLAP), Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP). No se incluyen otras universidades ya que en muchas de ellas se tienen los mismos planes de estudio por ser incorporadas a alguna de las universidades públicas o privadas citadas en este texto.

³⁸ UNAM. “Descripción sintética del Plan de estudios de la licenciatura en Derecho”, https://escolar1.unam.mx/planes/f_derecho/DERECHO.pdf En la FES-Acatlán y FES-Aragón tienen menos optativas, pero se establece la posibilidad de cursar optativas de la Facultad de Derecho.

cional mercantil como una parte introductoria y de manera más especializada la de Régimen Jurídico de la Compraventa Internacional de Mercaderías y Arbitraje Internacional. Las tres asignaturas son de elección por campo del conocimiento del Derecho internacional Privado y del Derecho del Comercio Exterior.

La UDLAP³⁹ imparte una asignatura de Comercio Exterior y Tratados Internacionales en el quinto semestre y la de contratos Internacionales y arbitraje en séptimo semestre. En la BUAP, en la licenciatura en Consultoría Jurídica se imparte la asignatura de contratación internacional, en la que la CIM ocupa un lugar importante y se considera una asignatura obligatoria.

En el ITESM⁴⁰ cuentan con un área de “Estudios legales internacionales” compuesta por 5 materias, sin especificar el nombre. La UAQ⁴¹ imparte Derecho Internacional Privado parte general y parte especial, Derecho comercial internacional y Derecho procesal internacional.

De la revisión realizada en cada uno de los planes de estudio, se observó que la única asignatura considerada obligatoria en todos los programas de estudio (UNAM, ITESM, UAM,⁴² UANL,⁴³ UDLAP, UdeG,⁴⁴ BUAP, IBERO -CMX y Puebla- Universidad Anáhuac México,⁴⁵ y UAQ) es la asignatura de Derecho Internacional Privado, donde el alumno puede tener la oportunidad limitada de abordar sólo las características de la CIM dentro de un gran número de instrumentos jurídicos internacionales de carácter privado.

Cabe la posibilidad de que en el listado de asignaturas optativas no obligatorias pueda estudiarse el régimen jurídico de la CIM. Los datos anteriores podrían explicar de alguna manera la escasa visibilidad y aplicación de la CIM.

Se puede considerar que los juristas más antiguos que han abordado esta temática en México son: Barrera Graf y Adame Goddard.

2) Resoluciones judiciales y laudos arbitrales relativos a la CIM. Una de las principales preocupaciones expresadas en diversos foros está relacionada con la importancia que debería darse a la interpretación arbitral y judicial de la CIM a nivel internacional y su

³⁹ UDLAP. “Licenciatura en Derecho” en: <http://www.udlap.mx/ofertaacademica/files/plan2017/mallacurricular/LDE.pdf>

⁴⁰ ITESM. “Plan de estudios Licenciado en Derecho”, <http://admisión.itesm.mx/led>

⁴¹ UAQ. “Licenciatura en Derecho”, <http://www.uaq.mx/ofertaeducativa/prog-derecho/mapa-ld.pdf>

⁴² UAM. Unidad Azcapotzalco. “Licenciatura en Derecho”, http://www.uam.mx/licenciaturas/pdfs/12_5_Lic_en_Derecho_AZC.pdf

⁴³ UANL. “Plan de estudios. Licenciado en Derecho”, <http://www.uanl.mx/sites/default/files/Licenciado%20en%20Derecho-Plan%20de%20Estudios.pdf>

⁴⁴ UdeG, “Licenciatura en Derecho” <http://guiadecarreras.udg.mx/licenciatura-en-derecho-o-abogado/>

⁴⁵ Universidad Anáhuac México. ¿Qué materias cursarás en la Licenciatura en Derecho? <http://www.anahuac.mx/mexico/preuniversitarios/wp-content/uploads/2015/02/Derecho.jpg>

respectiva aplicación uniforme, al respecto resulta interesante lo que Moura Ramos afirma “dado que los conflictos de leyes que la CIM estaba destinada a impedir podrían resurgir en forma de conflictos de interpretación”.⁴⁶

Para poder contrarrestar los problemas que pudieran surgir de su aplicación, en la CIM se tuvo la cautela de especificar en el art. 7º que en su interpretación: “se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. En este sentido, en el carácter internacional de la CIM, tienen especial importancia la observancia de los principios del derecho internacional público de tal manera que lo público y lo privado guardan estrecha relación.

Existe la necesidad de promover la armonización de las soluciones en la aplicación de la CIM tomando en cuenta otros instrumentos de derecho uniforme como: la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974) o la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), entre otros.

En el marco de un régimen como el establecido por la CIM, en el que *no se garantiza la uniformidad de la interpretación* mediante la intervención de un tribunal internacional cuyas decisiones prevalecerían sobre las de los tribunales nacionales, el logro de resultados uniformes depende por completo del juez que vea la causa, lo que exige que los jueces no solo sean conscientes de su deber de tratar de lograr la aplicación uniforme de disposiciones uniformes, sino también que tengan los medios para hacerlo, lo que requiere conocer las decisiones dictadas por sus homólogos en otros Estados partes en la CIM.

A pesar de que la CIM exige a los órganos jurisdiccionales y a los tribunales arbitrales que promuevan la uniformidad en la aplicación de sus disposiciones, *no la garantiza*. Moura Ramos continúa comentando: “A ese respecto, creo que la estructura básica de la comunidad internacional no ha cambiado mucho con el transcurso del tiempo. Siendo así, no creo que el momento sea adecuado para establecer un sistema judicial que, ya sea por medio de un mecanismo de recurso o de un mecanismo jurisprudencial, garantice la uniformidad de las decisiones (o que al menos reduzca la posibilidad de que haya sentencias contradictorias [...] podría ser provechoso, en nuestra opinión, inspirarse en el ejemplo de la interacción de los tribunales constitucionales y los tribunales supremos, que, aunque apliquen normas diferentes (pero con una finalidad y naturaleza comunes), han logrado establecer un diálogo

⁴⁶ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 27.

fructífero que podría servir de base para una cultura jurisdiccional común⁴⁷ y que si, por el momento, no existe la posibilidad de plantearse el establecimiento de un solo tribunal con competencia para interpretar normas unificadas, se debería considerar la posibilidad de facilitar la interacción judicial, que naturalmente solo puede nacer del conocimiento compartido.

Para ayudar un poco en la interpretación uniforme, la secretaría de la CNUDMI a través del sistema *Case law on UNCITRAL texts* (CLOUT) recopila las decisiones judiciales y laudos arbitrales relativos a la CIM y otros textos jurídicos en cuya preparación o aprobación ha intervenido la CNUDMI⁴⁸ con el objetivo de darlos a conocer en los medios internacionales y con ello ayudar a que los jueces, árbitros, abogados, partes en operaciones mercantiles y demás personas interesadas puedan tener fácil acceso a dichas decisiones al ir a resolviendo asuntos que sean de su competencia y con esto promover cierta uniformidad en la *interpretación, aplicación o incluso la no aplicación* de esos textos. Se otorga prioridad a la recopilación de las decisiones definitivas de los tribunales judiciales y arbitrales; de incluirse alguna decisión que pueda ser recurrida o apelada, esta circunstancia se indicaría en el correspondiente resumen.⁴⁹

La CLOUT, representa grandes ventajas, sin embargo, resultaría útil crear un sistema que permitiera saber en qué medida la jurisprudencia relativa a la aplicación de la CIM ha adquirido carácter verdaderamente internacional, es decir, si los jueces se remiten en sus sentencias, o decisiones dictadas en el marco de ordenamientos jurídicos diferentes y con qué frecuencia lo hacen. Un sistema de interconexión y comunicación arbitral y judicial de remisión de resoluciones o en su caso discusión, consenso y disenso de criterios entre colegas. Esto realmente podría expresar el verdadero carácter de la “internacionalidad” y “uniformidad” de la CIM.

El criterio escogido por los autores de la CIM tendió a facilitar la armonización del derecho mercantil internacional, con una interpretación uniforme en los distintos ordenamientos en que se ponga en práctica, por consiguiente, cabe prestar atención especial a su interpretación uniforme por remisión tanto a la jurisprudencia interna como a la extranjera.

⁴⁷ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 32.

⁴⁸ Entre los que figuran los siguientes: Convención de Nueva York 1958, Ley Modelo de Arbitraje (LMA) de la CNUDMI (1985), Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992) y Limitation Convention (1974).

⁴⁹ CNUDMI, Documento A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.2. 2 de junio de 2010. Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT) 2010, Guía del usuario: http://www.uncitral.org/uncitral/case_law.html

El art. 7º, párr. 1, de la CIM fija un criterio uniforme para la interpretación de sus disposiciones al señalar que: “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 [...]”.⁵⁰

Una interpretación uniforme se ve favorecida considerablemente por la difusión apropiada, sistemática y objetiva de los laudos arbitrales y las sentencias judiciales. Los efectos positivos de la difusión de ese material son múltiples y van mucho más allá de servir de fuente de inspiración en la solución de controversias. Esa difusión puede, por ejemplo, constituir una ayuda valiosa para quienes redactan contratos con arreglo a la CIM y facilita su enseñanza y estudio.⁵¹

Actualmente 86 Estados son Parte de la CIM, y de un conteo de casos por país, se constató que 67 de ellos han emitido sentencias y laudos relacionados con los diversos textos jurídicos que administra la CNUDMI.

En lo particular a las sentencias y laudos relacionadas con el contenido de la CIM, sólo 38 Estados Parte han emitido resoluciones al respecto. 701 resoluciones han sido emitidas por 29 países europeos,⁵² 102 resoluciones por 3 países de Asia,⁵³ 66 resoluciones por 3 países de América del Norte,⁵⁴ 10 sentencias y laudos por 3 países de América del Sur,⁵⁵ y 10 criterios en el rubro de “otro” dando un total de 889 sentencias y laudos. Estas resoluciones representan criterios judiciales y arbitrales de todos los sistemas jurídicos y económicos contemporáneos del mundo. El caso de México se describe en los siguientes párrafos.

Sentencias y laudos relativos a la CIM de los tribunales mexicanos en el sistema CLOUT. La CIM fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día 14/10/1987, según Decreto publicado en el DOF del día 12/11/1987. El instrumento de adhesión, firmado por el presidente Miguel De la Madrid Hurtado, el día 17/11/1987, fue

⁵⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, Nueva York 2011, en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

⁵¹ CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Edición de 2016. Nueva York 2017, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG_Digest_2016_s.pdf, p. xi

⁵² Alemania (146), España (103), Suiza (100), Francia (75), Austria (52), Federación de Rusia (43), Italia (31), Polonia (22), Países Bajos (21), Belarús (14), Dinamarca (12), Australia (11), Hungría (11), Otro (10), Croacia (9), Nueva Zelandia (7), Ucrania (7), Eslovenia (6), Bélgica (5), República Checa (3), Serbia (3), Eslovaquia (2), Finlandia (2), Albania (1), Georgia (1), Luxemburgo (1), Montenegro (1), Noruega (1) y Suecia (1). Conteo realizado con información consultada en: CNUDMI. Sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI CLOUT, <http://www.uncitral.org/clout/index.jsp?lng=es>

⁵³ China (84), República de Corea (17) y Singapur (1).

⁵⁴ Estados Unidos de América (53), Canadá (7) y México (6).

⁵⁵ Argentina (6), Brasil (3) y Colombia (1).

depositado ante el Secretario General de la ONU, el día 29/12/1989⁵⁶ convirtiéndose en el 14º país en adherirse y a la fecha se han emitido seis decisiones arbitrales y judiciales respecto de la CIM como se muestra en la siguiente tabla.⁵⁷

Tabla N°. 1. Sentencias y laudos emitidos por México respecto de la CIM (1980)

Núm. de caso:	Núm. CLOUT:	Nombre del tribunal:	Fecha de la decisión:
1194	123	Compromex Arbitration	29/04/1996
1184	122	Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México [Compromex]	30/11/1998
1193	123	Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito	10/03/2005
1183	122	Juzgado Sexto de Primera Instancia del Partido de Tijuana	30/08/2005
776	74	Juzgado Primero Civil de Primera Instancia de Lerma de Villada	03/10/2006
1634	176	Tribunal de Apelación de Baja California	24/03/2006

Fuente. Elaboración propia con información obtenida de: CNUDMI (2017) Sentencias y laudos CLOUT, en: http://www.uncitral.org/clout/search.jspx?f=es%23cloutDocument.country-ref0_s%3aM%C3%A9xico

a) En el *caso 1194*⁵⁸ “Conservas La Costeña S.A de C.V” empresa mexicana (el demandante) celebró un contrato con una empresa argentina “Lanin San Luis S.A.” y “Agroindustrial Santa Adela S.A” empresa chilena (los demandados) conforme al cual la última vendería a la primera una determinada cantidad de cajas de cóctel de frutas y duraznos en mitades. Las mercaderías no fueron entregadas en las condiciones pactadas ya que habían sufrido daños considerables durante el transporte debido a un embalaje inadecuado.

⁵⁶ Secretaría de Gobernación. DOF: 17/03/1988. DECRETO de promulgación de la Convención de Las Naciones Unidas sobre Los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado en Viena, Austria, el 11 de abril de 1980, en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4726004&fecha=17/03/1988

⁵⁷ Cinco decisiones respecto de la Ley Modelo de Arbitraje (LMA) de la CNUDMI y una decisión respecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997).

⁵⁸ CLOUT 123-Caso 1194, *Arbitraje de Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex). “Conservas La Costeña S.A de C.V. vs. Lanin San Luis S.A. & Agroindustrial Santa Adela S.A”* del 29 de abril de 1996, CNUDMI, 2012, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1194_leg-2799.html, 11-13.

El demandante entabló una acción ante “Compromex Arbitration” (la Comisión) en la que exigía el reembolso de la cantidad pagada al demandado y una indemnización de daños y perjuicios. Ambas partes presentaron sus respectivos argumentos.

Se demostró la aplicación de la CIM, la existencia del contrato, y que la ausencia de un acuerdo concreto respecto al embalaje de la mercadería, no impedía la aplicación de la CIM en el sentido de que el vendedor tenía la obligación de enviar las mercaderías con la calidad y cantidad pactada con la obligación de preservarlas y protegerlas durante el envío (en términos de FOB), y era responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta solo sea manifiesta después de ese momento. También con arreglo al art. 34 de la CIM, el vendedor debía entregar los documentos relacionados con las mercaderías en el momento, el lugar y la forma fijadas por el contrato.

Resolución. Compromex formuló una recomendación en que se sostenía que el demandado era responsable de no haber supervisado correctamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales por la empresa a la que había subcontratado, por lo que debía pagar a la empresa mexicana la suma que ésta reclamaba y presentarle las facturas que solicitaba. En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios no se formuló recomendación por falta de pruebas suficientes.

b) En el *caso 1184*.⁵⁹ El demandante, un productor mexicano de dulces y caramelos, firmó un contrato con dos empresas coreanas (los demandados) para la venta de sus productos. Ese contrato sucedía a otros dos anteriores, realizados para el mismo tipo de productos y con las mismas condiciones de pago sin incidentes. Debido a que la experiencia previa había sido satisfactoria, el demandante puso en marcha la producción de las mercancías acordadas.

Durante la ejecución del contrato los demandantes de manera verbal realizaron diversas solicitudes no acordadas en el contrato (marcado de fecha de producción y caducidad diferente a la debida) por supuestas exigencias de la legislación vigente coreana. El demandante decidió enviar las mercancías a los demandados en términos del contrato inicial. Sin embargo, el vendedor no recibió el pago y descubrió que en Corea no existía ningún requisito legal, tal y como habían afirmado los compradores.

El vendedor interpuso una demanda ante la Compromex, resultó aplicable la CIM y durante el arbitraje, se constató que la conducta de los compradores había sido contraria al

⁵⁹ CLOUT 122-Caso 1184, *Arbitraje de Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex)*. “*Dulces Luisi, S.A. de C.V. v. Seoul International Co. Ltd. y Seouliá Confectionery Co.*” del 30 Noviembre de 1998, CNUDMI, 2012, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1184_leg-2236.html, 10 y 11.

principio básico de *buena fe* ya que ese principio debía prevalecer en las relaciones comerciales entre las partes, en su connotación internacional y no en el sentido dado en el derecho interno.

Se afirmó que la ausencia de un acuerdo escrito no exime a las partes de cumplir con sus obligaciones contractuales, por lo que el comprador había incurrido en incumplimiento esencial del contrato, por haber privado sustancialmente al vendedor de lo que tenía derecho a esperar. La Comisión señaló que los compradores habían incumplido su obligación de pagar el precio de las mercaderías objeto del contrato.

c) En el *caso 1193*.⁶⁰ El vendedor mexicano y el comprador estadounidense iniciaron por teléfono la negociación de un contrato en términos de FOB⁶¹ de compraventa de monoetilenglicol grado fibra. Posterior a esta comunicación, el comprador envió al vendedor un correo electrónico en que recapitulaba los términos que habían convenido las partes. Tras una serie de comunicaciones ineficaces vía *e-mail* sin llegar a un acuerdo, el comprador ante un tribunal reclamó el cumplimiento de las obligaciones previstas en el supuesto contrato, así como indemnización de daños y perjuicios, incluido el lucro cesante.

El tribunal de primera instancia falló en favor del vendedor. Basándose en el examen de los hechos, llegó a la conclusión de que no se había celebrado un contrato de compraventa, porque las partes no habían convenido en ningún momento la fecha y el lugar de la entrega de las mercaderías.

El comprador apeló ante el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, argumentando que los hechos demostraban que si se había celebrado un contrato. Se alegó que el Tribunal Superior del Distrito Federal promovía la mala fe, porque permitía al vendedor faltar a sus obligaciones previstas en el contrato. El Tribunal de Apelación desestimó el recurso y ratificó las decisiones de los tribunales inferiores.

El Tribunal de Apelación señaló que el vendedor no había aceptado elementos esenciales, como la *fecha* y el *lugar de la entrega*, elementos decisivos a efectos de la aplicación de la CIM; por consiguiente, la oferta del comprador no se había aceptado y no se había celebrado un contrato (se trataba de negociaciones inconclusas). No existía violación al principio de la buena fe. El hecho de que las negociaciones entre las partes hubieran quedado inconclusas significaba que no había contrato.

⁶⁰ CLOUT 123-Caso 1193, *Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito Kolmar-Petrochemicals Américas, Inc. c. Idesa Petroquímica S.A. de C.V.* del 10 de marzo de 2005, CNUDMI, 2012, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1193_leg-2865.html, 9-11.

⁶¹ Es un incoterm (término de comercio internacional) para la realización de transacciones de exportación e importación, FOB (Free On Board) que significa: Libre a bordo, puerto de carga convenido (Franco a Bordo). Puerto de carga convenido Libre a bordo (FOB) significa que el vendedor entrega la mercancía a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque.

d) En el *caso 1183*.⁶² El vendedor, una empresa de California, acordó entregar al comprador mexicano madera para su venta y distribución en el territorio mexicano. La mercancía debía pagarse en un plazo de diez días a partir de la fecha de recepción de ésta. Se emitieron varias facturas que el comprador no pagó, por lo que el vendedor presentó una demanda mercantil en México reclamando la cantidad de pago pendiente.

El comprador alegó en su defensa que el contrato no establecía una fecha de pago de conformidad con lo exigido en el art. 1080 del Código Civil Federal (CCF) de México. El Tribunal rechazó la aplicación del CCF y declaró la aplicación de la CIM, ya que se trataba de un contrato de compraventa entre partes con establecimientos en dos países diferentes y al ser ésta un tratado internacional ratificado por México se ubicaba jerárquicamente por encima de las leyes federales. El Tribunal se remitió al art. 58 1) de la CIM, que establece que, si el comprador no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y la CIM. Por consiguiente, el comprador debía responder del pago de dicha cantidad y de los intereses.

e) En el *caso 776*.⁶³ Este caso gira en torno a la falta de conformidad de las mercaderías. “Barcel S.A. de C.V” (el comprador) una sociedad mexicana, que comercializaba galletas saladas celebró un contrato oral con “Steve Kliff” un vendedor ubicado en California para la compra de envolturas de papel de aluminio.

En el momento de la entrega, el comprador observó que las mercaderías presentaban un estado tóxico y maloliente, por lo que no resultaban aptas para su uso previsto como envase de alimentos. El comprador demandó al vendedor por incumplimiento contractual resultante de la falta de conformidad de las mercaderías.

El tribunal constató que el comprador no había comunicado al vendedor la falta de conformidad de las mercaderías en un plazo razonable. El tribunal se remitió a los aa. 38 y 39 de la CIM y al analizarlos, el tribunal se remitió al art. 383 del Código de Comercio de México, en el que se establece un plazo de cinco días para que el comprador informe al vendedor la falta de conformidad patente y un plazo de treinta días para informar de una falta de conformidad que no sea patente, llegando a la conclusión de que la CIM y las disposiciones internas eran análogas. Por consiguiente, el tribunal desestimó la demanda.

⁶² CLOUT 122-Caso 1183, *Partido de Tijuana, Estado de Baja California, Juzgado Sexto de Primera Instancia* del 30 de agosto de 2005, CNUDMI, 2012, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1183_leg-2020.html, 9 y 10.

⁶³ CLOUT 74-Caso 776, *Juzgado Primero Civil de Primera Instancia de Lerma de Villada - 254/2004-Barcel S.A. de C.V. v. Steve Kliff* del 3 de octubre de 2006, CNUDMI, 2007, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_776_leg-1948.html, 12 y 13.

f) *Caso 1634*.⁶⁴ La controversia surgió en torno a la falta de pago de un contrato para el suministro de madera celebrado entre “Banks Hardwoods California LLP” un vendedor estadounidense y “Jorge Ángel Kyriakides García” un comprador mexicano.

El comprador no efectuó el pago de la mercadería recibida y el vendedor entabló una demanda en México. El comprador reconoció haber recibido la mercadería, pero alegó que existía un acuerdo mutuo entre él y el vendedor en virtud del cual este último le concedía crédito para adquirir el producto. Por consiguiente, las facturas siempre eran pagaderas tras la entrega de la mercadería. Se trataba de una práctica convenida anteriormente entre las partes, razón por la cual su relación comercial había continuado incluso después de haber vencido el supuesto plazo de la última factura, por lo tanto, el art. 58 de la CIM no era aplicable debido a que la simultaneidad en el pago del precio y la entrega de las mercaderías, establecida como norma supletoria en ese artículo, no era la práctica habitual entre las partes.

El comprador alegó que el ordenamiento aplicable era el art. 2080 del CCF de México ya que debía realizar una solicitud formal según lo previsto antes de incoar un proceso civil. Sin embargo, el comprador no aportó prueba alguna de haber pagado las facturas presentadas por el vendedor, por lo que el tribunal inferior falló a favor del vendedor y ordenó al comprador que pagara la suma adeudada.

El comprador recurrió esa sentencia ante el Tribunal de Apelación de Baja California. El Tribunal sostuvo que el art. 1, párrafo 1 a), de la CIM era aplicable y que, sobre la base del art. 133 de la Constitución de México, la CIM prevalecía sobre el derecho interno. En consecuencia, el Tribunal declaró que la controversia debía resolverse sobre la base de los aa. 58 y 59 de la CIM.

En cuanto al art. 58 de la CIM, señaló que, como no se había fijado un plazo para efectuar el pago, el comprador estaba obligado a pagar al vendedor el precio íntegro de la mercadería en el momento en que se le entregara o se pusiera a su disposición y que de conformidad con lo dispuesto en el art. 59 de la CIM, el vendedor no tenía ninguna obligación de exigir formalmente el pago ni de cumplir ninguna otra formalidad para recibir el pago en la fecha convenida.

Al respecto, el Tribunal declaró que las notificaciones de envío o entrega de mercaderías no eran requisitos para recibir el pago, sino más bien medios adecuados para exigirlo. De esta forma, el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia y ordenó al comprador que pagara la suma adeudada al vendedor.

⁶⁴ CLOUT 176-Caso 1634, Tribunal de Apelación de Baja California, Banks Hardwoods California LLP c. Jorge Ángel Kyriakides García del 4 de marzo de 2006, CNUDMI, 2016, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1634_240306.html, 7 y 8.

3) Sistema no concentrado. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente los que han estado más influenciados por la doctrina germánica, el régimen jurídico que rige la compraventa está distribuido en diferentes apartados (libros, partes, títulos, capítulos, esferas, etc.) de la legislación, ya sean las disposiciones generales de los códigos civiles o de comercio, las normas del derecho de las obligaciones o las disposiciones que rigen el tema concreto de que trate el propio contrato. Esta situación dificulta la comprensión del régimen en su conjunto y, naturalmente, hace más complicada la situación de las partes en relación con la previsibilidad de la ley aplicable.

Para el caso de México cuando se trata del régimen de la compraventa en el plano nacional le pueden ser aplicables varias disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil Federal como: las disposiciones preliminares, para la forma de los actos jurídicos, nulidad del contrato por extrema miseria, notoria inexperiencia, etc., en el capítulo de contratos (definiciones de convenio y contrato, elementos de existencia y validez, perfeccionamiento del contrato, la capacidad, la representación, el consentimiento, vicios del consentimiento, objeto, y fin de los contratos, la forma, la clasificación, interpretación, etc.) Otros capítulos dedicados a las obligaciones, otro libro dedicado de manera específica a la compraventa, contando con un régimen un tanto disperso y difícil de aplicarlos a la contratación internacional.

4) Desconocimiento en la aplicación de los “Incoterms”. De acuerdo con esa disposición, un contrato debe incorporar no solo los usos de que tengan conocimiento las partes, sino también aquellos que las partes deben conocer, siempre que esos usos sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en el tráfico mercantil de que se trate. Así pues, la CIM sigue de cerca la estela de la *lex mercatoria*, que reconoce y al mismo tiempo trata de complementar y desarrollar.⁶⁵

En este contexto la CCI ha diseñado y la CNUDMI ha formalizado los *Incoterms* como cláusulas contractuales internacionales aplicables al contrato de compraventa internacional de mercaderías. Pero existen dos errores comunes para su aplicación: 1) De manera errónea estos términos se han abordado en materias de derecho económico, otorgándole un tinte de derecho público cuando su naturaleza es de carácter privado y 2) Para el caso de México, al estar reconocidos expresamente en la Ley de navegación y comercio marítimos (aa. 256-263) cuando se habla de los contratos de utilización de embarcaciones, se piensa de manera equivocada que sólo son aplicables a este tipo de contratos y en realidad son destinados a formar parte de la compraventa internacional de mercaderías con estrechos vínculos con otro tipo de contratos como el de transporte internacional de mercaderías.⁶⁶

⁶⁵ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 29.

⁶⁶ Blanca Yaquelin Zenteno Trejo, *La compraventa electrónica internacional de mercaderías* (México, BUAP, 2010), 83.

5) Limitación de la CIM. La CIM está limitada esencialmente, a la reglamentación de las obligaciones del vendedor y del comprador y la transmisión del riesgo. Entre las cuestiones que la CIM no abarca, está el de la *validez de los contratos*, se invita a reflexionar sobre si su exclusión está justificada, puesto que guarda estrecha relación con los asuntos tratados en la CIM. Algunos instrumentos, como los Principios del UNIDROIT pueden ser utilizados para interpretar o complementar la CIM y el derecho nacional (véase el capítulo 3: validez del 3.1.1. al 3.1.4. de los Principios UNIDROIT) ya que tratan esa cuestión, y las soluciones que ofrece ese instrumento pueden servir de punto de partida para volver a examinar la cuestión.⁶⁷

6) Traspaso de bienes. Aunque el traspaso de bienes sigue siendo uno de los efectos de un contrato de compraventa en varios sistemas jurídicos nacionales, Moura Ramos dice que estaría probablemente menos inclinado a proponer que se tratara el tema del traspaso de bienes en la CIM, no obstante, sería, sin lugar a duda, un tema digno de estudio como parte del debate sobre la posibilidad y el alcance de la revisión de la CIM.⁶⁸

7) Batalla de formularios. Cuando existen diferentes posiciones adoptadas por las partes con respecto a las condiciones generales de un contrato que no siempre impiden el comienzo del cumplimiento del mismo; es necesario, que se decida sobre el contenido del contrato así como la elección entre las diversas modificaciones efectuadas respecto de las condiciones iniciales. Este problema se conoce como “batalla de formularios” y no se resuelve expresamente en el texto de la CIM, sólo el art. 19 (adiciones, modificaciones o limitaciones a la oferta –alteración sustancial-) podría ser aplicable a ese problema. Sin embargo, los textos que han venido después de la CIM contienen algunas posibles soluciones,⁶⁹ que podrían tenerse en cuenta en el contexto de un examen de las disposiciones de la CIM.⁷⁰

8) Necesidad de revisión periódica. Se debe reconocer que las soluciones que prevé la CIM, se remontan a hace más de 37 años y en algunos casos a circunstancias muy anteriores, por lo tanto, deberían revisarse periódicamente para proponer nuevas soluciones reflejan la evolución de las técnicas contractuales y las necesidades de los profesionales, así como las novedades en la jurisprudencia correspondiente que podrían justificar una mayor elaboración o modificación sencillamente porque las circunstancias cambiaron o están cambiando. Es necesario un conjunto de normas, elaboradas en función de las necesidades de las entidades comerciales internacionales.⁷¹

⁶⁷ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 26.

⁶⁸ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 26.

⁶⁹ Véanse los artículos 2.1.9 a 2.2.2 de los Principios del UNIDROIT, las reglas 4:209 a 4:211 del capítulo 4 del Libro III del Proyecto de Marco Común de Referencia y el artículo 39 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea.

⁷⁰ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 27.

⁷¹ Moura Ramos, “La Convención de las Naciones Unidas...”: 25-31.

9) Consideración de la Convención sobre prescripción. Autores como Bergsten han expresado su deseo de que la convención sobre la prescripción no se hubiera aprobado cuando se aprobó. Sería una enorme ventaja que esas disposiciones formaran también parte de la CIM, con la posibilidad de excluir su aplicación, si así se desease.⁷²

VI.

CONSIDERACIONES FINALES

Primera. La necesidad de un crecimiento económico, el aislamiento político, económico y jurídico que imperaba antes y durante la concertación de la CIM, hacía necesario un entorno jurídico seguro, previsible, homogéneo y uniforme.

En el pasado las relaciones jerárquicas entre los distintos niveles de normas jurídicas estaban más definidas, pero, con el paso del tiempo se han tornado difusas. Las normas jurídicas de carácter, función y rango diferentes compiten entre sí, se entremezclan e interactúan, se remiten unas a otras, y se alimentan y se excluyen recíprocamente. El mundo jurídico se ha tornado complejo con entornos inadecuados para elaborar normas. Las tendencias son diversas y contradictorias con sus propias complejidades, incertidumbres y naturaleza imprevisible e incidental.

En contextos de constante interacción jurídica, las nociones y los términos jurídicos han tenido su origen en un patrimonio común. Los sistemas jurídicos de alguna forma siempre han sido sistemas de interacción in/out put, es decir siempre se han comunicado entre sí y esa comunicación ha sido mucho más intensa.

Segunda. La CIM sigue presentando grandes virtudes, por su representación mundial, el fomento que hace de la práctica internacional, su constitución como puente entre el derecho de los tratados, la práctica comercial y los diferentes sistemas jurídicos, sigue siendo relevante. La imperante promoción del principio del reconocimiento de la voluntad de las partes permite extender, limitar o impedir su ámbito de aplicación, es de gran trascendencia. Su influencia y conexión en otros instrumentos jurídicos es indiscutible. La CIM sin lugar a duda sigue siendo para muchos países y en especial para México el régimen más apropiado de contratación internacional, con respecto al derecho nacional. La CIM como sistema concentrado, brinda seguridad y previsibilidad para el comercio.

⁷² Bergsten, "Treinta y cinco años de la Convención ...": 12.

Tercera. La CIM ha sido a lo largo de estos 37 años un instrumento jurídico útil para Europa, Asia y América. Ha sido eficiente para países que cuentan con una legislación especializada y armonizada en materia de compraventa internacional como para aquéllos que carecen de ella, sin embargo, es necesario satisfacer la necesidad de un derecho de los contratos internacionales aún más uniforme y universal.

La CIM tiene efectivamente algunas lagunas y conceptos difíciles de comprender en la práctica jurídica, arbitral y comercial cotidiana, sin embargo, es el logro más importante de la unificación del derecho privado a la fecha.

Cuarta. La CIM plantea nuevos retos, en torno a su estudio, aplicación e interpretación judicial y arbitral en la mayor parte de los países que son Estados Contratantes de ella. En cuanto a su estudio, en México la CIM sigue teniendo poca visibilidad en los planes y programas de estudio de las Licenciaturas en Derecho, de las Universidades más representativas del país. De siete universidades representativas (públicas y privadas) del país, se confirma, la poca relevancia de este tópico.

En cuanto a su aplicación, es poco conocida y aplicada por los abogados. Los abogados que negocian un contrato de compraventa internacional aún continúan preparando sus contratos conforme al derecho nacional, esto se torna en un problema al momento de resolver una acción judicial o proceso arbitral.

En cuanto a su aplicación e interpretación judicial y arbitral, sigue existiendo la necesidad de promover la armonización de las resoluciones relativas a la CIM tomando en cuenta otros instrumentos de derecho uniforme. A pesar de que la CIM exige a los órganos jurisdiccionales y a los tribunales arbitrales que promuevan la uniformidad en la aplicación e interpretación de sus disposiciones, no la garantiza, lo que ha llevado a plantear la posibilidad de la intervención de un tribunal internacional cuyas decisiones prevalezcan sobre las de los tribunales nacionales. En caso contrario, se debería considerar la posibilidad de facilitar la interacción judicial, que sólo podría nacer del conocimiento compartido.

El logro de *resoluciones uniformes* depende por completo del juez que conoce la causa, por lo tanto, es necesario que cuenten con los medios para hacerlo, al respecto, resultaría útil crear un sistema que permitiera saber en qué medida y frecuencia los jueces se remiten en sus sentencias, o decisiones dictadas en el marco de ordenamientos jurídicos diferentes para verificar si la jurisprudencia relativa a la aplicación de la CIM ha adquirido un carácter verdaderamente internacional y uniforme.

Es necesario un sistema de interconexión y comunicación de resoluciones judiciales y arbitrales de remisión o discusión (consenso y disenso) de criterios entre colegas. La in-

interpretación uniforme por remisión tanto a la jurisprudencia interna como a la extranjera constituirá una ayuda valiosa para quienes redactan contratos con arreglo a la CIM. De esta manera también se facilitará su enseñanza y estudio.

Quinta. Sólo 38 países de 86 estados parte de la CIM, han emitido sentencias y laudos relacionadas con la CIM. Son los países europeos los que la han interpretado y aplicado de manera más recurrente, seguido de países asiáticos, países de América del norte y América del sur. Este dato refleja aún su poca recurrencia.

La experiencia mexicana en torno a la aplicación e interpretación de la CIM se centra sólo en torno a 6 casos el primero de 1996 y el último en 2006. Tribunales mexicanos en sus resoluciones relativas a la falta de conformidad o incumplimiento del contrato de compraventa internacional, han aplicado disposiciones del CCF y CIM de manera simultánea siempre y cuando no se contradigan.

La CIM está limitada esencialmente, a la reglamentación de las obligaciones del vendedor y del comprador y la transmisión del riesgo. Entre las cuestiones que la CIM no abarca, está el de la *validez de los contratos*, se invita a reflexionar sobre si su exclusión está justificada, puesto que guarda estrecha relación con los asuntos tratados en la CIM.

Se invita a una revisión periódica para proponer nuevas soluciones que reflejan la evolución de las técnicas contractuales y las necesidades de los profesionales, así como las novedades en la jurisprudencia correspondiente que podrían justificar una mayor elaboración o modificación.

Para citar este artículo: Zenteno Trejo, Blanca Y. "La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su estudio, aplicación e interpretación judicial y arbitral en México", *Revista de Derecho. Ucuadal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 199-228.

BIBLIOGRAFÍA

- Barrera Graf, Jorge, “Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías comentarios de los artículos 85 a 88”, s.l.i. s.e. s.a., <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2108/16.pdf>
- Bergsten, Eric E, “Treinta y cinco años de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: expectativas y resultados”, *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas*, Nueva York. Naciones Unidas, 2016.
- CLOUT 122-Caso 1183, *Partido de Tijuana, Estado de Baja California, Juzgado Sexto de Primera Instancia* del 30 de agosto de 2005, CNUDMI, 2012, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1183_leg-2020.html
- CLOUT 122-Caso 1184, *Arbitraje de Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex). “Dulces Luisi, S.A. de C.V. v. Seoul International Co. Ltd. y Seoulia Confectionery Co.”* del 30 November de 1998, CNUDMI, 2012, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1184_leg-2236.html
- CLOUT 123-Caso 1193, *Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito Kolmar-Petrochemicals Américas, Inc. c. Idesa Petroquímica S.A. de C.V.*, del 10 de marzo de 2005, CNUDMI, 2012, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1193_leg-2865.html
- CLOUT 123-Caso 1194, *Arbitraje de Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex). “Conservas La Costeña S.A de C.V. vs. Lanin San Luis S.A. & Agroindustrial Santa Adela S.A”* del 29 de abril de 1996, CNUDMI, 2012, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1194_leg-2799.html
- CLOUT 176-Caso 1634, Tribunal de Apelación de Baja California, Banks Hardwoods California LLP c. Jorge Ángel Kyriakides García del 24 de marzo de 2006, CNUDMI, 2016, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1634_240306.html
- CLOUT 74-Caso 776, *Juzgado Primero Civil de Primera Instancia de Lerma de Villada 254/2004-Barcel S.A. de C.V. v. Steve Kliff* del 3 de octubre de 2006, CNUDMI, 2007, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_776_leg-1948.html
- CNUDMI Documento A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.2. 2 de junio de 2010. Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT). Guía del usuario: http://www.uncitral.org/uncitral/case_law.html

- CNUDMI *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Edición de 2016. Nueva York 2017, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG_Digest_2016_s.pdf, p. xi
- CNUDMI, “Cronología del depósito de instrumentos. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, Viena, 1980, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status_chronological.html
- CNUDMI, “Situación actual. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, Viena, 1980, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html
- Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, Nueva York 2011, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>
- ITESM. “Plan de estudios Licenciado en Derecho”, <http://admisión.itesm.mx/led>
- Loh, Quentin, “Perspectivas de la armonización del derecho mercantil transnacional”, *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2016.
- Martonyi, János, “Introducción”. *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2016.
- Moura Ramos, Rui Manuel, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980: treinta y cinco años después”, *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2016.
- SEGOB. DOF: 17/03/1988. Decreto de promulgación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado en Viena, Austria, el 11 de abril de 1980, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4726004&fecha=17/03/1988
- Shearer, Matthew y Tres Joaquim. “Módulo I. ¿Qué son los acuerdos comerciales y cuál es su importancia?” en *Nuevas tendencias en los tratados comerciales en América Latina*, BID. Washington D.C, 2017.
- UAM. Unidad Azcapotzalco. “Licenciatura en Derecho”, http://www.uam.mx/licenciaturas/pdfs/12_5_Lic_en_Derecho_AZC.pdf

UANL. “Plan de estudios. Licenciado en Derecho”, <http://www.uanl.mx/sites/default/files/Licenciado%20en%20DerechoPlan%20de%20Estudios.pdf>

UAQ. “Licenciatura en Derecho”, <http://www.uaq.mx/ofertaeducativa/prog-derecho/mapa-ld.pdf>

UdeG “Licenciatura en Derecho”, <http://guiadecarreras.udg.mx/licenciatura-en-derecho-o-abogado/>

UDLAP, “Licenciatura en Derecho”, <http://www.udlap.mx/ofertaacademica/files/plan2017/mallacurricular/LDE.pdf>

UNAM. “Descripción sintética del Plan de estudios de la licenciatura en Derecho”, https://escolar1.unam.mx/planes/f_derecho/DERECHO.pdf En la FES-Acatlán y FES-Aragón tienen menos optativas, pero se establece la posibilidad de cursar optativas de la Facultad de Derecho.

Universidad Anáhuac México. ¿Qué materias cursarás en la Licenciatura en Derecho? <http://www.anahuac.mx/mexico/preuniversitarios/wpcontent/uploads/2015/02/Derecho.jpg>

Zenteno Trejo, Blanca Yaquelin, *La compraventa electrónica internacional de mercaderías*, México, BUAP, 2010.

INVESTIGACIÓN

Presencia de argumentos filosóficos en la jurisprudencia uruguaya¹

Martín Guerra

Alumnos de 5° Año. Facultad de Derecho

Universidad Católica del Uruguay

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1720>

PRESENTACIÓN

El presente constituye el trabajo externo final para el curso de Filosofía del Derecho y consiste, básicamente, en el análisis de la argumentación e interpretación jurídica esgrimida por la mayoría integrada del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno en la sentencia N° 37/1996², así como la empleada en la discordia de uno de sus integrantes naturales³.

No será objeto de estudio, pues, ningún otro elemento vinculado a la sentencia que podría ser de interés en el caso concreto, como ser la base fáctica sobre la que se asienta el pronunciamiento o la valoración de la prueba que realizó cada ministro. Estos elementos se darán por supuestos.

Recibido: 25/07/18. Evaluado: 30/07. Observado y corregido: 17/08/. Aceptado: 20/08.

¹ N.E: Este trabajo se inserta en una línea de investigación sobre el recurso a argumentos filosóficos por parte de jueces y de tribunales en la República Oriental del Uruguay, dirigida por los profesores de Filosofía del Derecho, Marta Hanna de Rosa y Santiago Martínez Morales. De todos los trabajos presentados, se eligió el más completo y mejor redactado, para su publicación. Hechas las observaciones pertinentes y corregido, el trabajo fue admitido para su publicación

² Olagüe -R-, Bossio, Gutiérrez.

³ Dr. Bermúdez.

OBJETO, INTRODUCCIÓN Y MÉTODO

Prima facie podría decirse que el objeto de este estudio será la valoración de los argumentos e interpretaciones postuladas en la sentencia como “correctas” o “incorrectas”.

Ahora bien, es ilustrativo partir de las primeras palabras de la discordia del Dr. Bermúdez, dado que hacen a la esencia del tema: **“El caso resulta apasionante por involucrar una lucha entre el Derecho y la Justicia [...]”**

En su labor, el juez se enfrenta diariamente a situaciones de hecho con un cierto grado de incertidumbre jurídica, generalmente relativas a intereses contrapuestos, y está obligado a resolverlas de forma definitiva para eliminar esa inseguridad (ya sea determinando que A le debe una suma de dinero a B en un proceso contencioso, o declarando que A es heredera de B en un proceso voluntario, por mencionar solo dos ejemplos). El problema lo encuentra en los casos en que constata que el derecho positivo (o la ausencia de este) lo conduce a resolver de un modo que considera injusto. Se trata de una cuestión por demás controvertida y es la base de la tradicional disputa entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo (entre “derecho” y “justicia” si empleamos los vocablos utilizados por el juez Bermúdez en la cita que antecede).

Lo anterior es relevante porque sostener que en el caso existen interpretaciones correctas e incorrectas implica desconocer que en el ámbito de la iusfilosofía existen, en líneas generales, dos grandes escuelas de pensamiento enfrentadas en un debate cuyo rigor científico exige, como toma nota Vigo⁴, respeto y reconocimiento mutuo, en lugar de una beligerancia totalitaria que conduzca a suprimir al otro. Dicho de otro modo, no se trata de que existan interpretaciones correctas que se encuentran por encima de las incorrectas, sino que la cuestión dependerá de la solidez y coherencia de los motivos por los que se asume una postura determinada. A idéntica conclusión nos deriva el probabilismo ciceroniano, según el cual podemos arribar a soluciones más o menos verosímiles.

⁴ Rodolfo Luis Vigo, «Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (un alegato Iusnaturalista)» *Prudentia Iuris* N° 62-63 (2007): 43-45.

Pues bien, ¿cuál es entonces el objeto de este trabajo? En esencia, será un estudio crítico de las interpretaciones y argumentaciones presentes en la sentencia y en la discordia, así como una valoración sobre su plausibilidad, valoración que no puede dejar de ser personal ni escapar de las posiciones que se tenga respecto al debate sobre las relaciones entre el derecho positivo y la moral.

En cuanto a la metodología, comenzaremos formulando algunas aclaraciones preliminares (a saber: importancia de la división entre iuspositivismo y iusnaturalismo; y relevancia de estudiar la interpretación y argumentación de los jueces en sus resoluciones), para luego centrarnos en el examen de la sentencia propiamente dicho y finalizar con algunas reflexiones finales.

PRECISIONES PREVIAS

a) **Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo.** Se ha hecho hincapié en que la sentencia a analizar se presenta ante un caso que pone de manifiesto la clásica dicotomía entre iusnaturalismo y iuspositivismo; y se ha indicado también que las conclusiones a las que se arribe dependerán en buena medida de la postura que se adopte sobre esta contienda. En consecuencia, resulta de orden aclarar qué se entiende por cada una de ellas, aunque sea en forma sucinta y genérica.

Sin perjuicio de la importancia que en general tiene el estudio historicista de fenómenos jurídicos para comprender su evolución y estadio actual, a los efectos de este trabajo interesan únicamente los postulados que tengan cierta vigencia práctica.⁵

En palabras de Vigo, el iuspositivismo puede ser conceptualizado en forma genérica como la corriente de pensamiento según la cual “[...] no existe conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, y ello en virtud de la ‘tesis de la fuente social del derecho’ [...]”. De modo que, continúa el autor, “[...] lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales [...]”⁶

⁵ A modo de ejemplo, no se tendrá en cuenta la corriente que Vigo denomina “iuspositivismo metodológico” que identifica a la justicia con lo previsto en el ordenamiento positivo, por cuanto el autor recién mencionado aclara que carece de seguidores actuales. Nótese que ya en el siglo I A.C. Cicerón criticaba esta forma de pensamiento señalando que “[...] es verdaderamente estultísimo aquello de estimar que son justas todas las cosas que hayan sido decretadas en las instituciones y leyes de los pueblos. ¿Aun cuando las cuales leyes sean de tiranos?”

Ciceron, *De legibus*, versión bilingüe de Chantal López y Omar Cortés, 25

⁶ Vigo, «Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo...», 47.

Estos dos elementos característicos -el derecho como un hecho social y sin necesaria vinculación con la moral- son también los recogidos por el Cambridge Dictionary of Philosophy⁷.

En otras palabras, los iuspositivistas entienden que debe distinguirse nítidamente entre los planos ontológicos del “ser” y del “deber ser”. En el primero encontramos al derecho como un hecho social que se realiza a través de productos humanos (por ejemplo, leyes), al tiempo que el campo del “deber ser” refiere a cómo debería ser el contenido de esas reglas instituidas a través de hechos sociales, pero sin llegar a ser verdaderamente derecho hasta tanto no sean recogidos en algún tipo de elaboración humana.

Por su parte, el iusnaturalismo entiende que “[...] el derecho no está constituido sólo por lo que así se ha dispuesto por la sociedad o por sus autoridades, sino que hay ‘algo’ jurídico cognoscible que vale como tal, aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente.”⁸

Ese “algo” jurídico puede ser denominado de diversas formas⁹, pero lo importante es señalar que se trata de un elemento anterior al ordenamiento jurídico positivo creado por el hombre y se encuentra por encima de este último.

A los efectos del trabajo no interesan las posibles subdivisiones dentro de estas corrientes (piénsese en iuspositivistas incluyentes o excluyentes, iusnaturalistas realistas o racionalistas, etc.). Basta con tener presente que el iuspositivismo es una corriente de pensamiento que, en líneas generales, considera que el derecho es un producto humano que no tiene un vínculo necesario con preceptos morales, mientras que el iusnaturalismo parte de la existencia de un “algo” jurídico anterior al orden jurídico creado por el hombre.

Aclarados los conceptos generales, resta indicar el porqué es de interés esta división en el escrutinio de sentencias.

b) Importancia de estudiar la interpretación y argumentación de los jueces.

Guste o no, existe un dato que resulta insoslayable: el derecho que no es aplicado carece de relevancia práctica.

Ello podría conducir a que, como Ross, consideremos derecho vigente aquél que es aplicado por los tribunales¹⁰, o más precisamente, el que se prevé que aplicarán las autoridades competentes según se presenten ciertas circunstancias. Así, señala el autor que “Para de-

⁷ Robert Audi, *The Cambridge Dictionary of Philosophy, Second Edition*. (Cambridge: Cambridge University Press, 1999: 490), https://is.muni.cz/el/1421/podzim2014/LJMgrB07/um/Cambridge_Dictionary_of_Philosophy.pdf

⁸ Vigo, «Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo ...», 48.

⁹ Justicia, moral y derecho natural son solo algunos ejemplos.

¹⁰ Tribunal y juez debe ser entendido, según Ross, en un sentido amplio, incluyendo a cualquier autoridad con poder de imperio

terminar si la prohibición es derecho vigente, lo único decisivo es que ella sea efectivamente aplicada por los tribunales en los casos en que las infracciones son descubiertas y juzgadas”¹¹

Parecería ser cierto que, más allá de la noción teórica sobre “vigencia normativa” desarrollada por la dogmática, la existencia de una disposición normativa “vigente” en la teoría carece de relevancia si en la práctica resulta absolutamente inoperante.

En Uruguay encontramos un ejemplo en la ley de propiedad horizontal, la cual establece que, para poder comparecer en juicio, los administradores de la copropiedad deberán agregar testimonio del acta de designación de cargo¹². Sin embargo, la jurisprudencia unánime toma nota de que el testimonio puede reflejar una realidad desactualizada, por lo que exige la presentación de certificado que acredite que quien dice ser administrador revista efectivamente la calidad de tal. ¿Cuál es el derecho vigente en este ejemplo? Parece obvio que si el administrador de un edificio le consulta a un abogado sobre qué documentos necesita para presentarse en juicio, el profesional del derecho le responderá que precisa un certificado y no un testimonio, primando de esta manera la jurisprudencia por sobre la ley.

Más aun, también es posible afirmar con cierto grado de seguridad que, si una ley ordena una determinada pauta de conducta a un sujeto, este podría verse llamado a cumplirla inicialmente, aún sin mandato del juez. Pero desde el momento en que tome conocimiento de que la autoridad pública correspondiente no le exigirá el cumplimiento de la conducta legislada seguramente optará por no hacerlo, porque sabría que en última instancia no estaría obligado a su realización.

En este mismo sentido se pronuncia Ross cuando concluye que “Los autores que insisten en llamar a una regla «derecho vigente» no obstante admitir que en la práctica se sigue «equivocadamente» una regla distinta, no hacen otra cosa que jugar con palabras vacías.”¹³

Partiendo de las hipótesis referenciadas en los párrafos anteriores, parecería ser verdaderamente atractiva la posibilidad de que el derecho vigente lo determinen los tribunales.

De esta manera, el estudio de las resoluciones, y muy especialmente los considerandos en que indican el por qué la regla aplicada es considerada obligatoria¹⁴, tendría una importancia manifiesta para conocer el derecho vigente de un país. En otras palabras, el **derecho**

¹¹ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*. (3a. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1958), 61.

¹² Art. 19 de la ley 10751: “Serán sus cometidos: (...) E) Representar en juicio a los propietarios en las causas concernientes a la administración y conservación del edificio, ya sea que se promuevan con cualquiera de ellos o con terceros. La personería en juicio la justificará con testimonio notarial del acta de nombramiento de Administrador, y podrá actuar, aunque no posea título de procurador”

¹³ Ross, *Sobre el derecho...*, 75

¹⁴ Es importante destacar que Ross (*Sobre el derecho...* 62) no aboga por un estudio meramente conductista de las decisiones, sino que entiende necesario asimismo un análisis de la ideología que motiva al juez. Es decir que hace falta determinar si el juez **considera a la regla aplicada como obligatoria o no**. Por este motivo, es clave tener presente no solo los fallos, sino también los considerandos que exteriorizan la ideología que guio al juez en la resolución del caso.

vigente dependería en buena medida de la interpretación y argumentación filosóficas de los jueces. Si los jueces aplican criterios que podríamos denominar “moralistas”, entonces el derecho vigente estaría en consonancia con dichos preceptos morales, pero no por ello debe confundirse a Ross con un iusnaturalista, dado que el origen del derecho seguiría siendo un hecho social: la decisión de los tribunales.

Ahora bien, la proposición de que la vigencia del derecho depende de la práctica y sentir de los jueces presenta algunas falencias de las que solo se hará mención a una de las más importantes.

Pensemos en el caso de la excepción de usura en el juicio de ejecución hipotecaria. Existen tribunales que entienden que la usura no constituye una defensa oponible en esta estructura procesal y que se deberá analizar en el momento de liquidación del crédito previo al remate¹⁵. En cambio, otros tribunales consideran que sí es una defensa oponible durante el curso del juicio por ejecución de un crédito hipotecario¹⁶.

Siendo esa la situación, nos encontramos ante una paradoja: el derecho vigente nos estaría diciendo que la excepción de usura es oponible en el juicio de ejecución hipotecaria; y al mismo tiempo que no lo es.

Ross trata salvar este posible apartamiento al principio de no contradicción expresando que la vigencia del derecho se mide en grados y que a mayor (o menor) nivel de certeza sobre cómo actuarán los jueces, mayor (o menor) será el grado de vigencia de la regla.¹⁷ Esta posibilidad, si bien novedosa, parece poco plausible, incluso desde un punto de vista terminológico.

A pesar de no ser oficial, es útil retomar la definición del vocablo “vigente” propuesta por la Real Academia Española, que lo conceptualiza de la siguiente forma: “Dicho de una ley, de una ordenanza, de un estilo o de una costumbre: Que está en vigor y observancia.”¹⁸ Entonces, si la vigencia es un *estado* (pues se trata de lo que *está* en vigor), mal podría tenerse dicho estado y no tenerlo al mismo tiempo. No puede ser 70% derecho y 30% “no derecho”¹⁹.

¹⁵ Por ejemplo, sentencia No. 192/2011 del TAC 5º

¹⁶ Véase, a modo ilustrativo, la sentencia No. 180/2017 del TAC 2º

¹⁷ Ross, *Sobre el derecho...* 69-70

¹⁸ «Real Academia Española» Disponible en <http://dle.rae.es> (consultada el 16/06/2018)

¹⁹ A lo sumo podría decirse que existe un 70% de probabilidad de que sea derecho y un 30% de que no sea (partiendo de la base de que son hechos disyuntivos y que la probabilidad de ambos es igual a 1 por lo que la probabilidad de A=1-B; y la probabilidad de B=1-A). Sin embargo, esta no parece ser la idea detrás del pensamiento de Ross; y ciertamente no es lo mismo señalar que una disposición es derecho vigente a decir que existe la posibilidad de que sea derecho vigente.

Ciertamente, hay casos extremos en que los jueces resuelven determinadas cuestiones en forma unánime (como el ejemplo mencionado sobre la propiedad horizontal). Pero tampoco debemos olvidar que de dos premisas particulares nada se concluye en forma lógicamente válida²⁰. O sea que dos casos específicos en que una norma es aplicada en forma unánime en un sentido determinado no son suficientes para permitirnos concluir cuál es el método para precisar el derecho vigente.

La cuestión parece vincularse más con la aplicación del derecho a casos concretos o a la creación de reglas particulares (sentencias, actos administrativos, etc.); y no tanto a vigencia del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Empero, no hay que menospreciar el rol de los jueces, ni siquiera si consideramos que los tribunales no determinan el derecho vigente.

Lo cierto es que el estudio de los actos emanados de órganos jurídicos²¹ y sus fundamentos es una actividad por demás útil para conocer criterios de interpretación de textos normativos y para comprender a cabalidad cuál es la regla particular que se crea para el caso concreto²².

Conviene recordar aquí que, conforme a Zagrebelsky²³, los textos normativos se caracterizan por su ductilidad, lo cual da lugar a interpretaciones variadas sobre el significado de una misma disposición en función de múltiples factores, entre ellos la noción del intérprete sobre qué es el derecho. Por tanto, analizar la interpretación y argumentación filosófica de los jueces constituye uno de los pasos a seguir para comprender **por qué le asigna un cierto contenido a una disposición y, en consecuencia, al por qué elaboró una cierta regla particular para un caso concreto**.

Del caso a trabajar surge con claridad lo recién indicado, en tanto la mayoría del Tribunal instituye una regla particular basándose en una interpretación y argumentación determinadas, mientras que el ministro disconforme propone la solución contraria en mérito de postulados completamente diversos a los esgrimidos por la mayoría.

²⁰ Tomas Miranda Alonso, *El juego de la argumentación*, (2ª. ed. Madrid: Ediciones de la Torre, 1995), 94

²¹ Término empleado por Kelsen para referir a aquellos que el ordenamiento les asigna la función de aplicar el derecho vigente; para lo cual deben interpretarlo en forma "auténtica", esto es, creando derecho (a través de una sentencia o un acto administrativo).

²² Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1934), 354-355.

²³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia* (8a. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995), 131 y ss.

DESARROLLO

Conviene ya comenzar con el análisis concreto de la sentencia que será objeto de nuestro estudio. A estos efectos, abordaremos en primer término el texto aprobado por la mayoría, identificando los argumentos a los que se recurrió para recién después examinarlos uno a uno. Este será el mismo método que aplicaremos con la discordia del Dr. Bermúdez.

ARGUMENTOS DE LA MAYORÍA

Ante una hipótesis en que se impugna por nulidad una escritura de compraventa de un bien inmueble por razón de demencia del enajenante, el tribunal se vio llamado a resolver si declaraba nulo el contrato siendo que el enajenante falleció sin haber sido declarado incapaz.

La sentencia falla en sentido negativo; fundando su decisión, básicamente, en lo siguiente:

a) Partiendo de la autoridad que es Cestau, distingue entre diferentes situaciones de hecho, de las cuales una de ellas es la impugnación de actos celebrados por personas dementes que no fueron declaradas incapaces y que al momento de la impugnación se encuentran ya fallecidas. En tal caso, es de aplicación el art. 439 del CC²⁴.

b) Toma nota de los antecedentes normativos de la disposición y de los fundamentos de dichas referencias históricas.

c) Asimismo, identifica las razones por las que se instituyó una regla tan estricta, haciendo referencia a la dificultad probatoria inherente a una pretensión basada en la demencia de una persona que falleció sin ser declarada incapaz. También menciona que los herederos podrían pretender la nulidad por motivos espurios y que los negocios jurídicos deben ser dotados de certeza.

d) Entiende que la demencia del enajenante no se encuentra probada, en la medida que ella no surge del propio documento impugnado; no siendo admisible entrar la valoración de los demás medios probatorios tendientes a probar la demencia en virtud de lo previsto en el art. 439 del CC.

²⁴ Art. 439 del CC: *Después que una persona ha fallecido, no pueden ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de demencia, a no ser que ésta resulte de los mismos actos o que se hayan consumado después de intentada la demanda de incapacidad.*

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LA MAYORÍA

Habiendo identificado todos los argumentos manejados por el tribunal, veamos qué opinión nos merece cada uno.

a) La situación acontecida se encuentra regulada en el art. 439 del CC. Partiendo de la base de que la tarea del juez es argumentar; y que argumentar es razonar, es decir, el acto de obtener una conclusión a raíz de determinadas premisas, podría decirse que no se trata, en pureza, de un argumento de la sentencia. Efectivamente, la sola enunciación de que la regla a aplicar es el 439 del CC no dice nada si en el esquema lógico no se introduce el contenido de la disposición.

Lo anterior, si bien razonable, no resulta enteramente satisfactorio. Las sentencias deben tener un orden interno y no todo su contenido debería derivarnos en forma silogística a la solución. En otras palabras, una sentencia no es un único gran razonamiento, sino que consiste de una multiplicidad de razonamientos que hacen a su estructura interna (es decir, le dan cohesión y coherencia) y cuyas conclusiones se convierten en las premisas para un razonamiento “final” que exterioriza la solución para el caso planteado. En efecto, no tendría sentido establecer que se tienen por probados determinados hechos y que la regla aplicable es “x” por lo que la solución es tal, si antes no establecimos el significado de “x” o su relación con los hechos probados.

Sin perjuicio de que se comparta lo que venimos de decir o no, resulta de orden examinar este (aparente) argumento, pues así se ubica dentro de la sentencia objeto de estudio.

El argumento (al que podríamos denominar “interno”) circunscribe los hechos acaecidos dentro del ámbito de aplicación de una disposición de derecho positivo determinado: el ya mencionado art. 439 del CC.

Considerando que el significado de una formulación normativa es determinado por las palabras que lo integran y el orden sintáctico en que ellas se encuentran, el artículo en cuestión **no presenta un significado controvertido en relación a su ámbito de aplicación**, pues sus palabras no son ambiguas, vagas, etc. Por lo tanto, desde un punto de vista estricto, es innecesario interpretarlo en este aspecto²⁵.

En cambio, si optamos por una noción más amplia del vocablo “interpretar”, entonces, debemos buscar el significado de las formulaciones lingüísticas, ya sea que susciten con-

²⁵ Daniel Mendonca, *Las claves del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 2000): 151 y ss.

troversia o no²⁶. Sobre este aspecto volveremos en el punto siguiente, pero por el momento conviene indicar que esta última parece ser la línea del Tribunal, siendo destacable el esfuerzo argumentativo desplegado en la sentencia a este respecto, contrastando certeramente las situaciones reguladas por los arts. 438 y 831 del CC de la prevista en el 439.

De una forma u otra, la conclusión de que el art. 439 es la disposición aplicable parece ser la acertada.

b) Antecedentes normativos del art. 439 CC y sus fundamentos: dificultad probatoria, seguridad jurídica y “viveza” de los herederos del presunto incapaz (buena fe). Sin perjuicio de que en el apartado anterior estos argumentos fueron identificados en numerales distintos (ii. y iii. respectivamente), aquí serán analizados conjuntamente por razones prácticas.

La mayoría del tribunal funda la verosimilitud de su solución en que las disposiciones de derecho comparado en las que se fundó nuestro legislador tenían un contenido idéntico al art. 439. A ello debe agregársele que la voluntad del legislador fue la misma en todos los países: dotar de seguridad jurídica a los negocios celebrados con terceros, la evidente dificultad probatoria que irroga acreditar la demencia de una persona ya fallecida y evitar que los herederos pretendan eludir el cumplimiento de las obligaciones del causante promoviendo sendas acciones de nulidad.

Aquí ya entramos en el fondo del asunto, pues la discusión ya no gira en torno al ámbito de aplicación del texto normativo, sino sobre su contenido sustancial, o sea sus efectos. A estos factores, Kelsen los denominaba “hecho condicionante” y “consecuencia condicionada”²⁷.

Pero previo a examinar a los argumentos relativos a la consecuencia condicionada, interesa responder las siguientes interrogantes: ¿El art. 439 del CC presenta un significado controvertido **desde el punto de vista lingüístico**? **¿El caso que se nos plantea, es un caso fácil o uno difícil?**

Hallar las respuestas a las preguntas recién formuladas es importante, ya que la respuesta condicionará los argumentos que debieran formularse. Así, si fuese un caso sencillo, bastaría con aplicar una regla a través de un mecanismo de subsunción.

Pero veamos cada cuestión por su orden.

Desde un punto de vista netamente lingüístico, la disposición no parecería presentar un significado controvertido. Su ámbito de aplicación o hecho condicionante, como ya se

²⁶ Mendonca, *Las claves...*, 151 y ss.

²⁷ Kelsen, *Teoría pura...*, 350

mencionó, es claro; al tiempo que su parte dispositiva o consecuencia condicionada es igualmente precisa.

Retomando la opinión de Mendonca, lo anterior torna innecesaria la interpretación de la disposición.

Por el contrario, Kelsen sostenía que tanto los órganos jurídicos²⁸ como los particulares deben interpretar las disposiciones normativas, aunque lo hacen de formas diferentes: auténtica y no auténtica respectivamente. En palabras del autor:

Quando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas (...) también los individuos, que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo al llevar a cabo la conducta que evita las sanciones, tienen que comprender las normas jurídicas que deben acatar, estableciendo para ello su sentido [...]²⁹.

Nuevamente, esta última parece ser la línea seguida por el Tribunal, puesto que otra vez **es patente su intención de argumentar sobre el significado de la disposición que pretende aplicar**; lo cual se presenta como razonable considerando la ductilidad del derecho y la discrepancia de interpretaciones que el caso suscitó.

La cuestión se agudiza si, como Dworkin, entendemos que existen distintos tipos de desacuerdos entre los juristas: desacuerdos empíricos y desacuerdos teóricos. Al respecto, el autor explica que

Las personas pueden disentir sobre qué son las palabras en los códigos de leyes de la misma forma en que pueden disentir sobre cualquier otro hecho. Sin embargo, el desacuerdo teórico en derecho, el desacuerdo sobre el fundamento del derecho, es más problemático. (...) Su desacuerdo versa sobre el qué es el derecho en realidad, sobre la cuestión de la segregación racial o accidentes industriales, por ejemplo, incluso cuando están de acuerdo en qué estatutos han sido promulgados y qué han dicho y pensado los funcionarios legales en el pasado³⁰

El caso Elmer es un ejemplo por demás ilustrativo en esta dirección. No se puede cuestionar que tanto el juez Earl (expositor de la mayoría) como el magistrado Gray (discrepante) partían de una misma base empírica que consistía en que el estatuto relativo a los testamentos no presentaba una solución para el caso concreto. La diferencia entre ambos radica

²⁸ Entendido como el órgano con potestad para aplicar el derecho, por oposición al particular que meramente acata la orden que le impone el derecho (teniendo presente que Kelsen calificaba como normas tan solo aquellas disposiciones que estipulan una conducta y una sanción para el caso de un eventual apartamiento)

²⁹ Kelsen, *Teoría pura...*, 349.

³⁰ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1986), 18.

en su concepción misma del derecho, pues mientras que uno consideró que el estatuto debía ser analizado conforme a principios generales, el otro partió de una interpretación “literal” y exclusiva del estatuto³¹.

Otra perspectiva del tema es la de vislumbrar el caso como uno sencillo o uno difícil. Resulta un tanto discutible distinguir entre casos difíciles y casos fáciles, en especial si venimos de decir que el derecho es esencialmente dúctil y que, en consecuencia, una misma disposición puede ser siempre interpretada en más de un sentido lo que, podría decirse, haría que todos los casos fuesen difíciles³². No obstante, partiremos de esta dicotomía a efectos prácticos.

En palabras de Dworkin, estamos ante un caso difícil “Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente [...]”³³ Es decir, que los casos difíciles son aquellos en los que no existe regla que regule expresamente los hechos acontecidos o en los que existen disposiciones vagas y/o ambiguas de las que no surge con total claridad si son aplicables; mientras que en los casos fáciles hay una regla (o reglas) visiblemente aplicable(s) a la situación de hecho.

Veamos la hipótesis del caso sencillo. Si estuviésemos ante un caso fácil, entonces, bastaría un acto de mera subsunción entre los hechos acaecidos y la disposición normativa aplicable. Ello tornaría sobreabundante toda la argumentación desplegada en la sentencia, incluida la referida en este punto (antecedentes normativos, etc.).

En cambio, si lo consideramos un caso difícil, la respuesta será diferente. A primera vista, el texto claro de la disposición no parece admitir esta posibilidad, pero la discordia es prueba de lo contrario, en tanto se postula una interpretación diversa a la manifestada por la mayoría. Además, conviene recordar lo que venimos de decir sobre los desacuerdos teóricos que desarrolla Dworkin.

Sobre los casos difíciles, Hart señala que “En estos casos resulta claro que **la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional**, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.”³⁴ (el destacado es propio)

³¹ Dworkin, *El imperio...*, 25-28

³² En su presentación del Workshop sobre Interpretación y Argumentación jurídicas realizado en la Universidad Católica en el año 2018, el doctor Guibourg presentó el ejemplo de que incluso la disposición que establece la abolición de la esclavitud en Argentina puede ser interpretada de diferentes formas, con resultados manifiestamente contradictorios (norma sin contenido, abolición solo hacia el pasado, abolición total y retroactiva, etc.)

³³ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel Derecho, 1977), 146.

³⁴ Herbert Hart, *El Concepto del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961), 164.

Esencialmente, lo que el autor quiere decir es que el juez tiene discrecionalidad para resolver estos casos difíciles eligiendo libremente entre uno de los intereses contrapuestos; lo que dista de lo sostenido por Dworkin quien consideraba que aun en los casos difíciles **el juzgador tiene el deber de descubrir el derecho** que corresponde a cada parte del litigio y que es aplicable al caso.³⁵ Para ello, debe servirse de los principios y de las directrices, solución que se presenta como más garantista para el justiciable en la medida que resulta imposible impugnar un acto discrecional cuando solo se puede hacerlo por errores de derecho³⁶.

En el caso objeto de estudio podemos especular que la mayoría del Tribunal consideraba el caso como uno sencillo y aplicó la subsunción, pero ante el apartamiento del ministro disorde sintió la necesidad intelectual de ir un poco más lejos y recurrir no solo a reglas, sino también a los principios que justifican la regla aplicable³⁷. De esta forma, zanjó el desacuerdo teórico sobre el fundamento del derecho aplicable al caso en un sentido específico.

En atención a esto último, el esfuerzo argumentativo de la sentencia se presenta como loable, aunque su solidez es harina de otro costal.

Respecto de los argumentos que trabajaremos en este punto podríamos distinguir entre tres tipos distintos: históricos, psicológicos y teleológicos³⁸. Sin embargo, tal distinción se presenta como artificial y poco útil, ya que el tribunal no retoma el código civil español de García Goyena, la opinión de este y su propósito como si fuesen elementos completamente autónomos. Al contrario, los toma conjuntamente con el fin de demostrar que lo que pretendía aquél es, básicamente, lo mismo que busca salvaguardar nuestro código.

En definitiva, se trata de un argumento que se puede englobar de esta manera: **la intención del legislador** fue que la impugnación de actos celebrados en vida de una persona ya fallecida sean la excepción y por ello estableció una serie de límites por demás estrictos.

Contra este se puede criticar que, en la expresión de su voluntad, el legislador solo puede hacer uso de actos locutivos, no siendo posible observar ninguno de carácter ilocutivo o perlocutivo. Este problema parece mas aparente que real o, mas bien, se encuentra en todo el sistema jurídico que se expresa a través de textos escritos.

Sobre este punto, conviene recordar que “[...] puesto que la reglamentación jurídica de las actividades humanas no es un fin en sí mismo (no se ordena por ordenar, no se prohíbe

³⁵ Dworkin, *Los derechos...*, 146.

³⁶ Si la decisión fuese discrecional y el acto solo puede ser recurrido por errores de derecho, el tribunal superior mal podría decir que el juez que dictó la sentencia atacada incurrió en error, en la medida que se le atribuyó la facultad de decidir libremente entre varias opciones.

³⁷ Debe reiterarse que se trata de una **mera especulación** sobre lo que aconteció.

³⁸ Mendonca, *Las claves...*, 165 y ss.

por prohibir, etc.), sino un medio para perseguir determinados fines sociales, la consideración de la ratio de las reglas jurídicas es esencial para entender su alcance.”³⁹⁴⁰.

Huelga decir que no se legisla porque sí. Las leyes se dictan en un cierto lugar y un momento coyuntural específico, por lo que persiguen un propósito determinado. Si la finalidad es legítima o meramente caprichosa es un tema aparte, pero que toda ley es dirigida a obtener un resultado parece incuestionable. De hecho, la constitucionalidad de una ley puede llegar a estar supeditada a la voluntad que la precede. Por ejemplo, si una ley estableciera una serie de requisitos para el ejercicio del derecho de huelga, podría llegar a ser declarada inconstitucional si se probara que el propósito de la ley es restringir el ejercicio de este derecho en lugar de reglamentarlo.

Pues bien, cuando la propia ley es la que determina su *ratio* (por ejemplo, el art. 14 del CGP que establece que el fin del proceso jurisdiccional –y por ende las reglas procesales– buscan asegurar la efectividad de los derechos sustanciales de los justiciables) solo podemos valernos de actos locutivos, es decir el propio texto normativo; y esto no parece ser objeto de crítica, como sí lo es al momento de considerar la intención del legislador⁴¹. Además, no siempre es necesario recurrir a actos ilocutivos o perlocutivos para poder imaginar qué fue lo querido por el legislador, máxime cuando su voluntad surge de una exposición de motivos como con nuestro código civil o el español que se recoge en la sentencia.⁴²

Ahora, sin perjuicio de considerar que la intención del legislador es un argumento en sí mismo relevante, corresponde también detenernos y analizar cuál fue específicamente su finalidad al establecer esta regla tan estricta.

En primer lugar, respecto al problema relativo a la prueba de la demencia de una persona fallecida, el razonamiento parece el inverso. Generalmente, cuanto mayor sea la dificultad de acreditar un hecho, mayor laxitud se tiene con respecto a los medios probatorios a emplear. Así, en una acción simulatoria se recurre principalmente a la prueba indiciaria, en lugar de requerirle al actor que pruebe el acuerdo simulatorio entre los demandados presentando un contradocumento que, simplemente, no puede tener. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en las acciones de divorcio por causal de adulterio. Exigirle al actor un esfuer-

³⁹ Zagrebelsky, Gustavo. *Il sistema delle fonti del diritto*. (Torino: UTET, 1988), 72.

⁴⁰ Extraído de: Massimo Cavino, «Intención del legislador y significado de la Ley Ordinaria en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* Año 13° n° 21 (2009): 16, <https://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11918/DyL-2009-21-cavino.pdf> (consultado el 20/06/2018)

⁴¹ Sí se le critica su generalidad o el relegamiento de las garantías procesales a un segundo plano, **pero no se formula ninguna reserva en el sentido de que su ratio se determina por medio de meros actos locutivos**.

⁴² De todas formas, **es cierto que ni siquiera los legisladores podrían prever todas las situaciones de hecho que pueden llegar a presentarse en la práctica**, lo que torna el criterio de “la voluntad del legislador” en uno relativo, ya que los operadores jurídicos podrían, *so pretexto* de cumplir con la voluntad del legislador, incluir en una regla legislativa situaciones de hecho que no fueron las previstas al momento de su dictado.

zo probatorio prácticamente inalcanzable es condenar estos instrumentos jurídicos al más rotundo fracaso en tanto quienes pretenden valerse de ellos no obtendrán nunca resultados favorables. Esta no parece ser la ideología recogida por la mayoría del tribunal y detrás del art. 439 del CC; lo que parece poco acertado.

En segundo termino encontramos los argumentos que podríamos resumir en la protección de la buena fe y seguridad jurídica. No cabe duda que todo ordenamiento jurídico debe preservar estos principios fundamentales. Sin embargo, habría que examinar, como toma nota Hart⁴³, que existen casos en los que no es posible *ab initio* hacer primar un interés por sobre otro. Por ese mismo motivo es que deberíamos considerar si el caso amerita una solución predeterminada por una regla (como ocurre en nuestro código), o si, en cambio, sería más conveniente un estándar variable según el caso concreto que preste atención a, como señala el autor recién mencionado, “[...] cual es precisamente el sacrificio o compromiso de intereses y valores que estamos dispuestos a hacer para reducir el riesgo de daño”⁴⁴.

El equilibrio entre estos intereses y los de los herederos será objeto de estudio detallado más adelante.

c) La demencia no surge probada, siendo que esta debe surgir del propio documento impugnado⁴⁵. Habiéndose determinado que la regla a aplicar es el art. 439 del CC y los fundamentos que se encuentran detrás de ella, el tribunal concluye que la demencia de quien otorga el negocio que se impugna debe surgir del propio documento.

Respecto a este tema ya se puso de relieve que la mayoría del tribunal, o bien consideró que los hechos planteados encuadraban dentro de lo que era un caso sencillo y aplicó la subsunción, o entendió que se trataba de un caso difícil y se inclinó a favor de la seguridad jurídica (ya sea que lo hizo en ejercicio de una facultad discrecional o por entender que era el valor que debía primar en el caso).

Lo cierto es que la opción que parece más probable es la primera; punto que es de interés pues saca a relucir lo que se mencionó al comienzo sobre la dicotomía iuspositivismo-iusnaturalismo.

Dependerá de la concepción de cada cuál si se entiende que el derecho exige el cumplimiento de una regla derivada de algún hecho social o si, a su vez, también debe atenderse a algún principio moral. En esta última hipótesis, también dependerá el alcance que se le asigne a este principio -si se lo considera derecho o no-.

⁴³ Hart, *El concepto...*, 164-166

⁴⁴ Hart, *El concepto...*, 165-166

⁴⁵ Este es uno de los temas de mayor interés y más controversiales, pero será analizado a fondo en conjunto con lo postulado por el ministro disorde a los efectos de un estudio más integral.

Lo cierto es que un iusnaturalista difícilmente se conforme con la solución propuesta por el tribunal por ser -o, al menos así parece- contrario a un principio moral de justicia. En cambio, un iuspositivista podría manifestarse de acuerdo con la resolución del tribunal en tanto se basó en una disposición normativa vigente, aunque ello no será necesariamente así, sino que dependerá de las distintas subcorrientes del iuspositivismo⁴⁶.

La mayoría del tribunal parece inclinarse por una lectura iuspositivista; no así la discordia.

ARGUMENTOS DEL DISCORDE

Habiendo estudiado ya los argumentos de la mayoría del tribunal, resta dedicarnos a los esgrimidos por el ministro discordie; quien, en síntesis, se aparta de lo resuelto por sus colegas y considera que, sin perjuicio de la seguridad jurídica y la buena fe, el art. 439 del CC presenta una severidad tan intensa que lo torna inoperante, por lo que debe ser interpretado en forma razonable y de manera tal que resulte aplicable en los hechos.

Cabe aclarar que la discordia presenta otros fundamentos interesantes, en su mayoría sobre valoración de la prueba, los cuales no serán objeto de análisis, ya que solo interesan los argumentos relativos a la interpretación del derecho.

Estudio de los argumentos utilizados por el discordie. Como ya se trajo a colación, el Dr. Bermúdez comienza su discordia manifestando que el caso supone una hipótesis en que el derecho y la justicia se encuentran enfrentados. De allí, procede a retomar uno de los mandamientos del Maestro Couture, indicando que en estas disyuntivas debe primar el valor justicia.

Lo expresado es coincidente con los postulados iusnaturalistas, así como por lo desarrollado por Dworkin⁴⁷, quien elabora su teoría en base a un modelo de sociedad democrática asentado en la equidad, la justicia, el principio de legalidad, el debido proceso y la integridad⁴⁸.

Ahora bien, conviene reiterar lo indicado anteriormente en el sentido de que para Dworkin los mayores desacuerdos jurídicos se presentan sobre la disyuntiva de qué exige el derecho y no tanto sobre cuestiones semánticas o una idea metafísica de justicia⁴⁹. Sobre

⁴⁶ Por ejemplo, un iuspositivista incluyente podría oponerse a lo resuelto por el tribunal, entendiendo que es contrario a algún principio que haya sido recogido expresamente por el ordenamiento positivo.

⁴⁷ Quien no se autocalifica como iusnaturalista, sino como "no positivista".

⁴⁸ Albert Casalmiglia, «El concepto de integridad en Dworkin» *Revista Doxa N.12* (1990): 164.

⁴⁹ Casalmiglia, «El concepto de integridad...», 159-160.

esta misma base conviene que nos movamos, por cuanto engloba lo que acontece en el caso, ya que no solo se discute sobre qué es lo justo o no, sino que también acerca de qué es lo jurídicamente exigible en el caso.

La interpretación del juez discorde parece fundarse en algo a lo que se hizo mención al comienzo: el derecho que no se aplica carece de relevancia. En el caso, no se presenta este extremo, en tanto la mayoría del tribunal aplica “a rajatabla” la formulación normativa. Sin embargo, cabría preguntarse sobre si esta disposición debería ser aplicada en la forma que establece el tribunal conforme a su significado literal, o no. Dicho de otro modo, debemos indagar sobre qué exige el derecho: ¿requiere que la demencia se extraiga del mismo documento que se ataca o puede recurrirse a su contexto?

El Dr. Bermúdez toma nota de lo excesivo que resultan las exigencias del art. 439 del CC según su sentido literal, el cual establece que la demencia debe “*surgir de los mismos actos*”. A raíz de ello, procede a interpretar la disposición esgrimiendo un argumento *ad absurdum*⁵⁰, concluyendo que la expresión no limita el ámbito probatorio al propio instrumento que se impugna, sino también a su contexto negocial.

A diferencia de la mayoría del tribunal, el ministro discorde tiene en cuenta las consecuencias de la interpretación literal de la regla y concluye que instituyen una forma de prueba diabólica para el impugnante, puesto que “[...] si la demencia debe surgir ‘de los mismos actos’ la disposición solo juega en los supuestos irreales o absurdos que, en cuanto tales, son de prácticamente imposible concreción.”⁵¹ Los motivos para esto son:

1) No hay criterios razonables sobre qué elementos objetivos de una escritura son los que ponen de manifiesto la demencia de una de las partes del contrato. En lo que refiere a este punto, tanto la mayoría como la discordia hacen referencia al precio vil. Mas este no parece ser un ejemplo del todo feliz, ya que este puede ser un indicio de muchas cosas, como ser una simulación, un fraude pauliano, demencia de una de las partes, etc.

2) La contraparte negocial tendría cuidado en, a lo sumo, disimular la demencia del negocio, justamente para evitar que el negocio sea atacado.

De esta manera se daría la hipótesis paradójica de que la norma buscó evitar la “viveza” de los herederos y, en su lugar, legitimó la de los terceros.

3) Sería propio de otro demente instruir en escritura pública un negocio manifiestamente irracional, por cuyo motivo ningún escribano instrumentaría tal acuerdo a los efectos de no exponerse a eventuales acciones de nulidad.

⁵⁰ Mendonca, *Las claves...*, 173.

⁵¹ Punto VI de la discordia.

Con el propósito de evitar el resultado que considera injusto, el ministro concluye que la disposición no puede ser interpretada conforme a su significación literal, sino que debe atenderse a la *ratio* de la ley (aspecto que ya hemos trabajado al considerar la voluntad del legislador)⁵² y al principio de razonabilidad.

Indudablemente, hay cierta verdad en las palabras del ministro disorde. Sea que partamos de la ductilidad del derecho, o de la idea de que estamos ante un caso difícil que debemos resolver (con discrecionalidad o conforme a principios), la solución que parece más acertada es la del disorde.

A este respecto, Hart distinguía entre las hipótesis en las que se podía establecer *ab initio* la exigencia de una acción específica mediante reglas concretas con un limitado margen de “textura abierta” y los casos que se presentan como una cuestión de estándares de conducta razonables.⁵³ De esta forma, concluye el autor que “[...] debido a la inmensa variedad de casos posibles en que se exige prudencia o cuidado, no podemos prever *ab initio* qué combinaciones de circunstancias se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño.”⁵⁴

Lo anterior es trascendente porque hay casos en los que las leyes establecen reglas sobre cuestiones que sería más práctico que se rigieran en base a estándares de razonabilidad o, al contrario, situaciones en la que los jueces manipulan el derecho con una elasticidad que no parece tener.

En el caso de nuestro código civil, se establece una regla clara y se identifica *ab initio* qué intereses deben sacrificarse, reconociéndose un *status* dominante a favor de la seguridad jurídica y los terceros de buena fe. Podría decirse, entonces, que la *ratio legis* de la disposición es dotar de certeza a los negocios jurídicos celebrados por personas fallecidas, salvo casos excepcionales. Frente a esta hipótesis, Hart sostendría que deberíamos aplicar la regla, pues esta fue dictada conforme a su regla de reconocimiento⁵⁵.

Aun así, resulta interesante ir un paso más y analizar si las excepciones establecidas son aceptables, o no.

⁵² Sin perjuicio de que ya fue objeto de estudio, resulta interesante señalar aquí que negar la importancia de la voluntad del legislador es prácticamente lo mismo que desconocer la *ratio* de las leyes. Y sin esta noción nunca podríamos considerar que el art. 439 del CC es inaplicable; simplemente sería un artículo aplicable, pero en muy pocas ocasiones produciría efectos favorables para el actor. Solo si partimos de la base de que la ley tiene una finalidad (una *ratio*), que es determinada por el legislador, podríamos sostener que la disposición es inaplicable.

⁵³ Hart, *El concepto...*, 165 y ss.

⁵⁴ Hart, *El concepto...*, 165.

⁵⁵ Hart, *El concepto...*, 167

Si, como expone Dworkin, nos tomamos los derechos de las personas en serio, encontramos que el derecho positivo estableció *ab initio* una primacía de los terceros de buena fe por sobre los intereses de los herederos.

La protección de la seguridad jurídica y la buena fe son valores generales que toda sociedad debe perseguir, pero ello no los vuelve absolutos por cuanto pueden llegar a ceder frente a los derechos individuales de determinadas personas si se presentan ciertas condiciones, más o menos estrictas. En el caso, la regla parece ser contraria a esta premisa (es decir, parecería que no se toma los derechos en serio) a raíz de que su aplicación literal dejaría completamente desprovistos de recursos a los herederos si el causante realizara algún negocio en un claro acto de locura.

Es evidente que no es posible sostener que los derechos individuales de los herederos se encuentran resguardados, si la única hipótesis en la que se verían amparados es, como lo menciona el disorde, absurda o irreal. Es de locos partir de la base de que los instrumentos que documentan negocios pueden poner de manifiesto la locura de uno de los otorgantes (salvo, tal vez, en casos excepcionalísimos) porque, como ya se mencionó, en general los indicios que se toman en cuenta pueden ser indicadores de otra situación atípica (como un fraude) y en virtud de que, como trae a colación el disorde, “Sólo otro demente podría celebrar y documentar un contrato cuyo contenido y real sólo podría ser obra de otro demente.”⁵⁶

En definitiva, siguiendo las ideas de Dworkin, se trata de una norma utilitarista que somete los derechos individuales a las necesidades del colectivo (una suerte de dictadura de las mayorías), sin ningún tipo de protección o salvaguarda eficaz.

Por todo lo antes mencionado, la aplicación directa por subsunción del art. 439 resulta inviable desde el punto de vista del sentido común, de su *ratio legis* y del orden jurídico como un sistema que confiere a los particulares una serie de derechos y obligaciones.

En cambio, es necesaria una interpretación que no deniegue a las personas de sus derechos y, por tanto, correspondería interpretarla conforme al principio de razonabilidad. A raíz de ello, planteadas dos significaciones posibles, una literal absurda y otra que atiende a la razonabilidad, debemos optar por la segunda.

⁵⁶ Punto VI de la discordia

REFLEXIONES FINALES

La pregunta de qué es el derecho es una de las más controvertidas en el ámbito de la ciencia jurídica y una de las que más incide en la práctica jurídica (aunque los operadores jurídicos no necesariamente hagan mención expresa de la temática).

Con este trabajo se pretendió demostrar como la respuesta a este dilema puede llegar condicionar nuestra interpretación de las disposiciones normativas y la solución que le asignaremos a los diferentes casos que se plantean.

Tan es así que se hizo mención de que uno de los sectores del tribunal, posiblemente condicionado por una visión iuspositivista del derecho, interpretó el art. 439 del CC en forma estricta y piedeletrista, mientras que un ministro discrepante, seguramente guiado por nociones iusnaturalistas, argumentó que la disposición resulta inoperante según su terminología literal, por lo que debía ser interpretado conforme a principios.⁵⁷

El abanico argumentativo que se nos plantea en este sentido es bastante amplio. Por un lado, podríamos considerar que nos encontramos ante un caso sencillo y, en su mérito, recurrir a la subsunción como mecanismo aplicando la disposición según su sentido literal, o entender que se trata de un caso difícil el cual debemos solucionar (ya sea a través de una elección discrecional o por medio de principios). También es posible apelar a la ductilidad del derecho para entender que el art. 439 CC admite otras interpretaciones además de la que parece extraerse de su tenor literal.

Aun sin necesidad de acudir a la clásica dicotomía entre iuspositivistas y iusnaturalista, los postulados de Dworkin sirven también para interpretar la disposición en un sentido para que su aplicación no se limite a situaciones absurdas que sean de locos.

Para citar este TRABAJO: Martín Guerra, "Presencia de argumentos filosóficos en la jurisprudencia uruguaya" (trabajo final de Filosofía del Derecho), *Revista de Derecho. UcuDal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 231-251.

⁵⁷ Sin dudas, esto es discutible. Pero debe tenerse presente que se trata de una mera suposición.

BIBLIOGRAFÍA

- Audi, Robert. *The Cambridge Dictionary of Philosophy, Second Edition*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Casalmiglia, Albert. “El concepto de integridad en Dworkin.” *Revista DOXA N.12*, 1992: 155-176.
- Cavino, Massimo. “Intención del legislador y significado de la Ley Ordinaria en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana.” *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Año 13° n° 21*, 2009: 15-53.
- Cicerón, Marco Tulio. *De legibus*. Edición bilingüe de Chantal López y Omar Cortés, s/f.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1986.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1977.
- Hart, Herbert. *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1934.
- Mendonca, Daniel. *Las claves del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- Miranda Alonso, Tomás. *El juego de la argumentación*. Madrid: Ediciones de la Torre, 1995.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 3a. Buenos Aires: EUDEBA, 1958.
- Vigo, Rodolfo Luis. “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (un alegato Iusnaturalista).” *Prudentia Iuris N° 62-63* (Universidad Católica Argentina), 2007: 43-102.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- Zagrebelsky, Gustavo. *Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1988.

Normas de publicación

Revista de Derecho es una publicación de carácter semestral arbitrada —que publica sus respectivos volúmenes digitales e impresos en julio y diciembre— de la Facultad de Derecho, de la Universidad Católica del Uruguay. Se encuentra indexada en SciELO, Latindex (catálogo) y en EBSCO.

Tiene como objetivo la difusión de trabajos científicos sobre temas de derecho y afines, así como otros de interés para especialistas, investigadores y estudiantes de posgrado. Todos los trabajos deben ser originales e inéditos, pudiendo ser artículos, notas y comentarios de jurisprudencia.

LINEAMIENTOS GENERALES

1. El autor da fe de que el contenido que envía es original y no ha sido publicado en otra revista o libro, ni se encuentra sometido a evaluación para otra publicación. El contenido no está sujeto a otros derechos por ninguna publicación ni está en vías de publicación. El hecho de que los trabajos hayan sido comunicados a sociedades científicas no es un obstáculo para su publicación.
2. El autor no tiene ningún conflicto de intereses que declarar relacionado con el manuscrito.
3. En caso de ser aceptado el manuscrito, el autor concuerda en ceder los derechos de autor a la *Revista de Derecho*, para ser reproducidos, publicados, editados, fijados, comunicados y transmitidos públicamente en cualquier forma o medio, así como su distribución en el número de ejemplares que se requieran y su comunicación pública, en cada una de sus modalidades, incluida su puesta a disposición del público a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, para fines exclusivamente científicos, culturales, de difusión y sin fines de lucro, permaneciendo el autor como responsable de los contenidos y opiniones allí vertidos.
4. El autor concuerda en ceder los derechos de reproducción del artículo según la licencia *Creative Commons BY*, sistema de acceso abierto.
5. El autor acepta que su artículo sea sometido a un proceso editorial, cuyo primer paso es la evaluación preliminar por parte del Comité editorial, el que determina la pertinencia de su publicación (requisitos temáticos y formales). El segundo paso es la revisión por dos pares académicos, conforme al sistema de “doble ciego”, a quienes corresponde determinar: a) publicar sin cambios, b) publicar cuando se hayan producido correcciones menores, c) publicar una vez que se haya efectuado una revisión a fondo o d) rechazar. En caso de discrepancia entre ambos, el texto será enviado a un tercer árbitro, cuya decisión definirá su publicación. Los resultados del proceso del dictamen académico serán inapelables en todos los casos.

ENVÍOS

Las contribuciones propuestas pueden enviarse todo el año a: Dra. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, con copia a publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

La editora acusará recibo de los trabajos recibidos y oportunamente notificará su aceptación, propuesta de modificaciones o rechazo. El proceso de revisión de un trabajo insume un tiempo mínimo de tres meses, que pueden extenderse si el artículo fue presentado después de la fecha de cierre correspondiente a cada número. Los autores deben tener en cuenta este plazo, a la hora en que envían sus trabajos.

Aceptado un artículo para la publicación, los Editores se reservan el derecho de decidir en qué volumen y número será publicado.

FORMATO DE PRESENTACIÓN

1. Los trabajos deberán seguir en todas sus secciones los lineamientos del Manual *de Estilo de Publicaciones de Chicago- Deusto para Humanidades*, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Cada trabajo será acompañado por un **CV breve del autor/res**, que indique solo la filiación académica, área de especialización/investigación y correo electrónico.
3. Se aceptarán artículos, notas y comentarios de jurisprudencia, en español, inglés, portugués, italiano y francés. En todos los casos, el autor deberá presentar su trabajo con **título, resumen** (de no más de 150 palabras) y 3 o 4 **palabras-clave** sugeridas **en español e inglés**, además del idioma original.
4. El título no debe exceder los 40 caracteres, incluso si tiene subtítulo.
5. Toda contribución deberá estar en formato digital (Word o similar), tamaño A4, márgenes: superior e inferior: 2,5 cm izquierdo y derecho: 3 cm, en fuente Times New Roman tamaño 12 e interlineado de 1,5, alineación justificada y sangría en primera línea de 0,7 cm.
6. Las notas al pie, en el estilo indicado, deben ir en Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo y sin sangría.
7. Las citas que excedan las cinco líneas, irán en formato “Cita”, en párrafo aparte, sin comillas ni cursivas, en Times New Roman, 11, interlineado sencillo, espacio posterior 6, tabulación izquierda 1,1 y sangría de 1| línea 0,7.
8. Los **artículos** deberán tener una extensión mínima de 10 carillas y máxima de 30 (o 10.000 palabras), incluida la **bibliografía final**. Cuando se exceda este número, el autor lo planteará al Editor, fundando las razones del pedido. Las **notas** tendrán una extensión mínima de 5 carillas y máxima de 10; pueden ser la reseña de un libro, siempre que éste sea de reciente aparición. Los **comentarios de sentencia** podrán tener un máximo de 20 páginas y deberán ser acompañados por el texto de la respectiva sentencia, en el mismo formato pedido para los artículos.
9. Los artículos tendrán subtítulos que el autor recogerá en un índice o tabla de contenidos, al principio. Se sugiere que la estructura comprenda: Introducción, desarrollo del tema, Conclusiones y Referencias bibliográficas.

PUBLICATION STANDARDS

Revista de Derecho is a refereed biannual character publication - published their digital and printed volumes in July and December-the Faculty of law of the Catholic University of Uruguay. It is indexed in SciELO, Latindex (catalog) and EBSCO. It has as objective the dissemination of scientific works on law and related issues, as well as others of interest to specialists, researchers and graduate students. All the works must be original and unpublished, can be articles, notes and reviews of jurisprudence.

General Guidelines

1. The author attests that content that sends is original and has not been published in another journal or book, or is subject to assessment for another publication. The content is not subject to other rights by any publication or is in the process of publication. He made of that them works have been communicated to societies scientific not is an obstacle for its publication.
2. The author does not has any conflict of interest that declare related with the manuscript.
3. In case of acceptance the manuscript, the author agrees to transfer copyright to the journal of law, to be reproduced, published, edited, set, communicated and publicly transmitted in any form or medium, as well as their distribution in the number of copies required and their communication to the public, in each of its forms, including making it available to the public through electronic means optical or any other technology, for broadcasting purposes exclusively scientific, cultural, and non-profit, staying the author responsible for the contents and opinions there poured.
4. The author agrees to cede the rights of reproduction of the article under the license Creative Commons BY, open access system.
5. The author accepts that his article is subjected to an editorial process, whose first step is preliminary evaluation by the editorial board, which determines the relevance of its publication (thematic and formal requirements). The second step is the review by two academic peers, in accordance with the system of "double-blind", who is to determine: a) publish unchanged, b) publish when minor bugfixes, c) publish once you have made an in-depth review or reject d) have occurred. In case of discrepancy between both, the text will be sent to

a third arbitrator, whose decision will define your publication. The results of the process of the opinion academic will be final in all those cases

How to send your work

All contributions can be sent throughout the year to: Dr. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, with a copy to publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

The editor will acknowledge receipt of the work received and will promptly notify its acceptance, modification or rejection proposal. Review of a work process takes a minimum period of three months, which can be extended if the article was submitted after the deadline corresponding to each number. The authors should take into account this term, at the time they sent their work. Accepted an article for publication, the editors reserve the right to decide in what volume and number will be issued.

Presentation format

1. Works should follow guidelines in the Manual of style of publications of Chicago - Deusto for Humanities in all their sections, available at <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Each work will be accompanied by a brief CV of author/res, indicating only the academic affiliation, areas of specialization/research and email.
3. Articles, notes, and reviews of jurisprudence, in Spanish, English, Portuguese, Italian and French will be accepted. In all cases, the author must present their work with title, abstract (of no more than 150 words) and 3 or 4 keywords in Spanish and English, in addition to the original language.
4. The title must not exceed 40 characters, even if you have subtitles.
5. All contributions must be in digital format (Word or similar), size A4, margins: top and bottom: 2.5 cm; left and right: 3 cm, font Times New Roman size 12 and line spacing of 1.5, justified alignment and indentation in front of 0.7 cm.
6. The notes to the foot, in the style indicated, should go in Times New Roman, size 12, line-spacing simple and without bleeding.
7. The appointments that exceed them five lines, will be in format "cites", in paragraph apart, without quotes or italics, in Times New Roman, 11, leading simple, space rear 6, tab left 1.1 and bleeding of 1 | line 0.7.
8. Articles must have a minimal extension of 10 veneers and maximum of 30 (or 10,000 words), including the final bibliography. When this number is exceeded,

the author will pose to the Editor, founding the reasons for the order. The notes will have a minimal extension of 5 veneers and maximum of 10; they can be a book review, provided that this is emerging. Them reviews of sentence may have a maximum of 20 pages and must be accompanied by the text of the respective sentence, in the same format asked for those articles.

9. Those articles will have subtitles that the author will collect in an index or table of contents, to the principle. Suggests that the structure to include: introduction, development of the topic, conclusions and references.

COLABORADORES REVISTA DE DERECHO 18 (diciembre 2018)

DOCTRINA

Alejandro Abal Oliú: Abogado (UdelaR). Especialización en Derecho Procesal. Profesor grado 5 de Derecho Procesal, Universidad de la República. Investigador ANII. Contacto: aleabal1973@gmail.com

Maite Aguirrezabal Grünstein: Abogada y Dra. En Derecho. Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile (Chile). Contacto: maguirrezabal@uandes.cl

Isaac Marcelo Basaure M.: Abogado (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina). Diplomado en Derechos Económicos-Sociales y Culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco" y Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación. Contacto: info@isaacbasaure.com.ar.

Suzana Maria Fernandes Mendonça: Abogada. Especialista em Bioética (Facultad de Derecho, Universidad de Lisboa, Portugal). Maestranda en Ciencias Jurídico-políticas, especialidad de Derechos fundamentales, Facultad de Derecho, Universidad de Lisboa, Portugal. Contacto: suzanamfm@gmail.com.

Maricruz Gómez De La Torre Vargas: Abogada, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Profesora titular de Derecho Civil, Universidad de Chile. Árbitro Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (2013 a la fecha). Directora de la Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, editada en conjunto con Thomson Reuters (2010-2014). Contacto: maricruz@derecho.uchile.cl

Antonio Leiva Rabacl: Abogado especialista y profesor de Pre y Post-Grado en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, Universidad Mayor, Santiago de Chile. Contacto: antonio.leiva@gmail.com

Diego Pérez Laserre: Doctorando en Filosofía en la Universidad Leiden/Diego Portales. Magister en Filosofía por la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián, Santiago, Chile. Contacto: diego.perezl@uss.cl

Ana Lucía Torres Flor: Abogada (Universidad Católica de San Pablo, Perú). Magister en Derecho (Universidad Austral, Argentina). Docente de Derecho Civil (Familia y Personas), Universidad Católica de San Pablo. Contacto: atorresf@ucsp.edu.pe

Blanca Yaquelín Zenteno Trejo: Abogada. Profesora-investigadora adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP) Contacto: zentenotrejo@hotmail.com

INVESTIGACIÓN

Martín Guerra: Estudiante avanzado Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay.

EVALUADORES NÚMEROS 11 A 16

Se agradece muy especialmente a los profesores e investigadores que han colaborado con los números de 2015-2017, evaluando los artículos recibidos en ese período.

Abal O., Alejandro (*UdelaR, Uruguay*)

Álvarez Vélez, Isabel (*P.U. Comillas, España*)

Arellanes Jiménez, Paulino E. (*B.U. Autónoma de Puebla, México*)

Barbé, Carlos (*UCU, Uruguay*)

Basset, Úrsula (*UCA, Argentina*)

Bauzá, Marcelo (*UdelaR, Uruguay*)

Bermúdez, Fernando A. (*UNC, Argentina*)

Blengio, Juan (*UdelaR, Uruguay*)

Burgallo M., Beatriz (*UdelaR, Uruguay*)

Carozzi, Ema (*UCU, Uruguay*)

Carusso, Andrea B. (*UN de Lomas de Zamora, Argentina*)

Cassagne, Juan Carlos (*UBA, Argentina*)

Cervini, Raúl (*UCU, Uruguay*)

Chaves, Gastón (*UCU, Uruguay*)

Cianciardo, Juan (*U. Navarra, España*)

Contreras Peralta, Jorge (*U. Nac. Aut. De México, México*)

Correa Freitas, Rubén (*UdelaR, Uruguay*)

Costa, Leonardo (*UM- UdelaR, Uruguay*)

Creimer, Isaac (*UCU-UM, Uruguay*)

Crovi, Daniel (*UBA, Argentina*)

Cruz Cruz, Juan (*U. Navarra, España*)

De Cores, Carlos (*UCU-UM, Uruguay*)

Delpiazzo, Gabriel (*UM, Uruguay*)

Engelmann, Wilson (*Unisinos*)

Esteva G., Eduardo (*UdelaR, Uruguay*)

Ferrés, Rodrigo (*UCU, Uruguay*)

França, Omar (*UCU, Uruguay*)

Fresnedo de Aguirre, Cecilia (*UdelaR, Uruguay*)

Gallegos Zúñiga, Jaime (*U de Chile, Chile*)

Garderes, Santiago (*UCU, Uruguay*)

Gómez Lanz, Javier (*P.U. de Comillas, España*)

González Bianchi, Pablo (*UdelaR, Uruguay*)

Guerra, Walter (*UCU, Uruguay*)

Gutiérrez Santos, Oscar (*B.U. Autónoma de Puebla, México*)

Guzmán D., José Luis (*U. Valparaíso, Chile*)

Henríquez V., Miriam L. (*U. De Chile, Chile*)

Herd L., Cristina (*UdelaR, Uruguay*)

Hernández Martínez, Ricardo (*Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, México*)

Herrera, Daniel (*UCA, Argentina*)

Javier, Juvenal (*UdelaR, Uruguay*)

Juárez Tavares (*U. Del Estado de Río de Janeiro, Brasil*)

Kemelmajer de Carlucci, Aída (*UN. De Cuyo, Argentina*)

Labaure, Carlos (*UdelaR, Uruguay*)

Leiza Zunino, Pablo (*UdelaR, Uruguay*)

Madrid, Raúl (*PUC, Chile*)

Marcial González, Robert (*U. Católica de Asunción, Paraguay*)

Massini C., Carlos I. (*UMendoza, Argentina*)

Molano López, Mario R. (*PU. Javeriana, Colombia*)

Montano, Pedro (*UM, Uruguay*)

Mur Malagón, Luis B. (*P.U.C. Javeriana, Colombia*)

Nájera González, Xavier (*B.U. Autónoma de Puebla, México*)

Navarro Floria, Juan (*UCA, Argentina*)

Navarro M., Iñigo (*U. Comillas, España*)
Noodt T., María Blanca (*UBA, Argentina*)
Núñez Leiva, José I. (*U. Chile, Chile*)
Ochs O., Daniel (*UM, Uruguay*)
Otero Parga, Milagros (*U. Santiago de Compostela, España*)
Peruchin, Marcelo (*PUC de RGS, Brasil*)
Puy Muñoz, Francisco (*U. Santiago de Compostela, España*)
Rámila, Álvaro (*Inst. de Formación, Cámara de la Industria, Uruguay*)
Rosenbaum R. Jorge (*UM, Uruguay*)
Rotondo, Felipe (*UdelaR, Uruguay*)
Ruocco, Graciela (*UCU, Uruguay*)

Ryan, Daniel E. (*Inst. Tecnológico de Buenos Aires, Argentina*)
Santagati, Claudio (*UCA, Argentina*)
Sarlo, Oscar (*UdelaR, Uruguay*)
Simón, Luis Ma. (*UdelaR, Uruguay*)
Stipanici, Emma (*UdelaR, Uruguay*)
Tomé, Miguel (*UCU, Uruguay*)
Valentín, Gabriel (*UCU, Uruguay*)
Vázquez, Cristina (*UdelaR, Uruguay*)
Vega Dueñas, Lorena C. (*P.U.C. Javeriana, Colombia*)
Von Ustinov, Hugo A. (*UCA, Argentina*)
Xavier de Mello, Eugenio (*UdelaR-UCU, Uruguay*)

