

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

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

2.^a época. Año 9. N.º 9 - JULIO 2014

ISSN 1510-3714



Universidad
Católica del
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2º época. 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.

El objetivo es brindar una oportunidad real a todos los juristas y a los interesados en temas jurídicos, nacionales y extranjeros, de publicar y de acceder a artículos de alto nivel académico, notas de jurisprudencia, sentencias relevantes y novedades bibliográficas, sobre cuestiones jurídicas de actualidad para la profesión, la docencia y la investigación.

De esta edición:

© 2014 UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY

Dirección Postal

Av. 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 360.982 - Comisión Del Papel
Edición amparada por el Decr. 218/96
ISSN 1510-3714
Impreso en Uruguay- Printed in Uruguay
Todos los derechos reservados.

Diseño de cubierta: Taller de Comunicación

Paginado: Stella Fernández

Impreso y encuadernado en

Mastergraf S.R.L.
Gral. Pagola 1823 - Tel. 2203 47 60*,
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Revista de Derecho es una publicación
arbitrada. Incluida en:
Catálogo **Latindex**
Base de datos **Ebsco**

Sitio web de la publicación con acceso
a tablas de contenido, resúmenes
y normas de publicación en:
<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

The journal Revista de Derecho is included in:
Catálogo **Latindex**
Base de datos **Ebsco**

The table of contents, abstracts and publication
guidelines can be accessed at the website:
<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

**Por correspondencia y envío de material
dirigirse a:**

Facultad de Derecho de la Universidad
Católica del Uruguay.
Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600,
Montevideo, Uruguay.
Teléfonos 2487 2717* - Fax 2487 5225.
publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Por canje: Biblioteca P. Manuel Gutiérrez
Semprún, SJ: canje@ucu.edu.uy

Por suscripción: publicacionesderecho@ucu.edu.uy

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.

† Dardo H. Preza Restuccia

1945-2014

El caballero es aquel que nunca infringe dolor, evita lo que pueda causar estridencia o sobresalto en la mente de los demás, evita todo enfrentamiento de opiniones, se preocupa porque todos se hallen a gusto, es afectuoso con todos, sabe con quién y de qué habla, interpreta todo favorablemente, no es mezquino en sus discusiones, es prudente y tiene buen sentido, nunca es injusto, es sencillo y sólido, breve y eficaz. Respeto la piedad y la devoción, es amigo de la tolerancia (...) estos son algunos de los rasgos del carácter ético formado por un intelecto cultivado, al margen de los principios religiosos.

John Henry Newman, *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*, Traducción, introducción y notas de José Morales.

Pamplona, EUNSA, 1996, pp. 210-211

COMITÉ EDITORIAL

Carlos Delpiazzo
(Universidad Católica del Uruguay)

Mabel Rivero
(Universidad Católica del Uruguay)

Martín Riso Ferrand
(Universidad Católica del Uruguay)

Marta Hanna de Rosa
Secretaria de redacción
(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; Universidad de Montevideo, Uruguay*)

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

Augusto Durán Martínez (*UCU, Uruguay*)

Carlos Antonio Nedel (*Unisinós, Brasil*)

Carlos Barbé (*UCU, Uruguay*)

Carlos De Cores (*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*)

Horacio Cassinelli Muñoz (*Universidad de la República, Uruguay*)

Humberto Nogueira Alacalá (*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 (*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*)

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 y Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil*)

Ronald Herbert (*Universidad de la República; Universidad de Montevideo, Uruguay*)

Santiago Carnelli (*Universidad de la República, Uruguay*)

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

Silvio Gambino (*Universidad de Calabria, Italia*)

Walter Guerra (*UCU, Uruguay*)



**AUTORIDADES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE URUGUAY**

Mons. DANIEL STURLA SDB
Gran Canciller

P. ALEJANDRO TILVE SJ
Vice Gran Canciller

P. EDUARDO CASAROTTI SJ
Rector

Dr. ARIEL CUADRO
Vicerrector Académico

Ing. OMAR PAGANINI
*Vicerrector de Gestión Económica y
Desarrollo*

P. ÁLVARO PACHECO SJ
Vicerrector del Medio Universitario

Dra. SANDRA SEGREDO
Secretaría General

**AUTORIDADES
FACULTAD DE DERECHO**

Dr. CARLOS DELPIAZZO
Decano

Dra. MARÍA JOSÉ BRIZ
Secretaría Académica

Dra. MARIELLA SAETTONI
Coordinadora Académica de Abogacía

Prof. Esc. BEATRIZ RAMOS
Coordinadora Académica de Notariado

Dra. ALICIA FERRER
*Coordinadora de Formación
Permanente*

Dra. MARTA HANNA DE ROSA
Coordinadora de Publicaciones

Dr. GABRIEL VALENTÍN
Coordinador de Investigaciones

Índice

DOCTRINA

PRUEBA POR DECLARACIÓN DE PARTE Proof by declaration of part <i>Alejandro Abal Oliú</i>	13
REFLEXIONANDO SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Reflecting on the rights of the personality from the perspective of the right to own image <i>María José Arancibia Obrador</i>	55
ENTRE LA FORMA Y EL CONTENIDO: CRÍTICA A LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DE LOS HECHOS JURÍDICOS Between form and content: critical to the economic interpretation of the legal facts <i>Paulo de Barros Carvalho</i>	81
LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO ITALIANO The suspension of the execution of the contract in the Italian law <i>Enrico Gabrielli</i>	109
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO LAS POTESTADES Y DEBERES DEL FISCO ANTE EL PRINCIPIO DE APLICACIÓN INTEGRAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO The constitutionalization of the Tax law. The powers and duties of the Treasury before the beginning of the full implementation of the legal system <i>María Paula Garat</i>	133
ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CASO DE LOS MEDICAMENTOS EN ESPAÑA Some issues about civil liability in the case of drugs in Spain <i>Iñigo Navarro Mendizabal</i>	161

**DIRECTORES
DEPARTAMENTOS Y ÁREAS**

Facultad de Derecho

**Dr. AUGUSTO DURÁN
MARTÍNEZ**

*Departamento de Derecho
Administrativo*

Dr. CARLOS DE CORES

Departamento de Derecho Civil

Dr. ISRAEL CREIMER

*Departamento de Derecho Comercial y
Bancario*

Dr. MARTÍN RISSO FERRAND

*Departamento de Derecho
Constitucional*

Dra. CECILIA FRESNEDO

Departamento de Derecho Internacional

Dr. RAÚL CERVINI

Departamento de Derecho Penal

Dr. WALTER GUERRA

Departamento de Derecho Procesal

Dr. JORGE FERNÁNDEZ REYES

Área Agroambiental

Dra. MABEL RIVERO

Área de Familia

Pbro. Dr. GABRIEL GONZÁLEZ

Área Humanística

Dr. JUAN JOSÉ SALGADO

Área Social

**Dra. ALICIA RODRÍGUEZ
GALUSSO**

*Área de Formación Profesional
en Abogacía*

Esc. BEATRIZ RAMOS

*Área de Formación Profesional
en Notariado*

**ALGUNS APORTES DOUTRINÁRIOS PARA A
PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NO PROCESSO PENAL DO ESTADO
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO
DE DIREITO E COOPERATIVO**

Some doctrinal contributions to the protection of funda-
mental rights in criminal proceedings of the Democratic
constitutional state of law and Cooperative

Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin..... 185

**INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO
Y SUS REMEDIOS**

Imperfect breach and their remedies

Valeria Techera Barreiro..... 221

RECENSIONES

Augusto Durán Martínez-Marta Hanna de Rosa (Coord.)
Ética, Estado de Derecho, Buena Administración

Lucía Díaz Sorondo..... 255

Alicia Ferrer Montenegro -

Héctor Ferreira Tamborindeguy (Coord.)

Protección de la información en los negocios

Ana Sorondo..... 258

Mario Spangenberg

*Responsabilidad penal del empleador y seguridad laboral-
Primeras reflexiones sobre la Ley 19.196,*

María Eugenia Chaves Lovera..... 262

INFORMACIÓN

Reglamento de la *Revista de Derecho*

Universidad Católica del Uruguay 267

DOCTRINA

Prueba por declaración de parte

Proof by declaration of part

*Alejandro Abal Oliú**

RESUMEN. En el presente artículo se registran los resultados de una investigación acerca de cuál es la regulación de este(os) medio(s) de prueba actualmente vigente en el Uruguay, relevándose las normas resultantes del Código General del Proceso que en particular tratan los medios de prueba denominados “Declaración de Parte” (estrictamente “Declaración de Interesado Principal”) y “Absolución de Posiciones” (aunque ambos medios de prueba se encuentran reunidos por el Código bajo el título del primero), así como los diferentes problemas de interpretación que conforme a un marco teórico y a un marco dogmático plantean las correspondientes disposiciones.

SUMARIO. 1. Precisiones sobre la denominación de este (estos) medio (s) de prueba. 2. Concepto y variedades. 3. Interrogatorio Libre. 3.1. Concepto. 3.2. Proposición. 3.2.1. Iniciativa. 3.2.2. Oportunidad. 3.3. Admisión. 3.4. Producción. 3.5. Valoración. Presunciones. 4. Absolución de Posiciones. 4.1. Concepto. 4.2. Proposición.

*Profesor Titular de Derecho Procesal (gr. 5) en Facultades de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) y del Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH). Integrante del Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII).

4.2.1. Iniciativa. 4.2.2. Oportunidad. 4.3. Admisión. 4.4. Producción. 4.5. Valoración. Presunciones. 5. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: Prueba (Derecho). Código General del Proceso; Uruguay.

ABSTRACT. In this paper the results of a research about which is the regulation of this register (s) (s) currently in force in the Uruguay test, relieving the rules resulting from the General code of the process in particular trying to test media called "Declaration of party" (strictly "Declaration of applicant main") and "Acquittal of positions" (although both means of proof are gathered by the code under the title of the first) as well as the various problems of interpretation posed in accordance with a framework and a dogmatic framework the relevant provisions.

KEYWORDS. Proof (Law). Procedural Law. Uruguay

1

PRECISIONES SOBRE LA DENOMINACIÓN DE ESTE(OS) MEDIO(S) DE PRUEBA

Si bien el Código General del Proceso (en adelante “C.G.P.”) regula a los dos medios de prueba que van a ser estudiados en este artículo (interrogatorio libre y absolución de posiciones) en una única sección, titulada “*Declaración de Parte*”, es fácil advertir que esta última denominación evoca exclusivamente al proceso contencioso. Sin embargo, no ya los dos medios de prueba pero si uno de ellos —el interrogatorio libre— puede ser empleado también en los procesos voluntarios; procesos voluntarios que al menos en nuestro Derecho son también considerados “procesos jurisdiccionales” y no simples procedimientos administrativos, y en los que como es bien sabido no existen “partes” sino tan sólo “gestores” o “simples interesados”.

Por ende, atendiéndonos a tal dato la denominación empleada por el Código y que en general utiliza la Dogmática Procesal, no sólo en el Uruguay sino casi universalmente, estrictamente puede aparecer como inapropiada o al menos equívoca.

Conforme a ello y teniendo presente que en la Doctrina ha ido adquiriendo cada vez mayor empleo la expresión “interesados principales” para referir a todos los sujetos que plantean o resisten pretensiones en los procesos jurisdiccionales, sean estos contenciosos o voluntarios, sin perjuicio de titular el artículo por razones de más fácil ubicación de la temática de que trata con la terminología tradicional, para hacer referencia en este artículo a estos los dos medios de prueba de que trata se empleará en adelante la expresión “Declaración de Interesado Principal”, más abarcadora y ajustada que “Declaración de Parte”.

2

CONCEPTO Y VARIEDADES

Como recordara TARIGO¹, en Uruguay “*El CPC solamente previó, como medio de prueba, el interrogatorio formal al que una parte podía someter a la otra* (TARIGO se refiere a lo que llamamos “absolución de posiciones” y que analizaré más adelante). *El interrogatorio debía necesariamente presentarse por escrito, bajo sobre cerrado que se abría en el momento de la audiencia, y estar redactado de manera asertiva, de modo tal que la respuesta pudiera ser, simplemente ‘Si, es cierto’ o ‘No, no es cierto’. Pudiendo luego agregarse las explicaciones que se estimaren necesarias. La absolución de posiciones debía, además hacerse bajo juramento promisorio de decir la verdad. La LAJ* (refiere a la ley n° 13.355 del 17 de agosto de 1965, llamada “Segunda Ley de Abreviación de los Juicios”) *atenuó en algo la rigidez de esta única vía de interrogar a una parte en el proceso, permitiendo que la parte que había solicitado la citación de su contraria a absolver posiciones pudiera, luego de finalizado el interrogatorio escrito, formular repreguntas al absolvente por intermedio de su abogado (art. 42), pero como se comprende esto era apenas un pequeño avance. Este instituto, que nuestro Código heredara fundamentalmente de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil Española, de 1855, aparecía como vetusto e inadecuado para que el Juez pudiera extraer de la parte toda la información necesaria sobre los hechos para estar en mejores condiciones de dictar sentencia. La doctrina procesal desde hace ya muchos años venía reclamando la necesidad de ampliar este medio de prueba para permitir el interrogatorio libre de una parte hecho por la otra y, además, para permitir el interrogatorio libre de una y otra de las partes formulado por el tribunal por su propia iniciativa”.*

En el C.G.P. se abre camino este postulado de la Doctrina y ahora se admite y regula el procedimiento para obtener la declaración de los interesados principales (recordemos que “*Declaración de Parte*” es como la denomina el C.G.P.), no sólo a través de esa calificada por TARIGO como “*vetusta e inadecuada*” forma de la absolución de posiciones, sino también a través del interrogatorio de manera “libre” (o, para algunos autores como TARIGO, interrogatorio “informal”).

Del medio de prueba denominado declaración de interesado principal, en cualquiera de sus dos antedichas modalidades (libre y absolución de posiciones), entiendo que puede decirse que consiste en una declaración de conocimiento de un interesado principal sobre la

¹ TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, tomo II, F.C.U., Montevideo, 1984, pág. 38.

existencia o inexistencia de hechos que integran el objeto de la prueba, y que a propuesta de su contraparte o de oficio realiza el mismo en audiencia ante el tribunal.

Esta declaración, que como indica el concepto brindado debe ser de conocimiento, se contrapone en particular a las declaraciones de voluntad que el mismo podría realizar, como por ejemplo lo serían un desistimiento o un allanamiento a la pretensión, o una ampliación o restricción o modificación en general de la misma o de la oposición. Dicha peculiaridad permite distinguir la declaración de interesado principal de la técnicamente denominada “admisión” de hechos, puesto que la admisión de hechos por un interesado principal lo que determina, cuando es expresa, no es la prueba de que los hechos existieron (o de que no existieron, según el caso), sino en todo caso la exclusión de los hechos admitidos del objeto de la prueba del concreto proceso (debiendo recordarse que si la admisión fuera tácita ella sólo determina una presunción simple a favor del actor, con la peculiaridad de que sólo operará la misma si sus resultancias son contradichas por las de unos concretos y muy limitados medios de prueba).

Conforme resulta del art. 148.1 del Código el sujeto cuya declaración se solicita puede ser cualquier interesado principal, incluyéndose en este concepto a “*cualquier litigante con interés distinto de aquél que lo solicita*” (art. 148.1 del C.G.P.), lo cual comprende a la contraparte del solicitante del proceso contencioso, al gestor del proceso voluntario (aunque en este caso solamente para el supuesto de declaración “sin previa citación”, dado que sólo podría eventualmente pedir la declaración el Ministerio Público o disponerse de oficio), e incluso hasta a algunos integrantes de la misma parte del proceso contencioso, lo cual abarca a otros litisconsortes voluntarios (incluyendo terceristas) y a litisconsortes necesarios en supuestos de demanda contra la co-parte.

No obstante lo expresado se puede relevar que en el caso singular de los procesos anulatorios de actos administrativos que se tramitan ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme al art. 78 del decreto-ley n° 15.524 es inadmisibles este medio de prueba (absolución de posiciones), si lo que se pretende es citar a declarar a una persona de Derecho Público.

Resulta sin embargo insuficiente lo anterior para conceptuar adecuadamente la declaración de interesado principal como fuente de prueba, en tanto para ser tal ella debe ser realizada a propuesta de su contraparte (o como ya señalé de un litisconsorte voluntario, un tercerista o aún un litisconsorte necesario en supuesto de demanda contra la co-parte) o —si se trata de una declaración libre sin previa citación— de oficio por el tribunal (o del Ministerio Público o de oficio si se trata de un proceso voluntario), y además producida en

audiencia procesal. Se trata, en este sentido, de que por ejemplo no será este medio de prueba una declaración de interesado principal realizada extrajudicialmente ante un escribano y luego agregada al expediente. En dicho supuesto se estaría ante un medio de prueba documental (más propiamente instrumental) y no ante un medio de prueba declaración de interesado principal, dado que para ser esto último la declaración debe ser realizada a propuesta de la contraparte o de oficio, y producida en audiencia procesal.

Y corresponde además aclarar, en contra de lo postulado por algunos autores, que los hechos acerca de cuya existencia o inexistencia el declarante puede ser interrogado, no necesariamente deben ser hechos que conforme a la ley sean “*susceptibles de ser probados por confesión*” o que refieran a “*derechos indisponibles*” (regla de los arts. 149.4 y 153.2). Y ello es así —vale decir que no es inadmisibile en esos casos este medio de prueba— puesto que aún cuando si el hecho no fuere susceptible de ser probado —sólo— por confesión o refiriera a derechos indisponibles, tal cual sucede en la práctica forense la declaración del interesado principal igualmente puede ser tomada en cuenta conforme a las reglas de la sana crítica para formar, en estos casos necesariamente junto a otros medios de prueba (y no solamente o aún en contra de otros medios de prueba), la convicción del tribunal. La declaración del interesado principal no será en este caso prueba suficiente (o plena), pero coadyuvará a formar esa prueba suficiente (véase así lo que por ejemplo dispone el art. 166 del Código Civil, en cuanto expresa que la confesión ‘*no será bastante*’ para que la separación de los cónyuges sea decretada, lo cual naturalmente supone que, aunque no sea suficiente, puede sin embargo coadyuvar con las resultancias de otros medios de prueba para formar la convicción del tribunal).

En otro orden, de acuerdo a la clasificación de los medios de prueba que es más habitualmente empleada y cuyo origen se encuentran en la exposición de BENTHAM, la declaración prestada por un interesado principal debe ser clasificada como un medio de prueba indirecto, histórico y personal.

Finalmente debo señalar que existen otros medios de prueba en los que también tiene lugar una declaración de interesado principal ante el tribunal y que son diferentes del que ahora estamos considerando; medios de prueba que se denominan “Careo” y “Juramento” y cuyo estudio no está incluido en el presente artículo. Y, asimismo, también integra el elenco de posibles declaraciones de interesado principal ante un tribunal, la que se formula por un futuro demandado por ejemplo durante el curso de una diligencia preparatoria de inspección judicial dispuesta sin noticia, mas en este caso entiendo que de ella no pueden resultar elementos probatorios si fue realizada sin la presencia de su abogado.

A continuación se analizarán en este artículo por separado a los medios de prueba que tienen por fuente la declaración de los interesados procesales y que se denominan “interrogatorio libre” y “absolución de posiciones”, los que se encuentran regulados, en muchos aspectos conjuntamente, por la misma Sección II (“*De la declaración de parte*”) del Capítulo III (“*Pruebas*”) del Título VI (“*De la actividad procesal*”) del Libro I (“*Disposiciones generales*”) del Código General del Proceso de Uruguay.

3

INTERROGATORIO LIBRE

3.1. CONCEPTO

Como señalaba precedentemente una de las dos modalidades de la declaración de interesado principal que se están analizando se concreta a través de un interrogatorio libre que se realiza al mismo (interrogatorio que como ya señalé algunos autores denominan también “informal”, por oposición principalmente a la absolución de posiciones que se encuentra dotada de varias formalidades y a la que denominan interrogatorio “formal”); esto es, por medio de un interrogatorio al interesado principal concretado a través de preguntas sobre los hechos que integran el objeto de la prueba como las que podrían ser formuladas a cualquier testigo (a modo de ejemplo: “¿Cuál era el estado del inmueble cuando Vd. lo enajenó?”).

En este último sentido entiendo que no debe excluirse la posibilidad de formular al interesado principal preguntas asertivas como las propias de la absolución de posiciones que luego analizaremos; esto es, preguntas en cuya formulación quien interroga simultáneamente está afirmando la existencia o inexistencia de determinado hecho (pregunta como sería, por ejemplo, “Diga la parte si como efectivamente era el inmueble que Vd. enajenó tenía vicios ocultos”).

Según el Derecho Procesal uruguayo este interrogatorio libre puede a su vez ser “con previa citación” o “sin previa citación”, teniendo dichas variedades algunas diferencias en su régimen.

Cuando se trata de un interrogatorio libre con previa citación (que por ejemplo en el art. 148.2 del Código es denominado “*interrogatorio formal con previa citación*”), conforme al art. 149.3 el mismo debe solicitarse “*con indicación de las preguntas respectivas en sobre abierto o cerrado*”, y en tal caso el interesado principal debe ser convocado a la audiencia “*con indicación de que se le cita formalmente a declarar*”, implicando ello que se hace bajo el

apercibimiento de que su no comparecencia a la audiencia de declaración, “*sin causa justificada, así como la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir ciertos los hechos de la demanda o de la contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión*” (art. 149.4, sobre el cual volveré más adelante).

Por el contrario, tratándose del interrogatorio libre sin previa citación el mismo se concretará sin necesidad de indicación de cuales serán las preguntas a formular, y podrá solicitarse “*en el curso de cualquier audiencia, de oficio o a solicitud de la parte contraria, sin necesidad de previa citación*” (art. 149.2).

3.2. PROPOSICIÓN

3.2.1. Iniciativa

A) En el C.G.P. la iniciativa para producir la variedad del interrogatorio libre de un interesado principal denominada “con previa citación” la tiene cualquier interesado principal con interés distinto de aquel cuya declaración se solicita, incluyéndose naturalmente a los terceristas.

En el caso del interrogatorio con previa citación queda entonces excluida la iniciativa del tribunal (conforme art. 149.2) y naturalmente —como luego de la ley n° 19.090 lo señala expresamente el art. 148.1 in fine— también queda excluida la iniciativa del propio declarante (y de su asesor letrado). Esto último sin perjuicio de la posibilidad de que el propio abogado del declarante le formule a dicho declarante “*preguntas meramente aclaratorias*”, lo cual resulta bastante singular si se tiene presente que técnicamente el abogado carece de legitimación procesal para actuar en el proceso por la parte (y por supuesto también carece de legitimación causal), siendo normalmente tan sólo un asistente técnico que instruye a la parte sobre como debe actuar (sin perjuicio de esto es claro que la propia parte declarante puede, con la asistencia de su abogado, oponerse a las preguntas inadmisibles, impertinentes, inconducentes e innecesarias, incluso recurriendo las decisiones del tribunal al respecto). En la práctica anterior a la ley n° 19.090 se discutía respecto a la posibilidad de que el propio abogado preguntara a su asistido, aunque actualmente con esta original legitimación del abogado para intervenir en el proceso ello queda aparentemente zanjado, aunque por cierto las preguntas que según indica la disposición está habilitado el abogado a formular a su asistido serán solamente aquellas verdaderamente “*aclaratorias*” de lo que el declarante expresó, y no otras preguntas o preguntas complementarias.

En todo caso debo consignar que resulta muy interesante a este respecto lo que algunos autores postulan, con muy buena argumentación, en el sentido de que debería ser

admitido que este medio de prueba que denominamos interrogatorio de un interesado principal también pueda ser propuesto por el propio declarante, y luego valorado como prueba según las reglas de la sana crítica. Así me permito señalar, siquiera para dejar constancia a los efectos de su consulta y apertura de nuestra reflexión al respecto, lo que ya al comienzo de un artículo que considero muy valioso expresa el profesor chileno VERDUGO²: “*En este trabajo sostendré que la limitación que se impone a las partes de contar voluntariamente su historia al tribunal —con valor probatorio, es decir, como medio de prueba— es propia de los sistemas escritos donde rige el sistema de la valoración legal de la prueba. En cambio, sostendré que en los sistemas por audiencias, donde rige la valoración judicial y concreta de la prueba, carece de sentido prohibir a las partes de declarar voluntariamente. En definitiva, afirmaré que esta limitación es una de las instituciones que pertenecen a ese pasado del cual nuestros reformadores no fueron capaces de escapar y que nosotros ahora debemos superar*”.

En igual sentido expresa TARUFFO³: “*Durante muchos siglos, la máxima tradicional ‘nemo testis in causa propria’ evitó que las partes fueran interrogadas como testigos: ésta era una manera de resolver negativamente, y a priori, el problema de si las partes merecen o no ser consideradas como testigos fiables (...) en algunos sistemas se ha abandonado la prohibición tradicional de interrogar a las partes como testigos. Este es el caso actualmente de los sistemas de common law como consecuencia de importantes cambios ocurridos durante el siglo XIX, cuando se derogaron las viejas reglas acerca de la descalificación como testigos de las partes (...) El resultado de esta transformación es que la regla actual de que ‘toda persona es competente para ser testigo’ incluye también a las partes. Por lo tanto, las partes son interrogadas de acuerdo con la regulación acerca del interrogatorio de testigos*” (sin perjuicio, agregó, de valorarse más la declaración de quién confiesa que la de quién apoya su propia causa).

B) Pasado ahora a considerar el supuesto de interrogatorio libre de un interesado principal denominado “sin previa citación”, corresponde señalar que la iniciativa la tendrá no solo “*cualquier litigante con interés distinto de aquél que lo solicita*” (art. 148.1) sino también el propio tribunal (arts. 148.1, 149.2 y numeral 5 del art. 24), lo cual replantea los problemas que suelen plantearse a raíz de la admisibilidad (o al menos conveniencia) de que el tribunal tenga iniciativa probatoria, siendo por otra parte también aplicable a esta clase de interrogatorio sin previa citación lo señalado precedentemente sobre la posible intervención del abogado del propio declarante.

² VERDUGO, Felipe Martín, “Declaración de la parte como medio de prueba”, en *Modernización de la Justicia Civil* coordinado por Santiago PEREIRA, Universidad de Montevideo, 2011, pág. 450.

³ TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 67.

3.2.2. Oportunidad

A) Como un requisito procesal formal de la proposición del interrogatorio libre con previa citación, se observa que el art. 148.2 del Código en su nueva redacción establece que el mismo sólo puede solicitarse en las oportunidades legalmente previstas para el ofrecimiento de cualquier medio de prueba.

Esto significa —refiriéndome concretamente al supuesto de un proceso contencioso ordinario— que el interrogatorio libre con previa citación se puede solicitar, por lo menos, como diligencia preparatoria y en demanda y contestación, además naturalmente de aquellas otras oportunidades previstas a texto expreso como por ejemplo la modificación de la demanda (art. 121.1), o la evacuación del traslado de la reconvencción (art. 136.2) o de las excepciones previas opuestas por el demandado u opuestas por actor al contestar la reconvencción (numeral 4 del art. 341), o como posible contraprueba de los hechos mencionados en la contestación de la demanda, de las excepciones previas o de la reconvencción (art. 118.3), o al proponerse contraprueba de medios de prueba dispuestos por diligencia para mejor proveer en primera o en segunda instancia (art. 193.2), o al presentarse la demanda de liquidación de sentencia ilíquida, la contestación de la misma o la evacuación del traslado de dicha contestación (art. 378 del C.G.P.), o al oponerse excepciones al inicio de la ejecución de la sentencia (art. 379.2 del C.G.P.), o al evacuarse el traslado de la oposición de excepciones a la ejecución de la sentencia (art. 379.4 del C.G.P.),

Y a estas instancias deben aún agregarse las posibilidades que tienen las mismas partes de proponer este medio de prueba como “*superviniente*” (art. 118.3, por ejemplo quizás como cuando durante el proceso un menor adquiere la calidad de púber que inicialmente no tenía), o para apoyar la alegación de “*hechos nuevos*” cuya introducción al objeto del proceso sea admitida (art. 121.2 del C.G.P., actual numeral 2 del art. 341 y numeral 3 del art. 253.2 del mismo código), o también en los incidentes.

De acuerdo al art. 149.3, en este caso del interrogatorio libre con previa citación el sobre (“*abierto o cerrado*”) con las preguntas a formular al interesado principal no tiene por que ser presentado al momento de ofrecer la prueba, sino que podría ser presentado hasta en el momento inmediato posterior a la declaración del objeto del proceso y del objeto de la prueba que tiene lugar durante la audiencia preliminar (suponiendo para dicho límite —pues el legislador no lo tuvo presente al establecerlo— que no se trate de una estructura procesal diferente del proceso ordinario, o de que aún tratándose del mismo la parte no se encuentre habilitada para proponer este medio de prueba incluso luego de tal audiencia preliminar). Esta conclusión que presento en realidad no surge claramente de ninguna

disposición expresa referida a esta clase de interrogatorio, aunque podría interpretarse que ella resulta de la remisión que realiza al art. 150 la parte final del primer párrafo del art. 149.3 del Código en su nueva redacción. De todas formas y aún si no fuera así, esta solución se puede fundar en que al respecto si existe una previsión en tal sentido en el art. 150.1 del C.G.P., referido a la absolución de posiciones, y que esta última previsión haría nacer por integración a través de la analogía una solución similar para el caso del interrogatorio libre con previa citación.

B) Por lo que refiere al interrogatorio “sin previa citación”, el mismo puede ser propuesto (o dispuesto de oficio) en las mismas oportunidades que el interrogatorio con previa citación, pero además “*en el curso de cualquier audiencia*” (art. 149.2 del C.G.P.), lo cual supone que el interesado principal cuya declaración se solicita o en este caso se dispone de oficio, se encuentre presente en dicha audiencia. Ello sin perjuicio de que conforme al numeral 5 del art. 24 del Código el tribunal pueda, además, disponer su convocatoria “*en cualquier momento*” (o sea aún cuando no esté en una audiencia), para requerirle “*explicaciones*” que eventualmente podrían llegar a ser tomadas como manifestaciones de conocimiento con eficacia de confesión.

3.3. ADMISIÓN

Como es sabido, toda vez que se proponga un medio de prueba el tribunal deberá resolver si ello resulta admisible, tanto por cumplir con los requisitos procesales formales (legitimaciones, etc., incluyendo en particular el momento en que se solicita), como con el requisito procesal de fundabilidad (comprendido de la admisibilidad en sentido estricto, la pertinencia, la conducencia y la necesidad).

Dicho control, y especialmente el de admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesidad, debe realizarse por el tribunal no solamente al disponer la producción de este medio de prueba, sino también durante el curso del mismo, en tanto sobre cada pregunta que se formula todo ello debe ser controlado, sujeto lo que resuelva el tribunal al contralor y eventuales recursos de los propios interesados principales. Y ello es así aún cuando el numeral 3 del art. 161 al que se remite el art. 149.1 del Código, por error no incluya ni el control de la admisibilidad ni el control de la pertinencia de las preguntas (y además refiera —claramente en forma incorrecta tratándose de estos medios de prueba que en el presente artículo se analizan— a la posibilidad de que el tribunal rechace las preguntas “*perjudiciales*” para el interesado principal, lo cual es a su respecto ilógico pues es e rechazo sería totalmente contrario al legítimo fin que tiene este medio de prueba en consideración).

3.4. PRODUCCIÓN

A) En principio la única persona legitimada procesalmente para prestar la declaración a la que refieren estos dos medios de prueba será el propio interesado principal, exigiéndose por la ley que esa declaración sea hecha “*por la parte personalmente*” (art. 151.1 del C.G.P.), de donde la única legitimación procesal admisible sería por identidad.

Si bien en mérito a esto no sería posible por ejemplo otorgar un poder para que un representante realice la declaración en nombre del interesado principal, existe un supuesto en el cual también está legitimado procesalmente para prestar esa declaración un apoderado. Se trata, conforme lo indica el art. 151.3 del Código, del caso en el que se cita a declarar a apoderados “*por los hechos realizados por estos en nombre de sus mandantes*” (la declaración en este caso versará sobre hechos realizados por el apoderado y no por el poderdante, bien que deben tratarse de hechos realizados en representación de este último).

Como aclaran VÉSCOVI⁴ y los coautores que le acompañan y aunque la solución sólo puede fundarse en una integración normativa por analogía que no mencionan, “*pese a la inexistencia de previsión, la disposición en examen también se aplica a los representantes legales (como los padres o tutores o curadores), que pueden ser sujetos de la declaración sobre hechos personales cumplidos en la representación legal que invisten*”.

En cualquier caso, no deja de ser preocupante la situación que se puede plantear cuando el proceso se realiza a través de un apoderado en razón, por ejemplo, de que el interesado principal reside en un lugar lejano a la sede del tribunal (en particular en el extranjero), o tiene serias dificultades para comparecer personalmente. En estos supuestos, si bien el art. 152 del Código permite que cuando el interesado principal se domicilia a más de cien kilómetros de la sede o en el extranjero, la declaración se preste ante tribunal comisionado al respecto, pareciera que ello puede atentar contra el principio de economía procesal (especialmente de tiempo). Y, por otro lado nada, se prevé cuando se trata de serias dificultades por otras razones (como por ejemplo sería la edad muy avanzada del interesado principal). Por todo ello lo más razonable habría sido que la disposición estableciera que el tribunal pudiera admitir la declaración por representante cuando, al igual que sucede en la audiencia preliminar, exista “*motivo fundado*” (art. 340.1 del C.G.P.) para que el interesado principal no comparezca personalmente. De todas formas, en caso de incomparecencia o de negativa a declarar, etc., según el art. 149.4 del mismo código la presunción simple que va a nacer en contra del interesado principal que no comparece a la audiencia sólo nacerá si ello sucedió

⁴ VÉSCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M., PEREIRA, Santiago, *Código General del Proceso*, t. 4, Abaco, Buenos Aires, 1998, pág. 377.

“*sin causa justificada*”, lo cual de alguna forma nos remite a los “motivos fundados” que menciona el ya citado art. 340.1 para no comparecer personalmente en la audiencia preliminar, y en tales casos no nacería la presunción (bien que en el supuesto del art. 340.1 se admite que en esos casos comparezca un representante y, en cambio, en este caso ello no sería admisible y deberá prescindirse de la declaración del interesado principal).

Ahora bien, como se recordará no es suficiente con tener legitimación procesal para poder realizar un acto procesal, necesitándose también a tal efecto poseer capacidad procesal. De regla general esta última (con algunas excepciones) requerirá que el interesado principal sea persona física, haya cumplido dieciocho años de edad, no haber sido judicialmente declarado incapaz al momento de realizar el acto y no lo sea notoriamente en el momento de realizarlo (en el último caso siempre que luego se haya declarado judicialmente esa incapacidad).

De manera que si el interesado principal carece de capacidad procesal no es admisible emplear este medio de prueba, y si tenía esa capacidad procesal cuando se admitió el medio de prueba pero la perdió al momento de la declaración, la declaración debe ser dejada sin efecto por el tribunal.

No obstante, atendiendo precisamente a que existen a menudo supuestos en los que el interesado principal carece de alguno de estos requisitos (por ejemplo por ser menor de edad o por ser una persona jurídica), el art. 151.2 del Código otorga una capacidad procesal especial a los “*menores púberes*” (actualmente menores que han cumplido trece años de edad), admitiendo que en este caso el tribunal “pueda” (se trata de una “*facultad residual*”, librada a la discrecionalidad del tribunal) interrogarlos, bien que ello “*se efectuará en presencia de su representante legal*” (“*salvo casos de imposibilidad* —de que se encuentre presente ese representante legal— *que el tribunal apreciará libremente*”, situación en la que se ha postulado por KLETT que no debe interrogarse sin el representante legal, y que debe dejarse en suspenso el interrogatorio hasta que pueda asistir el mismo o, si la imposibilidad apareciere como definitiva, nombrarse al menor, a ese efecto, un “*curador ad litem*”; aunque conforme entendió TARIGO en interpretación a la que adhiere ETTLIN pero que no comparto, con la redacción de la disposición lo que se autorizaría al tribunal en tales casos de imposibilidad de estar presente su representante es a tomar la declaración sin su presencia).

VÉSCOVI y los coautores que lo acompañan plantea asimismo el problema de los menores emancipados y habilitados, así como el de los menores en relación a su peculio industrial o profesional, postulando que en tales casos su declaración debe hacerse sin necesidad de que participe de ella el asistente (curador ad litem), sin perjuicio de que la confesión

eventual sólo valdrá como tal cuando se vincule a algún acto para el cual el menor en estas condiciones tenga conforme a la ley capacidad plena.

En otro sentido bien importante, atendiendo al supuesto de falta de capacidad procesal del interesado principal por tratarse de una persona jurídica, el art. 151.4 del C.G.P. prevé que en tal caso es admisible emplear este medio de prueba, pero al efecto de prestar la declaración “*La persona jurídica citada, deberá designar a la persona física que la integra que habrá de comparecer al acto de interrogatorio (...) por su conocimiento de los hechos controvertidos*”. La posibilidad de elegir a otra persona diferente del o de los representantes orgánicos de la persona jurídica se establece en razón de que estos últimos pueden no estar en las mejores condiciones para afrontar el interrogatorio, como por ejemplo si se cita a declarar al ministro del ramo en el caso de un accidente de tránsito protagonizado por un vehículo de dicho ministerio, o al presidente del directorio de una empresa multinacional respecto al horario de trabajo de un empleado de una de sus sucursales.

Sin perjuicio de ello se debe desde ya anotar que el mismo art. 151.4 prevé que de todas maneras la contraparte pueda solicitar, o aún el tribunal disponer de oficio, “*el interrogatorio en calidad de testigo de cualquier otra persona que tenga la condición de representante estatutario o legal de la persona o integrante de su dirección*”, planteándose en este caso alguna duda acerca de su declaración debe ser valorada como la propia de un representante del interesado principal o como la de un testigo común (inclinándome personalmente por esta última intelección, en razón de que justamente su convocatoria se realiza “*en calidad de testigo*”).

B) Pasando directamente a la audiencia, presentado el declarante en la misma según el art. 149.1 el interrogatorio debe realizarse por el tribunal (comenzando, cuando la declaración fue con previa citación, por las preguntas formuladas por la contraparte en el pliego presentado al efecto), y una vez terminado el mismo “*las partes, por intermedio de sus abogados* (nuevamente la ley otorga una legitimación procesal extraordinaria a los abogados para realizar actos procesales en nombre de sus asistidos, aún cuando ni siquiera tengan el poder tan informal previsto en el art. 44 del Código), *podrán interrogarse libremente, pero sujetas a la dirección del tribunal, conforme con lo dispuesto por el numeral 3) del art. 161*”.

Como se advertirá, la ley prevé que el interrogatorio lo realice en principio el propio tribunal (lo mismo se prevé para el caso de las declaraciones testimoniales), lo cual entiendo —y la práctica parece en ocasiones demostrarlo— que permite desvirtuar la necesaria imparcialidad que debe tener el tribunal; bien que también desde un punto de vista práctico esta forma de proceder tiene la virtud de obligar al tribunal a conocer detenidamente las previas

actuaciones procesales, lo cual también ha demostrado la práctica forense que no siempre ocurre.

Por otro lado debo mencionar que la referencia del art. 149.1 al numeral 3 del art. 161 del Código está realizada respecto a una disposición notoriamente incompleta, en tanto en este último artículo se prevé que el tribunal puede “*rechazar cualquier pregunta que juzgare inconducente, innecesaria, dilatoria, perjudicial o agravante*”, no incluyéndose también el necesario control de admisibilidad y de pertinencia que frente a cada pregunta al declarante debe el tribunal realizar, e incluyéndose, por otra parte, que el tribunal debe rechazar las preguntas “*perjudiciales*” para el declarante, lo que en el caso del medio de prueba que nos ocupa resulta absurdo, pues justamente lo que se pretende con este medio de prueba —al menos por la contraparte— es obtener —legítimamente— una respuesta del declarante perjudicial a su interés.

No puede dejar de anotarse que en cualquier caso el declarante siempre debe responder en forma personal, de tal manera que no corresponde que sea asistido por su abogado en ese acto (sin perjuicio de que dicho abogado se encuentre presente), ni que pueda consultar a alguien, incluido su propio abogado, ni (por norma nacida por integración analógica con lo dispuesto por el mismo código respecto a la prueba testimonial) leer “*notas ni apuntes*”, físicos o electrónicos (“*a menos que el tribunal lo autorice cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas o en los demás casos que se considere justificado*”: numeral 4 del art. 161 del Código).

Y, como dice la disposición, culminada la fase inicial “*las partes podrán interrogarse libremente*”, lo cual debe entenderse —especialmente a la luz de la parte final del art. 148.1— que solamente autoriza a interrogar al declarante a su contraparte y nunca a su propio abogado.

De todas formas y quizás por imprevisión del legislador, queda en la discrecionalidad del tribunal (igual que cuando —con más trascendencia— se interroga por ambas partes a un testigo luego del interrogatorio que le realiza el tribunal), establecer en cada caso la norma singular y concreta que determine si primero interrogará al declarante su contraparte y recién luego su propio abogado le podrá formular preguntas “*aclaratorias*”, o al revés.

Debo asimismo consignar que a la declaración de interesado principal también le es de aplicación la previsión general del art. 65 del Código (“*En todos los actos procesales se utilizará, necesariamente, el idioma castellano. Cuando deba ser oído quien no lo conozca, el tribunal nombrará un intérprete*”).

E igualmente debo consignar (aunque ello se encuentre previsto especialmente sólo en sede de la prueba testimonial), que ya sea por aplicación de las reglas generales al respecto

o inclusive por integración analógica con la regla establecida para la prueba testimonial en el art. 156.2 el interesado principal puede (en realidad debe) “*rehusarse a contestar preguntas que violen su deber o facultad de reserva*” cuando está amparado por el secreto profesional o por disposición de la ley deba guardar secreto, no pudiendo el tribunal relevarlo legítimamente de dicho deber.

Parece ser igualmente de aplicación al supuesto de interrogatorio de interesado principal la regla que establece el art. 160.5 en relación a la prueba testimonial y que refiere a un supuesto que solamente no está contemplado por el legislador por una cierta falta de sistematización. Dicha regla, que sería aplicable por integración analógica y al margen de que sea altamente discutible que el salario deba ser cubierto por el empleador y no por toda la Sociedad, establece que “*No se descontará del salario del testigo compareciente el tiempo que estuvo a disposición del tribunal*”. Y también se aplicará al medio de prueba en estudio en mérito a la integración analógica (y entiendo que no solamente cuando se trata de una audiencia en la que presta declaración, sino en todo caso de concurrencia a una audiencia procesal), la norma que resulta del numeral 6 del art. 161 del Código: “*A solicitud del testigo (en el caso del interesado principal que muchas veces ni siquiera tendrá el justificativo de una “previa citación”), se expedirá constancia de su concurrencia a la audiencia, la que constituirá justificativo suficiente, en lo laboral, relativo a haberes a percibir por horas no trabajadas*” (en realidad será prueba suficiente no sólo para percibir los haberes por el tiempo no trabajado, sino de la misma ausencia al trabajo, que por supuesto tiene otras muchas consecuencias aparte de las vinculadas al cobro de esas horas).

No es en cambio de aplicación, en ningún supuesto, la norma edictada para la declaración de ciertos testigos por el art. 163 (“*Declaración por informe*”), pudiendo en estos casos solamente relevarse sin consecuencias para el citado de la declaración del interesado principal que no concurre (no sustituyéndola sino simplemente dejándola sin concretar, sin producir), por lo que establece el art. 149.4 del Código (por la existencia de una “*causa justificada*”).

C) En otro sentido y como ya adelanté, el art. 152 del C.G.P. establece que cuando el interesado principal se domicilia a más de cien kilómetros de la sede del tribunal o en el extranjero, el interrogatorio se realice por medio de tribunal comisionado (supuesto de delegación externa de competencia —es decir legitimación procesal— del tribunal).

A este respecto basta cotejar la redacción del citado artículo con la del art. 160.6 que refiere a la prueba testimonial, para advertir cuando mejor es la solución establecida para este último supuesto, la que sin ninguna dificultad podría haberse extendido por simple remisión al caso de los medios de prueba a que refiere este artículo.

D) En cuanto a la documentación de esta declaración las principales normas las encontramos en los arts. 102, 103 y 343.5 del C.G.P., referidos a las audiencias.

De acuerdo a la primera de dichas disposiciones, todo lo que sucede en el curso de una audiencia debe documentarse a través de un acta (esta acta se debe definir como un instrumento público en el que se realiza un relato circunstanciado de los hechos que tuvieron lugar en la audiencia); acta que se labrará “*durante su transcurso o al cabo de ella*”. En general, aunque ello suele provocar interrupciones y distraer la atención de los actos que se deben realizar, a los efectos de evitar omisiones o errores naturales por el transcurso del tiempo el acta se va labrando a medida que se desarrolla la audiencia y no al final de la misma. En este orden es bueno señalar que si los jueces pudieran siempre contar con funcionarios preparados para ir recogiendo lo que sucede y, además, los interesados principales pudieran al menos contar con una pantalla o “monitores” donde seguir la redacción que se le está dando al acta (como ya se hace actualmente en algún juzgado), mejoraría seguramente mucho la citada práctica de ir labrando el acta en forma simultánea al desarrollo de la audiencia.

Conforme ese mismo artículo señala y al efecto de evitar que por el afán de recoger exactamente lo sucedido se interrumpa continuamente el curso de la audiencia, tomándose una solución ya prevista en algunas normas del derogado C.P.C. y que encuentran remotos orígenes en la Historia del Derecho, la documentación de la audiencia debe estamparse en el acta en forma “*resumida*”. Esta clase de acta resumida no genera excesivos problemas en todos los casos, pero suele criticarse mucho cuando como en el caso se trata de recoger en ellas declaraciones, desde que difícilmente pueden documentarse dichas declaraciones en forma “*resumida*” sin alterar su misma esencia (y recuérdese que estas declaraciones suelen tener mucha importancia para la prueba al momento de dictar la sentencia, e incluso y aún más, para la segunda instancia).

Aunque según los arts. 117 y 122 de la ley n° 15.750 el labrado del acta debería estar en manos del actuario o secretario del tribunal, bajo la supervisión del tribunal, en la práctica de las audiencias ante tribunales unipersonales ello se suele realizar por el mismo juez, a menudo con el auxilio material de un funcionario que no es el actuario.

En el labrado del acta el papel del tribunal es preponderante pues —recordando que el acta es resumida— en principio será él quién determine lo que se va a consignar y cómo es que ello va a quedar consignado.

Empero, el segundo párrafo del art. 102 establece el derecho de los interesados principales a solicitar que en el acta se consignen aquellos hechos que entiendan corresponde dejar asentados para “*asegurar la fidelidad del resumen*” (o para solicitar que la forma en que

ellos se consignan sea diferente de la que adoptó el tribunal). El tribunal deberá resolver en forma inmediata sobre dichas solicitudes, pudiendo además impugnarse mediante el recurso de revocación lo que al respecto se decida (según VÉSCOVI y sus colaboradores, a tenor de lo que dispone el párrafo segundo la apelación no sería en cambio admisible, no obstante lo cual entiendo que tal extremo no resulta de dicha disposición y que, en consecuencia, la resolución sí es apelable), recurso de reposición sobre el cual el mismo tribunal deberá también resolver inmediatamente (art. 246 del C.G.P.).

En el caso de suscitarse discusiones sobre la redacción del acta, esas mismas discusiones también deberían asentarse en ella, incluyéndose la resolución del juez y la eventual recurrencia y resolución de la recurrencia (caso contrario, si se entiende que la resolución original no es apelable, la nulidad que por falta de fidelidad se atribuye por el impugnante al acto de documentación en cuestión quedaría convalidada: art. 112 del C.G.P.).

Finalmente, el art. 102 autoriza a registrar todo o parte del curso de la audiencia —documentación que obviamente no será entonces resumida— por otros medios diferentes de la escritura (como una videofilmación o una grabación magnetofónica), con lo cual —en especial y además de despejar las posibles discusiones sobre lo que el declarante expresó o no expresó y acerca de la forma en que se expresó— se permitiría a un tribunal que actúe en segunda instancia valorar en mucho mejor forma los medios de prueba diligenciados en las audiencias (y aún al propio tribunal que estuvo presente en la audiencia, en tanto a menudo la sentencia se dicta mucho o muchísimo después de tomadas las declaraciones en cuestión). Sucede particularmente que la trascripción en actas de los relatos orales (en especial de testigos, partes, peritos) les hace perder esa peculiaridad que constituye, a su vez, su riqueza potencial. La palabra oral no se ve plenamente reflejada en la escritura, ni siquiera cuando la trascripción es total y no resumida como ocurre de regla conforme al C.G.P., ya que muchos de sus rasgos particulares portadores de sentido no tienen un equivalente gráfico. La entonación, el ritmo, el volumen, las pausas, los énfasis, la mirada, la desenvoltura y todos sus cambios a través de la conversación no pueden ser simplemente trasladados al lenguaje escrito, perdiéndose así no sólo información, sino también alterándose notablemente su significado. No obstante todo esto, la carencia de infraestructura de nuestros tribunales que podrían perfectamente tenerla sin mucho costo dados los notables y diarios avances técnicos que resulta innecesario reseñar, hace muy poco habitual —al menos a la fecha— el empleo de estos otros mucho mejores medios de registro de las audiencias que ya se emplean habitualmente en otros países.

De todas maneras actualmente la parte final de este artículo 102, en redacción dada por la ley n° 19.090 atendiendo precisamente a estos problemas que hemos señalado —y

que no son por cierto menores en orden a un proceso dotado de garantías— dispone: “La Suprema Corte de Justicia establecerá, por vía reglamentaria, las medidas necesarias para la implementación de un sistema de registro a través de las nuevas tecnologías que permita documentar lo ocurrido en la audiencia. Mientras no se aplique el registro que prevé el inciso anterior, se podrá disponer en casos complejos, la reproducción por medios técnicos, total o parcialmente, de lo actuado en las audiencias” (y no ya en forma resumida).

E) Por último, en cuanto a la retractación o revocación de la confesión TARIGO⁵ ha entendido que “Por lo que refiere a la llamada irrevocabilidad de la confesión, el CGP ha hecho bien en eliminar la referida expresión. Como señalara Guasp, hablar de irrevocabilidad de la confesión significaba utilizar una terminología equivocada, basada en la creencia errónea de que la confesión consiste, no en una declaración de conocimiento, sino en una declaración de voluntad”.

Sin perjuicio de ello resulta interesante tener presente que este problema vinculado a la retractación o revocación de la declaración de interesado principal susceptible de ser valorada como confesión, al igual que sucede con respecto al problema de la indivisibilidad o divisibilidad de la misma, solamente puede merecer la atención del legislador cuando la valoración de dicha confesión se encuentra —como entiendo que sucede todavía en nuestro Derecho— tasada por la ley, resultando por demás evidente que hasta su mero planteo es innecesario si la valoración de la confesión debiera ser realizada conforme a las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, en nuestro Derecho y precisamente porque la confesión tiene un valor tasado por ley y no se debe valorar según las reglas de la sana crítica, no priva de valor a esa confesión su eventual retractación o revocación. No obstante, una nueva declaración en la que el declarante se desdice de lo antes expresado es admisible y valorable para destruir la fuerza convicta de la confesión, siempre (y solamente) “cuando constare haber sido determinada por error, violencia o dolo” (art. 153.2 del Código), coincidiendo esta regla con la que con ámbito general ya indica el art. 62 del C.G.P. (aunque vale decir que no es imaginable un supuesto de “dolo” de terceros o de la contraparte que pueda permitir la retractación de la confesión si el hecho fue cierto, o que si la existencia del hecho fuera falsa no ingrese ya en la categoría de “error” que indica el mismo artículo).

Y, como señalan los autores dirigidos por LANDONI SOSA⁶, “Aunque la disposición se refiere sólo a la confesión real, creemos que el mismo criterio debe aplicarse a la confesión ficta”

⁵ TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, F.C.U., Montevideo, 1994, pág. 49.

⁶ LANDONI SOSA, Ángel (Director), GARDERES, Santiago, GONZÁLEZ, María Eugenia, GÓMES, Fernando, VALENTIN, Gabriel, *Código General del Proceso*, vol. II-A, B. de F. Ltda., Buenos Aires, 2003, pág. 474.

(aunque el supuesto sea en ese caso poco imaginable); y, pese a que el artículo tampoco lo dice expresamente, debe entenderse que en el caso de error debe tratarse de un error de hecho (y no sobre el Derecho), puesto que el error de Derecho no excluye que el hecho haya sido real, sino que sólo determina que las consecuencias jurídicas que de ese hecho pensó el declarante que se derivaban eran diferente a las que según el Derecho corresponden (pero el hecho, que es lo que se declara, existió).

Asimismo y por aplicación de lo que dispone el art. 62 del Código y aunque el artículo tampoco lo indica, puede sostenerse que el error debe ser “*no culpable*” (un error en el que incurrió el declarante sin mediar su culpa).

En este sentido un ejemplo de error no culpable podría ser aquel en el que incurre un declarante cuando reconoce que ha sido el quién ha atropellado al peatón, y luego varios testigos declaran que en realidad ha sido el peatón quién se ha lanzado sobre el vehículo del declarante y no el declarante sobre el peatón.

Complementando lo anterior puede señalarse que cuando en la declaración se confiesa por el sujeto en forma dolosa la existencia de un hecho que no existió (por ejemplo para defraudar a un tercero acreedor del demandado, en un proceso donde se simula la existencia de un préstamo), nos encontramos ante una variante de proceso fraudulento, en cuyo caso se viola el requisito de la buena fe, veracidad y licitud a que alude el art. 63 del Código, y por lo tanto no es que en tal caso exista retractación o revocación de la confesión, sino que lo que existe es una nulidad de la misma que deberá ser decretada por el tribunal.

3.5. VALORACIÓN. PRESUNCIONES

A) Tratándose del interrogatorio con previa citación debe considerarse, en primer lugar, el supuesto en el que el citado concurra y responda sin respuestas evasivas o inconducentes (art. 149.4).

En tal caso solamente se podrán tomar en cuenta por el tribunal las declaraciones de conocimiento sobre los hechos objeto de la prueba que sean opuestas al interés de ese declarante; esto es, aquellas que contradicen lo que antes hubiera alegado sobre la existencia o inexistencia de esos mismos hechos (o sea, cuando el declarante “confiesa”), no pudiéndose nunca tomar en cuenta como prueba las declaraciones que el mismo declarante formule apoyando lo que antes hubiere alegado.

Y antes de proseguir resulta conveniente señalar que nunca puede tomarse a la “confesión” como medio de prueba en si misma. Si recordamos el concepto que entiendo corresponde a la expresión técnica “*medio de prueba*” (“*todo procedimiento susceptible de llegar a*

provocar en el tribunal una razonable convicción acerca de la verdad o falsedad de la existencia de un hecho que está comprendido en el objeto de la prueba”), advertiremos que la confesión no es un medio de prueba, sino que con esa denominación se hace referencia a una declaración de conocimiento sobre hechos realizada por un interesado principal contra su propio interés, la que puede ser lograda en el proceso o introducida en el mismo por diversos medios de prueba, que incluyen no solamente al interrogatorio libre y a la absolución de posiciones que estamos analizando, sino también al menos al careo y a la prueba por testimonio o documentos (que demuestren que el interesado procesal ha confesado, incluso extrajudicialmente).

El problema que se plantea de todas maneras, en particular con la redacción del art. 153 del C.G.P. (que regula la “*confesión*” en general y no solamente la que puede resultar del medio de prueba que estamos estudiando), refiere a si el valor de la prueba obtenida por la declaración de interesado principal se encuentra legalmente tasado —como explícitamente lo indicaba antes el art. 434 del C.P.C.— o si se trata de una prueba que debe ser valorada por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Y ello es muy importante pues de ser una prueba tasada la misma excluye toda posibilidad de que puedan tomarse en cuenta las resultancias de otros medios de prueba producidos en el proceso. Se trataría en tal caso, por ejemplo, de que si el declarante admite —en contra de lo que antes hubiere alegado— que es el responsable de un accidente por haberse desplazado con la luz de un semáforo en rojo, tal declaración determinaría que eso fue lo que ocurrió, aún cuando por ejemplo algunos testigos no tachables hubieren testificado lo contrario (en su favor). En cambio, si se tratare de una prueba valorable según las reglas de la sana crítica, el tribunal podría dejar de lado el valor de dicha declaración y dar en cambio por cierto lo que afirmaron los varios testigos que declararon lo contrario.

Sobre este problema entiendo debe tomarse en cuenta que el texto del art. 153.2 del Código expresa que “*La confesión judicial hace prueba contra la parte que la realiza*” (salvo naturalmente que se tratare de “*hechos respecto a los cuales la ley exige otro medio de prueba o recayere sobre derechos indisponibles*”, como el mismo artículo aclara, siendo un ejemplo de los primeros la celebración de una compraventa de inmueble que requiere escritura pública, y de los últimos en general las cuestiones relativas al estado civil), y que en cambio el texto del art. 153.3., referido éste a la declaración con previa citación a la que no concurre el citado, expresa que “*hace prueba, salvo en lo que resultare contradicha por las demás pruebas producidas u otras circunstancias de la causa*”, es decir, tan sólo establece una presunción simple a favor de la contraparte del citado que no concurre.

Al respecto las opiniones de los diversos autores se hayan divididas, postulando por ejemplo TARIGO, ALONSO DE MARCO, MARABOTTO, los autores dirigidos por LANDONI SOSA y ETTLIN (y aparentemente, conforme este último autor, algunas de las últimas sentencias de la Suprema Corte de Justicia), que en nuestro Derecho la confesión ya no sería más una prueba legalmente tasada y que debería valorarse conforme a las reglas de la sana crítica. Por otro lado por ejemplo KLETT y VÉSCOVI junto a los coautores que lo acompañan (y también TEITELBAUM según indica KLETT) han entendido —en interpretación a la que adhiero, aún aceptando que quizás hubiera sido más adecuado que la legislación incluyera a las resultancias de estos medios de prueba entre las valorables conforme a la sana crítica— que de acuerdo a la redacción del art. 153.2 del Código la confesión obtenida por este medio de prueba tiene todavía un valor tasado por la ley (art. 153.2), y que por ende hace “plena” prueba, no pudiendo el tribunal valorarla de forma distinta.

Confirman a mi entender la interpretación postulada varias circunstancias.

En primer lugar la circunstancia de que en la disposición señalada se exprese que la confesión “*hace prueba*” y luego que “*hace fé*” (bien que lo que la disposición hace es indicar cuando “*cesa de hacer fé*”), todo lo cual sería totalmente innecesario si no se quisiera expresar por el legislador algo diferente de lo normal en materia de valoración de las resultancias de los medios de prueba (es decir, algo diferente de la regla conforme a la cual las resultancias de los medios de prueba se valoran de acuerdo a las reglas de la sana crítica).

En segundo lugar que cuando se trata de la llamada por el art. 153.3 “*confesión ficta*” (que en realidad no es propiamente una “*confesión*” sino tan sólo una circunstancia que hace nacer una presunción simple en contra del llamado a declarar), se indica que ella también “*hace prueba*”, pero aclarándose en su caso que ello sucederá salvo que pudiere resultar algo diferente de la valoración de las resultancias de otros medios de prueba, lo cual, como se observará, manifiestamente indica que el legislador quiere marcar una diferencia entre esta confesión que llama ficta y la confesión normal o real, diferencia que sólo se explica si se concluye que para el legislador la confesión normal o real no pierde eficacia por lo que resulte de otros medios de prueba (es decir, se trata de una prueba con valor tasado por ley: plena prueba).

En tercer lugar, por cuanto carece totalmente de sentido que el legislador indique que la única posibilidad de que se pueda destruir el valor de una confesión es cuando conste que fue realizada “*por error, violencia o dolo*” (art. 153.2), desde que si las resultancias de estos medios de prueba se debieran valorar conforme a la sana crítica, no debería existir ningún impedimento para admitir una retractación por otras razones, si conforme a la sana crítica

ellas resultaren aceptable (por ejemplo, por haberse confesado falsamente algo bajo la inspiración del afecto conyugal o filial).

Y, en cuarto lugar, porque como hacen notar VÉSCOVI y los coautores que le acompañan⁷, “*la nueva formulación del Código Civil (refieren a la ley nº 16.603), que no repite en el art. 1608 la voz tradicional ‘plena prueba’, no incide en el tema de interpretación sometido a consideración, por cuanto el texto actual del ordenamiento sustantivo solo se limitó a adecuar sus disposiciones al CGP. En todo caso, la lectura atenta de otras normas conducen a ratificar el criterio aquí postulado. En efecto, debe observarse que en la regulación de los medios de prueba admisibles en el proceso de separación de cuerpos y divorcio, el art. 166, del Código Civil, tiene una gran amplitud, no consagrando ninguna limitación; en cambio, en el área de la valoración de los medios consagra una excepción, precisamente atinente a la confesión: expresa la norma citada que la confesión ‘no será bastante’ para que la separación sea decretada. La expresión referida sólo adquiere cabal comprensión si se relaciona con el valor que atribuye la ley —con carácter general— a la confesión; dicho en otros términos: el legislador debió hacer constar el diverso valor que le asignaba en este proceso especial, habida cuenta de que si no lo hacía, regía la norma general, es decir, la que le asigna eficacia convictiva decisiva o de plena prueba*”.

Contra estas normas de nuestro Derecho que continúan estableciendo una tasa legal para la declaración de un interesado principal calificable como confesión se han alzado varias voces, con argumentos que no todos pero si algunos considero compatibles.

Así por ejemplo y aunque no refiera directamente a nuestro Ordenamiento Jurídico pero con apreciaciones que le son pertinentes, expresa bastante enfáticamente TARUFFO⁸: “*Por lo general, la confesión tiene un valor jurídico establecido por el derecho: la declaración hecha por la parte en cuestión será considerada como verdadera. Por consiguiente, no puede ser objetada por elementos de prueba contrarios ni puede ser valorada discrecionalmente por el tribunal, excepto en unos pocos casos específicos regulados por el derecho. La justificación aducida habitualmente para justificar el efecto vinculante de la confesión es una especie de máxima del sentido común según la cual nadie admitiría la verdad de un hecho desfavorable a menos que tal hecho fuera verdadero. Sin embargo, ésta es una justificación muy endeble: el mismo argumento sería más racional si se usara para poner un estándar para la valoración discrecional del valor probatorio de la confesión de una de las partes, y no como el fundamento para justificar su efecto*

⁷ VÉSCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M., Pereira, Santiago, *Código General del Proceso*, t. 4, Abaco, Buenos Aires, 1998, pág. 406.

⁸ TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 72/73.

vinculante. En realidad, la confesión como declaración probatoria vinculante es una reliquia del pasado que sigue existiendo simplemente por la inercia de algunos legisladores europeos”.

En todo caso resulta naturalmente admisible sostener que el sistema de tasa legal que nuestro actual Derecho establece para la declaración de interesado principal es inconveniente, y que debería quizás sustituirse por un sistema de valoración conforme a la sana crítica. Pero aún así lo que al margen de lo que algunos operadores forenses puedan entender que hubiera sido más conveniente, lo que establece la ley vigente y que naturalmente en un Estado de Derecho —por demás Republicano— no puede ser ignorado y debe ser cumplido, es, a mi entender bastante indiscutiblemente, una tasa legal que atribuye el valor de plena prueba a la denominada confesión. Y los tribunales no pueden ignorarlo ni dejarlo de lado por más que algunos de sus integrantes consideren que sería más justo algo diferente de lo que aprobó el Parlamento.

Pues bien, la declaración que encierra una confesión normal o real deberá entonces ser valorada como plena prueba. Todo ello, claro está, “*salvo que se tratare de hechos respecto de los cuales la ley exige otro medio de prueba* (por ejemplo la escritura pública en caso de compraventa de un inmueble) *o recaere sobre derechos indisponibles*” (art. 153.2 del Código), en cuyo caso la respuesta del declarante no podrá ser suficiente para dar por confirmada la existencia o inexistencia del hecho, bien que —como ya expresé precedentemente— podría ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica para coadyuvar en dar a la existencia o inexistencia del hecho por confirmada junto a lo que resulte de otros medios de prueba que, sin ser tampoco suficientes por sí solos para dar por probada esa existencia o inexistencia del hecho, indicaran en la misma dirección (así lo expresa directamente y por ejemplo el art. 166 del Código Civil, al indicar que “*no será bastante*” la confesión para dar por probada la existencia de una causal de separación o divorcio, lo cual implica que ella es admisible aunque sólo podrá coadyuvar a afirmar la confirmación del hecho que pueda resultar de otros medios de prueba).

En cuanto al problema de la divisibilidad de la confesión (estrictamente la “divisibilidad de la declaración del interesado principal”) que puede operarse a través de este medio de prueba cuando no se trata de una confesión “simple” (como por ejemplo lo sería “es cierto que recibí el dinero prestado que reclama el actor”), se trata de un problema que reitero que en última instancia también tiene sentido de ser planteado solamente cuando la valoración de las resultancias de estos medios de prueba se encuentra legalmente tasada (y no cuando ellas se valoran por la sana crítica). Igual postura manifiesta ETTLIN⁹, quien expresa que

⁹ ETTLIN, Edgardo, “De la valoración de la confesión en el proceso civil”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 147, 2013, Sec. Doctrina, pág. 106.

“En un sistema de apreciación de la confesión conforme a las reglas de la sana crítica como el uruguayo (este autor adhiere a tal posición), entendemos que plantear si la confesión debe evaluarse como divisible o indivisible es plantear un falso problema”.

Sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la confesión, que tiene un tratamiento diferente cuando ella se presenta en el curso de un Proceso Penal, se han ido dando en la Doctrina, la Jurisprudencia y los Derechos Positivos varias posiciones (incluso en el art. 1.608 de nuestro Código Civil se establecía la “indivisibilidad” de la confesión, pero ello fue suprimido de su texto por la ley nº 16.603).

Así, conforme a una posición la declaración en la que el declarante manifieste que recibió el dinero reclamado por el actor pero que lo devolvió, o de que recibió el dinero reclamado por el actor pero que lo hizo en calidad de donación y no de préstamo, siempre debe dividirse, otorgando el valor de confesión a la parte desfavorable para el declarante (recibió el dinero) y ningún valor a lo que le es favorable (lo devolvió o, en su caso, lo recibió como donación).

De acuerdo a otra posición, la declaración no es nunca susceptible de división, por lo que debería aceptarse en su integridad, lo que en el ejemplo recién dado significaría que no medió confesión del demandado acerca de que recibió el dinero, puesto que también debería aceptarse que lo devolvió o, en el otro caso, que lo recibió como donación (en otras palabras, en ese caso la declaración no sería una confesión de que es cierto lo afirmado por el actor, y carecería entonces de eficacia probatoria).

Finalmente una tercera posición postula la indivisibilidad de la declaración pero relativa, según que no exista o que exista independencia entre el hecho perjudicial declarado y la otra circunstancia o hecho declarado que es favorable al declarante. Si no existe independencia la declaración se denomina “calificada” y para algunos autores “compleja” (“recibí el dinero, pero no como préstamo sino como donación”) y no sería susceptible de división (por lo que no se tendrá por confesada la recepción del dinero); si existe independencia la declaración se denomina “confesión compleja” y para algunos autores “compuesta” (“recibí el dinero en préstamo, pero luego lo devolví”), y en tal caso se deberá tener por confesada la recepción del dinero en préstamo, pero en cambio carecerá de eficacia probatoria la afirmación del declarante de que devolvió el dinero recibido en préstamo.

Al respecto y remitiéndome a una única opinión que resume las conclusiones que comparto (especialmente en cuanto a través de la ley nº 16.603 se quitó del art. 1.608 del Código Civil la mención a la indivisibilidad), señalan VÉSCOVI y los autores que le

acompañan¹⁰ que: *“En síntesis; cuando se introducen modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, cuando existe un grado de unidad tal en todas las circunstancias del hecho, esa declaración (que podrá ser calificada o compleja según los autores) no podrá dividirse, en tanto no es posible separar las circunstancias adicionadas, del hecho sobre el que inicialmente se declaró* (como por ejemplo, agrego, confiesa que recibió el dinero pero añade que no lo recibió en carácter de préstamo sino de donación). *Por el contrario, cuando el declarante confiesa el hecho desfavorable, pero alega otro hecho, independiente, autónomo, que no constituye una unidad jurídica con aquel* (como por ejemplo, agrego, confiesa que recibió el dinero en préstamo pero que lo devolvió, o que circulaba antirreglamentariamente pero agregando que los daños que causó al otro vehículo no fueron los que indicó el actor), *la declaración es compuesta y, por ende, divisible. La declaración con esta modalidad tiene dos actos, por un lado, una declaración confesoria y, por otro, una alegación cuya carga probatoria como tal pertenece al que lo invoca”* (es decir al declarante).

Veamos ahora, en segundo lugar, el supuesto de ese mismo interrogatorio libre con previa citación pero al que el citado no concurre (*“sin causa justificada”*), o al que concurre pero se niegue a declarar o aún declarando brinda respuestas evasivas o inconducentes.

En este caso el art. 149.4 del Código expresa que estas actitudes *“harán presumir ciertos los hechos de la demanda o contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión”*, con lo cual resulta claro que se está estableciendo una presunción simple (comprensiva de todos los hechos) en contra de dicho interesado principal, lo cual estrictamente no constituye una regla de valoración de la prueba, sino —como ya hemos visto— tan solo una regla que se aplicará por el tribunal cuando concluida la valoración de la prueba el mismo no pueda entender que está confirmada ni la existencia ni la existencia del o de los hechos en cuestión. Claro que esta presunción solamente nacerá, en el caso de no concurrencia, si ella no se debe a *“causa justificada”*.

Lo que sin embargo se plantea es otra interrogante nacido de lo que dispone el numeral 5 del art. 24 del Código, en cuanto esa disposición autoriza a citar de oficio a los interesados principales *“para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”* (explicaciones que entiendo pueden referir no sólo a las manifestaciones de voluntad sino también a la existencia o inexistencia de los hechos que ha alegado). Si el citado de oficio de esta manera (supuesto en el que a diferencia del que estamos considerando no está regulado por el art. 149.3 no existen preguntas previamente presentadas por una

¹⁰ VÉSCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M., PEREIRA, Santiago, *Código General del Proceso*, t. 4, Abaco, Buenos Aires, 1998, págs. 442/443.

parte), no concurriere o concurriendo brinda respuestas evasivas o inconducentes, ¿nace también en su contra la presunción simple que establece el art. 149.4? Entiendo que la respuesta es afirmativa dado que el supuesto se subsume sin esfuerzo alguno en lo que establece esta última disposición.

En otro sentido entiendo que —al igual que sucede cuando se produce la admisión tácita por no contestación de la demanda o por contestación sin pronunciarse claramente sobre los hechos mencionados en la misma— los hechos que se deben entender presumidos simplemente por estas actitudes del citado a declarar son “*los hechos de la demanda o contestación*”, y que no deben entenderse incluidos los hechos que no sean personales (salvo que los conociera o debiera haber conocido o de los que pudo informarse fácilmente, empleando la diligencia de un buen padre de familia, art. 135 del Código), ni tampoco aquellos hechos que deban considerarse absurdos, irracionales o imposibles (que de todas formas estarían fuera del objeto de la prueba por su evidencia: numeral 2 del art. 138 del código).

B) Ingresando ahora al supuesto de interrogatorio libre de interesado principal sin previa citación, debe considerarse en primer lugar el supuesto en el que el citado —que necesariamente debe estar en la audiencia— responda y lo haga sin respuestas evasivas o inconducentes (art. 149.4).

En este caso la valoración seguirá las mismas reglas que antes expuse para el supuesto de interrogatorio libre con previa citación al que el citado concurre, respondiendo sin respuestas evasivas o inconducentes.

Y ya en último lugar debe atenderse a la posibilidad de que el interesado principal que no ha sido previamente citado se niegue a responder, o la haga con respuestas evasivas o inconducentes.

En estos casos, conforme a la nueva redacción que al art. 149.4 ha dado la ley n° 19.090 (modificando alguna expresión del artículo) me parece claro que pierde sustento la conclusión a la que antes arribara TARIGO (postulando que allí lo único que cabría sería una valoración de esa actitud por el tribunal conforme a la sana crítica), y por ende debe concluirse que en estos supuestos también va a nacer la presunción simple en contra del declarante de la que di cuenta párrafos antes.

4

ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

4.1. CONCEPTO

Como señalaba en el apartado 2, la segunda de las modalidades de la declaración de interesado principal se concreta a través de la llamada “absolución de posiciones”.

En este caso el medio de prueba consiste en un interrogatorio que se realiza al interesado principal en base a un conjunto de preguntas formuladas en un pliego que se presenta en un sobre cerrado y que se abre en el momento del interrogatorio; preguntas que se deben formular en forma asertiva y referida cada una de ellas a “*un hecho concreto o algún otro íntimamente ligado*” (art. 150.3 del C.G.P.) y que se denominan “posiciones” (por ejemplo, “Declare, como es cierto, que Vd. traspaso el cruce de las calles no teniendo el semáforo en su favor”, o “Declare, como es cierto, que Vd. enajenó el inmueble sabiendo que tenía tal vicio oculto”).

4.2. PROPOSICIÓN

4.2.1. Iniciativa

La iniciativa para producir la absolución de posiciones también la tiene cualquier interesado principal, incluyéndose naturalmente a los terceristas.

Y al igual que en el caso del interrogatorio con previa citación queda excluida la iniciativa del tribunal (art. 150.1) y también queda excluida la iniciativa del propio declarante (y de su asesor letrado) y, en su caso, entiendo que también queda excluida la posibilidad de que el propio abogado del declarante le formule al mismo “*preguntas meramente aclaratorias*” (lo cual se encuentra previsto en el art. 149.1 del Código, pero solamente para el supuesto de interrogatorio libre).

Sobre la exclusión de la posible iniciativa del tribunal decía TARIGO¹¹: “*Y resulta perfectamente lógico y razonable que sea así. Como el interrogatorio deberá ser formulado en forma de posiciones, esto es, de afirmaciones concretas, mal podría el tribunal formularlas sin comprometer gravemente su imprescindible imparcialidad*”.

¹¹ TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, F.C.U., Montevideo, 1994, pág. 41.

4.2.2. Oportunidad

Como un requisito procesal formal de la proposición de la absolución de posiciones, el art. 148.2 del C.G.P., al que se remite el art. 150.1, establece que la misma sólo puede solicitarse en las oportunidades legalmente previstas para el ofrecimiento de cualquier medio de prueba, lo cual significa que se puede solicitar como diligencia preparatoria, en demanda y contestación, además naturalmente de todas aquellas otras oportunidades excepcionales que ya mencionara al analizar la oportunidad de proposición del interrogatorio libre.

De acuerdo al mismo art. 150.1 el “*pliego cerrado*” con las preguntas (“posiciones”) a formular al interesado principal no tiene que ser presentado al momento de ofrecer la prueba, sino que podría ser presentado hasta el momento inmediato al que en la audiencia preliminar se declaran el objeto del proceso y el objeto de la prueba.

Al respecto concordantemente con lo que ya he expuesto, ha anotado VALENTIN que la referencia a la audiencia preliminar (es decir a la primera audiencia de la estructura del proceso contencioso ordinario) en una norma con vocación general no es afortunada, pudiendo entenderse que la norma debió utilizar una fórmula delimitadora más genérica, aplicable a cualquier tipo de estructura como, por ejemplo, una similar a la prevista para el art. 144.1: hasta que en la oportunidad respectiva queden determinados los hechos a probar. De todas formas, por norma nacida por integración a través de la analogía entiendo que en otros procesos distintos del contencioso ordinario el pliego cerrado en cuestión se puede presentar hasta en el momento en que se determine “definitivamente” (aunque ello nunca es definitivo) el objeto de la prueba del proceso concreto.

4.3. ADMISIÓN

En cuanto a la admisión de la producción de este medio de prueba por parte del tribunal, le son aplicables las mismas consideraciones ya vertidas en el anterior apartado 3.3, referido al interrogatorio libre.

Puede solamente añadirse a lo entonces expresado que actualmente (luego de la ley nº 19.090) tampoco se exige una citación especial para absolver posiciones, y que el art. 150.2 ahora dispone que la sola convocatoria a audiencia del absolvente con indicación de que se le cita a absolver posiciones implicará el apercibimiento previsto en esa disposición.

En este mismo sentido debo consignar que a través de la ley nº 19.090 se eliminó en el art. 87 del C.G.P. la citación para absolver posiciones como una de las resoluciones que necesariamente debían notificarse al citado en su domicilio; por lo que si la convocatoria a audiencia del absolvente se realizara en una audiencia (la que normalmente será la Audiencia

Preliminar, si se trata de un proceso ordinario), esa convocatoria no se le notificara en su domicilio (pues esa resolución, al estar adoptada en audiencia en la que ellas estaban o debían estar presentes, se da por fictamente notificada a ambas partes del proceso sin necesidad de formalidad o constancia alguna).

4.4. PRODUCCIÓN

También respecto a las personas que pueden declarar absolviendo posiciones son aplicables las conclusiones que he presentado al analizar la declaración libre. No obstante puede considerarse al menos dudosa, dada la redacción de la disposición (art. 151.2 del Código), la posibilidad de que el tribunal admita que un menor púber pueda absolver posiciones, alegándose por VÉSCOVI¹² y los coautores que lo acompañan que “*se postula una solución restrictiva: el texto legal únicamente habilita el interrogatorio y no la absolución; obsérvese que cuando el legislador quiso referir a ambas formas de la declaración de parte, lo hizo expresamente, como en los ords. 1, 3 y 4*”.

En cuanto a la audiencia en la que se produce efectivamente este medio de prueba, presentado el absolvente y aunque el art. 149.1 del Código refiera solamente al interrogatorio libre, las preguntas contenidas en el pliego le deben ser formuladas por el tribunal. Y si bien entiendo que en este caso no es directamente aplicable la posibilidad de un interrogatorio posterior de “*las partes, por intermedio de sus abogados*”, de todas formas y al estar el interesado principal presente a continuación de la absolución de posiciones las partes y el propio tribunal de oficio podrían interrogarlo libremente de conformidad a lo dispuesto en el art. 149.2

Y dada la mención expresa que en él se realiza, resulta asimismo aplicable a la absolución de posiciones lo dispuesto en el art. 152, en cuanto establece que cuando el declarante se domicilia a más de cien kilómetros de la sede del tribunal o en el extranjero, el interrogatorio se puede realizar por medio de tribunal comisionado, todo ello con las mismas consideraciones que ya formulé precedentemente en el apartado 3.4. de este mismo artículo.

Finalmente, tanto en cuanto a la documentación de esta declaración como respecto a la posible retractación, también son aplicables las conclusiones formuladas al respecto en el anterior apartado recién mencionado.

¹² VÉSCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M., PEREIRA, Santiago, *Código General del Proceso*, t. 4, Abaco, Buenos Aires, 1998, pág. 375.

4.5. VALORACIÓN. PRESUNCIONES

Sobre la valoración de las resultancias de la absolucón de posiciones debe tenerse en primer lugar presente que ella es siempre precedida de una “*convocatoria a audiencia del absolvente con indicación de que se le cita a absolver posiciones*”, lo que “*implicará el apercibimiento de que si no compareciere, se negare a responder o lo hiciere con evasivas, se le tendrá por confeso*” (art. 150.2 del C.G.P.).

Si el citado concurre y responde sin respuestas evasivas o inconducentes solamente se podrán tomar en cuenta por el tribunal las declaraciones de conocimiento sobre los hechos objeto de la prueba que sean opuestas al interés del absolvente; esto es, aquellas que contradicen lo que antes hubiera alegado sobre la existencia o inexistencia de esos mismos hechos (art. 153.1), no pudiéndose nunca tomar en cuenta como prueba con eficacia a las declaraciones que el mismo absolvente pueda formular apoyando lo que antes hubiere alegado.

Pero al igual que sucede con el interrogatorio libre, el problema que se plantea de todas maneras es el de si en este supuesto nos encontramos con una prueba legalmente tasada, o si el tribunal puede valorar la declaración (la “confesión”) de acuerdo a la sana crítica.

En cualquier caso también son trasladables al supuesto analizado las conclusiones a las que llegara al analizar la valoración de las resultancias del interrogatorio libre (supra apartado 3.5.).

Si el citado a absolver posiciones no concurre o se niega a responder a las posiciones o lo hace con respuestas evasivas, conforme al art. 150.2 “*se le tendrá por confeso*” (planteándose también aquí el interrogante de si esa confesión se deberá valorar como prueba tasada y plena o según las reglas de la sana crítica), aunque el art. 15.3.3 agrega “*salvo en lo que (la confesión) resultare contradicha por las demás pruebas producidas u otras circunstancias de la causa*”, por lo que también en este caso no estaremos en realidad ante una confesión sino ante una presunción simple.

Puede añadirse a lo anterior que, a diferencia de lo previsto en el art. 149.4 para el supuesto de interrogatorio libre, en el art. 150.2 no se prevé que la existencia de una “*causa justificada*” de incomparecencia pueda enervar el nacimiento de la presunción simple en contra del omiso. De todas formas podría sostenerse que similar solución corresponde en el caso de absolucón de posiciones, aunque no esté previsto específicamente por el legislador, en mérito a una norma nacida por integración a través de la analogía.

Y, por otra parte, deberá tenerse presente que en el caso del interrogatorio libre estas conductas hacen nacer una presunción simple respecto a (todos) los hechos alegados en demanda y contestación y, en cambio, cuando se trata de estas mismas conductas en caso de

absolución de posiciones la presunción simple no comprenderá todos los hechos alegados en demanda y contestación, sino solamente los concretamente alegados en las posiciones que presentara la contraparte (que naturalmente suelen ser los principales hechos alegados en demanda y contestación, pero no necesariamente todos ellos).

5

CONCLUSIONES

- a) Para referirse al interrogatorio libre y a la absolución de posiciones de que trata este artículo aparece como más apropiado emplear la expresión “declaración de interesado principal” (que comprende a los procesos contenciosos y también a los voluntarios) que utilizar la expresión “declaración de parte”.
- b) Del medio de prueba denominado declaración de interesado principal, en cualquiera de sus dos modalidades (libre y absolución de posiciones), puede decirse que consiste en una declaración de conocimiento de un interesado principal sobre la existencia o inexistencia de hechos que integran el objeto de la prueba, y que a propuesta de su contraparte o de oficio realiza el mismo en audiencia ante el tribunal.

Estas declaraciones, cuando admiten hechos que se contraponen al interés del declarante, debe ser distinguidas de la “admisión de hechos”.

El sujeto cuya declaración se solicita puede ser cualquier interesado principal, incluyéndose en este concepto a “*cualquier litigante con interés distinto de aquél que lo solicita*” (art. 148.1 del C.G.P.), y ella debe ser peticionada por la contraparte (o eventualmente un litisconsorte voluntario, un tercerista o aún un litisconsorte necesario en supuesto de demanda contra la co-parte) o —si se trata de una declaración libre sin previa citación— dispuesta de oficio por el tribunal (o el Ministerio Público —o también de oficio— si se trata de un proceso voluntario), y además producida en audiencia procesal.

De acuerdo a la clasificación de los medios de prueba que es más habitualmente empleada la declaración prestada por un interesado principal debe ser calificada como un medio de prueba indirecto, histórico y personal.

- c) Una de las dos modalidades de la declaración de interesado principal se concreta a través de un interrogatorio libre que se realiza al mismo; esto es, por medio

de un interrogatorio al interesado principal concretado a través de preguntas sobre los hechos que integran el objeto de la prueba como las que podrían ser formuladas a cualquier testigo, no debiendo excluirse la posibilidad de formular al interesado principal preguntas asertivas como las propias de la absolución de posiciones que luego analizaremos.

Este interrogatorio libre puede a su vez ser “con previa citación” o “sin previa citación”, teniendo dichas variedades algunas diferencias en su régimen.

La iniciativa para producir la variedad del interrogatorio libre de un interesado principal denominada “con previa citación” la tiene cualquier interesado principal con interés distinto de aquel cuya declaración se solicita, incluyéndose naturalmente a los terceristas, lo que excluye la iniciativa del tribunal (conforme art. 149.2) y también la iniciativa del propio declarante (y de su asesor letrado); esto último sin perjuicio de la posibilidad de que el propio abogado del declarante le formule a dicho declarante “*preguntas meramente aclaratorias*”.

En el supuesto de interrogatorio libre de un interesado principal denominado “sin previa citación” la iniciativa la tendrá no solo “*cualquier litigante con interés distinto de aquél que lo solicita*” (art. 148.1) sino también el propio tribunal (arts. 148.1, 149.2 y numeral 5 del art. 24).

Como un requisito procesal formal de la proposición del interrogatorio libre con previa citación, se observa que el art. 148.2 del Código en su nueva redacción establece que el mismo sólo puede solicitarse en las oportunidades legalmente previstas para el ofrecimiento de cualquier medio de prueba.

De acuerdo al art. 149.3, en este caso del interrogatorio libre con previa citación el sobre (“*abierto o cerrado*”) con las preguntas a formular al interesado principal no tiene por que ser presentado al momento de ofrecer la prueba, sino que podría ser presentado hasta en el momento inmediato posterior a la declaración del objeto del proceso y del objeto de la prueba que tiene lugar durante la audiencia preliminar (suponiendo para dicho límite —pues el legislador no lo tuvo presente al establecerlo— que no se trate de una estructura procesal diferente del proceso ordinario, o de que aún tratándose del mismo la parte no se encuentre habilitada para proponer este medio de prueba incluso luego de tal audiencia preliminar).

Por lo que refiere al interrogatorio “sin previa citación”, el mismo puede ser propuesto (o dispuesto de oficio) en las mismas oportunidades que el interrogatorio con previa citación, pero además “*en el curso de cualquier audiencia*” (art. 149.2 del C.G.P.), sin perjuicio

de que conforme al numeral 5 del art. 24 del Código el tribunal pueda, además, disponer su convocatoria “*en cualquier momento*” (o sea aún cuando no esté en una audiencia), para requerirle “*explicaciones*” que eventualmente podrían llegar a ser tomadas como manifestaciones de conocimiento con eficacia de confesión.

Al proponerse este medio de prueba el tribunal deberá resolver si ello resulta admisible, tanto por cumplir con los requisitos procesales formales (legitimaciones, etc., incluyendo en particular el momento en que se solicita), como con el requisito procesal de fundabilidad (comprendido de la admisibilidad en sentido estricto, la pertinencia, la conducencia y la necesidad).

En principio la única persona legitimada procesalmente para prestar la declaración a la que refieren estos dos medios de prueba será el propio interesado principal, exigiéndose por la ley que esa declaración sea hecha “*por la parte personalmente*” (art. 151.1 del C.G.P.), de donde la única legitimación procesal admisible sería por identidad.

Existe empero un supuesto en el cual también está legitimado procesalmente para prestar esa declaración un apoderado. Se trata, conforme lo indica el art. 151.3 del Código, del caso en el que se cita a declarar a apoderados “*por los hechos realizados por estos en nombre de sus mandantes*”.

Si el interesado principal carece de capacidad procesal no es admisible emplear este medio de prueba, y si tenía esa capacidad procesal cuando se admitió el medio de prueba pero la perdió al momento de la declaración, la declaración debe ser dejada sin efecto por el tribunal. No obstante el art. 151.2 del Código otorga una capacidad procesal especial a los “*menores púberes*” (actualmente menores que han cumplido trece años de edad), admitiendo que en este caso el tribunal “*pueda*” (se trata de una “*facultad residual*”, librada a la discrecionalidad del tribunal) interrogarlos, bien que ello “*se efectuará en presencia de su representante legal*”.

Por otro lado, atendiendo al supuesto de falta de capacidad procesal del interesado principal por tratarse de una persona jurídica, el art. 151.4 del C.G.P. prevé que en tal caso es admisible emplear este medio de prueba, pero al efecto de prestar la declaración “*La persona jurídica citada, deberá designar a la persona física que la integra que habrá de comparecer al acto de interrogatorio (...) por su conocimiento de los hechos controvertidos*”. Sin perjuicio de ello el mismo art. 151.4 prevé que de todas maneras la contraparte pueda solicitar, o aún el tribunal disponer de oficio, “*el interrogatorio en calidad de testigo de cualquier otra persona que tenga la condición de representante estatutario o legal de la persona o integrante de su dirección*”.

El interrogatorio debe realizarse por el tribunal (comenzando, cuando la declaración fue con previa citación, por las preguntas formuladas por la contraparte en el pliego

presentado al efecto), y una vez terminado el mismo “*las partes, por intermedio de sus abogados podrán interrogarse libremente, pero sujetas a la dirección del tribunal, conforme con lo dispuesto por el numeral 3) del art. 161*”.

El declarante siempre debe responder en forma personal, de tal manera que no corresponde que sea asistido por su abogado en ese acto (sin perjuicio de que dicho abogado se encuentre presente), ni que pueda consultar a alguien, incluido su propio abogado, ni (por norma nacida por integración analógica con lo dispuesto por el mismo código respecto a la prueba testimonial) leer “*notas ni apuntes*”, físicos o electrónicos (“*a menos que el tribunal lo autorice cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas o en los demás casos que se considere justificado*”: numeral 4 del art. 161 del Código).

El art. 152 del C.G.P. establece que cuando el interesado principal se domicilia a más de cien kilómetros de la sede del tribunal o en el extranjero, el interrogatorio se realice por medio de tribunal comisionado.

En cuanto a la documentación de esta declaración las principales normas las encontramos en los arts. 102, 103 y 343.5 del C.G.P., referidos a las audiencias.

Respecto a la retractación o revocación de la confesión, en nuestro Derecho y porque la confesión tiene un valor tasado por ley y no se debe valorar según las reglas de la sana crítica, no priva de valor a esa confesión su eventual retractación o revocación. No obstante, una nueva declaración en la que el declarante se desdice de lo antes expresado es admisible y valorable para destruir la fuerza convicta de la confesión, siempre (y solamente) “*cuando constare haber sido determinada por error, violencia o dolo*” (art. 153.2 del Código), coincidiendo esta regla con la que con alcance general ya indica el art. 62 del C.G.P.

Tratándose de la valoración de las resultancias del interrogatorio con previa citación, en el supuesto de que el citado concurra y responda sin respuestas evasivas o inconducentes solamente se podrán tomar en cuenta por el tribunal las declaraciones de conocimiento sobre los hechos objeto de la prueba que sean opuestas al interés de ese declarante; esto es, aquellas que contradicen lo que antes hubiera alegado sobre la existencia o inexistencia de esos mismos hechos (o sea, cuando el declarante “*confiesa*”), no pudiéndose nunca tomar en cuenta como prueba las declaraciones que el mismo declarante formule apoyando lo que antes hubiere alegado.

El valor de la confesión del declarante se encuentra legalmente tasado, no siendo de aplicación para su valoración las reglas de la sana crítica, aún cuando resulte en todo caso admisible sostener que el sistema de tasa legal que nuestro actual Derecho establece para la declaración de interesado principal es inconveniente, y que debería quizás sustituirse por un sistema de valoración conforme a la sana crítica.

La declaración que encierra una confesión normal o real deberá entonces ser valorada como plena prueba. Todo ello, claro está, “*salvo que se tratare de hechos respecto de los cuales la ley exige otro medio de prueba o recayere sobre derechos indisponibles*” (art. 153.2 del Código).

Sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la confesión, que tiene un tratamiento diferente cuando ella se presenta en el curso de un Proceso Penal, se han ido dando en la Doctrina, la Jurisprudencia y los Derechos Positivos varias posiciones, entendiéndose actualmente en general que es acertada la posición que postula la indivisibilidad de la declaración pero relativa, según que no exista o que exista independencia entre el hecho perjudicial declarado y la otra circunstancia o hecho declarado que es favorable al declarante.

En el supuesto de ese mismo interrogatorio libre con previa citación pero al que el citado no concurre (“*sin causa justificada*”), o al que concurre pero se niegue a declarar o aún declarando brinda respuestas evasivas o inconducentes, estas actitudes “*harán presumir ciertos los hechos de la demanda o contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión*”, con lo cual resulta claro que se está estableciendo una presunción simple (comprensiva de todos los hechos) en contra de dicho interesado principal; presunción que solamente nacerá, en el caso de no concurrencia, si ella no se debe a “*causa justificada*”.

Al igual que sucede cuando se produce la admisión tácita por no contestación de la demanda o por contestación sin pronunciarse claramente sobre los hechos mencionados en la misma, los hechos que se deben entender presumidos simplemente por estas actitudes del citado a declarar son “*los hechos de la demanda o contestación*”, y no deben entenderse incluidos los hechos que no sean personales (salvo que los conociera o debiera haber conocido o de los que pudo informarse fácilmente, empleando la diligencia de un buen padre de familia, art. 135 del Código), ni tampoco aquellos hechos que deban considerarse absurdos, irracionales o imposibles.

En el supuesto de interrogatorio libre de interesado principal sin previa citación, si el citado —que necesariamente debe estar en la audiencia— responde y lo hace sin respuestas evasivas o inconducentes, la valoración seguirá las mismas reglas que en el supuesto de interrogatorio libre con previa citación al que el citado concurre, respondiendo sin respuestas evasivas o inconducentes.

Si el interesado principal que no ha sido previamente citado se niega a responder, o la hace con respuestas evasivas o inconducentes, también va a nacer la presunción simple en contra del declarante de la que antes se diera cuenta.

d) En el caso de la llamada “absolución de posiciones” el medio de prueba consiste en un interrogatorio que se realiza al interesado principal en base a un conjunto de preguntas

formuladas en un pliego que se presenta en un sobre cerrado y que se abre en el momento del interrogatorio; preguntas que se deben formular en forma asertiva y referida cada una de ellas a “*un hecho concreto o algún otro íntimamente ligado*” (art. 150.3 del C.G.P.) y que se denominan “*posiciones*” (por ejemplo, “Declare, como es cierto, que Vd. traspaso el cruce de las calles no teniendo el semáforo en su favor”, o “Declare, como es cierto, que Vd. enajenó el inmueble sabiendo que tenía tal vicio oculto”).

La iniciativa para producir la absolución de posiciones también la tiene cualquier interesado principal, incluyéndose naturalmente a los terceristas, y al igual que en el caso del interrogatorio con previa citación quedan excluidas la iniciativa del tribunal y la iniciativa del propio declarante (y de su asesor letrado).

La absolución de posiciones sólo puede solicitarse en las oportunidades legalmente previstas para el ofrecimiento de cualquier medio de prueba, lo cual significa que se puede solicitar como diligencia preparatoria, en demanda y contestación, además naturalmente de todas aquellas otras oportunidades excepcionales que establece la ley.

El “*pliego cerrado*” con las preguntas (“*posiciones*”) a formular al interesado principal puede ser presentado hasta el momento inmediato al que en la audiencia preliminar se declaran el objeto del proceso y el objeto de la prueba, y fuera del proceso ordinario, por norma nacida por integración a través de la analogía el pliego cerrado en cuestión se puede presentar hasta en el momento en que se determine “definitivamente” (aunque ello nunca es definitivo) el objeto de la prueba del proceso concreto.

A la admisión de la producción de este medio de prueba por parte del tribunal, y también a la misma producción, le son aplicables las mismas reglas que al caso del interrogatorio libre.

En cuanto a la valoración de las resultancias de la absolución de posiciones, si el citado concurre y responde sin respuestas evasivas o inconducentes solamente se podrán tomar en cuenta por el tribunal las declaraciones de conocimiento sobre los hechos objeto de la prueba que sean opuestas al interés del absolvente; esto es, aquellas que contradicen lo que antes hubiera alegado sobre la existencia o inexistencia de esos mismos hechos (art. 153.1), no pudiéndose nunca tomar en cuenta como prueba con eficacia a las declaraciones que el mismo absolvente pueda formular apoyando lo que antes hubiere alegado, siendo trasladables a este supuesto las mismas conclusiones correspondientes a la valoración de las resultancias del interrogatorio libre.

Si el citado a absolver posiciones no concurre o se niega a responder a las posiciones o lo hace con respuestas evasivas, conforme al art. 150.2 “*se le tendrá por confeso*”, “*salvo en lo*

que (la confesión) *resultare contradicha por las demás pruebas producidas u otras circunstancias de la causa*”, por lo que también en este caso no se está frente a una confesión sino ante una presunción simple. De todas maneras, a diferencia de lo previsto para el supuesto de interrogatorio libre, no se prevé que la existencia de una “*causa justificada*” de incomparecencia pueda enervar el nacimiento de la presunción simple en contra del omiso; aunque podría sostenerse que similar solución corresponde en el caso de absolución de posiciones en mérito a una norma nacida por integración a través de la analogía. En el caso del interrogatorio libre estas conductas hacen nacer una presunción simple respecto a (todos) los hechos alegados en demanda y contestación y, en cambio, cuando se trata de estas mismas conductas en caso de absolución de posiciones la presunción simple no comprenderá todos los hechos alegados en demanda y contestación, sino solamente los concretamente alegados en las posiciones que presentara la contraparte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE MARCO, Raúl, “Modificaciones del Código Civil por el Código General del Proceso”, *Rev. del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. XXX, 1995, págs. 23/27.
- ALONSO DE MARCO, Raúl, “El título IV de la primera parte del Libro Cuarto del Código Civil y el Código General del Proceso”, *Rev. Judicatura*, t. 32, págs. 28/29.
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo III, 2da. ed., Buenos Aires, 1958, págs. 308/389.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La Prueba Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 81/93.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal Garantía de la Libertad*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009, págs. 70/79.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo y VALENTIN, Gabriel, “La confesión”, en *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Compendio del Sistema Procesal: garantía de la libertad, adaptado a la legislación uruguaya*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011, págs. 542/545 y 555/564.
- ALVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, CASTILLO, Juan C., GIUFFRÀ, Carolina, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, “Aspectos prácticos en materia de prueba” (valoración de la declaración de las partes en algunos actos procesales como

- conciliación y diligencias preparatorias), en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Surcos, Montevideo, 1999, págs. 309/315.
- ARLAS, José A., “Confesión: pruebas de posiciones e interrogatorio de parte”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, 3/1980, págs. 220/233.
- ARROYO TORRES, Ledo, “El secreto profesional”, *Rev. de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 44, 1958, págs. 466 y sigts.
- BALLESTERO, Ambrosio, *La confesión judicial* (tesis para optar por el grado de Doctor en Jurisprudencia), Montevideo, s/f (aprox. 1893), 37 págs.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, “Citación de los titulares de un órgano para declarar como testigos”, *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 84, 1965/6, págs. 288/290.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso*, t. II, C.E.N., Montevideo, 1968, 4ta. reed., págs. 274/283.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El Proceso Civil*, Idea, Montevideo, 1989, págs. 212 y 220.
- BERMUDEZ, Víctor H., “Los medios de prueba”, en *Curso sobre el Código del Proceso Penal* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, F.C.U., Montevideo, s/f (aprox. 1981), págs. 253/318.
- BONINO, Mérida, “Declaración de parte”, *Rev. de Técnica Forense*, n° 9, 2000, págs. 29/30.
- BREGANI, Marcelo, ETIEZ, Rodrigo, GARCÍA, Fernando, “Cargas procesales y posibilidad de coacción sobre personas en el C.G.P. (¿puede conducirse a la parte a declarar?)”, en *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Surcos, Montevideo, 1999, págs. 377/383.
- CANOSA SUÁREZ, Ulises, “Confesión en materia civil”, *La Prueba (Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía)*, Universidad Libre, Bogota, 2002, págs. 765/794.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, 2da. ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, págs. 147/151.
- CAVIGLIA, Ángel, “Declaración de parte y absolución de posiciones por las personas jurídicas”, *Tribuna del Abogado*, n° 160, 2008, págs. 28/30.
- CERETTA, Héctor Daniel, MESSERE FERRARO, Alvaro, “Aproximaciones al estudio comparativo del interrogatorio de parte y la absolución de posiciones”, *Rev. de Técnica Forense*, n° 10, 2001, págs. 39/48.
- COUTURE, Eduardo J., *Procedimiento. Primer Curso*, t. II, Ed. Medina, Montevideo, s/f, págs. 334/365.

- COUTURE, Eduardo J, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. II, 2da. ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, págs. 259/296.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo, *Pruebas Judiciales* (Jurisprudencia), t. I (*Declaración de parte. Confesión*), Temis, Santa Fe de Bogota, 1994, 416 págs.
- DE MARÍA, Pablo, *Lecciones de Procedimiento Civil*, t. II, Claudio García, Montevideo, 1927, págs. 184/198.
- DE TORRES BOSCH, Alfredo, “Algunas consideraciones sobre la declaración de parte en el C.G.P.”, *Rev. de Técnica Forense*, nº 1, 1990, págs. 43/48.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, 5ta. ed., Bogotá, 2002, págs. 539/737.
- DÍAZ, Ramón P., *De la prueba testimonial (arts. 1594 a 1599 del C.C.)*, Montevideo, 1929 (también en *Rev. del Centro de Estudiantes de Notariado*, nº 53, 1929, págs 47/75 y nº 54, 1929, págs. 111/140).
- ETTLIN, Edgardo, “De la valoración de la confesión en el proceso civil”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 147, 2013, Sec. Doctrina, págs. 87/110.
- FAIREN GUILLEN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 458/462.
- GALDINO DA PAIXAO JUNIOR, Manuel, *Teoria Geral do Processo*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002, págs. 262/263.
- GALLINAL, Rafael, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil. Examen Pericial, Inspección Ocular, Confesión Judicial y Posiciones*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1918, págs. 195/381.
- GHORPE, Francisco, *De la apreciación de las pruebas*, Ejea, 1950, págs. 207/247.
- GIMÉNEZ, José A., *La tramitación de los Juicios*, tomo primero, La tribuna Popular, Montevideo, 1894, págs. 376/387.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 343/362.
- GUILLOT, Alvaro, “Sobre indivisibilidad de la confesión judicial”, *Lecciones de Derecho Civil y temas jurídicos*, Claudio García, Montevideo, 1926, págs. 151/159.
- HABA, Enrique Pedro, “¿A quién corresponde absolver posiciones?” (Minoría de edad, defensa de oficio, subrogación por deudas, personas jurídicas, representación), en *Estudios en memoria de Eduardo J. Couture*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1973, págs. 80/88.

- ITURRALDE MENENDEZ, Gastón, “La indivisibilidad de la confesión. El art. 1608 del CC y el art. 153.2 del CGP”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, 4/1999, págs. 641/654.
- KLETT, Selva A., “Estudio comparativo de las modalidades legales de la declaración de parte: absolucón de posiciones e interrogatorio”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, 2/1996, págs. 199/239.
- LANDONI SOSA, Ángel (Director), GARDERES, Santiago, GONZÁLEZ, María Eugenia, GÓMES, Fernando, VALENTIN, Gabriel, *Código General del Proceso*, vol. II-A, B. de F. Ltda., Buenos Aires, 2003, págs. 448/476.
- LEBRE DE FREITAS, José, “A impugnacao da confissao no directo Portugues”, *La Prueba (Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía)*, Universidad Libre, Bogota, 2002, págs. 729/757.
- LELES DA SILVA, Mariela, “Actividad probatoria” (valoración de declaración de parte), en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Surcos, Montevideo, 1999, págs. 470/471.
- LESSONA, Carlos, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, t. I, Pons, Madrid, 1928.
- MAGRINO SALVIA, Gerardo, “La posibilidad de la prueba en contrario en la confesión expresa”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Surcos, Montevideo, 1999, págs. 473/481.
- MARABOTTO, Jorge, “Prueba: generalidades, declaración de parte, prueba testimonial”, en *Curso sobre el Código General del Proceso* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. I, F.C.U., Montevideo, 1989, págs. 147/153.
- MARINONI, Luis, ARENHART, Sergio, *Prova*, Edit. Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2008.
- MATTIROLO, Luigi, *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. II, 5ta. ed., Fratelli Bocca, Torino, 1902, págs. 614/714.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMES COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, Tirant lo Blanch, 9na. ed., Valencia, 2000, págs. 280/288.
- MORTARA, Lodovico, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, vol. III, Vallardi, Milán, s/f, págs. 560/583.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 2da. ed., Elcano (Navarra), págs. 403/411.
- PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 451/473.

- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, décimo quinta ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2006.
- PEIRANO FACIO, Jorge, *Curso de Obligaciones (Prueba de las Obligaciones) (Confesión)*, t. V, C.E.D., Montevideo, 1968, págs. 241/278.
- PEREIRA, Santiago y Otros, *Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090*, Universidad de Montevideo, 2013, págs. 254/257.
- SARAVIA MORALES, Marcela, SARAVIA GARCÍA, Diego, “Reformas introducidas por la ley 19.090 al régimen de la prueba”, *Rev. Judicatura*, n° 55, 2013, págs. 53/56.
- SAYAGUÉS LASO, Rodolfo, “Absolución de posiciones” (no se puede prohibir a una parte presenciar la de la otra), en *Vistas fiscales*, tomo I, Montevideo, 1918, pág. 116 y sigts.
- SIMÓN, Luis María, “Aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencia” (“Los principios dispositivo e inquisitivo en la instrucción probatoria”), en *Modernización de la Justicia Civil* coordinado por Santiago PEREIRA CAMPOS, Universidad de Montevideo, 2011, págs. 350/357.
- TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, F.C.U., Montevideo, 1994, págs. 37/57.
- TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 67/73.
- TARUFFO, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, *Ius et Praxis*, vol. 12, n° 2, págs. 95/122.
- VARELA DE MOTTA, María, “Sobre la presencia del abogado del absolvente en la audiencia de absolución de posiciones”, *Rev. Judicatura*, vol. II, n° 5, págs. 67/71.
- VERDUGO, Felipe Martín, “Declaración de la parte como medio de prueba”, en *Modernización de la Justicia Civil* coordinado por Santiago PEREIRA, Universidad de Montevideo, 2011, págs. 447/472.
- VÉSCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M., PEREIRA, Santiago, *Código General del Proceso*, t. 4, Abaco, Buenos Aires, 1998, págs. 326/446.
- VIERA, Luis A., “Confesión”, en *Curso de Derecho Procesal* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II, 2ª. ed., F.C.U., Montevideo, 1987, págs. 147/170.
- ZAZPE FERNÁNDEZ, Fernando Víctor, “Interrogatorio de parte, testigo y peritos”, *Rev. de Técnica Forense*, n° 2, 1991, págs. 151/154.

Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen

Reflecting on the rights of the personality from the perspective of the right to own image

*María José Arancibia Obrador** ¹

RESUMEN. El Derecho permanentemente se encuentra en un proceso de transformación, debiendo sus instituciones adaptarse a la luz de los cambios y de las nuevas tendencias. En este contexto, ha surgido con fuerza un nuevo paradigma en Derecho Civil, el cual modifica su objeto de protección, pasando de una preocupación centrada en el área patrimonial del Derecho privado, a otra basada en la esfera moral de la persona: conforme a esta nueva forma de comprensión, la persona, concebida en cuanto ente moral y no como un mero sujeto capaz de participar en el tráfico jurídico, es hoy el eje fundamental de la preocupación del Derecho civil. Una importante consecuencia de ello es la protección que ha comenzado a dispensarse a los derechos de la personalidad, expresión técnica que permite englobar en el ámbito del Derecho civil aquellos intereses protegidos por el Derecho constitucional a través de la figura de los derechos fundamentales, que forma parte de un fenómeno más amplio, que se ha denominado

* Abogada. Profesora invitada Universidad Alberto Hurtado y Universidad Gabriela Mistral, Chile. Magister © en Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Dirección Postal: Hundaya número 60, piso 4, oficina 401, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: mjaobrador@gmail.com.

¹ Quisiera agradecer al profesor Dr. Ruperto Pinochet Olave por su guía al abordar este tema y al profesor Pablo Cornejo Aguilera por su apoyo y colaboración constante.

“constitucionalización del Derecho privado.” Precisamente, esta evolución que ha vivido nuestro Derecho civil se refleja bien en la noción que se ha desarrollado y en la evolución que ha experimentado la protección del “derecho a la propia imagen”, a lo cual algunos autores agregan su paulatina autonomía, basado en una reinterpretación finalista de los derechos fundamentales, acorde con los objetivos de protección de la persona humana que supone su reconocimiento, y en la interpretación evolutiva de los instrumentos en que éste consta.

PALABRAS CLAVES. Derecho privado. Derechos fundamentales. Derecho a la propia imagen. Chile

SUMARIO. 1- Los derechos de la personalidad. Concepto. 2- La imagen y el derecho a la propia imagen. Concepto. Titulares del derecho a la propia imagen. Protección de la propia imagen vía privacidad, identidad y honor. Delimitación. 3- El derecho a la propia imagen en Chile: desde su propietarización a su reconocimiento autónomo. 4- Elementos para una protección autónoma del derecho a la propia imagen. El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad. Conclusiones. Bibliografía.

Abstract. Constantly, law is in a process of transformation. Its institutions must be adapted in light of social changes and new trends. Within this context, it has strongly emerged a new paradigm into Private Law, which modifies its object of protection, from one focused on patrimonial issues towards another one based on the moral sphere of person: according to this new way of understanding, the individual, conceived as a moral agent rather than as a merely subject capable to take part in legal transactions, is now the cornerstone of the concern of Private Law.

An important consequence of the above is the protection that the Law has begun to provide to the rights of personality – a technical expression allowing to encompass within Private Law context those interests protected by the Constitutional Law through the figure of the fundamental rights – which form part of a broader phenomenon, namely the “constitutionalization of private law”.

Precisely, this evolution lived by our Private Law is well reflected on the notion that has been developed for the “right to self-image” and its respective evolution, to which some authors add their gradual autonomy, based on a purposive reinterpretation of fundamental rights, in line with the objectives of protection of human beings which are supposed by its recognition, and in a progressive interpretation of the instruments useful for its recognition.

KEYWORDS. Private law. Rights of personality. Self-image. Chile.

1

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La categoría de los “derechos de la personalidad” sólo recientemente se ha insertado en el lenguaje del Derecho privado, encontrándose todavía en un proceso de desarrollo doctrinario, a fin de mejorar la comprensión de las funciones que están llamados a desarrollar. Sin embargo, resulta claro que su reconocimiento obedece a un cambio de paradigma en el Derecho civil que, desmarcándose de lo patrimonial, ha pasado a centrarse en la protección integral de la persona y de los intereses vinculados a la esfera moral de su personalidad, cambio de paradigma que se sustenta en un nuevo concepto de persona desarrollado por las constituciones modernas y por los tratados internacionales de derechos humanos. Acorde con ello, tal como lo destaca el Prof. Dr. Ernst von Caemmerer, los derechos de la personalidad, tal como se han desarrollado, cumplen hoy una muy importante misión en nuestros ordenamientos occidentales, sirviendo como una especie de cláusula general para la protección de intereses inmateriales de la persona individual².

Sin perjuicio de que el desarrollo más acabado de la noción de los derechos de la personalidad se haya producido en este siglo, como una consecuencia refleja de la mayor importancia que adquirió en el lenguaje jurídico el discurso sobre los derechos fundamentales, que expresa directamente la existencia de posibilidades más amplias de afectación a los bienes por ellos tutelados, a causa de la forma en que se producen las interacciones en nuestras

² Ernst von Caemmerer. “Wandlungen des Deliktsrechts”, en: *Gesammelte Schriften*, hg. von Hans, Georg Leser, Tübingen, 1968, I, nr 17, pp 514 y ss. Citado por Helmut Coing. *Derecho Privado Europeo. Derecho Común más Antiguo (1500-1800)*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, Tomo I, p. 281. En un sentido similar, señala Beltrán que los derechos de la personalidad, en un sentido técnico, buscan proteger las esferas de libre actuación de la persona, pudiendo identificarse como una de las conquistas del s. XIX. José Beltrán de Heredia. *Construcción Jurídica de los Derechos de la Personalidad*. Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo de 1976, Madrid, 1976, p. 31.

sociedades modernas³, no podemos desconocer que el sustento para su evolución se encontraba ya en la obra de los juristas pertenecientes a las escuelas modernas del Derecho natural. Así, dentro de la sistematización paulatina del concepto de “derecho de la personalidad” encontramos, en primer lugar y como importante punto de partida, la obra de DONELLUS y su idea particular sobre la persona. Este autor llega a construir su sistema jurídico sobre la norma, donde si la justicia es “*ius suum cuique tribuere*”, resulta necesario definir cuál es ese *ius suum*, lo que lo lleva a precisar que ese “*ius cuiusque*” puede referirse a *res externae* o a la *persona cuiusque* y, en el último caso, en particular a cuatro bienes, que son identificados por el autor, y que hoy diríamos son protegidos a través de la técnica de los derechos de la personalidad: *vita, incolumitas corporis, libertas y existimatio*.⁴

Con todo, como anticipamos en el párrafo precedente, el mayor hito que propendería a la formación de la noción de “derecho de la personalidad” lo encontraremos con posterioridad a un acontecimiento histórico determinado, la segunda guerra mundial, momento en que, producto de las dramáticas consecuencias de este conflicto, se adquiere la conciencia en orden a la necesidad de desarrollar nuevas vías para proteger estos valores relacionados con la esfera moral de la personalidad frente a los riesgos que conlleva su vulneración. De ello surge una primera protección por vía del Derecho constitucional y del Derecho internacional de los derechos humanos, protección que puede ser directamente relacionada con nuestro objeto de estudio, dado que, como se señaló anteriormente, el moderno desarrollo de los derechos de la personalidad en el Derecho privado guarda directa relación con los derechos fundamentales, correspondiendo a la forma como los nuevos paradigmas que subyacen a su reconocimiento son comprendidos y asumidos por la doctrina civilista⁵. Estas son precisamente las razones por las cuales se estima por la doctrina que el ámbito de protección de los derechos de la personalidad es la personalidad misma, en consideración a la dignidad del hombre, por el hecho de ser tal y por encontrarse revestido de la individualidad que caracteriza a cada ser humano.

En razón de lo ya expuesto, el objetivo de este trabajo consiste en exponer una mirada vigente de los “derechos de la personalidad”, fundado en este nuevo paradigma del Derecho

³ Cuestión particularmente importante en nuestro objeto de estudio, dado el impacto que supone en materia de protección de la imagen de cada persona las transformaciones en materia de comunicaciones, que van desde el desarrollo de los masivos medios de comunicación social, hasta los cada vez más intensos intercambios que se producen a través de Internet.

⁴ Hugo DONELLUS. *Commentariorum de iure civile*, en: *Opera Omnia, Lucae, 1762-1770, Liber II*, cap.8, nr. 3. Citado por Helmut COING. *op.cit.* p. 281.

⁵ Carlos PEÑA GONZÁLEZ. “El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” En: Cecilia MEDINA *et al.* *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago, Chile: Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie de Publicaciones Especiales. Universidad Diego Portales, 1996. N° 6. p. 557.

civil, el cual ha llevado en este ámbito a que el derecho a la propia imagen haya evolucionado desde una protección centrada en lo patrimonial, hacia una protección centrada en la esfera moral de la persona, a tal punto que parte de la doctrina apoye la idea de una protección autónoma y diferenciada del derecho a la propia imagen, en cuanto derecho digno de protección en forma autónoma al derecho a la privacidad o al derecho a la honra.

CONCEPTO

Antes de entregar un concepto de derecho de la personalidad, debemos advertir que se trata de una noción que se encuentra en permanente evolución y cambio, por lo que su naturaleza jurídica debe ser capaz de comprender los diferentes bienes que por su intermedio se tutelan, los cuales van desde la individualización de la persona, la protección de su integridad física y moral, el resguardo de su derecho a la vida, hasta la protección de aquellas creaciones que son fruto del intelecto de cada ser humano, a través del derecho a la propiedad intelectual⁶⁻⁷.

El concepto tradicional y más aceptado de derecho de la personalidad que ha desarrollado la doctrina chilena es el que nos entregan los profesores ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, para quienes “*los derechos primordiales o de la personalidad son los que tienen por fin defender intereses humanos ligados a la esencia de la personalidad. También se dice que son aquellos que toda persona física, en calidad de sujeto jurídico, lleva inseparablemente desde su origen y que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona.*”⁸; la cual guarda importantes puntos en común con otras definiciones proporcionadas por la doctrina comparada, que mediante esta expresión suelen hacer referencia a un conjunto de derechos de la propia persona, que constituyen, en definitiva, manifestaciones, tanto exteriores como interiores, diversas de cada persona singular, de su dignidad y de su propio ámbito individual, agregándose que los derechos de la personalidad son aquellos que el ordenamiento jurídico concede para la protección de los intereses más personales de un individuo, razón que justifica su denominación⁹.

Como puede apreciarse, la gran ventaja que supone la definición citada radica en el hecho que no acota el ámbito de bienes protegidos por estos derechos, exigiendo solamente

⁶ Cabe en todo caso señalar que este último punto es controvertido en la doctrina, pues existen autores que discrepan de él, excluyendo los derechos que nacen por las creaciones artísticas e intelectuales de los derechos de la personalidad.

⁷ Clemente CREVILLÉN SÁNCHEZ. *Derechos de la personalidad, honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Actualidad, Madrid, 1994, p. 21.

⁸ ARTUFO ALESSANDRI RODRÍGUEZ; Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA; ANTONIO VODANOVIC HAKLICKA. *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Santiago. Editorial Jurídica, 1998, Tomo I, p. 656.

⁹ Miguel Ángel ENCABO VERA. *Derechos de la personalidad*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 15.

que guarden relación con la “esencia” de la personalidad, con lo cual deja abierta su posibilidad de desarrollo. En efecto, tal como se esbozó anteriormente, hacer un listado cerrado o un catálogo exhaustivo de intereses protegidos por los derechos de la personalidad no se condice con la propia evolución que ha experimentado nuestra sociedad, ni con los nuevos desafíos que se han planteado sobre la protección de la persona, lo que lleva a que sobre un catálogo original, fuertemente influenciado por los derechos fundamentales de primera generación, se hayan sido sumando nuevos intereses, acorde con la evolución del propio paradigma de Derecho civil.

Algo similar ocurre con otros conceptos que se han desarrollado para dotar de un contenido a la noción de derechos de la personalidad, donde la doctrina ha también destacado el hecho que su objeto de protección son las propiedades inherentes a toda persona y que, como tales, siempre la acompañan, siendo necesario destacar el que se trata de derechos que reconocen al individuo poderes sobre su propia persona, que tienen por objeto la protección del sujeto en su ámbito interior y no exterior, dado que los bienes que son amparados se identifican con el ser mismo de la persona y no con las cosas que ella pueda tener en su patrimonio; constituyéndose en atributos esenciales de la naturaleza humana y como tales, indisolublemente ligados a la persona física, que tienen por objeto el libre desarrollo de la personalidad. No obstante, es todavía posible advertir el influjo de la protección y reconocimiento de los derechos de primera generación en la doctrina civil, donde muchos autores adoptan todavía como base de clasificación la distinción entre derechos físicos y espirituales, incorporando en la primera al derecho a la vida, la libertad personal y la integridad corporal y psicológica; mientras que en la segunda incluyen el derecho a la intimidad, a la privacidad, al honor, y más recientemente, al derecho a la propia imagen y a la identidad.

Por su parte, la doctrina chilena ha desarrollado la siguiente clasificación de los derechos de la personalidad, distinguiendo entre: a) derechos de la individualidad, los cuales abarcan desde la protección de la vida y de la integridad física, pasando por todo tipo de libertades personales, hasta la protección de la vida privada; b) los derechos de la personalidad civil, que amparan aquellos elementos que contribuyen al posicionamiento de la persona en la sociedad, como son el derecho al nombre, el estado civil y a la propia imagen; y c) los derechos de la personalidad moral, donde se encuentra principalmente el derecho a la protección de la honra, sea personal o familiar¹⁰⁻¹¹.

¹⁰ Carlos DUCCI CLARO. *Derecho Civil Parte General*, 4ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 119.

¹¹ Existen opiniones de autores extranjeros quienes cuestionan el diseño de esta clasificación, puesto que implicaría una limitación de su contenido, perdiendo de esta forma elasticidad para agregar nuevos derechos que merezcan protección.

Un punto adicional dentro de los derechos de la personalidad, es la afirmación en orden a que éstos son derechos subjetivos, la cual causa todavía cierta polémica, puesto que hay quienes niegan que sea posible atribuir a los derechos de la personalidad esta naturaleza jurídica¹². Sin perjuicio de ello, a lo largo de este trabajo sostendremos que, tratándose del derecho a la propia imagen, efectivamente estamos en presencia de un derecho de la personalidad, y que se trata de un derecho subjetivo, punto en el cual hemos seguido la tesis expuesta por LASARTE, quien lo incorpora en esta categoría en razón del hecho que permite a su titular, la persona que se encuentra tutelada por el derecho, reclamar su respeto en forma general, a toda la comunidad, y en caso de lesión, poder impetrar el auxilio de la justicia a fin de obtener la oportuna sanción del infractor¹³, argumentos que permiten hacer frente a las principales críticas que se han formulado en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos.

Después de contestar la pregunta sobre cuál es la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, corresponde preguntarnos para qué nos sirve determinar su naturaleza jurídica. En este punto algo nos anticipa el propio LASARTE: el reconocimiento de la naturaleza de derecho subjetivo permite poner en marcha los mecanismos propios de la responsabilidad civil en caso que el interés protegido se vea lesionado por un tercero, de modo que, producido el daño, se deberá analizar cuál fue la conducta desarrollada por quien produjo la lesión, y si se trató de un actuar contrario a derecho, determinar la procedencia de una reparación, conforme a las reglas que sean aplicables (contractual o extracontractual)¹⁴. Sin embargo, una vez llegado a este punto, no es posible dejar de advertir el surgimiento de una dificultad adicional: si el derecho a la propia imagen es un derecho subjetivo, que pertenece

¹² La discusión se plantea bajo la perspectiva de tres puntos, en cuanto a si existe un sujeto, un objeto y un contenido del derecho. En contra, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. v. *op.cit.* p. 656, criticándose la confusión que se produce entre el objeto y el sujeto, toda vez que no existe una clara distinción entre ellos. En este sentido, señala ORGAZ que “la personalidad no puede ser objeto de derechos ya que ésta es sujeto de todo derecho.” Alfredo ORGAZ. *Personas individuales*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 121. En el mismo sentido, ARAUZ CASTEX quien además de negar la existencia de un sujeto pasivo, vuelve en la crítica sobre la ausencia de distinción entre sujeto y objeto, señalando que esta forma de comprensión de los derechos de la personalidad lleva al absurdo de considerar a la persona sujeto y objeto al mismo tiempo. De la misma forma, critica el hecho de carecer de modos de adquisición, transferencia y extinción, con lo cual los derechos de la personalidad serán solo facultades y no derechos subjetivos. Finalmente para este autor, los derechos de la personalidad no serían ni atributos de la persona ni derechos propiamente, sino que se encuentran por encima de toda la construcción científico-jurídica y, a modo de axiomas, el respeto debido a ellos es una idea indemostrable, aunque básica y evidente. Manuel ARAUZ CASTEX. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Emp. Técnico Jurídica 1968, Tomo I, p. 227.

¹³ Carlos LASARTE. *Principios de Derecho Civil*, Trivium, 2da edic. Madrid, 1993, Tomo I, p. 217, citado por José Ignacio PEÑA ATERO. *El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas*. Revista de Derecho Público Vol 63.p.282.

¹⁴ En este punto es posible encontrar todavía una complejidad adicional, concerniente a la relación que existe entre daño moral y protección de los intereses ligados a la esfera moral de la personalidad, y la procedencia de este tipo de reparación en sede contractual.

a los denominados derechos de la personalidad, el interés por él protegido será extrapatrimonial, razón por la cual carecerá de una valoración económica concreta: desde el momento que no siendo el bien por él protegido objeto de cambio, no existe la posibilidad de atribuir un valor de mercado a su afectación, situación que obsta a la posibilidad de asignar con claridad un “valor de reemplazo”. Por el contrario, como derecho de la personalidad, su finalidad será asegurar la existencia de ámbitos de seguridad y libertad que permitan el libre desenvolvimiento de la personalidad de su titular, razón por la cual resulta natural que se hayan señalado entre sus características el tratarse de un derecho inalienable, irrenunciable, inextinguible e imprescriptible, esencial, inherente, innato u originario, y *erga omnes*¹⁵.

Finalmente, realizadas las precisiones previas, debemos advertir que no es posible confundir los derechos de la personalidad con otros conceptos jurídicos con los cuales guarda cierta relación, como el denominado derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, especie de derecho de la personalidad reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo objeto preciso es evitar que los seres humanos sean desprovistos por algún ordenamiento de la calidad jurídica de “persona” (art. 3 Convención), amparando de esa forma el reconocimiento de la aptitud para ser sujeto de derecho, titular de derechos subjetivos y sujeto pasivo de las obligaciones que contraiga, capaz de participar en interacciones jurídicamente relevantes con otros, sea personalmente o debidamente representado o autorizado, según cuales sean las reglas sobre la capacidad de ejercicio que cada ordenamiento establezca en su protección.

2.

LA IMAGEN Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

CONCEPTO

Si bien en sus orígenes el derecho a la propia imagen se relacionaba en forma directa con la noción de “derecho de autor”, para pasar posteriormente su objeto a formar parte integrante del contenido protegido por los derechos a la privacidad y a la honra¹⁶, una paulatina evolución le permitió ir obteniendo una fisonomía propia, que permite distinguirlo

¹⁵ Sobre el desarrollo de estas características volveremos más adelante.

¹⁶ Un buen ejemplo de esta aproximación se encuentra en la fundamental obra de DE CUPIS *I Diritti Della Personalità*, donde el derecho a la imagen es tratado dentro de la sección destinada al análisis del derecho a la intimidad, con una continua referencia al derecho al honor, en lo que se refiere a su objeto de protección. v. Adriano DE CUPIS. *I Diritti Della Personalità*, Giuffrè Editore, Milan, Tomo I, 1959, pp. 256-294.

de estos otros derechos, a los cuales se vinculaba en sus orígenes¹⁷. Sin embargo, esta misma afirmación de existencia de un nuevo derecho de la personalidad obliga a realizar un ejercicio destinado a precisar cuál es su objeto. En este contexto, como una primera aproximación a la materia, resulta necesario comenzar realizando una distinción entre las nociones de “imagen” y de “derecho a la propia imagen”, puesto que sólo de esta forma podremos entender a cabalidad en qué consiste el bien protegido por este derecho.

La palabra *imagen* proviene del latín *imago, imaginis*, y se encuentra definida en el Diccionario de la Real Academia como “*figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa.*”¹⁸ Por su parte, entre la doctrina que se ha encargado de estudiar el tema, debemos destacar la definición realizada por CREVILLÉN, para quien “imagen” es la “*reproducción de cualquier persona, animal o cosa por medio de la pintura, la escultura, la fotografía o cualquier otro medio.*”¹⁹ No cabe duda que, por su amplitud, ambas definiciones abren un sinfín de posibilidades, pudiendo hablarse en consecuencia de imagen de las cosas, de los animales, de la persona natural y de la persona jurídica. Es precisamente por este hecho que surge la necesidad de diferenciar entre la simple imagen y la imagen que será protegida por este derecho, que estará orientado en forma exclusiva a la protección los atributos propios de las personas naturales, sin que pueda hablarse en consecuencia de un derecho a la propia imagen de una persona jurídica²⁰.

Esta primera conclusión nos lleva a afirmar que el ámbito de protección que dispensa el Derecho civil a la imagen excede con creces el contenido protegido a través del derecho a la propia imagen, dado que la protección de la primera se extiende también a la imagen comercial o al prestigio empresarial, a la imagen de una persona jurídica, al retrato literario, y a todas las formas externas de referencia de la personalidad. En este sentido, cuando hablamos de imagen en un sentido amplio, hablamos de la “imagen de...”, con lo cual estamos haciendo referencia a todos los elementos a través de los cuales la singularidad de cada persona se

¹⁷ En el Derecho comparado, éste es el camino que ha seguido España, con la dictación de la ley orgánica 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; Brasil, que en el artículo 20 de su nuevo Código Civil (Ley N° 10.406 de 2002) reconoce el derecho a la propia imagen, estableciendo que, salvo que concurra alguna de las circunstancias excepcionales previstas en la disposición misma, la publicación, exposición o utilización de la imagen de una persona podrá ser prohibida, sin perjuicio de las indemnizaciones a que dé lugar su uso comercial; Portugal, que en el artículo 79 de su Código Civil reconoce el derecho a la propia imagen; y Perú, país cuyo Código Civil trata en su artículo 15 del derecho a la imagen y la voz.

¹⁸ Diccionario de la Real Academia Española <http://lema.rae.es/drae/?val=imagen> [última revisión 12 de enero de 2014]

¹⁹ CREVILLÉN. *op.cit.* p. 93.

²⁰ Así, por ejemplo, en materia de propiedad industrial, cuando se hace referencia a las marcas comerciales siempre se pone énfasis en que éstas constituyen una manera de identificar a una empresa, dándose especial énfasis a la manera en que éstas contribuyen a la creación de una “imagen” comercial, caso en el cual la expresión estaría siendo usada en forma impropia, siendo recomendable el uso del vocablo “percepción”, a fin de poner énfasis en el proceso comunicativo que tiene por destinatarios a los clientes, que distinguirán a la empresa y sus productos por medio de la marca.

expresa, los cuales abarcan desde la voz, el rostro, el cuerpo, hasta ciertos bienes protegidos por el derecho a la identidad, como ocurre con el nombre, de una forma que comprende cada uno de los elementos y características que son propias a alguien como persona. En otras palabras, a todos aquellos elementos que expresados socialmente la hacen ser ella y no otra²¹.

Como puede apreciarse, todos estos elementos tienen una característica en común, pues corresponden a manifestaciones de lo más esencial de la persona, siendo de este modo una proyección externa de ella misma, se trate bien de una proyección natural, o de una construida. Sobre este último punto, piénsese por ejemplo en algún cantante de moda, que construya su imagen por medio de diversos tatuajes, de una marca de ropa determinada, de un corte de pelo extravagante, etc., siendo todo este conjunto de elementos externos de los cuales se vale los que le permiten construir una imagen que le resulta propia y le permite afirmar su individualidad. De lo dicho, no podemos sino colegir, como lo hace AZURMENDI, que la imagen humana es una representación sensible, con lo cual se está haciendo hincapié en que la imagen no es una abstracción, sino una entidad concreta que tiene la cualidad de ser captada por los sentidos²². Precisamente, son estos elementos los que permiten sustentar la distinción entre protección de la imagen y derecho a la propia imagen, donde la primera abarca desde el sujeto que crea esa imagen, hasta la completa expresión social de esta proyección natural o construida de la persona.

Ahora bien, desde la perspectiva del objeto protegido por el derecho a la propia imagen, y que permite diferenciarlo de la simple protección de un derecho a la imagen, se han considerado principalmente dos elementos que concurren en su definición: de esta forma, el derecho a la propia imagen aparece como aquel que tiene toda persona a obtener, reproducir y a publicar su apariencia externa y, como consecuencia de su carácter exclusivo y excluyente, a prohibir la obtención, reproducción y/o publicación por un tercero de ella. De lo señalado es posible desprender el doble carácter que tiene el derecho a la propia imagen: por una parte, aparece como un derecho positivo, que reconoce y protege la utilización por el sujeto de su apariencia externa, de aquello que lo hace reconocible y que permite diferenciarlo de otros; y por otro, como un derecho negativo o de exclusión, que está destinado a

²¹ Ya nos haremos cargo de este elemento denominado en doctrina como la "recognoscibilidad", y que corresponde al contenido inmaterial de la imagen.

²² Ana AZURMENDI ADARRAGA. *El Derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 24 y ss.

proteger que la imagen de una persona sea utilizada por otra cualquiera, sin contar con la autorización de su titular²³⁻²⁴.

Al hablar de “derecho a la propia imagen” subyacen dos tipos de contenidos, que pueden ser calificados uno de material y otro inmaterial, según la terminología acuñada por AZURMENDI²⁵, autora para quien mientras el primero hace mención al semblante del hombre, a un aspecto concreto que permite concretizar la imagen de una persona, permitiendo que ésta sea percibida por los sentidos y haciendo que deje de ser una mera abstracción; el segundo se unirá a los aspectos de individualidad, identidad y reconocibilidad en su tarea de permitir la diferenciación y reconocimiento de la persona, concurriendo estos tres elementos en forma copulativa, sin perjuicio que el pilar de todos ellos sea el último elemento, la reconocibilidad, puesto que éste y no otro será determinante para identificar e individualizar a cada persona, a través de los rasgos identificatorios presentes en su imagen, que sean observados por las otras personas.

Conforme a todo lo expuesto hasta ahora, se ha entendido que el derecho a la propia imagen surge como consecuencia de la necesidad de proteger la representación gráfica de la persona, expresándose como la facultad que posee toda persona para oponerse a que terceros, a quienes no se ha autorizado expresamente, capten, reproduzcan o publiquen la figura física de la persona retratada. Así, el ámbito de lo protegido por el derecho a la imagen es la proyección exterior de la persona desde su aspecto físico, en todos aquellos elementos que considerados en forma conjunta forman su identidad, comprendiendo incluso elementos como su voz. De esta forma, el derecho a la propia imagen tutela la proyección exterior y concreta de la persona en su figura física, de una manera independiente de la afectación de su honra y de su vida privada, dotando a la persona de la facultad de decidir sobre el uso de su imagen, protegiéndola frente a intromisiones ilegítimas²⁶.

Por estas razones, se ha definido al derecho a la propia imagen como aquel derecho que, teniendo el carácter de innato y perteneciendo a cada persona por el hecho de ser tal, se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible, confiriéndole un poder de control sobre ella; o mejor, como un poder estrictamente individual para disponer de la reproducción plástica de la propia fisonomía. Por su parte,

²³ CREVILLÉN, *op.cit.* p. 93.

²⁴ En este sentido, Eduardo ESTRADA ALONSO, citado por CREVILLÉN, define este derecho como la “*facultad que el ordenamiento jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles*”. CREVILLÉN, *op.cit.* p.93.

²⁵ AZURMENDI, *op.cit.* pp. 23-29.

²⁶ No se quiere afirmar con ello que el derecho a la propia imagen no tenga relación alguna con la vida privada o con el honor, en el acto pueden estar vulnerados todos ellos pero ello no implica que el Derecho a la Propia Imagen quede subsumido dentro de la honra o vida privada.

el análisis de este derecho permite distinguir dos dimensiones: una positiva y una negativa. La primera de ellas autoriza a la persona para la difusión, reproducción y publicación de su propia imagen, de acuerdo a criterios y utilidades personales, vale decir, concede y autoriza la explotación con fines publicitarios o comerciales de la apariencia física.; en tanto que la dimensión negativa del derecho impide que los terceros puedan realizar esa clase de acciones respecto de la imagen de otra persona, en la medida que no cuenten con la autorización del titular del derecho.

TITULARES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

El titular del derecho a la propia imagen es la persona natural, es decir el ser humano. Solamente éste puede demandar la protección de sus intereses recurriendo a este derecho, ello debido al contenido que le es propio, tanto desde el punto de vista material como inmaterial, como se revisó en la sección anterior. Por el contrario, como afirma correctamente AZURMENDI, las personas jurídicas no tienen imagen en el sentido que se ha expuesto, y al momento de hablar de la imagen de una determinada empresa, no se entiende bajo el concepto de derecho a la propia imagen o derecho a la imagen²⁷, sino en términos de lo que podríamos denominar “percepción”: la persona jurídica, al ser un ente ficticio o moral, no tiene una proyección de su personalidad, pues ella sólo se manifiesta mediante un lugar físico o mediante un logotipo, ambos bienes que demandan y justifican otro sistema de protección, propio de la propiedad industrial y de las reglas que resguardan la lealtad en el tráfico mercantil.

Un tema que en doctrina no encontramos una opinión unánime dice relación con la siguiente pregunta: ¿El derecho a la propia imagen es transmisible? Un caso célebre en la materia se produjo con la ocasión de la muerte del Canciller Otto von Bismarck, donde los tribunales alemanes tuvieron dificultades para conferir la protección frente a las fotografías no autorizadas, obtenidas en forma clandestina, que medios periodísticos publicaron de su cadáver, porque no se había desarrollado una base general para la protección de intereses inmateriales de la personalidad, razón por la cual la tutela se fundó no en la protección del derecho a la personalidad, sino sobre la *conditio ob iniustam causam*, ya que los fotógrafos habían obtenido la foto mediante ruptura de la paz de la casa, solución que pone de manifiesto la diversidad de vías a las cuales se puede recurrir para obtener la protección al derecho a la propia imagen²⁸.

²⁷ AZURMENDI. *op.cit.* pp.26 y ss.

²⁸ En un caso más reciente, el Tribunal Constitucional español debió pronunciarse sobre la eventual afectación del derecho a la propia imagen que se producía con la exhibición del video sobre la muerte del torero Paquirri, caso en el cual se declaró la imposibilidad de otorgar amparo por la infracción de este derecho constitucional una vez fallecida la persona cuya imagen se ha difundido, desde el momento que estamos en presencia de un derecho vinculado de una manera

Sin embargo, más allá de los méritos de esta solución, queda todavía abierta la pregunta de la posible transmisibilidad de la titularidad, para lo cual no sólo hay que considerar las características propias de los herederos, en cuanto continuadores de la personalidad del causante, sino también las características que son propias al derecho de la propia imagen: sobre esta última base, creemos que no podemos sino concluir que, dado que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, éste no puede pasar a los herederos del causante, siendo una excepción al principio de la continuación de la personalidad, fundada en su carácter intransmisible, derivada de su naturaleza de derecho personalísimo, que se extingue junto a la muerte del causante. Sin embargo, en el derecho comparado, tal como lo destaca HERCE DE LA PRADA, existen algunas legislaciones en donde se le reconoce a los herederos o parientes más cercanos el derecho a oponerse a la difusión del retrato del difunto, facultad que, antes de basarse en una subsistencia del derecho a la propia imagen, puede ser explicada en la solidaridad existente en la familia y en la necesidad de evitar las posibles ofensas que se puedan dirigir contra el causante, perturbando su memoria²⁹.

PROTECCIÓN DE LA PROPIA IMAGEN VÍA PRIVACIDAD, IDENTIDAD Y HONOR. DELIMITACIÓN

Una vez delimitado el campo de acción del derecho a la propia imagen, cabe preguntarnos si guarda relación con otros derechos de la personalidad reconocidos en el ámbito civil, como el derecho al honor y el derecho a la privacidad. Sobre este punto, nos interesa adelantar que en la jurisprudencia chilena es posible advertir un fenómeno de superposición de derechos, donde situaciones en que en realidad no existía propiamente una afectación al objeto protegido por el derecho al honor o el derecho a la privacidad, sino del derecho a la propia imagen, igualmente fueron resueltas por los tribunales invocando estos derechos, sin reconocer a este último un carácter autónomo, lo cual puede ser atribuido en parte a las exigencias formales que plantea la protección en sede constitucional, y en parte a las propias discusiones que se han producido en el ámbito civil sobre la procedencia de la protección autónoma de la propia imagen. Sin embargo, nos interesa destacar desde este mismo momento que existen sentencias que han esbozado, aunque sea tímidamente, la protección separada del derecho a la propia imagen.

inescindible a la propia existencia de la persona, de manera que se extingue con la muerte de ésta. STC 231/1988, citada por Rafael SARAZÁ JIMENA. *Libertad de Expresión e Información Frente al Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Aranzadi Editorial, Cizur Menor, 1995, pp. 150-151.

²⁹ Vicente HERCE DE LA PRADA. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Volumen primero, Primera Parte. Recurso electrónico, disponible en: Id. VLEX: VLEX-279739 <http://vlex.com/vid/subjetivo-propia-imagen-caracteres-279739>.

En lo que concierne a la relación entre la protección de la propia imagen, y la protección al honor y a la intimidad, es evidente que existe un primer punto de conexión, que está dado porque todos ellos pretenden proteger intereses que están vinculados con la esfera moral de la personalidad, constituyendo tres aspectos distintos, tres manifestaciones diversas de la propia personalidad³⁰. Sin embargo, si bien es cierto que ellas son manifestaciones de la personalidad que debe ser protegida, este solo hecho no permite confundirlos, debiendo en consecuencia el intérprete desarrollar criterios claros que contribuyan a definir los límites entre cada uno de estos derechos. Así, en términos simples, cabe establecer la primera diferencia entre ellos, basada en el diverso contenido de cada uno de estos derechos, poniendo énfasis en que mientras el honor busca resguardar la valoración social que tiene una persona en una comunidad determinada, el derecho a la vida privada buscará resguardar para cada persona una esfera libre de injerencias ajenas³¹. Como consecuencia de lo anterior, es posible afirmar que la afectación del derecho al honor o la vulneración del derecho a la privacidad no son condiciones necesarias para que opere la protección dispensada por el derecho a la propia imagen, sin perjuicio que sea posible concebir la existencia de actuaciones pluriofensivas, que afecten más de un derecho a la vez.

Precisamente en este sentido, CONCEPCIÓN, quien cita a VERCELLONE, señala que existe una clara separación entre el derecho a la propia imagen y el derecho al honor, señalando cuatro situaciones de potencial relación entre ambos, que esclarecen en gran medida sus respectivos límites:

- i. Publicaciones del retrato de una persona realizadas sin su consentimiento, en que no se afecte la consideración que ésta tiene en su comunidad, donde en consecuencia existirá una lesión del derecho a la propia imagen, y no una afectación del derecho a la honra;
- ii. Publicaciones del retrato de una persona realizadas sin su consentimiento, que por su contenido afecten al mismo tiempo su honor;
- iii. Publicaciones que se realicen del retrato de una persona sin el consentimiento de su titular, en aquellas circunstancias en que éste no resulte exigible, pero que por su contenido afecten su derecho a la protección de su honra;
- iv. Publicaciones del retrato de una persona realizadas con su consentimiento, en que tampoco sea posible advertir un eventual perjuicio para el honor o reputación del efigiado.

³⁰ AZURMENDI. *op.cit.* p.32.

³¹ José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ. *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 73.

Como puede apreciarse, en el primer supuesto no sufre el honor, pero si la imagen de la persona cuyo retrato fue publicado; mientras que en el segundo se lesionan ambos, de manera independiente, por medio de una sola actuación; por su parte, en el tercero se vulnera tan sólo el honor, dado que la situación de inexigibilidad de un consentimiento previo excluye la afectación del derecho a la propia imagen; mientras que en el cuarto caso no existe violación de ninguno de los dos derechos³².

Por su parte la privacidad dice relación con aquel espacio que las personas desean mantener en secreto respecto de terceros, para desenvolverse en su vida, protegiéndose de esta manera una esfera donde se excluye a los terceros del conocimiento, salvo permiso del titular. Conforme con lo expuesto, se puede apreciar de inmediato que el poder distinguir entre ambos derechos no es una tarea fácil, dado que será frecuente que en la afectación al derecho a la propia imagen haya intervenido algún medio que importe, a su vez, una lesión del derecho a la privacidad. Por esta razón, nos cabe tener muy presente que estos derechos tienen una estrecha relación y por eso es que las fronteras entre ambos son más difíciles de delimitar³³, siendo frecuentes las actuaciones pluriofensivas.

Sin perjuicio de las complejidades evidenciadas, debemos advertir que no podemos caer en el error de subsumir el derecho a la propia imagen dentro del interés protegido por el derecho a la intimidad o privacidad. Sin lugar a dudas hacerlo sería una solución fácil y rápida, pero tiene un inconveniente no menor, el cual radica en el riesgo de ir cercenando y eliminar el derecho a la propia imagen, negando a su vez que exista un valor a ella relacionado que debe ser tutelado *per se*. Así, si bien no podemos dejar de reconocer que existe una zona gris, donde ambos derechos llegan a confundirse en su objetivo de protección, ésta sólo puede ser percibida por contraste a otra más clara, donde podemos encontrar diferencias que permiten caracterizar a cada uno de estos derechos de manera separada: siguiendo a PFEFFER, podemos decir que ésta radica en que mientras la imagen se refiere a un aspecto externo del individuo, que se obtiene y reproduce sin su consentimiento, la intimidad o privacidad es la antítesis de esa externalidad³⁴.

³² CONCEPCIÓN. *op.cit.* p. 77.

³³ José Ignacio PEÑA ARTERO. "El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas." *Revista de Derecho Público*, Vol 63, p. 287.

³⁴ Emilio PFEFFER URQUIAGA. "Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información", *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año VI 2000, N°1, p.46

3.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN CHILE: DESDE SU PROPIETARIZACIÓN A SU RECONOCIMIENTO AUTÓNOMO

La protección del derecho a la propia imagen presente en Chile ciertas peculiaridades, derivadas de la inexistencia de un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico y de las condiciones exigidas para el ejercicio de las acciones constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia chilena, viéndose limitada por el posible contenido protegido a través del recurso de protección, y con la finalidad de dotar de protección a este derecho vinculado a la esfera moral de la personalidad, ha subsumido los atentados que el derecho a la propia imagen puede sufrir dentro de otras hipótesis de afectación de derechos, se trate del derecho a la protección de la vida privada (art. 19 n° 4 CPol)³⁵, del derecho a la protección de la honra (art. 19 n° 4 CPol) o incluso del derecho de propiedad sobre la propia imagen, argumentando que la imagen es una de las cosas incorpóreas sobre las cuales se tiene este derecho, en los términos en que la propiedad se encuentra garantizada en el artículo 19 n° 24 de la Constitución. Estas soluciones, si bien resultan prácticas, considerando los fines que se propone, presentan graves inconvenientes, desde el momento que contribuyen a la confusión existente sobre la existencia de un derecho autónomo a la propia imagen, y la delimitación de su contenido con el de otros derechos.

Con todo, la posición de la jurisprudencia chilena sobre el punto puede ser calificada de ambivalente, puesto que si bien no confiere una protección autónoma al derecho a la propia imagen (y no podría hacerlo, dadas las limitaciones formales que supone lo dispuesto en el artículo 20 CPol³⁶), la ha reconocido como un derecho sobre la persona o de la

³⁵ En este sentido, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia de 16 de noviembre de 2005 resolvió que *“el derecho a la propia imagen se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la intimidad, pues versa sobre la protección de un ámbito privado, reservado para la propia persona y del que quedan excluidos los demás, con reserva de la voluntad de cada individuo para compartir dicho ámbito”*, agregando luego que la relación entre intimidad y protección de la imagen es más cercana y difícil de delimitar que la que existe entre vida privada y honor. En el mismo sentido, en un artículo recientemente publicado, la profesora LATHROP parte su análisis sobre el derecho a la propia imagen de los niños, niñas y adolescentes destacando que se trata de un derecho que está vinculado al derecho a la intimidad y al derecho al honor, pues todos ellos pueden resultar eventualmente lesionados, sea en bloque, sea separadamente, por un mismo acto vulneratorio, cuestión que pone en evidencia las conexiones que entre ellos existen. Fabiola LATHROP GÓMEZ. “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 3, 2013, p. 931.

³⁶ El artículo 20 de la Constitución Política de la República contempla una acción constitucional denominada “recurso de protección”, la cual busca amparar de una manera expedita algunas de las garantías contempladas en el artículo 19 de la carta fundamental, frente a la actuación u omisión en que incurran particulares o el Estado, que implique de manera arbitraria o ilegal una privación, perturbación o amenaza de alguno de estos derechos, dotando a los tribunales de amplias facultades con miras a reestablecer el imperio del derecho

personalidad, como ocurrió en el caso pionero en la materia, “Caszely Carlos y otros contra Salo Editores Ltda.”, donde la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que el derecho a la propia imagen consistiría “*en la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inocente. El derecho sobre la propia imagen podría ser así una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo*”, agregando que “[...] *Obtener y utilizar la propia imagen es un derecho sobre la persona o de la personalidad; algo esencial, natural o innato a todo individuo por el solo hecho de serlo y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley*”³⁷.

Sin embargo, a pesar de este primer intento de conceptualización, en este fallo la Corte decide rechazar el recurso interpuesto: de esta forma, no obstante este primer reconocimiento, el tribunal termina por desestimar la acción constitucional deducida, argumentando en su considerando 41° que “... *ese derecho sobre la propia imagen ofrece excepciones, justifican estas por no contravenir el fundamento que asiste, no otro que el respeto a la integridad moral de la persona o a su intimidad*”; de manera tal que en la práctica el derecho a la propia imagen sólo podrá ser protegido en el caso que exista una afectación del derecho a la honra o a la intimidad. Finalmente, la Corte descarta también en este caso conferir protección a los recurrentes por vía del derecho de propiedad, atendido el hecho que, no teniendo éste un carácter de derecho real ni personal, ni contar con un valor pecuniario, por tratarse de un derecho de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, resulta imposible afirmar la existencia de propiedad sobre él (considerando 43°).

Respecto de esta sentencia, hacemos nuestras las críticas formuladas por ANGUITA, considerando junto con el autor citado que el razonamiento de la Corte es equivocado, al no tomar en cuenta un elemento insoslayable, como es el hecho que la publicación del álbum con las imágenes de los futbolistas no puede considerarse amparado por la libertad de información, dado que su objeto no era informar al público sobre la selección nacional ni sobre un evento de importancia noticiosa, como el mundial, sino comercializar un producto que aprovechaba la imagen de los jugadores, cuestión que torna irrelevante el carácter de figuras públicas que pueden tener los futbolistas³⁸: si bien el derecho a la propia imagen, al igual que el derecho a la honra y a la vida privada, posee umbrales más reducidos tratándose de figuras públicas, en particular cuando nos encontramos en presencia de una acción que pre-

³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 5 de julio de 1982, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 9 agosto de 1982. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, pp. 368 y ss.

³⁸ En el razonamiento desarrollado por la Corte, el carácter público de los futbolistas es uno de los elementos considerados para negar lugar a la protección, cuestión que queda bien reflejada en el considerando 43°.

senta fines informativos, cuando se trata de su dimensión comercial la tutela entre personas privadas y públicas tiende a igualarse³⁹.

Ahora bien, más allá de esta primera vía de protección del derecho a la propia imagen, y aunque carezca en Chile de un reconocimiento expreso en la Constitución o en alguna norma especial que trate orgánicamente la materia, como ocurre en Brasil, España, Portugal o Perú⁴⁰, es posible encontrar algunas referencias normativas que expresan la intención del legislador de resguardar este derecho, como ocurre con las modificaciones legales introducidas los años 2003 y 2007 al Código del Trabajo, que incorporaron los nuevos artículos 145 letra l)⁴¹ y 152 bis letra f)⁴²; y del artículo 20 letra c) de la Ley de Propiedad Industrial, que hace referencia al *retrato de una persona* con la finalidad de establecer una prohibición de registro en materia marcaria.

Sin perjuicio de ello, los tribunales chilenos han debido conocer de casos en los cuales las personas afectadas han presentado acciones fundadas en un uso no autorizado de su imagen, las cuales han tenido como legitimados pasivos tanto a otros particulares como al propio Estado, sea mediante la vía que proporciona el recurso de protección y su acceso directo a las Cortes de Apelaciones, con el objeto que éstas adopten todas las medidas conducentes a la cesación del agravio; sea por vía de las acciones interpuestas ante los tribunales civiles, generalmente con el objeto de obtener un resarcimiento por la afectación del derecho por vía de las indemnizaciones de perjuicios, las cuales suelen comprender daños patrimoniales, incluido el enriquecimiento sin causa que experimenta el ofensor, como consecuencia del uso no autorizado de la imagen de un tercero, y daños morales.

En lo que concierne al recurso de protección, como hemos visto, debe destacarse el hecho que los primeros recursos referentes a esta materia fueron rechazados⁴³, básicamente por considerar la Corte que el derecho a la propia imagen no se encontraba reconocido en

³⁹ Pedro ANGUIA RAMÍREZ, "Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981 – 2004): un intento de sistematización." Recurso electrónico, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/jurisprudencia.pdf> [revisado 18-01-2014]

⁴⁰ v. n. 17.

⁴¹ Artículo 145-I.- El uso y explotación comercial de la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, por parte de sus empleadores, requerirá de su autorización expresa. En cuanto a los beneficios pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda.

⁴² Artículo 152 bis F.- El uso y explotación comercial de la imagen de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas, por parte de sus empleadores, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, y en cada caso en que ésta deba ser utilizada, requerirá de su autorización expresa.

En cuanto a los beneficios pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda.

⁴³ 18 de agosto de 1982, recurso de protección presentado por jugadores de la selección de fútbol contra una editorial de álbumes. Recurso de protección rechazado en contra del Diario La Cuarta por la inclusión no autorizada de imágenes de mujeres en traje de baño, en la portada del diario.

la Constitución y por consiguiente no estaba dentro del listado de derechos respecto de los cuales procede esta acción constitucional⁴⁴. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha producido un cambio en la aproximación de la Corte a esta problemática, el cual se ha reflejado en el desarrollo de una jurisprudencia constante que ha acogido gran parte de los recursos: con este fin, la Corte ha evitado de pronunciarse sobre un reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen, procediendo a subsumir los conflictos que a su respecto puedan producirse dentro de la afectación de otros derechos que si legitiman para el ejercicio de esta acción, como son el derecho al honor, a la protección de la vida privada, o bien el derecho de propiedad, siendo este último el argumento más utilizado pues, como vimos anteriormente, la Corte ha indicado que cada persona tiene un derecho de propiedad sobre su propia imagen⁴⁵.

Ahora bien, desde el punto de vista de los fallos dictados por tribunales civiles, como se indicara precedentemente, las acciones intentadas buscan obtener una indemnización de perjuicios por el uso no autorizado de la imagen de los demandantes. Por su parte, las sentencias que acogen las demandas, en su mayoría se centran en el daño moral experimentado por el actor. Sin embargo, la ausencia de todo tipo de baremo o regla que permita cuantificar la indemnización ha traído como consecuencia que se fijen sumas sin mayor análisis de la prueba, o bien que éstas busquen antes dejar indemne el honor de una persona, más que proporcionar una compensación por la utilización de su propia imagen: este fue precisamente el caso que se produjo ante la demanda que interpuso una modelo profesional, cuya imagen había sido incluida sin su autorización en un reportaje sobre eyaculación precoz, el cual provocó que la actora fuera objeto de burlas y la pérdida de diversas posibilidades de empleo. Sobre este aspecto coincidimos con lo expresado por LARRAÍN, en el sentido que el daño moral es difícil de justificar desde el punto de vista de la sola vulneración a la imagen⁴⁶.

⁴⁴ v. n. 35.

⁴⁵ Causas Rol: 5.292-04 (Fallos del Mes N° 528, pp. 2.877-2.884) Causa Rol: N° 949-2008 Contra Ministerio de Planificación. Causa Rol: 35-2010 contra SERNATUR. Causa Rol: 2506-2009; Causa Rol: Rol N° 807-2011. Causa Rol: 6348-2002 contra Televisión Nacional.

⁴⁶ Cristian Andrés LARRAÍN PÁEZ, "Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad civil por ejercicio no autorizado del derecho a la imagen. En particular sobre el daño." *Estudios de Derecho Civil VIII*. Actas de las X Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 582

4.

ELEMENTOS PARA UNA PROTECCIÓN AUTÓNOMA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

Como se adelantó al inicio de este trabajo, existen buenas razones que permiten justificar el que el derecho a la propia imagen goce hoy de un reconocimiento y tratamiento como derecho de la personalidad autónomo, razones que han sido proporcionadas por la doctrina, que ha logrado estructurar una delimitación propia de este derecho, la cual permite distinguirlo de los otros derechos de la personalidad. En este sentido, volviendo sobre lo ya señalado por AZURMENDI, debe destacarse que en el derecho a la propia imagen es posible distinguir un contenido material y un contenido inmaterial, siendo este último el de mayor trascendencia, puesto que se traduce en tres elementos que dicen directa relación con el elemento social que subyace a este derecho, como son la individualidad, la identidad y la reconocibilidad. En efecto, estos elementos expresan algo muy básico y evidente: para estar en presencia de un derecho a la propia imagen se requiere un “otro” que lo perciba. Sin el “otro” no es posible responder a la pregunta ¿Quién es?, punto de partida de la construcción de la imagen. De esta forma, dando un ejemplo, bien podríamos decir que un náufrago en una isla desierta tiene derecho a la propia imagen sólo en la medida que exista un otro que lo perciba. En caso contrario no podrá alegar que tiene un derecho a la propia imagen.

Sin embargo, es necesario realizar una precisión: el elemento de la reconocibilidad al que hemos hecho referencia no dice relación con el carácter de “popular” o “famoso” que pueda tener una persona. Por el contrario, éste se remite a un estándar básico de reconocimiento, fundado en la diferenciación que tiene en cuanto persona única e irrepetible que interactúa en un medio. En otras palabras, en la medida que la persona pueda ser reconocida como ella misma a través de los elementos que integran su imagen, se cumplirá con la condición de existencia de un derecho a la propia imagen, contando con la protección que le proporciona este derecho.

Con todo, lo señalado anteriormente sólo mira a la delimitación del contenido del derecho a la propia imagen y al reconocimiento de una necesidad de protección sobre los bienes por él tutelados. Queda todavía por responder a una segunda interrogante: ¿Cómo poder fundamentar normativamente esta protección, en el ordenamiento jurídico chileno? En este punto, no podemos dejar de considerar que la evolución en la protección de los

derechos de la personalidad, como lo afirma TAPIA⁴⁷, se ha producido sobre la base de las normas constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos, sirviendo el artículo 5 inciso 2° de la Constitución como regla general que permite incorporar en nuestro ordenamiento estos derechos y desarrollar por quienes están llamados a aplicar el Derecho su contenido. Efectivamente, nuestra Constitución Política hace un reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter supraestatal, teniendo el Estado la obligación de respetarlos, garantizarlos y promoverlos, sea que se encuentren reconocidos en las normas de Derecho internacional vigentes en la materia, o que su existencia resulte de la propia naturaleza humana, lo que significa en último término el concebir todo el sistema jurídico en razón de un fin de protección de la persona, exigiendo una subordinación de su contenido a los estándares que esta primacía de la persona impone.

En este sentido, la evolución normativa tiene que ir acompañada de una interpretación armónica acorde con la finalidad de protección de la persona, dando origen a una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales, teniendo como pilar fundamental la dignidad del ser humano. En este sentido, compartimos las palabras de NOGUEIRA, quien afirma que *“Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el minimum invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.”*⁴⁸

Acorde con lo expuesto, NOGUEIRA MUÑOZ realiza una propuesta interpretativa que permite esta evolución en la protección dispensada por los derechos fundamentales⁴⁹, sobre la base de lo establecido en el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República y en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre normas de interpretación, disposición esta última que expresamente ordena que *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática*

⁴⁷ Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005. p.83

⁴⁸ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N°2, 2007, p. 247.

⁴⁹ Pablo NOGUEIRA MUÑOZ. *El derecho a la propia imagen. Naturaleza Jurídica y sus aspectos protegidos*. Ed. Librotecnia. Santiago. 2010. p.345.

representativa de gobierno”,⁵⁰ proporcionando de esta forma un sustento normativo que permitiría incluso tutelar el aspecto negativo del derecho a la propia imagen por vía de la interposición de un recurso de protección, siendo necesario el invocar alguno de los derechos señalados en el artículo 20 de la Constitución solamente con el propósito de salvar el examen de admisibilidad de la acción, sin que con posterioridad la Corte deba constatar una vulneración adicional a la afectación del derecho a la propia imagen.

De esta forma, de acuerdo a la evolución del derecho a la propia imagen, se podría sostener que en el ordenamiento jurídico chileno es un derecho implícito, cuyo reconocimiento y protección derivan del hecho de ser una expresión de la propia personalidad humana, fin último y sustento de todo nuestro Derecho, por lo que no sería necesario que se encuentre regulado explícitamente en la ley para poder dotarlo de protección. Sobre este punto, no debemos olvidar que la doctrina ha estimado que los derechos fundamentales no son únicamente los asegurados expresamente en el texto constitucional⁵¹, toda vez que además se encuentran los derechos implícitos y los derechos contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, además de otras fuentes del derecho internacional, como el *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional. Precisamente, es el concepto de derechos implícitos el que nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el Derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental: ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional, lo que se encuentra acorde con un sistema de derechos humanos pleno, que ante posibles carencias normativas, exige integrar la protección de la persona extrayendo las reglas de los valores y principios que informan el sistema.

CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, la irrupción de la protección de los derechos de la personalidad en el Derecho civil ha significado un cambio de paradigma en la manera cómo éste se entiende, que ha pasado a centrarse marcadamente en la protección de la persona y de los derechos vinculados a su esfera moral, de manera tal que en la actualidad es imposible abocarse a cualquier estudio de las reglas que integran este sistema o de sus instituciones sin colocar a la persona como centro de reflexión. Por su parte las consecuencias de este cambio

⁵⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en línea en el sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/5.%20CONVENCION%20AMERICANA.pdf> última revisión 11-12-2012.

⁵¹ TAPIA. *op.cit.* p.83

de paradigma no pueden ser circunscritas a un instante determinado. Por el contrario, esta nueva forma de comprensión del Derecho exige un replanteamiento continuo del propio estudio de los derechos de la personalidad, ampliando el catálogo existente, con la finalidad de incluir otros derechos hasta el momento no reconocidos expresamente, pero que tutelan bienes valiosos, susceptibles de ser afectados por el desarrollo de nuevas formas de interacción social: así, como una consecuencia del desarrollo de este fenómeno, podemos advertir el progresivo reconocimiento y protección autónomo que ha demandado el derecho a la propia imagen.

El reconocimiento de un derecho autónomo a la propia imagen, que forma parte integrante de los derechos de la personalidad, resulta una cuestión de toda lógica en el marco de un sistema como el descrito, por cuanto la evolución social hace que cambien las prioridades y los objetos de protección. Es así como el derecho a la propia imagen toma cada vez mayor relevancia, haciendo frente a los nuevos desafíos que se plantean frente al objeto por él protegido, en un desarrollo donde toma especial relevancia la introducción de las nuevas tecnologías⁵², con los riesgos que ellas suponen.

Pese a lo que se ha planteado, al momento de pretender afirmarse una protección autónoma del derecho a la propia imagen no es posible dejar de advertir un importante vacío legal en la materia en el Derecho positivo chileno, que a diferencia de lo que ocurre con el derecho al honor o con el derecho a la intimidad, no lo contempla expresamente dentro del catálogo de derechos fundamentales reconocidos. Por esta razón, no es de extrañar que una de las principales vías para obtener la protección de este derecho haya sido recurriendo a la acción constitucional de protección, obviándose el problema de la autonomía, con la finalidad de obtener una tutela del bien protegido, aunque ello haya importado subsumir en la práctica el derecho a la propia imagen dentro del contenido del derecho a la honra, del derecho a la intimidad, o incluso, del derecho de propiedad. Este objetivo, si bien ha proporcionado una protección oportuna a las personas, ha dificultado un verdadero desarrollo en la comprensión de este derecho, lo que ha favorecido la confusión entre los objetos protegidos por cada uno de ellos.

Sin embargo, ninguno de estos hechos puede llevarnos a negar un reconocimiento o a privar a la propia imagen de protección. Por el contrario, este déficit normativo torna más relevante la labor del intérprete, quien recurriendo a una teoría general de los derechos de la personalidad, que reconozca como base la protección de la persona como fin del Derecho

⁵² En efecto piénsese solamente en las redes sociales el tráfico minuto a minuto de información personal, en especial fotografías o videos de diversa índole, foros, *blogs*, páginas web, catálogos *online*, etc.

privado, acorde con el nuevo paradigma identificado, debe desarrollar los sustentos normativos necesarios para dotar de protección a este bien ligado a la esfera moral de la personalidad; siendo posible poder concluir que en nuestro ordenamiento se encuentran presentes todos los elementos necesarios para poder reconocer un derecho a la propia imagen de carácter autónomo. Como se expuso, en la actualidad existen elementos que permitirían que esta tutela sea obtenida en sede de protección. Queda todavía por ver cómo se desarrolla esta protección mediante la utilización de los mecanismos tradicionales y propios del Derecho privado, como son las acciones de indemnización de perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Santiago Editorial Jurídica, 1998, Tomo I.
- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro. Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981 – 2004): un intento de sistematización. <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/jurisprudencia.pdf> [revisado 18-01-2014]
- ARAUZ CASTEX, Manuel. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Emp. Técnico Jurídica 1968, Tomo I.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El Derecho a la Propia Imagen: Su Identidad y Aproximación al Derecho a la Información*. Editorial Civitas S.A. 1997.
- COING, Helmut. *Derecho Privado Europeo. Derecho Común más Antiguo (1500-1800)*. Fundación Cultural del Notariado, 1996, Tomo I.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la personalidad, honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Actualidad, Madrid, 1994.
- DE CUPIS, Adriano. *I Diritti della Personalità*. Giuffré Editore, Milán. Tomo I. 1959.
- DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*, 4ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000.

- ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la personalidad*. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2012.
- HERCE DE LA PRADA, Vicente. “El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión.” Volumen primero, Primera Parte. Id. vLEX: VLEX-279739 <http://vlex.com/vid/subjetivo-propia-imagen-caracteres-279739>.
- LARRAÍN PÁEZ, Cristian Andrés. “Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad civil por ejercicio no autorizado del derecho a la imagen. En particular sobre el daño.” *Estudios de Derecho Civil VIII*. Actas de las X Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 3, 2013, pp. 929-952.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito Fundamentación y caracterización.” *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N°2, 2007.
- NOGUEIRA MUÑOZ, Pablo. *El derecho a la propia imagen. Naturaleza Jurídica y sus Aspecto Protegidos*. Ed. Librotecnia 2010.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1946.
- PEÑA ATERO, José Ignacio. “El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas.” *Revista de Derecho Público*. Vol 63.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” En: MEDINA, Cecilia *et al. Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago, Chile: Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie de Publicaciones Especiales. Universidad Diego Portales, 1996. N° 6.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información.” *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año VI, 2000, N°1.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de Expresión e Información Frente al Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Aranzadi Editorial, Cizur Menor, 1995.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Editorial Jurídica, 2005.

SENTENCIAS

- Causas Rol: 5.292-04 (Fallos del Mes N° 528, pp. 2.877-2.884)
- Causa Rol: N° 949-2008 Contra Ministerio de Planificación.

Causa Rol: 35-2010 contra SERNATUR.

Causa Rol: 2506-2009: Causa Rol: Rol N° 807-2011.

Causa Rol: 6348-2002 contra Televisión Nacional

Entre la forma y el contenido: crítica a la interpretación económica de los hechos jurídicos

Between form and content: critical to the
economic interpretation of the legal facts

*Paulo de Barros Carvalho**

RESUMEN. El artículo trata de examinar la dicotomía entre forma y contenido, reconociendo sus contornos filosóficos para, entonces, someter a la crítica las iniciativas fundadas en ese argumento que pretenden la desconsideración de las formas de los negocios jurídicos debido a su distinta “sustancia económica” para fines tributarios.

PALABRAS-CLAVE. Forma y contenido; Principio de la preponderancia de la sustancia económica sobre la forma jurídica; simulación de negocios jurídicos.

SUMARIO. Introducción. 1. Conocimiento y lenguaje. 1.1- *La constitución de la «realidad jurídica» por medio del lenguaje.* 2- Interpretación de los hechos: definición de «hecho puro», «hecho contable» y «hecho jurídico». 3- Forma y contenido. 4- El subsistema constitucional tributario y los principios que orientan la actividad interpretativa: estricta legalidad y tipicidad tributaria. 4.1 *Comentarios adicionales sobre la tipicidad y el carácter vinculado de la tributación.* 5-El principio de autonomía de la voluntad. 6- La figura de la «simulación» en el derecho brasileño. 6.1. *Interpretación de los actos*

* *Profesor emérito y titular de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP) y de la Universidad de São Paulo (USP). Miembro de la Academia Brasileña de Filosofía.*

practicados por el contribuyente: la ilicitud como requisito para desestimar el negocio jurídico. 6.2. El carácter imprescindible del elemento subjetivo «dolo» para configurar simulación. 7- Requisitos para efectuar la liquidación y aplicar las sanciones en el supuesto de operaciones simuladas: existencia de pruebas. Consideraciones finales.

ABSTRACT: This paper is about the substance-form dichotomy and its limits through the philosophy perspective, acknowledging its limitations. It intends to criticize the doctrine that emphasizes the prevalence of the economic substance over the legal form through the disregarding of the last for taxation purposes.

KEYWORDS: Form and substance; Prevalence of substance economic over legal forms; Disregard of legal structures of business.

RESUMO: Trata o presente texto de examinar a dicotomia forma-conteúdo firmando-lhe os contornos filosóficos para, então, submeter à crítica as iniciativas fundadas nesse argumento que visam à desconsideração da forma de negócios jurídicos em função de sua distinta “substância econômica” para fins tributários.

PALAVRAS-CHAVE: Forma e conteúdo; Princípio da preponderância da substância econômica sobre a forma jurídica; Simulação de negócios jurídicos.

INTRODUCCIÓN

Antes de entrar de lleno en el asunto encomendado, entiendo que es oportuno expresar algunas palabras sobre el modo y los caminos que pretendo seguir para aproximarme al objeto, con el fin de que sea posible articular sus complejidades, reflexionar sobre ellas y poder finalmente extraer conclusiones consistentes, capaces de calmar el espíritu instigado por la duda.

De hecho, todo trabajo con aspiraciones serias ha de exponer previamente su método, así entendido el conjunto de técnicas utilizadas por el analista para demarcar el objeto, colocándolo como foco temático para, enseguida, penetrar en su contenido. Parece apropiado efectuar breves consideraciones sobre el recorrido del pensamiento, en el sentido de abrir camino para que el lector pueda recorrerlo con desenvoltura, consciente del plano trazado por el autor. Esta información, que es de gran utilidad para propiciar el iterativo cotejo del rigor expositivo, se orienta fundamentalmente a aclarar el trayecto que va a ser cubierto, facilitando sobremanera la fundamentación de las proposiciones presentadas.

Tomaré el derecho positivo como objeto cultural que se presenta como capa de lenguaje en función prescriptiva y se proyecta sobre el dominio de las conductas intersubjetivas, para regularlas con sus operadores deónticos (permitido, obligatorio y prohibido). Estas reflexiones exigen prestar atención sobre el modo de llevar a cabo la construcción del sentido, interpretación del derecho legislado.

Para la apropiada comprensión del tema, conviene tejer algunos comentarios sobre la función del lenguaje en la constitución de la realidad jurídica. También es importante dedicar algunas líneas a la dicotomía *forma y contenido*, que viene ocupado un importante espacio en las discusiones sobre el rechazo de negocios jurídicos «simulados». Además, ese orden de consideraciones nos llevará a concluir que solamente el hecho *jurídicamente* cualificado puede tomarse para determinar la formación del vínculo tributario, con lo que son inoportunos los análisis de orden meramente económico.

Con fundamento en estas premisas y en vista del principio de autonomía de la voluntad y la libre iniciativa, aliados a los de estricta legalidad y tipicidad tributaria, paso a analizar la posibilidad jurídica de que el contribuyente practique fatos que le ocasionen una menor carga tributaria. Solamente en los casos de simulación, con la práctica de actos fraudulentos y dolosos, el Fisco tendrá la posibilidad de desestimar los negocios practicados y hacer recaer la imposición sobre la forma negocial oculta (negocio disimulado). Examinaré, de este modo, la figura de la simulación, demarcando sus rasgos característicos y discurriendo sobre su uso en el campo tributario.

1

CONOCIMIENTO Y LENGUAJE

Si descomponemos el fenómeno del conocimiento, encontramos el dato del lenguaje, sin el que ni se fija ni se transmite. Ya existe un *quantum* de conocimiento en la percepción, pero él se realiza plenamente en el plano proposicional y, por lo tanto, con la intervención del lenguaje. «Conocer», aunque tenga más de una acepción, significa «saber proposiciones sobre». Conozco un determinado objeto si puedo expedir enunciados sobre él, de forma que el conocimiento, en ese caso, se manifiesta a través del lenguaje, mediante proposiciones descriptivas o indicativas.

Por otro lado, en cada momento se confirma la naturaleza del lenguaje como constitutiva de nuestra realidad. Ya afirmaba Wittgenstein, en la proposición 5.6 del *Tractatus Logico-Philosophicus*, que *los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo*, lo que significa: mi mundo llega hasta donde llega mi lenguaje. La experiencia lo demuestra: mirando una hoja de naranjo, un botánico sería capaz de escribir páginas, describiendo la «realidad» que ve, mientras que el lego quedaría limitado a unas pocas de líneas. Dirigiendo la vista hacia una radiografía de pulmón, el médico podría sacar múltiples e importantes informaciones, mientras que el abogado, tanto en el primer caso, como en este último, se vería compelido a ofrecer registros leves y superficiales. A su vez, ante un fragmento del texto constitucional brasileño, un ingeniero no lograría más que construir un mensaje adscrito a la fórmula literal utilizada por el legislador, mientras que un licenciado en Derecho estaría en condiciones para desarrollar un análisis amplio, contextual, sacando a la superficie el contenido de las normas jurídicas, identificando valores y señalando principios. ¿Por qué algunos tienen acceso a esos campos y otros no? ¿Por qué algunos entran en ciertos sectores del mundo, mientras

otros se ven absolutamente impedidos para hacerlo? Solo hay una respuesta: la realidad del botánico, con relación a la Botánica, es mucho más amplia que la de otros profesionales, lo mismo sucede con la realidad del médico, del ingeniero y del licenciado en Derecho. El factor determinante para que esas realidades se expandan, dilatando el dominio de los respectivos conocimientos, es el *lenguaje* o la *morada del ser*, como proclamó Heidegger.

El lazo que une un término a su significado suele presentarse ante nuestros ojos como algo que nos es dado, un vínculo natural conocido como elemento de la realidad. Sin embargo, esa relación entre la palabra y la cosa es artificial. Cuando aprendemos el nombre de un objeto, no aprendemos algo acerca de la cosa, sino sobre las costumbres lingüísticas de un determinado grupo o pueblo que habla el idioma en el que ese nombre corresponde a un específico objeto. No obstante sea común afirmar que una cosa tiene nombre, sería más riguroso decir que nosotros tenemos un nombre para esa cosa. De aquí deriva una conclusión necesaria: no existen nombres verdaderos o falsos. Hay, tan solo, nombres aceptados o no aceptados. La posibilidad de inventar nombres, a su vez, también tiene un nombre: libertad de estipulación. En este sentido, afirman Guibourg, Ghigliani y Guarinoni¹, completamente convencidos:

Estas consideraciones nos llevan a una nueva conclusión, más profunda que la anterior: al inventar nombres (o al aceptar los ya inventados) trazamos límites en la realidad, como si la cortáramos idealmente en trozos; y al asignar cada nombre constituimos (es decir, identificamos, individualizamos, delimitamos) el trozo que, según hemos decidido, corresponderá a ese nombre. (...) Por esto la realidad se nos presenta ya cortada en trozos, como una pizza dividida en porciones, y no se nos ocurre que nosotros podríamos haber cortado las porciones de otro tamaño o con otra forma.

Decididamente, también el lenguaje nos da los hechos del mundo físico y social. Hecha la observación, se verifica que el hombre va creando nuevos nombres y nuevos hechos, en conformidad con sus intereses y necesidades. A nosotros, para designar «nieve», nos basta con una sola palabra. No obstante, para los esquimales, cuyas circunstancias son muy distintas, se impone la distinción entre varias modalidades de «nieve» y a cada una le corresponderá un término. No se puede precisar el motivo exacto, pero los pueblos de cultura portuguesa tuvieron a bien, en un determinado momento de su evolución histórica, especificar la palabra «saudade», diferentemente de otras culturas que la mantienen incluida en conceptos más generales, como «nostalgia», «tristeza», etc. Tanto en portugués, como en

¹ GUIBOURG, GHIGLIANI ET GUARINONI. *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 37.

castellano, tenemos «relógio» o «reloj»; mientras en inglés se discriminó «clock» para el reloj de pared y «watch» para el de bolsillo o de pulsera. Y, en francés, existen tres vocablos distintos: «horloge» (de torre o de pared), «pendule» (de mesa o de pie) y «montre» (de bolsillo o de pulsera).

La aclaración de las razones determinantes de esas especificaciones muchas veces se encuentra en la Gramática Histórica, disciplina que estudia las dinámicas que presiden la evolución del idioma. La observación revela que, tanto las palabras recién creadas como las nuevas acepciones atribuidas a los términos ya conocidos, se incorporan al patrimonio lingüístico en virtud de necesidades sociales. La Física consideraba que el átomo era la unidad irreducible de la materia. Con el progreso del interés científico y el avance de la investigación se culminó en la posibilidad de descomponer esa partícula, por lo que se hizo imperiosa la expansión del lenguaje para constituir la nueva realidad, a saber, «protón», «neutrón», «electrón».

Una breve comparación entre diccionarios de un mismo idioma, editados en momentos históricos diferentes, refleja un significativo aumento del número de palabras, tanto en el llamado «lenguaje natural», como en los discursos de las distintas ciencias. Es el lenguaje constituyendo realidades nuevas y ampliando las fronteras de nuestro conocimiento.

LA CONSTITUCIÓN DE LA «REALIDAD JURÍDICA» POR MEDIO DEL LENGUAJE

El lenguaje natural es a la realidad en que vivimos como el lenguaje del derecho es a nuestra realidad jurídica. Dicho de otro modo, de la misma forma que el lenguaje natural constituye el mundo circundante, que nosotros llamamos realidad, el lenguaje del derecho crea el dominio de lo jurídico, esto es, el campo material de las conductas intersubjetivas, en el que nacen, viven y mueren las relaciones reguladas por el derecho. Si no hay hecho sin articulación de lenguaje, tampoco existirá hecho jurídico sin el lenguaje específico que lo relate como tal. Si, por ejemplo, S' presta la suma de dinero a S", pero no consigue expresar su reivindicación mediante las pruebas que el derecho prescribe ajustadas a la especie, esto es, si falta el lenguaje jurídico competente para narrar el acontecimiento, no se podrá hablar de hecho jurídico. La circunstancia conserva su naturaleza factual porque está descrita en lenguaje ordinario, aunque no alcanza la dignidad de hecho jurídico por falta de expresión verbal adecuada.

El derecho positivo está vertido en lenguaje técnico, así entendido todo aquel que se asienta en el discurso natural, aprovechando, en cantidad considerable, palabras y expresiones

de un determinado carácter, pertenecientes al patrimonio de las comunicaciones científicas. Se proyecta sobre el campo de lo social, regulando los comportamientos interpersonales con sus tres operadores deónticos (obligatorio, prohibido y permitido), orientando las conductas hacia valores que la sociedad quiera implantar. Su función es eminentemente prescriptiva e incide como un conjunto de órdenes, de mandatos, producidos con la intención de alterar comportamientos sociales, motivando a sus destinatarios.

En términos de acción directa, el lenguaje del derecho legislado constituye las realidades del mundo jurídico. Incluso cuando estén mal aplicadas, las reglas del derecho operan en nombre del ordenamiento en vigor, recortándose el mundo social en estricta conformidad con las determinaciones de sus mandatos. He aquí el hecho meramente social adquiriendo la dimensión de hecho jurídico. Fue juridicizado, en la expresión empleada por Pontes de Miranda y, en ese momento, se constituyó una situación nueva, que amplía la realidad del derecho por la acción de su lenguaje propio.

2

INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS: DEFINICIÓN DE «HECHO PURO», «HECHO CONTABLE» Y «HECHO JURÍDICO»

Hechas las necesarias consideraciones sobre la relevancia del lenguaje prescriptivo del derecho en la constitución de la realidad jurídica, conviene discurrir sobre un tema muy actual: los contornos constitutivos del hecho jurídico tributario. ¿El hecho que causa una relación jurídica puede ser objeto de calificaciones no jurídicas? En otras palabras, ¿puede entenderse el hecho, antecedente de la norma jurídica individual y concreta, como hecho económico, hecho contable, hecho político o, incluso, hecho histórico? Será lo que examinaremos. Adelanto, no obstante, que en el contexto jurídico, solo cabe hablar de elementos juridicizados y que es inadmisibles pretender atribuir efectos de derecho a hechos meramente económicos, contables, políticos o históricos.

Volvamos de la digresión para considerar que, en el escalón de la hermenéutica jurídica, el gran desafío de quien pretende desvelar el contenido, sentido y alcance de las reglas de derecho radica en la ineludible dicotomía entre la letra de la ley y la naturaleza del fenómeno jurídico subyacente. El desprestigio de la llamada interpretación literal dispensa meditaciones más profundas y basta recordar que, si prevaleciera como método de interpretación del

derecho, nos veríamos forzados a admitir que los meramente alfabetizados, quien sabe si con la ayuda de un diccionario de tecnología jurídica, estarían capacitados para identificar la sustancia de los mensajes legislados y explicitar las proporciones del significado de la ley. El reconocimiento de tal posibilidad robaría a la Hermenéutica Jurídica y a la Ciencia del Derecho todo el tenor de sus conquistas, para relegar la enseñanza universitaria a un esfuerzo sin expresión ni sentido práctico de existencia. Tal vez por ello, y sin percibirlo, Carlos Maximiliano haya sufragado, con suficiente énfasis, que todos los métodos interpretativos son válidos, siempre y cuando sus resultados coincidan con los establecidos en la interpretación sistemática.

No está de más repetir que, para nosotros, las normas jurídicas son las significaciones que la lectura del texto despierta en nuestro espíritu y, no siempre, coinciden con los artículos en los que el legislador distribuye la materia en el campo estricto de la ley. Dicho de otro modo, en la realidad social en que vivimos, experimentamos sensaciones visuales, auditivas, táctiles, que suscitan nociones. Estas, agrupadas en nuestro intelecto, hacen surgir los juicios o pensamientos que, a su vez, se expresan verbalmente como proposiciones. La proposición aparece como el enunciado de un juicio, de la misma manera que el término expresa una idea o noción. Y la norma jurídica es, exactamente, el juicio hipotético que la percepción del texto provoca en el plano de nuestro consciente, de igual forma que tantas otras nociones no jurídicas podrían haberse originado del mismo conjunto de percepciones físicas. Se dice, por tanto, que la noción es jurídica porque se enmarca en una determinada hipótesis jurídica.

Esto quiere expresar, por otros derroteros, que la única forma de entender el fenómeno jurídico, de forma conclusiva, es analizándolo como un sistema, visualizado en el entrelazado vertical y horizontal de los innumerables preceptos que se congregan y aglutinan para regular el comportamiento del ser humano en la convivencia con sus semejantes. El texto escrito, en la sencilla expresión de sus símbolos, solo puede ser la puerta de entrada para el proceso de aprehensión de la voluntad de la ley, jamás confundida con la intención del legislador. Sin darnos cuenta, nos adentramos en el análisis del sistema normativo con el enfoque semiótico, recortando, como sugiere un análisis más serio, la realidad jurídica en sus diferentes campos cognoscitivos: sintáctico, semántico y pragmático.

Como bien se sabe, no se puede priorizar ninguna de las dimensiones semióticas, en detrimento de las demás. No obstante, el momento semántico, en un examen más apurado sobre el tema que ahora tratamos, llama la atención por la manera intensa como califica y determina las cuestiones sometidas al proceso dialógico que prepara la decisión o conclusión.

De ahí exclama Alfredo Augusto Becker, lleno de fuerza retórica, que el jurista «no es más que el semántico del lenguaje del derecho». A él le corresponde la ardua tarea de examinar los textos, cuántas veces oscuros, contradictorios, penetrados de errores e imperfecciones terminológicas, para captar la esencia de las instituciones, capturando, con nitidez, la función de la regla, en el complejo marco normativo.

En el proceso de cognición del lenguaje prescriptivo de conductas, el hermeneuta tropieza con numerosas dificultades que la realidad jurídica le impone. El primer obstáculo está enclavado en la matriz misma del derecho. La producción de las normas de más elevada jerarquía en el sistema, que son las generales y abstractas, se confía a los parlamentos, cámaras legislativas de natural heterogeneidad, según se pretenden. Con ello, a pesar de los esfuerzos para elaborar un lenguaje técnico, dotado de la racionalidad suficiente para alcanzar niveles satisfactorios de eficacia social, la verdad es que el mensaje legislado casi siempre viene penetrado de imperfecciones, con problemas de orden sintáctico y semántico, que hacen muchas veces difícil su comprensión por parte de los sujetos destinatarios. Es en este punto que la Dogmática (Ciencia del Derecho en sentido estricto) cumple un papel de extrema relevancia, al componer los enunciados frecuentemente dispersos en varios cuerpos legislativos, acomodándolos en la estructura lógica compatible y apuntando las correcciones semánticas que la lectura contextual sugiera. Con estas ponderaciones, la comunicación normativa fluye más fácilmente del emisor al receptor, realizando los propósitos de la regulación jurídica con más claridad y determinación.

En un segundo momento, el estudioso se depara con una realidad jurídicamente compleja. Analizando en el contexto de una visión sistemática, donde las unidades normativas se interconectan formando una estructura sintáctica; donde hay, inequívocamente, un referente semántico concretado en la región material de las conductas, punto de confluencia de las iniciativas reguladoras del comportamiento intersubjetivo; y donde se verifican las inagotables manifestaciones de los factores pragmáticos. Todo ello, repito, introduce en el estudio del fenómeno jurídico enormes complejidades. En calidad de exegeta, debe partir de la literalidad del texto y buscar las significaciones sistémicas, aquellas que retratan los específicos parámetros instituidos por el sistema. Del mismo modo, la consistencia material de las reglas ha de encontrar fundamento en el sistema, so pena de no prevalecer y resultar anuladas. De ahí la tendencia de cortar de raíz el problema, ofreciendo soluciones simplistas y no comprometidas, como ocurre, por ejemplo, con la enmarañada «interpretación literal» de las formulaciones normativas, que lleva consigo la dulce ilusión de que las reglas del derecho pueden aislarse del sistema y, analizadas en su compostura fraseológica, ser inmediatamente

«comprendidas». Por lo tanto, el jurista se ve en la contingencia de consultar diversos preceptos de un título e, incluso, salir del él para hacer incursiones por el sistema.

Por último, no nos olvidemos de que la capa lingüística del derecho está inmersa en la complejidad del tejido social, cortada solo a efectos de aproximación cognoscitiva. Lo real, con la multiplicidad de sus determinaciones, solo es susceptible de una representación intuitiva, aunque abierta para recibir innumerables recortes cognoscitivos. Con tales ponderaciones, se hace hialina la afirmación de que de un mismo evento, el jurista podrá construir el hecho jurídico; así como el contable, el hecho contable; y el economista, el hecho económico. Todo, por lo tanto, dependiendo del corte que se quiera promover de aquel evento.

Y en cuanto al ámbito de comprensión de este fenómeno, volviendo a la línea de raciocinio inicial, citemos que todos los hechos son construcción de lenguaje y, por tanto, representaciones metafóricas del evento mismo. Siguen la gramaticalidad propia del universo lingüístico al que pertenecen —el jurídico— cuando constituyen el hecho jurídico o el contable, por ejemplo, cuando construyen el hecho contable. Las reglas de la gramática cumplen una función lingüística reguladora de un idioma históricamente determinado. Prescriben la forma de combinar los vocablos y las expresiones para producir la oración, esto es, construcción con sentido de aquel universo lingüísticamente determinado y no de otro. El derecho, por tanto, es lenguaje propio compositivo de una realidad jurídica. De ahí deriva la denominación de gramática jurídica al subconjunto de las reglas que establecen cómo otras reglas deben ser legisladas, modificadas o extinguidas, dentro de un determinado sistema.

Una vez establecido esto, percibimos que la construcción del hecho jurídico, no es más que la constitución de un fraseado normativo capaz de yuxtaponerse como antecedente normativo de una norma individual y concreta, dentro de las reglas sintácticas dictadas por la gramática del derecho, así como de acuerdo con los límites semánticos edificados por la hipótesis de la norma general y abstracta.

Hay que hacer, en este camino, una relevante advertencia: las palabras componentes de esta frase «constitutiva de realidad jurídica» tienen denotación, que es el conjunto de los significados que, posteriormente, representan el signo. Sus términos clasifican dicotómicamente los hechos del universo, estableciendo las siguientes categorías: la de los objetos representados y la de los objetos no representados por él.

Esto ocurre con la expresión hecho jurídico. En la actualidad, se acepta que el conocimiento científico del fenómeno social, sea cual sea, deriva de la experiencia, apareciendo siempre como una síntesis necesariamente *a posteriori*. En la constitución del hecho jurídico, el análisis relacional entre el lenguaje social y el lenguaje jurídico, reductor del primero, se

superpone a este conocimiento sintético *a posteriori*, para obtener como resultado un nuevo signo, individualizado en el tiempo y el espacio del derecho y que recibe calificación jurídica: he aquí el hecho jurídico. Es, por tanto, una construcción de supralenguaje. Hay dos síntesis: (i) del fenómeno social al fenómeno abstracto jurídico y (ii) del fenómeno abstracto jurídico al fenómeno concreto jurídico.

Adoptados estos presupuestos, verificaremos que el término o expresión que adquiera el calificativo de «jurídico» no solo será representativo de una unidad del universo del derecho, sino también denotará su contrapunto, que son todos los demás hechos lingüísticamente posibles de construir a partir de aquel mismo evento, pero que no se enmarcan en las reglas sintácticas y semánticamente dadas por el sistema de lenguaje del derecho. La demarcación del objeto implica la delimitación del corte de su clase y, al trazar estos límites, el exegeta obtiene como resultado indirecto la formación del conjunto de los hechos que no se califican como tal. Se trata de la sencilla construcción resultante de la lógica, pues, en el universo de las proposiciones normativas, «p» (proposición) es diferente y opuesto a «n-p» (no proposición), lo que impide a quien se dispone a conocer el sistema incluir la clase «n-p» dentro del conjunto «p». Son categorías que toman el mismo universo pero que no se entrecruzan. Es decir, de un mismo evento puede construirse un hecho jurídico o un hecho contable; pero uno y otro son sobremanera diferentes, lo que impide colocar el último como antecedente de la norma individual y concreta, dado que representa una unidad carente de significación jurídica. El hecho capaz de implicar el consecuente normativo deberá ser siempre el hecho jurídico, aunque muchas veces haya situaciones en las que en uno y otro estén presentes los mismos contenidos denotativos. A partir de estos datos podremos demarcar el conjunto de los hechos jurídicos, separándolo del conjunto de los hechos no jurídicos, donde se sitúan los hechos económicos, los hechos contables, los hechos históricos y tantos otros como sean las ciencias que los construyen. El criterio utilizado para separar estos dos universos es justamente la homogeneidad sintáctica del universo jurídico.

Con tales consideraciones es oportuno recordar que todo conocimiento del objeto requiere cortes y más recortes científicos, que cumplen la función de simplificar la compleja realidad existencial delimitando el campo del análisis. No olvidemos que la capa lingüística del derecho está inmersa en la complejidad del tejido social, cortada solo a los efectos de lograr la aproximación cognoscitiva. El derecho positivo es objeto del mundo de la cultura y, como tal, hace ardua la tarea del exegeta de construir la plenitud de sus contenidos de significación, obligándolo a reducir la complejidad empírica, ora aislando, ora seleccionando características del dinámico mundo de lo existencial. El objeto pasa a ser una construcción

en lenguaje del intérprete que reduce las características propias e inmanentes de aquello que toma del universo físico-existencial.

Esta es una barrera insuperable para la concepción del «hecho puro», ya sea económico, histórico, político, jurídico o de cualquier otra cualidad que se le pretenda atribuir. Tales hechos, como añade Lourival Vilanova², son elaboraciones conceptuales, subproductos de técnicas de depuración de ideas selectivamente ordenadas.

Por lo expuesto, queda la reserva de que no hay hechos jurídicos puros o hechos económicos puros. Lo que existe son cortes de lenguaje. Nosotros, juristas, montamos la realidad jurídica que representa el corte. De esta manera, construimos la interpretación jurídica. Nada de ello impide que economistas tomen la misma base objetiva y produzcan enunciados económicos sobre ella. Se producen, a su vez, otros cortes sobre el mismo acontecimiento, que componen un nuevo signo. Y lo mismo ocurre para el historiador, que constituye el hecho histórico; para el sociólogo, que construye el hecho sociológico, entre tantos otros recortes que se puedan producir en esa realidad. A la confusión metodológica que se establece en el instante del corte Becker la llamó «mancebía irregular» del derecho tributario con otras ciencias. De hecho, fue precisamente por la pretensión de fijar como objeto la actividad financiera del Estado, pasando a examinarla desde todos los ángulos posibles e imaginarios, sin prioridad metodológica, que la Ciencia de las Finanzas falló rotundamente, con lo que dejó de existir como asignatura en los programas de las Facultades de Derecho de Brasil.

Al discurrir sobre el modo de pensar algunas veces irreflexivo de la doctrina tradicional, también conocida como doctrina del «buen actuar» del derecho tributario, Alfredo Augusto aclara:

Ejemplo de carencia de actitud mental jurídica es la divulgadísima tesis (aceptada como algo obvio) que afirma que la hipótesis de incidencia («hecho generador», «hecho imponible», «soporte fáctico») siempre es un hecho económico. Otro ejemplo actual es la muy propagada doctrina de la interpretación y aplicación del Derecho Tributario según la «realidad económica del fenómeno social». Como se demostrará, ambas teorías tienen como resultado la demolición de la juridicidad del Derecho Tributario y la gestación de un ser híbrido y teratológico: el Derecho Tributario invertebrado³.

En el ámbito de esas investigaciones, llegaremos a la conclusión de que los hechos, así como toda construcción de lenguaje, pueden ser observados como jurídicos, económicos, antropológicos, históricos, políticos, contables, etc.; todo dependiendo del criterio

² VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo: Noeses, 2006, p. 104.

³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 4ª ed., São Paulo, Marcial Pons/Noeses, 2007, p. 17 (subrayado por el autor).

adoptado por el corte metodológico emprendido. ¿Existe interpretación económica del hecho? Sí, para los economistas. ¿Existirá interpretación contable del hecho? Ciertamente, para el contable. No obstante, una vez asumido el criterio jurídico, el hecho será, única y exclusivamente, hecho jurídico; y claro, hecho de naturaleza jurídica, no económica o contable, entre otras materias. Como ya se ha anotado, el derecho no pide prestados conceptos de hechos a otras disciplinas. Él mismo construye su realidad, su objeto, sus categorías y unidades de significación.

3

FORMA Y CONTENIDO

¿Qué es el contenido de algo? Quien se pregunta: «¿*Qué es la federación brasileña?*», muy bien podría responder con la frase «*es la unión indisoluble de los Estados, los Municipios y el Distrito Federal*», que figura en el artículo 1 de la Constitución de la República. He aquí el *contenido*, diría él. Pero incluso esta frase también tendrá su soporte físico, sus marcas de tinta en el papel (o incluso puntos luminosos en la pantalla de un ordenador) que la encierran en una *forma*. Y no puede ser diferente: no hay como ser sino mediante una forma.

Son incisivas las palabras de Lourival Vilanova⁴:

[...] No hay vida sin serlo en forma. Ya el cuerpo es la forma-límite, que contrapone el ser vivo a su entorno. Poco importa que sea la más rudimentaria especie de vida biológica: siempre hay un entorno propio, de cara al mundo circundante. Sin ello, no sería un microcosmos inmerso dentro del macrocosmos. La vida social no escapa a esa congénita presencia de la forma. Solo hay un pluralismo de formas modeladoras de la existencia social. El derecho prepolítico, o la sociedad jurídicamente sin Estado es, históricamente, la protoforma. Después, viene el Estado y se dará la politización del derecho, forma más potente para contener la multiplicación de los factores sociales.

La prevalencia del contenido sobre la forma es uno más entre los muchos falsos problemas que perturban la comprensión del derecho positivo. Ello porque forma y contenido no son aspectos separables al punto de ser posible prescindir de uno a favor del otro, son dimensiones de un objeto inescindible. Con propiedad, el escritor y crítico literario José Veríssimo: «la forma es el fondo apareciendo». Y no hay otra manera de conocer, descender a

⁴ VILANOVA, Lourival. O Poder de Julgar e a Norma. In: Escritos Jurídicos Filosóficos, v.1. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003. p.358.

las entrañas del significado y atribuirle significación, sino mediante el contacto con la forma que presente el signo.

La expresión de San Pablo «*la letra mata; el espíritu vivifica*»⁵, lejos de refutar el argumento refuerza la importancia de la forma. No existe otro medio de entablar contacto con un objeto sino a través de la forma, por lo tanto, frente a ella, no bastará la aproximación mediante la intuición sensible: es preciso que haya esfuerzo del sujeto cognoscente para aprenderlo y, así, *vivificarlo* en su espíritu. En otras palabras: es necesario interpretar la forma para otorgarle contenido.

El conocimiento solamente se hace presente cuando se exterioriza y, para que pueda romper las fronteras del mundo intrasubjetivo, haciéndose objetivo, será imprescindible expresar lo sabido. Vertiéndolo en una forma.

Lo mismo en el derecho, como ya decía Pontes de Miranda⁶:

Todos los hechos jurídicos tienen contenido y forma. Pero solo la forma de los actos jurídicos es relevante para el derecho. Cualquiera que sea la forma de morir, lo que importa es el hecho de la muerte, como solo importa el hecho del nacimiento o el acto-hecho de la toma de posesión o del pago.

Mientras la voluntad permanece en la intimidad, no exteriorizada, no le interesa al derecho.

Al atribuir contenido, se da vida a la forma y por la acción de interpretar, la forma pasa a implicar un contenido. Pero forma a la que no se le atribuya contenido no puede aspirar al estatus de signo, con lo que el contenido, siempre que sea objeto de enunciación, también implica forma. Insta decir entonces que en un signo cualquiera, forma y contenido coexisten y, más que ello, se implican entre sí.

La forma es, al mismo tiempo, la puerta que nos da acceso al plano del contenido y la salida al dominio de la intersubjetividad. Un diccionario, por ejemplo, al explicitar el contenido de una palabra cualquiera, no tiene otro medio de hacerlo que mediante el empleo de otros términos, indudablemente formas para otros contenidos. Así también lo hizo el Poder Constituyente al plasmar ya en el artículo 1 una definición de federación. Tanto en la definición lexical de la palabra, como en aquella que estipula el derecho, se ve inmediatamente que el contenido de un signo solamente puede hacerse aparente —intersubjetivo— mediante el empleo de otro signo y, con ello, se muestran forma y contenido unidos, inseparablemente.

⁵ 2 Corintios 3:6.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 349.

¿Y qué decir entonces de aquello que está *implícito*, como los llamados principios implícitos? Como decía Gomes Canotilho⁷, al citar como ejemplo el principio del debido proceso («due process»), concluye: «Este principio no está enunciado lingüísticamente; no tiene disposición, pero resulta de varias disposiciones constitucionales (...)». Ahora bien, si resulta de varias disposiciones constitucionales, se asienta no en un único enunciado, sino en varios. Sucede que las construcciones de sentido tienen que partir de la instancia de los enunciados lingüísticos, con independencia del número de formulaciones expresas que le sirvan de fundamento.

Insta percibir que, incluso cuando se diga que se está ante una idea implícita en el texto, no se está contemplando algo *amorfo* o *aformal*, como dijo Pontes de Miranda⁸:

Si la forma, por palabras o actos, no está explícita, puede explicitarse mediante interpretación aunque se tengan que invocar manifestaciones anteriores de formas diferentes u otras circunstancias. Ahí no se está complementando lo formal con lo aformal, sino interpretando el todo formal. La cuestión es solo descubrir el sentido, como si.

También el conocimiento de aquello que está «implícito» se hace mediante el contacto con formas que lo «explicitan» o intérprete que, en su enunciación de aquello que construye, tendrá que referirse al conjunto de formas de las que se sirvió para construir su enunciado.

Insisto que al definir un concepto cualquiera, no se produce solamente contenido, se estará ante una forma, porque sin ellas no es posible entablar contacto con el objeto. Así la aporía forma y contenido, se muestra, en verdad, relación entre una y otra forma. Es forma el término república federativa, como también lo es su definición en el artículo 1 de la Constitución de la República. Y de la misma naturaleza es el cotejo de la forma producida en una modificación de contrato o estatutos sociales de una sociedad mercantil con aquella otra que dice el Fisco que es la «sustancia económica del negocio».

Si hay situaciones en las que las formas se ponen de mutuo acuerdo, como en el caso de las definiciones (incluso las llamadas estipulativas), habrá ocasiones en un dominio lingüístico en las que se verifique el conflicto. En esos casos, es necesario que haya reglas del propio sistema para orientar la decisión del intérprete siempre que de la divergencia resulte la duda sobre la que debe prevalecer.

⁷ CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4ª ed, Coimbra, Almedina, 2000, p. 208.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v.3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.349

4.

EL SUBSISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO Y LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA: ESTRICTA LEGALIDAD Y TIPICIDAD TRIBUTARIA

El concepto de sistema incide en todas las regiones ónticas: en el mundo de los objetos naturales, ideales, metafísicos y culturales. Hablamos de sistema nervioso, sistema solar, sistema social, sistema jurídico, entre otros. Aquel que particularmente nos interesa es el sistema jurídico, locución referente tanto al derecho positivo como a la ciencia encargada de su descripción.

De la concepción global de sistema jurídico-positivo, tomada la expresión como conjunto de normas asociadas según criterios de organización prescriptiva, y todas ellas orientadas hacia el campo material de las conductas interpersonales, extrajimos el subsistema de las normas constitucionales y, dentro de él, otro subsistema, como es el subsistema constitucional tributario. Se puede decir, aunque a grandes rasgos, que sus unidades integrantes son las normas constitucionales relacionadas, directa o indirectamente, con la materia tributaria.

El subsistema del que hablamos está fuertemente marcado por enunciados de corte axiológico, que revelan la orientación del legislador constituyente impregnando las normas de inferior jerarquía con una serie de contenidos de preferencia por núcleos significativos.

El primero es el canon de **legalidad**, que se proyecta sobre todos los dominios del derecho y está inserido en el artículo 5, II, del Texto Constitucional vigente: «Nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley». En el sector del derecho tributario, sin embargo, ese imperativo tiene un carácter más severo, por fuerza de lo que se concluye de la lectura del artículo 150, I, del mismo título: «Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, se prohíbe a la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios: I – exigir o aumentar tributo sin ley que lo establezca». En otras palabras, cualquiera de las personas políticas de derecho constitucional interno únicamente podrá establecer tributos, es decir, describir la regla matriz de incidencia, o aumentar los existentes, incrementando la base de cálculo o el tipo de gravamen, mediante ley.

Es oportuno advertir que el mensaje no se dirige únicamente al legislador de las normas generales y abstractas, sino también al administrador público, al juez y a todos a quienes les incumba cumplir o hacer cumplir la ley. En el ejercicio de las respectivas funciones, a todos se dirige el mandamiento constitucional, que hay que cumplir. Cualquier tipo

de imposición tributaria que se pretenda establecer ha de someterse a los dictámenes de ese principio, conquista secular de los pueblos civilizados que permanece como barrera infranqueable al apetito recaudatorio del Estado-administración.

Lo mismo cabe decir de las demás reglas que imponen comportamientos a los contribuyentes. En principio, el vehículo introductor de la norma tributaria en el ordenamiento ha de ser siempre la ley (en sentido lato). Sin embargo, el principio de estricta legalidad aumenta los rigores procedimentales en materia tributaria, más que ello: establece que la ley adventicia traiga, en su interior, los elementos descriptivos del hecho jurídico y los datos prescriptivos de la relación obligacional. Ese *plus* caracteriza la tipicidad tributaria.

La **tipicidad** tributaria significa la exacta adecuación del hecho a la norma y, por eso mismo, el surgimiento de la relación jurídica se condicionará al evento de la subsunción, que es la plena correspondencia entre el hecho jurídico tributario y la hipótesis de incidencia, que hace surgir la obligación correspondiente, en los exactos términos previstos en la ley. Si no se verifica el perfecto encuadre, no existirá obligación tributaria. En este recorrido, o se produce la subsunción del hecho en la regla o no se produce, excluyéndose una tercera posibilidad. Se realiza aquí la eficacia de la ley lógica del tercero excluido: la proposición «p» es verdadera o falsa, sin que se admita una situación intermediaria. Por otro lado, ocurrido el hecho, la relación obligacional que nace ha de ser exactamente aquella estipulada en el consecuente normativo.

En síntesis: sin ley anterior que describa el hecho imponible, no nace obligación tributaria (principio de legalidad); sin subsunción del evento descrito en la hipótesis normativa, tampoco surge obligación tributaria (principio de tipicidad); y si hay previsión legal y la correspondiente subsunción del hecho en la norma, los elementos del vínculo jurídico irradiado deben equivaler a los prescritos en la ley (principio de tipicidad). Son condiciones necesarias para establecer vínculo tributario válido. No respetar esos cánones fulminará, decisivamente, cualquier pretensión de corte tributario.

4.1 COMENTARIOS ADICIONALES SOBRE LA TIPICIDAD Y EL CARÁCTER VINCULADO DE LA TRIBUTACIÓN

Como ya he señalado, el ejercicio del poder impositivo-fiscal, en Brasil, se orienta por una serie de directrices, dirigidas especialmente a organizar las relaciones que se establecen en este sector. Son los llamados «principios constitucionales tributarios», la mayoría explícitos, y a los que debe someterse la legislación infraconstitucional, siempre que el tema de la elaboración normativa sea establecer, administrar y cobrar tributos. Pues bien, entre tales mandatos, en posición de indiscutible preeminencia, se sitúa el principio de tipicidad tributaria,

que se define como la estricta necesidad de que la ley adventicia traiga en su núcleo, de modo expreso e inequívoco, los elementos descriptivos del hecho jurídico y los datos prescriptivos de la relación obligacional.

La aplicación del principio exige, como se ve, que los agentes de la Administración, en el ejercicio de sus funciones de gestión tributaria, indiquen, de forma pormenorizada, todos los elementos del tipo normativo existentes en la concreción del hecho, además de los rasgos jurídicos característicos de la conducta ilícita.

Por otra parte, el principio de la vinculación de la tributación, recortado del texto supremo e introducido en el artículo 142 del Código Tributario Nacional, traduce una conquista en el campo de la seguridad de los administrados, frente a los poderes del Estado Moderno, de tal manera que el ejercicio de la administración tributaria se encuentra limitado, en cualquiera de sus movimientos, por la necesidad de adhesión total a los términos específicos de la ley, sin poder abrigar cualquier tipo de subjetividad propia de los actos de competencia discrecional.

Por esta razón, en el procedimiento administrativo de gestión tributaria no se le permite al funcionario de Hacienda emplear recursos imaginativos. Para ello, la misma ley que regula el gravamen, junto con otros títulos que rigen la actividad administrativa, ofrece un marco expresivo de diligencias, con actuaciones de las más variadas especies, todo con el objeto de posibilitar el correcto control del cumplimiento de las obligaciones y deberes instaurados.

Es imprescindible que los agentes de la Administración, encargados de constituir la obligación tributaria, al relatar el hecho jurídico tributario, lo demuestren mediante lenguaje admitido por el derecho. Por ello se dice que las pruebas de la realización factual deben ser aptas para certificar la realización del evento narrado: comprobar la legitimidad de la norma individual y concreta que documenta la incidencia tributaria significa promover la verificación de que el acontecimiento fáctico narrado y la relación jurídica instaurada mantienen estricta correspondencia con las pruebas montadas y presentadas mediante formas lingüísticas seleccionadas por el derecho positivo.

5.

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el ejercicio de la actividad de fiscalización, compete a la autoridad administrativa investigar los hechos ocurridos, tomando, con observancia a las reglas pertinentes al derecho de las pruebas, elementos que posibiliten formular un juicio sobre la incidencia de las normas

tributarias. Al desempeñar esta función, no obstante, debe atenerse a determinar los hechos practicados, averiguando si estos cumplen las líneas definitorias circunscritas en la hipótesis normativa: si hay un perfecto encuadre, nace la obligación tributaria, mediante su relato en el lenguaje previsto por el derecho positivo; si hay algún punto disonante, se impide la percusión jurídica.

Las consideraciones antes formuladas son de extrema relevancia, pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad, que rige en el ámbito del derecho privado, el particular puede adoptar las más variadas estructuras negociales. Para alcanzar el resultado económico pretendido, está habilitado a escoger libremente la estructura negocial que más le convenga, para reducir los costes y multiplicar los beneficios.

A título de ejemplo, son innegablemente lícitas las actitudes de los contribuyentes que pretendan la reestructuración y reorganización de sus negocios. La propia Constitución de la República, al garantizar el derecho a la propiedad (art. 5, XXII) y el pleno derecho al ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 5, IV, IX, XIII, XV y XVII; y art. 170 y sus incisos), entre los que se encuentra la libertad contractual, confiere al contribuyente el permiso para organizarse del modo que entienda más ventajoso, según el principio de libre iniciativa.

Consignadas tales anotaciones, se impone la observación según la cual, previendo la norma tributaria, en su hipótesis, «tipo estructural», solamente podrá aplicarse con la realización del negocio jurídico en ella previsto. La práctica de negocio jurídico distinto, aunque permita alcanzar un resultado económico parecido, no autoriza a la autoridad administrativa a dictar la liquidación y constituir el crédito tributario. La supremacía de la seguridad jurídica en las relaciones entre Estado e individuo determina la tendencia conceptual clasificatoria en el derecho tributario, representada por el principio de tipicidad cerrada, que impide juridicizar otros hechos distintos de los estipulados en antecedente de la regla matriz de incidencia.

La autoridad administrativa, a efectos tributarios, no puede desestimar la opción negocial del contribuyente, elegida para realizar mejor el desempeño de sus actividades. El rechazo de la forma adoptada encuentra un óbice ineludible en la legalidad tributaria y en la tipicidad cerrada.

Además, como ya insistía Alfredo Augusto Becker⁹,

[...] La doctrina de la interpretación del derecho tributario, según la realidad económica, es hija del mayor equívoco que ha impedido al Derecho Tributario evolucionar como ciencia jurídica. Esta doctrina, inconscientemente, niega la utilidad del derecho, pues destruye precisamente lo que hay de jurídico dentro del derecho tributario.

⁹ Ob. cit., p. 130.

Ante el carácter taxativo de la tipología tributaria, a la autoridad administrativa no le queda espacio para la valoración económica de los negocios practicados. El tipo estructural exige, para que se efectúe la subsunción, que la parte de la realidad que se pretende gravar corresponda a la exacta cualificación jurídica prevista en la hipótesis normativa. Si, en virtud de los principios de autonomía de la voluntad y la libre iniciativa, el hecho es reputado, por el derecho privado, como distinto del descrito en el antecedente de la regla matriz, no se puede hablar de surgimiento de la obligación tributaria. Es inadmisibles obviar las formas adoptadas por el particular para, utilizando criterios meramente económicos, sujetarle a tributación como si fuera distinta la forma negocial realizada.

6.

LA FIGURA DE LA «SIMULACIÓN» EN EL DERECHO BRASILEÑO

Una cosa es que el particular elija la forma menos onerosa para el ejercicio de sus actividades. Otra, muy distinta, es actuar con malicia, con la intención de perjudicar a terceros. En el primer caso se tiene acto lícito, cuya desestimación es inconcebible; el segundo se encuentra en el campo de la ilicitud, que el ordenamiento jurídico rechaza.

El Código Civil, al regular el asunto, dispuso en el artículo 167, §1º, los supuestos en los que el negocio jurídico se considera simulado:

§ 1º Habrá simulación en los negocios jurídicos cuando:

- I - aparenten otorgar o transmitir derechos a personas distintas de aquellas a las que realmente se le otorgan o transmiten;
- II - contengan declaración, confesión, condición o cláusula no verdadera;
- III - los instrumentos particulares sean predatados o posdatados.

«Simular» significa disfrazar una realidad jurídica, para encubrir otra que es la que efectivamente se practica. En palabras de Marcos Bernardes de Mello¹⁰,

... lo que caracteriza la simulación es, precisamente, que la declaración de voluntad no sea verdadera. En la simulación se quiere lo que no aparece y no se quiere lo que efectivamente aparece.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 153.

Asimismo, para que la ocultación de la realidad se considere defecto, es imprescindible que haya intención de perjudicar a terceros o de violar disposición legal, esto es, que haya dolo.

La simulación es, en síntesis, una declaración engañosa de la voluntad, que busca producir un efecto distinto de aquel que la declaración real de la voluntad implicaría. En palabras de Orlando Gomes¹¹, ocurre simulación cuando «en un negocio jurídico hay una divergencia intencionada entre la voluntad real y la voluntad declarada, con el fin de engañar a terceros». En el negocio simulado, las partes fingen un negocio que en realidad no desean.

Aplicando esos conceptos al campo del derecho tributario, se concluye que los actos tendentes a ocultar la realización de hecho jurídico tributario configuran operaciones simuladas, pues aunque la intención consista en la práctica del hecho que implicará el nacimiento de la obligación de pagar tributo, este, al ser concretado, es enmascarado para que aparente algo distinto del negocio practicado por las partes.

Por otro lado, la celebración de un negocio jurídico válido, cuya elección dimana de la autonomía de la voluntad y la libre iniciativa del particular, que implica la ausencia de subsunción del hecho en la norma tributaria o conlleva su ajuste a norma tributaria que prescriba exigencias menos onerosas, es perfectamente lícita y la autoridad administrativa no puede desestimarla. Pues, como reiteradamente he afirmado, el propio derecho constituye la realidad jurídica: prevé la forma y el lenguaje que ha de adoptarse para tener o no un determinado hecho. De esa manera, si hay preferencia por cierta forma, es inaceptable ignorarla por la simple razón de que su resultado económico sea similar al de otra forma sobre la que recaiga una tributación diferente.

De lo expuesto, se desprende que, al nacer la obligación tributaria únicamente si y cuando ocurre el hecho previsto en la hipótesis normativa, cualquier acto del contribuyente que implique la verificación de un hecho distinto del previsto en la legislación tributaria impedirá, también, el surgimiento de la respectiva obligación. Ese modo de actuar es lícito y el Fisco no puede rechazarlo. Únicamente en el caso de que, una vez ocurrido el hecho jurídico tributario, este venga a ser ocultado mediante actos simulados, la fiscalización estará frente a auténticas «operaciones simuladas», susceptibles de ser rechazadas a efectos tributarios y de imposición de penalidades.

Únicamente las operaciones del contribuyente que enmascaren una determinada transacción jurídica, ocultando, por medios artificiosos, la realidad del derecho, configuran

¹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 374.

«operaciones simuladas». Sucede, por ejemplo, cuando el comerciante contabiliza la venta de la mercancía por una cuantía inferior a la realmente cobrada, con el objetivo de reducir el importe devengado en concepto de ICMS, o cuando las partes, al firmar un contrato, fijan una remuneración inferior a la acordada, con el fin de omitir ingresos. En ambos casos, hay dos formas: una aparente, otra dolosamente oculta.

Para que haya simulación es necesario, por lo tanto: (i) connivencia entre las partes; (ii) divergencia entre la forma del negocio practicado por las partes y la forma del negocio declarado; e (iii) intención de eludir al Fisco. Si no se demuestra algún modo de desvío jurídico en la declaración de voluntad de los partícipes, esta es real, verdadera y efectiva, ajustada, por lo tanto, a la voluntad de las partes. No existe, en consecuencia, el objetivo de burlar al Fisco o de ocultar la realización de un hecho jurídico tributario, sino la finalidad de practicar negocios lícitos, para reducir costes y aumentar la eficiencia administrativa de los sujetos implicados.

6.1. INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS PRACTICADOS POR EL CONTRIBUYENTE: LA ILICITUD COMO REQUISITO PARA DESESTIMAR EL NEGOCIO JURÍDICO

La interpretación de los negocios jurídicos, así como los efectos de ellos resultantes, ha de hacerse según las prescripciones del derecho legislado. Y la legislación brasileña no admite superposición del contenido económico sobre la forma. Incluso porque el contenido económico es una forma, recortada continuamente de la realidad social según criterios propios de la ciencia económica y no de acuerdo con los rasgos apuntados por el derecho positivo como aptos para producir efectos en la realidad jurídica. Solo una forma jurídica puede superponerse a otra y, tan solo, cuando el derecho así lo determine. Si el acto es lícito, la autoridad administrativa no puede desestimarlos con el único argumento de que implicaría menor carga tributaria.

Sin duda, es legítima la técnica de organización preventiva de los negocios jurídicos que hay que aplicar, buscando la economía de tributos. Con más razón, es admisible la realización de actos que, además de reducir la carga tributaria, estén revestidos de propósito negocial.

La Ley Complementar n.º 104/2001 añadió el párrafo único al artículo 116 del Código Tributario Nacional, que dispone que «la autoridad administrativa podrá desestimar actos o negocios jurídicos practicados con la finalidad de disimular la realización del hecho generador del tributo o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, observados los procedimientos que se establezcan en ley ordinaria». Se puede ver que

referido precepto no introdujo modificación alguna en el ordenamiento brasileño, dado que este ya autorizaba a desestimar negocios jurídicos disimulados, a ejemplo de lo dispuesto en el artículo 149, VII, del Código Tributario Nacional.

El enunciado antes transcrito solo vino a ratificar la regla existente en el derecho patrio. Sin embargo, es necesario enfatizar sobre la recomendación acerca del cuidado que se debe tener para no ampliar demasiado la aplicación del comentado párrafo único, de forma que se considere disimulado un negocio jurídico lícito, por el simple hecho de implicar ventajas de orden tributario. En este último caso, las partes celebran un negocio que, aunque implique una reducción o eliminación de la carga tributaria, es legal y, por lo tanto, válido, distinto de lo que ocurre con los actos disimulados, que consisten en la ocultación ilegal de la realización del hecho jurídico tributario. El párrafo único del artículo 116 del Código Tributario Nacional no vino para impedir negocios tendentes a reducir la carga tributaria; ni podría hacerlo, pues el contribuyente es libre para elegir el acto que pretende realizar, que involucra, según su elección, el nacimiento o no de una determinada obligación tributaria.

Asimismo, frente al principio de estricta legalidad y de tipicidad cerrada, que ya ha sido objeto de análisis en el apartado anterior, solamente habrá tributación si el hecho concretado encaja con la hipótesis de la regla matriz de incidencia. En consecuencia, con la formalización de la oportuna acta de infracción, la autoridad fiscal únicamente puede desestimar los actos fraudulentos, practicados con la única intención de ocultar el verdadero negocio efectuado y enmascarar el hecho jurídico. Es lo que prescribe expresamente la legislación brasileña, que, al delimitar el concepto de simulación, exige la presencia de dolo y la práctica de ilícitos.

Veamos lo que disponen los artículos 71, 72 y 73 de la Ley n.º 4502/64, que regulan las figuras de la ocultación, fraude y colusión:

Art. 71. Ocultación es toda acción u omisión dolosa tendente a impedir o retrasar, total o parcialmente, el conocimiento por parte de la autoridad hacendística:

I – de la realización del hecho generador de la obligación tributaria principal, su naturaleza o circunstancias materiales;

II – de las condiciones personales del contribuyente, susceptibles de afectar a la obligación tributaria principal o al crédito tributario correspondiente.

Art. 72. Fraude es toda acción u omisión dolosa tendente a impedir o retrasar, total o parcialmente, la producción del hecho generador de la obligación tributaria principal, o a excluir o modificar sus características esenciales, con el fin de reducir el montante del impuesto devengado, de evitar o retrasar su pago.

Art. 73. Colusión es el acuerdo doloso entre dos o más personas naturales o jurídicas, que busca cualquiera de los efectos referidos en los artículos 71 y 72.

Se percibe que las figuras de la ocultación y el fraude están relacionadas con el encubrimiento de la realidad: se practica un acto que propicia el nacimiento de la obligación tributaria, pero se le impide al Fisco conocer el pacto, bien mediante conductas que enmascaran el negocio realizado (simulación), bien mediante actitudes que, ilícitamente, modifiquen o excluyan las características del hecho (fraude). La colusión, a su vez, se caracteriza exactamente por el acuerdo entre dos o más personas, para concretar actos simulados o fraudulentos.

Para admitir la incoación fiscal y desestimar el negocio jurídico practicado, no basta con que los efectos económicos de esa práctica sean similares a los de otro acto distinto pero susceptible de tributación. Es imprescindible que haya habido ilicitud en la realización, en los exactos términos de los artículos 71, 72 y 73, antes transcritos.

6.2. EL CARÁCTER IMPRESCINDIBLE DEL ELEMENTO SUBJETIVO «DOLO» PARA CONFIGURAR SIMULACIÓN

Tomadas las infracciones tributarias en su extensa generalidad, podemos fijar el criterio de la participación subjetiva del agente en la descripción hipotética de la norma y clasificarlas en (i) infracciones subjetivas e (ii) infracciones objetivas. Para que las primeras se configuren, es necesario que la ley exija al autor del ilícito que haya operado con dolo o culpa, esta, en cualquiera de sus tres modalidades. En lo que atañe a las objetivas, la simple ausencia del elemento volitivo en la composición de la hipótesis normativa ya denuncia su presencia. En estas últimas, no es preciso determinar el comportamiento subjetivo del agente al realizar el ilícito: tanto si ha pretendido el resultado o asumido el riesgo de producirlo, como si ha descuidado los efectos de su conducta, procediendo con negligencia, ineptitud o imprudencia, o, finalmente, si nada ocurrió, pero el resultado realmente se produjo, es suficiente para que se defina la faz jurídica de la infracción objetiva.

Aunque el principio general, en el campo de las infracciones tributarias, sea el de la responsabilidad objetiva, el legislador puede crear figuras típicas de ilícitos subjetivos. Estas son la ocultación, el fraude y la colusión, además de aquellas en las que se elige la culpa como ingrediente necesario del tipo legal, en todas ellas se aplica una penalidad más severa, justamente por la presencia del elemento subjetivo. Para que se configure el fraude, el agente debe actuar de manera dolosa. En consecuencia, identificado ese ilícito, la multa resulta agravada,

dado el rechazo con el que se tratan las figuras en las que el infractor actúa con intención de enriquecerse de forma indebida, en perjuicio del Erario.

La distinción entre infracciones objetivas y subjetivas da lugar a una amplia aplicación práctica. Cuando se trata de las primeras, el único recurso del que dispone el presunto autor del ilícito, para defenderse, es concentrar razones que demuestren la inexistencia material del hecho censurado como antijurídico, desnaturalizándolo en cualquiera de sus elementos constituyentes. Ahora bien, en el ámbito de las infracciones subjetivas, en el que penetran el dolo o la culpa en la compostura del enunciado descriptivo del hecho ilícito, la situación se invierte, de forma que compete a la autoridad administrativa, con toda la gama instrumental de las medidas que puede adoptar, exhibir los fundamentos concretos reveladores de la presencia del dolo o la culpa, como nexo entre la participación del agente y el resultado material que de esa forma se produjo. Las dificultades de esa comprobación, no siempre fácil, incumben al acusador, a quien el sistema le atribuye la tarea intransferible de evidenciar no solo la materialidad del evento, sino, también, la presencia ineludible del elemento volitivo que permitió al infractor alcanzar sus fines contrarios a las disposiciones del orden jurídico vigente.

Con base en estos argumentos se predica la inadmisibilidad de las presunciones en lo que respecta a las infracciones subjetivas. En el Derecho brasileño, el dolo y la culpa no se presumen, se prueban.

7.

REQUISITOS PARA EFECTUAR LA LIQUIDACIÓN Y APLICAR LAS SANCIONES EN EL SUPUESTO DE OPERACIONES SIMULADAS: EXISTENCIA DE PRUEBAS

En el hemisferio del derecho, el uso competente del lenguaje presupone el manejo adecuado de sus signos y, en especial, la simbología que se refiere a las pruebas, esto es, a la técnica que el derecho eligió para articular los enunciados fácticos con los que opera. Se ve que el discurso prescriptivo del derecho legislado indica, hecho por hecho, los instrumentos acreditados para constituirlos, así, los acontecimientos del mundo social que no puedan ser relatados con tales herramientas de lenguaje no entran en los dominios del derecho, por más evidentes que sean.

En efecto, surge como otro requisito indispensable para la perfecta configuración de las hipótesis de incidencia tributaria, así como de la simulación, la existencia de pruebas aptas para certificar la voluntad del agente de crear situación engañosa para evitar que se conozca la realización del evento capaz de provocar efectos tributarios. Únicamente si se demuestra la evidente intención de defraudar será posible desencadenar las normas previstas por la legislación para cohibir las prácticas que burlan la legislación fiscal. Cabe, en este caso, reiterar la afirmación: no se admiten presunciones o suposiciones en lo que respecta a la configuración de fraude, dolo y simulación, pues son actos que dependen de la voluntad del agente.

Conviene señalar que durante muchos años se admitió la tesis que defendía que la carga de la prueba, en materia fiscal, incumbía al contribuyente. Con la evolución de la doctrina, en la actualidad, ya no se pregona más la inversión de la prueba en virtud de la presunción de legitimidad de los actos administrativos ni tampoco se piensa que ese atributo exonere a la Administración de probar las ocurrencias cuya existencia afirma. En la propia configuración oficial de la liquidación, la ley establece la necesidad de que el acto jurídico administrativo esté debidamente fundamentado, es decir, el Fisco tiene que ofrecer prueba concluyente de la producción del evento en estricta conformidad con la previsión genérica de la hipótesis normativa. Más adelante, si el sujeto pasivo rebate la fundamentación del acto aplicativo formulado por el Fisco, la carga de exhibir la improcedencia de esa iniciativa impugnatoria vuelve a ser, nuevamente, de la Hacienda, a quien competirá probar la inoportunidad jurídica de la impugnación, con lo que permanece la exigencia. En el fondo se ve que es función precípua del Estado-administración emplear el lenguaje jurídico competente en la producción de los actos de gestión tributaria. El presupuesto de hecho de la incidencia ha de estar relatado de manera transparente y cristalina, con soporte en las pruebas admisibles en ese sector del derecho, para poder prevalecer, surtiendo los efectos que le sean propios, a saber, constituir el vínculo de la obligación, uniendo particular y Fisco, en términos de satisfacción del objeto de la prestación.

Suponer que un hecho ha ocurrido o que su materialidad ha sido efectuada, empero, no es lo mismo que exhibir la concreción de su existencia, mediante prueba, que le confiere seguridad y certeza. Este es el motivo por el que, en el derecho tributario, el recurso a la presunción debe utilizarse con mucho y especial cuidado. En ese subdominio jurídico, la presunción no debe afectar a los aspectos estructurados de la norma de incidencia tributaria.

Si tenemos en cuenta los valores máximos comprendidos en nuestro texto constitucional, principalmente en términos de tributación, que respaldan los cánones de legalidad

y tipicidad, se hace extremadamente problemático captar la figura de la presunción, siempre fértil para suscitar imprecisión, dubitación e incertidumbre.

El indicio no es suficiente para provocar la presunción de la realización de un determinado hecho, y solo es el pretexto jurídico que autoriza la investigación, en busca de las pruebas necesarias. Jurídicamente verificados los indicios, servirán como punto de partida para la búsqueda de aquello que se llama «verdad de los hechos», lo que ha de efectuarse mediante la utilización de los medios de prueba admitidos en derecho. El camino seguro que los agentes del poder tributario deben seguir, en el sentido de mantenerse dentro de los parámetros del sistema constitucional tributario brasileño, apunta a la exclusión de hipótesis presuntivas, tanto cuando se refieran al acontecimiento del hecho jurídico como en las situaciones de infracción tributaria.

En el procedimiento administrativo de gestión tributaria, es imprescindible la cabal demostración de causalidad entre el hecho observado, considerado como indicio, y la efectiva existencia del acto infractor. En otras palabras, no puede haber sombra de duda sobre la concreción del hecho que da causa a la incoación administrativa, por lo que es inadmisibles adoptar la figura de la presunción, en vista de que esta consiste en el proceso lógico en que de un hecho conocido se infiere un hecho desconocido y, por lo tanto, incierto.

CONSIDERACIONES FINALES

Trazadas algunas ideas que juzgo de gran importancia para el tema, pienso que he demostrado que la dicotomía entre forma y contenido no puede resolverse con la prevalencia de uno sobre el otro.

A cada dominio de lenguaje le ha de corresponder la forma que le es propia y capaz de explicitar los contenidos relevantes según las reglas de combinación y selección de los signos para la formación de los enunciados. Lo mismo ocurre en el derecho, que debe servirse de las reglas apropiadas para la construcción de sus hechos, rechazando todo aquello que no tenga carácter jurídico. Por lo tanto, es inadecuado emplear técnicas como la llamada *interpretación económica del derecho*.

También quiero decir que todo *tipo* es una forma, así como la norma esquematizada en la regla matriz de incidencia tributaria. Encajar aquello que fue vertido en lenguaje bajo una forma, transmutándolo en otra forma es hacer una nueva operación de subsunción, que se somete a todos los requisitos existentes para ello y otros más, sin lo que la nueva forma no puede sustituir a la primera.

¿Qué hace el contribuyente al estructurar su negocio? Una forma. ¿Qué pretende el Fisco al formalizar su pretensión de «anular» el negocio jurídico producido por el contribuyente? Imponerle *otra* forma. ¿Cómo decidir el conflicto entre esas formas? Hay reglas en el sistema que prevén esa posibilidad: el principio de autonomía de la voluntad privada desempeña aquí un papel fundamental, pero que tiene sus excepciones, en especial, la figura de la simulación. Fuera de esa situación se le prohíbe a la Administración intervenir en la forma elegida por el sujeto.

BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 4ª ed., São Paulo, Marcial Pons/Noeses, 2007, p. 17 (subrayado por el autor).
- CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4ª ed, Coimbra, Almedina, 2000, p. 208.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 374.
- GUIBOURG, GHIGHLIANI et GUARINONI. *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 37.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 153.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 349.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo: Noeses, 2006, p. 104.
- VILANOVA, Lourival. *O Poder de Julgar e a Norma*. In: *Escritos Jurídicos Filosóficos*, v.1. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003. p. 358.

La suspensión de la ejecución del contrato en el derecho italiano

The suspension of the execution of the contract in de Italian law

*Enrico Gabrielli**

RESUMEN. El artículo describe el régimen de la suspensión del contrato en el derecho italiano. Comprende información básica sobre *exceptio inadimpleti contractus*, y agrega un importante desarrollo sobre la facultad de un contratante en un contrato bilateral para suspender la ejecución sin incurrir en ilicitud cuando existe un peligro de incumplimiento. Asimismo se incluye un análisis sobre las vicisitudes de los contratos sinalagmáticos en el caso de que una de las partes sea declarada en concurso de acreedores

PALABRAS CLAVE: Contratos. Derecho concursal. Italia

SUMARIO: 1. El derecho de suspender la ejecución del contrato. 2. Fundamento y límites del ejercicio del derecho: excepción de incumplimiento y buena fe. 3 La excepción de “suspensión” en mérito al cambio de las condiciones patrimoniales. 4. La suspensión del contrato en el concurso. La regla general: fundamento y límites. 5. Los efectos de la regla general. 6. Los efectos sobre el contrato y sobre la relación obligatoria en el

*Profesor Ordinario de Derecho Civil, Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Roma (Tor Vergata) y Profesor Honorario, Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay.
<http://www.enricogabrielli.it>

concurso. 7. La suspensión del contrato como regla general de tutela del sinalagma en el derecho de los contratos.

ABSTRACT. The article describes the legal discipline of the deferral of contract performance in Italian law. Includes basic information on the exception *inadimpleti contractus*, adding an important study about the ability of a contracting party in a bilateral contract to suspend performance without incurring in liability in case of danger of breach by the other party. It also includes an analysis about the problems of synallagmatic contracts in case of bankruptcy of one of the parties.

KEYWORDS. Contrats. Bankruptcy proceedings. Italy.

1.

EL DERECHO DE SUSPENDER LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El incumplimiento por una de las partes de la obligación asumida al momento de constitución del vínculo contractual, produce numerosos efectos y consecuencias que van más allá del mero incumplimiento y se manifiestan sobre múltiples planos a través de los cuales la relación obligatoria puede ser valorada.

El incumplimiento, en efecto, puede encontrar su fuente en una pluralidad de hechos que el sistema del derecho de las obligaciones codifica desde el punto de vista de las razones que pueden haberle dado lugar y del respectivo fundamento: incumplimiento grave, imposibilidad sobreviniente, excesiva onerosidad.

Pero también el incumplimiento, o bien la negativa de cumplir o la suspensión del propio cumplimiento, pueden ser consecuencia de una reacción del contratante frente al incumplimiento del otro, total o parcial, o bien al retardo del otro en el cumplimiento, como en el caso de la excepción de contrato no cumplido.¹ Se habla entonces de supuestos de autotutela privada, de excepciones dilatorias o bien de remedios negociales.

El art. 1460 CC en efecto permite, a cada uno de los contratantes, en el ámbito de los contratos con prestaciones recíprocas,² retener el cumplimiento de su obligación si el otro no

¹ Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 14 ss.; A. BENEDETTI, “L’eccezione di inadempimento, en Commentario del codice civile”, dir. por E. GABRIELLI, en *Dei contratti in generale*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, Torino, 2011, t. IV, p. 480 ss.; CARNEVALI, in CARNEVALI, GABRIELLI, TAMPONI, “Il contratto in generale. L’inadempimento”, in *Tratt. di Dir. Priv.* dir. da BESSONE, Torino, 2011, 244 ss.; GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, vol. 3, 2173; TAMPONI, La risoluzione per inadempimento, en E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, en *Trattato dei contratti*, dir. por RESCIGNO y GABRIELLI, Torino, 2006, 2a ed., t. II, 1777; ADDIS, Le eccezioni dilatorie, en el *Trattato del contratto*, dir. por ROPPO, Milano, 2006, V, 413 ss.; BIGLIAZZI GERI, Eccezione di inadempimento, in *Digesto Civ.*, VII, Torino, 1991, 331; 222; DALMARTELLO, Eccezione di inadempimento, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 354; C.M. BIANCA, Eccezione d’inadempimento e buona fede, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, Padova, 1992, 528.

² Para el examen de algunos problemas significativos conexos con la relación de reciprocidad sobre el cual descansa el mecanismo de la autotutela privada, cfr. CARNEVALI, op. cit., 247-248.

cumple o no ofrece contemporáneamente cumplir la propia, salvo que hayan sido pactados términos diversos para el cumplimiento o que éstos resulten de la naturaleza del contrato.

Los efectos de la excepción de incumplimiento no se limitan a la paralización de la pretensión de la contraparte en el caso en el cual la otra parte resulte incumplidora,³ o esté retrasada en el cumplimiento, sino que pueden producir efectos ulteriores en el futuro eventual juicio de incumplimiento, ya que uno de los caracteres fundamentales sobre los cuales se centra la figura de la excepción de incumplimiento está representado por el hecho de que la negativa por parte del contratante de cumplir la propia obligación, como ejercicio de la autotutela privada, para ser calificado legítimo, y por tanto no arbitrario y no abusivo, no debe ser contrario a la buena fe.

La regla codificada en la excepción de incumplimiento es antigua.⁴ Aún cuando no estaba contemplada en el precedente código civil italiano de 1865, sino a propósito del contrato de compraventa (art. 1469 cc), fue aplicada y admitida por toda la doctrina y la jurisprudencia de la época.⁵

La función que cumple el principio —que encuentra correspondiente expresión en el art. 1822 cc, dictado en tema de mutuo— ha sido definida de distintas formas por la doctrina. Algunos la entienden como un medio de coacción psicológica hacia el deudor que, queriendo obtener la contraprestación, sabe que debe cumplir la propia para conseguir la debida por la contraparte;⁶ otros la justifican en razón de la existencia —en el cuadro de los instrumentos de autotutela negocial asignados a las partes por la autonomía privada—⁷ de un derecho potestativo “de provocar la contemporánea inexigibilidad de la prestación por él debida”;⁸ otros, aún, la miran como instrumento con función de garantía contra el incumplimiento de la contraparte, y en cuanto tal, funcional a asegurar el buen fin de la

³ Se observa en doctrina (A. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 510) que las partes, en la fijación de la composición contractual de intereses, pueden disciplinar en forma variada, introduciendo límites, restricciones, ampliaciones o variantes, el mecanismo de la exceptio, salvo que la ley garantice una plena utilización de la excepción en protección de los intereses de una parte contractualmente débil, como por ejemplo ocurre en la limitación de o exclusión de la excepción de incumplimiento por parte del consumidor, incluida en el elenco de cláusulas presuntamente abusivas por el art. 33, lit. r), del código del consumo.

⁴ Cfr. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus* nel diritto civile italiano, en *Annali* Palermo, 1921, 74.

⁵ Cfr., sobre el art. 1469 c.c. de 1865, F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 35 ss.

⁶ REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, en *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 239; V. ROPPO, *Il contratto*, en *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2001, 989; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 272.

⁷ Cfr. Entre quienes lo colocan en el cuadro de los instrumentos de autotutela, VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo a cura di MAZZAMUTO*, Torino, 2002, 378 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano 1994, 329 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Eccezione d'inadempimento*, en *D. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 331. CARNEVALI, op. cit., 244, observa empero que tal encuadramiento en realidad, no parece que conduzca a consecuencias prácticas relevantes.

⁸ BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata, II*, Milano, 1974, 193 ss.

acción restitutoria, consiguiente a la resolución del contrato;⁹ o bien como instrumento de la relación de reciprocidad entre las prestaciones.¹⁰

Siempre en la perspectiva remedial, parte de la doctrina lo encuadra como un “instrumento ofrecido para defensa del deudor” cuyo efecto consistiría en justificar un incumplimiento que —abstractamente— constituiría un hecho ilícito (*contra ius*);¹¹ hasta llegar a quien, colocando el instrumento en una más amplia categoría de excepciones dilatorias, considera que el mismo pudiera encontrar fundamento en razones de economía procesal.¹²

Sin embargo, aún ante la diversidad de las opiniones,¹³ es posible encontrar un dato constante en la interpretación del supuesto, que es que se trata de un efecto natural de la tutela del sinalagma contractual, en actuación de la regla en base a la cual, en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, cada prestación encuentra justificación en la prestación de la otra; de modo que la falta de cumplimiento o el incumplimiento inexacto de una, legitima la inejecución temporal (no así la inejecución inexacta o definitiva) de la otra, dando así actuación a un principio general de tutela del contratante cumplidor o dispuesto a cumplir, que encuentra análogas manifestaciones en otros ordenamientos.¹⁴

En consecuencia, si bien no hay duda de que la norma predispone un instrumento de tutela y de reacción frente al incumplimiento de la otra parte,¹⁵ en virtud de una sustancial

⁹ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 300 ss.; en sentido crítico cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 345.

¹⁰ Cfr., entre otros, MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, rist. 3a ed., Milano, 1952, 534; BETTI, voz *Autotutela* (dir. priv.), en *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 531, que la considera una cláusula funcional a aquella reciprocidad sobre la cual se apoyan las relaciones sinalagmáticas; DALMARTELLO, voz *Eccezione di inadempimento*, en *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 355; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3a ed., en *Comm. cod. civ.*, UTET, Torino, 1980, 637; C.M. BIANCA, op. ult. cit., 344-345, especialmente en la perspectiva de la tutela de la parte a no ser privada de la prestación sin tener la ventaja de la contraprestación; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 425, que la encuadra como instrumento predispuesto por el ordenamiento y orientado a preservar la correspondencia entre sinalagma genético y funcional. Cfr. también, en jurisprudencia, Cass. 17 marzo 2006, n. 5938; Cass. 28 mayo 2003, n. 8467; Cass. 16 noviembre 1999, n. 12669; Cass. 5 enero 1998, n. 41, que colocan a la *exceptio* en el ámbito de la fase funcional de la relación obligatoria.

¹¹ GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, 90.

¹² ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 417; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 30, el cual observa que el verdadero perfil problemático de la tutela en examen “está representado esencialmente por la valoración —operada al momento de la estipulación del contrato— del riesgo de incumplimiento por parte del sujeto que pretenda prevalecerse de ella”.

¹³ Para un examen analítico crítico y reconstructivo de las tesis proporcionadas por la doctrina, cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 16 ss. CARNEVALI, op. cit., 244, señala que en realidad todas las tesis formuladas para dar explicación al supuesto, pueden sostenerse “si se toma en cuenta los motivos que, según el caso, mueven al excipiens a no cumplir; puede darse que el mismo tema no poder recuperar la prestación cumplida si el otro contratante permanece en el incumplimiento, o bien que esté convencido de ejercer una fuerte presión psicológica sobre el otro contratante, o bien quiera simplemente esperar para ver si la situación se clarifica, para luego determinarse en consecuencia”.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, la ley china sobre contratos, arts. 66, 67 y 68.

¹⁵ Se señala (CARNEVALI, op. cit., 243) que la *exceptio* no se confunde con el derecho de retención, por cuanto en apariencia los dos supuestos pueden presentar punto de contacto, dado que así como el deudor de la prestación de restituir un bien lo retiene en su poder, en actuación del derecho de retención, así, podría parecer, que el contratante excepcionante retiene en su poder la prestación debida al otro contratante; de donde, “la distinción entre los dos institutos

“legítima defensa” contractual que se funda en la circunstancia de que el mismo constituye una reacción (dilatatoria y provisoria) al incumplimiento ajeno, a tal punto que ella justifica inclusive una negativa al cumplimiento (que, en sí mismo considerado, y por tanto fuera del caso de la reacción al incumplimiento del otro, daría lugar a un incumplimiento respecto de un contrato vinculante), aparece evidente que el acreedor incumplidor puede, frente al incumplimiento de su deudor, y sin declarar la resolución del contrato —que podría operar en caso de una cláusula resolutoria expresa— poner en funcionamiento lo que autorizada doctrina llama “una auto exoneración temporal de la obligación de cumplir”.¹⁶

El instrumento, propiamente porque constituye una forma de autotutela privada con una portada general y aplicable a todos los contratos, se configura como una excepción sustancial¹⁷ de carácter esencialmente suspensivo, cuya función es la de producir un efecto “inmediatamente paralizante” sobre el nexo de reciprocidad entre las prestaciones, con la consecuencia de que el derecho del otro contratante de pedir el cumplimiento (o, alternativamente, la resolución) y el resarcimiento del daño, resulta temporalmente paralizado, puesto que se contraponen dos derechos potestativos diversos y opuestos, porque con la excepción de incumplimiento el contratante hace valer su propio derecho que, en cuanto contrapuesto al hecho constitutivo afirmado por el actor, lo paraliza.

En cuanto “excepción sustancial” puede ser hecha valer mediante una declaración extrajudicial, o bien puede ser opuesta en juicio al otro contratante,¹⁸ y en tal sentido se

no es clara, porque son algunos casos en los cuales el derecho de retención aparece asumir la configuración de una excepción de incumplimiento”.

¹⁶ SACCO, en SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II, 644.

¹⁷ Cfr. Por todos REALMONTE, op. cit., 234; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 1 ss.

¹⁸ CARNEVALI, op. cit., 246, el cual señala que en este segundo caso, siempre que la excepción sea legítimamente opuesta, ella tiene la finalidad de paralizar una demanda judicial de cumplimiento propuesta por el otro contratante, pero sirve también para paralizar una demanda de resolución del contrato por incumplimiento del excepcionante, una intimación al cumplimiento o una declaración de querer ampararse en una cláusula resolutoria expresa (en tal sentido en jurisprudencia, cfr. Cass. 28 marzo 2001, n. 4529; Cass. 4 noviembre 2009, n. 23345; Cass. 13 julio 2005, n. 14737; Cass. 12 febrero 2002, n. 2706; Cass. 5 agosto 2002, n. 11728; Cass. 4 julio 2002, n. 9517; Cass. 13 abril 2000, n. 4122; Cass. 11 agosto 1997, n. 7480; y otras. Con referencia a la cláusula resolutoria expresa, cfr. Cass. 13 julio 1982, n. 4122; Cass. 21 enero 1982, n. 400). En el caso en que haya sido establecido un plazo esencial, (art. 1457 c.c.) a favor del otro contratante, la excepción impide la resolución de pleno derecho del contrato al vencimiento del plazo, porque el excepcionante no puede ser considerado incumplidor (BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 47 ss.). La excepción hecha valer extrajudicialmente no impide al excepcionante ni demandar un segundo momento la resolución del contrato en vía judicial (eventualmente mediante demanda reconvenional frente a una demanda de cumplimiento o de resolución del otro contratante), ni de intimar el cumplimiento o de declarar querer ampararse en una cláusula resolutoria expresa. Tratándose de comportamientos coherentes con la eficacia de la cláusula, de naturaleza típicamente dilatatoria, cuyo propio efecto es el de “congelar” la relación contractual a la espera de ver si el otro contratante se decide a cumplir; el excepcionante puede, en cierto momento, perder interés a un cumplimiento, aunque sea tardío del otro contratante, y optar por la resolución del contrato, sea en vía directa, o en vía reconvenional: así CARNEVALI, op. cit., 246, el cual señala que en el caso en que haya sido establecido un plazo esencial (art. 1457 c.c.) a favor de uno de los contratantes, este último no tiene la posibilidad de oponer la exceptio, porque el incumplimiento del otro contratante causa ipso iure la resolución del contrato mismo; sin embargo, no parece que precluya al contratante a favor del cual se ha puesto el plazo el declarar dentro de los tres días (art. 1457, inc. 2, c.c.) querer igualmente la ejecución del contrato y de estar pronto a cumplir contextualmente al otro.

configura como una excepción de portada más amplia que una mera excepción de naturaleza procesal.¹⁹

En el plano de la dialéctica de las posiciones contrapuestas de los contratantes, puede señalarse que la excepción hecha valer extrajudicialmente no impide al *excipiens* pedir sucesivamente en juicio la resolución del contrato (eventualmente en vía reconvenicional frente a una demanda de cumplimiento o de resolución por parte del otro contratante), o bien intimar el cumplimiento, o bien declarar querer ampararse en una cláusula resolutoria expresa, puesto que —como se observa por parte de autorizada doctrina— ello “es coherente con la eficacia de la cláusula, que sirve para “congelar” la relación contractual (y por ello es tradicionalmente definida como excepción “dilatoria”) en espera de ver si el otro contratante se decide a cumplir: el *excipiens* puede, en cierto momento, perder interés a un cumplimiento tardío del otro contratante, y optar por la resolución del contrato, sea en vía directa, o en vía reconvenicional.²⁰

2.

FUNDAMENTO Y LÍMITES DEL EJERCICIO DEL DERECHO: EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO Y BUENA FE

El fundamento —y al mismo tiempo el límite del ejercicio del derecho potestativo del excepcionante— está señalado por el principio de buena fe. La fórmula de la norma es en efecto bastante clara: “no puede rehusarse la ejecución si, teniendo en cuenta las circunstancias, ello es contrario a la buena fe”, que en este caso de caracteriza como legítimo ejercicio del propio derecho, y que se distingue del remedio de la resolución, porque se funda en el

¹⁹ CARNEVALI, op. cit., 246, según el cual tal excepción atribuye al contratante excepcionante el derecho de suspender temporalmente la ejecución del contrato y —tratándose de un derecho típicamente potestativo, al cual el otro contratante queda sujeto, a condición de que la excepción haya sido legítimamente ejercitada— puede ser neutralizado sólo con la ejecución de la prestación debida al excepcionante, y por tanto el excepcionante que se rehusa a cumplir la entrega del bien vendido no cae en mora y no está por ello impedido el pasaje del riesgo de perecimiento del bien según las reglas generales. Si la prestación del excepcionante deviene imposible por caso fortuito pero luego de la negativa a cumplir, no se aplica el art. 1221 cc y el excepcionante queda liberado de su prestación con las ulteriores consecuencias establecidas en el art. 1463 c.c.

²⁰ CARNEVALI, op. cit., 247, el cual señala que en el caso en que haya sido establecido un plazo esencial (art. 1457 c.c.) a favor de uno de los contratantes, este último no tiene la posibilidad de oponer la exceptio, dado que el incumplimiento del otro contratante produce ipso iure la resolución del contrato mismo: se indica sin embargo que no parece que haya precluido al contratante a favor del cual se ha puesto el término, el derecho de declarar dentro de los tres días (art. 1457, inc. 2, c.c.) querer igualmente la ejecución del contrato y estar pronto a cumplir contextualmente al otro.

incumplimiento ajeno, pero no produce la disolución del contrato y no necesita, para su utilización, los mismos presupuestos subjetivos y objetivos.

La interpretación de la norma y del principio de buena fe aplicado a la misma, ha encontrado particular recepción en la jurisprudencia de la Corte de Casación, la cual se ha formado prevalentemente con referencia al tema del incumplimiento inexacto, más bien que al relativo al incumplimiento total, y se ha orientado en el sentido de que la facultad del deudor de rehusar la propia prestación queda siempre subordinada a la gravedad del incumplimiento de la otra parte, esto es, que según la fórmula legislativa dictada por el art. 1455 cc, se trate de un incumplimiento de “no poca importancia en relación con los intereses de la otra parte”.²¹

La noción de buena fe parecería por tanto servir para dar ingreso a una valoración de proporcionalidad entre el incumplimiento y la excepción, a fin de valorar la sustancial comparabilidad de las prestaciones incumplidas y de las no ejecutadas en vía de excepción, dando así lugar a lo que la jurisprudencia llama “juicio de proporcionalidad del incumplimiento”.

En esta perspectiva aparece como relevante la intervención del juez, puesto que está llamado a realizar un control y una valoración de tipo “comparativo” de los incumplimientos opuestos, pero el criterio fundamental será siempre la proporcionalidad de los mismos respecto de la causa en concreto del contrato, y por tanto de los intereses deducidos en el mismo, así como la respectiva incidencia de tales incumplimientos sobre el equilibrio entre las prestaciones contrapuestas y sobre las posiciones de las partes contratantes.

Con la consecuencia de que, al término de tal juicio, en presencia de una valoración del juez que considere que el incumplimiento de la parte frente a la cual se ha opuesto la excepción, no es grave, o tenga escasa importancia en relación con el interés de la otra parte según la norma del art. 1455 cc, debe considerarse que la negativa a cumplir por parte de quien ha opuesto la excepción de incumplimiento, no sea conforme a la buena fe y por tanto, no sea justificada en el sentido del art. 1460 inc. 2 cc, “según el cual la excepción de incumplimiento debe encontrar justificación en el ligamen de reciprocidad entre las prestaciones y en la no escasa importancia del incumplimiento imputado a la otra parte”, con la consecuencia de que el mismo resultará sucumbiente en el juicio de resolución con las relativas consecuencias.²²

²¹ Cfr., por ejemplo, Cass. 3 julio 2000, n. 8880, en Riv. not., 2001, 242; Cass. 5 marzo 1984, n. 1530; Cass. 8 julio 1981, n. 4486. En el sentido de la necesaria gravedad del incumplimiento como presupuesto para la válida oposición de la excepción prevista en el art. 1460, inc. 2, c.c., cfr. Cass. 7 mayo 1982, n. 2843; Cass. 24 febrero 1982, n. 1182; Cass. 4 diciembre 1981, n. 6441; Cass. 21 febrero 1979, n. 1123.

²² Cass. 27 marzo 2013, n. 7759, en Giust. civ., 2013, I, 968, según la cual la verificación sobre la configurabilidad de la buena fe según el art. 1460 inc. 2 cc, se debe efectuar sobre la base de la existencia del incumplimiento grave de

Esta posición, hace tiempo ya constante y consolidada, ha sido en parte criticada por quien considera que la gravedad del incumplimiento y la excepción de incumplimiento deben ser mantenidas en planos distintos, en virtud de que —según una orientación minoritaria de la jurisprudencia—²³ la gravedad del incumplimiento opera como un límite a la demanda de resolución del contrato, mientras que la negativa a cumplir ex art. 1460 cc tiende, contrariamente, a salvar el interés al cumplimiento del contrato, con la consecuencia de que la escasa importancia del incumplimiento y la contrariedad a la buena fe no son conceptos identificables entre ellos en términos absolutos.

En la perspectiva de los perfiles remediales, hacia los cuales el instituto puede ser dirigido para una mejor y más proficua aplicación, corresponde señalar que la protección ofrecida por la excepción no es ilimitada, propiamente porque se trata de un remedio “conservativo” del contrato, pero viene a cesar cuando la contraparte ha cesado su estado de incumplimiento, haciendo desaparecer el presupuesto fundamental justificativo de la excepción misma.

Tal situación se registra, por ejemplo, no sólo cuando el deudor cumple *sic et simpliciter*, sino también cuando el mismo ofrece el cumplimiento, poniendo a disposición de la

la contraparte y en consecuencia sobre la base de la necesaria comparación entre los incumplimientos de signo opuesto, teniendo en cuenta sobre todo su proporcionalidad respecto de la función económico social del contrato; en el mismo sentido cfr.: Cass. 6 julio 2009, n. 15769; Cass. 16 mayo 2006, n. 11430; Cass. 3 julio 2000, n. 8880; Cass. 3 febrero 2000, n. 1168; Cass. 27 setiembre 1999, n. 10668; Cass. 22 enero 1985, n. 250; Cass. 5 marzo 1984, n. 1530; Cass. 7 mayo 1982, n. 2843; Cass. 8 julio 1981, n. 4486. La jurisprudencia precisa, además, en cuanto refiere al objeto de la valoración comparativa, que no presentan importancia solamente las obligaciones principales deducidas en contrato, sino también las obligaciones llamadas secundarias, esto es, aquellas obligaciones que aún no refiriéndose a las prestaciones principales asumen relevancia esencial para las partes en el plano sinalagmático, como por ejemplo las de colaboración, información o protección, cuya apreciación, en el sentido de art. 1455 c.c., es privilegiado toda vez que su incumplimiento haya determinado el incumplimiento de la contraparte (cfr. en este sentido, Cass. 16 enero 1997, n. 387).

²³ Cass. 13 febrero 2008, n. 3472, según la cual el “grave incumplimiento” que justifica la resolución se distinguiría de la buena fe, prevista en relación con la excepción de incumplimiento, porque el primero y más riguroso requisito se vincula a la naturaleza radical y definitiva de la resolución, mientras que la segunda, determinando solamente la suspensión temporal de la ejecución del contrato, y tendiendo a salvaguardar el interés positivo al cumplimiento exacto, se referiría exclusivamente al mero pretexto o al abuso.

Según los Tribunales el interés al cumplimiento exacto estaría tutelado, ex art. 1372 cc, en manera más intensa respecto del interés a la resolución del contrato, y por tal razón no estaría sujeto al límite riguroso de la no escasa importancia, sino más bien al límite de la buena fe en sentido objetivo, con la consecuencia de que – aún admitiéndose la importancia de la no escasa importancia del incumplimiento a fin de valorar la correspondencia con la buena fe del rehusamiento a cumplir la prestación – se debe en todo caso considerar que el concepto de buena fe y aquel de la no escasa importancia no son coincidentes, ni es posible instituir entre ellos una relación de implicación, en razón de la cual la buena fe implicaría la escasa importancia del incumplimiento; en el mismo sentido Cass. 26 gennaio 2006, n. 1690.

En doctrina se observa que la gravedad del incumplimiento no constituye un presupuesto necesario de la excepción de incumplimiento, sino, exclusivamente, una de las posibles circunstancias a valorar al fin del juicio de conformidad con la buena fe (cfr. BIGLIAZZI GERI, op. cit., 342), y se sostiene que es contrario a la buena fe la negativa a cumplir cuando ello implica para el otro contratante consecuencias excesivamente gravosas y puede perjudicar intereses inherentes a la persona del otro contratante y por ello de rango superior al interés económico (así BIANCA, *Diritto civile*, cit., 349), o bien cuando el incumplimiento del otro contratante sea imputable a razones excusables o el acreedor haya prestado aquiescencia (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 4a ed., II, 1, Padova, 2000, 574).

contraparte la prestación, con una oferta que no tiene por qué tener los mismos requisitos formales que los de la puesta en mora del acreedor.²⁴

De modo que el contratante incumplidor podrá siempre cumplir, hasta que el contratante cumplidor haga valer su propio poder de preclusión (mediante la resolución, sea ella extrajudicial, o judicial).

En tal caso – frente a la sustancial tolerancia, hasta ese momento, del incumplimiento ajeno – la negativa de aceptar el cumplimiento tardío (y por ende en el caso por ejemplo del contrato de mutuo, en el cual una parte se encuentre en retraso en el pago de algunas cuotas), podría configurarse como contrario al principio de buena fe en la ejecución del contrato y por tanto determinar en cabeza del acreedor incumplidor, una hipótesis de incumplimiento.

3.

LA EXCEPCIÓN DE “SUSPENSIÓN” EN MÉRITO AL CAMBIO DE LAS CONDICIONES PATRIMONIALES

La segunda excepción típicamente dilatoria prevista en el Código Civil italiano es la disciplinada por el art. 1461 CC, que consagra el poder del contratante de “suspender la ejecución de la prestación que se le debe, si las condiciones patrimoniales del otro se han vuelto tales que ponen en evidente peligro la obtención de la contraprestación, salvo que sea dada idónea garantía”.

Esta excepción, a diferencia de la excepción de incumplimiento —que como se ha dicho, constituye una legítima reacción al incumplimiento contrario— aún cuando entra en el elenco de los instrumentos de autotutela negocial, se diferencia de aquella por sus presupuestos y condiciones de operatividad. La excepción de “suspensión” presupone no tanto el incumplimiento, sino la incertidumbre de recibir el cumplimiento (*id est*, el cambio de las condiciones patrimoniales del deudor), esto es el mero y futuro peligro de incumplimiento,²⁵

²⁴ La jurisprudencia subraya que no es suficiente el ofrecimiento de una idónea garantía, porque la excepción en este caso se opone frente a un incumplimiento y no frente a un mero peligro incumplimiento (Cass., 22 marzo 1968, n. 908, en *Rep. Foro it.*, 1968, voz “*Obbligazioni e contratti*”, n. 360).

²⁵ Se discute si el cambio de las condiciones patrimoniales debe ser posterior a la estipulación del contrato, o bien si puede ser anterior a la misma, puesto que no podría legítimamente ejercitar la exceptio quien que desde el origen hubiera tenido conocimiento de la grave situación de dificultad económica de la contraparte, anterior a la estipulación del contrato, y su conocimiento habiendo negociado a su propio riesgo, si luego se sirviera de la excepción dilatoria, ello daría lugar a un comportamiento contrario a la buena fe.

Discurso diverso sería aquel en el cual, aún conocida por el otro contratante, la situación originaria de dificultad económica hubiese experimentado un empeoramiento sucesivamente a la estipulación del contrato, alcanzando luego un

y puede ser puesta en funcionamiento aún por el contrayente cuyo crédito no sea aún exigible, pero tenga fundadas razones para temer por la obtención futura de la contraprestación una vez que sea exigible (*id est*: el evidente peligro de no conseguir la contraprestación).²⁶ Con la consecuencia de que, un vez ejercitada legítimamente por un contratante la facultad de suspender la ejecución, al vencimiento del término establecido para la ejecución de la prestación a cargo del contratante en situación patrimonial difícil, la situación de suspensión de la relación contractual encontrará la propia definición.

En aquel momento, se resolverá la alternativa entre: o bien el cumplimiento del contratante en dificultad —con la consecuencia de que, superada la propia situación de “peligro en la capacidad de cumplir”, la ejecución de la relación obligatoria desembocará en una situación de normalidad y el excepcionante deberá hacer cesar la suspensión de la relación obligatoria y podrá pretender la prestación a la cual tenía derecho —, o bien el contratante el dificultad no cumplirá y el contratante no incumplidor podrá recurrir a la resolución judicial o extrajudicial del contrato por incumplimiento.

La “mutación de las condiciones patrimoniales” a que refiere el art. 1461 cc es, sin embargo, algo diverso del concepto de “insolvencia” (del cual hace mención en el plano del derecho civil el art. 1186 cc, y en el plano del derecho concursal, el art. 5 de la ley concursal: r.d. 16 marzo 1942, n. 267), lo que confirma la circunstancia de que el ordenamiento ha predispuesto dos diferentes remedios frente a dos diferentes situaciones a disciplinar: la insolvencia a que refiere el art. 1186 cc produce la inmediata exigibilidad de la contraprestación (y por ende, el contratante acreedor puede servirse inmediatamente, en caso de falta de ejecución, de remedios sinalagmáticos); mientras que el empeoramiento de la condición económica del otro contratante (art. 1461 cc) — que obviamente debe tener como inmediata consecuencia el peligro objetivo (según la fórmula legislativa “evidente”), concreto,

nivel tal que pudiera crear el evidente peligro de no recibir la contraprestación. El tema, frente a estas dos hipótesis, se restringe sustancialmente a valorar el caso en el cual la grave situación económica de un contratante, que esté en grado de legitimar el recurso a la excepción dilatoria, resultase anterior a la estipulación del contrato, pero el otro contratante la hubiese conocido solamente luego de la estipulación, puesto que en este caso, a pesar de la fórmula restrictiva de la norma (que con el término “mutación” parecería hacer referencia únicamente al caso en el cual la situación de dificultad económica hubiera nacido luego de la conclusión del contrato, la orientación prevalente es en el sentido de que el contratante cumplidor podría legítimamente prevalecerse de la excepción dilatoria, si él demuestra haber ignorado sin culpa la situación económica poco confiable del otro contratante (CARNEVALI, op. cit., 257, y referencias allí citadas).

Sobre el punto, para una comparación, cfr. ADDIS, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, 11 ss.; ID., Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, cit., 121 ss., el cual hace referencia a la locución “surgingimiento de la mutación” para designar “el momento desde el cual el devenir de la situación patrimonial de un contratante adquiere relevancia al fin de establecer la legitimidad de la suspensión de la ejecución de la prestación por obra de la contraparte” (op. ult. cit., 199 ss.).

²⁶ Así Cass., 22 enero 1999, n. 602, e Cass., 24 febrero 1999, n. 1572, en Giur. it., 2000, 736, según la cual la excepción puede ser opuesta también cuando el incumplimiento de ambas partes debe ser contextual; cfr. también A. BENEDETTI, Mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, en *Commentario del codice civile* dir. por E. GABRIELLI, en *Dei contratti in generale*, a cargo de NAVARRETTA y ORESTANO, Torino, 2011, t. IV, 511.

inmediato y actual de perder la contraprestación – determina sólo una suspensión de la ejecución del contrato, con la consiguiente parálisis de la relación obligatoria subyacente.

La jurisprudencia ha intentado la reconstrucción de los contenidos del criterio de referencia empleado por la norma, que se presenta incierto y nebuloso; pero no ha logrado individualizar líneas interpretativas ciertas y confiables, de modo que su orientación aparece más confiada a la casuística que a criterios de juicio generales y abstractos. Los tribunales se han limitado a establecer, por ejemplo, que para la configuración de la situación de peligro no es suficiente ni un mero temor subjetivo de que la contraparte no pueda cumplir su prestación,²⁷ ni que la contraparte tenga deudas con terceros vencida e insatisfechas;²⁸ en cambio se podría considerar configurado el peligro de no recibir la prestación, tanto por la existencia de protestos cambiarios o de procedimiento ejecutivos contra la contraparte,²⁹ como por la posibilidad de concurso de la contraparte,³⁰ o bien que el bien prometido en venta pueda ser reivindicado por parte de un tercero,³¹ o bien en la declaración anticipada de no querer cumplir,³² o bien en la celebración de un contrato por persona a nominar que resulta poco confiable desde el punto de vista patrimonial.³³ Con la consecuencia de que, como ha señalado autorizada doctrina, “si se quiere propiamente proponer un criterio de carácter general y abstracto, que pueda valer en línea de máxima, parece compartible la tesis – acogida incluso por dos sentencias de legitimidad – que reclama la sobrevenida de circunstancias incidentes que afecten la consistencia sea cuantitativa, sea cualitativa del patrimonio del otro contratante, que se revelen idóneas para crear una situación de peligro con puntos de contacto con el *eventus damni* que permite el recurso a las acciones conservativas de la garantía patrimonial a que refiere el art. 2740 cc. Es innecesario precisar que tal mutación de las condiciones patrimoniales es trascendente en su objetividad, sin necesidad de que sea debida a una culpa del contratante que la sufre.”³⁴

La función del remedio consiste entonces en la prevención de posibles incumplimientos dañosos por la parte no incumplidora, en presencia del riesgo de incumplimiento de la propia contraparte. El remedio se dirige a preservar a la parte excepcionante de una ejecución que —a la luz de las condiciones patrimoniales de la contraparte al tiempo en el

²⁷ Cass. 3 diciembre 1993, n. 12011.

²⁸ Cass. 4 agosto 1988, n. 4835.

²⁹ Cass. 15 mayo 2002, n. 7060, en Arch. civ., 2003, 349, en caso de publicación en el boletín de protestos del nombre del contratante en dificultad económica.

³⁰ Cass. 22 junio 1994, n. 5979, Cass. 18 mayo 1982, n. 3072, en Dir. fall., 1982, II, 905.

³¹ Cass. 26 enero 1985, n. 402; Cass. 18 mayo 1982, cit.

³² Cass. 19 abril 1996, n. 3713, en Foro it., 1996, I, 2389.

³³ Cass. 24 febrero 1999, n. 1574, en Giur. it., 2000, 736.

³⁴ CARNEVALI, op. cit., 257.

cual el excepcionante debería cumplir la propia prestación— podría revelarse riesgosa por el peligro de no recibir la contraprestación.

La excepción, del mismo modo que la de incumplimiento, representa un remedio disponible a la parte, accesible tanto en vía judicial como extrajudicial, pero no oponible de oficio, y por tanto, la parte que se vale de ella debe probar todos los elementos de hecho que constituyen su fundamento, puesto que —a diferencia del remedio de pérdida por parte del deudor del beneficio del plazo (disciplinado por el art. 1186 cc), que presupone la insolvencia de la contraparte— la excepción dilatoria puede ser hecha valer toda vez que subsista “el evidente peligro” de la obtención de la contraprestación. Tanto que es diverso el efecto de uno y otro instrumento: en el art. 1186 cc, el fin perseguido por la norma es el de obtener la inmediata exigibilidad de la contraprestación;³⁵ en la excepción dilatoria es el de producir una “suspensión del cumplimiento por parte del acreedor”, en espera de que desaparezca el peligro causado por el deterioro de las condiciones económicas del deudor.³⁶ La excepción de incumplimiento es por ende clasificable como remedio sucesivo al incumplimiento.

La excepción de inseguridad, en cambio, como remedio preventivo del excepcionante que tema, una vez cumplida por su parte la prestación, no recibir a continuación la contraprestación de la contraparte. La excepción de inseguridad justifica, una vez que se hace valer, la suspensión del cumplimiento, y el excepcionante no es obligado a cumplir su propia prestación, eliminando, así, el riesgo de ser considerado incumplidor, aún a instancia eventuales requerimientos de la contraparte; según la opinión de la más reciente jurisprudencia, fuertemente hostilizada por la doctrina,³⁷ el acreedor que pretenda valerse del remedio “no tiene la carga de avisar a la contraparte”.³⁸

La suspensión de la prestación es, de regla, total, y está destinada a quedar sin efecto cuando desaparece el peligro de incumplimiento de la contraparte; puede ser compatible, sin

³⁵ Pidiendo la inmediata ejecución de la prestación, el acreedor puede cancelar inmediatamente el riesgo de insolvencia, aún admitiéndose que si el deudor no cumplir inmediatamente el acreedor podrá excepcionar su cumplimiento ex 1460 c.c. o demandar la resolución: sobre el art. 1186 véase por todos BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 144-145 (que coloca tal remedio entre los medios de defensa preventivos del peligro de insolvencia) y DI MAJO, “Dell’adempimento in generale”, en el *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, 224 ss.

³⁶ Cfr. CARNEVALI, op. cit., p. 256; la naturaleza típicamente suspensiva del remedio es subrayada también por ADDIS, Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, cit., 33.

³⁷ SACCO, *Obbligazioni e contratti*, vol. 10, en Tratt. di dir. priv., dir. da Rescigno, Torino, 1995, 2a ed., 620; CARNEVALI, op. cit., 260, para quien las reglas de la corrección (art. 1175 cc) imponen tener en cuenta también los intereses del contratante frente al cual se hace valer la excepción dilatoria, y puesto que no existe ninguna obligación para el contratante cumplidor de recurrir a esta excepción, sería justo que el otro contratante pueda conocer cuáles son las determinaciones del primero, y ello con el fin de demostrar la inexistencia de una presunta situación de dificultad financiera o la superación de ella, sea para predisponer las oportunas garantías a favor del excepcionante, sea para saber cómo manejarse en asumir con terceros eventuales compromisos conexos con la ejecución del contrato suspendido. Sigue de ello, según esta interpretación, que la omisión de toda noticia preventiva no volverá ilegítima la excepción del contratante cumplidor, pero podrá tener consecuencias de carácter resarcitorio.

³⁸ Cass. 10 agosto 2007, n. 17632.

embargo, con la ejecución de aquellas prestaciones accesorias o secundarias que no están en relación de reciprocidad respecto de la “contraprestación”, o que, de todos modos, puedan revelarse funcionales para que el contrato —luego del paréntesis suspensivo— pueda proseguir normalmente su ejecución.

El supuesto —como resulta del sintético cuadro delineado— tiene función cautelar y suspensiva del propio cumplimiento, y por tanto de la ejecución, por parte de quien se exceptiona por la mutación de las condiciones patrimoniales del otro contratante y por tanto quiere que la ejecución del contrato sea suspendida por su parte. El contrato, por tanto, queda con vida hasta que el interesado haga valer su derecho a la resolución. Se señala que, como observa autorizada doctrina, “si, luego de un período de eclipse, las condiciones del deudor vuelven a ser buenas, la suspensión de la contraprestación no tiene ya razón de ser, y debe cesar”.³⁹

La diferencia entre las dos figuras es neta: la excepción de incumplimiento refiere al contratante que no debe cumplir en primer término (para contrarrestar el incumplimiento contrario con la falta del propio cumplimiento); la suspensión dilatoria es acordada al contratante que debe cumplir en primer término (al fin de evitar no recibir la contraprestación a cargo del otro). De modo que los dos remedios “no competen simultáneamente al mismo contratante”.⁴⁰ En verdad, en el caso, por ejemplo, en el cual un banco, luego de haber concedido un crédito y desembolsado parcialmente el financiamiento, constate que su deudor incumple con el pago de algunas cuotas, y por tanto no quiera seguir desembolsado el saldo, pero, al mismo tiempo sólo quiera suspender la ejecución del contrato, sin hacer valer la resolución del contrato, se presenta el problema de si el banco puede utilizar el instrumento de la excepción de incumplimiento, o bien el de la suspensión del contrato ex art. 1461 cc por la sobrevenida “mutación de las condiciones patrimoniales del otro contratante”.

La excepción de incumplimiento, como se ha visto, está orientada sólo a provocar la exoneración del propio incumplimiento, pero no permite suspender la ejecución del contrato. La función paralizante del remedio sólo permite al Banco no erogar ulteriores desembolsos al mutuario incumplidor, en espera de hacer valer la resolución del contrato, o bien en espera de que el mismo regularice los pagos.

La suspensión dilatoria, en cambio, permite al Banco suspender la erogación de las cuotas ulteriores, de modo que este remedio puede ser empleado por el Banco para rehusar el cliente la erogación de las sucesivas cuotas de mutuo, aún cuando éste se rehabilite de su incumplimiento mediante el pago sucesivo y sanante, toda vez que, sobre la base de las

³⁹ SACCO, en SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, 2a ed., II, 683.

⁴⁰ SACCO, *Obbligazioni e contratti*, vol. 10, cit., 617.

circunstancias y elementos de hecho, resulte objetivamente ya sea su actual dificultad de cumplir, ya sea su incapacidad prospectiva de continuar cumpliendo con regularidad.

El ejercicio de la excepción, como se ha recordado varias veces *ut supra*, sin embargo, no determina la resolución del contrato, sino sólo una suspensión del mismo en tutela de la contraprestación del banco. Con la consecuencia de que, no ejerciéndose el derecho a la resolución del contrato por incumplimiento, y por ende permaneciendo en vida el contrato, los efectos de la excepción en favor del banco serán únicamente los de la paralización de las solicitudes ulteriores de desembolso por parte del cliente, y el de la suspensión de la obligación de deber cumplir la propia prestación o contraprestación.

En el caso de la excepción de incumplimiento (art. 1460 cc), el remedio actuado por el banco se justifica sobre la base del incumplimiento a las previas obligaciones restitutorias que gravan al cliente. En el caso de la suspensión dilatoria (art. 1461 cc), porque, aún “sanando” el incumplimiento previo, el cliente en todo caso evidencia una situación que, aún siendo de menor gravedad que la de la insolvencia, se caracteriza por la sobrevenida de circunstancias objetivas (por ejemplo: temor de concurso; declaración anticipada de no querer cumplir, existencia de protestos cambiarios y de juicios ejecutivos) susceptibles de incidir sobre la consistencia tanto cuantitativa como cualitativa del patrimonio,⁴¹ que pueden generar una situación de peligro en orden al cumplimiento, análoga a la signada por el *eventus damni*, que habilita el recurso a las acciones conservativas de la garantía patrimonial.⁴² En efecto, sólo la resolución determina la caducidad de los efectos del contrato con eficacia retroactiva (art. 1458 cc), y por tanto sólo ésta puede admitir a la parte considerar extinguidas las propias obligaciones.

4.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO EN EL CONCURSO. LA REGLA GENERAL: FUNDAMENTO Y LÍMITES

Los instrumentos de autotutela y remediales presentes en el derecho común de los contratos encuentran una significativa expresión y aplicación también en el derecho concursal, donde las reglas generales son modeladas en función de la particular situación en la cual

⁴¹ Cfr., para tales caracteres, Cass. 24 febrero 1999, n. 1574; Cass. 22 enero 1999, n. 602.

⁴² CARNEVALI, op. cit., 257.

viene a encontrarse el contrato, cuando, no habiendo sido aún cumplido, o no completamente cumplido, una de las partes en el mismo es declarada en concurso.

La reciente reforma del derecho concursal en Italia ha introducido una importante novedad en el tema de contratos “pendientes”, esto es, de aquellos contratos aún en curso de ejecución al momento de la declaración de concurso. Tal novedad consiste en la previsión de una disciplina de portada general de los contratos en curso de ejecución, ya sea en el concurso (art. 72 de la ley de concursos), o en el procedimiento de concordato preventivo (art. 169-bis de la ley de concursos). Disciplina que, creando una relación entre la norma de carácter general (art. 72 de la ley de concursos) y las normas de carácter especial (arts. 72-bis y ss. de la ley de concursos), establece, como primer efecto de la declaración de concurso, la suspensión de la ejecución del contrato, esto es, de las prestaciones deducidas en la relación obligatoria. El art. 72, en efecto, dispone que “si un contrato aún no ha sido cumplido o completamente cumplido por ambas partes, cuando, respecto de una de ellas, es declarado el concurso, la ejecución del contrato, con las diversas excepciones establecidas en la presente Sección, queda suspendida”.

La norma prosigue en el sentido de que tal suspensión opera “hasta tanto el síndico, con la autorización de la junta de acreedores, opta por ingresar en el contrato en lugar del concursado, asumiendo todas las obligaciones relativas, o bien por desembarazarse del mismo, salvo que, en los contratos con efecto real, ya se haya producido la transferencia del derecho”. El párrafo 2, al predisponer un medio sustancial de autotutela del contratante cumplidor, prevé la posibilidad para éste de “constituir en mora al síndico, haciéndole asignar por el tribunal un término no superior a sesenta días, transcurrido el cual se entiende resuelto”, con la consecuencia, a que refiere el párrafo 4, de que “en caso de resolución el contratante tiene derecho de hacer valer en el pasivo el crédito consiguiente al incumplimiento, sin que le sea debido el resarcimiento del daño”.⁴³

⁴³ En el caso del concordato preventivo, el nuevo art. 169 bis de la ley de concursos prevé, colocando la disposición normativa en la línea de la análoga prevista para el concurso, que “il debitore nel ricorso di cui all’art. 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato. Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta”; sobre el punto cfr. actualmente A. PATTI, “Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento”, en *Fall.*, 2013, 261 ss., según el cual la regla de tratamiento de las relaciones jurídicas pendientes se distingue netamente en las hipótesis de solución de la crisis de empresa según que la solución de la misma se realice según su liquidación o bien según la prosecución de su actividad, y con referencia a las nuevas figuras de concordato preventivo introducidas por el D.L. 22 junio 2012, n. 83 y con el d.l. 21 junio 2013, n. 69, STANGHELLINI, “Il concordato con continuità aziendale”, en *Il Fall.*, 2013, 1233; SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, ivi, 2013, 1209 ss.; BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, ivi, 2013, 1121.

La puesta en mora del síndico,⁴⁴ como instrumento que lo obliga a la elección mediante el ejercicio del relativo derecho potestativo, si se la mira en el cuadro de los instrumentos proporcionados por el ordenamiento para la tutela del contratante *in bonis*, cumple una “función disolutoria del contrato, en defecto de cumplimiento, análoga a la de la intimación al cumplimiento”,⁴⁵ la cual no puede encontrar aplicación en el derecho concursal, en razón de la imposibilidad de dirigirla ni al concursado, privado, por el art. 44 párrafo 1 de la ley de concursos, de la legitimación para cumplir, ni al síndico, que no está obligado y que puede obligarse —mediante la continuación de la relación obligatoria— únicamente si recibir la contraprestación aparece como funcional al interés de la masa concursal.

Una regla autónoma está prevista además, ya sea para el caso de ejercicio provisorio de la empresa (art. 104, párrafo 8), sea para los contratos de duración o de ejecución continuada o periódica (art. 74). En el primer caso, el ejercicio provisorio de la empresa puede ser dispuesto en la misma sentencia declarativa del concurso (art. 104 párrafo 1), o bien en un momento sucesivo, a impulso del síndico (art. 104, párrafo 2). En esta segunda hipótesis la norma general sobre suspensión encuentra aplicación temporal, esto es solamente en tanto esté vigente el ejercicio provisorio y desaparecerá cuando cese el estado de suspensión.

El problema — que aparece en orden a la coordinación entre las normas que consideran el concurso como un causa autónoma de disolución de determinados contratos y aquellas otras que al contrario prevén su continuación en caso de ejercicio provisorio — debería ser resuelto considerando “el evento disolutorio determinado automáticamente por la declaración de concurso sin la contextual disposición del ejercicio de la empresa, resolutivamente condicionado a la eventual sucesiva autorización del ejercicio provisorio de la empresa”.⁴⁶ Para los contratos de duración o de ejecución continuada o periódica, el art. 74 prevé, en cambio, que si el síndico ingresa en el contrato “debe pagar integralmente el precio aún de las entregas ya realizadas o de los servicios ya realizados”.

En el plano sistemático se puede apreciar que el legislador, en la previsión normativa contenida en el art. 72, ha seguido un criterio diverso de aquel precedentemente adoptado para la disciplina análoga prevista para la crisis de la empresa. En efecto, como está dispuesta en el art. 50 del decreto legislativo n. 270, de 1999, en materia de administración extraordinaria, la regulación concursal va en el sentido de la automática prosecución de las

⁴⁴ El empleo de la locución “messa in mora” recuerda claramente las palabras de G. BONELLI, *Del fallimento*, II, Milano, 1928, 601.

⁴⁵ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 4a ed., Torino, 2011, 132-133, para quien los efectos disolutivos de la disolución corresponden a los que derivarían del ejercicio de la acción de resolución, y esencialmente consistirían en pretensiones resolutorias que, si no tienen por objeto bienes específicos, quedan sujetas a la ley de concursos.

⁴⁶ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 121.

relaciones obligatorias pendientes que, a la fecha de apertura del procedimiento, resulten aún no cumplidas o no enteramente ejecutadas por ambas partes, incluso de aquellas de ejecución continuada o periódica, hasta que el comisario extraordinario decida desembarazarse del contrato en curso.

Siempre aceptando que el contratante *in bonis*, aún en este caso, tiene la posibilidad de constituir en mora al comisario extraordinario, pero únicamente luego que el programa de reestructuración o de cesión en bloque de la hacienda hayan sido aprobados. En ese punto, si es intimado por escrito, debe hacer llegar a la contraparte su propia decisión dentro de los treinta días, transcurridos los cuales el contrato se entiende resuelto. La diversidad de orientación es explicada por la doctrina en razón de las diversas finalidades de los dos procedimientos, tendientes: la administración extraordinaria, a la salvación y recupero de la economía de la hacienda, y por tanto al saneamiento de la empresa y a su posible reposicionamiento en el mercado; y el concurso, esencialmente a la liquidación del patrimonio en función de la distribución del producido del activo a los acreedores del concurso, y por tanto, con función prevalentemente liquidatoria, no obstante la previsión de una disciplina que tiene a facilitar en los límites de lo posible, las cesiones en bloque o de universalidades patrimoniales.⁴⁷

5.

LOS EFECTOS DE LA REGLA GENERAL

El sistema precedente se estructuraba según una disciplina sustancialmente típica, en la cual era problemático establecer, por un lado, cuál fuese el tipo de disciplina a aplicar a los contratos típicos no expresamente regulados y, por otro lado, cuál fuera en presencia de un contrato atípico el nivel de elasticidad y, por tanto, de absorción de aquel contrato en la disciplina del derecho concursal prevista para los contratos típicos singulares.

El nuevo sistema (si bien mantiene una disciplina que tiene por objeto tipos contractuales singulares, que está distribuida entre la sección II del capítulo III, y otros lugares, sea en la ley de concursos (art. 60 para la renta vitalicia; art. 104, párrafo 8, para la disciplina del ejercicio provisorio de la empresa), sea en el código civil (arts. 2119 párrafo 2; 228 párrafo 1), en razón de la presencia del art. 72, y por tanto del ingreso de una regla general), parece

⁴⁷ ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg.12.9.2007*, n. 169, Torino, 2008, 155; JORIO, "Il fallimento", in *Tratt. Cottino*, Padova, 2009, 472.

haber abandonado una disciplina por tipos en función de la adopción de una norma “de clausura” del sistema de disciplina de relaciones pendientes.⁴⁸

La regla general (art. 72 de la ley de concursos) es la suspensión de la relación obligatoria pendiente, donde no exista una disposición diversa.⁴⁹ La regla de la sustitución del síndico en el contrato en el lugar del concursado, o bien de su continuación automática, tendrían en cambio carácter especial. Con la ulterior consecuencia de que las normas que regulan los tipos contractuales singulares, en cuanto vinculadas por una relación de género a especie respecto de la regla general, no podrían ser aplicadas por analogía o por extensión a otros tipos, sean ellos típicos o atípicos, para los cuales debería ser de aplicación el principio general de la suspensión de la relación obligatoria.⁵⁰

La presencia de una regla general en razón de la amplia portada de la norma que la prevé, ha inducido por el contrario a sostener que – por cuanto las normas esparcidas en el sistema que regulan los efectos del concurso sobre determinadas relaciones contractuales no han sido derogadas ni sería visualizable su derogación por la incompatibilidad – la norma general del art. 72 párrafo 1 se debería considerar aplicable (no “salvo las disposiciones diversas de la presente sección” sino) “salvo disposiciones legales diversas”. Además, por cuanto esas diversas disposiciones se encuentran fundadas cada una en una propia justificación normativa, diferente de la que sostiene la norma general, ellas serían susceptibles de aplicación analógica.⁵¹ La razón de la inserción en el sistema de una regla general ha sido encontrada en la circunstancia de que el principio de la suspensión, si bien está previsto con relación al contrato de compraventa, siempre se pensó —tanto en la orientación consolidada de la jurisprudencia,⁵² como en el pensamiento de la doctrina—⁵³ como aplicable en un plano general, aún a contratos que no contenían expresa regulación sobre el punto.

El principio se justificaba en razón de la exigencia de evitar las consecuencias negativas que derivaban para el contratante *in bonis* del tratamiento diferenciado, y de favor, que

⁴⁸ CAGNASSO, “I contratti pendenti”, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali, a cura di S. AMBROSINI*, Bologna, 2008, 117, para el cual sería sin embargo necesario examinar hasta qué punto el nuevo sistema pueda efectivamente considerarse cerrado, debiéndose verificar si en cada caso los contratos, a los cuales no se aplican expresamente reglas “excepcionales”, sean sujetos al principio general de la suspensión facultativa, y en tal sentido propone como ejemplo el del contrato de concesión de venta.

⁴⁹ La regla encuentra aplicación, en virtud de la previsión a que refiere el art. 56 del d.lgs. 6 setiembre 2011, n. 159 (modificado por la ley 24 diciembre 2012, n. 228, llamada ley de estabilidad), incluso a las relaciones contractuales pendientes disciplinados por el código de leyes antimafia en tema de medidas de prevención patrimonial.

⁵⁰ NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 176, para quienes la solución que hace pie en la presencia de una regla general se presentaría como más conveniente para el procedimiento, sea del punto de vista organizativo como del económico.

⁵¹ GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 123.

⁵² Cass. 5 febrero 1980, n. 799, en *Giur. comm.*, 1980, II, 665.

⁵³ Cfr. ahora por todos sobre el punto, JORIO, *Il fallimento*, cit., 476.

la ley reservaba al síndico. Esto podía apoyarse, en razón de la regla concursal, en el cumplimiento de la prestación por parte del contratante cumplidor, sin que éste, sin embargo, pudiese, fuera de la regulación concursal, recibir por su parte la entera contraprestación, señaladamente por la hipótesis de que la prestación de cargo del contratante concursado hubiese sido de naturaleza pecuniaria y se encontrase incumplida. El contratante *in bonis* quedaba más bien constreñido a sufrir, en base al principio de la paridad de tratamiento de los acreedores, la pérdida derivada en cada caso en el procedimiento singular de la disciplina de la repartición del activo.⁵⁴

6.

LOS EFECTOS SOBRE EL CONTRATO Y SOBRE LA RELACIÓN OBLIGATORIA EN EL CONCURSO

La ley de concursos, con la regla general del art. 72, regula los efectos del concurso sobre la relación obligatoria y no sobre el contrato, tanto que la norma no se aplica cuando, a la fecha del concurso, las obligaciones hayan sido completamente cumplidas por una de las partes. El concurso en efecto incide en la relación obligatoria, puesto que refiere a la fase dinámica de la relación negocial, o sea a la de la actuación de la relación obligatoria en la cual el síndico entra en virtud del poder de sustitución en la administración de los bienes del concursado, y no en el contrato, puesto que no modifica el contenido del acto, que entre las mismas partes originarias conserva su “fuerza de ley” (art. 1372 cc).

La suspensión es un efecto legal que se produce automáticamente por el simple hecho de la declaración de concurso de uno de los contratantes, que toca directamente la relación obligatoria pero que, obviamente, se extiende —aún cuando por reflejo— también sobre el contrato, con referencia ya sea a la posición jurídica subjetiva de sus partes originarias, sea a la de un tercero que es el síndico, dado que ante todo es él quien, con autorización previa de la junta de acreedores, tiene la facultad de “ingresar en el contrato en lugar del concursado”.

⁵⁴ Sobre la base de tales consideraciones que remontan al pensamiento de G. BONELLI, op. cit., se ha sostenido siempre que el síndico no podía ser obligado, si no lo hubiese reputado útil para la masa, a dar ejecución o a proseguir en el cumplimiento de contratos que encontraba en pie al momento de la apertura del concurso, teniendo, en cambio, la facultad de liberarse de ellos sin que ello determinase el surgimiento de un crédito resarcitorio a favor de la contraparte contractual ((cfr. la primera formulación del art. 72, inc. 4, l. fall.). El contratante cumplidor, por otro lado, en aplicación del principio de la excepción de incumplimiento, no podía ser constreñido a dar ejecución a un contrato cuyo efecto, en el plano de la bilateralidad, hubiera podido realizarse solamente según la ley del concurso (compárese con la vieja formulación del inc. 1 del art. 72 de la ley de concursos, según el cual frente al concurso del comprador, el vendedor tenía derecho a “cumplir su prestación, haciendo valer en el pasivo del concurso su crédito por el precio”).

El contrato queda por tanto inalterado, si bien el mismo entra en un estado de “suspensión legal”, ya que, a causa del concurso, no puede proseguir más entre las partes originarias; y menos puede producir efectos frente a un tercero respecto del contrato originario, como lo es el síndico del concurso. En cambio, la relación contractual queda suspendida en su eficacia hasta que el síndico, por su propia iniciativa, o bien a instancia del contratante *in bonis*, según la regla dictada por el art. 72, efectúe la elección entre prosecución de la relación obligatoria o su resolución.

La construcción dogmática de los efectos del concurso sobre los contratos en curso de ejecución, es decir, sobre los contratos bilaterales no cumplidos, se explica entonces en términos de disciplina de la relación obligatoria y no del contrato, puesto que ella no refiere a la disciplina del acto, sino a la regulación en sede concursal del nexo de reciprocidad entre prestaciones contrapuestas no cumplidas o cumplidas sólo parcialmente. El problema de los efectos del concurso sobre los contratos de duración o de ejecución continuada o periódica (art. 74 de la ley de concursos) se pone obviamente en términos diversos, respecto del que refiere a los efectos sobre las relaciones pendientes.

La declaración de concurso en los contratos de duración incide “sobre el contrato”; en los contratos en curso de ejecución, en cambio, incide “sobre la relación obligatoria”. En los contratos pendientes, o bien en curso de ejecución, la relación obligatoria ha nacido antes del concurso pero no ha sido cumplida, o bien lo ha sido sólo en parte al momento de la declaración de insolvencia de uno de los contratantes, de modo que la perspectiva en la que la relación obligatoria se coloca, por efecto de la apertura del concurso, es prevalentemente aquella que tiende a la realización del patrimonio concursal, que es la perspectiva propia del procedimiento de liquidación del activo. De modo que la prosecución de la relación obligatoria, mediante el cumplimiento de las prestaciones residuales, se justifica únicamente en función de una mejor realización de los bienes destinada a la satisfacción de los acreedores.⁵⁵

En los contratos de duración, por efecto de la declaración de concurso de una de las partes, surge en cabeza del síndico, que decide ingresar en ellos, no solamente la obligación de proseguir la relación obligatoria, mediante el recíproco cumplimiento, sino también del pago de las prestaciones ya cumplidas por la contraparte, dado que aquel contrato había, aún parcialmente, agotado las prestaciones contrapuestas debidas hasta aquel momento.

La naturaleza de duración, o también de ejecución continuada o periódica del contrato, implica en efecto que, al momento de la declaración de concurso, el mismo “es ciertamente una relación obligatoria contractual que resulta plenamente cumplida”, aún si las

⁵⁵ ZANICHELLI, op. cit., 180.

prestaciones hubieran debido cumplirse por obra de las partes al fin del vencimiento natural del contrato.⁵⁶

El concurso, aún en los contratos de ejecución continuada o periódica, determina entonces la suspensión de la ulterior ejecución, y si el síndico efectúa la relativa elección, puede ocurrir también la resolución.

7.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO COMO REGLA GENERAL DE TUTELA DEL SINALAGMA EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

El fundamento de la regla general del derecho concursal se encuentra entonces en el interior del sistema de derecho común de los contratos (art. 1460 y 1461 CC), en aplicación del principio general de tutela de la funcionalidad del sinalagma. Principio que, no obstante una autorizada voz en sentido contrario,⁵⁷ ha sido en efecto constantemente considerado, sea en las orientaciones de los doctores de la ley, sea de los Tribunales, como regla general en grado de justificar el sentido de la disciplina.⁵⁸

Se trata, en efecto, de la actuación del principio en razón del cual el contratante cumplidor puede oponer las así llamadas excepciones dilatorias, con el fin, por un lado, de conservar el equilibrio original contractual en la perspectiva de la ejecución de la relación obligatoria; y por otro, de paralizar, mediante el instrumento de la suspensión de su ejecución, los efectos que la insolvencia de una parte produce sobre la vida del contrato en espera de la elección del síndico en orden a la prosecución, o bien de la resolución de la relación obligatoria.

⁵⁶ Así INZITARI, "Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori", en AA.VV., *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, 6.

⁵⁷ F. VASSALLI, *Diritto fallimentare. II.1*, Torino, 1997, 153 ss., aún con referencia a la vieja formulación de las normas sobre relaciones pendientes, reconoce un fundamento sustancialmente equitativo a tal disciplina. Según el autor, "se trata de una disciplina que, aún cuando por mecanismos diversos de los de autotutela establecidos por los art. 1460 y 1461 cc, pone al contratante cumplidor en una posición de mayor favor respecto a los otros acreedores concurrentes en el concurso. Se puede decir que ello ocurre por razones sustancialmente equitativas las cuales en cierto sentido puedan apoyarse a las que sirven de base para la disciplina de la compensación. En otros términos se reputa equitativo que el contratante cumplidor que se enfrenta con el concurso de la contraparte, cuando aún no ha cumplido la propia prestación, y tampoco ha recibido la satisfacción de su crédito, se encuentre en una posición de mayor fuerza respecto de los otros acreedores merecedores de consideración específica. Esta posición es puntualmente la que se toma en consideración y es tutelada en algunas de las normas sobre la suerte de los contratos pendientes."

⁵⁸ Cfr. ahora por todos, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 122.

A tal regla siguen como corolario aquellas que tienen por objeto o bien la disolución o bien la continuación del vínculo obligatorio, sea en general, sea *ex lege* con referencia a determinados tipos contractuales (cfr. Art. 72 bis y ss., de la ley de concursos).

Las articulaciones de estas reglas permiten, según una representación sintética, clasificar las tipologías contractuales sobre las cuales el legislador ha intervenido, comprendiéndolas en tres ámbitos homogéneos entre ellos, según que la incidencia del concurso sobre el contrato produzca: o bien la disolución automática de la relación obligatoria, o bien su continuación; o por último, que tales relaciones obligatorias tengan por objeto bienes del concursado no comprendidos en el concurso (cfr. art. 46 ley de concursos), con la consecuencia de que tales relaciones obligatorias, en cuanto no sujetas a la inhibición concursal, no quedan incluidas en el patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores del concurso y para ellas, no verificándose en la relación obligatoria la sustitución del síndico al concursado, se aplica el derecho común de los contratos dado que prosiguen, como antes de la declaración de concurso, entre el concursado y el contratante *in bonis*.⁵⁹

La diversidad de la disciplina ofrecida por la regla general, respecto de la diseñada por las reglas especiales, pone sin embargo en evidencia, aún cuando sólo sea en el plano interpretativo, el problema de la relación entre disciplina “de derecho común” y disciplina “de derecho concursal”, esto es, especial, del contrato. Perfil cuya importancia está dada por la comprobación, por nadie contradicha,⁶⁰ que la regulación concursal de las relaciones preexistentes al concurso se resiente por la inserción en la ley del concurso de los principios generales del derecho contractual.⁶¹ En sentido contrario aparece en cambio evidente que el fundamento de la inserción de aquellos principios en el cuerpo del derecho concursal es justificable por el principio tendencial de uniformidad del sistema.

El ordenamiento pondera las propias elecciones al fin de volver el sistema unitario y por ende tiende a aplicar, mediante la técnica de la interacción entre las disciplinas, las reglas de la parte general del derecho común de los contratos, aún para la regulación de perfiles

⁵⁹ MEOLI, SICA, “Effetti sui rapporti giuridici preesistenti”, en *Trattato di diritto fallimentare*, Dir. Buonocore y Bassi, Padova, 2010, 397, distinguen en cambio entre reglas especiales y reglas excepcionales sobre los contratos pendientes, encuadrando las relativas disposiciones según un criterio funcional, más bien que según una sistematización que tenga en cuenta la suerte que tales reglas reservan a la relación pendiente.

⁶⁰ INZITARI, *op. ult. cit.*, 4, según el cual el contenido de la disciplina de las relaciones pendientes en el concurso “no aparece signado por una relación segura de estrecha consecuencialidad con los principios civilísticos generales en materia de contrato y de autonomía privada”.

⁶¹ JORIO, *Il fallimento*, cit., 470, pone en evidencia que el sector de la disciplina de las relaciones pendientes es aquel en el cual, más que en ningún otro, “se verifican la compenetración y la superposición de los principios de la ley concursal a las reglas civilísticas de los contratos y donde las soluciones normativas pueden cambiar según que se privilegien las razones del procedimiento o bien la posición del contratante cumplidor y según que se siga anclado a una visión más exquisitamente liquidatoria o se oriente hacia una perspectiva de conservación de la empresa”.

del derecho especial de los contratos, cuando aquellas reglas encuentren coherente y racional aplicación para la disciplina de los intereses en cada caso objeto de tutela según los valores del ordenamiento. Y ello con mayor razón cuando la importancia asumida por el sinalagma se manifiesta, fuera de las situaciones fisiológicas previstas por el derecho normal de los negocios y de la circulación de la riqueza, y se inserta en el ámbito de un procedimiento ejecutivo, como el concursal.

Sobre el punto se ha observado correctamente⁶² que la facultad del síndico de optar entre ingreso o disolución de la relación obligatoria, en los contratos caracterizados por la reciprocidad y no todavía cumplidos, encuentra su propio fundamento sea en la disciplina de la regulación concursal de los créditos, que excluye el derecho del acreedor de pretender el pago integral, sea en la disciplina del derecho privado del sinalagma, que no permite al síndico hacer valer las pretensiones derivadas de los contratos co-respectivos no cumplidos si no se obliga a cumplir integralmente la contraprestación.

La regla general impone por tanto al síndico que quiera sustituirse al concursado en el ejercicio de los derechos conexos al contrato bilateral pendiente y no cumplido, el ingresar en el contrato, determinando de tal modo una transformación del crédito del contratante cumplidor de crédito concursal en crédito prededucible, y por ende susceptible de ser satisfecho integralmente, y no en moneda de quiebra. El síndico, por otro lado, no teniendo el contratante *in bonis*, en razón de la sinalagmaticidad de la relación obligatoria incumplida, derecho a la satisfacción integral de su pretensión de crédito, puede renunciar a hacer valer la pretensión de cumplimiento que correspondía al concursado, pero para ello debe desembarazarse del contrato.⁶³

⁶² GUGLIELMUCCI, La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti, en Scritti in on. di G.Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, Milano, 2006, 150; sobre el punto cfr. también ZANICHELLI, op. cit., 156.

⁶³ GUGLIELMUCCI, La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti, en Scritti in on. di G. Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, Milano, 2006, 150.

La constitucionalización del Derecho Tributario

Las potestades y deberes del fisco ante el principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico

The constitutionalization of the Tax law.
The powers and duties of the Treasury before the beginning of the full implementation of the legal system

María Paula Garat

RESUMEN. Los cambios por los que el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han transitado en el último tiempo han tenido una trascendencia tal, que el Derecho Tributario no ha resultado ajeno ante tales modificaciones. Pues, la actividad inspectora, fiscalizadora y recaudatoria, como toda actividad estatal, merece encuadrarse dentro del principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico, correspondiendo analizar, en esta oportunidad, el influjo que las normas constitucionales poseen en la materia fiscal, y particularmente, las consecuencias prácticas que la aplicación de dichas nociones conllevan en el Derecho Tributario. El presente trabajo se propone, entonces, abordar una temática actual que permitirá al intérprete cuestionar algunos aspectos de la labor fiscal y ciertos conceptos usualmente utilizados, procurando aplicar las normas vigentes en

* Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, y Aspirante en la cátedra de Derecho Constitucional de la misma Universidad. Postgraduada de Especialización en Tributaria de la Facultad de Ciencias Empresariales de la mencionada Universidad. Integrante del Departamento Tributario de Brum Costa Abogados (mgarat@brumcosta.com).

consideración a la totalidad del ordenamiento jurídico, analizándolo con cohesión, y no únicamente haciendo uso de un segmento del mismo.

PALABRAS CLAVE. Derecho constitucional. Derecho tributario. Derechos humanos.

SUMARIO. 1.- Introducción. 2.- La Constitución, la interpretación desde la Constitución y desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 3.- Las potestades y deberes del Fisco; la eficiencia y legitimidad en su accionar: (i) Las Potestades de la Administración Tributaria desde una óptica particular; (ii) Las Garantías del Procedimiento Tributario y el Plazo de Duración; (iii) El interés del Fisco y la relación con el interés general. La ponderación. Conclusiones. Bibliografía.

ABSTRACT. The changes that the Constitutional Law and the International Law of Human Rights have reached in recent times have had such importance that the Tax Law has not been oblivious to such modifications. The inspection activity, audit and tax collection, like all state activity, should be framed within the principle of full implementation of the legal system, corresponding to analyze, on this time, the influence that constitutional rules have on fiscal matters, and particularly, the practical implications of the application that these conceptions have onto the Tax Law. This paper therefore proposes to study a current issue that will allow the lector to question some aspects of tax work and certain commonly used concepts, trying to apply the rules in regard to the entire legal system, analyzing it with cohesion, and not just using a segment thereof.

KEYWORDS. Constitutional law. Tax Law. Humans rights.

1. INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes del Estado de derecho, las cargas públicas han sido objeto de una especial regulación, particularmente vinculada a nociones de equidad, igualdad y legalidad en la imposición. Así entonces, a modo de ejemplo, con especial énfasis en estos principios, en la Declaración de Derechos y Deberes del Ciudadano aprobada luego de la Revolución Francesa, en 1789, se establecía que: *“Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración es indispensable una contribución común: debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades”*¹, agregando luego que: *“Todos los ciudadanos tienen el derecho de verificar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración.”*²

Similares consideraciones fueron incorporadas, paulatinamente, a las diversas constituciones. Sin embargo, conforme a ello, la relación que se traba entre los derechos y los impuestos no atiende únicamente a los costos que los primeros requieren para ser tutelados, esto es, al fenómeno recaudatorio como actividad necesaria para el cumplimiento de los fines estatales³; sino también hace referencia a la eficiencia en la labor de la Administración fiscal, al desenvolvimiento de dicha actividad recaudatoria, requerida para alcanzar la última finalidad estatal, la cual se acompasa, inexorablemente, con la protección a los derechos fundamentales.

La eficiencia administrativa, la relación jurídico-tributaria, los derechos y los impuestos conforman una trascendente vinculación, en la que es preciso detener este análisis,

¹ Artículo 13 de la Declaración de Derechos y Deberes del Ciudadano, 1789.

² Artículo 14 de la Declaración de Derechos y Deberes del Ciudadano, 1789.

³ v. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. *El Costo de los Derechos*. Buenos Aires, Siglo veintiuno editores SA, 2011.

haciendo especial referencia a las normas jurídicas que regulan dicha conjunción, analizadas desde el principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico, contenidas, entonces, tanto en el Derecho Tributario como en el Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Entendiendo al Derecho Tributario como el conjunto de normas que uniforma lo atinente a los ingresos fiscales del estado, se diferencian generalmente diversas ramas que lo componen, tales como el Derecho Tributario material, formal, procesal o sancionatorio⁴, teniendo como finalidad regular todos los aspectos que hacen al fenómeno tributario, esto es, la creación, objeto y supresión de los tributos; la relación jurídica establecida entre el contribuyente y los demás sujetos pasivos con el estado; así como diversos aspectos procesales y punitivos que merecen cabida en esta área. No obstante, raramente, —al menos en doctrina nacional—⁵, se recurre al análisis del Derecho Constitucional Tributario, entendiendo por tal a un conjunto de disposiciones jurídicas constitucionales que tratan o poseen relevancia en el objeto de lo tributario, y, especialmente, en la actividad de la Administración fiscal.

No hay duda que existe una estrecha interconexión entre el Derecho Tributario y el Derecho Constitucional. Sin embargo, ante tal ausencia de sistematización, corresponde cuestionar, en esta oportunidad, cómo las normas constitucionales influyen en el Derecho Tributario, así como cuáles son los efectos que el desarrollo del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha aparejado en la aplicación de la normativa fiscal.

El cambio de perspectiva en atención a la noción de estado, soberanía y el consecuente desarrollo de la significación de la constitución y de los derechos humanos supuso diversas consecuencias, a las que lo tributario no les es ajeno. Pues, como actividad estatal que le permite obtener recursos, la fiscalización de la contribución a las cargas públicas, además de regularse por el Derecho Tributario, merece encuadrarse dentro de un marco constitucional adecuado, al que no se recurre con mayor frecuencia, pero el que corresponde sea empleado en virtud del principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico.

⁴ Dicha diferenciación puede advertirse ya desde la lectura del Código Tributario en sus diversas Secciones.

⁵ No ocurre lo mismo en derecho comparado, en donde la doctrina es conteste en referirse al Derecho Constitucional Tributario. Por ejemplo, Spisso sostiene que: *“El derecho constitucional tributario es el conjunto de principios y normas constitucionales que gobiernan la tributación. Es la parte del derecho Constitucional que regula el fenómeno financiero que se produce con motivo de detracciones de riqueza de los particulares en favor del Estado, impuestas coactivamente, que hacen a la subsistencia de éste, que la Constitución organiza, y al orden, gobierno y permanencia de la sociedad cuya viabilidad ella procura”* (SPISSO, Rodolfo. *Derecho Constitucional Tributario*. Argentina, Depalma, 1991, p. 1).

En esta materia, tanto la constitución, como la ley y la demás normativa reconocen y consagran ciertos derechos y garantías a ser aplicados a los sujetos contribuyentes y responsables del pago de los tributos. En esta hipótesis, y bajo el contexto de una actuación inspectora o fiscalizadora, son diversos los derechos que se ven involucrados, los que son salvaguardados por dicha normativa y los que corresponde sean estrictamente tutelados por la Administración tributaria en aras a la eficiencia y a la legitimidad de su accionar. En derecho comparado, los ordenamientos jurídicos, en su mayoría, establecen cuerpos legislativos que explicitan los derechos y garantías de los contribuyentes frente a la Administración fiscal⁶, lo que lo facilita a los efectos de su análisis, pero lo que no dota de jerarquía infra-constitucional a tales derechos. Asimismo, en este orden, los derechos son constantemente concebidos como “triumfos” que el contribuyente podrá oponer ante el Fisco⁷, cuando, en definitiva, debería ser este último el mayor interesado en su protección.

¿Cómo influyen las normas constitucionales en el Derecho Tributario? ¿Son éstas invocadas y respetadas por la administración tributaria en aras a su eficiencia? ¿Cómo debería ser la actuación del fisco en esta perspectiva? Éstas y otras son algunas de las interrogantes que intentaré analizar en el presente, procurando el estudio de las potestades y deberes de la administración tributaria desde una óptica particular, que las relaciona con el influjo de las normas constitucionales y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que ha mantenido un constante y admirable desarrollo en el último tiempo.

Me propongo, entonces, estudiar, en primer lugar, cuáles son los efectos que la constitución posee sobre el ordenamiento jurídico inferior y, especialmente, dentro de la materia tributaria; adentrando luego a su aplicación en la labor del fisco en la actividad inspectora, fiscalizadora y recaudatoria, analizando algunas particularidades de las mismas y deteniéndome en determinados conceptos usualmente invocados, para arribar a algunas premisas que me permitirán extraer diversas conclusiones en esta materia.

⁶ Por ejemplo, en España, la Ley 1/1998 del 26 de Febrero de 1998 sobre los derechos y garantías de los contribuyentes. Asimismo, es posible consultar las diversas Cartas de Derechos de los Contribuyentes, a las que se hace referencia en: GUTIÉRREZ PRIETO, Gianni y VARELA RELLÁN, Alberto. *La Carta de Derechos del Contribuyente*. Montevideo, AMF, 2008.

⁷ En este punto, sostenía Karl Loewenstein que: “...la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder...” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1970, 2da. Ed., p. 150).

2.

LA CONSTITUCIÓN, LA INTERPRETACIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN Y DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Fueron varios los cambios por los que la noción de constitución ha transitado en el último tiempo, en atención al pasaje del estado legalista al estado constitucionalista de Derecho⁸. Concibiéndola como código político, primeramente, no hay lugar a dudas que la constitución es también un código jurídico con el fuerte predominio del principio de jerarquía normativa, y, actualmente, un código de valores⁹.

Esta última concepción, como código de valores, implicó una intensa modificación en la esfera constitucional, puesto que, además de la influencia a través de sus normas jurídicas, la constitución devino en un conjunto de valores fundamentales, ya no representados únicamente a través de reglas o disposiciones normativas, sino mediante principios superiores, reconocidos en la misma, a los que el ordenamiento jurídico inferior debería orientarse; la constitución pasó a ser, entonces, “algo más”, cuya aplicación, según analizaré, debería conllevar a la cohesión del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En este sentido, señala RISSO FERRAND que la concepción de la constitución como código de valores supuso “...una profunda revisión del rol de la Constitución como límite frente a los actos de los poderes constituidos”¹⁰, dado que el análisis de constitucionalidad de las normas inferiores se amplía, abarcando, ahora, un estudio de la aplicación de los valores y fines constitucionales por el legislador; el examen de toda limitación de derechos se realiza mediante el principio de proporcionalidad o razonabilidad; así como se desarrolla en mayor medida la noción de inconstitucionalidad por omisión. Por último, puntualiza el mismo autor que: “...el nuevo rol del Derecho Constitucional conduce inexorablemente, como lo advirtió hace mucho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a transformar la Constitución (y las normas de derechos fundamentales) en un elemento interesante primero, importante luego y hoy indispensable, a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico inferior, especialmente de origen legal”¹¹.

⁸ En este punto es necesario precisar que este pasaje no mantiene igual desarrollo en todos los Estados. En este sentido sostiene Zagrebelsky que: “El Estado constitucional, en consecuencia, no coincide en todas partes. La propia Constitución no es norma suprema de la misma medida, cuando cambian las relaciones entre Cortes y poderes legislativos...” (ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *Jueces Constitucionales*, en: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. España, Trotta, 2007, p. 22).

⁹ RISSO FERRAND, Martín. *¿Qué es la Constitución?* Montevideo, UCUDAL, 2011.

¹⁰ RISSO FERRAND, Martín. *¿Qué es la Constitución?*, p. 32.

¹¹ RISSO FERRAND, Martín. *¿Qué es la Constitución?*, p. 34.

La Constitución entonces tanto en lo que hace al obrar administrativo como a la garantía de los administrados constituye el marco jurídico desde el cual todo aplicador y ejecutor debería partir, y al cual todo aplicador y ejecutor debería arribar. Pues, el Derecho como un sistema de cohesión supone el arribo a soluciones lógicas y que se correspondan con su finalidad; los valores y principios que pretende alcanzar.

Tal sostiene GUASTINI, el ordenamiento jurídico ha sufrido “...un proceso de transformación (...) al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”¹².

¿Cuál es este cambio y cómo influye en la materia que a este análisis abarca?

Partiendo del concepto de constitución como norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno, la fuerza vinculante de la misma manifiesta otras proyecciones además de la tradicional significación de su rigidez y de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de las leyes; lo que abarca la aplicación directa, la inconstitucionalidad por omisión y la interpretación conforme, a lo que corresponde adicionar el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la consecuente variación en el concepto de soberanía y las nuevas técnicas de interpretación.¹³

Por un lado, la constitución es la norma jurídica de mayor jerarquía, la cual corresponde invocar en cualquier caso concreto, la que presenta mayor rigidez para su reforma y la que goza de una garantía jurisdiccional: la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Asimismo, el desarrollo de la noción de constitución según he puntualizado supone, además de modificar la antigua concepción, ampliándola, dotar a la constitución y a los derechos humanos de una influencia mayor sobre el ordenamiento jurídico inferior. En este punto, el Tribunal Constitucional Alemán ha desarrollado diversos aspectos de lo que se ha denominado interpretación *desde* o *conforme* la constitución, lo que supone que la constitución, tanto como norma jurídica de superior jerarquía, así

¹² GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*, en: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid, Trotta, 2006, p. 49.

¹³ A este respecto, es de destacar la Sentencia de Suprema Corte de Justicia No. 365/2009 que establece: “La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos”, agregando luego que: “Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado. Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad...”

como código que contiene los principios y valores fundamentales, irradia de tal forma al ordenamiento jurídico inferior que toda interpretación que se realice de este último debería considerarla especialmente.

La interpretación *desde* la constitución, o *desde* los derechos humanos, implica que las normas, principios, valores y los derechos fundamentales —reconocidos en forma explícita o implícita por la carta o por los instrumentos internacionales de derechos humanos—, serán el punto de partida y de llegada en la interpretación del ordenamiento jurídico inferior. De este modo, el intérprete estará considerando todo el ordenamiento jurídico aplicable, analizándolo con cohesión, y no únicamente un segmento del mismo.

En este punto, enseña BIDART CAMPOS que: “*Se trata en toda esta operatoria de proyectar a la constitución en y por todos los resquicios del ordenamiento jurídico inferior, y de dar aplicación a la naturaleza informante que la unidad de sentido de la constitución tiene con respecto a la unidad de sentido de dicho ordenamiento, todo ello con la finalidad de impedir que se produzca la dispersión jurídica y la fractura de la membrecía que los productos infraconstitucionales deben guardar encadenadamente con la constitución suprema*”¹⁴.

En esta postura, a los efectos de la interpretación de una norma legal desde la constitución, —y además de utilizar el método de interpretación que corresponda—, el intérprete orientará su análisis, particularmente, a determinar cuáles son los principios, valores y derechos que resultan involucrados, observando cómo el legislador atendió a los postulados y disposiciones constitucionales en dicha norma. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, ante dos interpretaciones posibles de la disposición, se preferirá aquella que se adecue con la constitución, así como aquella que mejor proteja el derecho en cuestión¹⁵.

Ello no supone el desconocimiento del contenido legislativo, ni la posibilidad de atribuirle un significado contrario a su texto cuando el mismo es claro¹⁶, pues si el texto no se adecua con la constitución es posible proceder a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad¹⁷. La interpretación que propugno, en cambio, implica la aplicación de todo el

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 383.

¹⁵ v. RISSO FERRAND, Martín. *Derecho Constitucional*. Montevideo, FCU, 2005, pp. 235 a 255. Ello también se corresponde con lo establecido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Respecto al mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que: “*De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos*” (Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 180).

¹⁶ En este punto, sostuvo el Tribunal Constitucional Alemán que: “*...al juez no le está permitido mediante la interpretación “conforme con la Constitución”, darle un significado diferente a una ley cuyo tenor y sentido resulta evidente*”, citado por: RISSO FERRAND, Martín. *Derecho Constitucional*. Ob. Cit., p. 244.

¹⁷ v. Artículos 256 y ss. de la Constitución Nacional. Asimismo, se recuerda el deber de aplicar la ley que posee el Poder Ejecutivo en virtud del numeral 4 del artículo 168 de la Constitución, el cual dispone: “*Al Presidente de la*

derecho en su conjunto, interpretando la norma legal en conjunción con las disposiciones constitucionales aplicables, por los principios y valores, y particularmente analizando los derechos que se ven involucrados.

En esta perspectiva, y adentrando a su conexión con el Derecho Tributario, la interpretación de la norma tributaria debería, además de aplicar los métodos de interpretación correspondientes, tomar en consideración la fuerza normativa de la constitución en los términos antedichos. Por tanto, corresponde al intérprete —sea el sujeto pasivo, como la Administración fiscal o el juez, en su caso—, analizar la norma tributaria *desde* la constitución y *desde* el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, determinado —conforme a lo puntualizado—, cuáles son los valores, principios y derechos involucrados, así como cuáles son las normas constitucionales —y de instrumentos internacionales— que merecen atenderse en esta interpretación, debiendo arribar a cómo el legislador aplicó tales postulados, así como, entre dos interpretaciones posibles, preferir aquella que se adecue a la constitución, o que mejor proteja al derecho en cuestión.

Así entonces, algunas de las conclusiones arribadas por GAMARRA en consideración al Derecho Civil merecen ser extrapoladas a este análisis, sosteniendo que: *“Tanto la Constitución como el Código forman parte por igual del derecho positivo; si éste enuncia una regla, no hay otra alternativa que cumplirla, ni hay lugar para el principio en el ámbito de las reglas; si se trata de principios y valores, con ellos podrá interpretarse la ley común “desde la Constitución”, y además resolver algún litigio cuando el principio se aplica directamente (sin mediación de ley), llenarse lagunas mediante la llamada “sobreinterpretación”...”*¹⁸ agregando luego: *“... también es cierto que las leyes están impregnadas por la Constitución, y deben guardar consonancia con los principios constitucionales”*¹⁹.

República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde: (...) 4°) Publicar y circular, sin demora, todas las leyes que, conforme a la Sección VII, se hallen ya en estado de publicar y circular, ejecutarlas, hacerlas ejecutar, expidiendo los reglamentos especiales que sean necesarios para su ejecución”.

¹⁸ GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo. Código y Ley Especial*. Montevideo, FCU, 2012, p. 10.

¹⁹ GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo*, p. 11.

3.

LAS POTESTADES Y DEBERES DEL FISCO; LA EFICIENCIA Y LEGITIMIDAD EN SU ACCIONAR

Habiendo analizado la evolución por la que ha transitado el concepto de constitución y su fuerza vinculante, así como los efectos de la realización de una interpretación desde o conforme, corresponde detenerme en su aplicación práctica a aquellas normas legales que regulan la actuación de la Administración fiscal, sea en el marco de una inspección, como en los restantes aspectos de su actividad fiscalizadora.

Asimismo, conforme al apartado anterior, la influencia que la constitución —y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos—, mantiene sobre el ordenamiento jurídico inferior no se reduce únicamente a la interpretación; sino que sus normas merecen ser *impregnadas* en este ordenamiento jurídico inferior, además de ser invocadas y reflejadas en el accionar administrativo, dentro del cual se encuentra la Administración fiscal. Pues, correspondería que el fin del obrar administrativo, cual es alcanzar —con legitimidad y eficiencia— el fin último estatal, sirviera como principio primero de su accionar, así como se manifestare en toda su actividad.

En este marco, son diversas las potestades que a lo largo del tiempo el legislador le ha conferido a la Administración tributaria; pues la fiscalización del pago de los tributos constituye una actividad por demás trascendente a los efectos del cumplimiento de los fines recaudatorios del estado. No obstante, la invocación de dichas potestades, así como su uso por parte de la administración se ve inmiscuido por las garantías y derechos constitucionales, por lo que corresponde encuadrarse dentro de la constitución, a los efectos de que este accionar sea legal, legítimo y eficiente. En este punto, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que: *“Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos”*²⁰.

Por otra parte, la Administración tributaria, además de poseer competencias en el ámbito de la fiscalización en el pago de los tributos, ostenta distintas herramientas que, en los hechos, compelen al contribuyente al cumplimiento de las obligaciones, incluso en forma previa a discutir el contenido del acto de determinación, o que, incluso, desestimulan su impugnación. Así entonces, además de la inspección, es posible la aplicación de medidas

²⁰ Tribunal Constitucional Español. Sentencia Número 15/1982.

cautelares genéricas que se prologan²¹, a la que se adicionan otras específicas o de embargo de cuentas bancarias²², la suspensión del certificado único²³, entre otras.

No es objeto del presente cuestionar la pertinencia de dicha legislación, sino de interpretarla y aplicarla conforme a la constitución, según lo he desarrollado. Por supuesto, el interés que se mantiene en la percepción de los tributos es por demás trascendente en esta materia; lo que deberá ser debidamente ponderando en nuestro análisis de la legislación y de la utilización de dichas potestades y medidas, sea en el marco de una inspección, como en lo que atañe a las demás herramientas con las que cuenta la Administración durante dicho procedimiento administrativo.

Para ello, procuraré hacer mención a algunas de las potestades que las normas tributarias le confieren al fisco, para interpretarlas según los postulados antes mencionados, deteniéndome luego en su vinculación con el debido procedimiento y con la garantía del plazo razonable, aspectos de vital importancia en la fiscalización tributaria, así como en la invocación de un interés superior o general en esta actividad.

(i) Las potestades de la administración tributaria desde una óptica particular

El artículo 68 del Código Tributario dota a la administración de extensas potestades a los efectos de la realización de una inspección, al establecer que:

“(Facultades de la Administración).- La Administración dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización y especialmente podrá:

- A) Exigir a los contribuyentes y responsables la exhibición de los libros, documentos y correspondencia comerciales, propios y ajenos, y requerir su comparecencia ante la autoridad administrativa para proporcionar informaciones.*
- B) Intervenir los documentos inspeccionados y tomar medidas de seguridad para su conservación.*
- C) Incautarse de dichos libros y documentos cuando la gravedad del caso lo requieran y hasta por un lapso de seis días hábiles; la medida será debidamente documentada y sólo podrá prorrogarse por los órganos jurisdiccionales competentes, cuando sea imprescindible para salvaguardar los intereses de la Administración.*

²¹ Artículo 87 y ss. del Código Tributario.

²² Artículo 56 de la Ley 18.083.

²³ Artículo 463 de la Ley 16930 incorporado al artículo 80 del Título 1 del Texto Ordenado 1996.

- D) *Practicar inspecciones en bienes muebles o inmuebles detentados u ocupados, a cualquier título, por los contribuyentes y responsables. Sólo podrán inspeccionarse domicilios particulares con previa orden judicial de allanamiento.*
- E) *Requerir informaciones a terceros, pudiendo intimarles su comparecencia ante la autoridad administrativa cuando ésta lo considere conveniente o cuando aquéllas no sean presentadas en tiempo y forma.*
- F) *Solicitar la constitución de garantía suficiente respecto de los créditos determinados cuyo adeudo esté pendiente.*
- G) *Intervenir o incautarse de los bienes muebles cuando éstos carezcan de los elementos externos de contralor o de las estampillas, sellos o cuños de valor que acrediten el correcto pago del tributo.*

Quando sea necesario para el cumplimiento de las diligencias precedentes, la Administración requerirá orden judicial de allanamiento”

¿Cómo son ejercidas las mismas en el marco de una inspección? ¿Cómo influyen las normas constitucionales para su interpretación?

Resulta evidente que son muchos los derechos individuales que pueden verse involucrados en el ejercicio de estas potestades. No obstante, la intimidad, la propiedad y la libertad son los que poseen mayor implicancia, dadas las posibilidades de realizar inspecciones en bienes muebles o inmuebles, acceder o incluso incautar libros, documentos o correspondencia, así como solicitar diversa información.

Existen situaciones por demás claras, las que no merecen detenimiento. Asimismo, es de puntualizar, que en caso de que las actuaciones inspectoras no cumplan con el texto de la ley resultarán ilegítimas, por lo que los supuestos manifestados en este sentido tampoco poseen mayor interés en este análisis, dado que, sin dudas, podrán ser impugnados y, luego, anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Por el contrario, aquellas situaciones en las cuales la Administración fiscal invoca este artículo —o la resolución del órgano o ente que se fundamenta en el mismo—, interpretando su texto con algunas particularidades o adiciones son las que merecen nuestro estudio, en una interpretación desde o conforme la constitución.

¿Puede la administración inspeccionar un domicilio particular —cuando coincide con el fiscal— sin previa orden judicial? ¿Es posible acceder a todos los documentos que posee el contribuyente, sin restricciones? ¿Cómo delimitar el acceso a información o correspondencia comercial y no personal cuando se encuentra en un mismo soporte?

La Sala de Profesionales de la Dirección General Impositiva, así como alguna doctrina que se ha pronunciado en la materia, son concurrentes en afirmar que cuando el domicilio fiscal coincide con el particular, la inspección puede realizarse sin mayores recaudos. En este sentido, se sostuvo que: *“Si es el domicilio particular del propio sujeto pasivo, se entiende que en la inscripción como constituido ante esta Administración hay una suerte de acuerdo previo, significa un consentimiento expreso que habilita el ingreso para requerir la documentación, pudiendo ser inspeccionado sin restricciones por los inspectores. Es carga de los sujetos pasivos, guardar la intimidad del hogar; si desea que no se realicen inspecciones en su morada, no debe constituirlo a tales efectos ante esta”*²⁴.

Por su parte, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró correcta la inspección realizada en un domicilio particular en el cual se permitió el acceso al mismo, aunque no por el titular contribuyente, y en donde no se practicó allanamiento. En este punto el Tribunal señaló que: *“Quiere decir entonces, que no hay prueba de la irregularidad denunciada, pues por el contrario, de acuerdo al último inciso del art. 68 del C.T.U.: “Cuando [es] NECESARIO para el cumplimiento de las diligencias precedentes, la Administración requerirá orden judicial de allanamiento”. Extremo que no se probó en autos, fuera necesario cumplir porque el allanamiento fue obviado por franqueo voluntario de la persona encargada del inmueble”*²⁵.

En lo que respecta a la documentación y al acceso a la misma, la Sala de Profesionales de la Dirección General Impositiva se ha pronunciado estableciendo que: *“No depende de la voluntad del inspeccionado, seleccionar los documentos a exhibir sino que, debe brindar toda la documentación que se encuentre en su poder (...) a priori, no se pueden conocer cuáles son estrictamente documentos comerciales y cuáles no, y en el ejercicio de su función fiscalizadora, la Administración puede obtener toda la documentación para lograr la consecución de su fin”*²⁶.

¿Son estas interpretaciones conformes con la Constitución?

Los derechos de intimidad, privacidad, propiedad y libertad se encuentran especialmente reconocidos en nuestra Carta a través de los artículos 7, 11, 28, 32, 36 y 72, además de ser objeto de diversas disposiciones en instrumentos internacionales²⁷. En este marco, la interpretación que se realice del artículo 68 del Código Tributario, en cualquiera de sus

²⁴ Sala de Profesionales de la DGI, 22 de Diciembre de 2004. Conforme a esta opinión se ha pronunciado CEDRES, Claudia. *Las Facultades de la Administración Tributaria*. Mesa redonda realizada el 9 de Noviembre de 2005, en: Revista Tributaria No. 191, IUET, 2006, p. 178.

²⁵ Sentencia No. 16/2002, del 4 de Febrero de 2002.

²⁶ Sala de Profesionales de DGI, 22 de Diciembre de 2004.

²⁷ En este punto, se destacan los artículos 8, 11 y 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

literales, debe partir de dichas normas, de los derechos y principios involucrados, procurando armonizar estas disposiciones en su interpretación.

En lo que refiere al acceso al domicilio particular, el artículo 68 habilita a la Administración fiscal a realizar inspecciones en bienes inmuebles ocupados por los contribuyentes y responsables, a lo que adiciona: “*Sólo podrán inspeccionarse domicilios particulares con previa orden judicial de allanamiento*”, lo cual se acompasa, inexorablemente, con el artículo 11 de la constitución, que mantiene: “*El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, solo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley*”.

Asimismo, a este respecto, la jurisprudencia argentina ha sostenido que en el otorgamiento de dicha orden judicial, la función del magistrado no es puramente mecánica, sino que el caso debe ser correctamente analizado, así como determinarse concretamente los lugares y horarios pertinentes, y los documentos a los que se podrá acceder²⁸.

Por otra parte, según ya fue adelantado, el mismo artículo 68 le permite a la Administración fiscalizar información contenida en documentos del contribuyente, e incluso incautarla en algunas situaciones; no obstante lo cual, por aplicación de los derechos antedichos corresponde interpretar dicha norma realizando algunas precisiones. Pues, los libros y correspondencia a la cual es posible acceder son aquellos de índole comercial y, aún así, la información que tenga relevancia a los efectos tributarios, pudiendo indicar y descartar la que no la posee. En este punto, coincido con la doctrina, al señalar que: “*La invasión a la esfera íntima del contribuyente solo está admitida por la ley para acceder a aquella prueba que directamente permita verificar al Fisco el correcto pago o no de los impuestos. Por eso debe descartarse todo tipo de prueba indiciaria. El ingreso del Fisco a la información íntima del contribuyente supone por sí solo el menoscabo de ese derecho a la intimidad*”²⁹.

Por consiguiente, corresponde interpretar las potestades de la Administración fiscal en concordancia con los derechos involucrados, así como con las normas constitucionales e internacionales aplicables. En lo que respecta a la prueba recabada, las particularidades de su producción, diligenciamiento y control fueron especificadas, tanto por la jurisprudencia internacional³⁰, como por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, este último,

²⁸ SOLER, Osvaldo H. *Derechos y Defensas del Contribuyente frente al Fisco*. Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 35 y 153.

²⁹ VARELA, Alberto. GUTIÉRREZ PRIETO, Gianni. *El contribuyente frente a la inspección fiscal*. Montevideo, AME, 2007, p. 235.

³⁰ v. T.E.D.H. *Caso Bernh Larsen Honding As and Others Vs. Norway*, Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, Application no. 24117/08.

habiendo anulado actos que no cumplieran con dichas formalidades³¹. Pues, las mismas constituyen deberes trascendentales para la garantía de los derechos de los contribuyentes.

Asimismo, por influjo de estas disposiciones, las actuaciones del fisco deberían, cumpliendo con sus fines, ser las menos perjudiciales para la tutela de los derechos del contribuyente. En este punto, es pertinente hacer mención a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, desarrollados por la jurisprudencia estadounidense y alemana, respectivamente, procediendo a analizar la idoneidad, necesidad y ponderación de la medida, tomando aquella que —cumpliendo con la finalidad legítima que se pretende alcanzar— afecte en menor forma a los derechos involucrados³².

Si bien la jurisprudencia uruguaya no realiza un exhaustivo análisis de estos principios, en algunos casos sí efectúa similares consideraciones, recurriendo a la razonabilidad en el accionar administrativo. Cabe mencionar, en este sentido, la Sentencia del Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 2º Turno, Número 47/2005³³ en la cual se falla sobre un proceso de amparo iniciado tras la incautación de numerosa documentación y, en particular, torres de computadoras. Sin perjuicio de no hacer lugar al amparo, para el análisis que me ocupa, es pertinente mencionar lo puntualizado en dicha Sentencia: “...es del caso señalar que la administración demandada sólo podía retirar aquella documentación que tuviera interés fiscal de forma de no interrumpir la actividad comercial, y a su vez la actora pudo indicar cuáles eran los archivos que tenían un interés personal suyo o de sus clientes ajenos a la relevancia fiscal”.

Por consiguiente, en momento de hacer utilización de las potestades conferidas por el artículo 68 del Código Tributario, así como de interpretar dichas normas legales, corresponde realizar una análisis *desde* la constitución, invocando los principios, valores y derechos que se ven involucrados, prefiriendo aquella interpretación que se acompañe con la misma, descartando la que se aparte, así como utilizando la potestad en consonancia con el análisis

³¹ Por ejemplo, consultar las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo números: 27/2007 del 7 de febrero de 2007, y 187/2012, del 15 de mayo de 2012. Para mayor análisis respecto a la prueba en los procedimientos de determinación tributaria, es posible consultar: COSTA FRANCO, Leonardo. *La Prueba en el Procedimiento de Determinación Tributaria*. Ponencia Presentada en las III Jornadas Tributarias, Diciembre de 2010, publicado en Revista Consultor Tributario, La Ley Uruguay, abril de 2011.

³² Para mayor ahondamiento en estos principios es posible consultar: RISSO FERRAND, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Montevideo, FCU, 2008, p. 110 y ss. Para su aplicación al *solve et repete* tributario, consultar: BILLARDI, Cristián J. *Solve et Repete*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, pp. 202 y ss.

³³ Sentencia dictada por el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 2º Turno, el 20 de Mayo de 2005. En igual sentido, en doctrina, señala Varela que: “La Jueza, si bien rechazó el amparo —por razones formales—, advirtió que estaba laudando un conflicto entre el derecho a inspeccionar del Fisco y el derecho a la intimidad y a ejercer libremente el comercio de esta empresa unipersonal, que giraba en el ramo de “gestoría” y a la cual quitarle 5 computadoras era como cerrarle el negocio. No hay mucha diferencia entre la clausura por no facturar y una inspección como esta, en la que se retiran los instrumentos de trabajo” (VARELA, Alberto. *Los contribuyentes frente a las inspecciones del fisco. Facultades del fisco y derechos del contribuyente*, en: Revista Tributaria No. 191, 2006, p. 225).

de proporcionalidad antes enunciado. Ello, tanto en lo que respecta a la actuación inspectora, como también al uso de las demás herramientas que la legislación le confiere en aras a la salvaguarda del crédito fiscal, tal como la aplicación de medidas cautelares, el embargo de cuentas bancarias, entre otras.

En estas últimas, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, en Sentencia No. 435/2009 revocó el embargo sobre los ingresos de caja del contribuyente estableciendo que dicha medida constituía un excesivo perjuicio para el mismo, afectando, incluso, la conservación de su empresa. En el examen de este caso por el Tribunal, se realiza, entonces, en forma consciente o inconsciente, un incipiente análisis de los principios, derechos y valores en pugna, aplicando el principio de proporcionalidad, al optar por la medida que, cumpliendo con la finalidad de salvaguardar el crédito fiscal, —o, en su caso, determinar las obligaciones en el procedimiento inspectivo—, afectare, de menor forma, los intereses de la otra parte involucrada³⁴.

En este punto, en España, la Ley 1/1998 sobre Derechos y garantías de los contribuyentes,³⁵ señala, en su artículo 3 que: “*Constituyen derechos generales de los contribuyentes los siguientes: (...) j) Derecho a que las actuaciones de la Administración tributaria que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que le resulte menos gravosa*”. Asimismo, luego, en el artículo 20 explicita que: “*La Administración tributaria facilitará en todo momento al contribuyente el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Las actuaciones de la Administración tributaria que requieran la intervención de los contribuyentes deberán llevarse a cabo de la forma que resulte menos gravosa para éstos, siempre que ello no perjudique el cumplimiento de las obligaciones tributarias*”³⁶.

En aplicación de ello, por consiguiente, el obrar administrativo, tanto en la etapa inspectora como en forma posterior, debe ceñirse a la ley y a la constitución; cumpliendo con las garantías en ellas reconocidas; así como aplicando el principio de proporcionalidad

³⁴ En esta Sentencia se establece que: “...la redactora considera pertinente recordar que el Código Tributario previó una intervención judicial preventiva con el fin de asegurar el cobro regular de los tributos o cuotas de convenios (Art. 90) y la reguló teniendo cuidado de afectar en la menor medida posible el funcionamiento empresarial y evitar un costo adicional de honorarios. Tal principio de conservación de la empresa debe tenerse presente cada vez que por razones tributarias se adopten medidas cautelares contra una empresa. De manera que el embargo de ingresos de caja, más el costo adicional de un interventor, se perfilan como innecesariamente perjudiciales para el contribuyente”. En comentario de esta sentencia, consultar: COSTA FRANCO, Leonardo. *El principio de conservación de la empresa en el Derecho Tributario: Nuevas perspectivas jurisprudenciales*, en: Revista CADE, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo XIV.

³⁵ Ley 1/1998 del 26 de Febrero de 1998.

³⁶ En Uruguay, si bien no se encuentra una disposición general, la doctrina ha sostenido que el derecho a ser objeto de la mínima intromisión posible se extrae del artículo 8 del Decreto 150/991 el cual establece que el procedimiento administrativo debe asegurar la celeridad, simplicidad y economía, evitando la realización de trámites o formalismos innecesarios o arbitrarios. (VARELA, Alberto y GUTIÉRREZ, Gianni. *La carta de derechos del contribuyente*. Montevideo, AMF 2008, p. 104).

antes enunciado. En este punto, la garantía del debido procedimiento deviene fundamental, dentro de la cual se destaca el plazo razonable.

(ii) Las garantías del procedimiento tributario y el plazo de duración

Si bien no hace al objeto de este análisis detenerme en el estudio de cada uno de los componentes de la noción de debido procedimiento administrativo —enteramente aplicable a lo tributario—, entiendo oportuno enfocarme en uno de sus elementos, cual apareja perjuicios adicionales al contribuyente, y que es la extensión y duración del mismo.

La legitimidad y eficiencia en el actuar de la Administración tributaria implica que ésta debe disponer sus recursos para que, de la forma más eficiente y en el menor tiempo posible, pueda alcanzar sus fines, los cuales deben acompañarse con el cumplimiento de las garantías constitucionales. Por consiguiente, además de la interpretación conforme y en aplicación de la misma, corresponde realizar la actuación inspectora y de determinación de la obligación tributaria en cumplimiento con las garantías del debido procedimiento, así como en el menor tiempo posible, lo cual se acompaña con los postulados antes enunciados.

El procedimiento escrito, la vista previa, la fundamentación, las particularidades de la prueba, el uso de las potestades, el plazo, entre otros, son algunos de los elementos que, como integrantes de la noción de debido procedimiento, la normativa reconoce y la Administración debe cumplir, en aras de dictar un acto administrativo que, además de determinar tributos o infracciones, sea legítimo.³⁷ Asimismo, dicho acto, —como toda la actividad administrativa— se ve inmiscuido por las garantías y derechos constitucionales, algunos de los cuales ya he explicitado.

¿Qué implica un debido procedimiento en el ámbito fiscal? La doctrina³⁸ incluye dentro de este concepto no solamente al derecho a recurrir e impugnar la decisión de la Administración, sino el derecho a ser oído, que implica el derecho a que se expongan las razones del dictado de la resolución, presuponiendo, a su vez, la publicidad de las actuaciones y el leal conocimiento de las mismas por parte del administrado; así como el derecho a examinar el expediente todas las veces que lo estime conveniente. También supone la oportunidad de alegar sus medios de defensa antes de emitirse el acto, que se tomen en cuenta y aprecien

³⁷ El *debido proceso* es un concepto elaborado en Estados Unidos en el marco del derecho penal, pero que se erigió como un principio general del derecho, con recepción en diversas normas de Derecho Internacional (Por ejemplo, Artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Artículos 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos) además de nuestra Constitución, por los artículos 12, 66 y 72.

³⁸ v. FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. *Principios del Procedimiento Administrativo*. En: Reforma del Estado: El Nuevo Procedimiento Administrativo. Programa Nacional de Desurbanización, p. 27.

en su justo valor los argumentos aducidos y los hechos probados, así como el derecho a hacerse patrocinar por abogado. Por último, el derecho a ofrecer, producir y controlar pruebas, y el derecho a una decisión fundada también forman parte fundamental de este concepto.³⁹

Dentro del mismo, es de particular importancia, a su vez, la duración razonable que debe poseer, tanto en lo que respecta al procedimiento administrativo que se lleva a cabo en la materia tributaria, como también a las demás medidas que se toman en su marco.

La normativa establece que debe existir una necesaria adecuación temporal del inicio de las actuaciones inspectoras con la elaboración y conclusión del expediente. Así, el artículo 5 del Decreto 500/991 establece: *“Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso, de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República. Estos derechos implican un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones”*.

Este derecho también es amparado por el Código Tributario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 del mismo⁴⁰, así como el *plazo razonable* es una noción establecida en el artículo 8 del Pacto San José de Costa Rica, desarrollada en sus comienzos por la jurisprudencia, y que deviene de utilización en los ámbitos, tanto administrativo, como tributario⁴¹.

En este sentido, en doctrina administrativa, CAJARVILLE señala que: *“El derecho a defenderse no se limita a la posibilidad de ser oído antes de dictarse resolución, comprende también el derecho... a que se resuelvan las pretensiones en un procedimiento de duración razonable...”*⁴²

Por su parte, la doctrina tributaria ha sostenido: *“Cualquier procedimiento administrativo, independientemente de cuál sea su naturaleza, debe durar el mínimo indispensable. Idealmente la extensión del procedimiento no debe exceder el tiempo necesario para diligenciar las pruebas y un tiempo razonable para que el órgano administrativo tome una decisión. Sabido*

³⁹ Al respecto, consultar: GARAT, María Paula y CUBA MENESES, Erick. *El respeto al principio de legalidad en el dictado del acto administrativo*, en: Revista Jurídica del Perú. La Gaceta Jurídica, Número 151, Septiembre 2013, p. 66 y ss.

⁴⁰ Este artículo establece: *“Salvo disposición en contrario, se aplicarán las normas que rijan para los procedimientos administrativos o, en su defecto, para el proceso contencioso administrativo”*.

⁴¹ Con respecto a la aplicación del artículo 8 al procedimiento administrativo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, por ejemplo, en los casos Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay y Claude Reyes y otros vs. Chile, que: *“el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”*. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127.; Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 129; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 62.

⁴² CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Procedimiento Administrativo*. Ed.Idea, p. 21.

es que todo procedimiento administrativo no debe estar integrado por tiempos muertos que solo alargan el proceso y perjudican innecesariamente. Este principio no es específico del procedimiento administrativo sino que es también aplicable incluso al proceso judicial. Sin embargo, adquiere particular importancia en materia administrativa, ya que la Administración tiene gran parte de la responsabilidad en el impulso del proceso. Siendo la Administración juez y parte, la prolongación innecesaria del proceso administrativo es muy grave. En nuestro país la regla de que las inspecciones deben durar un tiempo razonable y no estirarse indefinidamente tiene su base, su fundamento en el principio constitucional de certeza jurídica⁴³.

Por consiguiente, en Derecho Tributario el procedimiento de inspección y de determinación debe asumir un plazo razonable. ¿Qué es razonable? La razonabilidad no es sinónimo de discrecionalidad. Por el contrario, y como concepto jurídico indeterminado,⁴⁴ su definición debe surgir de una operación intelectual y no volitiva, de analizar cada caso en concreto y de definir el plazo que a la Administración le implica el estudio de la documentación, el diligenciamiento de las probanzas y la posterior resolución.

En este sentido, en el desarrollo de este concepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado tres factores para analizarlo: (i) la complejidad del asunto; (ii) la conducta procesal del interesado; y (iii) la conducta de las autoridades judiciales⁴⁵. Asimismo, en el año 2008 y a partir del caso *Valle Jaramillo y otros c/ Colombia*⁴⁶, se agrega un cuarto elemento, antes sostenido por el juez Sergio García Ramírez⁴⁷, cual es la afectación

⁴³ GUTIÉRREZ, Gianni y VARELA, Alberto. *La carta de derechos del contribuyente*. Editorial AMF, 2008, pp. 113 y 114.

⁴⁴ v. BARBÉ PÉREZ, Héctor. *Adecuación de la Administración Conformadora del Orden Económico y Social a las Exigencias del Estado de Derecho*, en: Revista de D.J.A., t. 65, pp. 1 a 13.

⁴⁵ Dichos postulados se encuentran establecidos en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A modo de ejemplos, se citan las siguientes: Corte I.D.H., *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 160 a 162; Corte I.D.H., *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 190; Corte I.D.H., *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 67.

⁴⁶ Corte I.D.H., *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. En el párr. 155 de la Sentencia se establece: “La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y; c) la conducta de las autoridades judiciales. El tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”.

⁴⁷ A partir de su voto razonado en el caso *López Álvarez vs. Honduras (Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141), el Juez Sergio García Ramírez sostuvo la conveniencia de incorporar un cuarto elemento a las consideraciones sobre el plazo razonable. Dicha postura se mantuvo, luego, por el mismo Juez, por ejemplo, en los votos de las Sentencias en los Casos *Sawhoyamaya vs. Paraguay (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146) y *Masacres de Ituango vs. Colombia (de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148).

generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona, aspecto en el que he añadido mayor énfasis. Pues, en materia tributaria, la extensión del plazo de las actuaciones, muchas veces, conlleva perjuicios adicionales para el contribuyente, no solamente en atención a la espera de la resolución de la administración, la que se prolonga, en algunos casos, innecesariamente, sino también en otros ámbitos como la prórroga de las medidas cautelares trabadas en su contra.⁴⁸

Tal sostiene VARELA: “*El problema se plantea con las inspecciones que no avanzan, que quedan estancadas, que no se mueven. Esto es muy común porque el Fisco históricamente inicia más inspecciones de las que tiene capacidad de concluir*”⁴⁹.

Por dichos motivos, sería conveniente el establecimiento de un plazo límite, como ocurre en diversas legislaciones.⁵⁰ No obstante, en nuestro país, si bien no existe un límite objetivo es menester analizar en cada caso si la duración o extensión del plazo es idóneo para alcanzar la determinación, si no obra como extensión innecesaria y si, de actuar la Administración con mayor efectividad y diligencia, el mismo podría ser acotado, cumpliendo con la razonabilidad que debe poseer dicho plazo.

A modo de ejemplo, en sentencia del 17 de Julio de 2013, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto turno revocó la prórroga de medidas cautelares ante la advertencia que, en el transcurso de un año, no había habido mayor movimiento del expediente hacia la determinación tributaria, todo lo que conllevaba a la demora de la Administración en perjuicio del administrado. Así entonces, se mantuvo que: “*Entre el pedido inicial de medidas cautelares*

⁴⁸ En este punto, será el Poder Judicial el que también analizará la razonabilidad del plazo, ante la solicitud de prórroga de medidas cautelares (artículo 87 del Código Tributario). A este respecto, es menester recordar la Sentencia Número 254/2008 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, donde se expone: “...*la prórroga del plazo por el cual fueron concedidas las medidas cautelares no constituye una prerrogativa discrecional de la administración, ni del Tribunal, sino que tal extremo se encuentra específicamente acotado “para el caso de que resulte insuficiente el plazo por el cual fueron concedidas las medidas cautelares por causas no imputables a la Administración” (Art. 87 del C. Tributario), extremos estos que en la especie no acontecen. En efecto no surge de autos el menor atisbo probatorio de que la Administración, en el periodo de cuatro años desde que se concedió la medida original, hubiere obrado con la diligencia requerida para la determinación de los tributos cuyo cobro pretende salvaguardar mediante la promoción de los presentes procedimientos, y menos aun surge acreditada la existencia de impedimentos” (Sentencia Publicada en el Anuario de Derecho Financiero, t. II. Montevideo, FCU, 2010, p. 407).*

⁴⁹ VARELA, Alberto. *Los Contribuyentes Frente a las Inspecciones del Fisco. Facultades del Fisco y derechos del Contribuyente*, en: Revista Tributaria No. 191. Montevideo, IJET, Marzo-Abril 2006, p. 229.

⁵⁰ Por ejemplo, ello ocurre en Francia o España. En este último el plazo es de 12 meses, prorrogable por 12 meses adicionales en determinados supuestos (artículo 29 de la Ley 1/1988 del 26 de Febrero de 1988). Asimismo, la doctrina de dicho país ha sostenido que: “*Habitualmente, las normas que regulan la inspección no hacen alusión al tiempo para el ejercicio de tal actividad. (...) No obstante, por lo que se refiere a la potestad de efectuar las inspecciones en cualquier momento, se ha señalado que hay que tener cuanta los principios de proporcionalidad y de favor libertatis, por lo que la actuación inspectora ha de ser en lo imprescindible, como se desprende también del art. 85.1 LRJPAC. De acuerdo con éste, “los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales” (GARCÍA URETA, Agustín. La potestad inspectora de las administraciones públicas. Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 144).* El mismo plazo es establecido en países de Latinoamérica, por ejemplo, en Perú, mediante el artículo 62-A del Código Tributario.

ocurrido en mes de setiembre de 2011 y su prórroga en el mes de agosto de 2012 el expediente administrativo no tuvo desarrollos efectivos hacia la determinación del adeudo⁵¹, por lo que se entendió improcedente la solicitud de prórroga de los embargos trabados en dicho caso.

Por lo tanto, en atención al análisis expuesto, las prerrogativas y potestades que el legislador le ha conferido a la Administración tributaria a los efectos del cumplimiento de sus cometidos merecen ser interpretadas *desde* la constitución y *desde* los instrumentos internacionales aplicables, considerando los principios y derechos involucrados, y aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tanto en lo que respecta a las potestades en la actuación inspectora, como en lo que atañe a las demás herramientas con las que cuenta el fisco, y a la duración razonable de su accionar.

Por supuesto, el interés de la Administración fiscal también merece especial tutela y atención, en aras a la importancia que conlleva la actividad de recaudación estatal. En este punto, y en concordancia con este análisis, resulta pertinente cuestionar si la legislación que otorga potestades a la Administración tributaria, así como el uso de las mismas en límite a la salvaguarda de determinados derechos resulta *a priori* y *per se* justificado en aras al interés fiscal que persigue, el cual, en algunos casos, es asimilado al interés general exigido para dichas limitaciones.

(iii) El interés del fisco y la relación con el interés general.

La ponderación.

En materia tributaria, y particularmente en la jurisprudencia nacional, el interés general es de reiterada invocación a los efectos de que la legislación o el actuar de la Administración se vean legitimados para limitar los derechos protegidos por la norma Constitucional. Así entonces, la Suprema Corte de Justicia, en sentencia 234 de 1995⁵² estableció que: “*La Constitución confiere una discrecionalidad limitada al legislador imponiéndole que atienda a razones de interés general, por lo que, al apreciarse en el caso la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las dos disposiciones atacadas, la Corte deberá limitarse a constatar si en concreto se han observado por el legislador las razones de interés general requeridas en la Constitución*”, agregando luego que “*...es de interés general que los obligados por la Ley satisfagan los tributos que gravan su actividad, y lo hagan regularmente, para que el Estado pueda atender satisfactoriamente sus obligaciones*”.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, de fecha 17 de julio de 2013.

⁵² Sentencia dictada el 22 de Mayo de 1995 en relación a la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 69 de la Ley 16.134 en la redacción dada por el artículo 647 de la Ley 16.170 relativa al procedimiento de clausura tributaria.

De similar modo, señala la doctrina que *“El interés general sin lugar a dudas, se encuentra comprometido en el cumplimiento de las obligaciones tributarias”*⁵³. Por otra parte, más recientemente, también se ha sostenido que: *“...el crédito fiscal es merecedor de un tratamiento preferencial; no se puede desconocer la importancia del tributo como instrumento, por ejemplo para mantener el flujo de dinero circulante según los intereses y políticas económicas, así como para financiar los gastos generales del Estado, o incluso para perseguir fines extrafiscales en el campo productivo o social”*⁵⁴, definiendo luego al interés general como: *“...el interés coincidente de un grupo mayoritario de individuos que por esa razón mayoritaria se traslada a todo el grupo, prevaleciendo sobre los intereses individuales, y que emerge con un contenido concreto y determinable”*⁵⁵.

A su vez, la Sala de Profesionales de la Dirección General Impositiva, en la misma línea, ha establecido que: *“Por tanto, la Administración en aras de un interés superior, con su actuar, eventualmente podría afectar el derecho de los particulares, pero esa afectación es legítima en la medida que con ella se aspira a la protección de la sociedad en su conjunto”*⁵⁶.

Ante ello, corresponde cuestionar: ¿Se presenta siempre el interés general en la materia tributaria? ¿Existe en este ámbito un interés superior —asimilable a lo que la constitución denomina interés general— que puede ser constantemente invocado para limitar la protección de determinados derechos? ¿Cómo interpretar las disposiciones normativas tributarias desde la Constitución en este aspecto?

El *interés general* es mencionado por la constitución, aunque sin ser expresamente definido, y las razones de interés general obran como garantía material ante la limitación en la protección de determinados derechos fundamentales. Así entonces, el artículo 7 de la Carta establece que: *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”*.

En materia tributaria es por demás usual invocar, —tanto en la legislación como en el actuar administrativo—, el interés general, como sinónimo de interés superior, obrando como legitimador del límite a la tutela de ciertos derechos, en aras de la trascendencia que

⁵³ CEDRÉS, Claudia. Exposición sobre las facultades de la administración tributaria en la mesa redonda realizada el 9 de noviembre de 2005 organizada por el IUET, publicada en: Revista Tributaria No. 191. Montevideo, IUET, Marzo-Abril 2006, p. 166.

⁵⁴ CHALAR, PABLO D. *Constitucionalidad de la suspensión del certificado único emitido por la DGI ante la adopción de medidas cautelares*. Revista CADE, Impuestos y Fiscalidad. Tomo I, Agosto 2012, p. 46.

⁵⁵ CHALAR, PABLO D. *Constitucionalidad*, p. 46.

⁵⁶ Sala de Profesionales de DGI, opinión en referencia a las Facultades de la Administración Tributaria, citada por: VARELA, Alberto. *Los Contribuyentes Frente a las Inspecciones del Fisco. Facultades del Fisco y derechos del Contribuyente*, en: Revista Tributaria No. 191. Montevideo, IUET, Marzo-Abril 2006, p. 213.

la recaudación y la contribución a las cargas públicas contienen para la sociedad, así como a la importancia que la labor de la Administración Fiscal implica en este ámbito. Tal sostiene FERREIRO LAPATZA: *“La función permanece así limitada y aislada como un poder superior que se niega a relacionarse; a relacionar al Estado en un plano de igualdad con los administrados. La idea de un poder superior que se relaciona con los administrados en cierta forma especial y separada de las relaciones jurídicas normales entre sujetos sometidos con todo rigor y precisión a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”*⁵⁷.

No obstante, conforme a lo analizado, la fuerza normativa de la constitución a la que he hecho referencia impide que dichas razones de interés general se utilicen como meros formalismos jurídicos, ni que se entienda a las mismas simplemente como al interés de las mayorías, debiendo ser analizadas en y conforme a la constitución, pues son razones que estarán contenidas en la misma.

A su vez, cabe precisar, tal lo puntualiza RISSO FERRAND que: *“Ni el interés general ni los intereses colectivos ni los sociales priman sobre los derechos humanos. Los derechos humanos son tales en tanto son invocables ante todos y encuentran protección frente a otros intereses (...) bajo ningún aspecto se puede concluir que exista un principio de primación del interés general sobre los derechos humanos. Admitir esto último nos aproxima a fórmulas transpersonalistas en que el individuo no es un fin (el último fin) en sí mismo, sino que habría otros intereses superiores a los que las personas se subordinan”*⁵⁸.

En igual sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que dicho concepto no puede ser utilizado para suprimir un derecho existente, ni como mera excusa para su limitación⁵⁹. Por lo tanto, y como última consideración a realizar en este estudio, no es posible fundamentar la existencia de razones de interés superior o general, a priori, en todo el obrar de la Administración fiscal, haciéndolo primar por sobre los intereses o derechos individuales y descartando de este modo la ponderación de los mismos. En este sentido, *“García de Enterría (...) afirma que expresiones como la de interés general habrán de ser concretadas en el momento de la aplicación de la norma. Por una razón fundamental: porque existe para su proyección concreta, no para su contemplación intelectual. Es más, si su contenido no se determina, estaremos en presencia de un uso autoritario del concepto. En efecto, cuando se utiliza por los gobernantes y administradores como cheque en blanco, como concepto abstracto sin descender a la realidad*

⁵⁷ FERREIRO LAPATZA, José Juan. *El Estatuto del Contribuyente*, en: Revista Tributaria No. 131. Montevideo, IUET, 1996, p. 120.

⁵⁸ RISSO FERRAND, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Ob. Cit., p. 94.

⁵⁹ Al respecto, es posible consultar la Opinión Consultiva solicitada por Uruguay, No. 6/86, del 9 de Mayo de 1986, especialmente en su párr. 31.

*concreta, nos hallamos con toda probabilidad en el mundo de la arbitrariedad, de la oscuridad, de la penumbra, de la impunidad*⁶⁰.

En definitiva, entonces, el interés invocado por la Administración como legitimador del obrar público no debe contraponerse a su finalidad, así como corresponde encontrar el contenido de las “razones de interés general” de acuerdo a los postulados antes desarrollados. Sostiene RODRIGUEZ ARANA que: *“El interés general se refiere a aspectos conectados con las necesidades públicas, colectivas, de los ciudadanos (...) No parece que sea sin más la suma de todos los intereses individuales. Atiende, debe atender, a todos y cada uno de los ciudadanos en cuanto miembros de la comunidad. No es el interés de una parte de la sociedad por importante o relevante que sea, ni siquiera es el interés de la mayoría política (...) el interés se refiere al conjunto, a todos y cada uno de los ciudadanos*⁶¹.

Por consiguiente, en cada caso, corresponderá el análisis de la existencia de las razones de interés general y la aplicación del principio de proporcionalidad, estudiando la idoneidad, necesidad y ponderación de la medida que se pretenda utilizar. En definitiva, conforme puntualiza el citado autor, *“el interés general más relevante reside en la promoción y efectividad de los derechos fundamentales de la persona a través del quehacer y el accionar público*⁶². A su vez, cabe profundizar, como valla adicional, —en la terminología empleada por Alexy⁶³—, en que aún invocando razones legitimadoras para la limitación de la tutela de un derecho, el contenido esencial del mismo no debería ser afectado, siendo éste el límite para su desnaturalización. Pues, el contenido esencial se manifiesta como el último ámbito intangible que caracteriza al derecho, el cual obra como mínimo a salvaguardar. En definitiva, tal mencionó el Tribunal Constitucional Español: *“no se trata de establecer jerarquías de derechos ni precedencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca*⁶⁴.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente me he propuesto conjugar la normativa tributaria aplicable a la actividad inspectora, fiscalizadora y recaudatoria con los desarrollos por los que el concepto de Constitución, su rol, así como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han

⁶⁰ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid, Iustel, 2012, p. 192.

⁶¹ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Interés General*, p. 144.

⁶² Idem, p. 148.

⁶³ ALEXY, ROBERT. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 286.

⁶⁴ Supremo Tribunal Constitucional de España, Sentencia 32/1994.

transitado. Las potestades administrativas, la relación jurídico-tributaria, los derechos y los impuestos se vinculan de forma tal, en una referencia que no involucra únicamente al fenómeno recaudatorio como necesario para el cumplimiento de los cometidos estatales; sino también en cuanto atañe al desenvolvimiento de dicha actividad recaudatoria y fiscalizadora.

En este orden, y siendo reguladas por el Derecho Tributario, las potestades que el fisco posee contienen, sin lugar a dudas, una estrecha conexión con el Derecho Constitucional, debiendo estudiar, en este último, cuál es la influencia que los principios, valores y derechos aparejan en el ordenamiento jurídico inferior y, dentro del mismo, en las normas tributarias. Pues, es mediante esta influencia que se constituye el marco jurídico desde el cual todo aplicador y ejecutor debiera partir, y al cual todo aplicador y ejecutor debiera arribar; el derecho como un sistema de cohesión supone el arribo a soluciones lógicas y que se correspondan con su finalidad, esto es, los valores y principios que pretende alcanzar.

En este marco, procuré analizar las normas tributarias que confieren potestades y deberes al fisco desde una óptica e interpretación particular, incluyendo tanto a las contenidas en el artículo 68 del Código Tributario, como a otras medidas a las que es posible recurrir en el procedimiento inspectivo o de determinación tributaria.

¿Cómo influyen las normas constitucionales en el Derecho Tributario? ¿Son éstas invocadas y respetadas por la Administración tributaria en aras a su eficiencia y legitimidad? ¿Cómo debería ser la actuación del fisco en esta perspectiva?

Conforme al análisis antes expuesto, la noción de constitución y su fuerza vinculante, así como el desarrollo que los derechos humanos han tenido en la materia, poseen una influencia fundamental en las normas inferiores, y, entre ellas, en el Derecho Tributario. Por consiguiente, en toda actuación fiscal, las normas, principios, valores y los derechos fundamentales —reconocidos en forma explícita o implícita por la Carta o por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos—, deberían ser el punto de partida y de llegada en la aplicación e interpretación de la regulación vigente. De este modo, el intérprete estaría considerando todo el ordenamiento jurídico, analizándolo con cohesión, y no únicamente un segmento del mismo.

Empero ello, según conforme he puntualizado, no supone el desconocimiento del contenido legislativo, ni la posibilidad de atribuirle un significado contrario a su texto cuando el mismo es claro, sino interpretar las normas de acuerdo con dichos postulados, invocando los derechos y principios constitucionales, y, en definitiva, dando cabida al principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico. Pues, ello determinará el legítimo cumplimiento

de los fines estatales, en los que la proporcionalidad de todo actual deviene fundamental, en su conjunción con la salvaguarda y protección de los derechos fundamentales involucrados.

Por último, es de concluir, según ya he precisado, que el análisis antes expuesto merecería ser invocado no solo en el reclamo que los contribuyentes o interesados pudieran realizar, esto es, no únicamente como medio de defensa ni como triunfo a alcanzar. Por el contrario, correspondería que estas premisas tuvieran vigencia en el propio obrar administrativo, el cual debiera estar *impregnado* de dichos principios y consideraciones. Así entonces, los derechos mencionados no serían siempre “triumfos”, ni las garantías efectivas serían siempre secundarias, en la terminología empleada por FERRAJOLI⁶⁵. Sino que, por el contrario, la propia labor de la Administración fiscal debería orientarse a alcanzar la eficiencia y legitimidad en su accionar, realizando la interpretación y aplicando los principios antes propugnados.

En este supuesto, a las garantías secundarias —cuales son las jurisdiccionales—, se les adicionarían la efectividad de las primarias o sustanciales⁶⁶; las que en este análisis se encuentran dirigidas al administrador y legislador; pues hace a la esencia de su función, el obrar en salvaguarda a todos los intereses involucrados, realizando la debida ponderación, y conforme al fin último estatal; todo ello en concordancia con el desarrollo antes realizado.

⁶⁵ Se emplea la diferenciación entre garantías primarias o sustanciales, y garantías secundarias o jurisdiccionales realizada por Luigi Ferrajoli. Al respecto, consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid, Trotta, Segunda Ed., 2010, pp. 63 y ss. y FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Trotta, 2011, pp. 39 a 41.

⁶⁶ Utilizando la terminología de Ferrajoli, la garantía primaria consiste en “...la prohibición de derogar y en la obligación de actuar los principios, derechos e institutos establecidos por la constitución...” (FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes*. Ob. Cit., p. 40). Asimismo, puntualiza el mismo autor que: “Es evidente que mientras la observancia de las garantías (y de las normas) primarias equivale a la satisfacción de manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas, la de las garantías (y de las normas) secundarias opera, sólo eventualmente, como remedio previsto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o los actos inválidos” (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Ob. Cit., p. 64).

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA

- ABADI PILOSOFF, Félix y BERGSTEIN, Jonás. *Facultades de la administración para la determinación de tributos*. En: Revista Tributaria No. 140. Montevideo, IUET, 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires, Ediar, 2004.
- BILLARDI, Cristián. *Solve et Repete*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2006.
- CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. España, Trotta, 2007.
- COSTA FRANCO, Leonardo. *El principio de conservación de la empresa en el Derecho Tributario: Nuevas perspectivas jurisprudenciales*, en: Revista CADE, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo XIV.
- COSTA FRANCO, Leonardo. *La Prueba en el Procedimiento de Determinación Tributaria*. Ponencia Presentada en las III Jornadas Tributarias, Diciembre de 2010, publicado en Revista Consultor Tributario, La Ley Uruguay, abril de 2011.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *En torno al Neoconstitucionalismo*. En: Revista Estudios Jurídicos. Montevideo, UCUDAL, N° 7, 2009, pp. 67 a 101.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid, Trotta, Segunda Ed., 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Trotta, 2011.
- FERRARI REY, Mario. *Oportunidades de Defensa Previa al Acto de Determinación Tributaria*, en: Revista Tributaria Número 168. Montevideo, IUET, Mayo-Junio 2002, pp. 339 a 361.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan. *El Estatuto del Contribuyente*, en: Revista Tributaria Número 131. Montevideo, IUET, Marzo-Abril 1996, pp. 109 a 122.
- GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo. Código y Ley Especial*. Montevideo, FCU, 2012.
- GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Madrid, Marcial Pons, 2006.
- GUTIÉRREZ PRIETO, Gianni y VARELA RELLÁN, Alberto. *La Carta de Derechos del Contribuyente*. Montevideo, AMF, 2008.
- HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 2007.
- Revista Tributaria No. 191 del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Tomo XXXIII. Montevideo, IUET, Marzo- Abril 2006.

- RISSE FERRAND, Martín. *¿Qué es la Constitución?* Montevideo, UCUDAL, 2011.
- RISSE FERRAND, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Montevideo, FCU, 2008.
- RISSE FERRAND, Martín. *Derecho Constitucional*. Montevideo, FCU, 2005.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid, Iustel, 2012.
- SOLER, Osvaldo H. *Derechos y Defensas del Contribuyente frente al Fisco*. Buenos Aires, La Ley, 2001.
- SPISSO, Rodolfo. *Derecho Constitucional Tributario*. Argentina, Depalma, 1991.
- VARELA, Alberto y GUTIÉRREZ PRIETO, Gianni. *El contribuyente frente a la inspección fiscal*. Montevideo, AMF, 2007.

Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil en el caso de los medicamentos en España

Some issues about civil liability in the case of drugs in Spain

*Iñigo Navarro Mendizabal**

RESUMEN. El medicamento es un tipo de producto de consumo muy especial si lo comparamos con el resto de productos: no es lo mismo tomar un medicamento que tomar un refresco. No solo es especial en sí, sino que también es diferente el tipo de relación en la que se produce —en la mayoría de los casos— el consumo del medicamento: dentro de una relación sanitaria entre un médico y un paciente.

Por un lado, la responsabilidad civil en el caso de los medicamentos encuentra su marco jurídico dentro de la normativa general de responsabilidad por productos defectuosos, lo que supone una responsabilidad objetiva muy rigurosa. Por otro, la responsabilidad profesional de los médicos suele considerarse subjetiva, pero convive con la legislación defensa de consumidores que prescribe que la responsabilidad de los «servicios sanitarios» es objetiva. El conjunto resulta así complejo, por lo que conviene reflexionar sobre si el

* Profesor Ordinario de Derecho Civil. ICADE - Universidad Pontificia Comillas.

encaje de la responsabilidad de los medicamentos dentro de los productos defectuosos es el más correcto y todo ello analizando si los diferentes elementos de esta responsabilidad encajan correctamente.

PALABRAS CLAVE. Medicamentos. Prescripción de medicamentos. Responsabilidad civil. Responsabilidad médica. Daños y perjuicios. España.

SUMARIO. 1. Marco conceptual y jurídico. 2. Daños causados por productos defectuosos: elementos subjetivos. 3. Daños causados por productos defectuosos: Concepto de defecto en la responsabilidad civil por productos defectuosos. 4. ¿Por quién cabría legítimamente esperar? *Consumer Expectation Test vs Risk-Utility Risk*. 5. La relación causal. 6. Daños causados por productos defectuosos: Naturaleza de la responsabilidad y causas de exoneración. 7. Daños causados por otros bienes y servicios. 8. Conclusiones. Abstract. The drug is a type of very special consumer product if we compare it with other products: take a drug that a drink is not the same. Not only is special in itself, but that is also different from the type of relationship that occurs - in most cases - the consumption of medication: within a health relationship between a physician and a patient. On the one hand, civil liability in the case of drugs is their legal framework within the general rules of responsibility by defective products, which is a very rigorous strict liability. On the other hand, the professional responsibility of physicians is often considered subjective, but coexists with legislation consumers defense which prescribes that 'health services' responsibility is objective.

The set is so complex, so what is good to reflect on whether the socket of the responsibility of the drugs into the defective products is the more correct all analyzing if the different elements of this responsibility fit properly.

KEYWORDS. Medicines. Medicaments prescription. Civil liability. Medical liability. Damages. Spain.

1.

MARCO CONCEPTUAL Y JURÍDICO

En primer lugar, conviene delimitar correctamente qué es un medicamento, que es algo distinto a lo que se denomina producto sanitario, como por ejemplo un *stent*¹. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) medicamento es: «1. m. Sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar las secuelas de esta».

Por su parte la **Ley del Medicamento** dice en su art. 7 «Sólo serán medicamentos los que se enumeran a continuación:

- a) Los medicamentos de uso humano² y de uso veterinario³ elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial.
- b) Las fórmulas magistrales⁴.

¹ En la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012\4989) se distingue entre medicamento y «producto sanitario» entre los que se clasifica un «stent».

² Art. 8 Ley del Medicamento «a) «Medicamento de uso humano»: toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico».

³ Art. 8 Ley del Medicamento «b) «Medicamento de uso veterinario»: toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades animales o que pueda administrarse al animal con el fin de restablecer, corregir o modificar sus funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico veterinario. También se considerarán «medicamentos veterinarios» las «premezclas para piensos medicamentosos» elaboradas para ser incorporadas a un pienso».

⁴ Art. 8 Ley del Medicamento «i) «Fórmula magistral»: el medicamento destinado a un paciente individualizado, preparado por un farmacéutico, o bajo su dirección, para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa detallada de los principios activos que incluye, según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto, dispensado en oficina de farmacia o servicio farmacéutico y con la debida información al usuario en los términos previstos en el artículo 42.5 ».

- c) Los preparados oficinales⁵.
- d) Los medicamentos especiales previstos en esta Ley».

De manera previa también hay que situarse en lo que es un medicamento:

- **los medicamentos han contribuido decisivamente a la mejora** y al aumento de la calidad de vida. Sin ir más lejos, la aspirina que está indicada según su prospecto «en el alivio sintomático de los dolores ocasionales leves o moderados, como dolores de cabeza dentales, menstruales, musculares (contracturas) o de espalda (lumbalgia). Estados febriles» podría considerarse uno de los grandes «inventos» de la humanidad, porque ha puesto al alcance de todos un remedio para dolencias leves.
- los medicamentos tienen que incidir positivamente en la salud de la persona, porque **siempre tienen una cierta agresividad sobre el organismo**. Existe en muchos una cierta prevención a tomar medicamentos y, aunque llevado a extremos resulte irracional, también es verdad que no les falta toda la razón a quienes ven en los medicamentos algo peligroso.
- **los medicamentos son muy caros de diseñar y comercializar** y además transcurre mucho tiempo entre la identificación de un componente químico o biológico con utilidad como medicamento y su comercialización. Las empresas farmacéuticas destinan grandes cantidades a investigación y existe una gran pugna empresarial entre los laboratorios para estar un paso por delante de los demás. Asimismo, existen auténticos *lobbies* en este sector que tratan de presionar a favor de sus intereses
- actualmente **no podemos decir que exista una gran litigiosidad** en esta materia en España, por lo que la jurisprudencia es más bien escasa.
- el medicamento se enmarca en lo que se denomina la «**prestación farmacéutica**» que, según la Exposición de motivos de la Ley del Medicamento, «comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban y utilicen de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el

⁵ Art. 8 Ley del Medicamento «j) «Preparado oficial»: aquel medicamento elaborado según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto y garantizado por un farmacéutico o bajo su dirección, dispensado en oficina de farmacia o servicio farmacéutico, enumerado y descrito por el Formulario Nacional, destinado a su entrega directa a los enfermos a los que abastece dicha farmacia o servicio farmacéutico».

período de tiempo adecuado, con la información para su correcto uso y al menor coste posible».

- el medicamento, en muchas ocasiones, no sólo se enmarca en una relación entre la empresa fabricante y el cliente, sino que interviene también **un médico, un hospital**. Las relaciones jurídicas que se establecen en estos casos son muy complejas y variadas, afectando la responsabilidad de las distintas personas e instituciones intervinientes, sometidas a regulaciones diversas y cuya naturaleza jurídica varía.

En cuanto al marco jurídico, la responsabilidad civil (RC) de los medicamentos no tiene una regulación específica, sino que le es de aplicación el régimen de **RC de los productos defectuosos** que hace frente a la responsabilidad civil de los productos de un sistema de mercado caracterizado por una comercialización masiva de bienes y servicios y, en su caso, el **régimen de responsabilidad por otros bienes y servicios**.

Para entender este sistema hay que recordar el art. 51 CE «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Estas previsiones legales no tuvieron mucha repercusión hasta que se produjo la terrorífica tragedia del aceite de colza⁶ que supuso un envenenamiento masivo con un gran impacto social. Posteriormente se promulgó la Ley 26/1984 de 18 de julio de Defensa de consumidores y usuarios que, en lo tocante a la RC, recibió numerosas críticas por parte de la doctrina, que no había sido meditada —lo que se notaba en su a-sistematicidad—, que generaba inseguridad jurídica, que confundía la RC y la responsabilidad administrativa. Así, por ejemplo, nunca se entendió la dualidad de regímenes de RC que presentaba la ley y que todavía está presente en el apartado dedicado a los daños causados en otros bienes y servicios (arts. 147 a 149 del Texto refundido de la Ley General de Defensa de consumidores y usuarios - TRLGDCyU), pues el régimen general planteaba una responsabilidad subjetiva con presunción de culpa, mientras que el especial ofrecía una responsabilidad objetiva; pero la enumeración de lo que debía estar sometido al régimen especial era tan amplia que en realidad parecía que era el auténtico régimen general.

Posteriormente, la Directiva 85/374 impuso desde la UE un régimen que, a pesar de lo que algunos creyeron en su momento, era muy diferente al existente en España con la ley

⁶ Véase el relato de hechos de la STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783).

del 84. Fruto de una tardía transposición, se promulgó la Ley 22/1994, de 6 de julio, de *Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos*⁷.

De resultas de lo anterior el régimen jurídico de la RC en esta materia se dividió en:

- RC por daños producidos por productos defectuosos
- RC por daños causados por otros bienes o servicios

En la actualidad todo está regulado en el TRLGDCyU que en esta materia ha agregado en un solo texto legal los dos regímenes legales existentes, de tal forma que la antigua ley del 94 y la Directiva 85/374 se encuentran en los arts. 135 a 146, mientras que el contenido tan denostado de la LGDCyU del 84 todavía pervive en los arts. 147 a 149.

De lo que dudo es que la RC de productos defectuosos sea de fácil aplicación a un sector tan complicado como el de los medicamentos, como podremos ir viendo a continuación. No es lo mismo comprar un refresco y sufrir daños porque la botella explota o porque está en mal estado, que sufrir daños por tomar un medicamento, el que generalmente ha sido prescrito por un médico y dentro de una relación médico-sanitaria.

2.

DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS: ELEMENTOS SUBJETIVOS

La RC por productos defectuosos está regulada en el TRLGDCyU, pero es exigible por todos los que sufran daños, sean o no consumidores. De hecho, el art. 3, al definir consumidor, dice: «A efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»; esta RC está recogida en el Libro III. Como prescribe el art. 128: «**Todo perjudicado** tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios».

⁷ Para un conocimiento más general de la materia véase «La responsabilidad por daños causado por productos defectuosos» en NAVARRO MENDIZABAL, Derecho de daños, Ed Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013. Téngase en cuenta también la bibliografía allí citada.

Se trata por tanto de **todo perjudicado**, dispensando una protección más allá de la de los consumidores. Por ejemplo, si B sufre daños por contagio de la enfermedad que le ha infectado un medicamento a A, tanto B como A estarán protegidos por esta norma, aunque sólo A sea consumidor de acuerdo con el art. 3 TRLGDCyU. Es el caso del llamado *bystander*, que no siendo consumidor también sufre daños. Quizás más problemático sería que la víctima de un atropello pueda demandar al fabricante del medicamento que paralizó al conductor mientras conducía. En este caso el daño también sería causado por el medicamento, por lo que entiendo que también podría reclamar al fabricante (si fruto de la parálisis, el conductor sufre un accidente, resulta claro que los daños derivados de ese accidente han sido causados por el medicamento, por lo que lo mismo creo que ocurre si existe otra víctima).

En cuanto a **los responsables**, lo son **los productores** «de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen» (art. 135)

A este respecto dice el art. 138 TRLGDCyU que se considera productor al fabricante o importador de:

- a) Un producto terminado.*
- b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado.*
- c) Una materia prima».*

Véase que el concepto de fabricar no es lo que podría pensarse, pues la materias primas también se «fabrican». Además, el núm. 2 del mismo art. conceptúa:

«Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante».

Teniendo en cuenta lo anterior se suele distinguir entre:

- fabricante total: quien fabrica totalmente un producto
- fabricante parcial: quien fabrica parte de un producto
- fabricante aparente que es quien aparece como productor.

Por otro lado, en el caso de que **haya varios responsables, todos responderán solidariamente** y el propio art. 132 TRLGDCyU concreta que «El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño».

El art. 140. 2 prescribe: «El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto». En estos casos se excluye la responsabilidad totalmente y el fabricante parcial no responderá. Nótese que no aparece una regla simétrica según la cual el fabricante total se exonere si la pieza que le suministró el fabricante parcial era defectuosa, pues en este caso el fabricante total seguirá respondiendo frente al consumidor, sin perjuicio de que pueda repetir contra el fabricante parcial.

En cuanto a la posible **responsabilidad del proveedor** dicta el art. 146 TRLGDCyU: «El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor». Se trata de un proveedor de mala fe, porque conoce el defecto y a pesar de ello sigue distribuyendo el producto.

De manera parecida establece el art. 133: «La responsabilidad prevista en este libro no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la **intervención de un tercero**. No obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño». Resulta una manera un tanto alambicada de proponer una responsabilidad solidaria.

Junto a lo anterior, para los casos de medicamentos, hay que tener en cuenta la **responsabilidad de otras personas** como:

- la propia responsabilidad del médico. Hay que recordar que la mayoría de los medicamentos se dispensan con receta, pues como dice el art. 77 Ley del Medicamento: «1. La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica».
- la responsabilidad del establecimiento médico⁸ en aquellos casos en los que el medicamento se suministra en uno de ellos.

⁸ En la STS de 4 diciembre 2007 (RJ 2008\251) que trataba de un caso en el que se contagió a un paciente la hepatitis C a través de una transfusión sanguínea se dice sobre la responsabilidad de establecimiento sanitario: «La condena del centro hospitalario pronunciada por la sentencia recurrida no se funda únicamente del artículo 1903.4 CC (LEG 1889, 27) , sino también en los artículos 25 y 28.2 LCU (RCL 1984, 1906) . Este último, incluyendo a los

- en este último caso puede tratarse de establecimientos médicos públicos, en cuyo caso responderían las AA.PP. que parecen ser el gran *deep pocket* de nuestro sistema.

3.

DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS: CONCEPTO DE DEFECTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Un producto defectuoso es aquél al que le falta «algo» para estar completo, perfecto. El DRAE define «defectuoso» (Del lat. *defectus*, defecto) como «Imperfecto, faltó». Igualmente al tratar de «defecto» dice que se trata de: «1. m. Carencia de alguna cualidad propia de algo. 2. m. Imperfección en algo o en alguien». De manera muy parecida el Diccionario del uso del español de María Moliner define defectuoso como «con algún defecto» e introduce como sinónimo «imperfecto». Por su parte al tratar defecto dice: «circunstancia de no estar en una cosa alguna parte de ella, por lo cual no es puesta completa» en cuyo caso es sinónimo de falta. Su segunda acepción es: «circunstancia de una cosa por la que ésta no es enteramente como debe ser o como se desea, o no se ajusta a lo que se considera como modelo: “una tela rebajada de precio por tener defectos. No hay un solo defecto su cara”». Es decir el defecto consiste en faltar algo, al comparar lo que es defectuoso con su deber ser.

El art. 137 TRLGDCyU prescribe:

servicios sanitarios, establece una responsabilidad objetiva por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, o dispongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

»Las SSTs de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10164) y 9 de marzo de 1999, rec. 2650/1994 (RJ 1999, 1368) , han declarado que lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28, apartados 1 y 2, LCU, que establecen el derecho de consumidores y usuarios de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de quienes suministran o facilitan los mismos -disposición que estaba vigente cuando acaecieron los hechos objeto del debate (en la actualidad ha sido completada por el régimen introducido por la Ley 22/1994 [RCL 1994, 1934] , de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que ha introducido en nuestro derecho la Directiva 374/1985 de la CEE, del Consejo de 25 de junio de 1985 [LCEur 1985, 712])- es aplicable a las transfusiones sanguíneas respecto de los centros hospitalarios en que se practican.

»Ello determina que el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los adecuados controles, en este caso, no sólo las pruebas practicadas, sino también los interrogatorios y análisis posteriores omitidos, a los que se refiere la sentencia recurrida, respecto de los cuales resulta indiferente, en virtud del criterio objetivo en que se funda este tipo de responsabilidad, que correspondiera o no su práctica al centro médico. Así se deduce de diversas sentencias de esta Sala en que así se declara (v. gr., SSTs de 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1240] , 18 de marzo de 2004 [RJ 2004, 1823] , 10 de junio de 2004, rec. 2354/1998 [RJ 2004, 3605] , y 11 de abril de 2002, rec. 711/1998 [RJ 2002, 3382])».

«Concepto legal de producto defectuoso. 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.

2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.

3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada».

Habitualmente, y siguiendo las doctrinas estadounidenses, los defectos de los productos se suelen clasificar en:

- defecto de producción cuando un producto ha sido producido defectuosamente como si de toda la producción de medicamentos de la misma especie, solo una pastilla fuera defectuosa por estar contaminada.
- defecto de diseño cuando el defecto se refiere a la concepción general del producto
- defecto de información si había una defectuosa información del producto porque se decían cosas que no eran ciertas o se omitían datos como su peligrosidad.

En la ley española todos estos tipos de defectos se encuentran contemplados refiriéndose el concepto general a la falta la seguridad que puede ser, al menos de dos tipos: 1) la que cabría legítimamente esperar y 2) la ofrecida por los demás ejemplares de la misma especie.

La **seguridad** es la cualidad de seguro que se define en el DRAE como «Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo.» Son dos cosas diferentes, aunque relacionadas, la seguridad general que deben tener todos los medicamentos y la RC derivada de los productos defectuosos. Si un producto no cumple el deber general de seguridad, se podrá prohibir su puesta en el mercado o retirarlo. Si además se producen daños y perjuicios habrá responsabilidad del fabricante: el incumplimiento del deber general de seguridad tendrá como consecuencia medidas administrativas y, si hay daño, existirá RC. Por otro lado, la responsabilidad por daño podrá existir aunque se haya cumplido el deber general de seguridad, pues está admitido pacíficamente que el cumplimiento de los reglamentos de seguridad en sí mismo no exonera de RC

El concepto de defecto que aparece en el TRLGDCyU está poco definido y es muy amplio abarcando desde luego las tres categorías mencionadas de defecto de producción, de diseño y de información

Con carácter general, el producto defectuoso es aquél que «no tenga la seguridad que cabría legítimamente esperar...»⁹, lo cual nos pone sobre la pista de qué es un auténtico producto no defectuoso. Si defecto tiene que ver con falta de algo, imperfección, por lo que podría oponerse a perfecto o completo, el producto no defectuoso es el que sí tiene la seguridad. Es decir la seguridad que cabría legítimamente esperar es un elemento, un componente de todo producto, que si falta es como si un coche tuviera una rueda defectuosa: convierte al producto en defectuoso.

Hay que tener en cuenta que, casi por definición, los medicamentos son agresivos: pretenden curar y para ello interfieren con el funcionamiento del organismo. En muchos casos los medicamentos necesitan ser potencialmente dañinos para ser efectivos. Además el sector farmacéutico, con carácter general, está sometido a controles muy rigurosos

En cuanto a los **deberes de información** que si no se cumplen dan lugar a un defecto de información, es muy interesante el caso que resolvió la STS de 28 de mayo de 2012 (RJ 2012\6545) que estudió si en el prospecto del medicamento *Agreal*¹⁰ existía una información suficiente para que las consumidoras hubieran podido conocer qué efectos adversos les podía provocar la ingesta del fármaco, además de que no se especificaba la duración del tratamiento¹¹. Téngase en cuenta además que en el caso de los medicamentos puede existir por una

⁹ Véase por ejemplo la SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2000 (EDJ 2000/11076).

¹⁰ Para el mismo caso también véase la STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013\4630)

¹¹ El relato de hechos que proporciona la STS es como sigue: «El laboratorio médico, Sanofi -Aventis, S.A, fue condenado a indemnizar a Doña Benita la suma de siete mil cuatrocientos un euros, por los daños producidos por el consumo del medicamento Agreal comercializado por dicho laboratorio para el tratamiento de sofocos y manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada. La condena trae causa de la demanda formulada por noventa y una mujeres perjudicadas por la administración del citado fármaco debido a los efectos secundarios que sufrieron y que no estaban previstos en el prospecto.

»La sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda al entender que aún cuando el prospecto contiene una información insuficiente para que las consumidoras hubieran podido conocer qué efectos adversos les podía provocar la ingesta del fármaco, no considera suficientemente acreditada que dicha omisión hubiera ocasionado los daños en una relación de causa- efecto a ninguna de las demandadas.

»Recurrieron en apelación, además de los Laboratorios, 18 de las 91 demandantes. Los Laboratorios, porque consideran que el prospecto se adecuaba a la legalidad sanitaria y las exigencias del derecho genérico a la información desde el punto de vista del consumidor. Las actoras, porque entienden que está acreditada la relación de causalidad entre la ingesta del medicamento y los daños sufridos (neurológicos y psiquiátricos), habiéndose ocultado en el prospecto los graves efectos adversos podía producir su consumo.

»La sentencia analiza el material probatorio obrante en las actuaciones y concluye que los efectos adversos del medicamento no se hallaban descritos suficientemente en el prospecto, siendo la información en él contenida insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar un consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco. En cuanto a las reacciones adversas concluye, respecto a los daños neurológicos, que al no mencionarse los efectos extrapiramidales en el prospecto de Agreal, la información resulta insuficiente y defectuosa para su uso correcto siendo por ello defectuoso. Respecto a los daños psiquiátricos, dispone que de la prueba practicada no resulta acreditado que la toma de Agreal ocasionase este tipo de daños, excluyendo por ello que el producto farmacéutico fuese defectuoso por no advertir dichos efectos. En cuanto a los daños y perjuicios que las recurrentes dicen haber padecido por la ingesta de Agreal y el nexo de causalidad derivado del defecto de información contenido en el prospecto, se limita a analizar los de las pacientes que tienen padecimientos de tipo neurológico, para concluir que de la prueba practicada, documental y pericial, básicamente, tan sólo Dña. Benita justifica la relación de causalidad eficiente entre el daño padecido y la

lado el deber de información del medicamento en sí y, por otro, el posible consentimiento informado dentro de la prestación sanitaria¹².

La propia STS señala sobre el recurso de casación que «se formula a partir de una interpretación de lo que la parte recurrente denomina "lógica y sistemática de la legalidad vigente sobre la vulneración del derecho a la información del medicamento", en el que mantiene que la relación de causalidad entre los efectos neurológicos denunciados por la demandante y la ingesta de *Agreal* es de imposible acreditación, insistiendo en que el prospecto se adecuaba a la legalidad vigente y que no era defectuoso por falta de información puesto que la que proporcionaba era adecuada y suficiente».

Considera el TS, citando una STS anterior: «Señaló la sentencia de esta Sala de 1 de junio de 2011 (RJ 2011, 4260) que "Junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario", y es lo cierto que en el prospecto de *Agreal* no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, según la sentencia recurrida, "insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco".

»Dijo también, y reitera la sentencia recurrida, que la duración del tratamiento no viene especificada en el prospecto con el cual era comercializado, puesto que sólo se dice que las curas de 20 días pueden retomarse tras 10 días de descanso, ni tampoco estaban en ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, al menos las que no ofrecen discusión, por más de que exista el intento de que se deduzcan de extremos tales como la composición, las propiedades, las indicaciones, la posología, las observaciones o la intoxicación y su tratamiento. El laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del medicamento ("información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio...") difícilmente podían estos informar a los pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado».

defectuosa presentación del fármaco (por omitir en el prospecto una información adecuada y suficiente al no recogerse los efectos neurológicos de *Agreal*).

¹² En cuanto al consentimiento informado véase la STS de 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260).

Por otro lado, la seguridad no sólo exige que no haya riesgos, sin también que se despliegue una diligencia en la comprobación de esa ausencia de riesgos¹³.

También hay que tener en cuenta que los medicamentos suelen tener afectos secundarios no deseables, pero conocidos.

4.

¿POR QUIÉN CABRÍA LEGÍTIMAMENTE ESPERAR? CONSUMER EXPECTATION TEST VS RISK-UTILITY RISK

Para averiguar la seguridad de un producto resulta ineludible tener en cuenta a la categoría de consumidores a la que se dirige. Así la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos en su preámbulo advertía que «La seguridad de los productos debe evaluarse teniendo en cuenta todos los aspectos pertinentes, en particular las categorías de consumidores que pueden ser especialmente vulnerables a los riesgos que presentan los productos en cuestión, en particular los niños y las personas mayores».

PROSSER y KEETON cuando tratan el defecto de diseño señalan que existen esencialmente dos formas de evaluar si se produce: el «consumer-contemplation test» y el «danger-utility test»¹⁴. En el «danger-utility test» un producto es defectuoso por su diseño «si y sólo si la magnitud del peligro es mayor que la de la utilidad del producto». Esta teoría parte de la base de que todos los productos tienen riesgos y beneficios y que no se puede evaluar

¹³ En la STS de 9 de diciembre de 2011 (RJ 2011\1408) se resolvió un caso en el que se discutía la toxicidad de unos implantes de prótesis mamarias y el TS consideró: «El concepto de seguridad que cabe legítimamente esperar protege frente a las consecuencias dañosas que son producto de la toxicidad o peligrosidad del producto. De esto se sigue que no responden a la seguridad que cabe legítimamente esperar de su uso aquellos productos, entre otros, que pueden ofrecer riesgos derivados de la falta de comprobación en el momento de la puesta en circulación de la falta de toxicidad o peligrosidad, cuando esta aparece como razonablemente posible. En estos casos solamente puede quedar eximido de responsabilidad el importador o fabricante cuando pruebe que la ausencia de estas comprobaciones responde al hecho de no ser exigibles de acuerdo con «el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación». Defecto de seguridad es, en suma, no solamente aquel que se concreta en la existencia de riesgos derivados de la toxicidad o peligrosidad, sino también el que consiste en la ausencia de las comprobaciones necesarias para excluir dichos riesgos, pues esta ausencia constituye, por sí misma, un riesgo».

¹⁴ PROSSER and KEETON on Torts, pp. 698 y ss. Con carácter general PROSSER and KEETON rechazan esta teoría para evaluar la peligrosidad del diseño de los productos por tres razones: 1) con ella una víctima no podría obtener indemnización por un daño sufrido como consecuencia de un riesgo que era evidente o del que el vendedor había informado adecuadamente, por lo que no serían defectuosos productos que fácilmente se podrían haber diseñado de manera más segura sin costes ni efectos en los beneficios y funciones del producto; 2) con este test pueden considerarse defectuosos productos que no lo son, como un nuevo medicamento que es beneficioso para la humanidad en su conjunto, aunque unos pocos puedan sufrir daños derivados de efectos secundarios que eran desconocidos y 3) el concepto es muy ambiguo pues ¿qué es lo que el comprador razonable prevé?

los riesgos si no se tienen en cuenta además, en el otro lado la balanza, la utilidad del producto. Por su parte, con el «consumer-contemplation test» «un producto es defectuosamente peligroso si es peligroso más allá de lo que pudiera prever un consumidor ordinario que lo compra con el conocimiento ordinario común de la comunidad sobre las características del producto».

Sobre esto, consideran SALVADOR CODERCH et alii «Al efecto, los derechos de las jurisdicciones europeas difieren sensiblemente de los norteamericanos. En Europa, el art. 6 de la Directiva y el 3.1 de la Ley española acogen el criterio de delimitación del concepto de defecto de diseño denominado de las expectativas legítimas del consumidor (*Consumer Expectations Test*). En cambio, en las jurisdicciones estadounidenses, se acoge, con algunas excepciones, el criterio del riesgo-utilidad (*Risk-Utility Test*). Conforme al primer criterio, un producto está defectuosamente diseñado cuando su concepción defrauda en alguna de sus características las expectativas razonables o legítimas del consumidor y le lleva a error causándole un daño en su persona o en sus bienes. De acuerdo con el segundo test, el diseño es defectuoso si los riesgos previsibles de daño que presenta podrían haber sido reducidos con la adopción de un diseño alternativo, razonablemente viable y más seguro¹⁵». A pesar de las diferencias consideran que «Es incluso discutible que el *Consumer Expectations Test* sea inmune al análisis riesgo-utilidad, pues el juicio normativo de razonabilidad que deberá realizar el juez incluirá con frecuencia la ponderación de esta circunstancia. Por otro lado, el canon europeo plantea algunas dificultades adicionales, ya que puede resultar insuficiente y excesivo a un mismo tiempo: insuficiente, cuando un producto tiene un defecto de diseño patente y fácilmente cognoscible por los consumidores, pero muy sencillo de soslayar a muy bajo coste; y excesivo, cuando un producto muy peligroso también resulta muy beneficioso, y no es comercializado o es expulsado del mercado porque el fabricante teme que un juez

¹⁵ Citan para ello el art. 2(b) del *Restatement of the Law Third: Products Liability* (1998): un producto “is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe”. En su opinión, « El canon de las expectativas del consumidor tiene un sesgo normativo claro, pues no sólo apela a las expectativas reales de los consumidores, sino que exige que sean legítimas o razonables y, al hacerlo así, remite esta apreciación al arbitrio judicial. El juez deberá apreciar la razonabilidad de las expectativas, habida cuenta todas las circunstancias (art. 3 Ley 22/1994). Este sesgo normativo y judicial se refuerza aún más en Europa, pues en la mayor parte de las jurisdicciones europeas los procesos por defecto de producto son resueltos por jueces de carrera y no, como ocurre en los Estados Unidos, por jurados. El sesgo se acentúa así, pues la intervención de un jurado tendería a aproximar la apreciación del defecto a la opinión de la comunidad en vez de la que defiende o sostenga una corporación de funcionarios. Por su parte, el canon del riesgo-utilidad reconduce, como ha visto buena parte de la doctrina, el concepto de defecto de diseño al territorio natural de la negligencia, pues se trata de un canon que pregunta, en cada caso y en cada estadio tecnológico, sobre el riesgo y la utilidad del producto puesto en cuestión comparado con diseños alternativos más seguros pero razonablemente viables. Es obvio que la comparación apela a tener en cuenta riesgos y utilidades, costes y beneficios», SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J. y RUBÍ PUIG, A., Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement), pp. 15 y 16.

considere que defrauda expectativas legítimas o porque, efectivamente, un juez o tribunal así lo decida».

Se trata de una concepción objetiva pero teniendo en cuenta a quién se destina previsiblemente el producto, lo que se denomina en publicidad el *target audience* de dicho producto. Así el concepto de falta de seguridad se va complicando cada vez más, porque hay que tener en cuenta lo que los niños esperan de un coche de juguete y el uso previsible que hacen del mismo por ejemplo: es una realidad que no tengo contrastada científicamente, pero uno de los usos previsibles —visto por mis propios ojos varias veces— es intentar comerse las ruedas.

Ni que decir tiene que un análisis del Risk-Utility Test parece el más aconsejable en muchos casos de medicamentos con efectos adversos, pero cuyos beneficios son mayores.

Este criterio tiene una derivación en el caso de los medicamentos en el *Reasonable Alternative Design*, que tiene en cuenta si se habría podido realizar un diseño alternativo del medicamento. Lo explica RAMOS GONZÁLEZ: «El criterio del diseño alternativo razonable (*Reasonable Alternative Design*), versión del criterio originario del riesgo-utilidad, califica como defectuoso aquel medicamento, cuyos riesgos, aun siendo inferiores a sus beneficios, pudieron haberse reducido o evitado con la adopción de un diseño alternativo más seguro y a un coste razonable. Es el criterio adoptado por el art. 2 (b) del *Rest. 3d.* para los medicamentos no sujetos a prescripción médica (y los restantes productos que no disponen de una regulación especial) y aplicado por la mayor parte de las jurisdicciones norteamericanas, con carácter general, para todos los productos, incluidos los medicamentos sujetos a prescripción médica. Conforme al art. 2 (b) del *Rest. 3d.*, un diseño de producto es defectuoso si: «(...) los riesgos previsibles de daño creados por el producto podían haber sido reducidos o evitados mediante la adopción de un diseño alternativo razonable por el vendedor u otro distribuidor, y la omisión del diseño alternativo hace que el producto no sea razonablemente seguro»¹⁶.

Además todavía estaría criterio de *Reasonable Physician Standard* que supondría que un medicamento es defectuoso si un médico razonable no lo prescribiría¹⁷. «El criterio del médico razonable (*Reasonable Physician Standard*) —advierte RAMOS GONZÁLEZ— sólo califica como defectuoso aquel diseño de medicamento que, de acuerdo con sus riesgos y beneficios previsibles, un profesional sanitario no prescribiría a ningún tipo de pacientes. Es el criterio adoptado por el art. 6 (c) del *Rest. 3d.* para los medicamentos sujetos a prescripción médica y desde su adopción en 1998 ha tenido una débil recepción por las jurisdicciones

¹⁶ RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad...*, p. 10.

¹⁷ RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad...*, p. 10.

norteamericanas. Según el art. 6 (c), el diseño de un medicamento es defectuoso si: «(...) los riesgos previsibles del daño creados por el medicamento (...) son suficientemente grandes en relación con sus beneficios terapéuticos previsibles, de forma que un profesional sanitario razonable, conociendo los riesgos y los beneficios terapéuticos previsibles, no prescribiría el medicamento a ninguna clase de pacientes».

Pues bien, visto lo anterior creo que es más que discutible la aplicabilidad del sistema contemplado en el TRLGDCyU («que cabría legítimamente esperar») y que mucho más adecuado para el caso de los medicamentos serían algunos de los criterios expuestos.

5. LA RELACIÓN CAUSAL

En los casos de RC siempre nos encontramos con un análisis *ex post* de la acción y del daño. Esto es, lo que el Juez tiene delante es una víctima que ya ha sufrido el daño y pretende su indemnización, por lo que no se analiza una teórica acción para ver si teóricamente puede producir un daño, sino un daño ya existente y se intenta averiguar si la acción que se realizó lo causó o no. En la medida en que el daño está presente, podría incluso llegar a enturbiar el juicio, porque ya está la víctima delante, es decir ya hay víctima.

Parece que la prueba del daño puede llevar a presumir todo lo demás: la falta de seguridad e incluso la relación causal, máxime si estamos en una dinámica de defensa de consumidores que son además víctimas de un daño. Son dos categorías, consumidores y víctimas, que dentro del Derecho civil actual se protegen mucho, habrá quien piense que excesivamente. Ya las víctimas en responsabilidad civil suelen gozar de una inversión del *onus probandi*, prueba por presunciones o incluso de exoneración de la carga de probar: qué no ocurrirá si además de víctima es un consumidor.

La relación causal, que siempre es un asunto complicado en responsabilidad civil, se vuelve todavía más complejo en el caso de los medicamentos. Desde luego es de aplicación aquí todo lo referente a la causalidad con carácter general¹⁸.

¹⁸ En la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012\4989) se trata de la rotura de un «stent» y considera el TS: «Pues bien, en el caso hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones del demandante están vinculadas a la rotura del stent, y también causalidad jurídica. No se niega que había un riesgo de que el stent se pudiera romper debido a ejercicios continuados durante el trabajo, y que este riesgo priva al producto de la seguridad que legítimamente cabría esperar cuando se implanta, y lo que no es posible es poner a cargo del paciente las dudas sobre la resistencia del material con el que está fabricado cuando es el fabricante el que dispone de los datos sobre la fatigabilidad. El juicio de reproche subjetivo recae sobre la entidad demandada -fabricante del producto-, y, por consiguiente, la que incurrió en la falta de

Por empezar por lo fácil, se trata de una *quaesti facti* y no es susceptible de casación¹⁹.

La siempre difícil prueba de qué es causa quizás se hace más difícil y así se puede llegar a considerar que la causa del daño es aquella que más probablemente podría haberlo causado²⁰ y todo ello sin que se pueda hablar en propiedad de una presunción de causalidad, sino de una prueba de la causalidad en la que se admiten presunciones, lo que no es exactamente lo mismo: en una presunción de causalidad, la propia causalidad sería lo presumido,

diligencia, conforme resulta de los hechos probados de la sentencia del Juzgado, puesto que la colocación del stent se hizo para que el actor pudiera seguir con su vida normal, sin que en ningún momento se le prohibiera continuar con el trabajo habitual porque el mecanismo de rotura por compresión muscular no está descrito en la literatura médica -Dr. Eusebio - y la posibilidad de rotura por sobre esfuerzo se habría materializado mucho antes de cuando ocurrió, como precisó el Dr. Jacobo . Se trataba, en suma, de valorar la edad del paciente y devolverlo a su trabajo habitual, desde la idea de que como portador de un stent, el ejercicio físico no sólo podía realizarlo sino que debía realizarlo, con o sin la supervisión médica correspondiente, y, sin embargo, se rompió tres años después de haberse colocado».

¹⁹ En la STS de 4 diciembre 2007 (RJ 2008\251) se trataba de un caso en el que se contagió a un paciente la hepatitis C a través de una transfusión sanguínea y señala sobre el nexo de causalidad: «La jurisprudencia declara constantemente que la casación no es una tercera instancia, ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, sino que tiene la función de contrastar la correcta aplicación del Ordenamiento (SSTS de 28 de octubre de 2004 [RJ 2004, 7208] , 31 de mayo de 2000 [RJ 2000, 4397] , 12 de abril de 2003 SIC, 24 de octubre de 2005 [RJ 2005, 8280] , 7 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 377] , 24 de octubre de 2006 [RJ 2006, 6711] , 6 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 9425] , 17 de enero de 2007 y 1 de febrero de 2007 , entre otras muchas).

»La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006 [RJ 2006, 3389] , 17 de julio de 2006 [RJ 2006, 4961]), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3199] , 10 de julio de 2000 [RJ 2000, 6014] , 21 de abril y 9 de mayo de 2005, entre otras). En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a la casación (SSTS 8 de abril de 2005, 29 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, 16 de junio de 2006, 23 de junio de 2006 [RJ 2006, 5558] , 28 de julio de 2006 [RJ 2006, 6376] y 29 de septiembre 2006 [RJ 2006, 6515] , entre las más recientes»).

²⁰ Se dice en la STS de 4 diciembre 2007 (RJ 2008\251) que se trataba de un caso en el que se contagió a un paciente la hepatitis C a través de una transfusión sanguínea: «En el caso examinado no se advierte que la apreciación del tribunal de instancia sea ilógica. En efecto, se examina en conjunto la prueba practicada; se constata de acuerdo con la prueba pericial que la transfusión aparece como único factor de riesgo de la infección y que la enfermedad recibe en algunos informes la calificación de postransfusional; se tienen en cuenta, entre otros factores, las circunstancias de la atención médica prestada y la secuencia temporal entre la transfusión y el diagnóstico de hepatitis; se advierte que las pruebas practicadas en los donantes de modo inmediato a la donación no son suficientes para descartar la posibilidad de infección; se toma en consideración que no consta un nuevo análisis ni interrogatorios y otras pruebas practicadas a los donantes; y se llega a la conclusión de que la transfusión es la causa «más probable» de la infección.

»Del conjunto de la argumentación de la sentencia recurrida se advierte que, aunque la expresión que se acaba de entrecomillar no sea quizás la más adecuada, el tribunal de apelación aporta argumentos aptos para considerar que existe un grado de probabilidad cualificada suficiente para establecer el nexo de causalidad con arreglo al canon que en casos similares ha sido adoptado por la jurisprudencia de esta Sala (v. gr., las sentencias que a continuación se citan toman en cuenta para entender correctamente establecido el nexo de causalidad entre una transfusión sanguínea y el contagio los siguientes factores: STS de 15 de noviembre de 2004, rec. 3138/1998 [RJ 2004, 7233] , la secuencia temporal de dos meses entre la entrega del producto envasado y los síntomas de hepatitis vírica; STS de 10 de junio de 2004, rec. 2354/1998 [RJ 2004, 3605] , el juicio razonado sobre la prueba formulado por la Audiencia Provincial; STS de 18 de marzo de 2004, rec. 18339/1998 [RJ 2004, 1823] , la aparición de la enfermedad en un período subsiguiente a la transfusión; STS de 11 de abril de 2002, rec. 711/1998 [RJ 2002, 3382] , la aparición de la enfermedad en un período subsiguiente a la transfusión; STS 18 de febrero de 1997, rec. 892/1993 [RJ 1997, 1240] , al igual que en el caso enjuiciado, la existencia de informes médicos que hacen expresa referencia al carácter postransfusional de la hepatitis C, junto a la compatibilidad de la aparición de los síntomas con un período de incubación de tres a doce semanas desde el contagio»).

mientras que en una causalidad que se prueba a través de presunciones se usa una forma admitida en derecho para precisamente probar la causalidad.

Por otro lado es una de las causas evidentes de exoneración: la ruptura del nexo causal²¹. La causalidad hay que probarla²².

En ocasiones se complica el análisis de la relación causal con la alegación de la culpa²³ (sea este un hecho constitutivo de la pretensión concreta o no). Parece que si se tiene «a

²¹ En la STS de 30 de abril de 2012 (RJ 2012\6432) se exoneró a la Administración Pública en un caso en que se pretendía que había una intolerancia al titanio utilizado en una prótesis cuando en realidad no había datos ciertos sobre reacciones de rechazo o de aflojamiento de la prótesis y tampoco se probó el nexo causal.

²² Véase la STS de 5 de octubre de 1999 (RJ 1999\7853) en la que se usa un plasma sanguíneo infectado con hepatitis C y se parecía una responsabilidad del Laboratorio fabricante y que existe una relación causal entre el producto farmacéutico contaminado y los daños físicos y morales sufridos por el paciente.

²³ En la STS de 12 de febrero de 2004 (RJ 2004\1127) el paciente sufrió una diabetes tras la aplicación de un tratamiento farmacológico. En los siguiente párrafos podemos ver cómo se entremezcla el análisis de la causalidad y de la culpa: «En el primero de los motivos se denuncia por el Servicio de Salud demandado la infracción del artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27) señalando que en el informe del Centro de Farmacovigilancia del País Vasco, que había sido aportado con la contestación a la demanda, se hacía constar que no podía afirmarse la existencia de relación causal entre el «Roacutan» y la diabetes Mellitus tipo I, hasta el punto de que dicho medicamento se suministraba a pacientes diabéticos sin que se produjera deterioro de la enfermedad; y que este criterio era compartido por el Dr. Ángel Jesús de la Clínica Medico-Forense de San Sebastián y otros especialistas en endocrinología.

»Se añade que el Dr. Goena ha precisado que la diabetes no es relacionable con un efecto tóxico químico, es decir, con la toma de un medicamento, por lo que no existe nexo causal entre el Roacutan y la citada enfermedad, la cual había sido diagnosticada al paciente precisamente por los estrictos controles médicos a que era sometido durante la administración del tratamiento en cuestión.

»Por otra parte, se niega que fuera negligente la actuación de los médicos, pues al detectarse el 5 de abril de 1994 una cifra de 157 de glucemia —por encima de lo normal, pero no patológica— que no exigía la suspensión del tratamiento, se decidió realizar otro control más tarde el cual ya arrojó una cifra patológica, ante lo cual se envió al demandante al especialista de endocrino, si bien aquel no hizo caso, acudiendo a la medicina privada, aunque luego volviera a la pública.

»Finalmente se señala que también debe reprocharse al Tribunal de apelación que sin motivación alguna haya establecido como indemnización al actor la cantidad de 10.000.000 de ptas., que se califica de aleatoria.

»Al objeto de decidir acerca del posible acogimiento de la tesis del Servicio de Salud recurrente ha de tenerse en cuenta, ante todo, que la casación no constituye —como ya reconoce el mencionado organismo— una tercera instancia en la que con carácter general pueda pretenderse una revisión de la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal de apelación, la cual deberá ser respetada salvo que haya de ser calificada de arbitraria, ilógica o absurda.

»En el caso que nos ocupa el mencionado Tribunal ha prestado atención a los documentos aportados por las partes y, como resultado, ha procedido a exponer en su resolución los particulares que considera relevantes para la decisión a adoptar, como son: a) La propia advertencia obrante en el prospecto que acompaña al medicamento administrado al demandante, acerca de los riesgos del mismo. b) La falta de precisión de Don Ángel Jesús, Arregui y Aristondo, al afirmar que un nivel de glucemia superior a los parámetros normales (70-115 gr./dl) no exige la suspensión del tratamiento con Roacutan, sin haber llegado a concretar cuales serían esos niveles superiores admisibles, ni a explicar que determinaciones han de adoptarse si los mismos presentan curva ascendente pronunciada.—c) El dato acreditado de que el actor carecía de antecedentes familiares, siendo óptimo su nivel de glucemia anterior al tratamiento, el cual cambió radicalmente durante la administración del fármaco mencionado.—d) La omisión de una atención rigurosa al resultado de los controles mensuales realizados al Sr. Héctor, los cuales ponían de manifiesto hasta para el más profano una curva ascendente muy pronunciada y cada vez más peligrosa que debió haber aconsejado proceder a una seria reflexión antes de que las cifras de los análisis llegaran a ser claramente patológicas.—e) La evidencia de que o no ha habido tal reflexión o no se ha sabido frenar el tratamiento con Roacutan ante la grave progresión de las cifras, para averiguar la causa de la misma.—f) Como consecuencia de todo ello, el hecho de que un joven que comenzó sano el tratamiento de su acné acabó enfermo crónico, padeciendo una diabetes irreversible.

»La conjunta apreciación de los datos que acaban de exponerse lleva a la Audiencia Provincial a concluir que los facultativos del Servicio de Salud no han actuado con la deseable diligencia y atención, pues aún cuando practicaron las pruebas y análisis convenientes, no llegaron a evaluar adecuadamente las cifras obtenidas, ni estudiaron si las cada vez más alarmantes subidas de glucemia eran debidas al fármaco administrado o a causas ajenas al mismo. A ello se añade

mano» una buena culpa, eso basta para que se pueda establecer la causalidad entre el medicamento y el resultado dañoso.

6.

DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS: NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD Y CAUSAS DE EXONERACIÓN

La RC planteada en productos defectuosos es objetiva y la prueba que se exige es: «El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos». Los elementos subjetivos no juegan ningún papel con carácter general, por lo que la RC es completamente objetiva²⁴.

que dicha conducta ha de considerarse más grave, si se tiene en cuenta que la casa farmacéutica que comercializaba el Roacutan advertía que con su administración podían darse casos de diabetes.

»A la vista de cuanto queda expuesto no cabe sino afirmar que la valoración probatoria realizada en segunda instancia es absolutamente lógica y correcta».

²⁴ Por ejemplo la SAP de Málaga de 24 de julio de 2003 (AC 2003\1464): «Para el análisis del recurso es preciso tener en cuenta que esta Sala hace suyos los argumentos que refleja la sentencia recurrida en sus tercer y cuarto fundamento de derecho que no hace sino recoger la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7853) , que resolviendo recurso de casación en un supuesto de daños por medicamento defectuoso, decía que «tales artículos (arts. 25, 26 y 28 de la Ley 26/84 [RCL 1984, 1906]) establecen un sistema de responsabilidad objetiva frente a la víctima-consumidor que en nuestro ordenamiento positivo ha representado una indudable progresión en la protección de la parte más débil en la contratación (responsabilidad contractual) o en el consumo de productos defectuosos (responsabilidad extracontractual); especialmente el artículo 28 impone el principio de responsabilidad por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, con ciertas condiciones en el apartado 1º; en el apartado 2º, sin embargo, se añade que en todo caso, se impone el régimen de responsabilidad objetiva a los productos farmacéuticos; éstos, como en otros productos que enumera la misma norma, constituyen un precedente de la responsabilidad objetiva que explícitamente proclama la Directiva del Consejo, 85/374/ CEE de 25 de julio (LCEur 1985, 712) que ha sido posteriormente desarrollada por la Ley 22/1994, de 6 de julio (RCL 1994, 1934) , de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos;...queda sometido al régimen de responsabilidad puramente objetiva el daño sufrido por el consumidor por la utilización del producto farmacéutico;... Consecuencia de todo ello, es que la responsabilidad objetiva es ajena a la cuestión de la culpa y es esencial la del nexo causal».

»Así mismo, es aplicable al supuesto de autos la S. del TS de 29-XI-2002 (RJ 2002, 10404) que proclama que Se reitera asimismo la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido proclamada por esta Sala desde las sentencias de 1 de julio de 1997 (RJ 1997, 5471) y 21 de julio de 1997 (RJ 1997, 5523) y lo reitera y resume, entre otras muchas, la de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9427) que dice "...demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2, en el caso de autos un medicamento) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss.)". Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, 'hasta llegar en debidas condiciones al usuario'. Estos niveles se presuponen para el 'servicio sanitario', entre otros. Producido y constatado el daño... se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su

Sin embargo en la responsabilidad dentro de la actividad médica es eminentemente subjetiva, como reconoce incesantemente la jurisprudencia²⁵.

En la RC de productos defectuosos se incluyen unas causas de exoneración, pues **no responderá el productor si prueba** (art. 140 TRLGDCyU):

«a) Que no había puesto en circulación el producto». En este caso no existe la acción que pueda dar lugar a la relación causal, al menos en esta responsabilidad de productos defectuosos. Desde luego estaríamos ante este supuesto si alguien hubiese robado un producto de un laboratorio

«b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto».

Esto ocurrirá si, por ejemplo, de manera clara resulta que el producto ha sido manipulado por el consumidor. Se ha descompuesto el medicamento para utilizarlo con fines muy diferentes de aquellos para los que fue concebido.

*«c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial».*²⁶.

reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva²⁵». Evidentemente, aunque la referida sentencia se refiere a un Centro Sanitario, sin embargo su doctrina es perfectamente aplicable al caso de intoxicación por medicamento, y en este caso los controles de calidad son los que deben de llevar a cabo las propias compañías farmacéuticas no sólo para que el producto farmacéutico tenga los efectos sanatorios que pretende conseguir, sino además para que los efectos secundarios no sean desproporcionados en relación con los beneficios que se puedan conseguir».

²⁵ Baste por ejemplo la STS de 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260): «En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (STS 24 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 111) ; 10 de junio 2008 (RJ 2008, 4246) ; 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 138)). La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS 11 de febrero de 1998 (RJ 1998, 707) ; 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 5918) ; 20 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1174)) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 de febrero (RJ 1999, 1052) y 31 de julio de 1999 (RJ 1999, 6222) , 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1235)), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido (SSTS 30 de noviembre de 2001 , 7 de junio y 23 de diciembre de 2002 , 29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10147) ; 19 de junio , 12 de septiembre (RJ 2007, 4984) , 19 (RJ 2007, 8627) y 24 de octubre 2007 , 13 de julio 2010 (RJ 2010, 6038) »).

²⁶ Esta es una curiosa causa de exoneración que más que exonerar sirve para incluir muchos supuestos en los casos de RC general. Por ejemplo: las muestras de una crema o de un champú que aparecen en una revista, de manera evidente tienen una finalidad económica o se han distribuido en el marco de una actividad empresarial, por lo que pueden dar lugar a responsabilidad bajo esta ley si causan daños. Con esta causa de exoneración se incluyen automáticamente todos los casos en los que no existe una compraventa, pero sí otra forma de distribución empresarial, como las muestras gratuitas...

«d) Que *el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes*».

El cumplimiento de las normativas imperativas existentes, con carácter general, no exoneran de responsabilidad. Cumplir las normativas imperativas es un prerequisite para poder operar en el mercado. Si no se cumplen, simplemente no se puede lanzar el producto al mercado. Y de su cumplimiento no se deriva la exoneración general de los daños que se puedan causar. Otra cosa es que el defecto se deba precisamente al cumplimiento de la normativa imperativa, en cuyo caso dicho defecto le es imputable a la autoridad que dictó la norma imperativa. En este caso debe haber una relación causal entre la norma imperativa y el defecto, no una simple coincidencia en el mismo supuesto de hecho.

«e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación *no permitía apreciar la existencia del defecto*».

Esta causa de exoneración es la que se denomina los «riesgos del desarrollo» y no es de aplicación «En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano» (art. 140. 3 TRLGDCyU). Por ejemplo: no era posible averiguar los terribles efectos secundarios de un determinado medicamento.

No son casos habituales y cuando pensamos en los riesgos del desarrollo casi siempre nos acordamos de ejemplos que más tienen que ver con medicamentos, alimentos o productos alimentarios, como por ejemplo el desastre de la llamada talidomida. Pues bien, en esos productos dónde más se podrían producir supuestos de «riesgos del desarrollo» es precisamente dónde está excluida esta causa de exoneración.

La **culpa del perjudicado** también sirve para reducir o suprimir la responsabilidad «si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente» (art. 145 TRLGDCyU).

En los supuestos de los medicamentos serán casos de culpa del perjudicado aquellos en los que el paciente incumple la posología, no tiene en cuenta las restricciones que se incluyen en el prospecto del medicamento, no cumple con lo que se determina en aquél.²⁷

²⁷ Véase por ejemplo la SAP de Málaga de 24 de julio de 2003 (AC 2003\1464): «Partiendo de dicho pronunciamiento jurisprudencial, procede analizar si, tal y como sostiene la apelante cuyo recurso estamos analizando en este momento, el tratamiento fue correctamente administrado por el médico y correctamente seguido por el demandante, ya que si hay una administración o consumo incorrecto del mismo la responsabilidad de la empresa farmacéutica desaparecería. Respecto de la primera cuestión se mantiene que el consumo prolongado del medicamento fue uno de los desencadenantes, junto con la ingesta de otros medicamentos prescritos por el médico, de los padecimientos sufridos por el actor; en definitiva el laboratorio culpa al médico de no haber comprobado el tiempo de ingesta y la posible interacción con otros medicamentos; tal tesis debe de ser desestimada puesto que lo que indica el prospecto es que la duración del

Junto a todo lo anterior, aunque no esté explicitado en la ley es evidente que la primera forma de exoneración de la RC es la **negación de los hechos constitutivos de la pretensión**. Así el demandado podría intentar negar la acción, la relación de causalidad o negar la existencia de daño.

tratamiento debe de estar comprendido entre 7 y 14 días, en función de la gravedad de la infección; añadiéndose que «El uso prolongado o el uso de dosis más altas que las recomendadas puede asociarse con un aumento de los efectos adversos. En un estudio comparativo en el que se administró Trovaxoflacinó oral durante 28 días se observó una incidencia más alta de elevaciones de las encimas hepáticas con Trovaxoflacinó»; es decir, está advirtiendo de que excepcionalmente pueden presentarse complicaciones al cabo de los 28 días, pero en ningún momento se advierte que la administración tras el decimocuarto día pueda traer complicaciones; luego éste no debe de ser motivo como para considerar que ha habido una incorrecta administración del medicamento por parte del médico. También achaca el laboratorio demandado los padecimientos sufridos por el demandante a una inadecuada administración simultánea del Trován con otros medicamentos contraindicados como la ranitidina, codeína y prednisona; respecto de este particular es preciso tener en cuenta que de acuerdo con la ficha técnica del medicamento, que se aporta por la demandada con la contestación a la demanda, en el punto 4.5 se indica que «se ha demostrado la ausencia de interacciones significativas con los siguientes fármacos: teofilina, warfarina, digoxina, omeprazol, cimetidina y ciclosporina»; esto es, con ninguna de las que especifica que contenían otros fármacos; añadiendo que los alimentos no interfieren en la absorción del trovaxoflacinó; y añade que otros fármacos pueden, potencialmente, afectar a la absorción del referido trovaxoflacinó; es decir, tampoco a ninguno de los referidos fármacos que el demandante estaba tomando a la vez por mandato médico; en consecuencia hay que concluir que en modo alguno puede apreciarse una defectuosa prescripción del medicamento por parte del médico al Sr. José, tan sólo tras la aparición de otros casos de intoxicación por el seguimiento de un tratamiento por este medicamento, se han podido relatar casos de complicaciones hepáticas graves, según hay que deducir del informe pericial realizado por el Dr. Juan Enrique y obrante a los folios 137 a 144; pero claro está, esa documentación se produce tras la aparición de los casos en los que se documentaron las referidas complicaciones hepáticas, coetáneas con las del actor y que condujeron, sin lugar a dudas, a la EMEA a retirar cautelarmente el medicamento trován; y evidentemente tales complicaciones por el exceso en el tratamiento no aparecen, como se ha dicho anteriormente en la ficha técnica que acompaña al medicamento, porque eran desconocidas en ese momento.

»Respecto de la cuestión referente a que el demandante consumía alcohol y que ello pudo provocar la reacción, hay que concluir, como sostiene la sentencia de instancia, que en la ficha técnica del medicamento para nada se indica una posible reacción alérgica o interacción al consumo del mismo; pero es que, además a mayor abundamiento, no está demostrado que el demandante durante el tratamiento haya venido ingiriendo el mismo; no puede sacarse de contexto el consumo de alcohol, se refiere en la anemesis que se realiza del paciente cuando es tratado clínicamente, y se refiere al consumo habitual o medio, no al que se produce en el momento de un tratamiento en concreto; de hecho, de la testifical Don Tomás, hay que deducir que ni en ese momento ni en ningún otro momento, como analista del demandante, le ha detectado que pueda ser consumidor de alcohol; en consecuencia hay que concluir que tampoco está demostrado que el actor hubiera venido consumiendo alcohol durante el tratamiento, que interfiriera de alguna forma con la trovaxoflacinó que contiene el trován ni mucho menos que el mismo, en la hipótesis de que si lo hubiera consumido, pudiera desencadenar la reacción adversa sufrida por el demandante; por lo que hay que llegar a la conclusión de que no ha habido, tampoco por parte del demandante, un uso o consumo inadecuado del medicamento recetado por el Médico especialista, según se deduce de la declaración del Médico de la comisaría de policía que firma las recetas que se aportan con la demanda.

»En consecuencia, rechazada la argumentación en la que el laboratorio recurrente pretende sostener la revocación de la sentencia de instancia; esto es que no hubo ni un correcto uso ni consumo del medicamento comercializado por ella, ya que no ha llegado a demostrar que el uso durante 21 días esté desaconsejado ni que el demandante haya consumido a la vez otros medicamentos ni alcohol que hayan podido degenerar, por una interacción advertida en la ficha técnica, en la enfermedad hepática sufrida por el demandante, el recurso debe de ser desestimado y la sentencia de instancia confirmada en cuanto a la conclusión de fijar una relación de causa a efecto entre el consumo normal del trován por parte del Sr. José y la enfermedad hepática sufrida por el mismo; pues en definitiva, el medicamento es tan objetivamente peligroso, ya sea en su consumo normal, como anormal, que ha llevado a la EMEA (y estamos en Europa, no en EE UU) a retirar el medicamento de la circulación, al cabo de poco menos de un año de la autorización de su comercialización».

7.

DAÑOS CAUSADOS POR OTROS BIENES Y SERVICIOS

Junto a lo visto anteriormente todavía perdura el régimen de RC que se inició el LGDCyU del 84 con su defectuosa regulación. Su aplicación es subsidiaria respecto de lo ya visto, aunque afecta a un amplio ámbito objetivo, comenzando por la RC causada por los servicios dirigidos a consumidores y que por su propia naturaleza no consisten en la adquisición de un producto que pueda resultar defectuosa.

En este sistema hay un **régimen general** establecido en el art. 147: «Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio». Como se lee, se trata de una RC subjetiva con presunción de culpa, lo que resulta un tanto chocante actualmente.

Por su parte el **régimen especial** viene recogido en el art. 148 cuando dice que «Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios...» y posteriormente explica el criterio general para la inclusión en este régimen: «cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario». Teniendo en cuenta la realidad actual son muchísimos los supuestos en los que existen niveles y controles, por lo que probablemente se invierte el carácter general y especial, pues habrá más supuestos dentro de este régimen que dentro del otro.

Más allá, el siguiente párrafo establece una de las enumeraciones más caóticas que el Derecho puede ofrecer y que, si se sobrepone uno al malestar que genera una técnica legislativa tan deplorable, puede resultar incluso divertida si se deja llevar por un sentido del humor del tipo de los hermanos Marx: «En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte». No sé que es peor si que tras los servicios sanitarios esté la reparación y mantenimiento de electrodomésticos o la inclusión de ascensores (¿ascensores?) y vehículos de transporte... Nótese que si de un tipo de servicio podría haber dudas sobre qué es lo más conveniente, RC subjetiva

u objetiva, es de los servicios sanitarios que son los primeros en aparecer en la lista. Así las cosas, a pesar de que como ya he mencionado la responsabilidad del profesional médico no debe encuadrarse en la responsabilidad objetiva (cfr. por ejemplo la STS de 1 de junio de 2011 - RJ 2011/4260), el TRLGDCyU incluye dentro del régimen especial objetivo «los servicios sanitarios» lo que hace que la jurisprudencia tenga que restringir el concepto de servicio sanitario para poder mantener la responsabilidad subjetiva de los médicos.

Convendría también clarificar este punto, pues resulta demasiado alambicado que convivan en el mismo supuesto responsabilidades objetivas en los casos de medicamentos y servicios sanitarios y subjetiva de la actividad médica, cuando en muchas ocasiones el medicamento se consume (correcta o incorrectamente) por prescripción de un médico e una relación médico-paciente.

8.

CONCLUSIONES

Como anunciaba al principio, tengo mis dudas sobre que la responsabilidad civil de los medicamentos esté bien tratada en nuestro sistema y en Europa en su conjunto. Algunos de los puntos que creo conflictivos son:

- los medicamentos no parecen unos productos a los que les sea fácilmente aplicable la normativa de responsabilidad civil de productos defectuosos.
- el consumo de medicamentos se enmarca normalmente dentro de una relación entre el paciente y el médico y en muchas ocasiones el hospital, de tal forma que si hay que establecer responsabilidades habrá que analizar muchas cosas más allá de la estricta responsabilidad civil de productos defectuosos.
- el concepto de defecto como falta de seguridad no siempre es fácil de aplicar aun producto que, por definición pretende alterar el estado en el que se encuentra el organismo.
- igualmente la referencia a las expectativas del consumidor no parece la más adecuada en el caso de los medicamentos.
- convendría aclarar la naturaleza de la RC (si objetiva o subjetiva) en casos en los que hay relaciones complejas como las que se han mencionado: paciente que toma un medicamento por prescripción de un médico que ha seguido un protocolo de un hospital.

Alguns aportes doutrinários para a proteção dos Direitos Fundamentais no processo penal do Estado Constitucional Democrático de Direito e Cooperativo

*Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin**

RESUMO. O presente artigo busca projetar aportes doutrinários aplicáveis ao processo penal no Estado Constitucional Democrático de Direito e Cooperativo. São trabalhados subsídios teóricos com o objetivo de enaltecer a importância da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, e, com isto, efetivar a legitimidade da intervenção estatal (a qual se dá, inclusive, por meio do processo penal na esfera das liberdades e dos direitos da pessoa). Isto tanto no plano interno dos Estados, quanto no cenário internacional. O texto aborda o Estado Constitucional Cooperativo, a Democracia deliberativa e o Princípio da proporcionalidade, dentre outros institutos.

PALAVRAS-CHAVE. Direitos fundamentais; Estado Constitucional Cooperativo; Democracia deliberativa; Princípio da proporcionalidade.

* Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, sob a orientação do Prof. Dr. Rui Cunha Martins; Doutor em Direito pela PUCRS; Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Professor das disciplinas de Direito Penal, Processo Penal e Prática Jurídica na Faculdade de Direito da PUCRS; Investigador internacional do ICEPS (*International Center of Economic Penal Studies*); Advogado criminal.

SUMARIO. 1. O Estado Constitucional Cooperativo e a Democracia Deliberativa 2. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais. Considerações finais

Abstract. This article seeks to design doctrinal contributions applicable to criminal proceedings in the Democratic Constitutional State of law and cooperative. Are worked out theoretical subsidies in order to enhance the importance of the protection of fundamental rights of the person, and, with this, effect the legitimacy of State intervention (which is given, including, through the criminal process in the sphere of liberties and the rights of the individual). This both internally, as States on the international stage. The text discusses the Constitutional State cooperative, the deliberative democracy and the principle of proportionality, among other institutes.

KEYWORDS. Doctrine (Law). Humans rights. Rule of law. Deliberative democracy. Principle of proportionality.

RESUMEN. Este artículo pretende diseñar contribuciones doctrinales aplicables a los procedimientos penales en el estado constitucional democrático y cooperativo de derecho. Se trabajan los subsidios teóricos para realzar la importancia de la protección de los derechos fundamentales de la persona a los efectos de la legitimidad de la intervención del estado (que se da, incluso, mediante el proceso penal en el ámbito de las libertades y los derechos del individuo), tanto internamente, como en el escenario internacional. El texto aborda el estado constitucional cooperativo, la democracia deliberativa y el principio de proporcionalidad, entre otros institutos.

PALABRAS CLAVE. Derechos fundamentales. Estado constitucional. Democracia deliberativa. Principio de proporcionalidad.

1.

O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

São de grande significado para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa no Estado Democrático de Direito as contribuições teóricas, encontradas na obra *Estado Constitucional Cooperativo*, de Peter Häberle¹, bem como a teoria de democracia deliberativa, de Cláudio Pereira de Souza Neto².

Esses aportes são de grande valia para a conformação do processo penal, enquanto instrumento de proteção da pessoa em face do Estado, pois exatamente no seu bojo haverá de ser empreendido este comprometido esforço de afirmação cotidiana dos direitos fundamentais daquele que figura no pólo passivo da relação processual, viés explorado no presente texto acadêmico. De início, analisam-se os principais aspectos do Estado Constitucional Cooperativo, pois este modelo de Estado se constitui em uma estrutura mais completa do que o Estado Democrático Constitucional, sem, no entanto, perder a noção de limitação que o caracteriza.

Peter Häberle³ sustenta que o Estado Constitucional ocidental possui uma estrutura *constituída*, juridicamente delimitada, e *aberta* (tanto para dentro, como para fora). Essa conformação é garantida pela democracia pluralista, pelos direitos fundamentais, pela

¹ HÄBERLE, Peter: *Estado Constitucional Cooperativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Muito adequada a contribuição de Carlos A. Molinaro, com a concepção do *Estado socioambiental*, perfeitamente harmônica com a ideia de Estado democrático constitucional cooperativo. No Estado socioambiental, as relações entre as pessoas são marcadas pela solidariedade e ambientalidade, entendida esta como manifestação de *ecossistemas sociais*, onde a paridade de armas entre os integrantes da coletividade deve ser garantida e promovida. É nesse ambiente, natural ou artificial, porém concebido como um *lugar de encontro*, que o imperativo da segurança jurídica deve ser esteio da dignidade humana. MOLINARO, Carlos A. *Direito Ambiental e proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. op. cit., p. 2-3.

divisão dos poderes, e por um Judiciário independente. Sustenta esse autor que a cooperação se constitui, para o Estado Constitucional, em uma parte de sua identidade, e que deve ser materializada em seus textos jurídicos, especialmente nos documentos constitucionais.

O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado que encontra a sua identidade também no Direito Internacional, na troca das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, bem como no âmbito da solidariedade. Portanto, ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz⁴.

Para Peter Häberle⁵, o Estado Constitucional Cooperativo já assumiu, atualmente, conformação na realidade, e é necessariamente, uma forma de estatalidade legítima do amanhã. Enquanto o Estado Constitucional se caracteriza pela limitação dos princípios constitucionais materiais e formais (direitos fundamentais, Estado Social de Direito, divisão de poderes, independência dos Tribunais), o Estado Constitucional Cooperativo trata —ativamente— da relação com outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos estrangeiros. O Estado Constitucional tem como característica a limitação crescente do poder social por meio da política de direitos fundamentais e da separação social dos poderes, sendo o tipo ideal de Estado da sociedade aberta, abertura esta que tem uma crescente dimensão internacional ou supranacional, enquanto que o Estado Constitucional Cooperativo corresponde ao desenvolvimento de um Direito Internacional Cooperativo.

Peter Häberle⁶ —como se vê— agrega às características do Estado Constitucional o apanágio da internacionalidade e da colaboração, como traços marcantes de uma nova conformação que já é atual e que se denomina Estado Constitucional Cooperativo. E mais: aduz que esse não deve ser «egoísta», «individualista» ou «agressivo», como o Estado Constitucional, devendo ser o *oposto típico ideal* disso.

Sustenta esse autor, que o momento participativo *da* e *na* cooperação possui um lado *processual jurídico-formal* (o procedimento para acordos, ajustes, tratados entre os Estados) e um lado *material* (objetivos solidários, direitos humanos, justiça social, desenvolvimento de outros países), os quais andam juntos. Apregoa que o Estado Constitucional Cooperativo toma para si as estruturas constitucionais do Direito Internacional Comunitário sem perder ou abandonar, completamente, os seus próprios contornos. Ele assume responsabilidades com outros Estados sem querer ou deixar ocultar sua responsabilidade individual. O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre

⁴ HÄBERLE, Peter. op. cit. p. 4.

⁵ Ibid. p. 6-7.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 7.

e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação. Advoga o autor que o Estado Constitucional aberto somente pode existir, em longo prazo, como Estado Cooperativo, ou não é um Estado «Constitucional»⁷.

Ainda estruturando a conformação do Estado Constitucional Cooperativo, Peter Häberle⁸ não vê primazia do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; vê —isto sim— reciprocidade entre eles, crescendo juntos dentro de um *todo*.

Essa sociedade *aberta* — da qual fala Peter Häberle⁹— também se deve projetar no plano internacional. Os direitos fundamentais e os direitos humanos remetem o Estado Constitucional e seus *cidadãos* ao *outro*, ao *estrangeiro*, sendo imperiosa a formação de uma *consciência de cooperação*, a qual vai se integrando pela internacionalização da sociedade, da rede de dados, da opinião pública internacional, das demonstrações com temas de política externa, da legitimação externa.

A construção de democracia cooperativa teve em John Dewey¹⁰ um precursor digno de registro, pois concebeu —por meio dela— uma nova teoria da democracia. Para ele, a democracia cooperativa não se refere nem apenas, nem praticamente, ao funcionamento das instituições políticas, mas se constitui em um modo de vida baseado nas possibilidades da natureza humana, nas atitudes que os seres humanos revelam em suas mútuas relações. Para esse doutrinador, a democracia é o único modo de vida que acredita sinceramente no processo de experiência como fim e como meio, sendo a mais livre e mais humana das experiências¹¹.

Segundo Dewey¹², os meios aos quais a democracia se dedica são as atividades voluntárias dos indivíduos ao invés da coerção, são consentimentos ao invés da violência, é a força da organização inteligente em detrimento da organização imposta de fora e de cima. Em suas palavras, «[...] o princípio fundamental da democracia é que os fins de liberdade e individualidade para todos apenas podem ser obtidos por meios que estejam de acordo com esses objetivos»¹³.

⁷ Ibid. p. 6-7.

⁸ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 12.

⁹ Ibid., p. 19.

¹⁰ DEWEY, John. *Democracia criativa: a tarefa diante de nós* (1939). In: FRANCO, Augusto de; PROGREBINSCHI, Thamy (Org.). *Democracia cooperativa. Escritos escolhidos de John Dewey*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. .p. 138-139.

¹¹ DEWEY, John. *Democracia criativa: a tarefa diante de nós* (1939). In: FRANCO, Augusto de. PROGREBINSCHI, Thamy (Org.). *Democracia cooperativa: Escritos escolhidos de John Dewey*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 142.

¹² Id. *A democracia é radical* (1937). In: FRANCO e PROGREBINSCHI, op. cit., p. 131.

¹³ Id. *A democracia é radical* (1937). In: FRANCO e PROGREBINSCHI, op. cit. p. 131.

Na linha do que modernamente sustenta, e.g., Cláudio Pereira de Souza Neto, que a seguir será comentado, John Dewey¹⁴ percebeu que a democracia é essencialmente um projeto comunitário, antevendo as noções de redes comunitárias e sociais que hoje são uma realidade. O caminho natural é a participação cooperativa dos cidadãos em sua comunidade, deliberando sobre as questões comuns, coletivas, em um processo de integração voluntária, ensejando a perene construção de um espaço público democrático. Esse ambiente democrático é composto de práticas cooperativas das pessoas que se conectam uma às outras e atuam de modo coletivo, em prol de projetos e objetivos comuns, caracterizando múltiplas relações horizontais entre os membros da comunidade.

Percebe-se perfeitamente adequada e harmônica com a construção de Peter Häberle, bem como com a de John Dewey, a concepção de democracia deliberativa de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁵, em sua obra *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. É decorrência da democracia deliberativa a participação das pessoas na sociedade em que vivem, tanto no universo político, quanto no jurídico, colocando-se esta verificação no plano da própria legitimidade de reconhecimento desta necessidade, de parte do Estado.

Aqui reside o ponto de toque, em nosso ver, entre as doutrinas de Peter Häberle e Souza Neto nas citadas obras literárias. A democracia deliberativa é essencial ao Estado Constitucional Cooperativo e condiciona a legitimidade da intervenção estatal ao reconhecimento e valorização da pessoa, inclusive concebendo-a como um sujeito atuante e participativo para a construção do Estado e do Direito. Esse reconhecimento e valorização servem, pois, dentre outros desdobramentos sistêmicos, para justificar o direito ao contraditório àquele que figure como suspeito ou na qualidade de acusado de uma imputação de natureza criminal, e.g..

Souza Neto¹⁶ —valendo-se de Canotilho—, refere que atualmente se fala em um *Estado constitucional de direito democrático e socialmente sustentado*, mas esta noção não

¹⁴ FRANCO, Augusto. Introdução. In: FRANCO; PROGREBINSCHI, op. cit., p. 18-23.

¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Partindo dos conceitos de Rawls e Habermas acerca da democracia deliberativa, esse autor de modo lapidar, desenvolve o seu próprio conceito, tendo por escopo a consolidação de «termos justos para a cooperação na deliberação democrática». *Ibid.*, p. 11, 159. Essa obra produz uma nova teoria constitucional, sendo de grande valia para a interpretação do Direito Constitucional de parte dos operadores do Direito em geral. Os procedimentos acabam por intermediar a realização dos valores consagrados em um sistema constitucional, e este mesmo sistema também prevê a forma dessa consecução. Por sua vez, a concepção material de Constituição está embasada em dois fatores, segundo Fábio de Oliveira enaltece: a) a necessidade de obediência de certos conteúdos por todo o procedimento democrático; b) a participação ativa do Poder Judiciário na vida social e política. OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 42-43.

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

abandona o caráter político-liberal que está em sua origem, aplicando-se esta premissa, em nosso sentir, ao Estado Constitucional Cooperativo. E nessa origem reside, precipuamente, a proteção dos direitos fundamentais¹⁷.

Esses se constituem, em síntese, como condições materiais para a cooperação democrática, segundo Souza Neto¹⁸.

Há uma íntima e inseparável relação entre a cooperação social e a deliberação, pois quando esta estabelece padrões justos de cooperação social possibilita a defesa de interesses legítimos, de interesse comum.¹⁹

Para Souza Neto²⁰, a democracia envolve inúmeras atividades que vão muito além do simples ato de votar em um representante (democracia representativa) ou na participação direta das pessoas nas decisões políticas (democracia direta). A democracia implica, igualmente, a educação política, a organização política, bem como a mobilização. Assevera-se que a mobilização das pessoas por seus direitos, com as mais variadas formas de expressão que tal mobilização possa ensejar, constitui-se no mais genuíno exercício da democracia deliberativa, essencial, repita-se ao Estado Constitucional Cooperativo. A democracia — ao lado do liberalismo político — são as duas principais diretrizes do pensamento político moderno²¹.

Nesse sentido, o princípio da soberania popular (ou princípio democrático), que garante a participação efetiva das pessoas nas deliberações estatais, pressupõe a compreensão da democracia como forma de Estado, de governo e de sociedade. Ou seja, a participação popular deve invadir a esfera não estatal, propiciando uma interação livre e igualitária no espaço público das decisões sociais, permitindo-se, com isto, que haja uma influência permanente nos fóruns oficiais²².

O que Souza Neto assim qualifica como uma exigência da legitimação material da participação popular sob um enfoque político advoga-se possa ser um dos fundamentos da legitimidade da pessoa para o exercício do contraditório, como regra, na estrutura do processo penal.

¹⁷ Sustenta Souza Neto que sem os direitos fundamentais não é possível a formação livre da «opinião» e da «vontade» coletivas. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 129.

¹⁸ Ibid. p. 57.

¹⁹ Ibid., p. 92-93.

²⁰ Ibid., p. 87.

²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 40.

²² Apregoa o autor que, sem liberdade e sem igualdade, as quais devem ser garantidas pelo Estado de direito, não há diálogo verdadeiro, e a deliberação perde o seu potencial legitimador e racionalizador. Somente em uma comunidade em que são reconhecidos os participantes como «dignos de igual respeito e consideração», em um contexto pluralista, é possível o desenvolvimento de um sentimento de *pertencimento*, viabilizando a deliberação democrática. Portanto, reforça o autor a relevância da definição das *condições* para a cooperação democrática, sendo estes elementos constitutivos da democracia deliberativa, integrando o seu núcleo essencial. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 43, 129, 156, 159, 161, 175, 177.

A soberania popular, na constituição da democracia deliberativa, é elevada à condição de sua dimensão essencial, e a ela se associa o próprio Estado de direito. Além dos direitos civis e políticos, também os direitos sociais e difusos, indispensáveis à cooperação democrática, integram o núcleo material da democracia deliberativa²³.

Oportuna a menção de Souza Neto²⁴, segundo a qual esta legitimação material importa igualdade e igual reconhecimento das diferenças, além de liberdade, entre as pessoas participantes da deliberação.

Em outras palavras, a democracia vincula a legitimidade do poder estatal à vontade popular, nas palavras de Souza Neto²⁵. Ou seja, se a participação popular não é reconhecida, tampouco viabilizada, não somente é ilegítima a decisão política, quanto será ilegítima a intervenção estatal na esfera de suas liberdades e de seus direitos, em princípio²⁶.

A legitimidade das decisões estatais (políticas) decorre não somente do fato de terem sido aprovadas por uma maioria, mas também de terem sido resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas as razões de decidir²⁷. Ora, isso trazido ao contexto jurídico, impõe ao julgador não somente a necessidade de exposição de uma motivação suficiente para a decisão que proferir, mas, igualmente, a imperiosa condição de garantir às partes um contraditório pleno e prévio a esta decisão, como forma de lhe emprestar legitimidade.

Portanto, recolhe-se da teoria de Souza Neto que o contraditório, no cenário jurídico, deve-se constituir na regra do jogo, pois é garantia da legitimidade da intervenção estatal na esfera das liberdades individuais, sendo que tal contexto deve ser estendido, inclusive, à cooperação judicial internacional.

As razões publicamente expostas podem ser objeto de crítica e o esforço para superá-la desempenha as funções de racionalização e legitimação, sendo que esta possibilidade de crítica pública e livre é um aspecto fundamental da democracia deliberativa²⁸.

²³ O autor identifica a teoria constitucional criada em sua obra como sendo *ideal-pragmática*, pois a partir de um reconstrutivismo defende que as cláusulas constitucionais sejam interpretadas não somente com fulcro na realidade constitucional, mas também que observem os pressupostos normativos que a legitimam. Ou seja, a sua aplicação tanto poderá fornecer um padrão normativo para a estabilização das relações sociais, como poderá suscitar a transformação dessas mesmas relações, dependendo da coerência ou incoerência com os padrões normativos reconstruídos. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. op. cit. p. 205, 211-212.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 44-45, 60-61.

²⁵ *Ibid.*, p. 55.

²⁶ A participação popular ativa nos processos decisórios caracteriza a *democracia comunal*, na expressão de Conrado Hübner Mendes. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 67.

²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 10, 86. Sustenta esse autor que «[...] a democracia deliberativa se caracteriza pelo fornecimento de razões para decidir que possuem a pretensão de convencer também os adeptos de outras doutrinas». *Ibid.*, p. 89.

²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 93.

Adequada a lição de Souza Neto de que a publicidade (e, agrega-se, o contraditório) não são exigências absolutas no Estado Constitucional Cooperativo. Admitem exceções. Porém, essas exceções devem ser publicamente justificadas, prévia e amplamente. O princípio da proporcionalidade serve como um importante critério, na linha do que defende Souza Neto²⁹, para traçar as hipóteses em que o sigilo se justifica no âmbito jurídico, desde que a medida se mostre necessária, adequada e resulte na promoção concomitante de outros princípios que mereçam igualmente amparo.

A democracia não é meramente uma forma de exercício da política, mas um marco de condições sociais e institucionais que facilita a discussão livre entre os cidadãos e amplia a autorização para exercer o poder público, mediante o estabelecimento de um esquema de disposições que garantam a responsabilidade e a prestação de contas de parte daqueles que estejam no exercício do poder estatal³⁰.

Comunga-se da posição de Souza Neto³¹, na obra referida, na qual apregoa que a democracia deve ser entendida como um *princípio democrático*, essencial, portanto, para a formatação do Estado Constitucional. Os princípios têm como uma de suas primordiais funções a de estabelecer critérios para a interpretação das demais normas constitucionais, o que se denomina *eficácia interpretativa e irradiante dos princípios constitucionais*. O Estado de direito é condição da democracia, inexistindo esta sem o respeito, e.g., aos direitos fundamentais³².

A teoria constitucional de Souza Neto³³, esteeda na sua concepção de democracia deliberativa, pretende avançar em relação ao jusnaturalismo, propugnando o pós-positivismo. Ele está presente em uma sociedade plural, marcada por profundo desacordo moral, o que impede a viabilidade de justificações metafísicas da ordem jurídica. Todavia — adverte o autor — os direitos naturais existentes no jusnaturalismo são o embrião dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sendo os primeiros aqueles proclamados pelas declarações internacionais e, os segundos, aqueles previstos nas Constituições. Como se tem conhecimento, o rol desses direitos vem sendo ampliado pelo que se denomina *gerações de direitos*

²⁹ Ibid., p. 94-95. Esse doutrinador elenca, dentre esses outros princípios que podem merecer amparo, tanto os direitos fundamentais (intimidade, vida privada, igualdade de oportunidades etc.), quanto metas coletivas (desenvolvimento, segurança etc.).

³⁰ COHEN, Joshua. *Procedure and substance in deliberative democracy*. BENHABIB, Sylla (Org.) *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 99 apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 86.

³¹ SOUZA NETO, op. cit., p. 06. Para o autor, o Estado de direito constitui-se em um dos elementos que integram o princípio democrático. Ibid., p. 10.

³² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 11.

³³ Ibid. p. 27-28.

fundamentales, as quais atribuem *status* de fundamentalidade, por corolário a direitos civis, políticos, sociais e ambientais. Face essa ampliação, esses direitos deixaram de ser exclusivamente *de defesa*, e passaram a ter também um caráter *prestacional*, isto é, passaram a exigir do Estado não apenas a abstenção de um fazer, mas também uma ação positiva em determinadas matérias (como saúde, educação etc.).

Essa mudança, inclusive, acarretou a consolidação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os quais figuram princípios que devem ser observados inclusive pelos particulares, não somente pelo próprio Estado, cabendo a este garantir tal observância. O Estado passa a promovê-los, por meio de prestações públicas, além de ser limitado por eles³⁴.

Leciona Perez Luño³⁵ que o termo *direitos fundamentais* (*droits fondamentaux*) apareceu na França, em 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Porém, foi na Constituição de Weimar de 1919, que recebeu especial relevo, sob a denominação *Grundrechte*, a partir do reconhecimento de um sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política. Esse, aliás, foi o sentido adotado na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 1949.

Os direitos fundamentais representam a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teve seu ponto de conexão nos direitos humanos³⁶.

³⁴ Ibid. p. 29.

³⁵ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2004. p. 29. Alude, ainda, que «[...] durante a segunda metade do século XVIII se produziu uma paulatina substituição do termo clássico dos *direitos naturais* pelo termo *direitos do homem*, denominação definitivamente popularizada, doutrinariamente, por Thomas Paine, na obra *The Rights of Man* (1791-1792)». Ibid. p. 32. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37 et seq. Também em SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 248 et seq.

³⁶ Os direitos fundamentais resultaram de uma dupla confluência, segundo leciona Perez Luño: «[...] a) de um lado, implicam o encontro entre a tradição filosófica humanista (representada, prioritariamente, pelo jusnaturalismo de orientação democrática), com as técnicas de positivação e proteção reforçada das liberdades próprias do movimento constitucionalista, encontro que se plasma no Estado de Direito e; b) de outro lado, constituem um ponto de mediação e de síntese entre as exigências das liberdades tradicionais de traço individual, com o sistema de necessidades radicais de caráter econômico, cultural e coletivo, a cuja satisfação e tutela se destinam os direitos sociais». PEREZ LUÑO, op. cit., p. 43. Esse mesmo autor oferece, ainda, importante distinção conceitual entre os *direitos humanos* e os *direitos fundamentais*. Os primeiros são os direitos naturais positivados nas Declarações e Convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não tenham alcançado um estatuto jurídico-positivo; os *direitos fundamentais* são os direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte das vezes previstos na Constituição, e que costumam gozar de uma tutela reforçada. Ibid., p. 44, 46. Além disso, o autor diferencia as *liberdades públicas* dos conceitos já mencionados, identificando-as como aquelas que «[...] referem-se a facultades e situações subjetivas reconhecidas pelo ordenamento jurídico que dizem respeito a direitos tradicionais de signo individual e que têm como finalidade precípua garantir as esferas de autonomia subjetiva». Ibid., p. 51. Vide SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 248 et seq.

Nas palavras de Ingo Sarlet³⁷, são *direitos fundamentais* aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), foram integradas ao texto constitucional e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem assim aquelas que lhes possam ser equiparadas, ainda que não tenham assento na Constituição formal.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados e formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático³⁸, fixando uma prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico³⁹.

Há uma dupla função desempenhada pelos direitos fundamentais no constitucionalismo atual, conforme Perez Luño⁴⁰: «a) em um plano subjetivo, seguem atuando como garantias da liberdade individual (se bem que a este clássico papel foi incorporada a defesa dos direitos sociais e coletivos da subjetividade) e; b) em um plano objetivo, assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve-se funcionalizar para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados».

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 91. Os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que os direitos humanos guardam relação com os documentos de direito internacional que reconhecem a condição humana como tal, independentemente de sua vinculação com a ordem constitucional, e que possuem, portanto, validade universal para os povos, revelando um caráter supranacional (ou internacional). Ibid. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 36.

³⁹ Os direitos fundamentais se constituem em direitos subjetivos qualificados ou reforçados, os quais se caracterizam por sua especial resistência frente aos poderes públicos. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 269. Consoante Cristina Queiroz, os direitos fundamentais são direitos constitucionais que devem ser compreendidos como «[...] definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva», proclamando uma cultura jurídica e política de concreção objetiva de um «sistema de valores». QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 39.

⁴⁰ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2004. p. 25. Também Ingo Sarlet, na obra SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 292 et seq.

Na conceituação de Luigi Ferrajoli⁴¹, direitos fundamentais são os direitos subjetivos que correspondem universalmente a *todos* os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de trabalho⁴².

Todavia, além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais também adquiriram o *status* de garantia constitucional.

Segundo Ingo Sarlet⁴³, «todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos

⁴¹ Os direitos fundamentais apresentam esse duplo aspecto: formal e material. O elemento formal se refere ao *status* de garantia constitucional; materialmente, vinculado a seu caráter de direito subjetivo. MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 82. Há diferença conceitual, a propósito, entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, como observa J. J. Gomes Canotilho: os primeiros são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos são os que derivam da própria condição humana e daí seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os segundos, os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, aqueles objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. p. 37. Igualmente em FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 19, 22 et seq. Nesse aspecto, Ingo Sarlet diverge de Ferrajoli. Para esse autor gaúcho, é insuficiente o critério exclusivo da titularidade universal para a definição formal dos direitos fundamentais, como advoga o autor italiano, sendo imprescindível para a caracterização dos direitos fundamentais a previsão expressa no texto da Constituição respectiva. Para Ferrajoli, os direitos fundamentais são *universais*, em um sentido puramente lógico e avalorativo, porque decorrem da «quantificação universal da classe das pessoas que são deles titulares», figurando neste rol «a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares» (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 20). Ainda segundo Ferrajoli, «a previsão dos direitos fundamentais no direito positivo de um determinado ordenamento jurídico é, em suma, condição de sua existência ou vigência *naquele específico ordenamento*, mas não influencia ou importa para o significado do conceito de direitos fundamentais» (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 20, 21). Ingo Sarlet, por sua vez, desdobra os direitos fundamentais em fundamentalidade formal e material. Em síntese, quanto à fundamentalidade formal, encontra-se ligada ao Direito Constitucional Positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) ser parte integrante de uma Constituição escrita (o autor declara a natureza supralegal dos direitos fundamentais, a propósito); b) na qualidade de normas constitucionais, são classificáveis como *direitos péticos*, submetidos que são aos limites formais e materiais da reforma constitucional; c) são normas diretamente aplicáveis e que vinculam direta e imediatamente as entidades públicas e privadas (art. 5º, parágrafo 1º, CF); no que pertine à fundamentalidade material, decorre do fato de integrarem a Constituição material, contendo mandamentos essenciais para a estrutura do Estado e da sociedade. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75. Parece-nos adequada a advertência feita por Ingo Sarlet, e bem realça a diferença conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo recomendável a expressa previsão escrita nas respectivas Constituições dos Estados no que pertine aos direitos fundamentais.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 86-87. E o mesmo autor, na mesma obra: Ibid. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75. José Afonso da Silva também sustenta que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata pelo Poder Judiciário. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 165. Nesse sentido, apregoa Ruy Alves Henriques Filho: «Na ausência de norma legislativa, aqueles que buscam a jurisdição (como atividade que interpreta a lei), encontram socorro na aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais necessários à solução do caso, por intermédio da concreção judicial e independente da existência de norma aberta para sua aplicação. Cuida-se, sem dúvida, e em se tratando de direitos fundamentais sociais de defesa, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, por outro lado, não significa que a elas seja inaplicável o disposto no art. 5º, parágrafo 1º de nossa Lei Maior». HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 94-95. A propósito, ainda explica esse autor que a *proibição de insuficiência* remete ao princípio da proporcionalidade, pois se constitui na «[...] garantia de que os direitos fundamentais sejam protegidos pelo Estado de modo suficiente e eficaz». Alude, ainda, o referido doutrinador que «[...] o princípio da proibição da insuficiência é aquele que obriga o Estado de modo imperativo na proteção de tutela emanada da Constituição Federal democraticamente promulgada. Proíbe, em

jurídicos». Isso porque os direitos fundamentais possuem eficácia vinculante⁴⁴, sendo esta umbilicalmente atrelada à condição normativa da Constituição e — de modo mais concreto — ao seu caráter de norma básica e elemento de unidade de todo o ordenamento jurídico. Em realidade, como bem objeta Juan María Bilbao Ubillos⁴⁵, a Constituição deixou de ser simplesmente o estatuto do poder público para se converter na «ordem jurídica fundamental da comunidade, de acordo com a conhecida fórmula de Hesse».

Os direitos fundamentais, com efeito, constituem a base da moderna igualdade que é precisamente uma igualdade em direitos, precipuamente universais, indisponíveis e inalienáveis. A constitucionalização desses direitos serviu para emprestar uma dimensão substancial não somente ao Direito, senão também à democracia⁴⁶. Essa dimensão material da democracia tem relação ao conteúdo da decisão da maioria, vinculando a validade de tais decisões ao respeito aos direitos fundamentais da pessoa e aos demais princípios constitucionais estabelecidos em conformidade com ela⁴⁷.

Os direitos fundamentais, enquanto expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada constituem-se em parâmetro de legitimidade formal e material da atuação do Estado Democrático de Direito

relação aos direitos fundamentais humanos ali consagrados, que sejam rebaixados aquém de um mínimo de proteção. Foi encampado pelo Tribunal Constitucional Alemão em decisão de 1971». *Ibid.*, p. 95.

⁴⁴ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 268. Face à previsão do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, por terem aplicação imediata, impõem aos órgãos estatais a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais, em todos os setores da vida social e da ordem jurídica. Tal norma constitui-se em uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. *Ibid.*, p. 270. Essa eficácia direta dos direitos fundamentais aplica-se, inclusive, entre particulares, como bem explicitou SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25 et seq. Também Ingo Sarlet, na obra SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 313 et seq.

⁴⁵ Ressalta esse autor que o protagonismo ou o êxito dos direitos fundamentais na cultura jurídica atual se deve ao fato de que as normas que os reconhecem são de aplicação direta e imediata, porém possuem um conteúdo principal, um substrato muito aberto, pelo que tendem a penetrar e preencher todos os interstícios do ordenamento jurídico. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 266, 268.

⁴⁶ Ingo Sarlet identifica no fenômeno da constitucionalização (ou neoconstitucionalização) a afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que são subjacentes a toda ordem jurídica. SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no Direito Privado*: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. p. 23. Segundo sustenta Ruy Alves Henriques Filho, os princípios da dignidade da pessoa humana, sociedade livre, solidária e justa, e o da democracia participativa, aprofundaram a noção de que o direito vai muito além da lei, o que acarreta a conclusão de que o programa constitucional não é estanque, nem taxativo. É, em verdade, cumulativo, e vai absorvendo novos direitos e novas situações fáticas e jurídicas, obrigando o atendimento pleno dos direitos fundamentais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa e solidariedade. HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 99.

e da ordem jurídica, consoante leciona Ingo Sarlet.⁴⁸ Os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, pressuposto, garantia e instrumento da participação democrática em sociedade, constituindo-se no fundamento funcional da ordem democrática e parâmetro de sua legitimidade⁴⁹.

Desse modo, os direitos fundamentais se configuram em vínculos materiais ou substanciais impostos à democracia política: *vínculos negativos* gerados pelos *direitos de liberdade* que nenhuma maioria pode violar; *vínculos positivos* gerados pelos *direitos sociais* que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer⁵⁰. Os direitos fundamentais formam a *esfera do que não pode ser decidido* e daquilo que *deve ser decidido*, atuando como fatores de legitimação das decisões e das não decisões⁵¹.

Ingo Sarlet⁵² reitera essa dupla dimensão dos direitos fundamentais (objetiva e subjetiva), das quais se pode extrair uma série de efeitos e funções, como, e.g., ocorre com os deveres de proteção estatais (e a correspondente noção de *proibição de insuficiência* ou de *proteção deficiente*). Além disso, relembra esse autor o reconhecimento de uma dimensão *organizatória e procedimental* dos direitos fundamentais, mas também *democrático-participativa*, no sentido de um *status activus processualis*, do qual fala Peter Häberle.

Especificamente no que diz respeito aos chamados direitos fundamentais de defesa, é impositivo o reconhecimento acerca da aplicação imediata e a busca da maior efetividade possível, garantindo-lhes a plenitude eficaz⁵³.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁰ Em uma primeira vista, os direitos fundamentais transparecem a proteção da pessoa frente ao Poder Público, impondo, pois, *deveres de abstenção*, ou seja, interditos ao exercício das liberdades públicas; porém, ao lado disto, há os *efeitos positivos* projetados pelos direitos fundamentais, qual seja, a imposição dos chamados *deveres de proteção*, consistentes na obrigação (positiva) de que o Estado adote medidas hábeis para assegurar a proteção ou promoção do exercício das liberdades civis e dos demais direitos essenciais à pessoa. MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 84. Para Ruy Alves Henriques Filho, «[...] os direitos fundamentais delimitam um âmbito de invulnerabilidade no desenvolvimento das pessoas (seja em seu aspecto jurídico ou social), as quais reclamam para si a proteção frente a qualquer intento de intromissão por parte dos poderes públicos em sua esfera privada (defesa). Em segundo plano, a atividade prestacional do Estado garante o acesso ao Poder Judiciário, mediante a aplicação do princípio da inafastabilidade que deverá, dentro da relação posta em juízo, dar a melhor solução para determinada situação, aplicando os mandamentos constitucionais de modo direto e irrestrito e considerando, inclusive, o *princípio da proibição de insuficiência*, que vincula todos os poderes constituídos». HENRIQUES FILHO, op. cit., p. 45 et seq.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. p. 24.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 158-159. Id. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 295 et seq.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 280.

De grande relevo a observação de Luigi Ferrajoli, segundo o qual a formulação de convenções e tratados internacionais recepcionados pelos países, e que tratem de direitos fundamentais⁵⁴, alçou-lhes ao patamar de *direitos supraestatais*, figurando como limites externos (não somente internos) aos poderes públicos e constituindo-se em base normativa de uma democracia internacional⁵⁵.

A Constituição da democracia deliberativa, na concepção de Souza Neto⁵⁶, é *dinâmica* ou *aberta*, isto é, permanece sensível ao influxo de novos conteúdos, de novos direitos e de novos valores. Todavia, isso não autoriza que as decisões majoritárias possam causar dano às condições para a cooperação na deliberação democrática⁵⁷, incluindo-se, aí a relevância da proteção aos direitos fundamentais de parte do Estado constitucional, pois sem eles fica inviabilizada tal cooperação.

Colhe-se, pois, da obra de Souza Neto⁵⁸, esse importante suporte teórico de reconhecimento da legitimidade ativa da pessoa ou do cidadão para a participação na deliberação democrática e, portanto, no processo penal. Segundo ele, «[...] consideram-se ‘materialmente fundamentais’ aqueles preceitos que configuram ‘condições para a cooperação na deliberação democrática’».

Com efeito, o reconhecimento da participação popular nas deliberações políticas também impõe, no plano jurídico, o reconhecimento da legitimidade ativa das pessoas no contexto do processo, devendo ser a regra a oportunização de suas participações. Somente com tal reconhecimento é que se pode efetivar o exercício da cidadania, o qual depende, portanto, da plena efetivação do contraditório.

⁵⁴ Esses direitos, enquanto previstos no Tratado ou na convenção, seriam melhor denominados de *direitos humanos internacionais*; uma vez ratificado pelo país o Tratado ou a convenção, passariam ao *status de direitos fundamentais com origem convencional*, e que no sistema brasileiro, também adquirem *status constitucional*.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 25, 26.

⁵⁶ Nas palavras do autor, «[...] a Constituição da democracia deliberativa é um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática». *Ibid.*, p. 225, 300. Nessa linha: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64.

⁵⁷ Observa o autor que sempre serão possíveis *mutações* ocasionadas pela *dinâmica constitucional*. O Poder Judiciário, por meio da interpretação, pode alterar a compreensão, os limites e a abrangência até mesmo de cláusulas pétreas, e isto é decorrência da própria evolução histórica, todavia o que se deve impedir, ou dificultar, é que essas *mutações* atinjam as próprias condições que possibilitam ao povo continuar decidindo. SOUZA NETO, op. cit., p. 222-224.

⁵⁸ A norma é materialmente fundamental em razão de seu *conteúdo*, com o que se concorda integralmente com o autor. Em estando a norma, abrangida pela esfera da fundamentalidade, deve ser aplicada de imediato pelo Poder Judiciário. Ademais, essa norma deve ser protegida contra a ação abusiva do constituinte derivado e, também, figurar como limite ao retrocesso legislativo. Segundo o autor, «[...] a teoria democrático-deliberativa apoia apenas a ‘judicialização da política dos direitos fundamentais’, a qual se coaduna ao papel institucional do judiciário como guardião subsidiário das condições para a cooperação na deliberação democrática». SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 235, 241, 243, 281, 301.

Suprimir-se o contraditório de modo injustificado acarretará a violação dos critérios ou das condições de cooperação na deliberação democrática, no dizer de Souza Neto⁵⁹, daí resultando a ilegitimidade estatal para assim proceder. Essa ilegitimidade decorreria do fato de que a sua indevida supressão, sem qualquer motivação suficiente, implicaria a violação às regras da democracia deliberativa, calcada, como se viu, no princípio da soberania popular. A regra é a da participação democrática (exercício efetivo do contraditório), e a exceção, o afastamento de tal garantia.

Eleva-se, desse modo, a compulsoriedade da observância do contraditório no Estado Constitucional, em favor da pessoa, como regra, dada a sua fundamentalidade material, sob pena de tornar-se ilegítima (ou inválida) a intervenção estatal na esfera dos direitos e das liberdades do cidadão, ensejando a decretação de nulidade insanável do processo (no todo ou em parte), por certo.

Adota-se a classificação doutrinária de J. J. Gomes Canotilho, para quem o princípio do contraditório deve ser considerado como um *princípio-garantia*, ou seja, confere imediata e direta garantia à pessoa frente ao Estado, com *status* constitucional no Brasil.

Segundo expressam Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁶⁰,

[...] o direito ao contraditório constitui a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável de qualquer ideia de administração organizada de Justiça, funcionando como verdadeiro *cardine della ricerca dialettica* pela justiça do caso concreto. Tamanha a sua importância que o *próprio conceito de processo* no Estado Constitucional está construído sob sua base.

O conteúdo do direito ao contraditório, erigido à categoria de princípio constitucional no Brasil (art. 5º, LV, da Constituição de 1988) vai além do clássico binômio *conhecimento-reação*. No Estado Constitucional, significa a participação ativa no processo, o exercício efetivo do *poder de influência* na decisão judicial, estando tanto as partes como o próprio julgador vinculados a tal princípio⁶¹.

Esse princípio está calcado na dignidade humana, bem como em todos os valores a serem tutelados e preservados em procedimentos inclusivos, não sendo admissível, do ponto

⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. op. cit. p. 301.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 646-647.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 647-648. Lecionam Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que, por força do contraditório, «[...] as partes têm de se pronunciar previamente à tomada da decisão, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato, questões de direito e questões mistas, como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo». Ibid., p. 649.

de vista jurídico, que um discurso calcado na eficiência ou na utilidade da cooperação possa justificar o seu sacrifício. A *ratio* do princípio do contraditório sempre foi a de permitir a oportunidade do exercício do poder de influência na decisão judicial, a partir do clássico binômio *informação-reação*, como já comentado, consubstanciado na expressão *direito de vez e voz* (assegurando não somente a *voz*, mas também a *audiência*)⁶². Constitui-se, assim, em princípio inarredável do Estado Constitucional de natureza democrática e cooperativa.

Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco⁶³,

[...] a garantia do contraditório contém os seguintes direitos: a) *direito à informação*, o qual obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) *direito à manifestação*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) *direito de ver seus argumentos considerados*, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.

De grande significado a categoria de princípio constitucional dada pelo legislador constitucional brasileiro ao contraditório. Os princípios, segundo Juarez Freitas⁶⁴, são critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem em disposições superiores hierarquicamente, em termos axiológicos, em relação às demais normas, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá conduzir o intérprete.

⁶² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 110-111. O referido autor empresta ao princípio, ainda, uma visão que denomina de *mais elástica*, ao agregar e enaltecer as funções de *poder de influência* e a de *dever colaborativo* ao contraditório. Por corolário, em um Estado Democrático, enquanto regra, «[...] impõe-se a participação (das pessoas) em todos os atos intermédios que compõem o procedimento prévio de formação da decisão». Aduz, acerca da *democracia deliberativa*, que «[...] num ambiente democrático, os cidadãos não são apenas destinatários das normas jurídicas, mas também seus autores, e as decisões estatais só podem ser impostas se legitimadas através de instâncias discursivas participativas». *Ibid.*, p. 112-114. Nessa esteira, Sergio García Ramírez aduz que a ampla defesa somente é observada quando é preservado o direito de audiência, ou seja, quando se garante ao sujeito-réu a oitiva prévia ao julgamento. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Reflexiones sobre los principios rectores del Proceso Penal*. In: AAVV. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cap. 4, p. 344). [en línea]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/22.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2012. Ver também em FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El principio del contradictorio y la igualdad ante la ley*. In: *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. (Capítulo 5, p. 63, 64). [en línea]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/672/6.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 592.

⁶⁴ FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 324, jun. 1995. Também em FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56. Os princípios expressam valores relevantes para uma dada comunidade, sendo que a consistência efetiva de uma ordem normativa se consolida por meio de mecanismos que visem a evitar as ações que transgridam a sua estrutura. Uma determinada ordem jurídica se caracteriza por uma estrutura jurídica complexa e autônoma. MACCORMICK, Neil. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2003. p. 21-23.

Assim, os princípios constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico, devendo a sua interpretação ser teleologicamente voltada à proteção dos valores constitucionais⁶⁵. Segundo Jorge Miranda⁶⁶, o Direito é ordenamento ou conjunto significativo, implica *coerência* ou *consistência*, projetando-se em *sistema*, revestido de unidade de sentido: «[...] esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos».

Em realidade, os princípios constitucionais devem ser o ponto de partida do intérprete, pois são as normas que espelham os postulados básicos da Constituição, a sua ideologia, os seus fins⁶⁷. O julgamento com base em princípios constitucionais garante uma maior unidade interpretativa no interior do sistema, ampliando a segurança jurídica, pois os princípios são *standards* valorativos que serão utilizados pelos juízes, permitindo-se, assim, a evolução do Estado Legal para o Estado Constitucional⁶⁸.

O princípio do contraditório — assim como os demais princípios constitucionais já citados —, são critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico, verdadeiras disposições hierarquicamente superiores, sob o enfoque axiológico, em relação às regras infraconstitucionais. A primazia dos princípios é, portanto, impositiva, quando em conflito com normas de menor hierarquia⁶⁹.

⁶⁵ APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 36-37. Germana de Oliveira Moraes, citada por esse autor, refere que, com o pós-positivismo, dominante no constitucionalismo deste final de século XX, reconhece-se além da normatividade dos princípios, a sua hegemonia normativa em relação às regras. MORAES, Germana de Oliveira apud APPIO, op. cit., p. 39. Robert Alexy sustenta que entre princípios e regras há uma diferença gradual e qualitativa, a primeira uma *tese débil* para explicar a diferença, e a segunda, a *tese forte*. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993. p. 11, 86.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 297. Dentre as características dos princípios enunciadas por esse autor, gizam-se as seguintes: a) maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento; b) a amplitude ou a maior generalidade frente às normas-regras; c) a adstrição a fins e não a meios ou à regulação de comportamentos. *Ibid.*, p. 299-300. Nas palavras do autor: «A ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente». *Ibid.*, p. 301.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47. Para o autor italiano Vezio Crisafulli, o princípio é a norma determinante de outra ou de outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e delimitando posteriormente o preceito em direções particulares. CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principi*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 65. Por sua vez, Robert Alexy sustenta que a positividade dos direitos fundamentais viabiliza uma abertura do sistema jurídico, definindo a aproximação entre o Direito e a moral, ensejando a resolução de conflitos por meios racionais. Com essa concepção, a dimensão argumentativa possibilita a compreensão do funcionamento dos direitos. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993. Já Ronald Dworkin propugna que o direito deve ser visto em sua integralidade, devendo ser concebido como um conjunto de regras, devendo ser aplicadas aquelas que sejam válidas. Para ele, nos casos difíceis (*hard cases*), os juízes não utilizam regras, e sim princípios que são aplicados de forma variável. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito: o que é o Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶⁸ APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45.

⁶⁹ Leciona Juarez Freitas: «A própria Constituição cuida de estabelecer princípios fundamentais, entre os quais avultando o da dignidade humana e o da inviolabilidade dos direitos à liberdade, à igualdade e à vida (af abarcando todos

O contraditório, pois, é um dos direitos fundamentais consagrados sob a forma de princípio na Constituição brasileira, dotado de força normativa, decorrência que é do princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁰. Constitui-se, pois, em um direito fundamental estampado sob a forma de princípio-garantia, e somente é respeitado, de forma satisfatória, acaso implementado em caráter prévio à intervenção estatal, isto enquanto regra. A prevalência ou primazia dos princípios constitucionais, desse modo, preserva a unidade do sistema jurídico, missão a ser desempenhada pelo intérprete, nas palavras de Juarez Freitas⁷¹.

De outra parte, retomando-se Peter Häberle, há uma ambivalência neste tema «Estado Constitucional e relações internacionais». Pode ser positiva essa relação, com a *exportação* de elementos positivos que constituem o Estado Constitucional ocidental (democracias, jurisdição, direitos humanos), a ponto de estruturar uma *comunidade de Estados*. Por outro lado,

os direitos fundamentais de defesa, de participação e os prestacionais positivos»). Logo adiante, assevera este autor: «[...] a existência de princípios e objetivos em face dos quais — em caso de incompatibilidades internas — devem as normas infraconstitucionais guardar a função instrumental, tendo em vista a realização superior da Constituição e preponderância dos direitos fundamentais em relação às leis». FREITAS, JUAREZ. *A interpretação sistemática do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56-57, 59.

⁷⁰ O contraditório está expressamente contemplado em tratados internacionais de direitos humanos (em sentido amplo) ratificados pelo Brasil, e, por esta razão, já seria de compulsória observância no âmbito interno no Brasil (eficácia normativa direta). Citam-se: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10.12.1948, a qual expressa, no Artigo VIII: «*Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais, que lhes sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei*»; e no Artigo X: «*Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela*». Por sua vez, refere o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil em 1992, no Artigo 8º (Garantias Judiciais): «1. *Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*». Por fim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ratificado em 24.04.1992, e internalizado por meio da publicação do Decreto nº 592, de 06.07.1992) prevê, a saber: «PREÂMBULO. Os Estados Partes do presente pacto, *Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana; [...] Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem; [...] ARTIGO 5º: 1. Nenhuma disposição do presente pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele prevista. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. [...] ARTIGO 14: Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) de ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; [...] ARTIGO 16: Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.*

⁷¹ FREITAS, JUAREZ. *A interpretação sistemática do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. p. 59, 63-64, 69-70. Ainda, reforça esse doutrinador, os princípios possuem a característica de serem diretrizes normativas axiologicamente superiores (fonte máxima para o intérprete) e são *fundamentais* e *fundantes* do sistema jurídico. *Ibid.*, p. 2280.

também podem ocorrer retrocessos e coações, por exemplo, no campo econômico, em especial envolvendo países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Para o enfrentamento desses riscos de erosões do Estado Constitucional, a doutrina e a política devem se esforçar para apresentar alternativas de soluções, segundo Häberle⁷².

Com efeito, sinaliza Peter Häberle⁷³ para um balanço positivo nesse contexto de aspectos positivos e negativos citados, sendo perfeitamente viável a construção de um *modelo apropriado de estatalidade constitucional cooperativa*.

A cooperação entre os Estados é a única alternativa para a diminuição gradativa da distância entre países ricos e pobres, evitando-se o conflito em virtude disso. A propósito, o reconhecimento da responsabilidade social dos Estados, tanto interna quanto externamente, é o ponto central de um dos princípios de mudança na relação entre os Estados⁷⁴.

No Estatuto da Liga das Nações, de 1919, já foi feita a menção ao «fomento à cooperação entre as nações», bem como à «garantia da paz internacional e da segurança internacional», constituindo-se no objetivo da Liga das Nações⁷⁵.

Como se sabe, assim como a Liga das Nações, também as Nações Unidas representaram uma reação ao sofrimento causado pela Segunda Guerra Mundial. Porém, ao contrário do que ocorrerá no Estatuto da Liga das Nações, a cooperação entre os povos, prevista na *Carta das Nações Unidas*, não é colocada como objetivo e sim como *meio* para resolver problemas internacionais de natureza social, cultural e humanitário e para fomentar e sedimentar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (art. 10, al. 3, Carta ONU). No art. 13, a Assembleia Geral estipula algumas incumbências, das quais se destacam: a) fomentar a cooperação internacional no âmbito político e de favorecer o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, bem como sua codificação; b) fomentar a cooperação internacional nos âmbitos da economia, do setor social, da cultura, da educação e da saúde, e contribuir para a efetivação dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua e religião⁷⁶.

Por sua vez, lembra Häberle que o art. 55 da Carta das Nações Unidas, diferentemente do Estatuto da Liga das Nações, vê a cooperação no âmbito econômico e social entre os Estados como um elemento principal da garantia da paz, devendo-se observar, por relevante, a preocupação com o respeito geral e realização dos direitos humanos, e liberdades

⁷² HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 21.

⁷³ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 23-24.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 25-26.

fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. A esse desiderato de busca pela paz deve-se agregar, segundo Häberle⁷⁷, no cenário internacional, a «obrigação de cooperação».

É inegável a tendência de cooperação pelos Estados integrantes das Nações Unidas⁷⁸. Há nela uma profícua produção legislativa —codificações, declarações, resoluções para a criação de pressupostos formais— que visa à determinação de obrigações, atitudes e disposições para a cooperação internacional. Releva salientar a determinação constante no preâmbulo a Carta das Nações Unidas:

[...] nossas crenças nos direitos fundamentais da pessoa, na dignidade e valor da personalidade humana, na igualdade de tratamento entre homem e mulher, assim como entre todas as nações, ainda que grande ou pequena, devem ser novamente fortalecidas⁷⁹.

Portanto, a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais se constitui em objetivo declarado das Nações Unidas, integrados com o fito de estímulo crescente da cooperação entre os Estados que a compõem⁸⁰. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 22, dispõe que a realização dos direitos humanos depende das condições econômicas e sociais, com vistas à consolidação da cooperação internacional⁸¹. Contudo, apenas em 1976, com a entrada em vigor do pacto internacional sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas (datado de 1966), foi que a proteção internacional dos direitos humanos obteve vinculação jurídica⁸².

Há, também, a Declaração dos Princípios Fundamentais do Direito Internacional, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 24 de outubro de 1970, que estimula uma efetiva cooperação entre os Estados, em sentido positivo, colimando as relações amigáveis

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 26-27.

⁷⁸ Esse mesmo compromisso de cooperação internacional, de construção da paz e de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais também está presente desde 1949 no Conselho Europeu, bem como em solo americano, quanto à proteção dos direitos humanos, na Carta da Organização dos Estados Americanos [OEA], de 1970. *Ibid.*, p. 32, 35.

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 29.

⁸⁰ Peter Häberle leciona que a cooperação internacional também vem sendo incrementada no plano regional, a partir de um processo de constitucionalização do direito comunitário. Neste sentido, identifica o autor uma abdicação parcial da soberania de cada Estado em favor do «poder comunitário» da Comunidade Europeia, em conexão com a obrigação fundamental de solidariedade. *Ibid.*, p. 30-31. Como foi visto em capítulo próprio, essa abdicação de soberania é de difícil consecução em um organismo intergovernamental desprovido de supranacionalidade, como é o MERCOSUL.

⁸¹ Peter Häberle observa que, muito além da missão de manutenção da chamada *paz negativa* (no sentido de ausência de poder militar), há uma preocupação, de parte da ONU, de criação de uma infraestrutura econômica, social e cultural com fins de implantação de uma *paz positiva* por meio de uma maior justiça social, propiciando, assim, a construção de uma cooperação internacional em sentido material. HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 37.

⁸² *Ibid.*, p. 36.

no plano internacional, a despeito de suas diferenças políticas, econômicas, sociais, culturais, com vistas à garantia da paz e da segurança internacional⁸³.

Do ponto de vista prático, é verdade, essa entre-ajuda estatal, sob o enfoque econômico, nem sempre se dá com facilidade. Países industrializados muitas vezes dificultam a cooperação por meio de expedientes como o estabelecimento de protecionismo de seus produtos, de preços de mercadorias, de obstáculos para a entrada de mercadorias estrangeiras em seus territórios, e ainda não se tem pleno esclarecimento sobre a qualidade jurídica formal das declarações da ONU sobre esses países mais desenvolvidos. Apesar disso, Peter Häberle⁸⁴ vê nas declarações e resoluções da ONU que estimulam o desenvolvimento de um direito internacional social de cooperação como instrumentos essenciais para a realização dos direitos humanos de toda a população mundial.

Com efeito, a utilização cada vez maior de instrumentos multilaterais—com preferência em face de acordos bilaterais—, bem como a atuação de organismos regionais, como a Comunidade Europeia, ou o fundo de desenvolvimento das Nações Unidas, possibilita uma distribuição das prestações de ajuda mais independente dos interesses econômicos dos Estados isoladamente, diminuindo a influência negativa ou obstaculizadora que países mais fortes economicamente falando pudessem empreender em prejuízo da cooperação⁸⁵.

Por outro lado, em alguns países as constituições permitem a transferência de poder soberano a organizações e instituições supranacionais ou de Direito Internacional, com vista à integração europeia. Essas constituições documentam uma renúncia à soberania que era, até a formação da Comunidade Comum Europeia, estranha ao Direito Internacional⁸⁶. Peter Häberle⁸⁷ apregoa a construção gradativa de um Direito suprarregional de cooperação entre os Estados Constitucionais, constituído de direitos fundamentais, princípios gerais de Direito, estabelecimento de competências regionais, enfim, de tópicos que fossem comuns e concordes entre os Estados Constitucionais. E advoga que isso é possível mesmo fora da Comunidade Europeia, alcançando Estados não relacionados regionalmente, tudo para a consolidação de um «Direito Comum de Integração».

A efetivação dos direitos fundamentais, pois, é a tarefa do Estado Constitucional Democrático e Cooperativo nas suas relações externas, almejando criar na comunidade jurídica internacional uma medida mínima de realidade material e processual desses direitos.

⁸³ Ibid., p. 37-38.

⁸⁴ Ibid. p. 42.

⁸⁵ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 43.

⁸⁶ São exemplos disso a Constituição italiana, de 1947 (art. 11), a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949 (art. 24, alínea 2), a Constituição grega, de 1975 (art. 28, alínea 2). Ibid., p. 48.

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 64-65.

Essa efetivação dos direitos fundamentais não se limita à existência de uma *dogmática* dos direitos fundamentais, mas também envolve outras atividades dos Estados, tais como a legislativa e a jurisdicional. Para Häberle⁸⁸, o «[...] Direito Comum de cooperação recebe dos direitos fundamentais os mais fortes impulsos, integra-os para «tarefas da comunidade» e tem neles um garante confiável».

Em conclusão, Peter Häberle⁸⁹ diz que o Estado Constitucional Cooperativo ainda não é um objetivo alcançado, ele está «a caminho». A seguir, são reproduzidas as suas características realçadas pelo autor: a) abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno, mas também no acento da abertura global dos direitos humanos e de sua realização cooperativa; b) potencial constitucional ativo voltado ao objetivo de realização internacional conjunta das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material; c) solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também em nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional, e.g.).

Em realidade, segundo Häberle⁹⁰, no Estado Constitucional Cooperativo o elemento *nacional-estatal* é relativizado e a *pessoa* se constitui no *ponto central* comum da atuação estatal (e inter ou supraestatal), da «realização cooperativa dos direitos fundamentais».

2.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA EFICAZ PARA A AFERIÇÃO DA ILEGITIMIDADE DA INDEVIDA RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

O denominado princípio da proporcionalidade adquiriu grande relevância no âmbito do direito penal, vinculado às penas, visível preocupação exposta na obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare de Beccaria, em 1764. Luciano Feldens⁹¹ aponta como origem do princípio da proporcionalidade a Carta Magna de 1215, bem como relembra que no art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 constou que *a lei não deve*

⁸⁸ Ibid., p. 70.

⁸⁹ Ibid., p. 70-71.

⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 70-71.

⁹¹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

estabelecer outras penas que não as estrita e evidentemente necessárias. No campo do Direito Administrativo foi consagrado como uma evolução do princípio da legalidade, sendo que a sua sedimentação e migração para o Direito Constitucional se deu a partir da formação dos Estados modernos, em especial pelos movimentos de proteção dos direitos humanos, ocorridos na Europa Continental e na América no século XVIII⁹².

Para alguns autores, proporcionalidade e razoabilidade são expressões sinônimas; para outros, são conceitos distintos⁹³. Ingo Sarlet⁹⁴ adverte que proporcionalidade e razoabilidade, a despeito de terem pontos comuns, não podem ser equiparadas conceitualmente, pois a estrutura metodológica de aplicação da proporcionalidade em três níveis (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tal como desenvolvida na Alemanha e

⁹² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 36-37. No que diz respeito à história do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, merece destaque a contribuição de Fábio de Oliveira. Esse autor sustenta que a sua origem estaria em Aristóteles (quando já apregoava que *o proporcional é o meio-termo, e o justo é o proporcional*), sendo que no sistema da *common law* teve sua raiz na Magna Carta inglesa de 1215. Todavia, adverte que o princípio ganhou diferentes contornos entre a *common law* americana e inglesa, pois na primeira sempre foi marcante a supremacia da Constituição segundo declarada pelos juízes e tribunais, enquanto que, para os ingleses, teve preponderância a vontade do legislativo por meio das leis que são fruto da vontade da maioria parlamentar. Na Europa ocidental, com o nome de proporcionalidade, a ideia do princípio surgiu ligada à *teoria do desvio de poder*, por obra do Conselho de Estado da França, na esfera administrativa. A partir daí, o critério da proporcionalidade chega para ser bem recebido em outros países, de acordo com as peculiaridades de cada um, tendo tido acolhida e desenvolvimento na Áustria, Itália, Espanha, Portugal e na Alemanha. A Alemanha ocidental, e.g., desempenhou papel de destaque na constitucionalização do princípio, tanto por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional, quanto da forte produção doutrinária, com base na Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, a qual reconheceu normativamente o paradigma da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade ganhou emprego na aferição da discricionariedade legislativa com fulcro na teoria que o vincula diretamente aos direitos fundamentais, passando a ser considerado um autêntico direito fundamental. Assim, na Alemanha, o princípio da proporcionalidade recebe sede constitucional na previsão do Estado de direito (art. 20, 1 e 3; art. 28, 1, entre outros, da LF) como resultante da proteção ou execução dos direitos fundamentais (art. 2º, da LF, e.g.). OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 81-88.

⁹³ Em caráter de esclarecimento, a propósito, frisa-se que é adotado o entendimento de que as expressões *proporcionalidade* e *razoabilidade* são sinônimas para a identificação do princípio em comento, como o fazem MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 42 et seq.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1997. p. 175 et seq.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142. Todavia, há autores que defendem que tais expressões são distintas conceitualmente, dentre eles GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2001. p. 69; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 101-103, 121; OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91 et seq. Esse último autor, a título de ilustração, apregoa quanto à distinção: «É possível distinguir razoabilidade de proporcionalidade. [...] A razoabilidade abarca a proporcionalidade, mas nela não se esgota, porque tem um espectro normativo para além da relação entre *motivo, meio e fim*. Dito de outra maneira: a razoabilidade não se atém apenas ao controle da validade dos atos estatais (sejam ou não restritivos de direitos fundamentais)». *Ibid.*, p. 97. Igualmente entende que há distinção conceitual: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213-214. Também em ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 159 et seq.

amplamente recepcionada, não se confunde com o raciocínio utilizado quando da aplicação da razoabilidade.

Propugna-se a utilização do princípio da proporcionalidade como critério de interpretação constitucional⁹⁵, e, por força de seu manejo, viabilizar a proteção dos direitos fundamentais.

Foi na Alemanha, a propósito, que o princípio da proporcionalidade ganhou terreno para se desenvolver, partindo do Direito Administrativo para o Direito Constitucional⁹⁶, sendo construído a partir de inúmeras decisões judiciais que reconheceram que o legislador não se deve exceder na restrição aos direitos fundamentais, a título de exemplificação.

A Constituição alemã de 1949, no firme afã de tutelar os direitos fundamentais, pondo-os a salvo do arbítrio legalizado, assentou em seu art. 1º, o caráter vinculante destes direitos para os poderes do Estado, e em seu art. 19, consagrou o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ao estatuir que qualquer restrição a eles há de se dar por lei necessária, geral e que não afete seu conteúdo essencial, garantindo ampla possibilidade de tutela jurisdicional em caso de virem a sofrer violações. O Tribunal Constitucional Alemão, assimilando tal preocupação estampada na Constituição alemã, erigiu a proteção e controle às restrições legislativas aos direitos fundamentais no que alude aos três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva em exame (proporcionalidade em sentido estrito)⁹⁷.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes⁹⁸:

No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de

⁹⁵ Nesse sentido, a lição de Ingo Sarlet. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 212. Com uma abordagem acerca da aplicação hermenêutica do princípio da proporcionalidade em casos concretos e daí a densificação de seu conteúdo e expansão de sua abrangência, vide MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 143-144.

⁹⁶ Ingo Sarlet indica o direito administrativo prussiano como tendo sido a origem do princípio da proporcionalidade, aduzindo que tem em sua essência a noção de controle dos atos do Poder Público, com a característica de coibir excessos de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos; tendo evoluído, todavia, para servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo das decisões judiciais. Esta evolução, combinando as noções de proporcionalidade e de razoabilidade, acabou por habilitar as pessoas a contestar determinados atos do Estado ofensivos ou restritivos de seus direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 212. Luciano Feldens, por sua vez, aponta a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha [BVerfGE 19, 342 (348)], de 1965, como sendo a pioneira na aceitação da estatura jurídico-constitucional do princípio da proporcionalidade. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

⁹⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 46. Vide, igualmente, sobre a temática: FELDENS, op. cit., p. 82-90. Também em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 43.

Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso⁹⁹ refere que o princípio da razoabilidade teve sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, originário, este, da Magna Carta de 1215. Por isso, relevante a lembrança de que o princípio do devido processo legal foi marcado pela fase inicial *processual*, e uma segunda fase *material*, sendo que esta se tornou importante instrumento de defesa dos direitos individuais, permitindo o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. A fase processual representava uma garantia voltada à regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía principalmente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo o direito a ter um advogado e o acesso à justiça para as pessoas. Por meio da fase substancial ou material do princípio do *due process of law*, abriu-se espaço para o controle do mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Desse modo, a cláusula do devido processo legal permite a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins.

Conforme ressaltou Suzana de Toledo Barros¹⁰⁰, o controle de razoabilidade das leis mediante um parâmetro técnico dado pelo princípio da proporcionalidade representou uma virada científica de grande repercussão junto aos países europeus que adotam controle jurisdicional de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Itália e Áustria, irradiando-se mais recentemente ao Brasil, por intermédio da forte influência dos constitucionalistas portugueses na doutrina e jurisprudência nacionais.

A título de informação, na Itália, o controle da constitucionalidade das leis foi introduzido, de forma explícita, em 1948, porém somente em 1953 foi regulamentado. Segundo Suzana de Toledo Barros¹⁰¹, a proteção dos direitos fundamentais na justiça italiana processa-se na via ordinária e o controle de constitucionalidade das leis que devam ser aplicadas a um determinado caso é alcançado por um procedimento incidental, produzido por uma *ordenanza de reenvio*, o que significa que o juiz *a quo* ordena a remessa dos autos ao Tribunal Constitucional para a solução da questão prejudicial, ao mesmo tempo em que suspende o

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 219-220. Vide, sobre o tema, igualmente, OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 88.

¹⁰⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 48.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 49.

curso do processo. O impedimento do Tribunal Constitucional de examinar o poder discricionário do legislador foi desde logo atenuada pela recepção da doutrina constitucional alemã pelo Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos do qual a Itália é signatária.

Como se sabe, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão foi de grande significado no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. Em julgado de 1971, restou definido que:

[...] o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental¹⁰².

Comenta Luís Roberto Barroso¹⁰³ que essa decisão indicou a presença de outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade, conhecido como *princípio da menor ingerência possível*, também conhecida pela expressão *proibição de excesso*.

Na Espanha, por sua vez, a recepção do Direito Constitucional alemão é mais recente, em face da longa ditadura de Franco (1936 a 1975). O princípio da proporcionalidade foi construído e positivado, durante a ditadura de Franco, no Direito Administrativo espanhol, como limitação à intervenção administrativa sobre as esferas jurídico-privadas. Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, e.g., viabilizou-se com a promulgação da Constituição de 1978, a qual previu um sólido sistema de proteção aos direitos fundamentais, deixando expresso o seu caráter vinculante e a necessidade que a respectiva legislação regulamentadora respeite o seu conteúdo essencial. Como leciona Suzana de Toledo Barros¹⁰⁴, a falta de positivação do princípio da proporcionalidade na Espanha não foi empecilho para o seu reconhecimento de parte do Poder Judiciário no controle de eventuais excessos do legislador, dada a forte influência doutrinária alemã naquele país, bem como em face da incidência do Convênio Europeu de Direitos Humanos, considerado como norma integrativa da Constituição, sendo que os arestos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos são, em grande medida, assimilados pela jurisprudência daquele país.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 227.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 227-228. A decisão é mencionada pelo autor: BVerfGE, 30, 292 (316).

¹⁰⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 52.

Modernamente, entende-se que o Poder Judiciário, ao realizar a necessária ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, deve proceder caso a caso, no propósito de valorar em que medida uma liberdade deve ceder passo à outra. Nesse contexto, deve estar sempre presente, para o órgão julgador, o requisito da proporcionalidade¹⁰⁵.

Como visto, um dos enfoques estruturais do Estado Constitucional de Direito é a limitação do poder estatal, sendo que as intervenções no âmbito dos direitos fundamentais são com ele compatíveis quando ocorrerem de maneira moderada e não violarem o «núcleo essencial» dos direitos restringidos, de modo injustificado. Esse é, na visão de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁰⁶, o conteúdo substantivo do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, segundo o qual somente as restrições «adequadas», «necessárias», e «justificadas» são compatíveis com a Constituição.

Comunga-se com a doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁰⁷, no sentido de que tal princípio possui natureza (além de formal, também) *material*. Portanto, integra e compõe a essência do Estado Constitucional e é parâmetro para a «afecção da própria constitucionalidade material dos atos estatais».

Luciano Feldens¹⁰⁸ indica que na doutrina e jurisprudência alemãs, a proporcionalidade é tida como *princípio inerente ao Estado de Direito*, consubstanciando-se em uma das *garantias básicas* que devem ser observadas em todo caso onde estejam periclitando direitos e liberdades fundamentais, qualificando-se, deste modo, como máxima constitucional. No Brasil, recorda o autor, o Supremo Tribunal Federal inclina-se por conceber a proporcionalidade como postulado constitucional que encontra a sua raiz material no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), em sua perspectiva substancial.

Como muito bem asseverou Gilmar Mendes¹⁰⁹,

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona

¹⁰⁵ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 87. Também em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143-144.

¹⁰⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 29-30. Também neste sentido, ver MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 143.

¹⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 30-31. Paulo Bonavides chega a elevar o princípio da proporcionalidade ao patamar de um *princípio geral de direito*. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 364.

¹⁰⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-82.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

É possível visualizar o princípio da proporcionalidade, pois a partir de um duplice enfoque, tanto como um critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção. Da noção de proteção e defesa, o princípio também avançou para a correção de omissões relevantes do Estado, correspondendo tanto à função de proibição de excesso quanto da de proibição da proteção suficiente, ambas com inegável relevância jurídico-social¹¹⁰.

Em realidade, não se pretende aqui, esgotar a análise sobre o princípio da proporcionalidade, mas tão somente, reconhecer nele uma importante ferramenta para a identificação da ilegitimidade de toda a restrição abusiva ou indevida na esfera dos direitos fundamentais da pessoa, de modo desequilibrado, imoderado, desnecessário, desmedido, ferramenta de grande utilidade a ser manejada pelo Poder Judiciário, em todas as suas instâncias.

Os direitos fundamentais, quanto à forma de seu exercício, podem entrar em conflito. Portanto, cabe ao Poder Judiciário não somente a efetivação dos direitos fundamentais, bem como a solução do conflito entre eles, muitas vezes optando por uns em detrimento de outros, diante do caso concreto. A dirimência desse conflito se constitui em um dos modernos papéis exercidos pelo Judiciário na sociedade pós-moderna.

Basta que se coloquem tais direitos, lado a lado, para se concluir que pode haver conflito entre ambos, de modo que tais direitos não poderão ser compreendidos como absolutos, nem será suficiente delimitar seu âmbito de proteção. Trata-se de normas de direitos fundamentais diferentes, atribuídos a titulares diversos, que podem colidir na aplicação¹¹¹.

Os conflitos se explicam, em boa medida, pelo reflexo no texto constitucional, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e se harmonizar em uma sociedade plural. A coexistência dessas pretensões acarreta, portanto, colisões entre diferentes comandos constitucionais, embora imbuídos de igual hierarquia¹¹². Diante disso, importante a compreensão dos limites.

¹¹⁰ Vide em SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213-214.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos no estado de direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 2, n. 17, p. 70, 1999.

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, p. 6, jan./mar. 2007.

A noção de limites dos direitos fundamentais não pode soar estranha, nem se restringe às hipóteses de restrições expressamente previstas e delimitadas no texto constitucional. Como sustenta Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho¹¹³, quando a Constituição habilita o legislador a limitar um direito fundamental, deve-se entender que não o faz somente para proteger o bem a que alude, mas também para impor outras limitações, desde que justificadas pela proteção dos demais direitos fundamentais e dos bens constitucionalmente reconhecidos.

O risco dessa concepção, no entanto, é o de se admitir uma «[...] pura ponderação entre valores ou princípios opostos, baseada em critérios verdadeiramente decisionistas»¹¹⁴. Que a solução de conflitos entre direitos fundamentais depende de uma ponderação entre os interesses em choque parece ser consenso. Há que se estabelecer, porém, um esquema metodológico que permita evitar atribuição arbitrária de maior ou menor valor a um dos direitos em tensão.

A superação dessa insegurança se pode obter através de uma jurisprudência constitucional orientada racionalmente pela máxima da proporcionalidade¹¹⁵.

Na lição de J. J. Gomes Canotilho¹¹⁶, entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar este fim deve buscar uma indelével conexão material de meios e fins.

O chamado princípio da proporcionalidade compreende três subprincípios ou momentos metodológicos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁷.

Inicialmente, verificando o pressuposto da adequação, deve o intérprete aferir, se a medida questionada representa o meio certo para a realização de um fim. Examina-se a conformidade ou validade do fim, verificando-se se a medida é suscetível de atingi-lo¹¹⁸. O

¹¹³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 26.

¹¹⁴ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 176.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 325.

¹¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 488.

¹¹⁷ Esses três subprincípios, enquanto classificação, derivados do princípio da proporcionalidade, encontram acolhida doutrinária, como se observa, e.g., na obra de SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213; OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 97 et seq. Vide, igualmente, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 396-397. Vide, igualmente, FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82.

pressuposto da adequação exige, pois, que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos¹¹⁹.

O segundo passo metodológico ou pressuposto a examinar, de acordo com o princípio da proporcionalidade, é o da necessidade, amparado na inexistência de meio mais ameno, menos interventor¹²⁰. De acordo com a exigência da necessidade, de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão¹²¹.

Finalmente, há que se perquirir sobre a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada razoabilidade. Mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional¹²². Por razoável deve-se entender tudo aquilo que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia¹²³; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum¹²⁴; aos valores vigentes em dado momento ou lugar¹²⁵.

A proporcionalidade em sentido estrito traduz-se na justa medida¹²⁶. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos¹²⁷. Exigir-se-á, pois, que o sacrifício imposto a um dos direitos fundamentais possa ser compreendido como medida ponderada, equilibrada, temperada pelo bom senso¹²⁸.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, assim, deve servir de critério prático para resolução de casos de colisão entre normas de natureza constitucional; de acordo com o princípio da proporcionalidade, que deve regular a ponderação entre interesses quando conflitarem, quanto maior for a intensidade da compressão dos direitos fundamentais em

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 43.

¹²⁰ WEINGARTNER, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 133. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82-83.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 397.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXXI (Separata), p. 365, 2005.

¹²³ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. p. 485.

¹²⁴ QUINTANA, V. Linares. *Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987. p. 122.

¹²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o devido processo legal*. Belo Horizonte: UFMG, s.d. p. 90.

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 457. FELDENS, op. cit., p. 85.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 44.

¹²⁸ Assevera Willis Santiago Guerra Filho que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que acarrete superarem as desvantagens. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989. p. 75.

presença, tanto maior deverá ser o peso das razões de interesse público mobilizadas para a sua justificação¹²⁹.

Com efeito, com enorme utilidade na presença de casos concretos, mediante indispensável ponderação entre o interesse público e o privado, norteadas sempre pelo princípio da proporcionalidade em seus três diferentes momentos, sendo este princípio de inegável relevo no cenário do processo penal e das decisões nele proferidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos institutos jurídicos trabalhados no texto, colimou-se agregar alguns subsídios teóricos no afã de incrementar a necessária intensificação de interação entre os direitos fundamentais e o processo penal.

A afirmação dos direitos fundamentais, dentre eles figurando o princípio-garantia do contraditório, significa a própria redescoberta cotidiana da *legitimidade* da intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais, no palco do processo penal. Tal legitimidade é impositiva em face da democracia, bem como consolida a existência do Estado Constitucional de perfil cooperativo.

O princípio da proporcionalidade se constitui, por certo, significativo instrumento para a salvaguarda dos direitos fundamentais do réu no processo criminal.

A atenta preservação dos direitos humanos internacionais e dos direitos fundamentais no seio do processo penal enaltece, pois, o princípio democrático, e afasta o exercício do poder estatal em face das pessoas do estigma do *arbitrio*, antítese da noção de *limitação* que caracteriza o Estado Constitucional de Direito desde o seu surgimento, e a qual nunca deve ser olvidada.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos no estado de direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 2, n. 17, 1999.

Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹²⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139.

- APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o devido processo legal*. Belo Horizonte: UFMG, s.d.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1997.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- COHEN, Joshua. *Procedure and substance in deliberative democracy*. BENHABIB, Sylva (Org.) *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principi*. Milano: Giuffrè, 1952.
- DEWEY, John. *Democracia criativa: a tarefa diante de nós* (1939). In: FRANCO, Augusto de; Progrebinschi, Thamy (Org.). *Democracia cooperativa*. Escritos escolhidos de John Dewey. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito: o que é o Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La ley del más debil*. Madri: Trotta, 1999.

- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El principio del contradictorio y la igualdad ante la ley*. In: *Constitución y proceso civil en latinoamérica*. (Capítulo 5, p. 63, 64). [en línea]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/672/6.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.
- FREITAS, Juarez. *Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, p. 324, jun. 1995.
- _____. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Reflexiones sobre los principios rectores del Proceso Penal*. In: AAVV. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cap. 4, p. 344) . [en línea]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/22.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2012.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MACCORMICK, Neil. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2003.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- MOLINARO, Carlos A. *Direito Ambiental e proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2004.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- QUINTANA, V. Linares. *Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXXI (Separata), 2005.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- WEINGARTNER, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Incumplimiento imperfecto y sus remedios

Imperfect breach and their remedies

*Valeria Techera Barreiro**-**

RESUMEN. Generalmente cuando estudiamos el incumplimiento y sus consecuencias y remedios lo hacemos en base a su clasificación en definitivo y temporal. Sin embargo, muchas veces en la práctica nos encontramos ante casos que no se encuentran incluidos en ninguna de estas dos categorías y se nos plantea el problema de determinar cuáles son los remedios que el acreedor, víctima de tal incumplimiento, tiene a su disposición. Nos referimos a aquellos casos en los que el deudor cumple pero de forma defectuosa. Este trabajo tiene por fin estudiar esta categoría de incumplimiento, tratando de delimitar su concepto y sus remedios.

PALABRAS CLAVE. Deudor y acreedor. Derecho Civil. Responsabilidad contractual. Buena fe. Uruguay.

* Abogada. Doctoranda UCA. Aspirante a Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Universidad Católica del Uruguay.

** Nota del editor: Este artículo fue presentado con anterioridad a la aparición del *Tratado jurisprudencial y doctrinario sobre incumplimiento de contrato*, La Ley Uruguay, 2013, t. I, de los profesores DE CORES-GAMARRA-VENTURINI, que trata el tema abordado en el capítulo XII.

SUMARIO. 1- Concepto de incumplimiento. 2- Clases de incumplimiento. 2.1- Incumplimiento definitivo, incumplimiento temporal e incumplimiento inexacto o defectuoso. 2.2-Trascendencia de la distinción. 3- Concepto de incumplimiento imperfecto. 3.1-Cumplimiento defectuoso y cumplimiento tardío. 3.2- Incumplimiento imperfecto y vicios redhibitorios. 3.3-Conclusión. Concepto de incumplimiento imperfecto. 4- Regulación del incumplimiento imperfecto en el derecho uruguayo. 5- los remedios del incumplimiento imperfecto. 5.1- La aceptación de la prestación. 5.1.1- *Efectos de la aceptación del cumplimiento defectuoso o parcial.* 5.1.2. *Aceptación del pago defectuoso y buena fe.* 5.2- La rectificación de la prestación. 5.3- La disminución de la contraprestación. 5.4- El rechazo de la prestación. 5.4.1-*La resolución del contrato.* 5.4.2- *¿La ejecución forzada?* 6- Otros remedios del incumplimiento imperfecto. 6.1- La suspensión temporal de la contraprestación. 7- Incumplimiento imperfecto y excepción de contrato no cumplido. 8- Incumplimiento imperfecto y cláusula penal. 8-1- La regla de la proporcionalidad de la pena. Incidencia en casos de incumplimiento imperfecto. Conclusiones

ABSTRACT. In general, when we study the breach of contract and its consequences and remedies, we refer to the classification into temporary and definitive breach. However, several times, we see cases that are not included in none of these breach classes and we have to determine which are the remedies that creditor, victim of such breach, has at his disposal to solve the situation. We make reference to those cases where the debtor complies with its obligation but in a defective manner. This article has the objective of studying imperfect or defective breach of contract, determining its concept and remedies.

KEYWORDS. Debtor and creditor. Contractual liability. Civil law. Good faith. Uruguay.

1.

CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

El art. 1448 del CCU define la paga como “el cumplimiento por parte del deudor, de la dación o hecho que fue objeto de la obligación”.

Por su parte, el art. 1458 establece que “la paga, para ser legítima, debe hacerse de la misma cosa debida y no de otra ni su valor, a no ser de consentimiento del acreedor. De otro modo no está obligado a recibirla”.

A partir del concepto de cumplimiento que surge de las normas citadas podemos encontrar una definición de lo que se considera incumplimiento en nuestro derecho. Esto es, si el cumplimiento consiste en que el deudor entrega, realiza o no realiza, exacta y puntualmente lo que se obligó a dar, hacer, o no hacer, el incumplimiento se da siempre que el deudor no cumple con lo acordado tanto sea porque directamente no realizó su prestación, o porque la realizó tarde o porque lo hizo defectuosamente. En este sentido, Gamarra enseña que “habrá incumplimiento no solo cuando el deudor no realizar la prestación debida (...), sino también cuando la prestación se realiza imperfectamente (...) o incluso cuando el deudor se atrasa o demora en el cumplimiento (...).¹

De acuerdo a las reglas que rigen el cumplimiento, el acreedor no está obligado a recibir algo distinto a lo acordado. Es decir, el acreedor tiene, en principio, derecho a no aceptar la entrega, realización o no realización, de algo distinto a lo pactado por parte del deudor. Más adelante explicaremos porqué afirmamos que el acreedor tiene “en principio” este derecho a rechazar el cumplimiento defectuoso del deudor.

¹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 69

2.

CLASES DE INCUMPLIMIENTO

La doctrina clasifica al incumplimiento en dos categorías, definitivo y temporal. El criterio de distinción de ambos tipos de incumplimiento es para la doctrina mayoritaria, encabezada por Gamarra, la posibilidad o imposibilidad objetiva de ejecución de la prestación. Esto es, el incumplimiento es definitivo cuando existe certeza de que la obligación no podrá cumplirse en el futuro. Cuando la ejecución de la obligación es posible, aunque sea fuera del plazo pactado por las partes, el incumplimiento no es definitivo sino temporal².

Por su parte, Carnelli³, diferencia ambos tipos de incumplimiento basándose en el interés del acreedor. Esto es, aún en aquellos casos en los que la obligación sea posible desde el punto de vista objetivo, el incumplimiento será definitivo si el acreedor perdió interés en el cumplimiento de la prestación. En este trabajo nos basaremos en el criterio de distinción propuesto por la doctrina mayoritaria.

Además de estos dos tipos de incumplimiento, definitivo y temporal, Gamarra, en su Tratado, agrega una tercer clase de incumplimiento al que llama inexacto, explicando que *“esta categoría abarca todos los casos en que el deudor realiza la prestación aunque de forma imperfecta”*.⁴

2.1. INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO, INCUMPLIMIENTO TEMPORAL E INCUMPLIMIENTO INEXACTO O DEFECTUOSO

Como dijimos anteriormente, el incumplimiento es definitivo cuando existe certeza de que la obligación debida no se puede cumplir. Se trata de un dato objetivo, la obligación es o no objetivamente pasible de ser cumplida. En este tipo de incumplimiento no hay posibilidad de cumplimiento futuro (ej. Hipótesis de imposibilidad del pago previstas en el art. 1550⁵ del CCU).

Por su parte, el incumplimiento es temporal cuando siendo aún posible la realización de la prestación, ésta no es realizada en el plazo pactado por las partes. En palabras de Gamarra, el incumplimiento temporal se configura cuando *“la prestación sigue siendo posible,*

² GAMARRA, Jorge, *Responsabilidad Contractual*, T I, FCU, Montevideo, 1996, p. 63.

³ CARNELLI, Santiago “Función y Ubicación de la mora del deudor”, en *ADCU*, T XXIII, FCU, Montevideo, 1993 p. 490.

⁴ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 71.

⁵ GAMARRA, Jorge, *Responsabilidad Contractual*, T I, FCU, Montevideo, 1996, p. 63.

*y el deudor “demora” la ejecución (art. 1342) o “retarda” la entrega (art. 1668 inc. 2), nos encontramos ante la inobservancia de la modalidad temporal de la obligación; la obligación debía cumplirse en tal o cual época y el deudor no realiza la prestación”.*⁶

El incumplimiento temporal entonces, atañe únicamente al elemento temporal de la obligación. Cuando ésta no se cumple en el momento acordado, pero el deudor tiene la posibilidad de cumplirla de manera tardía.

El incumplimiento es imperfecto cuando el deudor cumple su prestación pero defectuosamente. Esto es, entrega una cosa cualitativa o cuantitativamente diferente a la pactada. La hipótesis de incumplimiento imperfecto o inexacto es difícil de incluir en una de las categorías de incumplimiento anteriormente referidas ya que tiene componentes de ambos tipos de incumplimiento. Por un lado, es definitivo en cuanto la obligación ya fue realizada pero de manera defectuosa, y por otro lado, es temporal en cuanto a que la misma puede ser rectificadas y por tanto su cumplimiento, aunque tardío, es aún posible.

El punto está en que el criterio que distingue el incumplimiento temporal del definitivo no es aplicable al incumplimiento imperfecto. Esta última clase de incumplimiento es independiente de las otras dos, y no surge como consecuencia de la aplicación del criterio de la posibilidad o no del cumplimiento futuro de la prestación, sino que surge como una consecuencia inevitable del cumplimiento defectuoso del deudor. La rectificación del incumplimiento inexacto, esto es, el cumplimiento exacto de la obligación, será o no posible dependiendo de cada caso concreto.

2.2. TRASCENDENCIA DE LA DISTINCIÓN

La trascendencia de la distinción entre incumplimiento temporal y definitivo radica en la necesidad o no de la constitución en mora del deudor, lo cual se requiere en el incumplimiento temporal pero no en el definitivo. La mora es ajena al incumplimiento definitivo, ya que siendo ésta una invitación a cumplir, es inaplicable a casos en los que el cumplimiento es imposible.

Otro aspecto trascendente de la distinción radica en los remedios previstos por el legislador para cada hipótesis de incumplimiento. Mientras en casos de incumplimiento temporal el acreedor tiene la opción de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, en el incumplimiento definitivo la primera de las opciones mencionadas no existe porque por definición, el cumplimiento ya no es posible. Dentro de este aspecto, también existen

⁶ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 66.

diferencias en cuanto a los daños indemnizables en cada caso. En pocas palabras, cuando el incumplimiento es temporal y se reclama el cumplimiento, el acreedor tiene derecho a la reparación de los daños causados por la demora, mientras que en casos de incumplimiento definitivo donde la única opción es reclamar la resolución del contrato, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por todos los daños causados por el incumplimiento (obviamente aquellos daños que reúnan los caracteres de indemnizables conforme a las reglas del art. 1346 del CCU).

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el incumplimiento es inexacto? Como veremos más adelante, el legislador ha previsto remedios especiales para casos en los que el cumplimiento del deudor es defectuoso. Estos remedios exceden los previstos en el art. 1431 del CCU, no se limitan únicamente a la resolución o ejecución forzada del contrato. He aquí entonces la trascendencia de identificar aquellos casos de incumplimiento inexacto, ya que en tales circunstancias el acreedor contará con un abanico de posibilidades mayor para remediar la situación de incumplimiento.

3.

CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

Dado que como viene de decirse, el incumplimiento imperfecto es una clase especial de incumplimiento y que como tal recibe un tratamiento particular por parte de la ley, resulta sumamente importante delimitar un concepto del mismo.

Como ya dijimos, el incumplimiento es inexacto cuando el deudor realiza la prestación de manera defectuosa, pero ¿en qué consiste cumplir defectuosamente? En este apartado intentaremos dar respuesta a esta pregunta.

Gamarra enseña que el incumplimiento inexacto puede concretarse de dos maneras: cualitativa o cuantitativamente⁷. Consideramos que el incumplimiento es cualitativamente imperfecto cuando se realiza la prestación pero sin cumplir con todas las condiciones acordadas. Por ejemplo cuando se entrega una cosa que no reúne todas las características pactadas. Sin embargo, el incumplimiento es inexacto desde el punto de vista cuantitativo, por ejemplo, en casos de pago parcial (cuando el mismo no fue pactado en el contrato, art. 1459 CC), o cuando el deudor entrega la cosa acordada pero en menor cantidad.

⁷ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 74.

3.1. CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y CUMPLIMIENTO TARDÍO

Para comenzar a acercarnos a un concepto de incumplimiento imperfecto debemos, primeramente, aclarar que para que el incumplimiento sea inexacto, la imperfección o defecto del cumplimiento debe radicar en un elemento diverso al temporal, es decir, no es incumplimiento imperfecto sino temporal el cumplimiento de la obligación de manera tardía. Si el deudor realiza la obligación debida, tanto en calidad como en cantidad, pero en un momento distinto al pactado, el cumplimiento no es inexacto sino tardío, y como consecuencia de ello, el acreedor tiene la obligación de aceptar el cumplimiento (siempre que no sea un caso de plazo esencial y no se haya presentado la demanda resolutoria conforme a la posición de Gamarra) y tendrá derecho a reclamar los daños causados por la demora en la ejecución (art. 1341 inc. final).

El art. 1458 establece que la paga debe ser de la misma cosa debida y no de otra ni su valor. Por su parte, el art. 1459 dispone que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes el pago de una deuda, aunque sea divisible.

De la lectura conjunta de ambas normas, vemos que el concepto de paga se conforma de dos elementos, uno cuantitativo y otro cualitativo. La paga para ser legítima debe cumplir con la calidad y cantidad pactada. Sin embargo, el elemento temporal no ha sido considerado para determinar la legitimidad o no del cumplimiento. Muy contrariamente, en nuestro sistema, lejos de ser ilegítima la paga tardía, el acreedor está obligado a aceptarla (antes de la demanda resolutoria según Gamarra). Es decir, el deudor puede cumplir legítimamente tarde y el acreedor está por ello obligado a aceptar el cumplimiento.

En síntesis, el cumplimiento fuera de la fecha acordada no lo vuelve imperfecto sino simplemente tardío, siempre y cuando claro está, de que la prestación se cumpla de acuerdo a lo convenido, tanto cualitativa como cuantitativamente. El elemento temporal entonces no forma parte de la definición de incumplimiento imperfecto.

3.2. INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO Y VICIOS REDHIBITORIOS

Otra distinción importante a realizar, es entre incumplimiento imperfecto y vicios redhibitorios, o dicho con otras palabras, es diferente hablar de falta de calidad de la cosa que de vicios ocultos.

Gamarra ha ya enseñado la diferencia entre ambas hipótesis. Mientras la entrega de una cosa que no cumple con la calidad debida se rige por las normas del incumplimiento,

los vicios ocultos responden a un sistema de garantías⁸. Explica el Maestro que “cuando la cosa vendida es una cosa defectuosa, y cuando el defecto incide sobre el uso, nos encontramos en el dominio de la garantía. La falta de calidad de la cosa se vincula a la determinación del objeto”⁹.

La importancia de la distinción radica en el régimen jurídico aplicable. Una situación que encuadra dentro de la garantía por vicios ocultos le da al acreedor los remedios previstos para tal garantía: resolución del contrato (acción resolutoria) o rebaja del precio (acción estimatoria). El acreedor no puede pedir el cumplimiento forzado porque nos encontramos fuera del ámbito del incumplimiento, ni puede hacer uso de la excepción de contrato no cumplido, ni puede reclamar en principio la indemnización de los daños y perjuicios (con excepción de los gastos cuando el acreedor opta por la rescisión del contrato). Otra diferencia por demás relevante es el plazo que el acreedor tiene para accionar. Mientras las acciones por vicios ocultos deben ser iniciadas dentro del plazo de seis meses desde que se entregó la cosa, las acciones por incumplimiento tienen un plazo de prescripción de 20 años.

Esta distinción que parece ser tan clara en la teoría se vuelve muy compleja en la práctica, ya que es muy delgada y gris la línea que separa ambos regímenes. A su vez, el breve plazo de caducidad de las acciones redhibitorias muchas veces lleva a que una hipótesis clara de vicios ocultos sea tratada como un caso de falta de calidad de la cosa para permitir la protección del acreedor. Es así que cuando se trata de obligaciones de entregar una cosa, la jurisprudencia tiende a solucionar los problemas unificando ambos regímenes.

De Cores ilustra muy bien este fenómeno citando la sentencia del TAC 6 N° 297/2008. En ese caso, el comprador dedujo acción redhibitoria y pago de multa por haber comprado un auto de 17 hp y haber recibido uno de 14 hp. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción redhibitoria pero no al cobro de multa por entender que estando en el ámbito de las garantías no es procedente la aplicación de la multa por incumplimiento. En cambio, en segunda instancia se confirma la sentencia de primera instancia en cuanto hace lugar al saneamiento por vicios ocultos, pero además se condenó al cobro de la multa por considerar que existió incumplimiento ya que se entregó una cosa de distinta calidad a la pactada.¹⁰

El citado autor en su trabajo en el tomo XL del Anuario explica cómo en el mundo el régimen de los vicios ocultos ha quedado, de alguna manera, absorbido por el del incumplimiento imperfecto, unificándose de esa forma ambas regulaciones. Lo mismo señala Vidal

⁸ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T III, V2, FCU, Montevideo, 2009, p. 115 y ss.

⁹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T III, V2, FCU, Montevideo, 2009, p.116.

¹⁰ DE CORES, Carlos, “Responsabilidad Contractual por cumplimiento defectuoso”, *ADCU*, T XL, FCU, Montevideo, 2010, p. 896.

en referencia a Chile: *“Una reciente sentencia de la Corte Suprema recoge implícitamente un concepto amplio de incumplimiento, comprensivo, incluso, de los vicios redhibitorios, tratados como un cumplimiento imperfecto que produce unos efectos especiales, distintos de los generales. La sentencia califica a la acción redhibitoria o rescisoria como resolutoria especial. Según el sentenciador no hay vicio oculto, sino cumplimiento imperfecto, que produce los efectos generales de todo incumplimiento, cuando el vendedor no entrega la cosa realmente vendida, sino otra que no reúne los requerimientos del comprador. El vendedor entregó un aliud pro alioy con ello cumple, pero lo hace imperfectamente, infringiendo la regla de art. 1828, que le obliga a la entrega de lo que reza el contrato. En el caso, acción redhibitoria o rescisoria como resolutoria especial. En el caso, el vendedor entrega al comprador sal en una concentración distinta a la por él requerida (sal nitrificada en una concentración de 0,8% y el vendedor entregó sal de cura en una concentración cercana al 8,0%). Apoyado en ese incumplimiento el comprador demandó la resolución del contrato por incumplimiento, más la indemnización de daños conforme el art. 1489 del Código Civil y, subsidiariamente, la rescisión de contrato por vicio redhibitorio. El tribunal falla que la sanción que debe aplicarse al vendedor por entregar una cosa distinta a la debida, que no sirve para el objeto que buscaba el comprador, es la resolución, considerando que el incumplimiento reúne la exigencias del art. 1489 del Código Civil y da lugar, además, a la indemnización de daños”¹¹.*

Sin perjuicio de lo anterior, el tema del incumplimiento imperfecto es mucho más amplio que el de los vicios ocultos, por lo que, aun cuando admitiéramos la unificación de soluciones, nos quedarían situaciones sin resolver, como cuando la obligación no es de entregar una cosa. Esto es claramente apuntado por Vidal, quien al hablar de la falta de atención que el legislador ha dado al incumplimiento imperfecto expresa que *“Esta falta de atención muy probablemente obedezca al modelo de obligación relevante para nuestro codificador, el de las obligaciones de dar específicas, en el que los cumplimientos imperfectos tienden a identificarse con los vicios redhibitorios. Sin embargo, la noción de cumplimiento defectuoso o imperfecto es más amplia que la de vicio redhibitorio, al comprender toda falta de conformidad de la prestación. Los vicios ocultos tienen un ámbito más limitado, se aplican a las obligaciones dar una especie o cuerpo cierto, discutiéndose si alcanzan, o no, a las genéricas. De esta forma, toda anomalía cualitativa de la prestación que no caiga en el ámbito de los vicios ocultos constituye cumplimiento defectuoso y produce los efectos generales del incumplimiento”¹².*

¹¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

¹² VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

3.3. CONCLUSIÓN.

CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

De todo lo expresado en este apartado podemos concluir que: (i) existe incumplimiento imperfecto cuando el deudor cumple su obligación pero de manera defectuosa; (ii) el defecto del cumplimiento debe ser cualitativo o cuantitativo y no solamente temporal; (iii) el incumplimiento imperfecto no se limita a las obligaciones de dar, también puede existir un cumplimiento defectuoso de una obligación de hacer (por ejemplo en caso que se contrate una banda de músicos para que canten diez canciones y éstos canten nueve, o que se contrate a una empresa transportista para que cargue y traslade 1000 toneladas de mercadería y solamente cumpla su obligación respecto de 800 toneladas, etc).

4.

REGULACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO EN EL DERECHO URUGUAYO

El incumplimiento imperfecto o inexacto no ha sido objeto de mayor atención por parte de la doctrina, y sin embargo, tal como dice Alvaro Vidal, es el que mayores problemas acarrea a la hora de encontrar una solución a los conflictos existentes entre los contratantes.¹³

A diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el derecho chileno donde el incumplimiento inexacto está expresamente reconocido por el codificador¹⁴, en Uruguay el legislador ha previsto soluciones especiales para casos específicos de cumplimiento defectuoso pero sin referirse a él de manera genérica.

La referencia más clara al incumplimiento imperfecto en el Código Civil la encontramos en el art. 1848 en sede de arrendamiento de obra, el que establece que si la obra no se verificó en las condiciones debidas, el obrero debe ejecutarla de nuevo o devolver el precio que menos valiese.

Fuera del Código Civil, la Ley de relaciones de consumo hace indirecta referencia al incumplimiento imperfecto en su art. 33 B) estableciendo que ante el incumplimiento del

¹³ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista", *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

¹⁴ Art. 1556 del Código Civil Chileno: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

proveedor, el consumidor puede aceptar otro producto o servicio o la reparación por equivalente. Gamarra¹⁵ señala que esta norma es incomprensible ya que otorga al consumidor una opción que ya está prevista por las reglas generales, salvo que se la tome como una solución especial para casos de incumplimiento inexacto. Al decir de DeCores, la ley de relaciones de consumo regula de manera defectuosa el cumplimiento defectuoso.¹⁶

Por otra parte, como bien refiere De Cores, existen previsiones expresas al incumplimiento imperfecto en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercadería, ratificada por nuestro país e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por ley 16.879. Esta norma establece remedios específicos para el cumplimiento defectuoso como la reparación de los productos, la rebaja del precio o la aceptación de los bienes defectuosos e indemnización de los daños y perjuicios.¹⁷

Cabe preguntarse si estas soluciones especiales previstas para determinados contratos y en determinados casos, son aplicables a otras hipótesis no previstas. Gamarra se inclina por una respuesta afirmativa, no solo por razones que derivan de una interpretación analógica o extensiva, sino incluso por la valoración que corresponde a esta especie de incumplimiento.¹⁸

5.

LOS REMEDIOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

Los arts. 1458 y 1459 consagran el principio general según el cual el acreedor no tiene la obligación de aceptar una cosa diversa a la pactada ni de recibir pagos parciales. Si bien el art. 1458 parece referir únicamente a las obligaciones de dar, es incuestionable que el principio de identidad consagrado en dicha norma es aplicable a todo tipo de obligaciones.¹⁹

Por tanto, el primer remedio con que cuenta el acreedor ante un cumplimiento defectuoso del deudor es rechazar la prestación y reclamar la resolución del contrato, ya que el cumplimiento defectuoso es también incumplimiento.

¹⁵ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 75, citado por DE CORES, Carlos, “Responsabilidad Contractual por cumplimiento defectuoso”, *ADCUT* XL, FCU, Montevideo, 2010, p. 893.

¹⁶ DE CORES, Carlos, “Responsabilidad Contractual por cumplimiento defectuoso”, *ADCUT*, T XL, FCU, Montevideo, 2010 Pág. 893.

¹⁷ DE CORES, Carlos “Responsabilidad Contractual por cumplimiento defectuoso”, *ADCUT* XL, FCU, Montevideo, 2010, Pág. 896.

¹⁸ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 78.

¹⁹ BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, T II, FCU, Montevideo, 2000, p. 211.

Sin embargo, pese a los defectos del cumplimiento, puede ser que el acreedor prefiera aceptar igualmente la realización de la prestación, por ejemplo, para mitigar daños. Es aquí donde existen remedios novedosos. Cuando el acreedor acepta la prestación defectuosa tiene derecho a pedir su posterior rectificación o a solicitar la reducción de la contraprestación.

Gamarra indica que son entonces tres los remedios contra el incumplimiento inexacto: la resolución del contrato, la rectificación de la prestación inexacta y la reducción de la contraprestación.²⁰

5.1. LA ACEPTACIÓN DE LA PRESTACIÓN

5.1.1. Efectos de la aceptación del cumplimiento defectuoso o parcial

Como se dijo anteriormente, ante un incumplimiento imperfecto, el acreedor puede aceptar o rechazar la prestación.

En este capítulo nos centraremos en estudiar los remedios que tiene el acreedor en caso de optar por aceptar la prestación. Un primer problema que se nos presenta es analizar el alcance y efectos de la aceptación de un pago defectuoso o parcial.

La cuestión se plantea cuando el acreedor acepta el pago con defectos sin realizar reserva alguna. La aceptación del pago defectuoso sin reservas, ¿libera al deudor?

La jurisprudencia ha respondido a esta pregunta con dos posiciones antagónicas. Por un lado, quienes sostienen que es una carga del acreedor manifestar su disconformidad con lo recibido por el deudor y la omisión de ello conlleva consecuencias desfavorables a su interés ya que conforme al art. 1466 del CCU la paga extingue la obligación. Por otro lado, se ha sostenido que el art. 1466 refiere a la paga y la paga debe ser de la misma cosa debida, por lo que la aceptación sin reservas no priva al acreedor de reclamar con posterioridad.²¹

Gamarra considera peligrosa la posición jurisprudencial que sostiene que la aceptación del cumplimiento defectuoso sin reservas precluye la facultad de reclamar con posterioridad el cumplimiento, y cita a Realmonte, quien sostiene que únicamente cuando el excepcionante declaró expresamente que se hallaba conforme con la prestación recibida es que no podrá oponer la excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, la misma procede cuando el acreedor aceptó sin decir nada o con la reserva de verificar luego.²²

²⁰ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 77.

²¹ GAMARRA, Raúl, *Obligaciones y cuasicontratos*, FCU, Montevideo, 2009, p. 300.

²² GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVIII, FCU, Montevideo, 2006, p. 118.

Por nuestra parte, entendemos que el único cumplimiento que libera totalmente al deudor es el cumplimiento de la cosa debida. El cumplimiento con defectos no libera totalmente al deudor a menos que el acreedor lo libere de forma expresa, ya que, aun cuando el acreedor lo acepte sin reservas, éste tendrá derecho luego a los remedios previstos para el incumplimiento imperfecto que veremos más adelante.

5.1.2 Aceptación del pago defectuoso y buena fe

Si bien la doctrina y parte de la jurisprudencia son contestes en que el acreedor que acepta sin protesta el cumplimiento con defectos mantiene su derecho de reclamar luego, este derecho encuentra su límite en el principio de buena fe, especialmente en el deber de no contradecirse, lo que es conocido como “teoría del acto propio”.

Esto nos lleva a analizar en cada caso la tempestividad de la protesta del acreedor, tanto sea para rechazar el cumplimiento como para reclamar su rectificación o la rebaja del precio. En este sentido explica Gamarra que *“Es cuestión de hecho determinar el tiempo dentro del cual la protesta debe emitirse para ser eficaz; puede suceder, por ejemplo, que la prestación recibida obligue a ciertas diligencias para comprobar su exactitud; si así no fuere habrá que apreciar la tempestividad de la protesta...”*²³

Sería contrario a la buena fe que el acreedor acepte sin protesta el cumplimiento imperfecto y no emita objeción alguna durante un tiempo que conforme a las circunstancias del caso concreto sea suficiente, creando así la confianza en el deudor de que se ha liberado de su obligación y de cualquier otra pretensión del acreedor en relación a dicho cumplimiento, y que posteriormente, cuándo le sea conveniente, el acreedor objete el cumplimiento, tanto sea para rechazarlo como para reclamar su rectificación, indemnización de daños, etc.

Señala Gamarra que el valor de la buena fe en este punto *“no radica principalmente en la incoherencia o contradicción; es inmoral adoptar una conducta que sabe será interpretada como cumplimiento perfecto por parte del deudor (confianza), y mantener oculto el propósito de cuestionarlo posteriormente. De ahí la necesidad de la “carga activa” que impone la buena fe, descubriendo su pensamiento desde el principio; lo censurable es no denunciar de inmediato la irregularidad, y en lugar de ello engañar a la otra parte haciéndole creer que, a su juicio, está cumpliendo correctamente”*.²⁴

Consideramos que cuando el acreedor acepta una prestación pero sin conocer sus defectos, no precluye su legitimación para rechazar luego la prestación, siempre y cuando lo

²³ GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011, p. 27.

²⁴ GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011, p. 27.

haga en un plazo razonable y en circunstancias acordes a la buena fe. Cabe por ello precisar que los remedios que estudiaremos a continuación refieren a la hipótesis en la cual el acreedor acepta la prestación imperfecta siendo consiente de que la misma es defectuosa.

De acuerdo a todo lo anterior, podemos concluir que en principio, la aceptación de un cumplimiento con defectos por parte del acreedor no precluye su derecho de ejercer luego cualquiera de los remedios que tiene a su disposición ante este tipo de incumplimiento, encontrando como único límite el deber de actuar de buena fe, el que deberá ser analizado en cada caso concreto.

5.2. LA RECTIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN

El derecho del acreedor de reclamar la rectificación de la prestación cumplida de manera imperfecta es uno de los remedios específicos previstos por la ley para el incumplimiento inexacto. Se encuentra regulado en sede de arrendamiento de obra, pero es extendido por la doctrina a todos los casos de incumplimiento imperfecto.

El art. 1848 del CCU establece que una vez culminada la obra *“si resultare no haberse verificado la obra en la forma debida, tiene el obrero que ejecutarla de nuevo (...), con indemnización de daños y perjuicios”*.

La aceptación de la prestación con defectos por parte del acreedor (cuando éste es consiente de los defectos) libera al deudor de su obligación originaria pero puede nacer una nueva pretensión del acreedor tendiente a la rectificación de la prestación imperfecta.²⁵

El acreedor por determinadas circunstancias, como puede ser la mitigación de daños, puede decidir aceptar la prestación con defectos y luego reclamar su rectificación. Por ejemplo, en caso de haber contratado la instalación de un software para un determinado evento y éste es instalado pero no funciona correctamente, el acreedor puede aceptarlo y pagar por él para llevar adelante el evento y reclamar luego su rectificación. El deudor se libera con la instalación defectuosa, pero nace luego otra pretensión del acreedor tendiente a la corrección de los defectos de la prestación e indemnización de los daños causados por el incumplimiento imperfecto.

Cuando el cumplimiento parcial es cuantitativo, se verifica la extinción parcial de la obligación²⁶. El acreedor que acepta un pago a cuenta libera al deudor en relación a la suma entregada pero no así del resto adeudado.

²⁵ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguay*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, Pág. 77.

²⁶ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguay*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, Pág. 77.

5.3.LA DISMINUCIÓN DE LA CONTRAPRESTACIÓN

El segundo remedio previsto para el caso de aceptación de la prestación defectuosa es la disminución de la contraprestación. En efecto, el art. 1848 ya citado establece que “*si resultare no haberse verificado la obra en la forma debida, tiene el obrero que ejecutarla de nuevo o devolver el precio que menos valiese, con indemnización de daños y perjuicios*”.

Gamarra indica que este es un remedio general ya que el legislador recurre al mismo en reiteradas oportunidades. Por ejemplo, en el ámbito del saneamiento por vicios ocultos el acreedor tiene la opción de resolver el contrato o reclamar la reducción de la contraprestación, sea el precio de la compraventa o el alquiler del arrendamiento (arts. 1710, 1717, 1720, 1803). La misma solución está consagrada en caso de imposibilidad parcial fortuita anterior o posterior al contrato (art. 1672 y 1805).²⁷

También podemos citar el art. 1692 del CCU que dispone que el vendedor está obligado a entregar la superficie indicada en el contrato y en caso de que la superficie resulte menor debe completarla, pero si ello no fuere posible deberá rebajar el precio proporcionalmente.

En esta hipótesis, como en la anterior, el deudor se libera, pero puede nacer una nueva pretensión del acreedor tendiente a disminuir la obligación que él tiene a su cargo tomando en consideración los defectos del cumplimiento que recibió.

Es un derecho potestativo del acreedor pedir la rectificación o la disminución de la contraprestación, aunque a veces una u otra no será fácticamente posible en cuyo caso solamente le quedará una de las opciones.

Si por ejemplo la obra que se encargó fue la carga de 3000 toneladas de pescado en un barco para ser trasladadas a China, y se cargaron 2000, el acreedor podrá igualmente aceptar el cumplimiento inexacto y reclamar luego la carga de las 1000 restantes o la rebaja del precio del arriendo en proporción a las toneladas efectivamente cargadas. Si la carga debía ser entregada en una determinada fecha y los compradores chinos no aceptan una entrega posterior, entonces el acreedor solo podrá reclamar la rebaja del precio y no así la rectificación de la prestación. Estamos ante un tema fáctico y no de derechos. El acreedor siempre tiene el derecho de optar pero a veces tal derecho se verá limitado por aspectos prácticos como sucede en el caso anteriormente referido.

²⁷ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 76, nota al pie n° 17.

5.4. EL RECHAZO DE LA PRESTACIÓN

5.4.1. La resolución del contrato

Dado que el incumplimiento imperfecto configura incumplimiento, es de aplicación el art. 1431 que otorga al acreedor la posibilidad de reclamar la resolución del contrato. Ahora bien. En este ámbito rigen los principios generales de la resolución del contrato por incumplimiento. No cualquier incumplimiento autoriza a resolver el contrato sino que éste debe ser grave. Por tanto, para resolver el contrato, el defecto del cumplimiento del deudor debe ser importante.

Para determinar cuándo el defecto es lo suficientemente grave para resolver el contrato debemos acudir a los conceptos manejados por la doctrina y jurisprudencia respecto de la entidad y características que debe revestir el incumplimiento para dar lugar a la resolución del contrato.

Vidal señala que el defecto es grave “*cuando hace desaparecer para el acreedor la utilidad que para él ese contrato –el incumplido– representa, sin perjuicio que subsista o no su interés en conseguir la realización de la prestación o, bien, le priva de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del mismo con tal que ese resultado haya sido previsible al tiempo de la celebración del contrato. Esta noción de defecto importante o grave se vincula con el incumplimiento resolutorio del artículo 1489 Código Civil. La doctrina y jurisprudencia reservan la resolución por inejecución para incumplimientos de cierta gravedad o entidad, limitando así el ejercicio de la facultad de resolver para aquellos casos en los que el incumplimiento incide en obligaciones esenciales o cuando en sí es grave*”.

5.4.2. ¿La ejecución forzada?

De las palabras de Gamarra parece desprenderse que si el acreedor rechaza la prestación el único remedio que tiene es la resolución del contrato, y para ello, como vimos, el defecto debe ser grave. Cabe preguntarse si el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación y luego reclamar su ejecución forzada.

Como veremos en el siguiente apartado, uno de los remedios específicos del incumplimiento imperfecto es la rectificación de la prestación. Cuando el acreedor acepta la obra con defectos el deudor se libera de su obligación pero puede nacer luego otra pretensión del acreedor a la rectificación de la prestación imperfecta.²⁸

²⁸ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 77.

La cuestión radica entonces en definir si este remedio especial desplaza la otra opción del art. 1431, la ejecución forzada específica.

5.4.2.4. *Trascendencia de la cuestión*

La respuesta que se le de a la pregunta arriba señalada no es meramente teórica, sino que tendrá efectos prácticos, particularmente en relación a los daños reclamables.

Como dijimos citando a Gamarra, la aceptación del acreedor de la prestación defectuosa libera al deudor de su obligación, sin perjuicio del derecho del acreedor de reclamar la rectificación o rebaja del precio y los daños. En este caso los daños indemnizables serán únicamente aquellos causados por el defecto que la cosa presente, los cuales probablemente sean de menor entidad de aquellos que causaría un incumplimiento total o grave del contrato.

La aceptación del acreedor de la prestación con defectos implica, además, que el deudor cumpla con su obligación en el plazo pactado, no incurriendo en incumplimiento temporal.

Si admitimos que el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación defectuosa y luego reclamar su cumplimiento, hasta tanto el deudor cumpla de manera perfecta se devengarán daños moratorios, es decir, los daños causados por la demora en el cumplimiento, los cuales no existirían si el acreedor hubiere aceptado la prestación imperfecta. En caso de rechazo de la prestación, el deudor deberá cumplirla de manera exacta e indemnizar al acreedor todos los daños causados por la demora en el cumplimiento. Como vemos, la situación del deudor se ve agravada en esta hipótesis.

A los efectos de analizar esta cuestión, nos parece adecuado distinguir las situaciones en las que el defecto es grave, de aquellas en las que no lo es.

5.4.2.2. *Procedencia del rechazo de la prestación y posterior ejecución forzada en caso de defecto grave*

Cuando el defecto es grave y el acreedor no quiere aceptar la prestación, ¿la única solución es resolver el contrato, o puede también optar por solicitar su ejecución específica?.

Conforme a los principios generales, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede resolver el contrato o pedir su ejecución forzada, pero la resolución solo es posible cuando el incumplimiento es grave. Esto no implica que el incumplimiento grave no habilite a solicitar la ejecución forzada.

El art. 1431 consagra estas dos opciones a favor del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, limitándose la opción de resolución a los casos de gravedad del incumplimiento.

Por su parte, el art. 1848 en sede de arrendamiento de obra cuyas soluciones se aplican en general para todo caso de incumplimiento imperfecto establece que si la obra no reúne las condiciones pactadas el obrero la tiene que ejecutar de nuevo, lo que Gamarra llama acción de rectificación, o reducir el precio, acción de reducción de la contraprestación. La norma regula la hipótesis de cumplimiento defectuoso desde el lado del deudor. Establece cuáles son las obligaciones de éste para reparar ese defecto. La norma no limita las opciones del acreedor a estas dos acciones, sino que establece estos dos deberes del obrero que se traducen en dos pretensiones diversas del acreedor que, obviamente ha previamente aceptado la obra, pero no lo obliga a aceptarla.

Consideramos que esta norma no impide la aplicación del art. 1431 para casos de incumplimiento imperfecto, y así lo dice Gamarra al incluir la resolución del contrato como uno de los remedios del acreedor en estas situaciones. Pero debemos ir más allá, no existe razón alguna que prive al acreedor de la segunda opción del art. 1431. Éste puede rechazar la obligación, ya que de acuerdo al art. 1458 no está obligado a recibir algo distinto a lo pactado, y luego reclamar su ejecución forzada.

No es lo mismo aceptar la prestación defectuosa liberando al deudor y luego reclamar su rectificación, que rechazarla y luego pedir su ejecución forzada.

En nuestra opinión, en caso de defecto grave es el acreedor el que decide qué remedio satisface mejor su interés. Es un derecho potestativo de éste reclamar en base al principio general del art. 1431, (resolver el contrato o ejecutarlo forzosamente) o en base a los remedios especiales previstos para el incumplimiento imperfecto (reducción de la contraprestación o rectificación de la prestación). Entendemos que si el defecto es grave el acreedor no tiene obligación de aceptar la prestación para luego reclamar su rectificación. El acreedor puede rechazarla y luego pedir su cumplimiento forzado.

En este sentido se pronuncia Vidal al expresar que: *“Los principios de la conservación de contrato y de la buena fe objetiva del art. 1546 del Código Civil obligan al acreedor a aceptar y conservar una prestación defectuosa o no conforme siempre y cuando el incumplimiento no sea grave habida cuenta su interés contractual. Si lo es, el acreedor podrá resolver el contrato o rechazar la prestación y exigir su sustitución”*²⁹.

²⁹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad

5.4.2.3- Procedencia del rechazo de la prestación y posterior ejecución forzada en caso de defecto no grave

Queda ahora por analizar aquellos casos en los que el defecto que presenta la prestación del deudor no es grave. ¿Puede en ese caso el acreedor rechazarla y pedir luego su ejecución forzada?

Quien ha estudiado este punto es Vidal respecto al derecho Chileno. Este autor entiende que si el defecto no es grave, el acreedor tiene la obligación de aceptar la prestación defectuosa en virtud del principio de conservación del contrato y buena fe. En sus propias palabras dice el autor que *“Esa falta de coincidencia o de conformidad a la que me refiero constituiría una forma de incumplimiento y, por consiguiente, abriría paso a los efectos que le son propios.*

Siendo así y pese a lo tajante de la disposición del artículo 1569, el acreedor debería conservar la prestación no conforme en la medida que ella sea igualmente idónea para la satisfacción de su interés, eso sí, sin perjuicio de su derecho a reclamar la indemnización de daños o, incluso, la reparación o corrección de la prestación imperfecta. Pero si la falta de coincidencia obsta definitivamente a la realización del interés del acreedor, este podría resolver el contrato ex art. 1489 Código Civil o exigir la sustitución de la prestación, siempre que sea procedente. Si el rechazo es infundado y el acreedor resuelve será él mismo, en su calidad de deudor, quien habrá incumplido el contrato, quedando sujeto a la consiguiente responsabilidad y al ejercicio de los restantes remedios de que dispone el acreedor afectado.

La regla de la identidad del pago se mantiene, solo se le da una lectura diversa. En las obligaciones con objeto fungible la identidad de la cosa o hecho viene determinada por su idoneidad para la satisfacción del interés de acreedor; de manera que el rechazo de una prestación que no coincida de manera plena debe justificarse precisamente en que ella no es apta para dicha satisfacción, o lo que es igual, que al acreedor se le está entregando una cosa distinta de la debida, sin que se le pueda obligar a recibirla, ni aun a pretexto de que sea de igual o mayor valor”.³⁰

Para ilustrar su posición el autor pone el siguiente ejemplo: En una compraventa entre una empresa –dedicada al armado de computadores y su venta posterior en el mer-

de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013)

³⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013”

cado— (en adelante el comprador) y una importadora de partes y piezas necesarias para ese objeto (en adelante el vendedor), se conviene la entrega de placas madres, memorias, tarjetas de sonido y otros componentes, con designación de marca y especificaciones técnicas. El cumplimiento del vendedor se ve afectado por la falta de ejecución de su proveedor extranjero, siendo previsible que si espera el resultado de las gestiones extrajudiciales de cobro no cumplirá oportunamente su contrato. En esas circunstancias, el vendedor —actuando su deber de diligencia promotora del cumplimiento— celebra un negocio de remplazo con otro proveedor cuyo giro es la venta de partes y piezas de computadores de las mismas especificaciones que las prometidas al comprador, pero de una marca distinta, que no goza del mismo prestigio en el mercado que la originalmente pactada. Resulta entonces que las mercaderías son igualmente idóneas para satisfacer el interés del comprador, sin embargo, no coinciden plenamente con el programa inicial de prestación y seguramente ello afectará el precio final de las mercaderías que comercializará el comprador.³¹

Vidal explica que en este caso, si bien se trata de una obligación que las partes configuran como específica, de acuerdo con la regla contractual, la obligación es en realidad de objeto fungible y que por ello el vendedor cumple entregando las mercaderías de remplazo, aunque lo hace imperfectamente. El acreedor debe aceptar el cumplimiento, sin perjuicio de su derecho a indemnización del menor valor de las mercaderías y el lucro cesante que experimente en la venta final.

Continúa el autor diciendo que si las mercaderías de remplazo no reúnen sus especificaciones esenciales, el comprador legítimamente podría rechazarlas, solicitando otras en su remplazo o resolviendo el contrato, todo ello con indemnización de daños.³²

En relación a las obligaciones de objeto específico, Vidal sostiene que “el principio de la identidad del pago se comporta de la misma forma, con la salvedad que hay una sola cosa o hecho idóneo para satisfacer el interés del acreedor. Si el deudor ejecuta la prestación específica y lo hace imperfectamente, el acreedor se encuentra en la misma situación arriba descrita, se tendrá que conformar con la prestación imperfecta, a menos que el defecto sea de tal gravedad, que le autorice para rechazar la prestación o resolver el contrato. Con relación a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, hay regla expresa que así lo reconoce, me refiero al artículo 1590 CC que dispone sobre los deterioros de la cosa debida”.³³

³¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013.

³²

³³ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile,

El art. 1590³⁴ a que hace referencia Vidal sería el equivalente de nuestro art. 1463 que dispone: “El deudor de especie determinada cumple con darla al plazo estipulado, en el estado en que se halle, con tal que no haya incurrido en mora ni el deterioro provenga de su hecho o culpa ni de las personas de que responde”.

Berdaguer, al igual que Vidal, refiere a esta norma como una excepción del principio de identidad aplicable al cumplimiento: “Una excepción al principio de identidad lo configuran las hipótesis en que el deudor está legalmente autorizado a restituir la cosa en el estado en que está, aún cuando ella haya resultado disminuida por el uso legítimo (...). En el mismo sentido, el art. 1463 autoriza al deudor de una cosa determinada a entregarla en el estado en que se halle, con tal que no sea responsable de los deterioros de la misma”.³⁵

Con el respeto que ambos autores nos merecen, no compartimos que estas normas sirvan de argumentos para lo que se discute. Esto es, si el acreedor está obligado a aceptar una prestación defectuosa cuando el defecto no es grave. Ambas normas, si bien están ubicadas en sede de cumplimiento, no son más que la consecuencia de lógica de la aplicación de la regulación de los riesgos que realiza el Código Civil.

No estamos, en nuestra humilde opinión, ante excepciones al principio de identidad que obliguen al acreedor a aceptar cosa distinta a la pactada. Sino que, en las obligaciones de dar, los riesgos del deterioro de la cosa son del acreedor, porque así lo dispone la ley. En efecto, el art. 1335 en sede de obligaciones de dar dispone: “La cosa aumenta, se deteriora o perece para el que la tiene que recibir, a no ser en los siguientes casos...”.

Es menester preguntarse si el deudor que cumple su prestación con un defecto no grave tiene derecho a liberarse lo que implicaría que el acreedor tiene la obligación (o deber según la posición que se adopte) de colaboración para permitir tal liberación mediante la aceptación de la prestación defectuosa. Entendemos que la respuesta debe ser negativa, porque el deudor tiene derecho a liberarse cuando quiere cumplir de manera perfecta y no cuando lo hace defectuosamente. En este sentido se pronuncia Berdaguer: “si el deudor

2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

³⁴ Art. 1590 Código Civil Chileno: “*Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.*”

En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios.

Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño”.

³⁵ BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, T II, FCU, Montevideo, 2000, p. 213.

acredita haber realizado, en la forma debida, el ofrecimiento al acreedor y que la prestación no fue recibida (no consecución del resultado) deberá suponerse que el acreedor incumplió su obligación de cooperar, excepto que, a su vez, acredite la existencia de motivos legítimos que justifiquen la no recepción. Por ejemplo: inexactitud del cumplimiento ofrecido por el deudor....”³⁶

Como consecuencia de lo anterior el acreedor que no acepta la prestación defectuosa no incurre en mora credendi. No incumple su obligación de cooperar, porque como dijimos, tal obligación la tiene respecto del cumplimiento, y éste para ser tal debe ser exacto y no con defectos. No teniendo el deudor el derecho a liberarse cumpliendo defectuosamente, mal puede el acreedor caer en mora por no aceptar el cumplimiento inexacto.

En síntesis, conforme a las normas sobre cumplimiento: (i) el deudor no tiene derecho a liberarse cumpliendo defectuosamente; (ii) el deudor no puede liberarse mediante la oblación y consignación; (iii) el acreedor que rechaza un cumplimiento defectuoso no incumple con su obligación o deber de cooperar; (iv) el acreedor no cae en mora por no colaborar o aceptar un cumplimiento imperfecto.

5.4.3.4. Incidencia del principio de buena fe. La buena fe solidaria

Anteriormente vimos que no hay norma alguna que obligue al acreedor a aceptar la prestación con defectos no graves. A su vez, y como consecuencia lógica, el deudor no cuenta con ninguna acción legal que le permita liberarse coactivamente mediante la realización de una prestación con defectos.

Por tanto, corresponde ahora analizar si el deber de actuar de buena fe tiene alguna incidencia en la dilucidación de la cuestión planteada, y en caso afirmativo, de qué manera.

Gamarrá, en su último libro sobre la buena fe refiere a una especie de buena fe poco tratada por nuestra doctrina y jurisprudencia, la que es estudiada especialmente por la doctrina italiana: la buena fe solidaria. Esta especie de buena fe supone deberes activos de las partes para proteger el interés de su co-contratante. La buena fe solidaria implica una obligación de salvaguardia del interés ajeno cuyo límite es el “apreciable sacrificio” del deudor, esto es, el deudor (del deber de actuar de buena fe) no está obligado más allá de un sacrificio pequeño, mínimo, insignificante.³⁷ Citando a Bianca, Gamarrá maneja dentro de los ejemplos de esta

³⁶ BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, T II, FCU, Montevideo, 2000, p. 516.

³⁷ GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011, p. 46.

especie de buena fe el deber de tolerar que la contraparte modifique la contraprestación, la sustituya o la repare.³⁸

Consideramos que de acuerdo a lo anterior, podemos realizar la siguiente distinción a los efectos de encontrar una respuesta al problema que intentamos solucionar: prestación con defectos que suponen un sacrificio mínimo o insignificante para el acreedor y prestación cuyos defectos suponen un sacrificio mayor para éste.

En este sentido, si el defecto no es grave pero su aceptación supone un sacrificio que no sea pequeño o intrascendente, el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación y luego pedir su cumplimiento forzado. Sin embargo, entendemos que no podrá reclamar los daños causados por la no aceptación del cumplimiento imperfecto ni por la demora en iniciar la acción de ejecución forzada.

Pongamos un ejemplo: el deudor arrendador debía entregar al acreedor arrendatario la casa pintada y limpia en una determinada fecha. Llegada la fecha pactada el arrendador cumple con entregar la casa limpia pero no pintada. La aceptación del acreedor para luego solicitar la rectificación supondría: (i) la liberación del deudor de su obligación de entregar la casa; (ii) exigibilidad del precio del arriendo; (iii) un sacrificio del acreedor importante como sería convivir con los pintores dentro de su hogar mientras la casa es pintada (rectificación de la prestación); (iv) derecho del acreedor a solicitar la indemnización de los daños causados por el incumplimiento imperfecto. En este caso, la incomodidad de convivir con los pintores.

En este caso, dado que el sacrificio es de una entidad relevante pero sin que el incumplimiento sea considerado grave, el acreedor podrá rechazar la prestación, y de esa manera no comenzar a pagar el alquiler hasta tanto la casa le sea entregada pintada, pero no podrá reclamar los daños derivados de la falta de aceptación, es decir, aquellos que se podrían haber evitado aceptando la prestación defectuosa, como el pago de un hotel o de otra casa durante los días que demoraren las obras. Consideramos que esto es así en virtud del deber del acreedor de mitigar daños. Sin perjuicio de ello, el deudor incumplidor no quedará impune ante su incumplimiento por cuanto no cobrará su contraprestación hasta tanto cumpla la suya, y deberá la pena en caso de que ésta se haya pactado y sea posible su acumulación con el cumplimiento por así haberse establecido expresamente en el contrato.

Por otra parte, en caso de que el defecto sea menor y que su aceptación implique un sacrificio mínimo al acreedor, el deber de actuar de buena fe lo obligará a aceptar la presta-

³⁸ GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011, p. 46.

ción y luego solicitar su rectificación, permitiéndole al deudor la liberarse de su obligación. El acreedor no podrá, en esta hipótesis, rechazar eficazmente la prestación, sin perjuicio de su derecho a reclamar luego su corrección.

Siguiendo con el ejemplo anterior, supongamos que la casa debía entregarse amueblada con una serie de muebles listados en un inventario y que al momento de la entrega faltara una lámpara. La prestación estaría siendo cumplida de forma defectuosa, porque como dijimos, el cumplimiento debe ser exacto, debe haber identidad entre lo pactado y lo cumplido. Sin embargo, aceptar la casa sin la lámpara supone un sacrificio mínimo por parte del acreedor. El deber de actuar de buena fe obliga al acreedor a aceptar la prestación, liberar al acreedor, pagar el arriendo desde el día de la entrega. El acreedor tendrá luego el derecho de reclamar al deudor la entrega de la lámpara faltante.

En síntesis, para responder a la pregunta de si el acreedor está legitimado a rechazar el cumplimiento defectuoso para luego reclamar su ejecución forzada debemos tomar en consideración la entidad del defecto y el sacrificio que su aceptación supone para el acreedor. En efecto, si el defecto es grave³⁹ el acreedor podrá rechazar la prestación y reclamar luego su cumplimiento más daños y perjuicios moratorios; si el defecto no es grave, tendremos que analizar si su aceptación supone un sacrificio importante o mínimo por parte del acreedor. En el primer caso, el acreedor podrá rechazar la prestación y solicitar luego su cumplimiento no pudiendo reclamar los daños ocasionados por la no aceptación, y en el segundo caso la prestación no podrá ser rechazada por ser ello contrario al deber de actuar de buena fe, según el concepto de buena fe solidaria antes expuesto.

6.

OTROS REMEDIOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

6.1. LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LA CONTRAPRESTACIÓN

En sede de arrendamiento de cosas, el art. 1806 permite al arrendatario suspender el pago del arriendo en caso de impedimento temporal fortuito. Gamarra refiere a este remedio

³⁹ Aquí defecto grave se identifica con el concepto de incumplimiento grave que da lugar a la resolución del contrato.

como uno especial previsto para el arrendamiento y que consideramos puede ser aplicado por analogía a otros casos.⁴⁰

La norma dispone que *“Si por caso fortuito o fuerza mayor, el arrendatario es obligado a no usar o gozar de la cosa o que ésta no pueda servir para el objeto de la convención, el arrendatario podrá pedir la rescisión del contrato o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa”*.

7.

INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO Y EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Cuando una de las partes ya cumplió su prestación y la otra incumplió, la parte cumplidora tiene a su disposición las opciones previstas en el art. 1431 para recuperar la prestación realizada: ejecución forzada del contrato o resolución del mismo cuando ello proceda.

Sin embargo, cuando ninguna de las partes haya cumplido con su prestación sinagmática y el contrato no establece el deber de que una debe cumplir previamente, las partes tienen otra opción, actuar de forma defensiva y esperar que la contraparte reclame el cumplimiento de la prestación, y oponer la excepción de contrato no cumplido. La exceptio funciona como una causa de justificación del incumplimiento. Ninguna de las partes está obligada a cumplir si la otra no cumplió o no demuestra que está pronta para cumplir.⁴¹

Cuando el acreedor rechazó la prestación imperfecta por estar así legitimado conforme a todo lo expuesto anteriormente, claro está que puede oponer la excepción de contrato no cumplido conforme a los principios generales. Estamos aquí ante un caso de falta de cumplimiento como cualquier otro y el acreedor tiene a su disposición todos los medios de defensa previstos por la ley.

Ahora bien. ¿Qué sucede si el acreedor aceptó la prestación defectuosa del deudor y éste reclama el cumplimiento de la contraprestación?. Aquí no podemos hablar de excepción de contrato no cumplido porque si bien el deudor incumplió imperfectamente el contrato, lo cierto es que el acreedor recibió una prestación, y por tanto no podrá dilatar el cumplimiento de su contraprestación.

⁴⁰ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. nota n° 17 in fine.

⁴¹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVIII V2, FCU, Montevideo, 2006, p. 107.

Sin embargo, sí podrá el acreedor ampararse en la *exceptio non rite adimpleti contractus* por el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento (aunque se hubiere aceptado la prestación) defectuoso.

En este caso la carga probatoria del acreedor es mayor porque debe probar que el cumplimiento fue imperfecto y además probar los daños que el mismo le causó.

Así lo sostiene también la jurisprudencia. El TAC 1º falló *“En el caso se invocó incumplimiento por inexactitud en la calidad de la cosa entregada, esto es, que se opuso la exceptio non rite adimpleti contractus y no la exceptio non adimpleti contractus, lo que implica una variación en la carga de la prueba. En efecto, en esta hipótesis era carga de la excepcionante (la demandada) acreditar dicha inexactitud o defecto en la cosa entregada...”*⁴²

Entendemos que además de oponer la excepción por los daños causados, también procede oponerla a los efectos de ejercer alguno de los otros dos remedios previstos para cuando el acreedor acepta la prestación defectuosa, la rectificación o la reducción de la contraprestación más daños y perjuicios.

En este sentido cabe citar una sentencia del TAC 4º donde se sostuvo que *“Estando demostrado que el actor no completó el trabajo convenido cuyo precio documentado en la factura aceptada reclamada en la especie corresponde que se ampare la alegación del demandado sobre el cumplimiento inexacto de la actora y declarar su derecho a deducir del precio reclamado en la especie en base a la factura del valor a la fecha de la misma de la prestación omitida o defectuosamente ejecutada (...) no obstante a esta conclusión que el demandado no hubiera reconvenido en virtud de la facultad del Oficio de aplicar el derecho que entienda corresponder a los hechos probados, y está probado, incluso por la confesión del accionante, que la demanda comprendía trabajos no llevados a cabo”*⁴³

En este caso si bien parece ser que el demandado no dedujo formalmente la *exceptio*, la solución que da el Tribunal no es otra que permitirle a éste ampararse en la misma a los efectos de reducir el precio de la contraprestación debida.

Cabe preguntarse si la *exceptio* procede ante cualquier tipo de defecto o si el mismo debe ser grave de modo de configurar un incumplimiento grave.

Una sentencia del TAC 1º que confirmó una sentencia de Gutiérrez se expresó sobre el punto. Se trataba de un caso donde el promitente vendedor demandó por resolución de contrato al promitente comprador quien opuso la excepción de contrato no cumplido basándose en la menor superficie real del entepiso del local prometido en venta respecto de la

⁴² TAC 1º, Sentencia N° 184, 26/7/2006, Salvo, Tobía, Vázquez, publicada en ADCU T XXXVII, FCU, Montevideo, 2007, p. 176.

⁴³ TAC 4º, Sentencia N° 37, 11/3/87, Alonso de Marco, Burella, Catalurda. Publicada en ADCU T XVIII, FCU, Montevideo, 1988, p. 153.

prevista. El Dr. Gutierrez rechazó la excepción en base a los siguientes argumentos: (i) debió ejercitarse la acción de reducción de precio; y (ii) que la excepción deducida no se ajustaba a la buena fe ya que fue opuesta para encubrir su propio incumplimiento (se trataba de un deudor en dólares en la época de la tablita), porque había manifestado que aun cuando se adecuaban las medidas del local, igualmente seguirá incumpliendo. Gamarra al comentar esta sentencia agrega que este caso pertenece a la *exceptio non rite adimpleti contractus* y que un incumplimiento que no es grave no habilita para alegar la excepción.⁴⁴

Entendemos que el acreedor que acepta un cumplimiento defectuoso está legitimado a ejercer los remedios especiales previstos por la ley como lo son la rectificación de la prestación o la reducción de la contraprestación. Recordemos que incluso hay casos en los cuales el acreedor está obligado por el deber de actuar de buena fe a aceptar prestaciones que presentan defectos mínimos pero aun en esos casos no precluye su facultad de reclamar la posterior rectificación o la rebaja del precio. Por tanto, creemos que a los efectos de establecer si procede o no la *exceptio* no corresponde analizar la gravedad del defecto sino si la actitud pasiva del acreedor es o no de buena fe.

Ante un defecto mínimo que el acreedor aceptó, no parece ser de buena fe asumir una conducta pasiva y esperar que el deudor reclame para oponer la *exceptio* y así ejercer algunos de los remedios que tenía a su disposición. Por ello, no procede la *exceptio* cuando el acreedor la deduce actuando de mala fe, como en el caso citado anteriormente.

Habrà de analizarse cada caso concreto, pero no consideramos que sea la entidad del defecto la que defina cuando procede la *exceptio*. Por ejemplo, si el reclamo del deudor se presenta de forma inmediata al cumplimiento defectuoso sin que el acreedor haya tenido si quiera tiempo de reclamarle la rectificación o la rebaja del precio, entendemos que no sería justo privarle al acreedor de estos remedios por el solo hecho de que los defectos no eran graves, ya que no olvidemos que él tenía derecho a recibir la prestación debida.

8.

INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO Y CLÁUSULA PENAL

Conocidos son todas las cuestiones que la regulación de la cláusula penal en nuestro Código origina debido a la multiplicidad de fuentes en la que se basa y tal dificultad inter-

⁴⁴ LJU, T 93, caso 10.060, Civ. 7°, Gutiérrez, 7/12/1984, TAC 1°, 29/12/1985, Maraboto, Pereira Núñez de Balestrino, Parga Lista, publicado en ADCU T XVII, FCU, Montevideo, 1987, p. 151.

pretativa no es ajena al objeto de este trabajo. Como es sabido, ha sido y es discutida por la doctrina la procedencia del prorrateo de la pena pactada por las partes en caso de cumplimiento parcial, cuándo corresponde realizar tal prorrateo y si la norma que dispone dicha regla es derogable por la autonomía de la voluntad.

En cuanto al tema que nos ocupa, interesa estudiar la aplicación de la cláusula penal a los casos de incumplimiento imperfecto analizando los efectos de la misma en cada uno de los remedios referidos en los anteriores capítulos.

8.1. LA REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA. INCIDENCIA EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

El art. 1370 del Código Civil dispone que “Cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado”.

Al referirnos al incumplimiento imperfecto, nos referimos a que el deudor cumplió o intentó cumplir cualitativa o cuantitativamente “en parte” la obligación principal, por lo que esta norma es el punto central de nuestro estudio acerca de la aplicación de la pena en los casos de incumplimiento imperfecto. El punto a resolver en primer lugar es si la pena es aplicable en casos de incumplimiento imperfecto y en segundo término, cuándo es procedente la regla de la proporcionalidad prevista en la norma citada.

Se ha discutido en doctrina, entre otras cosas, cuál es el cumplimiento parcial a que refiere el art. 1370.

Por un lado, Gamarra⁴⁵ señala que el cumplimiento parcial al que refiere la norma es el cumplimiento previsto en el art. 1459 del CC. Esto es, cuando a pesar de no estar prevista la divisibilidad del pago en el contrato, el acreedor por su propia voluntad acepta un pago parcial en la etapa de ejecución. De esta manera, la norma no incluye los casos en que la divisibilidad del pago esta prevista en el contrato, como sería la hipótesis del pago del precio en cuotas, y que el deudor paga algunas y luego incumple el contrato por dejar de pagar las siguientes. En esta última situación el acreedor está obligado a recibir el pago de forma divisible y no puede resistirse.

En la posición antagónica se encuentra Carnelli⁴⁶ quien considera que el cumplimiento al que refiere el art. 1370 abarca las dos situaciones diferenciadas por Gamarra. Para este autor, el Art. 1370 comprende la situación en que se dividió el cumplimiento en el contrato como

⁴⁵ GAMARRA, Jorge, “Dos estudios de jurisprudencia: plazo de gracia y cláusula penal”, *ADCUT XVII*, FCU, Montevideo, 1987, p. 249 y siguientes.

⁴⁶ CARNELLI, Santiago, “La cláusula penal”, *ADCUT XXX*, FCU, Montevideo, 2000, p. 782 y ss.

aquella en la que el acreedor admitió el cumplimiento a pesar de no estar obligado a hacerlo (art. 1459). Señala el autor que a diferencia del Código Civil argentino, que limita la aplicación de la regla de la proporcionalidad en caso de pagos parciales aceptados por el acreedor, nuestro CC no restringió el prorrateo a esos casos. El fenómeno del cumplimiento parcial se da en ambas situaciones, cuando se acuerda la división en el contrato y cuando el incumplimiento se pactó indivisible y el acreedor acepta recibir parte del cumplimiento.

Sin perjuicio del interés que la anterior discusión tiene, a los efectos de este trabajo la misma es intrascendente por cuanto, como se dijo al inicio, el incumplimiento imperfecto se configura cuando el deudor cumple en el momento debido pero de manera defectuosa. Por tanto, cuando el pago divisible está previsto en el propio contrato y el deudor cumple una parte y otra no, no estamos ante un incumplimiento imperfecto, sino ante un incumplimiento temporal o definitivo según corresponda. Es decir, por ejemplo, si se pactó el pago en cuotas y el deudor pagó algunas y otras no, el incumplimiento no es imperfecto o defectuoso, es temporal por cuanto no se pagaron las cuotas en el plazo pactado.

Ambos autores concuerdan en que el art. 1370 es aplicable cuando el acreedor aceptó un pago parcial sin estar obligado a ello por el contrato, y es esta la situación que nos ocupa. Cuando el acreedor acepta la prestación defectuosa.

Consideramos entonces que, cuando el deudor cumple imperfectamente y el acreedor lo acepta por su propia voluntad o por estar obligado a ello en virtud del principio de buena fe, se aplica la regla de la proporcionalidad de la pena. El acreedor que acepta el cumplimiento defectuoso tiene entonces además de la acción rectificatoria o la de disminución de la contraprestación, el derecho al cobro de la multa en proporción a lo no ejecutado. Como dice Gamarra *“la pena se debe en caso de falta de cumplimiento (art. 1363); si hay cumplimiento parcial, por lo que atañe a la parte en que la obligación fue cumplida, de incumplimiento no puede hablarse. El art. 1370 resulta entonces el corolario lógico del art. 1363: la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado”*⁴⁷. Cabe precisar que, en nuestra opinión, cuando se opte por la rectificación de la prestación, el acreedor tendrá derecho a la pena siempre que se haya pactado la acumulación con el cumplimiento de la obligación, conforme al art. 1367 del CC.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el acreedor legítimamente rechaza el cumplimiento defectuoso?.

Anteriormente vimos que existen situaciones en las que el acreedor está legitimado a rechazar la prestación defectuosa y reclamar la resolución del contrato (cuando la entidad del

⁴⁷ GAMARRA, Jorge, “Dos estudios de jurisprudencia: plazo de gracias y cláusula penal” *ADCU T XVII*, FCU, Montevideo, 1987, p. 250.

defecto así lo permita) o su ejecución forzada. En estos casos, ¿La intención del deudor de cumplir defectuosamente debe ser tomada en cuenta para aplicar el art. 1370?

La doctrina ha discutido la procedencia del prorrateo de la cláusula penal en caso de resolución del contrato, pero tal discusión nos es también ajena porque refiere a la hipótesis del pago parcial cuando éste se encuentra pactado en el contrato. En este sentido, Caumont y Mariño⁴⁸, entienden que el art. 1370 procede cuando el cumplimiento parcial del deudor permanece en el patrimonio del acreedor, por lo que es imposible su aplicabilidad cuando lo cumplido debe ser restituido en virtud de la resolución del contrato. Si procede la resolución del contrato es porque el incumplimiento del deudor es grave. Esto es, el juez al evaluar el comportamiento del deudor concluye que el incumplimiento es de mayor entidad cualitativa y cuantitativa que el cumplimiento, lo que amerita la resolución del contrato. Determinar entonces la resolución del contrato significa enervar por completo los efectos de aquel cumplimiento parcial del deudor⁴⁹.

Carnelli ha sostenido la posición opuesta a la de los autores antes citados en reiteradas oportunidades.⁵⁰ El autor aboga por el prorrateo de la pena aun en caso de resolución del contrato por entender que no es legítimo que la aplicación de esta regla sea limitada por el intérprete a las situaciones en las que no se verifica el efecto restitutorio del cumplimiento parcial porque ello carece de fundamento dogmático y viola lo dispuesto en el art. 1370 del CC⁵¹.

Decimos que esta discusión no es aplicable a nuestro objeto de estudio por cuanto, si estamos hablando de la resolución del contrato es porque el acreedor no aceptó el cumplimiento defectuoso y consecuentemente ningún cumplimiento se puede haber verificado. El acreedor está legitimado a rechazar la prestación defectuosa y si tal defecto es lo suficientemente grave puede reclamar la resolución del contrato. En este caso no recibió cumplimiento alguno, no hay nada que restituir, por lo que la pena se debe íntegra, siendo intrascendente la voluntad del deudor de cumplir defectuosamente por cuanto dicha voluntad no recibe tutela

⁴⁸ CAUMONT, Arturo y MARIÑO, Andrés, "Fundamentos de irreductibilidad de la pena civil en caso de resolución de contrato por incumplimiento", *ADCUT XVII*, FCU, Montevideo, 1987, p. 288 y ss, "Sobre la imposibilidad de prorratear la cláusula penal y el cumplimiento parcial del deudor cuando éste provoca la resolución total del contrato. A propósito de la reapertura del debate en Uruguay", *ADCUT XXXI*, FCU, Montevideo, 2001, p. 635 y ss, "La pena pactada para sancionar el incumplimiento es irreductible en caso de resolución total del contrato", *ADCUT XXXIII*, FCU, Montevideo, 2003, p. 501 y ss.

⁴⁹ GAMARRA comparte esta posición. "Dos estudios de jurisprudencia: plazo de gracias y cláusula penal" *ADCUT XVII*, FCU, Montevideo, 1987, p. 250.

⁵⁰ CARNELLI, Santiago, "La cláusula penal", *ADCUT XXX*, FCU, Montevideo, 2000, p. 782 y ss, "Proporcionalidad del monto de la pena convencional, con función punitiva, a la entidad del incumplimiento", *ADCUT XXXII*, FCU, Montevideo, 2002, p. 625 y ss.

⁵¹ CARNELLI, Santiago "Proporcionalidad del monto de la pena convencional, con función punitiva, a la entidad del incumplimiento", *ADCUT XXXII*, FCU, Montevideo, 2002, p. 636.

alguna por nuestro derecho. No hay siquiera lugar para discutir la procedencia del prorrateo. No hay cumplimiento parcial, no se aplica la regla del art. 1370.

Lo mismo sucede si hablamos de las situaciones en las que el acreedor rechaza la prestación y luego reclama la ejecución forzada. En estos casos, tampoco existe cumplimiento parcial. El acreedor no tiene en su patrimonio la prestación del deudor ni siquiera en parte o con defectos. Por tanto, la obligación principal no fue cumplida en parte, sino incumplida y por ello el acreedor ejerció su derecho a reclamar la ejecución del contrato.

En estos casos entonces, la pena se aplicará y de manera íntegra si se pactó su acumulación con el cumplimiento, de acuerdo a lo establecido por el art. 1367 del CC.

En resumen:

- 1) La pena se debe íntegra cuando el acreedor rechaza legítimamente la prestación defectuosa. Cuando se reclama la ejecución forzada es necesario que esté pactado el cúmulo de la pena con el cumplimiento para que el acreedor tenga derecho a reclamarla.
- 2) Cuando el acreedor acepta la prestación defectuosa tiene derecho a la pena en proporción a lo no cumplido conforme al art. 1370. Si el acreedor solicita la rectificación de la prestación solo podrá reclamar la pena si se pactó el cúmulo con el cumplimiento.

CONCLUSIONES

El incumplimiento imperfecto es una categoría especial de incumplimiento y como tal no se identifica con ninguna de las otras dos clases de incumplimiento, temporal y definitivo, teniendo por tanto su propio régimen jurídico.

A pesar de la asiduidad con que se presentan situaciones de incumplimiento imperfecto en la práctica, la doctrina ha tenido un tanto abandonado el tema, por lo que ameritaba un estudio organizado del mismo.

Los remedios previstos para el incumplimiento imperfecto son más amplios que los remedios establecidos en el art. 1431 del CCU para el incumplimiento definitivo y temporal. En efecto, el acreedor cuyo deudor cumple defectuosamente su prestación puede en principio aceptar o rechazar tal cumplimiento. Si lo rechaza puede pedir la resolución del contrato o su ejecución forzada. Si lo acepta, puede luego pedir la rectificación de la prestación o la disminución de su contraprestación. A veces, en virtud del principio de buena fe, el acreedor deberá aceptar la prestación defectuosa, manteniendo igualmente el derecho de pedir su rectificación o de disminuir su contraprestación en proporción.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2000.
- CARNELLI, Santiago, “Función y ubicación de la mora del deudor”, ADCU T XXIII, FCU, Montevideo, 1993
- “La cláusula penal”, ADCU T XXX, FCU, Montevideo, 2000
- “Proporcionalidad del monto de la pena convencional, con función punitiva, a la entidad del incumplimiento”, ADCU Tomo XXXII, FCU, Montevideo, 2002
- CAUMONT, Arturo y MARIÑO, Andrés, “Fundamentos de irreductibilidad de la pena civil en caso de resolución de contrato por incumplimiento” ADCU T XVII, FCU, Montevideo, 1987
- “Sobre la imposibilidad de prorratear la cláusula penal y el cumplimiento parcial del deudor cuando éste provoca la resolución total del contrato. A propósito de la reapertura del debate en Uruguay”, ADCU T XXXI, FCU, Montevideo, 2001
- “La pena pactada para sancionar el incumplimiento es irreductible en caso de resolución total del contrato”. ADCU T XXXIII, FCU, Montevideo, 2003
- DE CORES, Carlos, “Responsabilidad Contractual por incumplimiento defectuoso”, ADCU, T XL, FCU, Montevideo, 2010
- GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011.
- “Dos estudios de jurisprudencia: plazo de gracia y cláusula penal”, ADCU T XVII, FCU, Montevideo, 1987
- Responsabilidad contractual*, T I, FCU, Montevideo, 1996
- Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVIII, FCU, Montevideo, 2006.
- Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989
- Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T III V 2, FCU, Montevideo, 2009.
- GAMARRA, Raúl, *Obligaciones y Cuasicontratos*, FCU, Montevideo, 2009.
- VIDAL, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

RECENSIONES

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
MARTA HANNA DE ROSA (COORD.)
Ética, Estado de Derecho, Buena Administración,
Fac. de Derecho-UCU, Montevideo, 2013, 182 pp.

La obra que se comenta está compuesta por una serie de artículos doctrinarios elaborados por prestigiosos autores nacionales y extranjeros que abordan, desde distintas ópticas, diversos aspectos de suma actualidad.

La primer parte contiene un enfoque eminentemente filosófico y presenta un análisis crítico de la aplicación de la ética en distintos ámbitos de la realidad actual.

En este sentido, el primer trabajo es del Dr. Eduardo Cassarotti, S.J. y se titula “Capacidad y sujeto de derecho en el pensamiento de P. Ricoeur”. En él se analiza la aplicación práctica que tienen en el momento actual las reflexiones del filósofo Paul Ricoeur, brindándose a su vez una visión crítica respecto del papel que debe asumir el hombre en aras de proteger la libertad y dignidad humanas.

El segundo es una conferencia del Dr. Gabirel Limodio, titulada “La ética del abogado en el mundo posmoderno. Una revisión desde el realismo”. El objetivo es, a partir de un estudio de las diversas concepciones filosóficas respecto a qué es el Derecho y su vinculación con la Ética, dar respuesta a las siguientes interrogantes, “¿cuál es la concepción del derecho que corresponde al modelo que podemos identificar con el Estado de Derecho?” y “¿cuál es la ética del abogado que corresponde a dicha concepción?”.

Finalmente, la primer parte incluye el artículo del Dr. Carlos Massini Correas sobre “Nota sobre el rule of law y ética de la virtud”, en el que analiza un trabajo doctrinario de Francesco Viola, ingresando al estudio de la concepción de la Ley en la doctrina de Santo Tomás de Aquino, enfatizándose en el carácter instrumental de dicha herramienta, y por ende de la importancia de la ética de la virtud en los operadores jurídicos tanto en el momento de producción de la norma así como en su aplicación.

La segunda parte de la obra aborda diversos aspectos vinculados con la “Buena administración”. En este sentido, no sólo se analiza el concepto y alcance de la Buena administración -y en particular su vinculación con el interés general- sino también cuáles son las exigencias impuestas por dicha noción y cómo influye, no sólo en el ámbito de la actuación

administrativa del Estado, sino también en la de sus funcionarios y en la vida democrática de un país. Se observa lo anterior en nuestro país, cómo ha sido tenido en cuenta la noción de Buena administración por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por ejemplo, al momento de evaluar la ilegitimidad o no de la actuación estatal.

Precisamente el primer trabajo que da comienzo a esta segunda parte –una conferencia del catedrático español Jaime Rodríguez Arana- bajo el título “La participación en el estado social y democrático de Derecho”, destaca la importancia que tiene el principio de participación en un estado social y democrático de Derecho en el cual la persona y su dignidad deben ser el centro y la finalidad de toda acción pública. El autor analiza el alcance y significación del principio de Buena administración como exigencia democrática, proponiendo su consideración como objetivo y método de elaboración las políticas públicas, de forma de garantizar una actuación estatal orientada al bien común.

La Dra. Graciela Ruocco, en “La buena administración y el interés general”, analiza el concepto y alcance de las nociones de Buena administración e interés general, su evolución histórica y vigencia práctica en la actualidad. Asimismo, profundiza en la vinculación entre ambos conceptos y sus diversas proyecciones en la actuación del estado.

El trabajo del Dr. Rodrigo Ferrés, “Regulación Económica y buena administración”, se dirige a delimitar el alcance del concepto de regulación económica, su vinculación con la noción de buena administración y en particular con el principio de eficacia en la actuación estatal, destacándose la consideración de aquella como instrumento hábil para efectivizar la noción de buena administración en la actuación del Estado.

En “Buena administración y función pública en un estado de Derecho”, la Dra. Mariella Saettone estudia las exigencias que la aplicación del concepto de buena administración impone con relación a la actuación de los funcionarios públicos, y cómo aquellas han sido progresivamente reconocidas a partir de su consagración legal en el derecho interno así como en instrumentos internacionales.

El Dr. Augusto Durán Martínez presenta “Motivación del acto administrativo y buena administración”, donde presenta el estudio de la motivación como requisito esencial en la actuación administrativa en un estado de Derecho. En este sentido se analiza el cuál es el alcance que debe tener la motivación de los actos administrativos como exigencia requerida por la noción de la buena administración.

Por último, “La Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en materia de Buena Administración”, de la Dra. Silvana Nessar, ofrece un relevamiento de diversos casos jurisprudenciales en los que muestra cómo ha sido aplicado el artículo 311

de la Constitución de la República y, concretamente, cuál ha sido el criterio adoptado por el Tribunal al momento de valorar la ilegitimidad de la actuación estatal por razones de buena administración.

La tercera y última parte recoge la conferencia magistral del académico español, Jaime Rodríguez Arana, en la UCU. Titulado “La reflexión en la enseñanza del derecho”, propone una nueva visión de la enseñanza de la ciencia del Derecho, como herramienta dirigida a la consecución de la justicia en la vida social. De esta forma se destaca el desarrollo de la práctica reflexiva respecto a los principios y valores que sustentan las normas jurídicas, como elemento central para la formación de estudiantes de derecho con conocimiento y espíritu crítico de la realidad que los rodea.

En suma la obra en su conjunto constituye un aporte sumamente valioso no sólo por los temas abordados sino por la profundidad en el análisis de los mismos, invitándonos a reflexionar, desde un enfoque ético y jurídico, respecto al rol que debe asumir el Estado en la sociedad actual y con relación a la persona humana como centro de su existencia.

Lucía Díaz Sorondo

Abogada y aspirante cátedra D. Administrativo,
UCU.ludiaz@bcu.gub.uy

ALICIA FERRER MONTENEGRO
HÉCTOR FERREIRA TAMBORINDEGUY (COORD.)
Protección de la información en los negocios
Fac. de Derecho-UCU, Montevideo, 2014, 179 pp.

La obra es un valioso aporte a la comprensión de un tema cuya importancia se ha visto sustancialmente incrementada en las últimas décadas, sobre todo debido al notable desarrollo de la informática y de las comunicaciones. Se trata de una recopilación de trabajos de diversos autores, que tomaron como base las exposiciones de un seminario realizado en el 2013, en la Universidad Católica del Uruguay. Dichos trabajos abordan diferentes facetas de la problemática de referencia, presentando un panorama que no pretende ser completo, pero que resulta suficientemente amplio.

A continuación efectuaré una breve descripción de los aportes de los diferentes autores que participaron en la obra.

La Dra. Alicia Ferrer escribe sobre *Derecho a la información de accionistas y secreto de los negocios*. En el marco de la protección de la información en el derecho societario, delimita el alcance del derecho a la información de los accionistas de sociedades anónimas, frente al llamado ‘secreto de los negocios’ que la sociedad tiene el derecho de salvaguardar. La autora precisa en sus justos términos el derecho-deber de información de los accionistas; el concepto de secreto de los negocios y la información que debe ser resguardada por la sociedad; finalmente, evalúa el estado actual de la situación (derecho a la información de los accionistas vs. secreto de los negocios de la sociedad), en la práctica societaria uruguaya, para así extraer sus conclusiones.

Es una realidad que la mayor sofisticación en las operaciones corporativas ha llevado a procesos de *due diligence* cada vez más complejos e intensos, que implican el análisis pormenorizado e interdisciplinario de los activos que se pretende adquirir (sean éstos establecimientos comerciales, acciones de sociedad anónimas, etc). Este es el asunto que aborda el Dr. Héctor Ferreira en *Revelación de información en procesos de due diligence*. Evidencia algunos de los problemas relacionados con la información que se brinda en estos procesos cada vez más generalizados en la práctica empresarial. Describe los llamados procedimientos de *due diligence*; las restricciones a la información que usualmente se plantean en negocios de este estilo y las situaciones que pueden dar lugar a la frustración de aquellos.

El secreto comercial es fundamental en el mundo de los negocios. Sin embargo no toda información cuenta con un cuerpo normativo específico de protección. Las reflexiones de la Dra. Matilde Carrau (*Acuerdos de no revelación de información en caso de rescisión de vínculos contractuales. Su vinculación con los pactos de no competencia*) analizan las cláusulas contractuales, cada vez más frecuentes en la práctica comercial, que procuran resguardar información considerada sensible y no legalmente protegida por el secreto comercial. La autora define este secreto y los acuerdos de confidencialidad; la responsabilidad de las partes firmantes de los mismos en caso de rescisión de los vínculos contractuales; analiza los pactos de no competencia; y la vinculación existente entre estos pactos y aquellos de no revelación de información.

El Dr. Israel Creimer, en su conferencia *Derecho de información en el derecho del consumidor*, toca un ámbito donde la información resulta de medular importancia, el de las relaciones de consumo. A la hora de hacer una elección libre, el consumidor debe contar con información clara, veraz, suficiente y en un idioma que comprenda. El autor examina la información como un derecho básico de los consumidores y los instrumentos legales que, a su criterio, les brindan amplios márgenes de libertad, como la publicidad y la oferta de contratar en la ley de relaciones de consumo. Dedicó sus consideraciones finales a las disposiciones normativas que disciplinan estos dos instrumentos.

La clave del buen funcionamiento del mercado de valores es el flujo de información. En *La obligación de información en la emisión y en la transferencia de valores*, la Dra. Marta Vera ingresa en el marco regulatorio del mercado de valores en nuestro país explicando la importancia del deber de informar en este ámbito, el cual pesa sobre los distintos actores del sistema. Así, evalúa la obligación de informar en la emisión y en la transferencia de valores y aquella que recae sobre las bolsas de valores, los representantes de tenedores de valores, y los intermediarios de éstos.

El fenómeno de la llamada desintermediación financiera en el mercado de valores conlleva la necesaria protección del ahorro público, por tratarse de un ámbito en el cual los sujetos actúan con mayor libertad, asumiendo mayores riesgos y aspirando a una mayor rentabilidad. La información que se requiere precede y acompaña a la contratación. De allí la inquietud del Dr. Carlos De Cores por analizar la disciplina de la obligación precontractual de informar y el alcance de ésta en nuestro derecho. Lo hace en un interesante artículo, *El problema del Insider Trading en el contexto de la información contractual*, en el que estudia las reglas de conductas exigidas a los participantes en el mercado de valores desde la normativa nacional, centrándose en el concepto de *Insider Trading*, es decir, en el uso por una persona

de información privilegiada que conoce en razón de un cargo o posición, para obtener un beneficio en operaciones en el mercado de valores. La figura comprende a los sujetos que incurrir en dichas prácticas, la caracterización de las conductas reprochables consideradas en si mismas y las sanciones que pueden corresponder.

El Dr. Diego Puceiro Pan, en *Uso indebido de información privilegiada (Insider Trading)*, brinda otra mirada al mundo de la desintermediación financiera. Para una mejor comprensión del instituto del *Insider Trading*, el autor parte del origen histórico y de la *ratio legis* de éste, para luego examinar la regulación en el marco normativo nacional: los presupuestos objetivos y subjetivos que configuran la conducta; los actos sancionables en relación a la información privilegiada; las medidas preventivas y de denuncias de cargo de los agentes intervinientes en el mercado de valores; y las consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas legales y reglamentarias en la materia.

Revelación de información bancaria en virtud de tratados de intercambio de información tributaria es el tema elegido por la Dra. Adriana Bacchi Argibay. Históricamente ha existido interés, por parte de las distintas administraciones tributarias, de acceder a la información que de sus clientes poseen las instituciones de intermediación financiera. La Dra. Bacchi realiza un detallado y preciso estudio de los instrumentos jurídicos y de los métodos existentes para el intercambio de información en materia fiscal a nivel internacional, poniendo énfasis en el análisis del art. 26 del modelo de convenio de la OCDE, como base jurídica comúnmente aceptada por los Estados para el intercambio de información, y en el alcance de la cláusula de inoponibilidad del secreto bancario. Hace referencia a las normas internas dictadas en Uruguay en la materia, para finalmente centrarse en los controles que los distintos actores involucrados deben efectuar en el marco del intercambio.

En *Utilización indebida de la información recogida de o por Internet*, la Dra. Alicia López Quintana introduce al lector en el complejo universo del comercio cibernético. Formula primero algunos conceptos que entiende necesarios para comprender el fenómeno, tales como la información y su importancia jurídica, la Internet y su relevancia en la actividad comercial y las consecuencias del comercio electrónico en general. Identifica a los sujetos intervinientes en la relación telemática y su responsabilidad en el ámbito civil y penal. Evalúa los riesgos relacionados con el uso de Internet e indica buenas prácticas en la información (tanto para la seguridad de los usuarios como para los proveedores de servicios y contenidos), que pueden resultar útiles a los operadores de la red.

Por último, la Dra. María José Veiga reflexiona sobre *Información personal. Una mirada desde la seguridad y la protección de datos*. La protección de los datos personales que

circulan en los medios virtuales, especialmente los que son almacenados por entidades públicas o privadas, constituye una preocupación creciente del legislador nacional. Ello ha derivado en la aprobación de distintas disposiciones que refieren al tema. La Dra. Veiga adelanta sus comentarios en relación con la normativa vigente en materia de seguridad en la información personal a través de la regulación de la llamada firma electrónica (ley 18.600) y de la protección de datos personales (leyes 18.331 y 19.030), y nos advierte acerca de nuevos e interesantes desafíos a la privacidad que el creciente desarrollo informático genera.

En suma, se trata de una obra de consulta necesaria si se desea estar al día en una temática tan actual y relevante.

Ana Sorondo

Abogada

anasorondo@adinet.com.uy

MARIO SPANGENBERG

***Responsabilidad penal del empleador y seguridad laboral-
Primeras reflexiones sobre la Ley 19.196,***

Fac. de Derecho-UCU, Montevideo, 2014, 238 pp.

Este libro es la primera obra de Mario Spangenberg, abogado y profesor titular de la cátedra de Derecho Penal, de la Universidad Católica del Uruguay.

La obra analiza la distinta problemática que la sanción de la Ley 19.196 acarrea en nuestro derecho (con especial énfasis en la que supone la aplicación de la norma en nuestra realidad jurídica), la armonización con los conceptos laborales que ella contiene y un detallado estudio del tipo penal contenido en ella.

Luego de una introducción que sitúa al lector en el momento en que la ley fue sancionada y la preocupación y problemática que conlleva la seguridad laboral en nuestro país, dedica el primer capítulo a analizar el papel del Derecho penal moderno. Se trata de un derecho en constante expansión, que amplía el elenco de bienes jurídicos tutelados, algunos impensables en el derecho penal clásico. Esto conlleva la creación de cada vez más figuras delictivas de peligro, de delitos tentados, e incluso la anticipación de la penalidad a los actos preparatorios. Sobre este punto el autor señala que “...*el Derecho penal moderno ha expandido su intervención hacia nuevos sectores, mediante formulaciones típicas amplias o de remisión a normas de inferior jerarquía, con frecuencia sobre la base del peligro objeto de tutela de imputaciones omisivas, extendiendo al mismo tiempo el ámbito de reproche a los actos previos a la realización de la conducta típica*”.

Spangenberg analiza también los problemas y riesgos que este Derecho penal moderno trae aparejados, concluyendo que es necesaria la búsqueda de caminos intermedios a los efectos de encontrar una armonía entre el poder sancionatorio del Derecho penal y los usos y costumbres que la práctica forense implica.

En el segundo capítulo trata “*La generalidad de la Ley*”, “*La subsidiaridad del derecho penal*” y “*La capacidad de realización de la respuesta penal*”, temas que son abordados en forma concreta y profunda, introduciendo al lector en el corazón de la obra, que es el tercer capítulo, en donde el autor desgrana el tipo penal sancionado por el artículo primero de la ley 19.196.

Bajo el título *“El concreto tipo penal”*, lo analiza parte por parte, como un cirujano acucioso, estudiando, desde el bien jurídico tutelado, los posibles sujetos activos y pasivos y la conducta típica contenida en la norma. Es al momento de estudiar los sujetos activos mentados en el tipo penal que se hace un estudio pormenorizado de casuística que se podría plantear al momento de aplicar esta norma, como por ejemplo el análisis del concepto de *“empresa”*, quién es el empleador, el estudio del significado y alcance de *“quien ejerce el poder de dirección de la empresa”*, así como también si distintos sujetos, como el Estado en las distintas formas orgánicas que contiene o el empleador de una trabajadora doméstica, quedan amparados dentro de la norma sancionada.

En este tercer capítulo también se estudia la remisión normativa que utiliza el artículo primero de la ley sancionada, en concordancia con el principio de legalidad y su posible inconstitucionalidad en base a la violación de este principio. Sostiene el autor que *“El problema que estamos analizando en este apartado, esto es, la eventual regularidad constitucional de la figura delictiva, en mérito a la remisión normativa que allí se realiza (‘previstos en la ley y su reglamentación’), y muy especialmente, la circunstancia que ésta se efectúe a preceptos de inferior jerarquía formal (‘reglamentación’)...”*.

El tercer capítulo finaliza con el estudio de los delitos de peligro concreto, la evolución de la teoría sobre estos y el estudio de los distintos tipos existentes, conteniendo la información necesaria no solo para quien quiera entender la nueva figura delictiva, sino para toda persona que desee hacer un estudio más pormenorizado y profundo. Spangenberg logra en este capítulo abarcar todos los puntos y aristas contenidos en esta norma, con citas más que ajustadas de grandes autores de nuestro derecho contemporáneo, de forma que en una misma obra se encuentra todo lo necesario para el estudio y profundización de este delito.

El capítulo cuarto trata las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 de la ley 19.196, artículos que no ofrecen un panorama tan rico como el artículo primero, pero que igualmente son analizados en profundidad, con especial énfasis en las modificaciones contenidas en el artículo tercero, que modifican la situación del damnificado, denunciante y tercero civilmente responsable, no sólo para los casos del delito previsto en el artículo primero de la ley 19.196 sino para el caso de todos los delitos, modificando de esta forma nuestro derecho procesal penal.

Tras las conclusiones del autor, el libro se cierra con un agregado que resulta más que interesante: un anexo normativo en el que se recogen todas las normas de nuestro sistema jurídico referentes a la seguridad laboral, las que debido a la remisión que el artículo primero realiza, son de conocimiento indispensable al momento del estudio de esta ley.

En suma, la obra reseñada presenta un análisis pormenorizado y profundo de la ley 19.196, que a través de una lectura fluida y amena, instruye al lector, invitándolo a plantearse y razonar los distintos puntos en conflicto y brindándole conocimientos que se deben tener al momento de aplicar o comprender esta norma.

María Eugenia Chaves Lovera

Abogada y aspirante cátedra D. Penal, UCU.
chavesmariaeugenia@gmail.com

INFORMACIÓN



Reglamento de la Revista de Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

1. **Objetivo.** La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay es una publicación arbitrada anual, sin perjuicio de los números especiales que resuelva editar el Consejo Editorial.
2. **Estructura.** Esta *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales inéditos arbitrados; b) otra de recensiones, y c) una tercera no permanente y variable en la que el Consejo Editorial podrá disponer la inclusión de jurisprudencia o documentos de interés académico.
3. **Recepción de artículos.** Los artículos serán recibidos —dentro de los plazos que establezca anualmente el Consejo Editorial— por la editora de la *Revista*, y deberán atenerse a las siguientes pautas:
 - 3.1. Serán entregados en medio magnético (o vía *e-mail*). Los trabajos deben realizarse en Microsoft Word, hoja A4, fuente Times New Roman, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas al pie, interlineado sencillo; espacio posterior 6, sangría en primera línea. Los artículos de investigación académica no podrán tener menos de 15 carillas ni más de 50 y deberán contar con bibliografía actualizada.
 - 3.2. En caso de nota de jurisprudencia, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada. Las notas de jurisprudencia no podrán exceder en su extensión las treinta (30) páginas.
 - 3.3. La estructura de los artículos es la siguiente: título (en el idioma original y en inglés, o en español si el original fuera en inglés); autor (con un breve CV a pie de página); resumen en el idioma original del trabajo, con una extensión máxima de 20 líneas y mínima de 8; sumario del trabajo, palabras claves, todo esto en el idioma original y en inglés. Al final del artículo, debe aparecer la referencia de las obras consultadas en orden alfabético, según el primer apellido del autor, teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.
 - 3.4. Las notas a pie de página deben ser numeradas en forma correlativa, en orden creciente.
 - 3.5. Las referencias bibliográficas contenidas en las notas al pie se compondrán del siguiente modo:
 - 3.5.1. En la primera cita de la obra debe aparecer la referencia completa.
 - 3.5.2. En las citas subsiguientes, solo el apellido del autor y la página correspondiente, más el título abreviado si se ha citado más de una obra del mismo autor.

- 3.6 Las referencias bibliográficas deben contener los siguientes datos:
- nombre y apellidos del autor (los apellidos en VERSALITAS);
 - título de la obra (en *cursiva*);
 - volumen o tomo;
 - ciudad, editorial y año de publicación;
 - número de edición o reimpresión, cuando corresponda;
 - número de página de la cita.

Si se trata de un artículo de una publicación periódica o una obra colectiva, el título irá entre comillas y el título de la revista, periódico u obra colectiva en *cursiva*.

En la bibliografía, aparecerán los mismos datos con los siguientes cambios: se antepone el apellido al nombre del autor y se indica el número total de carillas del libro.

Ejemplos

Libro

CURBELO SORIA, Carmelo, *El automotor en el derecho uruguayo*.
Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012, 1.^a
reimp., 91 pp.

Capítulo de libro colectivo

MAESTRE CASAS, Pilar, “Conflictos familiares internacionales y continuidad de las relaciones respentado la identidad cultural”, en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (coordinadora), *La persona frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado. Jornadas de la ASADIP 2010*, Asunción: CEDEP-ASADIP, 2010, pp. 125-155.

Artículo de publicación

HUGHES, Cecilia, “Los ciclos políticos de la economía”, en *Prisma*, n.º 16, mayo de 2001, Montevideo: UCU, 2001, pp. 146-165.

4. **Evaluación de los artículos.** Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos como requisito imprescindible para la publicación de todo artículo académico.

5. **Calidad de árbitro.** Solo podrán ser árbitros aquellos docentes que tengan el grado de profesor titular en las materias que correspondan, y los especialistas notorios que designe a tales efectos el Consejo Editorial.
6. **Lista de árbitros.** El Consejo Editorial elaborará y actualizará regularmente una lista de árbitros. No podrá ser árbitro quien sea miembro de alguno de los consejos de la revista.
7. **Proceso de evaluación.** Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial designará al menos dos árbitros de la lista, considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad de los árbitros. Cada árbitro contará con un plazo de treinta días para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en esta *Revista*. Si el árbitro formula observaciones, se le podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas. En casos excepcionales en que el Consejo Editorial lo juzgue conveniente, podrá solicitar una tercera evaluación de un mismo artículo.
El Consejo Editorial podrá, en casos especiales, recurrir a un árbitro no incluido en la lista, pero que presente una notoria idoneidad en su materia.
8. **Principio de reserva.** El proceso de evaluación de los artículos se llevará a cabo bajo la más absoluta reserva y confidencialidad, amparándose en un proceso de revisión anónimo.
En este sentido, el Consejo Editorial procurará eliminar del trabajo que se remite al árbitro la información que permita identificar al autor. De la misma forma, si el evaluado solicita ver la evaluación, no se le comunicará quién la ha realizado.
9. **Publicación.** La incorporación a la *Revista* de cualquier trabajo académico será resuelta por el Consejo Editorial con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo Editorial decidirá en qué número se publicarán los trabajos evaluados positivamente.
10. **Responsabilidad.** Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejarán necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo será responsabilidad exclusiva de su autor.
11. **Publicación on-line.** Al enviar su artículo, los autores deberán acompañarlo de una carta en la que autorizan que, luego de la edición de la revista, el texto sea incluido en la sección Publicaciones de la página web de la Universidad Católica

del Uruguay o en bases de datos nacionales o extranjeras de acceso gratuito o pago, a juicio del Consejo Editorial.

12. **Ejemplares.** Publicada la *Revista*, cada uno de los autores tiene derecho a recibir veinte (20) separatas de su artículo por su participación en la edición. Esta será la única retribución que corresponderá al autor por cada trabajo publicado o incluido en bases de datos.
13. **Aceptación del presente reglamento.** Cuando los autores remitan un trabajo a la *Revista*, deberán acompañarlo de una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. **Consejos.** La *Revista* contará con dos Comités Científicos: uno nacional y otro internacional. Los consejeros serán designados por el Consejo Editorial de la *Revista de Derecho*.

Los miembros del Comité Científico Nacional se reunirán una vez al año para evaluar el último número de la *Revista*, y recibirán un ejemplar cada uno, para su evaluación. Esta evaluación deberá ser presentada en forma escrita, una por cada número.

15. **Publicación.** El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).

Montevideo, 2012.