

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

2.^a época. Año 8. N.º 8 - NOVIEMBRE 2013

ISSN 1510-3714



REVISTA DE DERECHO, en su segunda época es una publicación arbitrada, de carácter internacional y frecuencia anual, ininterrumpida desde el año 2006. Está sometida a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, 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 de la revista es brindar una oportunidad real a todos los juristas, tanto de nuestro país como extranjeros, y a los interesados en temas jurídicos, de publicar y de acceder a artículos novedosos de alto nivel académico, a notas de jurisprudencia, sentencias relevantes, bibliografía nueva, sobre cuestiones jurídicas de interés y actualidad para quienes ejercen la profesión (abogados y escribanos) o se dedican a la docencia y a la investigación. Por ello, el ámbito es tanto interno como internacional. La revista está incorporada a la base de datos Ebsco y se encuentra indexada en el catálogo Latindex.

Web-site: <http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

De esta edición:

© 2013 UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY
8 de Octubre 2738 - CP 11.600,
Montevideo, Uruguay.
Tel. 2487 2712 - Fax 2487 0323
Internet: <http://www.ucu.edu.uy>
Correo electrónico: secinfor@ucu.edu.uy
Depósito legal - Comisión del Papel
Edición amparada por el decreto 218/96
Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

© 2013 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
Rep. Fed. de Alemania
Telefax: (+49-30) 269960

Diseño de cubierta: Taller de Comunicación

Corrección: María Cristina Dutto

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

Depósito legal 360.982 - Comisión del Papel
Edición amparada por el decreto 218/96

Impreso en Uruguay - Printed in Uruguay
Todos los derechos reservados

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.
E-mail: publicacionesderecho@ucu.edu.uy
o a mhanna@ucu.edu.uy

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

COMITÉ EDITORIAL

Carlos Delpiazzo
Decano
(Facultad de Derecho, Universidad
Católica del Uruguay)

Martín Riso Ferrand
(Dpto. Derecho Constitucional,
Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

Eugenio Xavier de Mello
(Dpto. Derecho Comercial,
Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

Marta Hanna de Rosa
Secretaria de Redacción
(Universidad Católica del Uruguay, 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 (*Unisinos, 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*)
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*)
Mabel Rivero (*UCU, Uruguay*)
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*)

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 DE LA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
URUGUAY**

**Mons. Dr. NICOLÁS COTUGNO
FANIZZI 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

Secretaria General

**AUTORIDADES DE LA
FACULTAD DE DERECHO**

Dr. CARLOS DELPIAZZO

Decano

Dra. MARÍA JOSÉ BRIZ

Secretaria Académica

Dra. MARIELLA SAETTONI

Coordinadora Académica de Abogacía

Prof. Esc. BEATRIZ RAMOS

Coordinadora Académica de Notariado

Dra. MARTA HANNA DE ROSA

Coordinadora

Dra. NATALIA LARROSA

Coordinadora

Índice

DOCTRINA

La prueba del derecho en el proceso jurisdiccional
THE PROOF OF LAW IN THE
JURISDICTIONAL PROCEDURE

Alejandro Abal Oliú 11

La extradición, el delito político y el asilo
extraterritorial a la luz de los principios
del derecho internacional público
EXTRADITION, POLITICAL CRIMES
AND EXTRATERRITORIAL ASYLUM
IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF PUBLIC
INTERNATIONAL LAW

Hernando V. Cañardo 81

La responsabilidad civil del consorcio de
propiedad horizontal y de los consorcistas
en la República Argentina
CIVIL LIABILITY OF THE CONDOMINIUM
OF PROPIEDAD HORIZONTAL
AND OF CONDOMINIUM MEMBERS
IN THE ARGENTINE REPUBLIC

Nelson G. A. Cossari y Maximiliano N. G. Cossari 117

La protección del cónyuge más débil en la nueva ley
de matrimonio civil chilena
PROTECTION OF THE WEAKER SPOUSE
IN CHILEAN NEW LAW OF CIVIL MARRIAGE

Cristián Lepin Molina 147

La sociedad penada: cómo, por qué y para qué.
Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica
PUNISHED CORPORATIONS: HOW, WHY
AND FOR WHAT? ABOUT CRIMINAL
LIABILITY OF LEGAL PERSONS

Carlo Enrico Paliero 171

**DIRECTORES DE
DEPARTAMENTOS Y ÁREAS**

**Dr. AUGUSTO DURÁN
MARTÍNEZ**

*Departamento de Derecho
Administrativo*

Dr. CARLOS DE CORES

Departamento de Derecho Civil

**Dr. EUGENIO XAVIER
DE MELLO**

*Departamento de Derecho Comercial
y Bancario*

Dr. MARTÍN RISSO FERRAND

*Departamento de Derecho
Constitucional y DDHH*

Dr. RAÚL CERVINI

Departamento de Derecho Penal

Dr. WALTER GUERRA

Departamento de Derecho Procesal

Dra. MABEL RIVERO

*Coordinadora Área de Derecho
de Familia*

Pbro. Dr. GABRIEL GONZÁLEZ

Coordinador Área Humanística

Elección de la ley aplicable y responsabilidad extra-
contractual: ¿cambio de orientación en el modelo
conflictual?

CHOICE OF APPLICABLE LAW AND TORT:
CHANGE OF BIAS IN THE CONFLICT
MODEL?

Marta Requejo Isidro 205

Las funciones retóricas del discurso jurídico
RHETORICAL FUNCTIONS OF THE LEGAL
DISCOURSE

Gerardo Ribeiro..... 235

Una visión rioplatense sobre
las crisis societarias y cómo abordarlas.

¿Un problema del derecho concursal?
AN ARGENTINE PERSPECTIVE ON
CONFRONTING CORPORATE CRISIS:
IS THIS A BANKRUPTCY LAW ISSUE?

Efraín Hugo Richard 257

RECENSIONES

Milagros Otero Parga y Francisco Puy Muñoz,
Jurisprudencia dialéctica

José Antonio Sardina Páramo 303

Dardo Preza Restuccia, *La enseñanza
del derecho penal a partir de casos reales*

Rodrigo Figueiredo Pereira 307

INFORMACIÓN

Reglamento de la *Revista de Derecho*

de la Universidad Católica del Uruguay..... 313

DOCTRINA

La prueba del derecho en el proceso jurisdiccional

The proof of law
in the jurisdictional procedure

*Alejandro Abal Oliú**

RESUMEN. En este artículo se exponen los resultados de una investigación acerca de la evolución de la doctrina de derecho comparado respecto a la prueba del derecho, considerando, naturalmente que sin exhaustividad y seguramente con omisiones, a algunos autores que se entienden razonablemente representativos de ordenamientos jurídicos de similar origen al uruguayo y, por otro lado, a todos quienes en Uruguay han escrito durante más de un siglo a tal respecto. Se relevan asimismo todas las disposiciones del derecho interno de Uruguay y todas las disposiciones del derecho internacional privado de origen convencional que rigen para este país. Por último se expone lo que el autor entiende que puede ser un encuadre teórico del problema que, ajustándose particularmente al derecho uruguayo, aunque quizás sea trasladable a otros ordenamientos, permita interpretar y aplicar lógicamente, en forma coherente, sistemática y sin contradicciones, las disposiciones correspondientes, y eventualmente indicar lineamientos que podrían con fecundidad aportar a nuevas redacciones o redacciones complementarias.

* Profesor titular de Derecho Procesal (grado 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 (SNI) de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII).

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado. Principio *iura novit curia*. Prueba (derecho). Teoría del proceso.

ABSTRACT. This article shows the results of a study about the evolution of the doctrine of comparative law with regard to the *proof of law*, taking into account – without exhaustiveness and very probably with omissions – some authors who are considered reasonably representative of legal systems with an origin similar to the Uruguayan one, and, on the other hand, all those who have written in Uruguay for more than a century to that regard. It also gathers all the provisions of the Uruguayan domestic law and all the provisions of private international law of conventional origin that are in force in this country. Finally, it shows what the author considers that might be a theoretical framework of the problem, that adjusted in particular to the Uruguayan law – though it might be applicable to other systems – may allow to understand and apply the corresponding provisions in a logical, coherent, systematic and without-contradiction manner, and maybe suggest some guidelines that could contribute to new writings or complementary writings.

KEY WORDS: Comparative law. Principle of *iura novit curia*. Proof (law). Theory of procedure.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente investigación son las disposiciones y normas del derecho uruguayo, así como las elaboraciones teóricas y dogmáticas correspondientes (procesales y también civiles) sobre la cuestión denominada *prueba del derecho*. Con ello se intenta darle un encuadre sistemático que pueda resultar útil para la interpretación y aplicación de dichas disposiciones y normas resultantes, así como para la eventual reelaboración de las vigentes disposiciones e incluso la elaboración de nuevas disposiciones que resulten más ajustadas al encuadre teórico que las actuales.

En el marco de la compleja evolución histórica de toda la materia que guarda relación con la *prueba judicial*, en general reviste particular interés la cuestión de la *prueba del derecho* a aplicar por el tribunal jurisdiccional. Actualmente ello resulta así en muy buena parte por ese escaso (y a menudo asistemático y contradictorio) abordaje doctrinario y normativo que en comparación con otros ha tenido el tema, lo que enfáticamente ya denunciaban en Francia en la primera mitad del pasado siglo XX los hermanos MAZEAUD.¹

En lo esencial, la pregunta o las preguntas a cuyas respuestas se intenta aportar con la presente investigación son por lo menos las siguientes: El derecho que debe aplicar un tribunal ¿*puede ser probado* (procesalmente comprobado, confirmado)? Y de ser ello posible, ¿*debe ser probado* para poder aplicarse en el proceso jurisdiccional? ¿Siempre o solamente en ciertos supuestos? Y en todo caso, ¿la iniciativa para esa eventual prueba debe estar a cargo de las partes o del tribunal? Y cualquiera fuere la respuesta a lo último, ¿a través de qué medios de prueba, por cuál procedimiento y en qué momento podría o debería ser probado? Y las

¹ “Para prevalecerse de los derechos de que uno es titular, resulta necesario aportar la prueba de su existencia. Probar su derecho es un problema de interés primordial [...] No obstante, hay que asombrarse de la pobreza jurídica sobre este tema” (MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil. Primera parte*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 547).

resultancias de esa prueba ¿cómo se deberían valorar?, ¿regirían a su respecto las eventuales presunciones simples y las normales reglas de la carga de la prueba?

Por lo pronto, todos estos y otros interrogantes se plantean, necesariamente, cuando nos encontramos frente a disposiciones de derecho positivo, como por ejemplo el artículo 143 del Código General del Proceso (CGP) de Uruguay. En él se afirma y establece, en forma aparentemente radical, que “el derecho a aplicar no requiera prueba”. Mas, para desconcierto del intérprete, inmediatamente se agrega en tal disposición que “el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo” (y ese último derecho de las partes a *acreditarlo* se reitera, además, en el artículo 525.3 con relación al derecho extranjero).

¿Cómo puede ser que el derecho no requiera prueba y que sin embargo se habilite al tribunal y a las partes a probarlo (*acreditar* literalmente es *probar*)? Y por otro lado, y ya más teóricamente, ¿es lógico y —aún más— es posible que el tribunal aplique el derecho (las normas de derecho) sin haber investigado previamente si las disposiciones de las que emana existen (lo que además implica que continúen vigentes), y que aun cuando con ello eventualmente se violen las garantías del debido proceso las partes deban aceptar la aplicación de ese derecho (de esas disposiciones y en definitiva de esas normas de derecho) sin poder controlar si existe? En todo caso, ¿se querrá con disposiciones como el citado artículo 143 del CGP indicar algo diferente de lo que literalmente establecerían?

Como veremos, normalmente disposiciones como las referidas y las conclusiones doctrinarias que ellas siguen y recogen se suelen fundamentar (en general limitándose a reiterar conclusiones que serían erróneas) principalmente en la existencia del principio *iura novit curia* y, también, en la presunción absoluta (más técnicamente en la *ficción jurídica*) de que el derecho es conocido por todos y de que no puede alegarse su desconocimiento (lo que según se dice tornaría innecesaria la actividad de investigación, instrucción, confirmación, prueba o comprobación a su respecto).

La validez o invalidez de dichos fundamentos (y algún otro) a la luz de la teoría procesal, así como el intento de encuadrar el problema en el marco de un sistema del proceso que permita interpretar más lógicamente y sin contradicciones (ni de texto ni con la teoría) las escasas disposiciones existentes, y eventualmente propender a su modificación, ocuparán nuestra atención en las próximas páginas.

A tal efecto, metodológicamente procederé, en primer término, a relevar lo que a lo largo de los últimos decenios han concluido sobre esta cuestión algunos distinguidos procesalistas (y civilistas) de países con ordenamientos procesales de similar origen al nuestro.

Naturalmente que esa tarea no ha sido en forma alguna exhaustiva y seguramente omite algunas opiniones que también podrían ser relevantes, pero entiendo que con sus resultados se puede brindar una muestra bastante representativa de las corrientes doctrinarias sobre la prueba del derecho en el derecho comparado.

Luego de ello encararé de igual forma el abordaje de absolutamente todos los autores nacionales que a lo largo de más de un siglo volcaron su pensamiento al respecto, procediendo también a identificar —en forma exhaustiva— todas las disposiciones del derecho interno uruguayo y del derecho internacional privado (DIPr) uruguayo de origen convencional que de una u otra manera guardan relación con la prueba del derecho (en procesos jurisdiccionales), disposiciones que tiene interés identificar pues generalmente solo se hace mención de algunas de ellas.

Por último, expondré lo que entiendo puede ser un encuadre teórico del problema que, ajustándose particularmente al derecho uruguayo, pero quizás trasladable a otros ordenamientos, permita interpretar y aplicar lógicamente, en forma coherente, sistemática y sin contradicciones, las disposiciones de referencia, y eventualmente indicar lineamientos que podrían con fecundidad aportar a nuevas redacciones o redacciones complementarias de estas.

2.

LA PRUEBA DEL DERECHO EN DERECHO COMPARADO

2.1. ITALIA

Indagando los comentarios de autores italianos sobre esta cuestión, se advierte que a comienzos del siglo XX, y pese a la amplitud y fecundidad de su obra, MATTIROLO elude la consideración del problema de la prueba del derecho, limitándose a señalar que se presume que “el juez conoce siempre la existencia de las leyes y de los verdaderos principios jurídicos” (lo que tornaría innecesaria su prueba).²

Sin embargo, muy poco tiempo después MORTARA profundiza con mucha agudeza sobre ello. Expresa entonces que el juez tiene necesidad de conocer las normas jurídicas que deben ser aplicadas, pero que este conocimiento, cuando se trata de leyes nacionales, no

² MATTIROLO, Luigi, *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. II, 5.^a ed., Fratelli Bocca, Turín, 1902, p. 263.

forma parte de la instrucción por el principio general de la notoriedad de su sanción que resultaría del artículo 1 del Código Civil italiano (que establece una presunción legal). En cambio, cuando se trata de una costumbre o uso (jurídicos), la notoriedad no los alcanza y puede ser necesaria la prueba, incluso de oficio, salvo que sean también notorios y no se discutan, sin perjuicio de que no están regulados los medios de prueba que pueden aplicarse y este autor entiende que no puede establecerse sobre ello una regla invariable. Por lo que respecta a las leyes extranjeras, MORTARA considera que deben ser probadas salvo que se trate de leyes universalmente conocidas (como, pone de ejemplo, el Código Civil francés), pues la notoriedad también exime de prueba. Añade que la prueba de la existencia de una ley no puede ser realizada de cualquier forma, aunque ello varía según se trate de leyes escritas o no, o de costumbres, etcétera.³

Años más tarde, CARNELUTTI, que no trata directamente el tema en su *Sistema...* aunque en cambio sí lo aborda en *La prueba civil*, expresa que son indiferentes los medios que el juez emplee para conocer la norma de derecho (“es indiferente, en particular, que el juez obtenga el conocimiento de ella a través de los elementos que les suministren las partes o de los que le proporcione su cultura personal o su investigación personal”). Ello no excluye que, si el juez no consigue conocer la norma, “intente obtener ese conocimiento por procedimientos análogos a los que le sirven para establecer la posición de una situación de hecho; una hipótesis de ese género se verifica con frecuencia respecto de las normas consuetudinarias y extranjeras. Se ofrece así un mecanismo procesal que puede parecerse al verdadero mecanismo probatorio” (porque a su juicio el juez no queda atado para ello a las reglas sobre la prueba establecidas en la ley procesal, incluyendo en esto que no depende de si las partes ofrecieron probar el derecho). Entiende, en fin, que no debería utilizarse la palabra *prueba* para referirse a esta actividad destinada a investigar y determinar cuáles son las normas de derecho.⁴

Ya sobre fines del siglo XX, MICHELI parte de la base de que las normas de derecho no se deben probar (en realidad parece referir a que no se deben probar por las partes). No obstante, sostiene que es discutible que el principio *iura novit curia* imponga al juez aplicar toda norma jurídica de oficio si se atiende a aquellas normas que “escapan de la cultura ordinaria de los jueces, como ocurre especialmente con el derecho consuetudinario, con el derecho antiguo y con el extranjero”. Por ende, señala, la jurisprudencia y la doctrina menos

³ MORTARA, Lodovico, *Commentario del Codice e delle Leggi in Procedura Civile*, vol. III, Vallardi, Milán, 1905, pp. 554-556.

⁴ CARNELUTTI, Francesco (con Apéndice de Giacomo AUGENTI), *La prueba civil*, 2.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 5-7.

reciente en general han opinado que esas normas, en cuanto no conocidas por el juez, están sujetas al régimen probatorio de los hechos de la causa, aunque la doctrina más reciente reconoce, en cambio, un amplio poder instructorio del juez para investigar la existencia de la norma jurídica. La actividad de las partes al respecto se considera útil y MICHELI la define como de “asistencia” al juez:

En verdad, la parte se encuentra en los casos en cuestión en la condición de un auxiliar del juez [...] Los medios que la parte puede usar para aducir prueba de la norma jurídica, de otra manera ignorada por el juez, son formalmente aquellos medios que sirven para probar los hechos de la causa, aun cuando adquieran una diversa relevancia.

Y más adelante agrega:

Se ha observado ya anteriormente, en efecto, que el juez puede valorar del todo libremente los elementos de prueba de la norma jurídica, aducidos por las partes, y que puede también integrar con todos los medios el conocimiento de aquella.⁵

2.2. FRANCIA

En Francia, BERTAIN, anotador del tratado de AUBRY-RAU que sirvió de fuente a nuestro Código Civil, dice en la quinta edición del tomo XII del *Cours de Droit civil* que el derecho no tiene que ser probado porque la ley es necesariamente imperativa para el juez. Si la ley es imperativa para el juez, sería claro que, se pruebe o no la ley, el juez debe igualmente aplicarla.⁶

Por su parte, PLANIOL (revisado y completado por RIPERT y BOULANGER) sostenía sobre la prueba del derecho:

El principio, en efecto, es que la regla de derecho aplicable en la causa no tiene necesidad de ser demostrada [...] Es la consecuencia del carácter imperativo de la ley; el juez tiene por misión hacer observar el mandato legal.

⁵ MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Temis, Bogotá, 1989, pp. 109-118.

⁶ Citado por PEIRANO FACIO, Jorge, *Curso de Obligaciones (prueba de las obligaciones)*, t. V, Centro de Estudiantes Derecho, Montevideo, 1968, p. 23. En realidad a lo que este autor, como tantos otros, se refiere al decir que el derecho no tiene que ser probado es más bien a que no tiene que ser probado por las partes. No obstante, el fundamento de esta conclusión manifiestamente no puede ser el que expresa, pues se apoya en el principio *iura novit curia*, que impone al tribunal aplicar el derecho que existe o al menos el que se encuentra en el objeto del proceso según cada legislación con independencia del alegado por las partes, lo que realmente nada aporta a solucionar el problema de cómo puede el tribunal conocer cuál derecho es el que existe.

Sin embargo, agregaba:

A título excepcional, la regla aplicable debe ser probada cuando se trata de una ley extranjera o de un uso. Pero no se trata de verdaderas derogaciones del principio, porque, en uno y otro caso, la regla aplicable no constituye una verdadera regla de derecho [sino que constituiría un puro hecho].⁷

Añade que la costumbre tampoco debe ser probada pero en cambio los simples usos convencionales sí deben serlo.

También desde el derecho civil, los hermanos MAZEAUD precisan, al tratar esta cuestión:

Para prevalecerse de los derechos de que uno es titular, resulta necesario aportar la prueba de su existencia. Probar su derecho es un problema de interés primordial. [...] No obstante, hay que asombrarse de la pobreza jurídica sobre este tema. [...] Suele decirse que únicamente debe ser probado el acto o el hecho; la regla de derecho no tendría que ser probada. Es un error. En verdad, se quiere decir que, mientras las mismas partes deben realizar la prueba de los hechos que alegan, es el juez quien se encarga de verificar la existencia y el sentido de la regla de derecho. [...] El juez está obligado por la ley, debe conocerla; las partes no tienen que establecer su existencia. Tampoco tienen que establecer la existencia de las reglas consuetudinarias. [...] Este principio está, no obstante, excluido para la prueba de la ley extranjera. [...] La Corte de Casación exige que los litigantes aporten la prueba de la existencia de la ley extranjera. Esta jurisprudencia ha sido criticada: el juez, se ha dicho, no está en libertad de aplicar o dejar de aplicar la ley extranjera. [...] Incluso ante la ausencia de indicaciones provenientes de los litigantes debería informarse por sí mismo del estado de la regla de derecho extranjero que aplica; a falta de ello, aplicaría la propia ley francesa. [...] Salvo esta excepción [refieren a la ley extranjera], el juez tiene la obligación de comprobar la existencia de la regla de derecho. Pero ahí termina su papel en materia de pruebas. Son las partes, y no el juez, las que deben probar los hechos que invocan.⁸

2.3. ESPAÑA

En punto a las disposiciones pertinentes, y siendo de particular interés, debe recordarse que en el Reino de España la Ley de Enjuiciamiento Civil establece:

Art. 281.2. También será objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen el orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Art. 281.4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

⁷ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges, y BOULANGER, Jean, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. 2, 13.ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, p. 685.

⁸ MAZEAUD, o. cit., pp. 547-549.

Por su lado el Código Civil de este país dispone:

Art. 12.6. Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español. La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por la ley española. Sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesario, dictando al efecto las providencias oportunas.

Pues bien, encontrándose exiliado en Argentina, enseñaba SENTÍS MELENDO:

[...] a) el derecho nacional, normalmente, no requiere prueba, ni la admite; b) por excepción, puede ser necesario, tratándose de leyes provinciales, de acuerdo con los preceptos de determinados códigos de procedimiento; c) también excepcionalmente puede ser conveniente probar la ley nacional cuando el error en su publicación oficial haya determinado que aparezca con un texto diferente de aquel que fue aprobado; y digo que puede ser conveniente, porque la sola alegación del error deberá bastar para que el juez investigue acerca de su verdadero texto, haciendo que la prueba no sea necesaria; d) idénticamente, puede ser conveniente probar no la ley sino su inexistencia, cuando se haya publicado oficialmente una ley, o un precepto de la misma, sin realidad legislativa.

Respecto a la prueba de la ley extranjera, expresaba que la regla general es la misma y también derivaría del *iura novit curia*, aunque señalaba:

Son muchos los autores que aceptan la necesidad de la prueba de la ley extranjera y, por tanto, que el aforismo (refiere al “*iura novit curia*”) no funciona en cuanto a ella.

De todas formas agregaba:

Ese hecho “ley extranjera” es de naturaleza tan especial que no puede quedar sometido a las mismas reglas que los que constituyen objeto de controversia; y ha de ser así porque no se trata de aplicarle un precepto jurídico, sino de ser aplicado, como precepto jurídico, a otros hechos. De su especialidad deriva también que no podrá dejar de acreditarse su existencia; esto es, que en cuanto a ella no puede haber reconocimiento ni acuerdo de las partes.

En cuanto al derecho consuetudinario SENTÍS MELENDO entendía que no debería haber diferencia con lo que sucede con la ley escrita.⁹

Por otro lado, GUASP dedicó menos de una carilla de sus tomos de *Derecho procesal civil* a este tema:

⁹ SENTÍS MELENDO, Santiago, *El juez y el derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, pp. 94-95, 100, 203 y 261.

Respecto a los datos normativos o de derecho, el principio general, contra la regla común antes apuntada, es que no están sometidos a la actividad probatoria de las partes. a) Puesto que el órgano jurisdiccional tiene atribuido el conocimiento de oficio del derecho positivo, no es necesaria la demostración de los datos que lo integran. Basta una invocación genérica para que el juez investigue cuáles son las normas aplicables a los hechos aducidos y para que él califique espontáneamente su existencia, alcance y vigor. [...] b) Esta formulación no se aplica, sin embargo, a todas las categorías de normas jurídicas existentes, sino únicamente a aquellas que forman el derecho escrito, interno y general, caso en el que típicamente sólo se halla la ley, entendida en sentido amplio. [...] Por no ser derecho escrito está sustraído a la regla general el derecho consuetudinario común, cuando la costumbre es alegada en un proceso, pesa sobre el alegante la carga de la correspondiente demostración. Por no ser derecho interno, queda fuera de la exención de prueba el derecho extranjero; cuando una parte alega una norma extranjera, debe probar su existencia, corriendo, si no, el riesgo de que su invocación sea desestimada. Por no ser derecho general, exigen igualmente prueba, aunque ello es dudoso, ciertas normas de carácter notablemente singular, excepcional o privilegiado.¹⁰

Bastante más adelante FAIRÉN GUILLÉN escribe, aunque sin nada que aportar en general, sobre la prueba del derecho. No obstante, refiere al Código Civil español, para criticarlo, señalando que en el artículo 1.1 se dice que la costumbre es fuente de derecho, pero que luego en el artículo 1.3 se señala que ella debe ser probada, lo cual para FAIRÉN es considerarla —a su juicio en forma aparentemente absurda— “como si de hechos se tratasen”. Por otro lado recuerda:

Según el art. 12 del Código Civil, “la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por las leyes. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”. En resumen: 1.º) contenido de la norma extranjera que se alega; 2.º) vigencia de la misma; 3.º) prueba, por medios amplísimos, entre los que no hay que desperdiciar los de consultas a entidades especializadas en Derecho Extranjero o Derecho Comparado oficiales, Facultades de Derecho, etc. Nótese, de otro lado, la existencia de una creciente cantidad de Tratados Internacionales a los que España se ha adherido como parte (fundamentales, el de Roma de 1950 y el de Nueva York de 1966, cfr. Art. 9.2 CE 1978). Debidamente traducidos, son Derecho español, salvo restricciones enunciadas en el instrumento de su aceptación o ratificación; y por lo tanto, no sujetos a prueba.¹¹

Por su lado, expresan MONTERO AROCA y los autores que lo acompañan:

El conocimiento de la norma jurídica es una de las obligaciones del juzgador [...] Ahora bien, la no necesidad de prueba del Derecho se refiere a las normas jurídicas que forman el derecho

¹⁰ GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pp. 308-309.

¹¹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 440-441.

escrito, interno y general, lo que significa que sí ha de probarse: a) Costumbre: el art. 1.3 CC, al reconocer la costumbre como fuente del derecho, precisa que se aplicará “cuando resulte probada”. Es imposible exigir a los jueces el conocimiento de todas las costumbres en todos los lugares de España. El art. 281.2 LEC [Ley de Enjuiciamiento Civil], añade, primero, que también puede ser objeto de la prueba la costumbre y, después, que la prueba de la misma no será necesaria si las partes están conformes en su existencia y contenido (siempre que las normas no afecten el orden público). b) Derecho extranjero: En los casos en que debe aplicarse una norma material extranjera (recordemos que los tribunales españoles sólo aplicarán normas procesales españolas), las partes han de probar su contenido y vigencia. Lo expresa correctamente el art. 281.2 LEC: “El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia”. Lo contrario significaría obligar a los jueces españoles a conocer el Derecho de todo el mundo. c) Derecho histórico o no vigente: El deber del Juez de conocer el derecho de su país se limita al vigente, no al histórico, a riesgo de convertirlo en historiador. d) Derecho estatutario: Del derecho vigente del país debe excluirse también el no general, las normas específicas de las entidades locales (ordenanzas municipales, por ejemplo). La jurisprudencia ha establecido un criterio claro en este sentido: deben ser probadas las normas no publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*; criterio que sirve para solucionar el problema de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas. [...] Parece claro, con todo, que existen profundas diferencias entre los hechos y el Derecho cuando se los contempla desde la perspectiva del objeto de la prueba. Las diferencias pueden referirse a: 1.º) el distinto valor de la admisión por la otra parte de los hechos y del derecho: Los hechos admitidos por todas las partes se imponen al tribunal, pero sería absurdo que, si una norma extranjera no existe, la admisión por la otra parte pudiera imponerse a un juez que es sabedor de esa inexistencia. Se hace así difícil de entender que la prueba de la costumbre no sea necesaria si las partes estuvieren conformes sobre su existencia y contenido, que es lo que dispone el art. 281.2 LEC, lo que debe entenderse en el sentido de la innecesariedad de la prueba, pero no en el de que esa pretendida costumbre se entienda existente si el juez sabe que la misma no existe o que su contenido es distinto. 2.º) El distinto juego de la ciencia privada del juez: Este no puede dar como existente un hecho que él conoce como ciudadano particular si no ha sido probado, pero el juez sí puede aplicar una norma no comprendida en el *iura novit curia* si tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados. 3.º) El deber del tribunal, dentro de lo posible, de investigar de oficio el Derecho: El art. 281.2 LEC dice, con referencia al derecho extranjero, que el tribunal podrá valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, precepto que puede hacerse extensivo a todos los supuestos a que nos venimos refiriendo. Este artículo, a pesar de la palabra “podrá”, no puede entenderse ni como un consejo ni como una autorización que el legislador da a los jueces. No existen normas dispositivas que rijan la actividad del juez y las facultades que la ley concede a los jueces son, al mismo tiempo, deberes, por lo que el “pudiendo” del artículo citado de la LEC debe entenderse como un mandato para dentro de lo razonable. El legislador no puede ordenar al juez de primera instancia de un modesto pueblo sin biblioteca, que investigue el derecho colombiano sobre el régimen económico del matrimonio, pero sí puede mandar eso a la Sala Primera del Tribunal Supremo.¹²

¹² MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto, y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional*, t. II, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 252-253.

En una muy completa y enriquecedora obra sobre el principio *iura novit curia*, EZQUIAGA GANUZAS expresa a su turno:

Nadie ha puesto en duda que los jueces conocen el Derecho. [...] La forma tradicional con la que en el lenguaje jurídico se ha venido expresando desde hace siglos, esa preparación técnica del juez, es la máxima latina *iura novit curia*. Sin embargo, en el ámbito del proceso [...] se ha ido incorporando un contenido muy restringido y “técnico” en relación sobre todo con la innecesariedad de la prueba del material jurídico-normativo y la no vinculación del juez por las alegaciones de Derecho realizadas por las partes. [...] Esta dicotomía entre hecho y derecho está también muy presente en el tratamiento procesal que reciben dos materiales jurídicos peculiares excluidos tradicionalmente del ámbito de actuación de la presunción de conocimiento judicial del Derecho: el Derecho extranjero y el Derecho consuetudinario. La razón de esta exclusión reside, precisamente, en su consideración procesal de hechos.

A ello agrega que en su trabajo intentará justificar también la actuación del *iura novit curia* en relación con ellos, al menos en algunos supuestos:

Un análisis más detallado muestra que el *iura novit curia* se manifiesta en el proceso como una presunción de conocimiento del Derecho aplicable por parte del juez, que desempeña al menos dos funciones principales: sintetiza los poderes del juez y expresa una regla procesal de reparto de la actividad probatoria (la de los hechos correspondería a las partes y la del Derecho —cuando sea precisa— al órgano jurisdiccional). Es importante distinguir ambos aspectos, a pesar de su evidente interconexión, ya que dan lugar a problemas diferentes. En definitiva, una cosa es la presunción de que el juez conoce el Derecho a aplicar (y todas las consecuencias que de ello derivan) y otra el camino que el juez debe recorrer para adquirir ese conocimiento, los problemas específicos que comporta y quién y cómo los resuelve. La primera de las funciones del *iura novit curia* puede ser denominada aportación de oficio del Derecho aplicable y la segunda la investigación de oficio del Derecho aplicable. [...] La presunción *iura novit curia* exime a las partes de la carga de probar el Derecho en el que sustentan sus posiciones, pero no al juez. [...] Lo que expresa el aforismo es que compete al órgano judicial la investigación del Derecho aplicable al litigio, sin que importe cómo lo hace, es decir cómo logra alcanzar el conocimiento jurídico necesario para resolver el asunto. [...] Por tanto, el principio *iura novit curia* no excluye la práctica de la prueba en relación con las normas jurídicas, sino que lo que estaría expresando es que a éstas no les son aplicables las reglas generales sobre la carga de la prueba. Si estas le asignan a las partes en relación con los hechos, en virtud del principio *iura novit curia* la investigación del Derecho correspondería en exclusiva al juez.

Añade el autor, con relación no a la prueba del derecho sino a la posibilidad de que el juez aplique el derecho no alegado por las partes, que sin embargo debe darse a estas la oportunidad de contradicción al respecto, por lo que recuerda luego algunas disposiciones normativas españolas y de otros países que lo contemplan expresamente (se debe “dar oca-

sión a las partes antes de la sentencia de pronunciarse sobre el nuevo aspecto jurídico”). Más adelante señala que en la jurisprudencia algunos materiales jurídicos no se presumen conocidos por el órgano jurisdiccional, que lo que se suele presumir conocido es el derecho escrito, interno, general y publicado oficialmente, lo que excluiría el derecho extranjero, el derecho consuetudinario y los derechos locales. Destaca luego la publicación oficial como un medio adecuado para el conocimiento del derecho y, más adelante, que la publicación da “notoriedad” a las disposiciones (además de certeza).¹³

Finalmente, en esta reseña de algunos autores españoles, encontramos a ORTELLS RAMOS, quien señala:

Por lo general, las normas jurídicas no son objeto de prueba. El juez debe investigar y aplicar las normas en vigor, no sólo sin necesidad de que las partes las prueben, sino incluso sin necesidad de que las aleguen.

Sin embargo, agrega, la existencia y el contenido de las normas pueden ser objeto de prueba cuando es difícil que el juez las conozca, como sucede con las normas consuetudinarias y el derecho extranjero o estatutario. Esto se regula en España por el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que dice que debe probarse por las partes, sin perjuicio de que la conformidad de las partes en cuanto a la costumbre, si no afecta el orden público, hace innecesaria la prueba de la costumbre, y, respecto al derecho extranjero, que las partes tienen la carga de probarlo, sin perjuicio de la potestad de investigar del juez, y en cualquier caso sin límites en medios de prueba.¹⁴

2.4. ARGENTINA

En Argentina el Código Civil establece respecto a la prueba del derecho:

Art. 13. La aplicación de las leyes extranjeras en los casos en que este código autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieran obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial.

Ello se complementa con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina:

¹³ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 17, 20, 24-25, 30, 37, 89, 139 y ss. y 214.

¹⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 371-372.

Art. 377. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

Sobre mediados del siglo XX, EISNER señalaba sobre esta cuestión:

El derecho no es objeto de prueba; el derecho lo debe conocer el juez, y aunque las partes lo invoquen mal, el juez, advertido de lo que se discute, según los hechos que son expuestos y la pretensión que se quiera hacer valer, aplicará el derecho que fuere pertinente.

Luego agregaba:

Pero esto de que el derecho no se prueba “el tribunal conoce el derecho” (*iura novit curia*), tiene excepciones. A veces se discute la vigencia de una ley, a veces se discute cuál es el texto auténtico de una ley, porque hay problemas en la publicación, en los despachos que aprueban las Cámaras, entonces sí se debe probar la ley. Se debe probar la ley en el sentido de que ése es su texto y de que está vigente, o que lo estaba en la fecha en que se pretende ocurrido el hecho a que ella refiere.

Y añadía:

Es excepcional, naturalmente, este problema, y para la prueba de la ley no rige la sistemática procesal de la prueba civil de los hechos. Todo lo que dicen los Códigos sobre la prueba de los hechos no es aplicable a la prueba del derecho. Cuando hay que probar el derecho, en los casos excepcionales en que esto sucede, el juez puede valerse de su saber privado, puede verlo en el expediente y fuera del expediente, no hace falta que esto ocurra durante el período probatorio; no es necesario que sea con las reglas y con las restricciones que los códigos tienen en materia de ofrecimiento y sustanciación de prueba; libremente se puede probar el derecho. Ahora, el derecho nacional vigente, positivo, es el que en principio no se prueba. El derecho extranjero, cuando es invocado por las partes, salvo el caso de convenciones que lo hagan obligatorio en nuestro país, debe ser probado por las partes. [...] Lo mismo pasa con la costumbre, [...] en principio debe ser probada por las partes, es decir es objeto de prueba; debe ser probada sin perjuicio de que el tribunal sólo, el juez, conozca la costumbre o busque los medios de alcanzar su conocimiento.¹⁵

El autor, siempre muy citado por la jurisprudencia nacional, PALACIO, expresa sobre esta cuestión:

¹⁵ EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 35-36.

a) En tanto las normas jurídicas se presumen conocidas, y al juez incumbe la calificación jurídica de los hechos de la causa, ellas no deben ser objeto de prueba. b) La regla reconoce, sin embargo, algunas excepciones. En primer lugar, el art. 13 Cód. Civil dispone que la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en el que código la autoriza, no tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes, con excepción de las leyes extranjeras que se hiciesen obligatorias en la República por convenciones diplomáticas o en virtud de una ley especial. Importa destacar, sin embargo, que el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, arts. 1º y 2º del Protocolo Adicional, dispone que el derecho de los países signatarios no necesita ser objeto de prueba, bastando que el juez se ilustre respecto de él. Asimismo, el art. 137 CPN faculta al juez a investigar la existencia y aplicar la ley extranjera invocada por alguna de las partes en la hipótesis de que ésta omita probarla. c) A los efectos de la prueba de la ley extranjera, la jurisprudencia ha admitido la opinión y declaración de jurisconsultos o peritos en derecho del país respectivo; el informe diplomático o consulta sobre el texto de la ley, y las referencias de obras conocidas sobre el derecho del país de que se trate. Sin embargo, se ha resuelto que la prueba resulta innecesaria cuando el régimen legal es de fácil conocimiento, como ocurre, por ejemplo, con el francés en lo que se refiere al mandato y a sus formas. Otra excepción cabe respecto a la costumbre, la que también debe ser objeto de prueba en el caso de que su existencia no fuese notoria.

Aparte de ello señala:

La ley 22.434 agregó un párrafo al art. 377 (CPN) en cuya virtud si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. Si bien la norma no altera la carga de la alegación de la ley extranjera, se ha apartado de una interpretación estrictamente literal del desafortunado art. 13 del Cód. Civ. y adherido [...] a la doctrina de los precedentes judiciales en cuya virtud la prueba de la ley extranjera resulta innecesaria cuando se trata de un régimen legal de fácil conocimiento o asimilable a un hecho notorio.¹⁶

Bastantes años después GOZAÍNI comenzó sus anotaciones respecto a la prueba del derecho expresando:

El derecho, por vía de principio, está excluido de la actividad probatoria; sobre la base de presumirlo conocido por quien lo debe aplicar.

Señaló que el derecho interno está conformado por leyes que:

Cobran aplicación y vigencia obligatoria sin necesidad de demostrar su publicación, por la presunción del absoluto conocimiento. En cambio, las dificultades se encuentran en la publicidad de otras normas legales.

¹⁶ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho procesal civil*, 14.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 394-395 y 401.

Y dijo luego:

La duda estriba en el conocimiento efectivo que el juez tenga, de modo tal que, en nuestro parecer, el problema radica en la forma como se alcanza dicho conocimiento. Por ello, no es tema de prueba por la parte, la vigencia del derecho interno, y sí actividad o iniciativa del juez para allegarse de las constancias fehacientes de las normas invocadas. [...] Parte de la doctrina, sin embargo, considera que si el derecho interno no fue publicado oficialmente, el deber de conocimiento no existe y torna la cuestión como necesidad probatoria en cabeza de la parte que invocó el precepto jurídico.

Respecto a la costumbre, concluye que, cuando no se trata de costumbre notoria, debe probarse.¹⁷

Finalizando esta reseña de autores argentinos, advertimos que en *La prueba judicial* y luego en su *Sistema procesal*, ALVARADO VELLOSO se limitó a señalar, quizás un tanto escuetamente:

Ya he recordado recién que todo litigio supone, esencialmente, la afirmación de un hecho ocurrido en el plano de la realidad social. Por tanto, el objeto de la confirmación será siempre un hecho susceptible de ser confirmado. Con esta aseveración queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea ley en sentido formal y a partir de la fecha de su vigencia (es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación, publicación). Tal ley se supone conocida por todos —sin admitir prueba en contrario— y, particularmente, por el juzgador, para quien rige en ese aspecto la regla procesal *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). De este modo, constituyen verdaderos hechos a los fines confirmatorios todas las expresiones de la ley en sentido material no formal: las resoluciones generales no publicadas en el Boletín Oficial respectivo, las ordenanzas municipales, los convenios colectivos de trabajo, los usos y la costumbre, etc. y, por supuesto, la ley extranjera en cualquiera de sus formas.¹⁸

2.5. COLOMBIA

Por la trascendencia en Iberoamérica de sus trabajos sobre la prueba, deben considerarse las conclusiones de DEVIS ECHANDIA en cuanto a la prueba del derecho. Entiende este autor sobre ello:

Una cosa es que, de acuerdo con la política legislativa de cada país, se exija, o, por el contrario, se excuse, la prueba de la norma jurídica, especialmente la consuetudinaria y la extranjera, y otra muy diferente la de que desde un punto de vista abstracto no puedan ser objeto de prueba

¹⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1992, pp. 536-542.

¹⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 30-31; ídem, *Sistema procesal*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 24, y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, y VALENTIN, Gabriel, "La confirmación procesal" (sobre objeto y tema de la prueba), en *Lecciones de Derecho procesal civil. Compendio del sistema procesal, garantía de la libertad, adaptado a la legislación uruguaya*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011, pp. 515-516.

judicial, es decir, que no sea posible aducir pruebas acerca de esa norma. Lo contrario es confundir el objeto con el tema o necesidad de la prueba. [Recuérdese que para este autor el *tema* de la prueba es lo que nuestro CGP y nuestra doctrina denominan normalmente *objeto* de la prueba.] Que un hecho o una norma no requieran prueba no significa que desde un punto de vista abstracto no puedan ser objeto de esta [...] Es verdad que cuando la ley no exige la prueba de la norma jurídica, la actividad de las partes para demostrarla es en realidad una simple colaboración o un auxilio a la función procesal del juez.

En cuanto a cuándo es necesaria la prueba del derecho, dice:

a) si se trata de normas legales nacionales para el territorio del Estado, las reglas de derecho contenidas en las leyes del Estado, vigentes en su territorio, deben ser conocidas por el Juez, quien tiene la obligación de averiguarlas y estudiarlas, como también de aplicarlas oficiosamente de acuerdo con la interpretación que libremente les dé: *iura novit curia*. Por consiguiente no pueden ser tema de prueba.

Distinto podría ser el caso de las normas nacionales escritas de vigencia local o seccional, pero para este autor la regla es la misma que para las normas anteriores, porque la solución no puede variar en función de la mayor o menor extensión del territorio donde rijan. Por lo tanto, “su conocimiento no debe depender de la actividad de las partes que [...] solo puede tener naturaleza de simple colaboración”.

En cuanto a las normas consuetudinarias, dice DEVIS ECHANDIA que ello depende de la política adoptada por cada país, pero que a su entender no debe quedar en manos de las partes y el juez debe tener la más amplia iniciativa probatoria para acreditar la costumbre invocada.

Finalmente, en relación con las normas extranjeras, también depende de la ley que se exija su prueba, pero en cualquier caso debería haber “libertad investigativa para el juez en relación con las leyes extranjeras, no limitada por los medios de prueba y las formalidades consagradas en cada código, sino con facultad para utilizar sus conocimientos privados y, por lo tanto, la enseñanza de autores, ediciones oficiales, sentencias anteriores, etc.”.¹⁹

En los artículos 177 a 179 del nuevo CGP de Colombia, aprobado por ley n.º 1.564 de 2012 y muy parecidos a los artículos 188 a 190 del anterior CPC, se establece:

Art. 177. *Prueba de las normas jurídicas*. El texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del

¹⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.ª ed., Víctor F. De Zavalía, Buenos Aires, 1981, pp. 182-183, 193, 195, 198 y 200-201.

respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país. También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí. Cuanto se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente. Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página Web de la entidad pública correspondiente.

Parágrafo. Cuando sea necesario se solicitará constancia de su vigencia.

Art. 178. *Prueba de usos y costumbres*. Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial deberán acreditarse con documentos, copia de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia o con un conjunto de testimonio.

Art. 179. *Prueba de la costumbre mercantil*. La costumbre mercantil nacional y su vigencia se probarán: 1. Con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio. 2. Con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo. 3. Con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija. La costumbre mercantil extranjera y su vigencia se acreditarán [...].

Como se advierte, en esta legislación no se regula más que la prueba de usos y costumbres, del derecho local y del derecho extranjero, dándose por supuesto que no es necesario hacer ninguna referencia de la prueba del derecho propio de Colombia que sea de alcance nacional.

2.6. BRASIL

En Brasil el Código de Processo Civil establece en una única disposición:

Art. 337. La parte que alegue derecho municipal, estadual, extranjero o consuetudinario debe probar el tenor y la vigencia, si así lo determina el juez.²⁰

Sobre ella expresa GALDINO DA PAIXAO JUNIOR:

Debe entenderse, entonces, que objeto de la prueba refiere a hechos. Excepcionalmente, derechos, si se tratara de ley municipal, estadual, extranjera [...] la parte tendrá la carga de probar el

²⁰ Esta regulación legislativa tiene cierta similitud con el artículo 293 del Código Procesal Civil (ZPO) de Alemania: "Art. 293. Derecho extranjero; derecho consuetudinario; estatutos. El derecho que rige en otro Estado, el derecho consuetudinario y los estatutos necesitan de prueba en tanto como tales sean desconocidos para el tribunal. Para el acceso a estas normas de derecho, el tribunal no se encuentra limitado a las evidencias aportadas por las partes; está autorizado a usar otras fuentes de conocimiento y a ordenar aquellas que sean adecuadas para dicha finalidad".

tenor y la vigencia, si el texto no tuviera por fuente una unidad a la cual el órgano juzgador estuviera administrativamente vinculado.²¹

2.7. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

Concluyendo esta parte del artículo, cabe asimismo recordar en el marco del derecho comparado (y muy particularmente porque de ellos derivan directamente los artículos 143 y 525.3 del CGP) los artículos 133 y 373.3 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal:

Art. 133 (Prueba del Derecho). El Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el Tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo.

Art. 373.3. Los tribunales deberán aplicar de oficio el derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harían los Tribunales del estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva. Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.

3. LA PRUEBA DEL DERECHO EN URUGUAY

3.1. LAS CONCLUSIONES DE LA DOCTRINA NACIONAL

En Uruguay el primer jurista en prestar atención a la prueba del derecho fue GALLINAL, quien con su reconocida erudición expresaba en 1914:

Es principio inconcuso, que las partes deben probar los hechos que sirven de base a sus pretendidos derechos, hechos de los cuales pretenden deducir aquellos; pero que no deben probar la existencia y el tenor de las leyes que invocan como aplicables a esos hechos. [...] Las reglas del derecho no podrían ser objeto de tales pruebas. La ley no se la prueba en sentido técnico, en el cual empleamos aquí la palabra, pues como dice Demolombe “se la produce, y si ella es oscura o equívoca, se la interpreta”. No es, pues, la teoría de las pruebas la que intervendría, sino la de la interpretación de las leyes. Las partes podrán demostrar al juez tanto la existencia de los hechos como la de las leyes; pero mientras la prueba de los hechos debe hacerse por las partes, porque el juez no los conoce, ni tiene obligación de producirla, en cambio, la prueba de las leyes se da con su simple alegación, porque la ley es cierta y el juez debe verla y aplicarla al hecho probado.

²¹ GALDINO DA PAIXAO JÚNIOR, Manuel, *Teoría geral do processo*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 257.

Señalaba luego que respecto a la costumbre hay dos teorías, una que la considera como un hecho y la somete a las reglas generales de la prueba de los hechos y otra que la considera como una regla de derecho y la trata en lo que respecta a la prueba como a las leyes. GALLINAL se inclina por la segunda teoría, alegando que el juez debe aplicar la costumbre como la ley, aunque las partes no la invoquen. Sucedería como con el derecho extranjero, que debe ser considerado no un hecho sino derecho. No obstante,

Es verdad que nuestros jueces no tienen la obligación de conocerlo, como deben conocer la ley patria, y que pueden imponer, a la parte que aduce la existencia de la ley extranjera, la obligación de probarla; pero tal prueba no se puede considerar como decisiva en el sentido de que el juez deba siempre juzgar según la prueba dada y según los documentos producidos. Él debe, por el contrario, procurarse hasta de oficio el conocimiento de la misma ley y completar las informaciones presentadas por las partes, para no decidir en sentido opuesto a la ley según la cual está obligado a juzgar.

Finalmente, luego de indicar que los medios de prueba del derecho extranjero no están limitados como lo están los medios de prueba de los hechos, señalaba que si no es posible arribar a la demostración del derecho extranjero que se debe aplicar, se debe buscar la solución en la integración normativa conforme a los artículos 15 y 16 del Código Civil.²²

Algunos años después, en sus *Lecciones...*, DE MARÍA dedicó a esta cuestión algunos pocos párrafos:

En general, la prueba sólo versa sobre los hechos, porque la de derecho es incumbencia del juez, quien, en vista de los derechos probados, deducirá las consecuencias y aplicará la disposición legal; es más: el juez debe suplir de oficio toda prueba de derecho; primero, cuando se trata de la aplicación de leyes extranjeras, por no serle dado al magistrado conocer todas las legislaciones del orbe, y, segundo, cuando a falta de ley escrita hay que juzgar un caso con arreglo a la costumbre, la cual hay que probarla.

Y bastante más adelante al referirse a las medidas “para mejor proveer” añadió:

Pero la cuestión de derecho está en otro caso: el juez debe conocer por sí mismo el derecho, debe suplirlo si las partes no han sabido invocarlo (Mattiolo, tomo 2º, número 215), y si tiene dudas respecto de él, es por medio del estudio directo de las leyes, y no por medio de nuevos escritos de las partes, que puede disiparlas.²³

En 1932 COUTURE expresaba, lacónicamente, sobre la prueba del derecho:

²² GALLINAL, Rafael, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil. De las pruebas*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1914, pp. 29-41 (también en 2.ª ed., Barreiro y Ramos, Montevideo, 1928, pp. 48 y 55).

²³ DE MARÍA, Pablo, *Lecciones de procedimiento civil*, t. II, Claudio García, Montevideo, 1927.

Solo los hechos son objeto de prueba. El derecho se presume sabido por el magistrado. El principio reconoce alguna alteración: a) El derecho extranjero; b) La costumbre en los casos en que constituye norma de derecho. Ambas situaciones representan una derogación parcial del principio por cuanto no cabe suponer del conocimiento del magistrado dichas nociones.

Y agregaba en nota al pie:

La uniformidad de opiniones es absoluta, desde que, como dice MORTARA, reposa sobre la presunción del conocimiento genérico de la ley.²⁴

Años después diría el mismo autor:

Vamos a analizar ese principio de que el derecho no es objeto de prueba. Deriva de la circunstancia de que la constatación del derecho es muy fácil. Dice CARNELUTTI que el derecho está documentado en un libro accesible, que es el Código. Habría así, con relación a la forma jurídica, una especie de constatación perentoria y accesoria. Además, habría un estrecho vínculo entre esta idea y el principio general del derecho civil que establece la presunción del conocimiento del derecho; y no tendría sentido la prueba del derecho porque el derecho se presume conocido. Este es el principio general. Sin embargo, hay una serie de excepciones que tendrían que ser objeto de solución especial. Así, por ejemplo, cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, se produce una interferencia entre los campos del hecho y del derecho. [...] Estaría en juego, en ese caso, la vigencia misma de tal ley. En esta circunstancia, la existencia o inexistencia de la ley, que es en sí misma un fenómeno del derecho, deriva de un asunto de hecho. Y entonces será menester producir prueba de hecho de la existencia o la inexistencia de la ley. Esta prueba se obtiene fácilmente acudiendo a los archivos oficiales del Parlamento y del Ejecutivo, donde se encuentran los textos originales. Una primera excepción pues, al principio de que el derecho no es objeto de prueba, sería la de la prueba de la existencia o inexistencia de la ley o del derecho. Otra excepción es la que surge en aquellos casos en los cuales la costumbre es fuente de derecho. [...] En estos casos en que la costumbre es derecho, si fuera discutida o controvertida la costumbre, habría de ser objeto de prueba; y lo sería en tales casos por ser una circunstancia de hecho, pero tan estrechamente vinculada con el derecho, que en el fondo resulta del saber si procede o no la aplicación del derecho. Una tercera excepción a ese principio de que el derecho no es objeto de prueba, es la prueba sobre la existencia del derecho extranjero. La ley se presume conocida, con arreglo al principio del código civil; pero tan solo la ley nacional, y con relación a todos los habitantes del país. Pero ninguna regla presume conocido el derecho extranjero. [...] La doctrina está de acuerdo en que la ley extranjera es una circunstancia que puede ser objeto de prueba cuando es controvertida. Sin embargo hay que aclarar que, con arreglo al tratado de derecho internacional de Montevideo de 1889, el derecho de los países signatarios no necesita ser objeto de prueba, bastando que el juez se ilustre respecto a él y lo aplique, sin necesidad de prueba.²⁵

²⁴ COUTURE, Eduardo J., *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1932.

²⁵ COUTURE, Eduardo J., *Procedimiento. 1.º Curso*, t. II, Ed. Medina, Montevideo, s/f, pp. 92-94.

Finalmente, reiterando en 1942 con más pulimento y alguna ampliación lo anterior, diría COUTURE:

El tema del objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta: “qué se prueba, qué cosas deben ser probadas”. Nuestros Códigos han distinguido los juicios de hecho de los de puro derecho. Los primeros dan lugar a prueba; los segundos no. Agotada la etapa de sustanciación directamente se cita para sentencia. Esta división elemental suministra una primera noción para el tema en estudio; regularmente, el derecho no es objeto de prueba; sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio. [...] Existe un estrecho vínculo entre la regla general de que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; no tendría sentido la prueba del derecho en un sistema en el cual éste se presume conocido. El conocimiento, se ha dicho, trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma, como la luz proyecta la sombra del cuerpo. La regla era la inversa en el derecho griego primitivo, en el cual el juez sólo podría aplicar la ley invocada y probada por las partes. Para ARISTÓTELES las pruebas eran cinco: “las leyes, los testigos, los contratos, la tortura de los esclavos y el juramento”. Dicha norma tiene, sin embargo, algunas excepciones que son objeto de solución especial. Así, por ejemplo, cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, se produce una interferencia entre el campo del hecho y del derecho. [...] Una primera excepción, pues, al principio de que el derecho no es objeto de prueba, sería la existencia o inexistencia de la ley. Conviene aclarar, sin embargo, que si las partes hubieran discutido la existencia del derecho, sin producir prueba al respecto, ello no obstaría a que el juez decidiera igualmente el conflicto investigando por sus propios medios, aun fuera del juicio, la ley aplicable. [...] Otra excepción es la que surge de aquellos casos en los cuales la costumbre es fuente de derecho. [...] En estos casos en que la costumbre es derecho, si fuere discutida o controvertida, habrá de ser objeto de prueba. Pero también en estos casos debe tenerse presente que, a falta de prueba suministrada por las partes, el juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios. En este caso, más que de una carga de la prueba, debe hablarse de un interés en la prueba. La parte que apoya su derecho en la costumbre debe ser diligente en producir la prueba de ésta. Pero si no lo hiciera, el juez puede aplicar la costumbre según su conocimiento particular u ordenar de oficio los medios de prueba tendientes a tal fin. [...] Una tercera excepción al principio de que el derecho no es objeto de prueba, es la que se refiere al derecho extranjero. Se presume conocida, con arreglo al principio ya enunciado, tan sólo la ley nacional y con relación a todos los habitantes del país. Pero ninguna regla presume conocido el derecho extranjero. La existencia de ese derecho no tiene para el juez la accesibilidad y la comprobación perentoria del propio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la ley extranjera puede ser objeto de prueba cuando resulta controvertida. Tal prueba puede producirse por un dictamen de abogados o por informes de carácter oficial. Sin embargo, es menester aclarar que, con arreglo al Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, arts. 1 y 2 del Protocolo Adicional, el derecho de los países signatarios no necesita ser objeto de prueba. Basta con que el juez se ilustre respecto de él, y lo aplique, sin necesidad de prueba.²⁶

²⁶ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1966, pp. 219-223.

Entretanto CARNELLI presentaba en 1939 una memorable explicación de lo absurdo del principio recogido en el Código Civil según el cual las leyes se reputan conocidas, aunque no trataba en su trabajo directamente el tema de la prueba del derecho.²⁷

Promediando la década de 1940, ARIAS BARBÉ analizó esta misma cuestión expresando:

La prueba del Derecho se ha sostenido que no es necesario hacerla, porque el derecho se presume conocido y además porque la ignorancia del derecho no sirve de excusa, existiendo la obligación del juez de fallar, no pudiendo exonerarse de la misma, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (artículo 15 del Código Civil). Pero existen excepciones a este principio. a) Prueba de la existencia y error o no de la ley. [...] En doctrina existen tres posiciones. Una que admite la investigación y la prueba en forma amplia, ya sea del punto de vista de las partes o del juez para investigar si hay error. La segunda, admite la posibilidad de investigación del juez, pero no en forma amplia, investigación que se debe circunscribir a determinar si entre los originales y el texto de la ley publicada existen diferencias, pero sin entrar a averiguar cuáles fueron los móviles políticos que motivaron tal situación. La tercera, que considera que el juez debe estar al enunciado de la ley, quedando prohibida toda investigación de la misma porque la ley obliga a todos a partir de su promulgación y publicación y que es obligatorio el texto publicado y no el original. Una cuarta posición defendida por el Dr. Carnelli sostiene, en forma muy fundada, que esos casos de error en la publicación con respecto al texto de la ley nos coloca frente a una situación especial que no es la de la prueba del error, sino de la existencia o inexistencia de la ley. Cuando ocurre tal cosa, como no se ha cumplido con todos los requisitos legales en el proceso constitucional de su formación, se está frente al caso de una ley inexistente, no de una ley con error, y por tanto sin fuerza obligatoria. b) Prueba de la costumbre. [...] Y es tan evidente que estamos frente a la prueba de un derecho y no un hecho que en el caso de que las partes, frente a un asunto de medianerías, precio de salario, etc., regulados por la costumbre no la hubieran invocado y aún invocándola no se hubieran preocupado de probar su existencia, el juez tiene la obligación en virtud de los principios antes indicados de cerciorarse de la existencia de esa costumbre, así como de su alcance. Independientemente de la actividad de las partes tanto en su invocación como en su demostración, porque una de las funciones primordiales del magistrado es la de aplicar el derecho que se presume conocido. Por el contrario si se tratara de un hecho tanto su alegación como la carga de la prueba gravitaría sobre la parte que lo invoca en su favor y a falta de ella el magistrado cumpliría con absolver al demandado en virtud de que el actor no ha demostrado su derecho, infringiendo la norma legal que parte del supuesto de que el derecho se supone conocido. c) La prueba del derecho internacional. [...] Si bien este problema ha sido discutido en la doctrina también ha sido objeto de soluciones diversas en la legislación positiva. Es necesario, para pronunciarse sobre la existencia o no de esta excepción, recordar que la exoneración de prueba que gravita sobre el derecho nacional reposa sobre tres principios: el primero es el que las leyes una vez promulgadas y publicadas se presumen conocidas; el segundo es que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el tercero es el de que el juez está obligado a fallar siempre, sin que sirva de excusa el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley. Es evidente que

²⁷ DE MARÍA, Pablo, y CARNELLI, Lorenzo, *Obra jurídica de Pablo de María. Recopilación, notas y adiciones de Lorenzo Carnelli*, Claudio García, Montevideo, 1939, pp. 13-37.

el Derecho interno abarca estos tres principios fundamentales y por lo tanto la doctrina y la legislación lo consideran excluido de la prueba. No sucede lo mismo en lo referente al derecho extranjero, porque según dice la doctrina, no gravita sobre el magistrado la presunción de conocimiento, desde que el art. 1º del código Civil sólo se refiere a la presunción de conocimiento una vez publicadas y promulgadas las leyes nacionales, pero quedan en tela de juicio los otros dos principios: el de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el de que el juez debe fallar siempre. En la legislación el problema de si la prueba de la ley extranjera integra o no el objeto de la misma ha recibido diversas soluciones. En algunas, como la alemana, la suiza y la austríaca, en principio, el derecho extranjero no es objeto de prueba, pero, excepcionalmente, cuando el magistrado no tiene conocimiento de la existencia de la ley extranjera entonces sí podrá ser objeto de la prueba. En otros países, como por ejemplo Inglaterra, Francia, Italia, consideran la prueba de la ley extranjera como un hecho y por tanto entienden que deben ser siempre objeto de prueba. En la doctrina repercute esta división de la legislación, y hay autores que consideran, sin ninguna distinción, que la ley extranjera siempre debe ser objeto de prueba por dos razones: primero, porque ella escapa a la presunción de conocimiento que sólo es característica o específica de la ley nacional y en segundo término por la dificultad práctica de conocer toda la legislación universal. Otros distinguen, en lo referente a la prueba de la ley, entre lo relativo a su existencia y lo relativo a su aplicación. Consideran que la existencia de la ley extranjera es un problema de hecho y que por tanto debe ser objeto de prueba, mientras que la aplicación de la ley extranjera es un problema de derecho que nunca puede ser objeto de prueba. [...] En general, se acepta el criterio de que cuando hay oposición entre las partes acerca de la existencia de una ley extranjera que debe regir el conflicto, los tribunales pueden obligar a las partes a que produzcan las pruebas de la existencia de ella, sin perjuicio de averiguar por sí su veracidad. [...] Tanto la ley interna como la externa constituyen derecho y se aplican esos principios generales de que el juez no puede ampararse en el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley y de que la ignorancia de la misma no sirve de excusa. Siendo el juez un órgano de aplicación del derecho, en virtud de esa función, está obligado no sólo a indagar sobre la existencia de la ley interna sino también sobre la existencia de la ley extranjera, sin reparar en los inconvenientes o dificultades que puedan surgir en su camino.²⁸

Ya en el ámbito más propio del derecho internacional privado, ALFONSÍN no dirige su atención a todo el problema de la prueba del derecho, sino más concretamente, aunque en estrecha conexión con ello, solo a la alegación y prueba del derecho extranjero, tema que trata con singular profundidad.

Respecto a la alegación, el autor entiende que en el Uruguay (y recuerda que en otros países no es así) el derecho extranjero debe ser aplicado por el juez aunque no haya sido invocado por las partes.

Y ahora, respecto a la prueba, señala el mismo ALFONSÍN:

²⁸ ARIAS BARBÉ, Óscar, *La prueba*, Medina, Montevideo, 1945, pp. 36-43.

Para la aplicación judicial, el conocimiento del derecho privado extranjero se logra por conductos muy distintos, según corresponda que el juez lo indague de oficio o que la parte lo pruebe.

Planteándose entonces si debe indagarse de oficio o probarse por la parte, expresa:

La solución de este problema también depende de que el derecho extranjero sea derecho o sea hecho. En el primer caso, el juez debe obtener el conocimiento del derecho extranjero por sus propios medios (tal como obtiene el conocimiento del derecho propio) o por los medios oficiales descriptos más arriba. En el segundo caso, las partes deben probar el derecho extranjero que hayan invocado. Además, se ha erigido una solución intermedia. [...] En realidad, en el Uruguay el derecho extranjero es derecho; como tal, debe ser indagado de oficio por el juez; pero teniendo presente que a menudo la parte tiene mejor conocimiento que el juez acerca del derecho extranjero aplicable a la relación controvertida, el juez aprovecha de la colaboración de la parte, ya sea admitiendo las informaciones que ésta le proporciona por iniciativa propia, ya sea pidiéndolas a la parte que invocó el derecho extranjero. La colaboración de la parte se realiza mediante el camino procesal de las “pruebas”, pero desde el punto de vista de su valoración judicial, no es como pruebas, sino como informaciones, que deben ser apreciadas. Por consiguiente, a la parte le conviene recurrir a todos los medios de “prueba” que estime informativos; no son informativos, desde luego, la confesión, ni los testimonios, ni las presunciones; lo son, en cambio, las publicaciones oficiales, la literatura científica y los peritajes. Y, por su lado, el juez se reserva el derecho de utilizar o no las informaciones proporcionadas por la parte, de justipreciarlas a su modo, y de posponerlas ante su propia información.²⁹

Por su parte, BARRIOS DE ANGELIS, generalmente reconocido como el máximo teórico del derecho procesal en nuestro país, expresaba en 1968:

No todos los hechos deben ser probados, algunos no necesitan prueba; y hay hechos íntimamente vinculados a la existencia de la norma jurídica que se confunden a veces con la misma norma. Por lo cual, suele decirse que, sin bien las proposiciones jurídicas nunca se prueban, en alguna oportunidad hay que probarlas. Lo cierto es, acerca de estas dos distinciones, particularmente de esta segunda, que la norma jurídica nunca debe ser probada. Desde un punto de vista ontológico (de cómo son las cosas) la norma jurídica nunca se prueba. Lo que se debe probar es el hecho de su existencia, cuando la misma es discutida o de difícil apreciación. De aquí la formulación de reglas. Para completar estas dos proposiciones (no todos los hechos se prueban; el derecho nunca se prueba) tenemos que determinar los hechos vinculados al derecho que se debe probar. A) Prueba (así llamada) del derecho. 1º) La existencia efectiva de los hechos que dieron lugar al nacimiento de la norma jurídica. Por ejemplo, se discute sobre la existencia de una ley de 1827. No existen registros, constancias o se han quemado o extraviado las actas de los Cuerpos

²⁹ ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del Derecho privado internacional*, Facultad de Derecho (Universidad de la República), Montevideo, 1955, pp. 530-545.

que decidieron la ley. Se dice que se debe probar el derecho; en realidad, lo que se debe probar es la serie de hechos que dieron lugar a la producción de la norma jurídica. 2º) Otro es el caso de la costumbre, norma cuya fuente de producción es, en verdad, la continua actitud de cierto grupo y la conciencia de ese grupo acerca de la existencia de la norma. No se prueba estrictamente la costumbre, sino los hechos que pueden dar razón de esa costumbre. 3º) Por último, el derecho extranjero, en cuyo caso estamos en la misma situación inicial; lo que se prueba es la existencia de la producción de la norma. Respecto de la doctrina o la historia de determinada norma es evidente que lo que se prueba no es la norma, sino la efectiva existencia de los sustentos de hecho de esa norma.³⁰

Una década después, al publicar en 1979 su *Teoría del proceso*, BARRIOS DE ANGELIS expresaba:

En cuanto a la prueba del derecho, debe estimarse que corresponde luego de efectuadas algunas precisiones. Primero, que en sí misma la norma, o la ley, no es un hecho, si consideramos hechos al cambio físico, químico, biológico o psíquico. Lo es, en cambio, en la acepción muy particular de ente, o existente, de ser cuya presencia es comprobable, pero por medios distintos de la percepción. En todo caso, hecho o no hecho, el derecho puede ser objeto de prueba sólo mediante la prueba de otros hechos o entes; la de los hechos de su creación, sumados a la falta de prueba de su derogación o decaimiento, o mediante prueba de su vigencia, como la que puede surgir de su aceptación en documentos públicos, etc. Con lo que antecede damos cuenta de la posibilidad de su prueba; atenderemos ahora a la necesidad de su prueba; la regla, a su respecto, es la que cubre a todo el objeto: sólo es necesaria la prueba de su existencia o de sus caracteres cuando una y otro son inciertos. Una ley nacional se presume conocida, no se presume existente, y una ley extranjera ni siquiera se puede presumir conocida, salvo cuando ha sido incorporada como ley nacional. El problema de la prueba del derecho, pues, queda fijado en estos términos objetivos; como necesidad objetiva, independientemente de quién tiene que probar, si una parte, o el juez, problema subjetivo que trataremos luego.

Más adelante diría, en nota, que el tribunal tiene el deber de probar el derecho toda vez que esté en cuestión su existencia o contenido.³¹

En un posterior artículo parcialmente destinado a esta temática, el mismo autor encaró el problema de la prueba del derecho extranjero:

La jurisprudencia anglo-americana, por ejemplo, ha sostenido, tradicionalmente, que el Derecho Extranjero es un hecho. Tomada a letra, la aseveración parece simplemente absurda; es

³⁰ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Apuntes de Derecho procesal. 1.º Curso*, t. II, CEN, Montevideo, 1968, 4.ª reed., p. 231.

³¹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma., Buenos Aires, 1979, pp. 236-239, y 2.ª ed., B. de F., Buenos Aires, 2002, pp. 192-195.

de toda evidencia que el Derecho Extranjero, por definición, no puede ser menos que derecho. Pero ubicada en su contexto, no pasa de ser la expresión de una política del proceso, tendiente a dar efectiva vigencia, en la práctica de los tribunales, al Derecho Extranjero. [...] Cuando los angloamericanos entienden que la norma extranjera es un hecho, aparentemente quieren significar que debe ser tratada, o manejada, como si fuera un hecho. b) Partiendo de la distinción técnica hecho-derecho en su relación con la prueba en el Derecho Interno (respecto del primero cabe la carga de la prueba, respecto del segundo el principio “*iura novit curia*”) la afirmación de que el Derecho Extranjero es hecho no significa otra cosa que “no puede ser tratado, a los efectos de su conocimiento, como una norma interna”. Dicho de otro modo, ese Derecho Extranjero no puede tener el régimen del derecho (interno). Y si no le cabe el régimen correspondiente al derecho, dada la dicotomía técnica, sólo le queda el régimen correspondiente a los hechos: que la parte interesada investigue; ella seguramente tendrá mejores medios que el juez. No se trata, pues, de un problema ontológico (qué es el Derecho Extranjero) sino de una cuestión gnoseológica (cómo conocer el Derecho Extranjero con mayor seguridad). No se duda de que la norma extranjera es norma, se le pone un rótulo engañoso para conocerla mejor y darle la efectividad que merece. [...] Lo que constituye la denominada “prueba del Derecho Extranjero” es, rectamente, la prueba de las representaciones materiales de las normas, manifestaciones que permiten conocer sus caracteres, es decir: texto, significación, alcance, límites espaciales y temporales. [...] 4. Cargas de la invocación y de la prueba del Derecho Extranjero. La tesis principal al respecto consistirá en sostener que no existen las cargas de la invocación y de la prueba del Derecho Extranjero, al tenor de la Convención CIDIP-II, DE y del Convenio argentino – uruguayo que consideraremos. El argumento principal reside en la afirmación de la existencia del deber judicial de investigar la existencia y caracteres de la norma extranjera. [...] Antes de la vigencia de los instrumentos internacionales que comentamos, el dilema entre cargas de las partes y deber —del tribunal— se planteaba en términos simplistas: si el DE es hecho, es carga; si el DE es norma, es deber del juez. Hemos visto que la cuestión es relativamente más compleja: el DE no es hecho, pero lo son las representaciones materiales significativas de su existencia, sentido, interpretación, alcance. Por lo que una carga de la prueba de tales materialidades (o inmaterialidades traducibles en documentos) puede concebirse fácilmente. Pero aún cuando el enfoque ontológico resulte indiscutible (el DE es, por definición, norma jurídica), el principio “*curia novit*” resulta insuficiente para eliminar la carga de la prueba. En efecto, el principio “*curia novit*” no significa que el tribunal tenga el deber de probar el DE; expresa que el tribunal conoce —o tiene los medios para conocer— el derecho; y que, en consecuencia, no está atado a la labor investigativa ni a las concepciones erróneas de las partes; que puede pasar, por sus propios medios, por encima de la labor probatoria e interpretativa de las partes. En suma, que el dístico no recoge un deber sino un poder del tribunal; no una forma de sujeción sino de libertad. [...] Por otra parte, si el tribunal tiene el deber de aplicar el DE, necesariamente tiene el deber instrumental de establecer su existencia, contenido, alcance o interpretación; en suma, el deber de probar la materialidad representativa de la norma extranjera. [...] La afirmación de que el tribunal tiene el deber no sólo de aplicar el DE sino también de informarse al respecto (deber de probar sus representaciones materiales) no elimina el hecho de que el incumplimiento de tales deberes puede perjudicar a las partes y a la propia administración de justicia. [...] La carga de controlar, preventivamente, el

cumplimiento del deber de informarse respecto del DE corresponde a la acción, o a la excepción, cuando éstas son derechos subjetivos públicos; cuando, por el contrario, el titular de la acción o de la excepción es un sujeto público, no existe carga; porque sus situaciones son poderes-deberes, que no tienen el constituyente pasivo sino el constituyente pasivo deber.³²

Dos años más tarde, en 1989 y estando ya vigente el CGP, al considerar el *objeto de prueba*, el mismo BARRIOS DE ANGELIS se limitaría a señalar:

La ley establece algunos condicionamientos de esos hechos y declara que no requiere prueba el derecho, nacional o extranjero, art. 143; con relación a este último, sin embargo, el art. 525.3 usa un eufemismo que oportunamente aclararemos: las partes podrán “acreditar” la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.³³

Luego, en el tomo segundo (1990) y al referirse a las normas del Código que regulan la aplicación del Derecho extranjero dirá, también escuetamente, que:

El derecho extranjero es reconocido como tal —a nuestro juicio no como hecho [...] Una y otra norma [refiere al art. 525.3 CGP y al art. 2º de la Convención sobre Normas Generales CIDIP-II, Montevideo, 1979] aluden a la necesidad de que el tribunal actúe de oficio (lo que es expreso en el CGP) y a la posibilidad de las partes, en cuanto a probar hechos conectados con la norma misma.³⁴

Por último, en su obra sobre las regulaciones del proceso jurisdiccional por el derecho internacional privado, BARRIOS DE ANGELIS expresa —con extensos y bien claros fundamentos— que el derecho extranjero debe ser considerado efectivamente como derecho extranjero y no como un hecho o como un derecho propio del país que lo va a aplicar. Y señala más adelante:

La selección y aplicación de las normas a los hechos están precedidas de un hecho fundamental: el conocimiento del ordenamiento y de las normas particulares aplicables por el sujeto juzgador. Respecto del ordenamiento nacional, se parte de la base del principio “iura novit curia”: literalmente, el juez (el órgano jurisdiccional o autoridad) conoce el derecho; no se trata del establecimiento de un deber judicial de averiguar el derecho, como se suele interpretar. Se trata, al contrario, de un poder del tribunal; según la enseñanza histórica, es la situación jurídica, inserta entre las posibilidades de la jurisdicción, por la que el juez puede prescindir del derecho que le proponen las partes y, puesto que él, por sí mismo, por definición de su investidura, conoce el derecho, selec-

³² BARRIOS DE ANGELIS, Dante, “Aplicación del derecho extranjero”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1/1983, pp. 17-22.

³³ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El proceso civil*, Idea, Montevideo, 1989, p. 203.

³⁴ *Ibidem*, vol. II, pp. 250-251.

cionar y aplicar el que corresponde. A partir de un hecho —el efectivo conocimiento que los jueces tienen— se fija una nota institucional: el juez no es juez si no conoce el derecho. Pero aún elevado a esa categoría ideal, no deja de fundarse en el hecho sociológico del efectivo conocimiento. Hecho sociológico que se debe negar, en principio, respecto del conocimiento del DE, de donde surge la firme fundamentación de la tesis contraria; respecto del DE no corresponde el “iura novit curia”. Eso no significa que el tribunal no pueda escoger un derecho diverso del que las partes le proponen; simplemente, la discusión sobre el alcance del principio no tiene sentido, porque se parte de una significación de deber que le es ajena. Otro es el principio correspondiente; por la naturaleza misma de la jurisdicción, el tribunal tiene el deber de aplicar el derecho y, en consecuencia, el deber de informarse a su respecto. Es el que he denominado “principio fundamental de la jurisdicción” el que se aplica. Por el hecho de ser órgano jurisdiccional, el tribunal debe proceder y fallar *secundum jus*; deber que implica el deber de conocer el derecho —nacional o extranjero— y, consiguientemente, el deber de informarse respecto del derecho. Esta triple conexión no depende de un hecho sociológico; es a priori y surge naturalmente de la idea de juez. Es superior al principio “curia novit”; lo comprende y no depende de un hecho sociológico para regir la conducta del tribunal. [...] Cabe observar que, con todos esos textos [refiere a normas del DIPr], las partes ven reconocidas, en sus respectivas situaciones jurídicas, una facultad de probar (la existencia de datos material relativos al) derecho extranjero. No hay en ella una “carga de la prueba del DE”; su falta de diligencia no se castiga con la inaplicación de la ley que le sea favorable. Sí existe una carga del control del juez en esta materia; si el tribunal incumple su deber de informarse, no habrá aplicación de la norma extranjera favorable.³⁵

Bastante antes de estos últimos trabajos de BARRIOS DE ANGELIS, el civilista PEIRANO FACIO entendía que el derecho no tiene que ser probado, recogiendo como fundamento la opinión de BARTIN (anotador del tratado de AUBRY-RAU), conforme al cual el derecho no precisa ser probado porque la ley es necesariamente imperativa al juez, y:

[...] es claro que, ya se pruebe o no se pruebe la ley, el juez debe igualmente aplicarla. [...] Si esto es así, si resulta que aunque el Derecho no se acredite o pruebe por las partes, como el juez no puede dejar de fallar y tiene que fallar aplicando el Derecho, es obvio que igualmente de oficio el juez suple la ausencia de prueba relativa al Derecho. Por otra parte este criterio concuerda con el inciso tercero del artículo 1 del Código Civil que dice que “la promulgación (de la ley) se reputará sabida diez días después de verificada en la Capital”. Es decir, como el conocimiento de las leyes se reputa absolutamente general y no puede demostrarse en un caso concreto que la ley no es conocida después de diez días de promulgada, de aquí también se infiere que el Derecho no tiene que ser probado, porque se prueban los hechos de existencia dudosa y no las verdades de existencia presumida o cierta. [...] Este principio de carácter general que estamos estudiando tiene, sin embargo, en el sentir de algunos autores, ciertas excepciones que voy a considerar de inmediato. Las excepciones

³⁵ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 62 y 261-263.

más notorias, relativas al principio de que el Derecho no tiene que ser probado, se refieren a la ley extranjera, a la costumbre y a la ley nacional cuando se discute su existencia.

Respecto a la ley extranjera concluye que, salvo cuando un tratado dice algo diferente:

La ley extranjera, para ser aplicada por el juez en un determinado caso, debe ser probada por las partes, no pudiendo aplicarla de oficio. Este principio, que es recogido por nuestro sistema legal, no es admitido, sin embargo, por otras legislaciones que, como el Derecho alemán, sostienen que el juez puede de oficio, sin que medie la prueba de las partes, aplicar la ley extranjera. De manera, pues, que este punto vinculado a la ley extranjera es una verdadera excepción al principio según el cual el Derecho no tiene que ser probado, e incluso el juez — como norma general— no puede suplir de oficio la falta de pruebas en que las partes han incurrido.

En relación a la costumbre, en cambio, PEIRANO sostiene que no es necesario probarla por las partes para que el juez pueda aplicarla, que lo contrario era un resabio de la época en que se pretendía la primacía del derecho romano sobre los derechos locales, lo que se obtenía aplicando el primero cuando las partes no probaban el segundo.

Finalmente entiende que, cuando lo que se discute es la existencia de una ley nacional,

[...] lo que es objeto de prueba no es la existencia de la ley, sino la no existencia de la misma, porque la ley se presume existente y conocida y, por tanto, para acreditar su existencia no hace falta prueba alguna. En este caso, en realidad, la prueba hace falta para acreditar que la ley no existe. [...] Luego, estrictamente esta tercera excepción no es una excepción al principio según el cual el derecho no tiene que ser probado, porque aquí no se prueba la existencia de una ley nacional determinada, sino su inexistencia, aunque materialmente se trate de dos caras de un mismo fenómeno.³⁶

A comienzos de la década de 1980 el iusprivatista TELLECHEA reseñaba el pensamiento de la doctrina sobre la aplicación del derecho extranjero, recordando la tesis clásica que lo asimila a los hechos (y que por tanto conduce a que las partes deban alegarlo y probarlo), y luego la tesis un poco más moderna originada en Alemania que sostiene que debe aplicarse y probarse de oficio por el tribunal (sin perjuicio de la colaboración de las partes), tesis a la que adhiere. Reseña también las tesis sobre la consecuencia de que no se pueda probar (ni por las partes ni de oficio) el derecho extranjero que debe aplicarse, recordando que la primera —que rechaza— señala que si no se ha podido probar no debe hacerse lugar a las solicitudes de las partes fundadas en ese derecho extranjero; que existe una segunda que dice que debe aplicarse la ley del foro en su lugar (presumiéndosela de igual contenido que la extranjera), tesis que también

³⁶ PEIRANO FACIO, o. cit., pp. 22-30.

rechaza, y una tercera tesis que dice que debe buscarse una regulación que se asemeje a la ley desconocida, que también rechaza. Sostiene por su cuenta TELLECHEA al respecto:

En estos casos no corresponde integrar, sino únicamente estudiar e investigar en la debida forma, utilizando los propios conocimientos, los aportes de las partes y aquellos que el Estado debe imprescindiblemente estar en condiciones de ofrecer, evitando así que una superable dificultad fáctica llegue a erigirse en razón determinante del cambio del derecho que se debe aplicar.³⁷

En un trabajo posterior el mismo autor expresaría:

En la información del Derecho extranjero, los magistrados pueden acudir a efectos informativos acerca de su texto, vigencia, jurisprudencia y doctrina a la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, sin perjuicio de la potestad de las partes de informar. Ni el informe de la Autoridad Central, ni aquel proporcionado por las partes, vinculan al magistrado, cuanto si bien el juez está obligado a aplicar el Derecho extranjero tal cual es; por ello mismo conserva siempre la imprescindible libertad de apartarse de cualquier información que juzgare errónea. En definitiva, lo que se pretende es la correcta aplicación del Derecho foráneo y tal como señala el art. 143 del Código “el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”.³⁸

No encontrándose todavía vigente el CGP, señalaba VIERA sobre “la prueba del derecho”:

Las normas jurídicas nacen, se modifican y se extinguen, como consecuencia de determinados hechos (actos) jurídicos. En consecuencia, la prueba de la existencia, modificación o extinción de las normas jurídicas se resuelve por la de los hechos (actos) jurídicos que han producido tales efectos. Y éstos, por los documentos en que constan (o su copia o testimonio expedido por autoridad competente). [...] En cuanto a las leyes nacionales rige el art. 2º del Código Civil que establece la presunción absoluta de su conocimiento. Por tanto, con relación a las leyes nacionales, no es necesario probar, para prevalecerse de lo que ellas disponen, los actos que le han dado nacimiento y vigencia (sanción parlamentaria, promulgación por el Poder Ejecutivo). Basta citarlas. Es obvio que igual principio rige para las normas constitucionales. Si la ignorancia de la ley no sirve de excusa, mucho menos puede servir la de la Constitución.

Sobre las leyes extranjeras, entendía:

³⁷ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Tratamiento e información del derecho extranjero y su regulación en nuestro derecho internacional privado de fuente convencional” (prueba del derecho extranjero), en *Derecho internacional privado y Derecho procesal internacional*, Amalio Fernández, Montevideo, 1982, p. 38.

³⁸ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Libro II, título X del Código General del Proceso. ‘Normas Procesales Internacionales’. Una nueva regulación del Derecho Internacional Privado Procesal de la República”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4-1988, p. 531 (también en TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Un instrumento para la integración jurídica regional”, en *Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur*, Facultad de Derecho [UDELAR], Montevideo, 1995, p. 159).

En ese caso es conveniente para la parte que funda su pretensión, o excepción, en esa ley probar su existencia y texto (v. gr.: por oficio o testimonio de la Embajada del país al que la ley corresponde), pero esta conveniencia no implica una carga de probar dicha ley, sujeta a preclusión. Haya una de las partes invocando o no una ley extranjera como fundamento de su pretensión o excepción, y en caso afirmativo, la haya o no probado, si el juez se convence que el conflicto debe ser resuelto por aplicación de esa ley es libre de procurarse su conocimiento por cualquier medio a su alcance, incluso el propio conocimiento privado que logre por la lectura de autores que la comenten. Ello es una consecuencia del principio “*iura novis curia*”. [...] Cuando la ley se remite a los usos como medios de interpretar el alcance de las obligaciones convencionales [...] la prueba de dichos usos o costumbres consiste en la de los hechos que los constituyen.³⁹

Posteriormente, ya aprobado el CGP, MARABOTTO manifestaba:

En cambio, no corresponde probar el derecho. El derecho basta citarlo, pues se presume conocido (C. Civil, art. 2). Aunque, ello es muy claro, respecto del derecho nacional. Razón por la que se ha discutido si ante el derecho extranjero cabría o no aplicar el mismo criterio, pues, en el caso, ninguna regla lo presume conocido, en tanto el juez no tiene la misma posibilidad de conocimiento y comprobación perentoria en cuanto al propio. Situación que se ha dado, igualmente, con relación al valor de la sentencia extranjera, la que era considerada, por algunos, un hecho y que debía ser reconocida previamente, a los fines de poder ser aceptada en el territorio nacional. En lo que refiere al derecho extranjero, se puede decir, se ha seguido el mismo camino: es decir, actualmente se entiende que no procede exigir la prueba del mismo. [...] Dicho de otro modo: si conforme a la regla de conflicto, corresponde invocar el derecho extranjero, el mismo debe ser aplicado como el propio. No queda de lado, o sin efecto, el principio “*iura novis curia*”, porque tales normas, a las que el derecho nacional se remite directa o indirectamente, también concurren a formar parte del ordenamiento jurídico nacional. Pero es aplicación de oficio, es sin perjuicio de la actividad de las partes, las que “podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera” (art. 525.3, inc. 2º). O sea, las mismas podrán tener una actividad de colaboración, porque no se desconoce las dificultades a que se enfrenta el juez nacional, en cuanto al conocimiento de la existencia de la ley extranjera, su propia vigencia y contenido; aun mismo, con mayor razón, en cuanto a la forma en que es interpretado. De ahí, se habla de una carga de asistencia. Las partes están o pueden estar en mejores condiciones, las más de las veces, para acceder al derecho extranjero y, en función de ello, se acepta que tienen la “carga”, no el deber —las partes “podrán” dice el Código— de asistir al juez nacional, en esa tarea de investigación dirigida a conocer cuáles son esas normas extranjeras que tiene que aplicar. Su ayuda puede ser inestimable.⁴⁰

³⁹ VIERA, LUIS A., “La prueba”, en *Curso de Derecho Procesal*, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II, 2.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 76.

⁴⁰ MARABOTTO, Jorge, “Prueba: generalidades, declaración de parte, prueba testimonial”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, del Instituto de Derecho Procesal, t. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, pp. 131-132.

Promediando la década de 1990, TARIGO escribía sobre la prueba del derecho señalando a su turno:

Por lo que respecta a las afirmaciones de Derecho, a los datos normativos aportados por las partes, la regla es que no están sometidos a la actividad probatoria de las partes. El art. 137, como hemos visto antes, solamente se refiere a los hechos. No requiere prueba el Derecho nacional, que se reputa conocido por las partes y el tribunal; pero tampoco requiere prueba —claramente a partir de la vigencia del CGP— el Derecho extranjero. [...] Acostumbra a señalarse como una excepción a la regla de que el derecho no es objeto de prueba la circunstancia de que debe probarse cuando es negada la existencia de la norma invocada. Por ejemplo, supongamos que determinada ley en la que una parte funda su pretensión requiere, constitucionalmente, haber sido sancionada por dos tercios de votos de los componentes de una y otra Cámara y que, en el caso concreto, tal ley fue sancionada por simple mayoría. Al demandado, naturalmente, le interesará probar tal circunstancia, pero, al hacerlo, no estará en realidad probando el Derecho sino que estará probando un hecho: que la ley referida fue sancionada por un número de votos inferior al exigido por la Constitución de la República. Tampoco configura una excepción a la regla el hecho de que deba probarse la existencia de la costumbre cuando la ley se remite a ella como fuente de Derecho. Por ejemplo, cuando el art. 594 CC se remite a “la costumbre constante y reconocida” como fuente de Derecho para establecer la altura de la pared divisoria entre dos propiedades, la parte a quien interesa deberá probar cuál es esa altura según la costumbre reconocida y constante. Pero aquí también se estará probando un hecho y no el derecho.⁴¹

Por su lado, VÉSCOVI y los autores que lo acompañaban expresaron algún año más tarde:

En cambio no se debe probar, en principio, el derecho que se presume conocido por el juez. Y que, inclusive, el magistrado puede suplir, no la prueba, sino la propia invocación de la parte (*iura novit curia*).

Luego, comentando el artículo 137 del CGP, expresaban:

En suma, la exención de prueba del derecho —emergente del principio *iura novit curia* consagrado en el art. 198 CGP— ha de entenderse como la exención de la prueba de la regla jurídica, en tanto principios o máximas abstractas. Y partiendo de tal hipótesis, puede sostenerse que ello no obsta a la prueba de determinadas circunstancias vinculadas a la norma jurídica. Así, puede existir necesidad de prueba en al menos tres casos: 1) cuando se discuta la existencia o inexistencia de la norma, así como su validez temporoespacial; 2) cuando la norma emerja de una costumbre o uso jurídico y se controvierta o discuta su contenido o existencia; 3) cuando se trate de aplicar el dere-

⁴¹ TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho procesal civil*, t. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, p. 17.

cho extranjero. Pero, tal como sostiene Tarigo, en ninguno de los tres casos estamos ante prueba del derecho; en los dos primeros enunciados no es la norma en sí lo que se acredita, sino extremos fácticos que llevan a su aflicción; en el último se trata de información de la norma aplicable y sobre todo de su existencia. Todo lo dicho no obsta a que los sujetos principales del proceso busquen informarse sobre cuál es la norma aplicable al caso; pero tal información no habrá de considerarse acto probatorio sino de alegación —en caso de las partes— o de ilustración en caso del tribunal, no estando regido el procedimiento a seguir por la sistemática propia de la prueba.

Finalmente, al comentar el artículo 143 del CGP, estos autores señalaban que tanto el derecho nacional como el extranjero debían aplicarse de oficio por tratarse de derecho, “sin necesidad de requerir prueba de especie alguna”. Agregaban luego:

Existe un deber instrumental ligado al deber de decidir del tribunal, que tiene por contenido el deber de procurarse el conocimiento del derecho aplicable, ya sea nacional o extranjero. Para cumplir cabalmente con su poder decisorio, el juzgador debe, a su vez, actuar este otro poder instrumental: el magistrado deberá poner en movimiento todos los mecanismos que conduzcan al conocimiento de la norma que debe aplicar; el decisor puede arribar al conocimiento del derecho, ya sea por los propios recursos de su cultura personal, su investigación o mediante la colaboración de los interesados.

Finalizaba VÉSCOVI sus desarrollos sobre el tema afirmando que el mecanismo de prueba (en particular del derecho extranjero) refiere a la prueba no de la norma sino de los hechos o actos que dan cuenta de su vigencia, existencia, creación, etcétera, y que para ello se puede acudir a cualquier medio no prohibido, sin perjuicio de reconocer que algunos medios son más idóneos que otros y que “siempre debe tenerse presente que se trata de un mecanismo, de un procedimiento para incorporar el derecho extranjero al proceso, y no constituye un mecanismo probatorio propiamente tal”⁴².

En cuanto a mí, anunciando así los desarrollos que expondré más adelante en este mismo trabajo, ya señalaba en 2002 sobre la cuestión que nos ocupa:

Aun reconociendo las dificultades desde antaño planteadas a tal respecto, debo señalar que en mi opinión, entre esas existencias o inexistencias de hecho, deben comprenderse, también, las existencias o inexistencias de las normas de Derecho. En efecto, al margen de lo que los arts. 143 y 525.3 del CGP literalmente dicen (“el Derecho no requiere prueba”) y de que luego ellos mismos desdican (“el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”), no es válido el argumento tantas veces empleado para justificar que las reglas de Derecho no requieren prueba, y conforme al cual ello es conclusión ineludible de lo que dispone entre nosotros el art. 2 del Código Civil (“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”). Y no es válido tal argumento porque lo que el art. 2

⁴² VÉSCOVI, Enrique; DE HEGEDUS, Margarita; KLETT, Selva; CARDINAL, Fernando; SIMÓN, Luis M., y PEREIRA, Santiago, *Código General del Proceso*, t. 4, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 30, 40-41 y 252-253 y 257.

recién citado expresa es solamente que el Derecho —siempre que exista— se presume conocido, y no que se presume su existencia. La presunción absoluta que de la norma emana refiere no a la existencia de las normas de Derecho, sino al conocimiento de las mismas (siempre que, naturalmente, existan). Y tampoco es argumento valedero para excluir la existencia o inexistencia de las normas de Derecho del campo de la prueba, el —generalmente no explicitado en disposiciones legales— principio “iura novit curia”. Este principio lo único que en definitiva establece es que para resolver acerca de la requisitoria comprendida en el objeto del proceso el tribunal no está atado a las normas que aleguen las partes, sino que deberá tomar en cuenta todo el Derecho Positivo. En definitiva, nada agrega tal principio a la existencia o inexistencia de las normas del Derecho Positivo.⁴³

A ello agregué en un trabajo posterior (incluyendo una incorrecta referencia al “objeto del proceso” que debió ser al “objeto de la prueba”):

No obstante, como la existencia o inexistencia de las normas de Derecho es una cuestión “no disponible”, la misma se debe regir por las reglas que sobre el objeto de la prueba en materia no disponible estamos ahora exponiendo, y, en consecuencia y como se verá, normalmente dicha existencia o inexistencia (la de las normas de Derecho) quedará fuera del objeto de la prueba por ser notoria y no contradicha (lo que no suele ocurrir —precisamente por no ser su existencia notoria o por ser contradicha— cuando se trata de normas comprendidas en Derechos locales, en convenios colectivos, en ordenamientos jurídicos extranjeros; casos todos en los que la existencia de las normas ingresa claramente en el objeto del proceso con la particularidad de que la iniciativa probatoria al respecto será compartida por las partes y el Tribunal).⁴⁴

Por el mismo año 2002 JARDI ABELLA manifestaba:

Se afirma que el derecho no es objeto de prueba, “la prueba de las leyes está dada por su simple alegación porque la ley es conocida y el juez tiene precisamente la misión de ver si se refiere y cómo se refiere, al hecho probado” (LESSONA). El conocimiento del derecho integra la ciencia del juez que debe emplear en la elaboración de su decisión, sin que la convicción sobre la existencia del mismo le sea aportada por las partes. Pero lógicamente debe determinarse si esta afirmación sólo procede respecto al derecho nacional y cuya fuente de producción sea la ley. Es frecuente asimilar la prueba de las normas jurídicas extranjeras, así como también la de la costumbre cuando es fuente de derecho, a la prueba de los hechos, de existir tal asimilación la actividad de las partes sería decisiva; sin embargo se ha señalado que la posición del juez frente a la norma jurídica nacional, como frente a la norma jurídica no escrita (costumbre) o a la norma jurídica extranjera, es la misma, porque se proporcionaría la existencia de la norma, pero en la interpretación de la misma siempre tendría la misma posición el juez que frente al derecho escrito nacional. [...] Como vemos la aplicación de la

⁴³ ABAL OLÍU, Alejandro, “El objeto de la prueba en el Código General del Proceso de Uruguay”, en *La Prueba (homenaje al maestro Hernando DEVIS ECHANDIA)*, Universidad Libre, Bogotá, 2002, p. 341, nota 7.

⁴⁴ ABAL OLÍU, Alejandro, “Delimitación del objeto de la prueba”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 3/2004, p. 225, n. 7 (también en *Revista de la Judicatura*, n.º 43, 2005, p. 214, n. 7).

norma jurídica extranjera se realiza de oficio, pero esa aplicación es sin perjuicio de la actividad de las partes en cuanto pueden acreditar su existencia, su vigencia y contenido. Es decir que las partes pueden tener una actividad de colaboración porque, como señala Marabotto, no se desconoce la dificultad a que se enfrenta el juez nacional en cuanto al conocimiento de la ley extranjera, su propia vigencia y contenido, correspondiendo, como también lo señala esa actividad posible de las partes, a la situación de carga procesal.⁴⁵

Por último, concluyendo esta completa relación de los, en general breves, comentarios de autores nacionales sobre la prueba del derecho, los autores dirigidos por LANDONI SOSA indicaron, refiriéndose al artículo 137 del CGP:

Esta disposición supone, implícitamente, al menos dos cosas: primero, que sólo los hechos requieren prueba, no el derecho. [...] Lo primero, aplicación de la regla *iura novit curia* (según la doctrina; el tribunal conoce el derecho, o tiene el deber de conocerlo), resulta confirmado por los arts. 143, 197 y 525.3, tanto para el derecho nacional como para el derecho extranjero.

Luego, al comentar el artículo 143 del mismo Código, añadieron:

En cuanto al derecho nacional, la solución se considera emanación directa del principio *iura novit curia*. Literalmente, este principio se traduce diciendo que el juez conoce el Derecho; más precisamente, que el juez puede seleccionar y aplicar el derecho que corresponda aun cuando no haya sido alegado por las partes. En cuanto al derecho extranjero, el tema es más complejo y convoca diversos problemas de difícil solución, como el relativo a la naturaleza del derecho extranjero. [...] Para Barrios de Angelis existe un “principio fundamental de la jurisdicción”, según el cual el tribunal tiene el deber de fallar secundum jus; y este deber implica el deber de conocer el derecho —nacional y extranjero— y, consiguientemente, el deber de informarse respecto del Derecho. De este principio surge la innecesariedad de prueba a su respecto (art. 143) y la necesidad de aplicarlo de oficio (art. 197, núm. 4, y 525.3). Este deber se complementa con el establecimiento de diversos instrumentos para facilitar al juez la información sobre el derecho extranjero, que serán estudiados en el comentario al art. 525.3.

Comentan después la cuestión de si las partes tienen una “carga” de probar el derecho, y recuerdan que para BARRIOS DE ANGELIS sería una “carga de control judicial preventivo”:

A través de su propio aporte, las partes previenen el eventual perjuicio que pudiera ocurrir si no se aplica adecuadamente la norma extranjera. La expresión “acreditar”, cercana a “probar”, parece replantear el problema de la prueba del Derecho en sus términos iniciales. En realidad, lo que las partes pueden acreditar es la existencia de las manifestaciones materiales del derecho extranjero, que

⁴⁵ JARDÍ ABELLA, Martha, “El objeto de la prueba”, en *La Prueba (homenaje al maestro Hernando DEVIS ECHANDIA)*, Universidad Libre, Bogotá, 2002, pp. 574-576.

permiten conocer sus caracteres (texto, significación, alcance, límites espaciales y temporales [...]). Tradicionalmente se señala que existen algunas excepciones al principio de que el Derecho no requiere prueba. La primera, cuando se discute la propia existencia de la norma invocada. En esos casos habrá que acudir a la prueba de las representaciones materiales de la norma para determinar, mediante las actas oficiales, su existencia actual. No obstante, como señala Tarigo, en estos casos no se está probando el Derecho sino un hecho. La segunda excepción que se menciona es la prueba de la costumbre. En nuestro Derecho la costumbre sólo es fuente de derecho cuando la ley se remite a ella. [...] Pero en este caso, como también señala Tarigo, estamos ante la prueba de un hecho y no del derecho.⁴⁶

3.2. LAS DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO URUGUAYO DE ORIGEN CONVENCIONAL

Aunque solamente se suelen mencionar algunas de ellas, una exhaustiva investigación demuestra que, si bien existen unas cuantas más que las normalmente relevadas, no son muchas las disposiciones de derecho interno y de derecho internacional privado uruguayo de origen convencional que refieren de alguna manera a la prueba del derecho.

A continuación, y debiendo tenerse presente que no han existido anteriores disposiciones nacionales internas o de DIPr uruguayo de origen convencional sobre esta cuestión, ellas se transcribirán ordenadas cronológicamente atendiendo a su fecha de sanción.

a. Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo, de 1889 (ratificado por ley del 3 de octubre de 1892)

Artículo 2:

Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

Artículo 5:

De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los Gobiernos se obligan a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos Estados.

b. Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo, de 1940 (ratificado por decreto-ley n.º 10.272, del 12 de noviembre de 1942)

Artículo 2:

Su aplicación [refiere a las leyes de los Estados contratantes] será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

⁴⁶ LANDONI SOSA, Ángel (dir.); GARDERES, Santiago; GONZÁLEZ, María Eugenia; GÓMES, Fernando, y VALENTÍN, Gabriel, *Código General del Proceso*, vol. II-A, B. de F., Buenos Aires, 2003, pp. 348 y 422-425.

Artículo 6:

De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los Gobiernos se comprometen a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos Estados.

c. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de 1979 (ratificada por decreto-ley n.º 14.953, del 12 de noviembre de 1979)

Artículo 2:

Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

d. Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero de Montevideo, de 1979 (ratificada por decreto-ley n.º 14.953, del 12 de noviembre de 1979)

Artículo 1:

La presente Convención tiene por objeto establecer normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Partes para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos.

Artículo 2:

Con arreglo a las disposiciones de esta Convención, las autoridades de cada uno de los Estados Partes proporcionarán a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios e informes sobre el texto, vigencias, sentido y alcance legal de su derecho.

Artículo 3:

La cooperación internacional en la materia de que trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente como del Estado requerido.

Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención, entre otros, los siguientes:

- a) la prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales;
- b) la prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia;
- c) los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.

(En el resto del articulado principalmente se establecen normas de procedimiento, etcétera.)

e. Convenio Argentino-Uruguayo sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, de 1980 (ratificado por decreto-ley n.º 15.109, del 17 de marzo de 1981)

Artículo 1:

Los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece.

Artículo 3:

A los efectos del conocimiento del derecho de una Parte aplicable en la otra, sin perjuicio de otros medios de información admitidos por la ley del foro, cada Parte por intermedio de su Ministerio de Justicia remitirá, directamente a pedido del otro, la información que sea necesaria para lograr la correcta aplicación de las leyes vigentes de su país, por los órganos competentes del requirente.

Artículo 5:

El Ministerio de Justicia requerido responderá a la brevedad sobre los siguientes aspectos que se soliciten relativos al asunto sometido a consulta, siempre que con ello no se afecte la seguridad o el interés del Estado que integra:

- a) legislación vigente aplicable;
- b) reseña de los fallos de los Tribunales de Justicia o de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales;
- c) reseña de la doctrina nacional.

El informe podrá contener, además, la opinión fundada de oficinas técnicas o de asesores “ad hoc”, acerca de la interpretación del derecho aplicable al asunto en cuestión.

Artículo 6:

Los informes proporcionados en la forma prevista en los artículos anteriores no obligan a los órganos jurisdiccionales o administrativos de los respectivos países.

Las partes en el proceso podrán siempre alegar sobre la existencia, contenido, alcance o interpretación de la ley extranjera aplicable.

Artículo 7:

Los requerimientos e informes indicados en este convenio se efectuarán sin cargo alguno. Se enviarán en la forma que establezca el ministerio remitente sin necesidad de legalización. En caso de urgencia, los pedidos de informes podrán formularse y ser respondidos por los servicios telegráficos, de telex u otros medios igualmente idóneos.

f. Decreto del Poder Ejecutivo n.º 407/985

Artículo 2:

Créase dependiente del Ministerio de Educación y Cultura la Asesoría Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, que dependerá directamente de la Dirección General de Secretaría, cuyos objetivos, funciones y cometidos serán los siguientes:

- a) responder por sí o comетиendo la respuesta, las consultas provenientes del exterior acerca del derecho interno e internacional privado, así como aquellas provenientes de organismos públi-

cos nacionales referidas al contenido y vigencia del derecho internacional privado del país o de un derecho extranjero; [...].

g. Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y Uruguay, de 1987
Título VI, “De la información sobre materias jurídicas”

Artículo 27:

1. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia del Reino de España, en calidad de Autoridad Central, y la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay, en la misma calidad, podrán solicitarse información y documentación sobre aspectos generales de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Los Estados Partes se comprometen a comunicarse, por vía diplomática, cualquier cambio de Autoridad Central.

2. Los órganos jurisdiccionales, de cualquier grado y orden, y el Ministerio Fiscal podrán solicitar, a través de las Autoridades Centrales, información sobre aspectos jurídicos precisos, en relación a procesos existentes. La solicitud irá acompañada de una relación de hechos relevantes y de preguntas precisas.

h. Código General del Proceso

Artículo 143:

Prueba del derecho. El Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo.

Artículo 525:

Regulación procesal.

[...]

525.3. Los tribunales deberán aplicar de oficio el derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva.

Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.

i. Convención sobre Cooperación Judicial en materia Civil y Comercial entre Uruguay y la República Francesa, de setiembre de 1991

Artículo 25:

Las Autoridades Centrales, previa solicitud, comunicarán toda la información sobre la legislación y jurisprudencia en vigor en el correspondiente Estado Parte, así como las copias debidamente certificadas de las decisiones judiciales emitidas por los tribunales del mismo.

j. Convenio entre Uruguay y Brasil de Cooperación judicial en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, de noviembre de 1991

Artículo 24:

Las autoridades centrales de los Estados Partes Contratantes podrán solicitarse recíprocamente pedidos de informes en materia de derecho civil, comercial, laboral o administrativos sin que estos irroguen costo alguno.

Las autoridades centrales de las Partes Contratantes celebrarán consultas en la oportunidad que convengan mutuamente, con el fin de facilitar la aplicación del presente convenio.

k. Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Las Leñas, Argentina), de 1992 (ratificado por ley n.º 16.971, del 15 de junio de 1998)

Capítulo VII, “Información del derecho extranjero”

Artículo 28:

Las autoridades centrales de los Estados partes se suministrarán, en concepto de cooperación judicial, y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno.

Artículo 29:

La información a que se refiere el artículo anterior podrá también efectuarse ante la jurisdicción del otro Estado, a través de informes suministrados por las autoridades diplomáticas o consulares del Estado Parte de cuyo derecho se trate.

Artículo 30:

El Estado que brinde los informes sobre el sentido y alcance legal de su derecho, no será responsable por la opinión emitida ni está obligado a aplicar su derecho según la respuesta proporcionada.

El Estado que reciba dichos informes no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho extranjero según el contenido de la respuesta recibida.

4.

LA PRUEBA DEL DERECHO A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL PROCESO Y DE LAS DISPOSICIONES URUGUAYAS AL RESPECTO

4.1. OBJETO DEL PROCESO JURISDICCIONAL

Entiendo que la cuestión de la prueba del derecho necesariamente requiere, para su consideración sistemática, partir de algunos conceptos vinculados al proceso jurisdiccional, sin que resulte posible por la propia finalidad de este artículo ingresar en las múltiples consi-

deraciones al respecto vertidas a lo largo de los años por quienes se han ocupado de ello, para identificar el objeto del proceso jurisdiccional. Por tanto, me limitaré a reiterar, naturalmente que en forma resumida, lo que recogiendo principalmente las conclusiones de BARRIOS DE ANGELIS ya he expuesto en anteriores oportunidades.⁴⁷

En tal entendido, y muy resumidamente, el *objeto del proceso*, es decir, aquello de lo que trata el proceso jurisdiccional, puede tipificarse como la *insatisfacción jurídica* de una persona (generadora de un perjuicio) que se quiere eliminar. Esa insatisfacción jurídica sería causada por la discordancia entre los hechos (lo que ha ocurrido en la realidad) y lo que dispone el derecho acerca de cómo deberían ser aquellos (cómo debería ser esa realidad), y será a través del acogimiento de la requisitoria (*petitorio, petitum*) por el tribunal que se procurará eliminar esa insatisfacción (y por ende el perjuicio), logrando con ello la adecuación de los hechos al derecho.

De esta forma, un proceso en el que se pretende la resolución de un contrato por incumplimiento tendrá por objeto la insatisfacción jurídica de aquella parte que sufre un perjuicio porque en los hechos la otra parte ha incumplido con las obligaciones que le impondría el derecho, por lo cual se pide que dicha insatisfacción se elimine mediante el acogimiento jurisdiccional de la requisitoria de resolución.

Traducido a términos prácticos, este objeto del proceso significa que el tribunal tiene ante sí un problema por resolver, lo que a su vez requerirá resolver si existieron ciertos hechos, si existen ciertas normas de derecho en las que los anteriores se subsumirían y si en definitiva se debe hacer lugar a la requisitoria para adecuar en adelante los hechos al derecho, eliminando así el perjuicio y por ende la insatisfacción jurídica.

4.2. LOS HECHOS COMPRENDIDOS EN EL OBJETO DEL PROCESO (Y CUÁNDO DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR EL TRIBUNAL)

a. ¿Qué son los *hechos*?

Aunque bien sabido, resulta pertinente recordar, sin ingresar en mayores consideraciones, pues no lo permite la extensión de este trabajo, que hecho es toda modificación de la realidad.

b. En tal entendido, ¿qué hechos están comprendidos en el objeto del proceso?

⁴⁷ En especial, ABAL OLIÚ, Alejandro, *Derecho procesal*, t. III, 3.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, pp. 167 ss.

Responder a esta pregunta requiere consultar el ordenamiento procesal que regula el concreto proceso jurisdiccional, puesto que si bien en general prima al respecto el llamado *principio dispositivo*, y por ende solo integrarán el objeto del proceso los hechos aportados por las partes (hechos de existencia o inexistencia alegada por las partes), es decir, los interesados principales (casi exclusivamente actores y gestores y solo muy excepcionalmente demandados), desde que muchos ordenamientos jurídicos admiten que en el objeto del proceso se incluyan por el tribunal hechos cuya existencia o inexistencia no ha sido alegada por las partes, deberá estarse a lo que disponga cada regulación procesal concreta al respecto.⁴⁸

c. Ahora bien, dentro de esta existencia o inexistencia de hechos que se alegan o que se asumen, el tribunal deberá resolver cuáles podrá tener por ciertas y, por lo tanto, cuáles tomar en cuenta al momento de dictar sentencia.

Para ello el derecho procesal proporciona reglas conforme a las que determinadas alegaciones sobre los hechos deberán ser consideradas ciertas por el tribunal, sin necesidad de prueba o confirmación (por ejemplo, las referidas a hechos presumidos absolutamente o a hechos admitidos por las partes en cuestiones disponibles, etcétera), en tanto otras no podrán ser consideradas ciertas si no son confirmadas o probadas mediante la actividad probatoria o de instrucción.

Estas últimas alegaciones sobre hechos son las que integran el denominado *objeto de la prueba* o *tema de la prueba* —según lo denominan algunos autores como DEVIS ECHANDÍA—.⁴⁹ De esta manera, debe entenderse por objeto de la prueba aquel conjunto de afirmaciones acerca de la existencia o inexistencia de hechos que forman parte del objeto del proceso y que no pueden ser confirmadas (tenidas por ciertas) por el tribunal sin que medie una actividad destinada a proporcionarle información acerca de ello.⁵⁰

En esta breve, mas necesaria, presentación solo resta añadir que la forma en que se prueba, comprueba o confirma (es decir, la actividad o función probatoria o de instrucción) también depende de cada ordenamiento procesal. Ello comprende los medios de

⁴⁸ Así, por ejemplo, y al margen de las críticas que estas soluciones reciben desde varios puntos de vista, en nuestro país el CGP admite que en materia de medidas cautelares el tribunal pueda integrar de oficio hechos en el objeto a resolver. Otro tanto sucede en algunos casos en el marco de los procesos aduaneros por infracciones fiscales, en los procesos penales e incluso en procesos vinculados a menores y adolescentes.

⁴⁹ DEVIS ECHANDÍA, o. cit., p. 142.

⁵⁰ Coincidiendo con esta definición, ya antes BARRIOS DE ANGELIS había expresado: “Objeto de la prueba es aquella parte del objeto del proceso que el tribunal no debe dar por existente si no ha sido probada, o, siendo disponible, tenida por cierta por falta de oposición. Es el conjunto de hechos, que como expresa el art. 137, requieren prueba, o tienen necesidad de ser probados” (BARRIOS DE ANGELIS, *El proceso civil*, o. cit., p. 203).

prueba admisibles, la regulación de la iniciativa para su aportación al proceso, los requisitos formales (incluidos los temporales, entre otros muchos), las reglas de valoración de las resultancias probatorias, las presunciones simples, las reglas de la carga de la prueba, etcétera.

4.3. EL DERECHO COMPRENDIDO EN EL OBJETO DEL PROCESO (Y CUÁNDO DEBE SER TOMADO EN CUENTA POR EL TRIBUNAL)

a. Al presentar este tema, y aunque al tratar la prueba del derecho ello prácticamente no es considerado por ninguno de los autores a los que hemos tenido acceso (o quizás en algún caso se da por supuesto), lo primero que metodológicamente debemos abordar es el propio alcance del término *derecho*.⁵¹

Ello es necesariamente así por cuanto son normas de derecho tanto las normas constitucionales, las leyes en sentido material, los tratados, reglamentos administrativos, convenios colectivos, decretos de las Juntas Departamentales, etcétera, como los reglamentos singulares, resoluciones administrativas, contratos, testamentos, etcétera.

Aun cuando muchísimos estudios al respecto han dado lugar a distintas clasificaciones, una tipología que parece acertada a los efectos que nos interesan sería la que distingue cuatro clases de normas jurídicas, atendiendo a las posibles combinaciones entre los sujetos alcanzados por ellas y los supuestos a los que ellas refieren.

Conforme a esa clasificación tendremos normas jurídicas generales y abstractas, generales y concretas, individuales y abstractas y, por último, individuales y concretas.⁵²

⁵¹ Extrañamente, dada la importancia de ello, prácticamente los únicos autores consultados que hemos advertido que realizan alguna clase de mención (aunque solo tangencial, pues no tratan las normas individuales) de esta cuestión al considerar la prueba del derecho son los españoles GUASP, MONTERO AROCA et al. y EZQUIAGA GANUZAS. El primero, pese a que no funda su conclusión —que él mismo califica de *dudosa*— expresa: “Por no ser derecho general (refiriendo por general al que no es local y no a las normas individuales), exigen igualmente prueba, aunque ello es dudoso, ciertas normas de carácter notablemente singular, excepcional o privilegiado” (GUASP, o. cit., p. 309). Los segundos precisan algo parecido, pero también sin tomar en cuenta las normas jurídicas individuales: “Ahora bien, la no necesidad de prueba del derecho se refiere a las normas jurídicas que forman el derecho escrito, interno y general, lo que significa que sí ha de probarse: a) Costumbre [...] b) Derecho extranjero [...] c) Derecho histórico o no vigente [...] d) Derecho estatutario” (MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR, o. cit., p. 252). Finalmente, al considerar el principio *iura novit curia*, el tercero mencionado se pregunta “cuál es el Derecho (*iura*) cuyo conocimiento se presume conocido por el Juez”, mas luego tampoco considera las normas jurídicas individuales sino solamente las generales, indicando que debe entenderse que las normas en cuestión serían las propias del derecho escrito, interno, general (empleando aquí el término *general* no para excluir a las normas jurídicas individuales sino para excluir a las locales o regionales) y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (EZQUIAGA GANUZAS, o. cit., p. 89).

⁵² Ver, a modo de ejemplo, CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre derecho administrativo*, t. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, pp. 43-44. Conforme a dicho autor estas categorías asumen en derecho público las denominaciones de, respectivamente, *reglamentos* (o *reglamentos generales*), *disposiciones generales*, *reglamentos singulares* y *resoluciones*, mas ellas se presentan o se pueden presentar en cualquier otra rama del derecho. Así, por ejemplo, el artículo 1319 del Código Civil, sobre responsabilidad extracontractual, establece una norma general y abstracta; una

Siendo todas ellas *derecho*, ¿a cuáles de estas normas se está haciendo referencia cuando se trata la *prueba del derecho*?, ¿están todas ellas comprendidas en el término *derecho*?

Como se advertirá una vez expuesto el problema, para quienes —como hemos relacionado— asumen que en principio el *derecho* no se prueba, la respuesta a este interrogante debería cobrar una importancia capital. Pero la tiene asimismo para quienes entendemos que la existencia o inexistencia del derecho también debe ser comprobada, como debe serlo la existencia o inexistencia de cualquier otro hecho, puesto que en todo caso las reglas que regulan la actividad probatoria de la existencia del derecho son siempre (o casi siempre), en varios aspectos, distintas a las que regulan la actividad probatoria de la existencia de los hechos (de los demás hechos) y, por ende, para aplicar estas reglas especiales es preciso saber a qué nos referimos cuando hablamos de *prueba del derecho*.

Sin embargo, quien se interese por la prueba del derecho en los procesos jurisdiccionales deberá concluir, con cierto asombro, que en prácticamente ningún estudio se encuentran menciones a esta cuestión que, según parece, debería ser planteada antes que ninguna otra al momento de considerar el tema.

En busca de una (necesaria) respuesta sistemática a esta pregunta que he formulado, entiendo que no existen fundamentos teóricos que al referirse al *derecho* permitan excluir de su ámbito ninguna de estas categorías de normas. De allí que lo que se concluya respecto a la prueba del derecho —que no se debe probar o que sí se debe probar, y en todo caso cuándo y cómo— debería comprender y alcanzar tanto a las normas generales y abstractas (que son las que normalmente resultan de disposiciones constitucionales, de leyes, de convenciones internacionales, de reglamentos generales, etcétera) como a las otras tres categorías de normas antes señaladas. De esta manera lo que se concluya sobre la forma en que se debe (o que no se debe) acreditar la existencia de una norma general y abstracta resultante de una ley debería ser igualmente de aplicación cuando se trata de la existencia de un contrato del que emana una norma individual y concreta, de un testamento o de una resolución administrativa, etcétera.

Empero, parece relativamente claro que tal temperamento no es el que en general se emplea en los procesos jurisdiccionales, en los que al menos respecto a la comprobación de la existencia de las disposiciones de las que emanan estas últimas clases de normas jurídicas (en particular las normas individuales y concretas, e incluso individuales y abstractas) se suelen

acordada de la Suprema Corte de Justicia que disponga que a todos los funcionarios judiciales que no hayan podido ir a trabajar en razón de la huelga del transporte que tuvo lugar cierto día no serán sancionados establece una norma general y concreta; un convenio colectivo por el cual se acuerda que los concretos operarios que a cierta fecha están trabajando en cierta obra recibirán una compensación especial cada vez que obtengan determinado nivel de productividad establece una norma individual y abstracta; por último, un contrato por el cual una parte se compromete a adquirir a otra un inmueble en ciertas condiciones establece una norma individual y concreta.

seguir y requerir por los tribunales exactamente las mismas reglas que para resolver acerca de la existencia de cualquier otro hecho comprendido en el objeto del proceso.

Aun con toda la carga de dudas que suelen dejar las interpretaciones complejas de disposiciones jurídicas, entiendo que esta última y pertinente constatación debe conducir a que al interpretar disposiciones —como por ejemplo el artículo 143 del CGP— se deba dejar de lado el estricto sentido técnico literal del término *derecho* y entender que por razones de política procesal el legislador ha querido que refiera solamente a las normas generales (abstractas y, aunque sea más dudoso, seguramente también concretas).

De esta forma, la existencia o inexistencia de normas individuales (abstractas y concretas) quedaría fuera de la cuestión de la prueba del derecho, para pasar a ser regulada exactamente igual que la existencia o inexistencia de cualquier otra clase de hecho que integre el objeto del proceso.

A esta altura quizás ya se advierta que ello implica en cierta forma una incongruencia conceptual, particularmente por su incompatibilidad con algunos de los fundamentos habituales empleados para expresar que el derecho no se puede o no se debe probar, dado que, si una norma resultante de una ley es derecho, también lo es una norma resultante de un contrato.

En cualquier caso, interpretando el término *derecho* en un sentido restringido, solamente quedarían comprendidas en él —y, en consecuencia, en aquello de que se trata cuando se hace referencia a la *prueba del derecho*— las normas generales abstractas y las normas generales concretas (y por ende las disposiciones de las que emanan), y para determinar la existencia de las disposiciones que establecen normas individuales abstractas y normas individuales concretas debe seguirse el mismo régimen que el establecido al efecto para cualquier hecho comprendido en el objeto del proceso.

b. Aclarado lo anterior, corresponde a continuación preguntarse cuáles de entre las normas de derecho (naturalmente que, por lo recién expresado, en adelante me refiero exclusivamente a las normas generales, sean abstractas o concretas) integran el objeto de un concreto proceso; esto es, qué normas de derecho son las que puede tomar en cuenta el tribunal en un proceso concreto, al tiempo de resolver si corresponde hacer lugar a la requisitoria o el petitorio que en definitiva debe resolver.

Según se suele señalar —y así lo han hecho a lo largo del tiempo casi todos los autores nacionales y de otros orígenes cuyas conclusiones hemos expuesto—, se dice que en virtud del principio *iura novit curia* todo el derecho integra el objeto del proceso y, en consecuen-

cia, y a diferencia de lo que sucede normalmente con los hechos, el tribunal debe aplicarlo aun cuando no haya sido alegado por las partes.⁵³

Sin embargo, y según se conoce, en la Antigüedad —particularmente en Grecia— el derecho a aplicar por el tribunal seguía el mismo régimen que los hechos: solamente se podía aplicar aquel alegado por las partes (y probado por ellas). El objeto del proceso no comprendía entonces más que esas normas de derecho y el tribunal no podía sustituirse a las partes para hacerlo valer.

De forma muy genérica (y por ello seguramente muy incompleta) puede decirse que durante siglos posteriores solo se aplicaba de oficio el derecho romano, y que cualquier otra clase de norma jurídica (en general normas locales o generadas por la costumbre) debía ser alegada y probada por las partes.⁵⁴

Lo mismo sucede actualmente en algunos ordenamientos jurídicos en los que explícitamente (por ejemplo, y como hemos visto, en la Argentina, especialmente el artículo 13 del Código Civil) o al menos implícitamente (por ejemplo, en Francia) no se puede aplicar el derecho de oficio —esto es, sin que lo aleguen las partes— cuando se trata de normas derivadas de la costumbre, de normas derivadas de disposiciones locales o regionales o de normas derivadas de disposiciones propias de un derecho extranjero.

En definitiva, en Uruguay y en virtud del principio *iura novit curia* —imperfectamente recogido por el CGP pero aceptado en forma unánime por doctrina y jurisprudencia (aun con significativas diferencias, sobre todo respecto a si permite modificar la calificación jurídica de los hechos)—, todas las normas de derecho (siempre en el entendido de que sean generales) están comprendidas en el objeto del proceso, salvo que, en mérito a lo que autoriza el artículo 25 para los procesos oficiales o que se trate de un proceso arbitral en el que las partes no hayan acordado expresamente que se falle conforme a derecho (numeral 5 del artículo 477 del CGP), el tribunal no pueda tomar en cuenta las normas de derecho.

c. Ahora bien, para dictar sentencia a fin de resolver aquella insatisfacción jurídica a la que hacíamos mención en párrafos precedentes, ¿debe el tribunal tomar en

⁵³ Este principio, no siempre enunciado en disposiciones concretas, se dice que en nuestro CGP está recogido por el artículo 198 del CGP, aunque por cierto no es tarea fácil interpretar que efectivamente lo que esa disposición recoge sea tal principio (“Contenido de la sentencia. Las sentencias contendrán decisiones expresas, positivas y precisas. Recaerán sobre las cosas litigadas por las partes con arreglo a las pretensiones deducidas, declararán el derecho de los litigantes y se pronunciarán sobre las condenaciones en costas y costos”), y, aún más indirectamente, por algunas otras disposiciones como el artículo 143, ya transcrito en el cuerpo de este mismo trabajo. En realidad, el único artículo que se puede fácilmente interpretar concluyendo que recoge tal principio es el 525.3 del Código, referido al derecho extranjero, que también se encuentra precedentemente transcrito.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Temis, Bogotá, 1989, p. 109, nota 54, o COUTURE, *Fundamentos...*, o. cit., p. 219.

cuenta todo el derecho que conforme a cada legislación se encuentra comprendido en el objeto del proceso?

Según hemos visto, casi todos los autores relevados entienden que en principio así debe ser, sin necesidad de ningún trámite ni procedimiento particular, puesto que, a diferencia de lo que en general sucede con los hechos, el derecho no admite prueba y, además, el principio *iura novit curia* establecería que no es necesario probar el derecho comprendido en él,⁵⁵ y, según otros muchos, la ley presume conocido el derecho, lo que lo eximiría de toda comprobación.

Empero, analizados estos argumentos en profundidad,⁵⁶ se advierte, en primer lugar, que no hay razón valedera para entender que la existencia del derecho (sea que derive de una ley, de un contrato o de cualquier otra *fuentes* de validez) no pueda ser probada (investigada y comprobada, acreditada).⁵⁷

Claro está que, como sucede con otros hechos, para comprobar la existencia de una disposición de la que emana una norma (o directamente de la norma si emana de la costumbre) —lo que en sí mismo es un hecho—, lo que deberá probarse son otros hechos, consistentes en el proceso de aprobación de la disposición que establece la norma y de su derogación, o del uso especialmente caracterizado cuando es una norma nacida a través de la costumbre jurídicamente relevante.⁵⁸

⁵⁵ Una vez más debe tenerse presente que, según hemos visto y parece ser indiscutible, no todas las normas jurídicas —es decir, no todo el derecho— están comprendidas por el referido principio, dado que en muchos ordenamientos jurídicos expresamente se excluye de ello a las normas locales o regionales, a las derivadas de la costumbre o a las propias del derecho extranjero.

⁵⁶ Estos argumentos ya los consideré, bien que más brevemente, en un artículo del año 2002 (ABAL OLIÚ, “El objeto de la prueba en el Código...”, o. cit., p. 341, n. 7).

⁵⁷ En realidad entiendo que no encuentra fundamento, al menos en la forma en que se expresa, lo que indican varios autores como por ejemplo el ya considerado SENTÍS MELENDO, quien expresa que “el derecho nacional, normalmente, no requiere prueba, ni la admite” (bien que al decir que no la admite en realidad se refiere más bien a la prueba por las partes, lo cual también es por naturaleza equivocado) (SENTÍS MELENDO, o. cit., p. 94). O, ya entre nosotros, GALLINAL: “Es principio inconcuso, que las partes deben probar los hechos que sirven de base a sus pretendidos derechos, los hechos de los cuales pretenden deducir aquéllos; pero que no deben probar la existencia y el tenor de las leyes que invocan como aplicables a esos hechos [...] Las reglas del derecho no podrían ser objeto de tales pruebas. La ley no se la prueba, en sentido técnico, en el cual empleamos aquí la palabra, pues como dice Demolombe ‘se la produce, y si ella es oscura o equívoca, se la interpreta’. No es, pues, la teoría de las pruebas la que intervendría, sino la de la interpretación de las leyes. Las partes podrán demostrar al juez, tanto la existencia de los hechos, como la de las leyes; pero mientras la prueba de los hechos debe hacerse por las partes, porque el juez no los conoce, ni tiene obligación de producirla, en cambio, la prueba de las leyes se da con su simple alegación, porque la ley es cierta y el juez debe verla y aplicarla al hecho probado” (GALLINAL, o. cit., p. 48).

⁵⁸ Recordemos que por ejemplo con relación al régimen francés los hermanos MAZEAUD expresaban claramente: “Salvo esta excepción [refieren a la ley extranjera que según el derecho francés debe ser alegada y probada por las partes], el juez tiene la obligación de comprobar la existencia de la regla de derecho” (MAZEAUD, o. cit., p. 549).

Que ello es así lo confirman, entre nosotros y por demás explícitamente, normas resultantes de los artículos 143 y 525.3 del CGP, que refieren a la posibilidad de “acreditación” del derecho.⁵⁹

En segundo lugar, y puesto que ello también ha sido argumentado para justificar que el derecho no debe ser comprobado, nos permitimos insistir en que tampoco resulta ser la existencia del principio *iura novit curia* un argumento valedero para excluir del campo de la prueba la existencia de las disposiciones de derecho.⁶⁰ Y esto en mérito a que, una vez más, lo único que en definitiva este verdaderamente establece es que para resolver acerca de la requisitoria (el “petitorio”) comprendida en el objeto del proceso el tribunal no está vinculado (“atado”) por las normas que aleguen las partes, sino que deberá tomar en cuenta todo el derecho positivo que conforme a la legislación aplicable deba entenderse comprendido

⁵⁹ Tal conclusión es la misma a la que llegaba también DEVIS ECHANDÍA: “Una cosa es que, de acuerdo con la política legislativa de cada país, se exija, o, por el contrario, se excuse la prueba de la norma jurídica, especialmente la consuetudinaria y la extranjera, y otra muy diferente la de que desde un punto de vista abstracto no puedan ser objeto de prueba judicial, es decir, que no sea posible aducir pruebas acerca de esa norma. Lo contrario es confundir el objeto con el tema o necesidad de la prueba [...] Que un hecho o una norma no requieran prueba, no significa que desde un punto de vista abstracto no puedan ser objeto de esta” (DEVIS ECHANDÍA, o. cit., p. 182). Y, entre nosotros, BARRIOS DE ANGELIS: “En cuanto a la prueba del derecho, debe estimarse que corresponde, luego de efectuadas algunas precisiones. Primero, que en sí misma, la norma, o la ley, no es un hecho, si consideramos hechos al cambio físico, químico, biológico o psíquico. Lo es, en cambio, en la acepción muy particular de ente, o existente, de ser cuya presencia es comprobable, pero por medios distintos de la percepción. En todo caso, hecho o no hecho, el derecho puede ser objeto de prueba sólo mediante la prueba de otros hechos o entes; la de los hechos de su creación, sumados a la falta de prueba de su derogación o decaimiento, o mediante prueba de su vigencia, como la que puede surgir de su aceptación en documentos públicos, etc. Con lo que antecede damos cuenta de la posibilidad de su prueba [...]” (BARRIOS DE ANGELIS, *Teoría del proceso*, o. cit., pp. 236-239, y 2.ª ed., cit., p. 192), y también VIERA: “Las normas jurídicas nacen, se modifican y se extinguen, como consecuencia de determinados hechos (actos) jurídicos. En consecuencia, la prueba de la existencia, modificación o extinción de las normas jurídicas se resuelve por la de los hechos (actos) jurídicos que han producido tales efectos. Y éstos, por los documentos en que constan (o su copia o testimonio expedido por autoridad competente)” (VIERA, o. cit., p. 76).

⁶⁰ A modo de ejemplo, SENTÍS MELENDO funda explícitamente la regla conforme a la cual el derecho no se debería probar, en el aforismo *iura novit curia*, aunque ello “no funcionaría” para el derecho extranjero (SENTÍS MELENDO, o. cit., p. 100). Igualmente fundan en este principio la conclusión de que el derecho no se prueba, entre otros, EISNER: “Pero esto de que el derecho no se prueba [porque] ‘el tribunal conoce el derecho’ (*iura novit curia*) tiene excepciones [...]” (EISNER, o. cit., p. 36); VÉSCOVI: “En cambio no se debe probar, en principio, el derecho que se presume conocido por el juez. Y que, inclusive, el magistrado puede suplir, no la prueba, sino la propia invocación de la parte (*iura novit curia*)” (VÉSCOVI, DE HEGEDUS, KLETT, CARDINAL, SIMÓN y PEREIRA, o. cit., p. 30); LANDONI SOSA y los autores que dirige: “Esta disposición [refieren al artículo 137 del CGP] supone, implícitamente, al menos dos cosas: primero, que sólo los hechos requieren prueba, no el derecho [...] Lo primero, aplicación de la regla *iura novit curia* (según la doctrina, el tribunal conoce el derecho, o tiene el deber de conocerlo), resulta confirmado por los arts. 143, 197 y 525.3, tanto para el derecho nacional como para el derecho extranjero” (LANDONI SOSA, GARDERES, GONZÁLEZ, GÓMES y VALENTÍN, o. cit., p. 348), y de alguna manera ALVARADO VELLOSO: “[...] queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea ley en sentido formal y a partir de la fecha de su vigencia (es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación, publicación). Tal ley se supone conocida por todos —sin admitir prueba en contrario— y, particularmente, por el Juzgador, para quien rige en ese aspecto la regla procesal *iura novit curia* (el juez conoce el derecho)” (ALVARADO VELLOSO, o. cit., pp. 30-31).

En nuestra jurisprudencia ha sido habitual expresar que es del principio *iura novit curia* de donde derivaría la regla conforme a la cual el derecho no requiere prueba: “Pero esa inducción la hace el tribunal en base a la aplicación del derecho, el que no se debe probar según el art. 143, exención de prueba basada en el principio *iura novit curia* consagrado en el art. 198” (sentencia n.º 10-2000 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º turno, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4-2001, suma 897, p. 664).

por tal principio (claro que se tratará en cualquier caso de todo el derecho que “exista”) y no solamente el alegado por las partes. Como es natural, nada establece en cambio —ni lógicamente podría hacerlo— sobre la existencia o no de las disposiciones jurídicas de las que emanan esas normas (o de la existencia de estas cuando emanan de la costumbre), ni cómo pueden ellas llegar a conocimiento del tribunal. En definitiva, nada agrega tal principio a la existencia o a la inexistencia de las disposiciones y normas del derecho positivo.⁶¹

En tercer lugar, en cuanto a la presunción legal (ficción legal) de conocimiento de las normas jurídicas que emanaría de distintas disposiciones de los ordenamientos jurídicos,⁶² considero que estrictamente debe entenderse que: 1) esa presunción está dirigida a las partes y no directamente al tribunal y 2) en especial, en esas normas lo que se presume es el conocimiento de las normas jurídicas⁶³ y no su existencia. Se presume en todo caso el conocimiento de las normas jurídicas que existen,⁶⁴ de donde, antes de que pueda operar tal presunción, es preciso indagar cuáles son las normas jurídicas que existen. En definitiva, una cosa es que el derecho sea obligatorio aun cuando las personas no lo conozcan (pues en mérito a

⁶¹ EZQUIAGA GANUZAS expone, a mi entender con mucha claridad, esta misma conclusión: “En definitiva, una cosa es la presunción de que el juez conoce el Derecho a aplicar (y todas las consecuencias que de ello derivan) y otra el camino que el juez debe recorrer para adquirir ese conocimiento, los problemas específicos que comporta y quién y cómo los resuelve. La primera de las funciones del *iura novit curia* puede ser denominada *aportación de oficio del Derecho aplicable* y la segunda la *investigación de oficio del Derecho aplicable*. [...] La presunción *iura novit curia* exige a las partes de la carga de probar el Derecho en el que sustentan sus posiciones, pero no al juez. [...] Lo que expresa el aforismo es que compete al órgano judicial la investigación del Derecho aplicable al litigio, sin que importe cómo lo hace, es decir cómo logra alcanzar el conocimiento jurídico necesario para resolver el asunto. [...] Por tanto, el principio *iura novit curia* no excluye la práctica de la prueba en relación con las normas jurídicas, sino que lo que estaría expresando es que a éstas no les son aplicables las reglas generales sobre la carga de la prueba. Si éstas le asignan a las partes en relación con los hechos, en virtud del principio *iura novit curia* la investigación del Derecho correspondería en exclusiva al juez” (EZQUIAGA GANUZAS, o. cit., p. 20).

⁶² En Uruguay, artículo 1 *in fine* y artículo 2 del Código Civil (“La promulgación se reputará sabida diez días después de verificada en la Capital” y “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”). Por lo demás, esta regla, y al contrario de lo que expresa por ejemplo COUTURE (“Se presume conocida, con arreglo al principio ya enunciado, tan sólo la ley nacional y con relación a todos los habitantes del país. Pero ninguna regla presume conocido el derecho extranjero” [COUTURE, *Fundamentos...*, o. cit., p. 223]), comprende también el derecho extranjero. Como ya señalaba GUILLOT: “El principio de que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa [consagrado textualmente en el artículo 2 del Código Civil] es una consecuencia del último inciso del artículo anterior [refiere al artículo 1 del Código Civil], que reputa sabidas las leyes diez días después de su promulgación en la Capital: nadie puede excusarse con la ignorancia de lo que ha debido y podido saber porque a nadie excusa su propia falta. No habría sociedad posible si la ley no tuviera fuerza ejecutoria independiente de la ignorancia, del capricho o de la mala voluntad de aquellos a quienes obliga. Concordante con este artículo, el 1244 dispone que la ignorancia de la ley o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales del contrato. Según el art. 6.º: ‘la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados’. Por lo tanto, para saber si un instrumento público extendido en país extranjero es válido, es necesario conocer la ley de ese país. En este sentido, el artículo que comentamos obliga al conocimiento de las leyes extranjeras y no sólo al de las nacionales. Pero, en rigor, si hay tal obligación es porque la ley oriental se remite en este caso a la extranjera, de manera que la ignorancia de esta última importaría la ignorancia de la ley nacional, y por lo tanto tal ignorancia no serviría de excusa” (GUILLOT, Álvaro, *Comentarios del Código Civil. De las leyes y de las personas*, 2.ª ed., Jerónimo Sureda, Montevideo, 1928, p. 82).

⁶³ En general se dice de las “leyes”, aunque se entiende admisible que el término se interprete extensivamente.

⁶⁴ “Una ley nacional se presume conocida; no se presume existente” (BARRIOS DE ÁNGELIS, *Teoría del proceso*, o. cit., pp. 236-239).

esa ficción jurídica no se puede probar que no se conoce) y otra diferente es que se pueda *presumir existente*.

De allí que, aun respetando la importancia del pensamiento de estos destacados autores, considero que deben rechazarse explicaciones y conclusiones equívocas como las que han formulado sobre esto último, por ejemplo, COUTURE,⁶⁵ ARIAS BARBÉ,⁶⁶ PEIRANO FACIO,⁶⁷ PALACIO,⁶⁸ VIERA,⁶⁹ MARABOTTO,⁷⁰ TARIGO,⁷¹ GOZAÍNI⁷² o ALVARADO VELLOSO,⁷³ cuando, respectivamente, alegan:

Existe un estrecho vínculo entre la regla general de que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; no tendría sentido la prueba del derecho en un sistema en el cual éste se presume conocido. (COUTURE)

La prueba del Derecho se ha sostenido que no es necesario hacerla, porque el derecho se presume conocido (después de promulgado y publicado) y además porque la ignorancia del derecho no sirve de excusa, existiendo la obligación del juez de fallar, no pudiendo exonerarse de la misma, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (artículo 15 del Código Civil). (ARIAS BARBÉ)

Es decir, como el conocimiento de las leyes se reputa absolutamente general y no puede demostrarse en un caso concreto que la ley no es conocida después de diez días de promulgada, de aquí también se infiere que el Derecho no tiene que ser probado, porque se prueban los hechos de existencia dudosa y no las verdades de existencia presumida o cierta. (PEIRANO FACIO)

[...] a) En tanto las normas jurídicas se presumen conocidas, y al juez incumbe la calificación jurídica de los hechos de la causa, ellas no deben ser objeto de prueba. (PALACIO)

En cuanto a las leyes nacionales, rige el art. 2° del Código Civil que establece la presunción absoluta de su conocimiento. Por tanto, con relación a las leyes nacionales, no es necesario probar, para prevalecerse de lo que ellas disponen, los actos que les han dado nacimiento y vigencia (sanción parlamentaria, promulgación por el Poder Ejecutivo). Basta citarlas. Es obvio que igual principio rige para las normas constitucionales. Si la ignorancia de la ley no sirve de excusa, mucho menos puede servir la de la Constitución. (VIERA)

El derecho basta citarlo, pues se presume conocido (C. Civil, art. 2). (MARABOTTO)

El art. 137, como hemos visto antes, solamente se refiere a los hechos. No requiere prueba el Derecho nacional, que se reputa conocido por las partes y el tribunal; pero tampoco requiere prueba —claramente a partir de la vigencia del CGP— el Derecho extranjero. (TARIGO)

El derecho, por vía de principio, está excluido de la actividad probatoria; sobre la base de presumirlo conocido por quien lo debe aplicar. (GOZAÍNI)

⁶⁵ COUTURE, *Fundamentos...*, o. cit., p. 220.

⁶⁶ ARIAS BARBÉ, o. cit., p. 36.

⁶⁷ PEIRANO FACIO, o. cit., p. 23.

⁶⁸ PALACIO, o. cit., p. 394.

⁶⁹ VIERA, o. cit., p. 76.

⁷⁰ MARABOTTO, o. cit., p. 131.

⁷¹ TARIGO, o. cit., p. 17.

⁷² GOZAÍNI, o. cit., p. 536.

⁷³ ALVARADO VELLOSO, o. cit., pp. 30-31.

[...] queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea ley en sentido formal y a partir de la fecha de su vigencia (es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación, publicación). Tal ley se supone conocida por todos —sin admitir prueba en contrario— y, particularmente, por el juzgador, para quien rige en ese aspecto la regla procesal *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). (ALVARADO VELLOSO)

Lo cierto es que en la cuestión de la prueba del derecho entiendo, junto en especial con BARRIOS DE ANGELIS, que nada tiene que ver con lo dispuesto por el inciso final del artículo 1 ni con lo establecido por el artículo 2 de nuestro Código Civil ni con normas similares de otros países.

Lo que tales disposiciones señalan es una presunción absoluta de conocimiento de las normas jurídicas (sobre la base de una ficción jurídica), pero resulta que tal presunción recién se debe aplicar cuando las normas existen, y de lo que ahora estamos tratando es de esto último (si la norma existe o no existe) y no de si la norma que existe se debe entender o no conocida por las partes (como ya señalé, el inciso final del artículo 1 y el artículo 2 del Código Civil de Uruguay, obvio es decirlo, no presumen la existencia de la disposición y por ende de la norma, sino que tan solo presumen el conocimiento de la norma cuando efectivamente existe la disposición que la establece).

Si la existencia de las disposiciones de las que emanan normas jurídicas (y la existencia de las mismas normas cuando emanan de la costumbre) comprendidas en el objeto del proceso debe entonces ser investigada y comprobada por el tribunal (al margen de que las normas deba aplicarlas de oficio en virtud del principio *iura novit curia*), ¿cómo se podrían interpretar los artículos 143 y 525.3 del CGP y disposiciones de similar contenido que obran en otras legislaciones?

1.º) A los efectos previstos en el artículo 137 del CGP,⁷⁴ en virtud del deber del tribunal de juzgar conforme a todo el derecho con independencia de las normas concretas que aleguen las partes (*iura novit curia*), la existencia de las normas jurídicas comprendidas en el objeto del proceso⁷⁵ debe considerarse una cuestión *no disponible*.⁷⁶

⁷⁴ Artículo 137 del CGP: “Necesidad de la prueba. Corresponde probar los hechos que invoquen las partes y sean controvertidos. También requieren prueba los hechos, aun admitidos, si se tratare de cuestiones indisponibles”.

⁷⁵ Que en Uruguay serán todas las normas jurídicas, salvo los supuestos en que las partes requieran al tribunal juzgar por “equidad”, o los de aquellos procesos arbitrales en los que las partes no convengan que se laude conforme a derecho (artículos 25.1 y numeral 5 del artículo 477 del CGP).

⁷⁶ Esta conclusión ya la presenté en otro artículo del año 2004: “No obstante, como la existencia o inexistencia de las normas de Derecho es una cuestión ‘no disponible’, la misma se debe regir por las reglas que sobre el objeto de la prueba en materia no disponible estamos ahora exponiendo, y, en consecuencia y como se verá, normalmente dicha existencia o inexistencia (la de las normas de Derecho) quedará fuera del objeto de la prueba por ser notoria y no contradicha (lo que no suele ocurrir —precisamente por no ser su existencia notoria o por ser contradicha— cuando se trata de normas comprendidas en Derechos locales, en convenios colectivos, en ordenamientos jurídicos extranjeros; casos todos en los que la

2.º) Al tratarse de una cuestión de esa naturaleza, y como siempre debe hacerse en tales casos en el marco de un proceso jurisdiccional cuando se trata de cualquier otro hecho relacionado con una cuestión no disponible, la existencia de las disposiciones de las que emanan las normas de derecho (y, una vez más, de las mismas normas cuando emanan de la costumbre) que se van a aplicar deberá ser investigada, confirmada, probada, acreditada.

En principio, pues, deben investigarse, confirmarse, comprobarse, probarse y acreditarse los hechos que determinaron la existencia de tales disposiciones y por ende normas jurídicas, sin que sea en absoluto vinculante para el tribunal —conforme al mismo artículo 137— que las partes hayan admitido o rechazado de común acuerdo tal existencia.⁷⁷

3.º) Dicha regla general, que surge del último párrafo del artículo 137 del CGP, que resulta aplicable a la existencia de las normas de derecho comprendidas en el objeto del proceso y que debe tomar en cuenta el tribunal al sentenciar, admite, sin embargo, algunas excepciones que veremos a continuación, las que determinan que tal existencia quede fuera del *objeto de la prueba*.

¿Cuáles son para nuestro derecho dichas excepciones a esa regla general establecida por el último párrafo del artículo 137?

En primer lugar debo recordar que quedan excluidas de la investigación a través de la prueba, aun siendo cuestión indisponible, aquellas existencias o inexistencias de hechos que son *presumidas absolutamente* por la ley (las presunciones tradicionalmente denominadas *iuris et de iure*).

Un ejemplo de presunción absoluta se encuentra en el artículo 272 del Código Penal de Uruguay, cuando establece que en los casos de ciertas relaciones sexuales la violencia se presume absolutamente si el sujeto pasivo es menor de doce años. Por tanto, probado que

existencia de las normas ingresa claramente en el objeto del proceso [debió decirse “de la prueba”] con la particularidad de que la iniciativa probatoria al respecto será compartida por las partes y el Tribunal” (ABAL OLIÚ, “Delimitación...”, o. cit., p. 225, n. 7 [también en *Revista de la Judicatura*, cit., p. 214, nota 7]).

⁷⁷ Tal cual anota entre otros SENTÍS MELENDO (o. cit., p. 203), sobre la existencia de normas jurídicas no puede haber reconocimiento ni acuerdo válido de las partes. Ello, aun cuando el autor no lo fundamente, deriva de que la existencia o inexistencia de las normas jurídicas es precisamente una cuestión indisponible de aquellas a las que por ejemplo refiere el artículo 137 del CGP. Debe sin embargo recordarse que, quebrando esta regla de indisponibilidad (lo que ha suscitado las correspondientes críticas) en algunos países —no en Uruguay—, la admisión de la existencia o inexistencia de la norma jurídica por ambas partes obliga al tribunal, como sucede por ejemplo conforme al artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España con relación a las normas nacidas a través de la costumbre: “La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen el orden público”. Lo anotado es sin perjuicio de algo diferente de la indisponibilidad, que consiste en que, conforme por ejemplo al artículo 11 del Código Civil de Uruguay, en algunos casos las leyes pueden incluso “derogarse” por acuerdo de partes, o que normalmente la autonomía de la voluntad de las partes puede dejar sin efecto las normas de derecho que ellas mismas crearon, como las resultantes de los contratos. Y se trata de algo diferente puesto que a lo que nos estamos refiriendo ahora es a la indisponibilidad de la existencia de las normas jurídicas en el marco de un proceso jurisdiccional, y no a la posibilidad de que las partes puedan acordar en algunos casos que ellas —que existen con independencia de lo que opinen— no se les apliquen.

existió conjunción carnal y que la persona es menor de doce años, el juez necesariamente deberá tener por existente la violencia en esa relación —aun cuando pudiera haberse probado (si ello hubiera estado en el objeto de la prueba de ese proceso) que en realidad medió consentimiento y que no hubo violencia—.

En este caso, por más que la existencia de violencia integrará necesariamente el objeto del proceso, para resolver si existió o no tal violencia el tribunal no diligenciará medios de prueba, sino que simplemente resolverá que aquella debe tenerse como existente con base en la presunción absoluta establecida en ese artículo del Código Penal.

Esta primera excepción a la regla, conforme a la cual en los procesos de materia indisponible todas las existencias de hechos que integran el objeto de proceso integran también el objeto de la prueba, resulta del numeral 3 del artículo 138 del CGP, aunque dicha disposición —con desafortunada redacción—, en lugar de excluir directamente del objeto de la prueba la existencia o inexistencia de hechos presumida absolutamente por la ley, parecería dirigirse, en sede totalmente inapropiada, a regular las presunciones “simples” o “relativas” o *iure tantum* (presunciones simples que, como es sabido, en sí mismas no implican ninguna exclusión del hecho presumido del objeto de la prueba, sino que tan solo consagran una regla que debe seguir el tribunal para resolver cuando, luego de valorados todos los medios de prueba producidos, continúa dudando sobre la existencia o inexistencia de un hecho).

En segundo lugar, quedan también fuera del objeto de la prueba, en los casos en que se trata de cuestiones indisponibles, las existencias o inexistencias de hechos que resultan “evidentes”, cuando son admitidas por ambas partes. Como ejemplos de hechos cuya existencia es evidente se postula que la suma de dos más dos da cuatro y no da tres, o que la luz favorece la visión de los objetos y la oscuridad la dificulta.

Esta segunda excepción resulta del numeral 2 del mismo artículo 138 del CGP.

Por otra parte, es de destacar que la disposición en análisis no prevé explícitamente que para quedar fuera del objeto de la prueba estas existencias o inexistencias de hechos que son evidentes deban ser admitidas por ambas partes (expresa o tácitamente, lo último conforme al artículo 130 del CGP). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la admisión expresa o tácita por ambas partes debe ser requerida, aun tratándose de hechos evidentes, para que estos queden fuera del objeto de la prueba. Para fundar esta conclusión se suele recurrir a una norma nacida por integración a través de la analogía con lo establecido por la parte final del numeral 1 del mismo artículo 138 del CGP, referido a los hechos notorios.

En tercer lugar, también quedan fuera del objeto de la prueba las existencias o inexistencias de hechos que puedan calificarse como “normales” según las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece, cuando son admitidos (una vez más, expresa o tácitamente) por ambas partes.

De esta manera será normal que un niño de un año no sepa leer y escribir fluidamente, que un automóvil recién fabricado funcione en forma correcta, que una persona de 100 años no pueda ganar una competencia olímpica de natación, que un objeto que se suelta por encima del suelo caiga o que a mediodía haya más luz natural que a medianoche, etcétera. Es importante anotar que, entre las existencias o inexistencias de hechos que se deben tener por ciertas en mérito a lo que resulta de las llamadas *reglas de la experiencia*, por nuestra parte hemos concluido que deben incluirse no solamente las existencias o inexistencias de hechos que resultan de aplicar reglas que se formulan por la observación común o vulgar, sino también las existencias o inexistencias de hechos que resultan de aplicar reglas formuladas a través de estudios científicos o tecnológicos. Esto último sin perjuicio (como en todos los casos en que no se acepte lo que resulta de las reglas de la experiencia) de su posible no admisión por la contraparte de quien las alegue, o de las dudas del tribunal respecto a si las conclusiones sobre la existencia de hechos que emanan del conocimiento científico pueden llegar a considerarse fruto de reglas de la experiencia que la comunidad acepta pacíficamente o no, lo que en este último caso las hará ingresar en el objeto de la prueba, y esto generalmente propiciará el empleo de la pericia para su acreditación.

La exclusión del objeto de la prueba de estas existencias o inexistencias de hechos normales se encuentra establecida por el artículo 141 del CGP

Esta disposición tampoco contempla expresamente la necesidad de que estas existencias o inexistencias de hechos normales deban ser admitidas por ambas partes para quedar fuera del objeto de la prueba. Sin embargo, dicha necesidad de admisión por ambas partes (expresa o al menos tácita) es también reconocida en forma prácticamente unánime, con fundamento en la misma integración analógica indicada al analizar los hechos evidentes.

En cuarto lugar, y ahora en relación directa con lo que nos ocupa, debe tenerse presente que, conforme al CGP, también quedan excluidas del objeto de la prueba las existencias o inexistencias de hechos que son “notorias”, cuando son admitidas por ambas partes.

Como es sabido, la notoriedad es una particularidad que tiene el conocimiento de la existencia o de la inexistencia de un hecho, consistente en que tal conocimiento es compartido por la generalidad de las personas (lo que no implica la unanimidad) en un lugar y un momento determinados.

Si bien para que la existencia o inexistencia del hecho se considere notoria no se exige que todas las personas lo conozcan (en un lugar y un momento determinados), hay empero una persona que podría entenderse que necesariamente debe estar comprendida en el conjunto de quienes conocen dicha existencia o inexistencia del hecho: nos referimos al magistrado que ocupa la titularidad del tribunal.

Sin embargo, lo que en general se entiende para hablar de notoriedad del conocimiento no es que la existencia o inexistencia del hecho sea notoria inclusive para el tribunal, sino que este (que personalmente podría no conocer tal existencia o inexistencia) arribe a la conclusión de que ese conocimiento es notorio para la generalidad de las personas en el lugar y el momento en que se tramita el proceso (aunque tal ámbito de notoriedad de ese conocimiento no lo hubiera incluido antes a él mismo).

Poniendo ejemplos sobre la notoriedad de la existencia de hechos, podría señalarse que en el Uruguay y en el año 2013 es notorio para la generalidad de los habitantes del país que José Mujica es el presidente de la República y también que es notorio para esa misma generalidad de personas que en el segundo semestre del año 2009 hubo una gran crisis financiera mundial, o que en 1950 la selección uruguaya de fútbol ganó el Campeonato Mundial celebrado en Brasil.

Pues bien, también quedan excluidas del objeto de la prueba las existencias o inexistencias de hechos cuando estas resultan notorias, siempre que esa notoriedad de la existencia no resulte contradicha (lo último lo dispone, en este caso expresamente, el numeral 1 del artículo 138 del CGP).

Finalmente, en quinto lugar, también quedan fuera del objeto de la prueba, incluso tratándose de una cuestión indisponible, aquellas existencias o inexistencias de hechos que previamente ya fueron objeto de una sentencia con valor de cosa juzgada (incluidas las *decisiones prejudiciales*), siempre, claro está, que tenga valor entre las partes del concreto proceso.

De esta manera, a modo de ejemplo, si en un proceso de investigación de la paternidad entre A y B se ha resuelto que B es el padre de A, en el posterior proceso que A inicie contra B reclamando una pensión alimenticia no integrará el objeto de la prueba la afirmación de que B es el padre de A.

En este caso (en el segundo proceso), para resolver si B es o no el padre de A (hecho cuya existencia integra necesariamente el objeto del proceso de este segundo juicio, en que se reclama la pensión alimenticia), el tribunal no deberá estar a las resultancias de la prueba sino a las resultancias del proceso previo de investigación de la paternidad, sin necesidad de investigar nuevamente la existencia o inexistencia de ese hecho.

Pues bien, dentro de este marco conceptual, la existencia de las disposiciones jurídicas y de las normas resultantes de la costumbre, que como hemos visto resulta ser una cuestión indisponible, ¿cuándo integra el objeto de la prueba?

Aunque sin ser mayormente recogida, lo cierto es que, según se comprueba con las resultancias de la investigación que realicé y de las que se da cuenta al comienzo de este artículo, la respuesta a esta interrogante ya la comenzaba a apuntar hace más de un siglo MORTARA.⁷⁸

De esta forma, la existencia de las disposiciones jurídicas de las que emanan las normas comprendidas en el objeto del proceso (así como las normas resultantes de la costumbre) normalmente quedará excluida del objeto de la prueba por su notoriedad y su falta de contradicción; notoriedad resultante normalmente de su publicación y del conocimiento generalizado acerca de ellas.

Así, en general será notoria en un país la existencia de la Constitución y de las leyes nacionales (aunque no siempre de las disposiciones de las autoridades locales o de los convenios colectivos, de las normas emanadas de la costumbre o de las disposiciones de un derecho extranjero). Y, en tanto esa existencia notoria no resulte contradicha, aquellas quedan, por eso solo, fuera del objeto de la prueba.

Ahora bien, de acuerdo a lo hasta ahora expuesto, aparece como ajustado entender que la existencia de las normas jurídicas (las disposiciones de las que ellas emanan, salvo el caso de las normas producto de la costumbre, que son comprobables por sí mismas) es susceptible de comprobación, así como que no relevan de ello ni el principio *iura novit curia* ni la regla conforme a la cual nadie puede alegar para exonerarse de responsabilidad el desconocimiento de las normas jurídicas existentes.

Al tratarse la existencia o inexistencia de una cuestión indisponible, el tribunal debe necesariamente indagar y comprobar tal existencia, con independencia incluso de lo que al respecto entiendan los interesados principales del proceso (partes de los procesos contenciosos y gestores de los procesos voluntarios).

Empero, tal comprobación queda relevada en aquellos casos en que esa existencia o inexistencia sea notoria y no resulte contradicha, lo cual tiene lugar en general con las disposiciones constitucionales y las leyes y reglamentos generales (al menos los publicados). En los demás casos —en general, disposiciones regionales o locales, normas emanadas de la costumbre o de disposiciones de derecho extranjero—, al no encontrarse su existencia alcanzada por la notoriedad, esta debe ser indagada (comprobada, confirmada, acreditada) para que el tribunal pueda tomar en cuenta las normas correspondientes al punto de dictar sentencia.

⁷⁸ MORTARA, o. cit., pp. 554-556.

Tal conclusión encuentra, sin embargo y aparentemente, un obstáculo en disposiciones como las del artículo 143 del CGP (que, como hemos visto, recoge una conclusión ampliamente difundida desde largo tiempo por la doctrina). Se trata, en efecto, de que, según acabamos de exponer, en muchos casos (cuando ella no es notoria o, pese a serlo, su existencia es contradicha) es preciso indagar (verificar, comprobar, confirmar, acreditar) la existencia o inexistencia de las disposiciones y normas jurídicas, y, sin embargo, el artículo 143 del CGP dispone que “el derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba”.

Entiendo que en la redacción de esta disposición el legislador nacional confunde el problema de la indagación, comprobación y/o prueba de la existencia de las disposiciones jurídicas (y por ende de las normas correspondientes) con la cuestión de a cargo de quién y de qué forma se puede y debe realizar esa investigación, comprobación o prueba.

De esta manera, lo que se quiere indicar —atendiendo en especial a la parte final del mismo artículo (“el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”)— no es que en los casos que hemos señalado no deba comprobarse la existencia de la disposición jurídica (o directamente la norma si emana de la costumbre), sino que la investigación y la comprobación de esa existencia no se debe realizar siguiendo todas las reglas generales de la prueba sino algunas reglas diferentes.⁷⁹

Justamente por ello es que tanto en ese artículo 143 como en el artículo 525.3 y en algunas otras disposiciones u opiniones similares que se pueden encontrar en el derecho comparado se agrega que, pese a que el derecho “no se prueba”, de todas formas se puede “acreditar”. El término *acreditar* no está empleado en tales casos en sentido literal, sino en un sentido que implicaría que no es necesario que la verificación o comprobación de la existencia de las disposiciones jurídicas (o de las normas emanadas de la costumbre) se ajuste a todas las reglas de la prueba, sino que ella responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente *libre*; o, en otras palabras, a una prueba (comprobación, confirmación) que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), el derecho de las partes de proponer tales medios probatorios y el deber del tribunal de poner en juego su propia iniciativa, la inexistencia de preclusiones, la no exigencia de muchos otros requisitos formales, la libertad de valoración de las resultancias probatorias, etcétera.⁸⁰

⁷⁹ Como se advertirá, en los hechos así lo terminan señalando muchos de los autores transcritos en anteriores apartados de este artículo, aun pese a que previamente ellos mismos señalan que el derecho no puede o no debe ser “probado”.

⁸⁰ Debido a esta razón, por las diferencias en el mecanismo de investigación, CARNELUTTI señala: “Se ofrece así un mecanismo procesal que puede parecerse al verdadero mecanismo probatorio”, entendiéndolo, como ya señalamos, que no debería utilizarse la palabra *prueba* para referirse a esta actividad destinada a investigar y determinar cuáles son las normas de derecho (CARNELUTTI, o. cit., p. 7).

Por ello es que la proposición de medios probatorios (incluida la iniciativa de oficio que el juez tiene el deber de ejercer como consecuencia necesaria del principio *iura novit curia*), su admisibilidad y producción, así como la valoración de sus resultancias (incluida la aplicación de eventuales presunciones simples y de las reglas sobre la denominada carga de la prueba, etcétera) que sirvan a este fin, no tiene necesariamente que ajustarse en su práctica a las normales reglas procesales que regulan la proposición, admisibilidad, etcétera, de los medios de prueba.^{81 82}

De esta forma, interpretándolos así, los textos de los artículos 143 y 525.3 del CGP (y disposiciones de similar contenido de otras legislaciones) adquieren un nuevo sentido, obviamente no literal, que no solo elimina la contradicción que su sentido puramente literal encerraría, sino que además y en especial se ajusta totalmente a los conceptos propios de una sistemática procesal, abriendo asimismo un claro camino para la práctica jurisdiccional en torno a la denominada *prueba del derecho*.

Agrego que cuestiones conexas con todo ello son, entre otras, la admisibilidad de que el tribunal acuda a su conocimiento privado, la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, etcétera.

⁸¹ De alguna manera a ello refieren precisamente, entre otros, MONTERO AROCA et al.: “Parece claro, con todo, que existen profundas diferencias entre los hechos y el Derecho cuando se los contempla desde la perspectiva del objeto de la prueba. Las diferencias pueden referirse a: 1.º) el distinto valor de la admisión por la otra parte de los hechos y del derecho: Los hechos admitidos por todas las partes se imponen al tribunal, pero sería absurdo que, si una norma extranjera no existe, la admisión por la otra parte pudiera imponerse a un juez que es sabedor de esa inexistencia. Se hace así difícil de entender que la prueba de la costumbre no sea necesaria si las partes estuvieren conformes sobre su existencia y contenido, que es lo que dispone el art. 281.2 LEC, lo que debe entenderse en el sentido de la innecesariedad de la prueba, pero no en el de que esa pretendida costumbre se entienda existente si el juez sabe que la misma no existe o que su contenido es distinto. 2.º) El distinto juego de la ciencia privada del juez: Este no puede dar como existente un hecho, que él conoce como ciudadano particular, si no ha sido probado, pero el juez sí puede aplicar una norma no comprendida en el *iura novit curia* si tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados. 3.º) El deber del tribunal, dentro de lo posible, de investigar de oficio el Derecho: El art. 281.2 LEC dice, con referencia al derecho extranjero, que el tribunal podrá valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, precepto que puede hacerse extensivo a todos los supuestos a que nos venimos refiriendo. Este artículo, a pesar de la palabra ‘podrá’, no puede entenderse ni como un consejo ni como una autorización que el legislador da a los jueces. No existen normas dispositivas que rijan la actividad del juez y las facultades que la ley concede a los jueces son, al mismo tiempo, deberes, por lo que el ‘pudiendo’ del artículo citado de la LEC debe entenderse como un mandato para dentro de lo razonable. El legislador no puede ordenar al juez de primera instancia de un modesto pueblo sin biblioteca, que investigue el derecho colombiano sobre el régimen económico del matrimonio, pero sí puede mandar eso mismo a la Sala Primera del Tribunal Supremo” (MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR, o. cit., pp. 253).

⁸² Así, solo a modo de ejemplo respecto al derecho de las partes y el deber del tribunal en cuanto a la iniciativa probatoria del derecho (y aunque entiendo que incorrectamente descarta la aplicación de las reglas de la carga de la prueba), expresa una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º turno: “Las partes tienen derecho a probar no solo los hechos, sino las normas de derecho, si así lo desean, pero sólo la carga de suministrar la prueba de aquellos cuando son presupuesto para la aplicación a su favor de una norma jurídica. Sin perjuicio de la prueba del derecho que se quiera hacer, rige el principio fundamental que impone al Juez el deber de procurar conocer las normas de derecho y aplicar las que considere pertinentes (*iura novit curia*), no hallándose ceñido para ello, ni por las alegaciones, ni por la actividad instructoria de las partes” (sentencia n.º 124-96, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 3-1997, suma 708, p. 424).

Respecto a la admisibilidad de que el tribunal emplee —en caso de no tratarse de una existencia notoria y no contradicha— el conocimiento privado (como persona privada) que pueda tener de la existencia de las disposiciones y normas jurídicas,⁸³ la cuestión no parece residir en su admisibilidad, sino en la circunstancia de que ese conocimiento privado no debería quedar fuera del control por las partes.

Y ello porque terminaría violando el derecho al debido proceso y al control de las resoluciones jurisdiccionales el que el tribunal pudiera fundar su sentencia en disposiciones y normas cuya existencia y aplicabilidad no explique cómo las ha comprobado, o incluso haciéndolo en la sentencia ello no se haya puesto antes de manifiesto en el concreto proceso ni por las partes ni por el mismo tribunal. ¿Cómo podrían controlar esto los interesados principales —cuando esa existencia de las disposiciones y normas no es notoria y no ha podido ser contradicha— si el tribunal no indica de qué forma ha llegado conocerlas o, aun cuando lo indique, si recién lo hace en una sentencia que quizás ni siquiera pueda ser recurrida (por ejemplo, por no ser susceptible de apelación o de casación)?

Sobre ello —aunque sólo indirectamente, pues ni siquiera se está refiriendo a la posibilidad que el tribunal debe dar a las partes de que controlen cómo ha llegado al conocimiento de la existencia de las disposiciones y normas que entiende aplicables— dice EZQUIAGA GANUZAS, entiendo que con mucho acierto:

Las partes deben tener permanentemente conocimiento de las normas jurídicas que se consideren aplicables al litigio tanto por la otra parte como por el juez y de las modificaciones que sobre este aspecto se produzcan a lo largo del proceso. [...] Cuando el órgano judicial ejerce los poderes que le confiere el principio *iura novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes o la acusación y/o las normas consideradas aplicables por aquellas, el principio de contradicción se convierte en un límite para el juez. Su intervención [...] impone al juez la obligación de motivar el rechazo de la selección normativa o de la calificación jurídica efectuada por las partes y de otorgarles la posibilidad de alegar lo que estimen conveniente si el órgano jurisdiccional formula una “tercera opinión” modificando la expresada por aquellas en relación con el Derecho Aplicable.⁸⁴

En un paso más, aunque íntimamente vinculado a lo anterior, se advertirá que el tribunal, antes de dictar sentencia, no solo debería indicar a las partes que él entiende que se deben aplicar normas emanadas de disposiciones diferentes de las alegadas por ellas, sino, además, indicar cómo ha llegado él a la comprobación de que esas disposiciones y normas

⁸³ Expresa al respecto CARNELUTTI: “[...] es indiferente, en particular, que el juez obtenga el conocimiento de ella a través de los elementos que les suministren las partes o de los que le proporcione su cultura personal o su investigación personal” (CARNELUTTI, o. cit., p. 5).

⁸⁴ EZQUIAGA GANUZAS, o. cit., pp. 35-36.

existen (por su notoriedad, por los medios de prueba habituales aportados de oficio o por otros medios que privadamente y al margen del proceso le permitieron llegar a esa comprobación). En cualquier caso, si así no fuera, ¿cómo pueden las partes controlar al tribunal? ¿Cómo pueden evitar el posible error del tribunal y en particular la arbitrariedad?

Nuestra legislación prevé esa posibilidad para el caso específico de que la información que permite al juez llegar a esa comprobación de la existencia de las disposiciones y normas se haya intentado obtener por “diligencias para mejor proveer” (artículo 193.2 del CGP), pero nada dice, en especial, cuando el conocimiento del juez se obtuvo privadamente por él mismo al margen del proceso.

Quizás debería adoptarse, por integración normativa a través de los principios de contradicción y de imparcialidad, alguna de las fórmulas que por ejemplo recoge el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, y en definitiva aceptarse la propuesta que —con válida razón— formula PIZZORUSSO cuando entiende que en tales casos el tribunal debe reclamar la atención de las partes sobre las nuevas normas que entiende aplicables y sobre la forma como las disposiciones y normas en cuestión han llegado a su conocimiento, e incluso, si ya estuviera para dictar sentencia, abrir una nueva y aunque sea breve fase de discusión.⁸⁵

Finalmente, en cuanto a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba a la existencia de las disposiciones jurídicas (o directamente de las normas, si derivan de la costumbre), entiendo que la respuesta no puede sino ser positiva.

Sobre tales reglas, dirigidas por la ley al tribunal para indicarle cómo fallar cuando se encuentra en la duda sobre la existencia o no de los hechos que están en el objeto del proceso, no existe a mi entender razón alguna para que no se puedan aplicar cuando se trata de la existencia de las disposiciones o normas de derecho. Y en nada modifica esta conclusión la circunstancia de que el tribunal tenga iniciativa probatoria. Se trata, en efecto, de que cuando en otras cuestiones de hecho el tribunal tiene iniciativa probatoria también rigen esas reglas, de manera que el hecho de que el juez tenga iniciativa probatoria tampoco en este caso permite alterar la conclusión.⁸⁶

⁸⁵ Citado por EZQUIAGA GANUZAS, o. cit., p. 36, n. 45.

⁸⁶ Como ya hemos visto en este mismo trabajo, sobre la aplicación de las reglas de la carga de la prueba a las cuestiones de derecho señalaba BARRIOS DE ANGELIS: “Antes de la vigencia de los instrumentos internacionales que comentamos, el dilema entre cargas de las partes y deber —del tribunal— se planteaba en términos simplistas: si el DE es hecho, carga; si el DE es norma, es deber del juez. Hemos visto que la cuestión es relativamente más compleja: el DE no es hecho, pero lo son las representaciones materiales significativas de su existencia, sentido, interpretación, alcance. Por lo que una carga de la prueba de tales materialidades (o inmaterialidades traducibles en documentos) puede concebirse fácilmente. Pero aun cuando el enfoque ontológico resulte indiscutible (el DE es, por definición, norma jurídica), el principio ‘curia novit’ resulta insuficiente para eliminar la carga de la prueba. En efecto, el principio ‘curia novit’ no significa que el tribunal tenga el deber de probar el DE; expresa que el tribunal conoce —o tiene los medios para conocer— el derecho;

4.4. CONCLUSIONES

a. Interpretando el término *derecho* empleado por disposiciones como el artículo 143 del CGP al referirse a la “prueba del Derecho”, se debería dejar de lado su estricto sentido técnico literal y entender que por razones de política procesal el legislador ha querido que refiera solamente a las normas jurídicas generales (abstractas y, aunque sea más dudoso, seguramente también concretas). De esta forma, la existencia o inexistencia de normas individuales (tanto abstractas como concretas) quedaría fuera de la cuestión de la prueba del derecho, para pasar a ser regulada exactamente igual que la existencia o inexistencia de cualquier otra clase de hecho que integre el objeto del proceso.

b. En Uruguay (pues diferente ha sido y es en otros ordenamientos jurídicos) el principio *iura novit curia*, imperfectamente recogido por el CGP pero aceptado en forma unánime por doctrina y jurisprudencia, comprende todas las normas de derecho (siempre en el entendido de que sean generales, tanto abstractas como concretas), y todas ellas quedarán, por lo tanto, siempre incorporadas al *objeto del proceso*, salvo que, en mérito a lo que autoriza el artículo 25 para los procesos oficiales o que se trate de un proceso arbitral en el que las partes no hayan acordado expresamente que se falle conforme a derecho (numeral 5 del artículo 477 del CGP), el tribunal no pueda tomar en cuenta las normas de derecho.

c. Casi todos los autores relevados entienden que en principio el tribunal debe tomar en cuenta todo el derecho que, conforme a cada legislación, se encuentre comprendido en el objeto del proceso, sin necesidad de ningún trámite ni procedimiento particular, puesto que, a diferencia de lo que en general sucede con los hechos, el derecho no admitiría prueba y, además, el principio *iura novit curia* establecería que no es necesario probar el derecho comprendido en él, y aun, según otros muchos, la ley presume conocido el derecho, lo que lo eximiría de toda comprobación.

y que, en consecuencia, no está atado a la labor investigativa ni a las concepciones erróneas de las partes; que puede pasar, por sus propios medios, por encima de la labor probatoria e interpretativa de las partes. En suma, que el dístico no recoge un deber sino un poder del tribunal; no una forma de sujeción sino de libertad. [...] Por otra parte, si el tribunal tiene el deber de aplicar el DE, necesariamente tiene el deber instrumental de establecer su existencia, contenido, alcance o interpretación; en suma, el deber de probar la materialidad representativa de la norma extranjera. [...] La afirmación de que el tribunal tiene el deber, no sólo de aplicar el DE sino también de informarse al respecto (deber de probar sus representaciones materiales) no elimina el hecho de que el incumplimiento de tales deberes puede perjudicar a las partes y a la propia administración de justicia. [...] La carga de controlar, preventivamente, el cumplimiento del deber de informarse respecto del DE corresponde a la acción, o a la excepción, cuando éstas son derechos subjetivos públicos; cuando, por el contrario, el titular de la acción o de la excepción es un sujeto público, no existe carga; porque sus situaciones son poderes-deberes, que no tienen el constituyente pasivo sino el constituyente pasivo deber” (BARRIOS DE ANGELIS, “Aplicación del derecho extranjero”, o. cit., pp. 17-22).

Empero, analizados estos argumentos en profundidad, se advierte, en primer lugar, que no hay razón valedera para entender que la existencia del derecho (sea ella derivada de una ley, de un contrato o de cualquier otra “fuente” de validez) no pueda ser probada (investigada y comprobada, probada, acreditada).

Claro está que, como sucede con otros hechos, para comprobar la existencia de una disposición de la que emana una norma (o directamente de la norma si emana de la costumbre) —lo cual en sí mismo es un hecho—, lo que deberá probarse son otros hechos, consistentes en el proceso de aprobación de la disposición que establece la norma y de su no derogación, o del uso especialmente caracterizado cuando es una norma nacida a través de la costumbre jurídicamente relevante.

En segundo lugar, y puesto que ello también ha sido argumentado para justificar que el derecho no debe ser comprobado, debe señalarse que tampoco resulta ser la existencia del principio *iura novit curia* un argumento valedero para excluir del campo de la prueba a la existencia de las disposiciones de derecho, en mérito a que lo único que en definitiva este verdaderamente establece es que para resolver acerca de la requisitoria (el “petitorio”) comprendida en el objeto del proceso el tribunal no está vinculado (“atado”) por las normas que aleguen las partes, sino que deberá tomar en cuenta todo el derecho positivo que conforme a la legislación aplicable deba entenderse comprendido por tal principio (claro que se tratará en cualquier caso de todo el derecho que “exista”) y no solamente el alegado por las partes. En cambio, nada establece ni se deduce de ese principio sobre la existencia o no de las disposiciones jurídicas de las que emanan esas normas jurídicas (o de la existencia de las mismas normas cuando emanan de la costumbre), ni sobre cómo pueden ellas llegar a conocimiento del tribunal.

En tercer lugar, en cuanto a la presunción legal (ficción legal) de conocimiento de las normas jurídicas que emanaría de distintas disposiciones de los ordenamientos jurídicos, como el artículo 1 *in fine* y el artículo 2 del Código Civil uruguayo, estrictamente debe entenderse que: 1) esa presunción está dirigida a las partes y no directamente al tribunal, y 2) en especial, en esas normas lo que se presume es el conocimiento de las normas jurídicas y no su existencia. Se presume en todo caso el conocimiento solamente de las normas jurídicas que existen, de donde antes de que pueda operar tal presunción es preciso indagar cuáles son las normas jurídicas que existen. Una cosa es que el derecho sea obligatorio aun cuando la gente no lo conozca (pues en mérito a esa ficción jurídica no se puede probar que no se conoce) y otra diferente es que se pueda *presumir existente*.

d. Si la existencia de las disposiciones de las que emanan normas jurídicas (y la existencia de las mismas normas cuando emanan de la costumbre) comprendidas en el objeto del proceso debe entonces ser investigada y comprobada por el tribunal (al margen de que las normas que se compruebe que existen deba aplicarlas de oficio en virtud del principio *iura novit curia*), ¿cómo se podrían interpretar los artículos 143 y 525.3 del CGP y disposiciones de similar contenido que obran en otras legislaciones?

A los efectos previstos en el artículo 137 del CGP (74), en virtud del deber del tribunal de juzgar conforme a todo el derecho con independencia de las normas concretas que aleguen las partes (*iura novit curia*), la existencia de las normas jurídicas comprendidas en el objeto del proceso debe considerarse una cuestión “no disponible”.

Al tratarse de una cuestión de esa naturaleza, y como siempre debe hacerse en tales casos en el marco de un proceso jurisdiccional cuando se trata de cualquier otro hecho no disponible, la existencia de las disposiciones de las que emanan las normas de derecho (y, una vez más, de las mismas normas cuando emanan de la costumbre) que se van a aplicar también deberá ser investigada, confirmada, probada, acreditada.

Sin embargo esta regla general, que surge del último párrafo del artículo 137 del CGP, que resulta aplicable a la existencia de las normas de derecho comprendidas en el objeto del proceso y que debe tomar en cuenta el tribunal al sentenciar, admite algunas excepciones que determinan que tal existencia quede fuera del *objeto de la prueba*.

De acuerdo al numeral 1 del artículo 138 del CGP, quedan excluidas del objeto de la prueba las existencias o inexistencias de hechos cuando estas resultan notorias, siempre que esa notoriedad de la existencia no resulte contradicha. Por ello, la existencia de las disposiciones jurídicas de las que emanan las normas comprendidas en el objeto del proceso (así como las normas resultantes de la costumbre) normalmente quedará excluida del objeto de la prueba por su notoriedad y su falta de contradicción (notoriedad que habitualmente resulta de su publicación y del conocimiento generalizado de aquellas).

Así, en general será notoria en un país la existencia de la Constitución y de las leyes nacionales y, en tanto esa existencia notoria no resulte contradicha, ellas quedan, por eso solo, fuera del objeto de la prueba. En cambio, no resulta normalmente notoria la existencia de las disposiciones de las autoridades locales o de los convenios colectivos, de las normas emanadas de la costumbre o de las disposiciones de un derecho extranjero, por lo que en estos casos su existencia quedará comprendida en el objeto de la prueba del concreto proceso.

e. La anterior conclusión encuentra sin embargo y aparentemente un obstáculo en disposiciones como las del artículo 143 del CGP (“El Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba”).

Sin embargo, atendiendo en especial a la parte final del mismo artículo (“el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”), se debe entender que no es que en los casos que hemos señalado no deba comprobarse la existencia de la disposición jurídica (o directamente la norma si emana de la costumbre), sino que cuando no media notoriedad o cuando aun habiéndola existe controversia, la investigación y comprobación de esa existencia no se debe realizar siguiendo todas las reglas generales de la prueba sino algunas reglas diferentes.

El término *acreditar* no está empleado por los artículos 143 y 525.3 del CGP en sentido literal, sino en un sentido que implicaría que no es necesario que, cuando no existe notoriedad o, aun cuando existe, hay controversia, la verificación o comprobación de la existencia de las disposiciones jurídicas (o de las normas emanadas de la costumbre) se ajuste a todas las reglas de la prueba, sino que ella responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente *libre*; o, en otras palabras, a una prueba (comprobación, confirmación) que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), el derecho de las partes de proponer tales medios probatorios y el deber del tribunal de poner en juego su propia iniciativa, la inexistencia de preclusiones, la no exigencia de muchos otros requisitos formales, la libertad de valoración de las resultancias probatorias, etcétera.

De esta forma, interpretándolos así, los textos de los artículos 143 y 525.3 del CGP (y disposiciones de similar contenido de otras legislaciones) adquieren un nuevo sentido, obviamente no literal, que no solo elimina la contradicción que su sentido puramente literal encerraría, sino que además y en especial se ajusta totalmente a los conceptos propios de una sistemática procesal, abriendo además un claro camino para la práctica jurisdiccional en torno a la denominada prueba del derecho.

f. En cuanto a la admisibilidad de que, en el caso de no tratarse de una existencia notoria y no contradicha de las disposiciones y normas jurídicas, el tribunal emplee el conocimiento privado (como persona privada) que pueda tener de la existencia de las disposiciones y normas jurídicas, la cuestión no parece residir en su admisibilidad, sino en la circunstancia de que ese conocimiento privado no debería quedar fuera del control por las partes. Se termina violando el derecho al debido proceso, al control de las resoluciones jurisdiccionales, si el

tribunal puede fundar su sentencia en disposiciones y normas cuya existencia y aplicabilidad no explique cómo ha comprobado, o incluso si haciéndolo en la misma sentencia antes no se ha puesto ello de manifiesto en el concreto proceso ni por las partes ni por el mismo tribunal.

El tribunal no solo debería indicar a las partes, antes de dictar sentencia, que él entiende que se deben aplicar normas emanadas de disposiciones diferentes de las alegadas por ellas, sino que, además, debería indicar cómo ha llegado a la comprobación de que esas disposiciones y normas existen (por su notoriedad, por los medios de prueba habituales aportados de oficio o por otros medios que privadamente y al margen del proceso le permitieron llegar a esa comprobación).

En cuanto a la aplicación a la existencia de las disposiciones jurídicas (o directamente de las normas si derivan de la costumbre) de la reglas de la carga de la prueba, la respuesta debería ser positiva. Sobre tales reglas, dirigidas por la ley al tribunal para indicarle cómo fallar cuando se encuentra en la duda sobre la existencia o no de los hechos que están en el objeto del proceso, no existiría ninguna razón válida para que no puedan aplicarse cuando se trata de la existencia de las disposiciones o normas de derecho. Y en nada modifica esta conclusión la circunstancia de que el tribunal tenga iniciativa probatoria.

g. Conforme a lo expuesto, una reelaboración de las disposiciones sobre la prueba del derecho podría conducir a indicar explícitamente que con esa expresión se alude solamente a las normas jurídicas generales; que el derecho que integra el objeto del proceso es una cuestión indisponible (artículo 137 del CGP); que, sin embargo, la existencia de las disposiciones de las que emanan las normas (y de las propias normas cuando encuentran su validez en la costumbre) no integra el objeto de la prueba cuando es notoria y no contradicha (numeral 1 del artículo 138 del CGP); que cuando en cambio sí lo integra, la investigación y comprobación de su existencia podrá realizarse por todo medio de prueba no prohibido, para lo cual tienen iniciativa probatoria tanto las partes como el tribunal (este último con el deber de ejercerla), sin que existan limitaciones temporales ni de ninguna otra clase para realizarla, y que las resultancias de tal prueba se valorarán en forma libre, sin perjuicio de que, en caso de aplicarse por el tribunal normas que no han sido consideradas antes en el proceso o cuya existencia derive del conocimiento extraprocésal (privado) del tribunal, antes de dicha aplicación deba darse a las partes la posibilidad de contradecirlo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL OLÍÚ, Alejandro, “Delimitación del objeto de la prueba”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 3/2004 (también en *Revista de la Judicatura*, n.º 43, 2005).
- *Derecho procesal*, t. III, 3.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011.
- “El objeto de la prueba en el Código General del Proceso de Uruguay”, en *La Prueba (homenaje al maestro Hernando DEVIS ECHANDIA)*, Universidad Libre, Bogotá, 2002.
- ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del derecho privado internacional*, Facultad de Derecho (Universidad de la República), Montevideo, 1955.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- *Sistema procesal*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, y VALENTIN, Gabriel, “La confirmación procesal” (sobre objeto y tema de la prueba), en *Lecciones de derecho procesal civil. Compendio del sistema procesal, garantía de la libertad, adaptado a la legislación uruguaya*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011, pp. 515-516.
- ARIAS BARBÉ, Óscar, *La prueba*, Medina, Montevideo, 1945.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, “Aplicación del derecho extranjero”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1/1983, pp. 17-22.
- *Apuntes de derecho procesal. 1.º Curso*, t. II, CEN, Montevideo, 1968, 4.ª reed.
- *El proceso civil*, Idea, Montevideo, 1989.
- *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 236-239, y 2.ª ed., B. de F., Buenos Aires, 2002.
- *El proceso civil*, vol. II, Idea, Montevideo, 1990.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre derecho administrativo*, t. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco (con Apéndice de Giacomo AUGENTI), *La prueba civil*, 2.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Diritto processuale civile*, t. I, Cedam, Padua, 1936, pp. 419-420, y t. III, Cedam, Padua, 1939.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1966.
- *Procedimiento. 1.º Curso*, t. II, Ed. Medina, Montevideo, s/f.

- *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1932.
- DE MARÍA, Pablo, *Lecciones de procedimiento civil*, t. II, Claudio García, Montevideo, 1927.
- DE MARÍA, Pablo, y CARNELLI, LORENZO, *Obra jurídica de Pablo de María. Recopilación, notas y adiciones de Lorenzo Carnelli*, Claudio García, Montevideo, 1939.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.ª ed., Víctor F. De Zavalía, Buenos Aires, 1981.
- EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.
- EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Doctrina general del derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1990.
- GALDINO DA PAIXAO JÚNIOR, Manuel, *Teoría geral do processo*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
- GALLINAL, Rafael, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil. De las pruebas*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1914 (también en 2.ª ed., Barreiro y Ramos, Montevideo, 1928).
- *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil. Demanda, citación y emplazamiento. Contestación y reconvención*, 2.ª ed., Barreiro y Ramos, Montevideo, 1914.
- GOZÁINI, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal civil*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1992.
- GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1998.
- GUILLOT, Álvaro, *Comentarios del Código Civil. De las leyes y de las personas*, 2.ª ed., Jerónimo Sureda, Montevideo, 1928.
- JARDÍ ABELLA, Martha, “El objeto de la prueba”, en *La Prueba (homenaje al maestro Hernando DEVIS ECHANDIA)*, Universidad Libre, Bogotá, 2002, pp. 574-576.
- LANDONI SOSA, Ángel (dir.); GARDERES, Santiago; GONZÁLEZ, María Eugenia; GÓMES, Fernando, y VALENTÍN, Gabriel, *Código General del Proceso*, vol. II-A, B. de F., Buenos Aires, 2003.
- MARABOTTO, Jorge, “Prueba: generalidades, declaración de parte, prueba testimonial”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, del Instituto de Derecho Procesal, t. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989.
- MATTIROLO, Luigi, *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. II, 5.ª ed., Fratelli Bocca, Turín, 1902.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil. Primera parte*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Temis, Bogotá, 1989.

- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto, y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional*, t. II, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MORTARA, Lodovico, *Commentario del Codice e delle Leggi in Procedura Civile*, vol. III, Vallardi, Milán, 1905.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho procesal civil*, 14.^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- PEIRANO FACIO, Jorge, *Curso de Obligaciones (prueba de las obligaciones)*, t. V, CED, Montevideo, 1968.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges, y BOULANGER, Jéan, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. 2, 13.^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *El juez y el derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, pp. 60-261.
- SILVA MELERO, *La prueba procesal*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- SOLARI, Miguel, “Prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos”, en Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, El derecho extranjero y su tratamiento procesal en el sistema de derecho internacional privado uruguayo, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, n.º 4, 1975-1976.
- TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho procesal civil*, t. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Un instrumento para la integración jurídica regional”, en *Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur*, Facultad de Derecho (UDELAR), Montevideo, 1995.
- “Libro II, título X del Código General del Proceso. ‘Normas Procesales Internacionales’. Una nueva regulación del derecho internacional privado procesal de la República”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4/1988.
- “Tratamiento e información del derecho extranjero y su regulación en nuestro derecho internacional privado de fuente convencional” (prueba del derecho extranjero), en *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, Amalio Fernández, Montevideo, 1982, pp. 17-73.

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

VIERA, Luis A., “La Prueba”, en *Curso de Derecho procesal* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II, 2.^a ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987.

La extradición, el delito político y el asilo extraterritorial a la luz de los principios del derecho internacional público

Extradition, political crimes
and extraterritorial asylum in the light
of the principles of public international law

*Hernando V. Cañardo**

RESUMEN. Acontecimientos recientes nos demuestran que la extradición, la noción de delito político y el llamado asilo diplomático o extraterritorial presentan una serie de desafíos a las teorías del derecho internacional público, y que las cuestiones relativas a ellas llevan a la intersección de la legislación penal interna, los tratados internacionales sobre la materia y, sobre todo, consideraciones de carácter político que entran en conflicto permanentemente con los postulados legales.

En consecuencia, se analiza en primer lugar la historia de la extradición y su evolución, así como los tratados referentes a ella como medio de comunicación entre Estados. Tras el análisis se procede a estudiar la llamada *excepción del delito político*; se hace un análisis de algunas construcciones jurisprudenciales sobre el concepto y su alcance. También se analizan sus implicaciones frente a la estructura de los tratados, así como las alternativas a la extradición, básicamente la abducción y la llamada rendición extraordinaria. Finalmente se analiza el llamado asilo político o extraterritorial, sus implicaciones

* Abogado y doctor en Derecho (UCA). Profesor de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro de la Sociedad Americana de Derecho Internacional (American Society of International Law Member), 1984-. Miembro de la Academy of Political Science New York, 1997- 2000. *International associate* de la American Bar Association, 1983-.

como excepción humanitaria y el conflicto entre las inmunidades diplomáticas y el otorgamiento del asilo, en el marco de la colisión entre este y la soberanía estatal.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional. Extradición. Tratados internacionales. Delitos políticos. Asilo diplomático. Extraterritorialidad. Derecho diplomático y consular.

ABSTRACT. Recent events show that extradition, political offense and the so called diplomatic or extraterritorial asylum present a series of challenges to the theories of International Law, and that the related questions take us to the junction of internal legislation, international treaties and political considerations that collide with the established legal norms.

Therefore the article begins with the history of extradition and its evolution, basically through treaties as a mean of state intercourse. Afterwards the political offense exception is treated together with the judicial architecture built around the concept and its limitations. The consequences of this exception are analyzed, and also the alternatives to extradition, basically the two most important that are the abduction and the so called extraordinary rendition. Finally the political or extraterritorial asylum is studied, and its consequences as a humanitarian exception against the host State sovereignty, within the framework of diplomatic immunities.

KEYWORDS: International law. Extradition. International treaties. Political offence. Diplomatic asylum. Extraterritoriality. Diplomatic and consular law.

1.

INTRODUCCIÓN: EL CASO ASSANGE

La página *Wikileaks* publicó en el año 2010 más de cuatrocientos mil documentos referidos a la guerra de Irak considerados confidenciales por el Gobierno de los Estados Unidos, con alegaciones, entre otras, de que este país había ignorado sistemáticamente reportes de torturas cometidas por las autoridades iraquíes.

La publicación y la promesa de que en meses se liberaría otra serie de documentos dieron fama al autor del sitio: Julian Assange. Sin embargo, pocos meses después este se enteró de que era requerido por las autoridades suecas bajo cargos de asalto sexual a dos voluntarias que trabajaban en su organización. Assange huyó a Londres, donde fue arrestado por la policía. Suecia envió un pedido de extradición, que fue reconocido por las autoridades del Reino Unido.¹ El requerido protestó, por entender que la extradición estaba motivada políticamente y en definitiva podía llevarlo a que de Suecia fuera extraditado a los Estados Unidos, ya que la fuga de información le había ganado la enemistad de ese gobierno.

En la actualidad Assange ha pedido asilo en la Embajada de Ecuador, el cual le fue concedido, pese a las protestas del Gobierno británico, que insinuó la posible entrada por la fuerza en las instalaciones diplomáticas del país sudamericano, de acuerdo a la legislación británica.² Aquí pues están los tres elementos a ser analizados: la *extradición*, el *delito político como excepción* a esta y el llamado *asilo diplomático*.

¹ Suecia requiere la extradición de Assange bajo el llamado European Arrest Warrant, un sistema de extradición multilateral que cubre a todos los miembros de la Unión Europea. Véase *Council Framework Decision 2002/584/JHA 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures Between Member States* [2002] O.J. (L 190) 1. Para la operación e implementación de este véase ALEGRE, Susie, y LEAF, Marisa, "Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study. The European Arrest Warrant", 10 *European Law Journal* 200 (2004).

² *U. K. Diplomatic and Consular Premises Act*, 1987.

2.

HISTORIA DE LA EXTRADICIÓN

La institución y la práctica internacionales de la extradición, por la cual un Estado entrega formalmente a un sospechoso o condenado a otro Estado, el cual tiene jurisdicción sobre ese individuo, posee una larga historia.

El primer ejemplo de extradición convencional es el tratado firmado entre Ramsés II y Hattusili III en el 1258 a. C., que establecía la entrega de las personas requeridas por delitos, en el cual se vislumbra ya un germen de la protección a los derechos humanos.³

En Grecia y Roma los pedidos de extradición se enfrentaron con el obstáculo del derecho de asilo, que era considerado sagrado. El ingreso en templos como el de Delfos o el de Artemisa, y aun la cercanía del sospechoso a la estatua de un emperador, era suficiente para considerarlo asilado. En el derecho romano aparece también la noción de la *noxae deditio*, la entrega por culpa, a través de la cual el padre o el amo de un criminal podía ser responsable por las acciones de este si no lo entregaba a la justicia.⁴ Esta teoría de la culpabilidad en razón de la autoridad que la persona ejercía se trasladó o se extendió al Estado, que si albergaba a un criminal podía ser considerado responsable de sus acciones, a través de las nociones de *atribución y diligencia debida*.

La idea también se plasmaría en un principio que aparece hoy en muchos tratados de derecho internacional penal: el llamado *aut dedere aut punire*, es decir, o bien se castiga al sospechoso o condenado, o bien se lo entrega. Esto incentivó la entrega del delincuente al Estado o, en el Imperio Romano, a la provincia que lo requiriera. La herencia de Roma y su derecho puede hallarse en casos actuales, como la jurisprudencia sudafricana en casos de

³ Este tratado intentaba resolver un prolongado conflicto entre los reinos de Egipto y los hititas. Durante el siglo XII a. C. ambos imperios habían estado en guerra en forma intermitente; cansados ambos de estas guerras, Ramsés y Hattusili acordaron este tratado de paz y de asistencia mutua en caso de agresión de terceros. El tratado, copia del cual fue hallada en las paredes del templo de Amón, también trataba de materias criminales y sobre los fugitivos que huían de un imperio a otro. Disponía que estos no serían recibidos en el otro Estado, sino que debían ser entregados a las autoridades competentes del que habían huido, y también establecía derechos frente a los países requirentes para estos fugitivos. El tratado mencionaba que, con referencia a los sujetos extraditados, "no se les arrancarían los ojos ni la lengua, ni se les cortarían las orejas o los pies, y que sus casas, sus esposas e hijos no serían destruidos". Asimismo establecía serias sanciones para aquella parte que no cumpliera los términos del tratado. Una de sus cláusulas decía: "Si Ramsés y los hijos de la tierra de Egipto no cumplen el tratado, los dioses y las diosas del país de Egipto y los dioses y diosas del país de Hatti exterminarán a los descendientes de Ramsés". Véase BREASTED, James H., *A History of Egypt from the earliest times to the Persian conquest*, 1916; SHEARER, Ivan Anthony, *Extradition in International Law*, Manchester University Press, Oceana Publications, 1971.

⁴ JOHNSTON, David, "Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition", 70 *Chicago-Kent Law Review*, 1515, 1527-33 (1995).

abducción, que toma los principios de aquel tiempo.⁵ La noción de la *santidad del asilo* sería reflotada más adelante por la Iglesia católica y codificada en las *Decretales* de GRACIANO.⁶

Lo interesante es que en la antigüedad la práctica de la extradición estaba enfocada primariamente en los hoy llamados *delitos políticos* y no en los comunes. Fomentar una rebelión, violar los derechos de los embajadores o legados, iniciar una guerra, cometer actos de traición, eran ejemplos de delitos extraditables.

Los estados utilizaban la extradición para obtener control jurisdiccional sobre los delincuentes de carácter político, y esto fue común hasta el siglo XVIII. Se puede citar como ejemplo el tratado entre Carlos II de Inglaterra y el Reino de Dinamarca para la extradición de los llamados *regicidas*, que habían ordenado la ejecución de Carlos I Estuardo.⁷ Otros ejemplos son los tratados entre Austria, Rusia y Prusia de 1834, que consideraban los casos de *lesé majesté*, rebelión y traición, y los tratados entre Francia y Estados Unidos de 1788,

⁵ *State vs. Ebrahim*, Supreme Court of South Africa (Appellate Division), 26 de febrero de 1991. En este caso, citando al Derecho Romano y de acuerdo con el Digesto 2.1.20 y el Edicto de Pablo en su Libro 1, establece: “El que administra justicia fuera de los límites de su territorio puede ser desobedecido con impunidad”.

El Digesto 1.18.2, asimismo, dispone en el Libro 13 de Paulo Sabino: “El Gobernador de una provincia tiene autoridad solo sobre las personas de esa provincia, y solo mientras él esté en la misma provincia. Desde el momento en que la abandona es un ciudadano privado. Sin embargo, a veces tiene poder aun en relación a no residentes. Porque está establecido en las órdenes imperiales de nombramiento que quien está a cargo de las provincias tiene el deber de limpiarlas de hombres malvados, y no hay que hacer distinción sobre su origen”. WATSON, Alan, *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, 1985, vol. 1, pp. 42, 34-35.

Esta limitación de los poderes legales de los gobernadores de las provincias romanas era entendible debido a la gran cantidad de provincias contenidas en el Imperio en los tiempos clásicos, con sus diversidades étnicas y culturales y los diferentes sistemas legales que la pragmática Roma permitía que existiesen en sus dilatados territorios, los cuales, si bien conquistados, no eran siempre asimilados.

Hasta tiempos tardíos en la historia del Imperio, ciertas provincias eran controladas por el Senado y otras por el propio emperador. En consecuencia, la intervención de una provincia en los asuntos de otra era una fuente potencial de conflictos. De allí que, en orden a mantener buenas relaciones, se fue desarrollando una práctica entre los gobernadores de las provincias relativa al arresto y la extradición de los delincuentes. Esto aparece en el Digesto 48.3.7 Macer, *Deberes del gobernador*, Libro I: “Es costumbre para los gobernadores de las provincias donde una ofensa se ha cometido escribir a los colegas de la provincia donde los perpetradores se hallan, requiriendo que sean devueltos junto a los que los juzgarán. Esto también se halla en una serie de rescriptos imperiales”.

Esto cobra mayor fuerza legal en los decretos llamados *Novellae Constitutiones* del emperador Justiniano (Nov. 134 c 5). En su capítulo V se refiere a las personas que son culpables de crímenes y que serán requeridas a través de edictos. “Cuando alguno de los criminales que han sido mencionados se esconde, o deja la provincia en la cual ha cometido el delito, ordenaremos al juez que lo llame al tribunal a través de edictos legales, y si no obedece, el juez procederá en la manera establecida en las leyes. Si se establece que la parte culpable vive en otra provincia, se ordena al juez o magistrado del lugar donde la ofensa se cometió que notifique al juez de la provincia donde el delincuente reside, a través de una carta, para arrestarlo bajo su propia responsabilidad y la de la corte, y que sea enviado el acusado. Cuando el juez que recibe esta carta no procede de acuerdo a lo establecido y la corte no entrega al criminal, o no ejecuta las órdenes enviadas, decretamos que ese magistrado deberá pagar una multa de tres libras en oro, y la corte un monto similar. Si inducido por un afán de ganancia el juez o un oficial de la corte no lo arresta o arrestado no lo entrega, será después juzgado, destituido y enviado al exilio.”

De allí que fuese inconcebible que las autoridades romanas reconocieran una sentencia si ella era el resultado de una abducción de un criminal de una provincia a otra, con o sin cooperación de las autoridades de esa otra provincia. Esto no solo sería aprobar una conducta ilegal, sino que también perjudicaba la paz interna entre las provincias del Imperio.

⁶ El decreto de Graciano resumía un canon del Concilio de Orange, de 441 d. C., diciendo: “No se ha de entregar a aquellos que se refugian en una iglesia, sino que han de ser protegidos, por reverencia al lugar sagrado”. Las condiciones de extracción quedaban reservadas a jueces canónicos y generaron una rica casuística.

⁷ MOORE, John Basset, *A Treatise on Extradition and Interstate Rendition*, 10 (1891) Clarke, p. 20.

para considerar la extradición de marinos y militares desertores. Esta práctica era considerada un gesto de amistad entre soberanos y un modo de mantener el *statu quo* entre las casas reinantes.

Sin embargo, con el tiempo cambiaron el ámbito y el alcance del derecho de la extradición: se ampliaron los delitos y aumentaron los tratados. La concepción moderna de la extradición se inició en el siglo XIX. Así como antes los tratados se habían enfocado en categorías muy específicas de criminales —enemigos políticos, líderes de rebelión, desertores—, en ese siglo ampliaron la lista de crímenes. Uno de los primeros ejemplos es el Tratado de Amiens, entre Francia e Inglaterra, de 1802, que establecía ya la extradición de individuos acusados de “asesinato, falsificación y quiebra fraudulenta”.⁸

La nueva concepción de la extradición dispuso también requisitos de forma para que esta procediera y la reciprocidad en las obligaciones de ambas partes. El Estado requirente debía demostrar los hechos y fundamentos de la extradición y justificarlos con base en las disposiciones del tratado. En consecuencia, se establecieron listas de crímenes extraditables y no extraditables. Esto significaba que la extradición se *legalizaba*, con el agregado de la intervención de los poderes judiciales de los estados, que decidirían al respecto.

El caso de *Nathan Robbins* ilustra claramente el rol del Poder Judicial y el Ejecutivo en los procedimientos de extradición.⁹

Tras la Revolución Francesa en 1789, Gran Bretaña le declaró una guerra a Francia que duraría, con intermitencias, casi veinticinco años. Las operaciones navales de esta guerra se concentraron en las llamadas Indias Occidentales Británicas. En este teatro de operaciones actuaba la fragata de la Marina Real *HMS Hermione*. Su comandante, el capitán Pigot, era conocido por su crueldad extrema en la disciplina del buque, lo que provocó un amotinamiento en el que Pigot y nueve oficiales fueron asesinados. La tripulación de la *Hermione* se dispersó tras el motín para evitar el castigo.

Uno de sus miembros, Thomas Nash, fue capturado en 1799 en Charleston, Carolina del Sur, si bien su nombre entonces era Jonathan Robbins. Gran Bretaña solicitó la extradición de Robbins para castigarlo por el motín, pero la opinión pública norteamericana, contraria de por sí a Gran Bretaña, descubrió además que Robbins era un ciudadano americano que había sido obligado a prestar servicio por la fuerza en la *Hermione*, probablemente por-

⁸ GRAINGER, JOHN D., *The Amiens Truce: Britain and Bonaparte 1801-1803*, pp. 78 ss.

⁹ El caso de Jonathan Robbins está explicado en profundidad, en el contexto de las hostilidades no solo entre Inglaterra y Francia, sino entre Inglaterra y Estados Unidos, en WEDGWOOD, RUTH, “The Revolutionary Martyrdom of Jonathan Robbins”, *100 Yale Law Journal*, p. 229 (1990).

que Gran Bretaña no reconocía la ciudadanía americana o porque él ya antes había servido en la Marina Real.

El juez federal de Carolina del Sur examinó el Tratado *Jay-Madison*, de 1794, y los hechos, y concluyó que Robbins debía ser extraditado. Tras la decisión de la Corte, Robbins fue entregado a la Marina Real y llevado a Jamaica, donde los tribunales del Almirantazgo lo juzgaron y lo sentenciaron a morir en la horca.

Este caso tuvo una amplia repercusión en los Estados Unidos e influyó en la campaña presidencial que en 1800 perdió John Adams, de quien se sospechaba había ordenado al juez que entregase a Robbins a los ingleses. Tuvo además otra consecuencia, que fue la sanción de una ley que constreñía la intervención del Poder Ejecutivo y reforzaba la naturaleza judicial del procedimiento de extradición.¹⁰ La obra de Cesare BECCARIA *Dei delitti e delle pene*¹¹ provocó también una expansión de los tratados de extradición.

Los trazos de la institución de la extradición ya para este tiempo estaban claros: se rige por un tratado, la petición se hace al Poder Ejecutivo para la entrega del supuesto criminal, el pedido debe ir acompañado de los presupuestos legales y fácticos. Si el Ejecutivo entiende que el requerimiento encaja en las disposiciones del tratado, el Poder Judicial pasará a examinar si el individuo es extraditable. Si el juez encuentra que los elementos son suficientes, lo envía al Ejecutivo, que es la última autoridad para decidir y efectuar la extradición. Aquí puede aparecer el elemento de discrecionalidad.

Uno de los fenómenos más interesantes en la historia de esta institución es cómo comenzó siendo un fenómeno político que excluía a los delitos comunes y terminó siendo al revés.¹² Esto se debió a dos revoluciones: una ideológica y la otra material.

En primer lugar, la Revolución Francesa y su Constitución de 1793, que abrazó ciertos valores contra los regímenes despóticos prometiendo asilo a todos aquellos que escaparan “por la causa de la libertad”. Esto provocó que los demás Estados también dieran asilo a los exiliados de Terror, y así la excepción de delito político tomó cuerpo, si bien los regímenes autoritarios como Austria y Prusia lucharon para evitar la expansión del concepto de delito político y de la concesión del asilo.

La otra revolución fue la Revolución Industrial, que acortó las distancias, aumentó el comercio y las transacciones, y provocó que, ante la multiplicidad de delitos, los Estados

¹⁰ Este caso llevó a que se redactara el primer Estatuto legal de Estados Unidos sobre la Extradición para constreñir la acción del Ejecutivo y reforzar la naturaleza judicial en este tipo de juicios. Véase el caso *Mackin*, 668 F.2d 122 (2nd Circuit, 1981).

¹¹ BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, 1764, pp. 193-194.

¹² NUSSBAUM, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, p. 214 (1954); OPPENHEIM, Lassa, *International Law*, pp. 696, 704 (8.^a ed., 1955).

decidieran entregarse recíprocamente a los delincuentes, quienes a consecuencia de los avances tecnológicos y de las comunicaciones podían trasladarse fácilmente de una jurisdicción a otra.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, el desarrollo de las consideraciones basadas en los derechos humanos con relación a la extradición. Hasta tiempos recientes se entendía que el Estado receptor del pedido no podía analizar el sistema judicial del Estado requirente. Como dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Glucksman vs Henkel* (221 U.S. 508-512), de 1912: “El tratado de extradición supone una presunción de que el juicio en el Estado requirente será justo”.¹³

Esto se fue modificando de a poco y, así como lentamente fue abriéndose paso la idea de que los individuos tienen en el orden internacional ciertos derechos separados y distintos de los Estados donde viven o a donde pertenecen, también los Estados y los tribunales fueron entendiendo que la extradición no debía tener en cuenta solamente los intereses de los Estados.

En 1960, en una decisión de gran importancia, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito entendió que frente a la extradición podían darse situaciones en que el acusado pudiera estar sometido a un procedimiento de castigo tan contrario al sentido de decencia de aquel tribunal que se requiriera un examen del Poder Judicial de ese Estado.¹⁴

La guerra al terrorismo, paradójicamente, ha puesto énfasis en esto, pero con respecto al propio sistema judicial estadounidense, al solicitar Estados Unidos la extradición de sospechosos de actividades terroristas para que sean juzgados por tribunales militares. Así, algunos Estados han establecido como requisito de extradición en estos casos que Estados Unidos no aplique la pena de muerte.¹⁵

¹³ *Glucksman vs. Henkel*, 221 U.S. 508, 512 (1911).

¹⁴ *Gallina vs. Fraser*, 278 F. 2d 77, 78 (2nd Circuit, 1960). En el caso de la extradición de Burt (737 F. 2d 1477, 1487 (7th Circuit, 1984), se establece que la excepción a la llamada regla del *non inquiry* puede ser aplicable a procedimientos o castigos particularmente odiosos empleados en las jurisdicciones foráneas. Asimismo, en el caso *Prushinowski vs. Samples*, 734 F. 2d 1016, 1019 (4th Circuit, 1984), se estableció que la Corte “no extraditaría a un acusado si las prisiones del país extranjero requirente regularmente abrían el día con cien latigazos en las espaldas del prisionero que negara a Dios o conducía otros procedimientos similares”. De tenor similar son los siguientes casos: *Mainero vs. Gregg*, 164 F. 3d 1199, 1210 (9th Circuit, 1999), y *United States vs. Kin-Hong*, 110 F. 3d 103, 110-11 (1st Circuit, 1997).

¹⁵ Las mismas bases del sistema de los Estados Unidos de procesar a los sospechosos de terrorismo a través del sistema de comisiones o tribunales militares han sido criticadas por no ajustarse a los modernos estándares jurídicos, e inclusive algunos han sugerido que en estos casos no debería concederse la extradición. Así CLARKE, Alan, “Terrorism, Extradition, and the Death Penalty”, 29 *WM Mitchell Law Review*, 783, 784-808 (2003); FINSTEN, James, “Extradition or Execution, Policy Constraints in the United States’ War on Terror”, *S. California Law Review*, 835 (2004); NADELMANN, Ethan A., “The Evolution of United States Involvement in the International Rendition of Fugitive Criminals”, 25 *New York University Journal of International Law and Politics*, 813, 882-84 (1993); PIERCE, Gareth, “America’s Non-Compliance: Gareth Peirce Presents the Case Against Extradition”, *London Review of Books*, 13.5.2010: 18, 19-22.

En definitiva, la extradición se fue transformando de un procedimiento informal en uno legal, centrado en el castigo de los delincuentes, la importancia de las buenas relaciones entre los Estados y la importancia relativa de los derechos individuales.

3.

ESTRUCTURA DE LOS TRATADOS DE EXTRADICIÓN

Los tratados de extradición pueden ser analizados como un fenómeno del derecho internacional, producto de un intercambio racional entre Estados que tienen interés en la prevención y el castigo de delitos, y para lograr estos objetivos como mecanismos de auxilio judicial internacional.

Debe destacarse que el instrumento preferido para la extradición fue el tratado bilateral y no el multilateral, pero en la actualidad hay algunos de este último tipo, como el tratado de extradición entre la Unión Europea y Estados Unidos, del 2003, y entre los propios Estados de la Unión Europea.¹⁶

Es más predecible o cómodo hacer estos tratados en forma bilateral que multilateral, ya que los tratados multilaterales son de negociación prolongada, tienen reservas y además siempre está el peligro de que un grupo de Estados pueda boicotear las negociaciones o el régimen mismo del tratado. Además, los intereses que se negocian o que forman el objeto del tratado son particulares, no generales o comunes.

Sin embargo, no siempre un tratado bilateral genera efectos solo entre los dos Estados firmantes; a veces afecta a un tercer Estado, sobre todo si el nacional extraditado es de ese tercer Estado. Es este el caso de Víctor Bout, el traficante de armas ruso extraditado por Tailandia a Estados Unidos, lo que generó protestas de Rusia, que intervino para proteger sus derechos como ciudadano de ese país.¹⁷

Este instrumento de cooperación, sin embargo, en su forma de tratados, puede presentar ciertas excepciones causadas por intereses, lo que provoca la aparición de un elemento

¹⁶ Si bien es un acto de una organización, la Unión Europea no es considerada un Estado en los términos tradicionales del derecho internacional; sus actos se aplican a un determinado número de Estados y son así acuerdos de carácter multilateral. HARTLEY, Trevor C., "International Law and the Law of the European Union. A Reassessment", 72 *British Yearbook of International Law*, 1, 1-2 (2001); ORAKHELASHVILI, Alexander, "The Idea of European International Law", 17 *European Journal of International Law*, 315, 345 (2006); SCHLLING, Theodor, "The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations", 37 *Harvard International Law Journal*, 389, 389 (1996).

¹⁷ FULLER, Thomas, "Arms Suspect Vows to Win Case in U.S. after Extradition Order", *The New York Times*, 20.8.2010, <<http://tinyurl.com/3785rnt>>.

de flexibilidad y de discreción. Surgen entonces las excepciones de no extradición del nacional, de delito político, y la excepción a la llamada regla del *non inquiry*.

Otra cuestión a analizar es por qué los Estados utilizan los mecanismos de los tratados de extradición y no otros mecanismos más informales. Una de las razones para la escuela o el enfoque institucionalista es que el Estado es la unidad de interés foco del derecho internacional, y entra en contacto con otras unidades a través de los tratados.

Esto es ventajoso para ambos; su cumplimiento es posible y puede demandarse el incumplimiento. El problema es que en el derecho internacional no aparece con claridad una instancia jurisdiccional que siempre interprete los acuerdos y determine el incumplimiento.

No debe olvidarse que una de las características principales del derecho internacional público es su escaso nivel de coacción. Sin embargo, la sanción, en este como en otros casos, significa una pérdida de credibilidad y de reputación. La reputación se basa en el cumplimiento y en la promesa de cumplimiento futuro.

Así, si bien algunos entienden que solo los intereses menores de los Estados se plasman en tratados, otros entienden que lo hacen los más importantes, y la realidad demuestra que para los Estados más poderosos este mecanismo es útil. Los Estados Unidos, por ejemplo, aumentaron considerablemente el número de tratados de extradición desde el 2001.

El tratado es pues un medio de comunicarse entre Estados y de establecer expectativas conjuntas. La decisión de entrar en el régimen o la economía de un tratado con su proceso de aprobación y ratificación da a las claras la señal de la seriedad del Estado en cumplirlo.¹⁸

¹⁸ Acuerdo de Extradición entre La Unión Europea y los Estados Unidos de América, 25.6.2003, TIAS n.º 10-201, 2003 O. J. (L 181) 27; Acuerdo de Asistencia Legal Mutua entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, TIAS n.º 10-201.1, 25.6.2003, 2003 O. J. (L 181) 34; Decisión Marco del Consejo de Europa, 13.6.2002, sobre la Orden Europea de Arresto y los Procedimientos de Entrega entre Estados Miembros, 2002 O. J. (L 190) 1; Convención Interamericana de Extradición, 25.2.1981, 1752 UNTS, 191; OASTS n.º 60; Convención de Extradición de Benelux, 27.6.1962, 616 UNTS, 8893; Acuerdo de Extradición de la Liga Árabe, 14.9.1952, 1952 BFSP 159 (606, *League of Arab States Treaty Series* 27-32).

4.

ELEMENTOS SUSTANCIALES DE LOS TRATADOS DE EXTRADICIÓN

Hay tres aspectos de la extradición que generan interés frente al cumplimiento de las obligaciones:

- la no extradición del nacional;
- el examen de los regímenes jurídicos o judiciales del Estado extranjero;
- la exclusión de los delitos políticos en los tratados de extradición.

4.1. LA NO EXTRADICIÓN DEL NACIONAL

La mayoría de los tratados prevén como excepción la no extradición del nacional. Aquí entran en conflicto dos principios: por un lado, la obligación de extraditar al delincuente; por otro, la protección del nacional frente a los sistemas judiciales de otros Estados.

Un ejemplo son los tratados de extradición que firman los Estados Unidos, por los cuales sus ciudadanos estarán eximidos de la jurisdicción de la Corte Criminal Internacional, condición obtenida en muchos casos bajo la presión de quitar ayuda económica.¹⁹ En definitiva, al evaluar las ventajas y riesgos, el Estado concluye que la protección de sus ciudadanos es más importante que el cumplimiento de esta obligación.

No todos los tratados, sin embargo, establecen esta obligación. Ella no existe, por ejemplo, en aquellos firmados por Estados Unidos con Israel en 1962, con Inglaterra en 2003, con Italia en 1983 y con Uruguay en 1973.²⁰

Inglaterra modificó esto frente a un caso de fraude en el entonces llamado Nat West Bank, que permitió que a través de una ley el Home Office —es decir, el secretario del Interior— vetara la extradición de ciudadanos británicos.²¹

¹⁹ Los Estados Unidos amenazaron con cortar la ayuda económica a cualquier país que no concluyera un acuerdo bilateral que sustrajera a los ciudadanos americanos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Véase TELCHT, Allisha D., “The International Criminal Court: Is the United States Overlooking an Easier Way to Hold Saddam Hussein and Osama Bin Laden Accountable for their Actions?”, 38 *New England Law Review* 451, 451–454.

²⁰ Tratado de Extradición entre Estados Unidos e Israel, 10.12.1962, 14 UST 1707; Enmienda en 18 UST 382, 11.4.1967; Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, artículo III, 31.3.2003, 28 UST 227, entra en vigor el 26.4.2007; Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América e Italia, artículo IV, 13.10.1983, TIAS 10837; Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América y Uruguay, artículo IV, 6.4.1973, 35 UST 3206.

²¹ COWELL, Alan, “A U.K. Court Approves Extradition of 3 Bankers”, *The New York Times*, 16.10.2004, “Finance”, 13; “U.K. Extradites Three Bankers”, *The Wall Street Journal*, 11.7.2006, C3. ALLEN, Katie, “NatWest Threec: Media Campaign: ‘It Was About the US Extradition Treaty, Not Them’”, *The Guardian*, 22.2.2008, “Financial Pages”, 28.

4.2. LA REGLA DEL NON INQUIRY

Uno de los temas más debatidos en lo referente a la extradición es si los Estados pueden rechazar el pedido del país requirente cuando la persona a ser extraditada puede sufrir en ese país un tratamiento injusto o inhumano. Pocas instancias demuestran de tal manera el conflicto entre los derechos de los individuos y de los Estados en el derecho internacional.

Por un lado, los tratados de extradición establecen que el Estado está obligado a entregar a los individuos de acuerdo a sus disposiciones. Pero, por el otro, el Estado requirente puede tener un sistema judicial corrupto o estar motivado solo por la venganza, como el ejemplo visto de Carlos II frente a los regicidas. En estos casos las posibilidades de un juicio justo son más limitadas, y los grupos o activistas de derechos humanos o la opinión pública en general pretenden impedir la extradición a estos países.

Esto no solo se da, como podría pensarse, frente a países de África o regímenes autoritarios en general, sino también frente a los Estados Unidos, que puede establecer la pena de muerte o penas de prisión altísimas.

Uno de los casos más famosos respecto a la negativa de extraditar a los Estados Unidos en consideración de su sistema judicial fue *Soering*. El caso *Soering vs Reino Unido* se planteó ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Cuando el Foreign Office autorizó la extradición de Soering, este apeló a la Comisión Europea de Derechos Humanos, invocando que la llamada *fila de la muerte* era un tratamiento inhumano y degradante, en violación a la Convención Europea de los Derechos Humanos.

La Corte Europea estuvo de acuerdo y estableció que la extradición violaba la Convención Europea, ya que ponía al individuo en riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos y degradantes.²²

²² El caso más renombrado de la negativa a extraditar a los Estados Unidos con base en las condiciones del sistema judicial o de justicia norteamericano es *Soering v. United Kingdom*, 11 European Court of Human Rights (serie A, 439, 1989). Después de que el ministro de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña ordenó la extradición de Soering, este se presentó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos argumentando que la llamada *fila de la muerte* era un tratamiento inhumano o degradante, en violación a la Convención Europea de Derechos Humanos. Con posterioridad la Corte Europea estableció que la extradición de Soering violaría ese instrumento legal, ya que una extradición viola la Convención “*where substantial grounds have been shown for believing that the [individual], if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment in the requesting country*” (ibídem, 468). El tribunal estableció que el estrés y el deterioro psicológico, junto con el peligro de abuso homosexual y ataques físicos que sufren los prisioneros en la llamada *fila de la muerte*, era un tratamiento inhumano o degradante (ibídem, 460). El caso demuestra que el rol limitado del Poder Judicial se ha evaporado con el conocimiento mayor de los demás sistemas legales y a medida que lentamente las normas de derechos humanos se van consolidando. Para otros casos similares véase WIELAARD, Robert, “Rights Court Halts Extradition of Four Terror Suspects to US”, *Boston Globe*, 9.7.2010, 5. En el llamado caso de *Abu Hamza*, sin embargo, la Corte Europea autorizó la extradición a los Estados Unidos el 10 de abril de 2012 <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110267>>.

En definitiva, algunos países analizan el sistema judicial del país requirente y otros no, ya que puede entenderse que es una injerencia en los asuntos internos del otro Estado.

Los países escandinavos, por su parte, establecen que los tratados de extradición tienen excepciones de no extraditar basadas en motivos humanitarios; así el tratado entre Suecia y los Estados Unidos, de 1961, y el tratado de extradición con Irlanda, de 1983.²³

4.3. LA EXCLUSIÓN DE LOS DELITOS POLÍTICOS

Una vez discutidas las dos reglas anteriores, hay un aspecto final en la sustancia de estos tratados que es la llamada *excepción de ofensa o delito político*, que en la práctica equivale a que algunos delitos serán extraditables y otros no. Esto es fundamental y va a la esencia de lo que los Estados negocian cuando hacen un tratado sobre esta materia.

Como ya se dijo, la extradición sufrió un cambio notable en los siglos XVIII y XIX, cuando pasó de ser un hecho político que ignoraba los delitos comunes a ser un hecho criminal que ignoraba o eximía los delitos políticos. En este sentido se plantearon varias preguntas:

- ¿Qué es un delito político y qué es un delito común?
- ¿Debe la excepción estar presente en el tratado para ser operacional?
- ¿Qué tan explícitas o específicas deben ser las excepciones contenidas en el tratado en orden a que el Estado deniegue la extradición?

En la antigüedad, ya el tratado entre Egipto y los hititas establecía la entrega de los delincuentes políticos. En Roma existía el llamado *crimen majestatis*, que se castigaba con la muerte o el destierro, y aun los ascendientes o descendientes podían ser castigados a través del *noxae deditio* o entrega por culpa. En la Edad Media la quintaesencia del delito político era la traición, que fue sancionada por HOBBS y GROCIO, autores para los cuales no existía un derecho a la revolución.²⁴

²³ Véase Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América y Suecia, artículo 5. 6, 24.10.1961, 14 UST 1845; Tratado de Extradición entre los Estados Unidos e Irlanda, artículo IV, § c, 13.7.1983, TIAS 10813. Véase el caso *Hu Yau-Leung v. Soscia*, 649 F. 2d 914, 920 (2nd Circuit, 1981).

²⁴ GROTIUS, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), trad. de F. W. Kelsey, Oxford: Clarendon Press, 1925, libro III, vol. 2, cap. 21, sec. 5(5); HOBBS, Thomas, *Leviathan* 233, 236.

Fue durante la Revolución Francesa que apareció la noción de delito político y fue Bélgica el primer Estado que estableció internamente la no extradición del delincuente político, al firmar un tratado con Francia en 1834.

También fue Bélgica el primero en considerar que no es político el delito consistente en atentar contra la vida del jefe de Estado o de su familia. Esta es la llamada *cláusula belga del atentado*, introducida en una ley de 1856 con motivo de un complot frustrado contra la vida de Napoleón III.

5.

CLASES DE DELITOS POLÍTICOS

El delito político puede ser considerado puro o relativo.

La ofensa o delito político puro es un acto dirigido contra el orden político del Estado, como puede ser la sedición, la rebelión o el espionaje. Es un ataque a los derechos del Estado. En cambio, es relativo cuando en el acto aparece un crimen o delito común vinculado al acto político.²⁵ El mismo acto dirigido contra el orden político afecta derechos individuales; por ejemplo, el secuestro de un avión o un robo con fines políticos.

El tema del delito político relativo y sus intentos de definición se han constituido como un desafío para el derecho internacional. En consecuencia, han aparecido numerosos sistemas, de los cuales aquí se analizarán solo tres, para tratar de resolver el problema de la definición y de la interpretación.

El primero es el enfoque anglosajón, que adopta la definición del juez J. Stephen en el caso *Castioni*, la cual estableció que el delito político es un crimen incidental y que forma parte de un disturbio político.

En este caso de 1891 los hechos se referían a un levantamiento local en Suiza porque el Gobierno se oponía a revisar la Constitución. En consecuencia, un grupo armado entró en el Palacio de Gobierno e instauró un gobierno provisional. Esta asonada fue controlada poco después por tropas federales suizas. Durante el ataque, Castioni mató a un funcionario gubernamental. Acusado de asesinato, huyó a Inglaterra, donde fue apresado por el Gobierno inglés a petición de Suiza, para ser extraditado.

²⁵ DEERE, LORA L., "Political Offences in the Law and Practice of Extradition", 27 *American Journal of International Law*, 248, Supp. 1933.

En el pedido de hábeas corpus la corte inglesa estableció que el tiroteo y la muerte del funcionario Rossi había sido incidental a los disturbios y no era un crimen común. En consecuencia, se trataba de un delito político de acuerdo a la British Extradition Act de 1870.²⁶

En el caso *Meunier*, de 1894, a raíz de atentados anarquistas, se dispuso que para que exista delito político debe haber dos o más facciones luchando por el poder dentro del Estado e intentando imponer su voluntad. El llamado *test de Meunier* es, sin embargo, estrecho para defender al individuo o a un grupo que actúa independientemente de un partido o movimiento que busca derrocar al Gobierno.²⁷

El tercer caso que discute el tema del delito político relativo es *Regina vs. Governor of Brixton Prison, Ex Parte Kolczynski et Al.* En setiembre de 1954, siete tripulantes de un pesquero polaco en el mar del Norte tomaron el control del buque y lo llevaron a puertos ingleses, donde fueron arrestados y detenidos. El juez entendió que el único objetivo de los tripulantes era escapar del régimen opresivo en su país. El tribunal entendió que la expresión *ofensas de carácter político* debe ser considerada de acuerdo a las circunstancias existentes en el momento, y “en este momento hay regímenes totalitarios y opresivos”.²⁸

El último caso es *Regina vs. Governor of Brixton Prison, Ex Parte Schtraks*, de 1962. En él un matrimonio judío que no podía conseguir trabajo en Israel dejó a sus hijos con los abuelos, que después no los quisieron devolver porque temían que no se les diera una correcta educación religiosa. Schtraks, que era el tío, secuestró a los niños y cuando llegó a Inglaterra fue detenido por sustracción de menores.

Al pedir el hábeas corpus afirmó que los cargos eran realmente de naturaleza política, debido a los conflictos en Israel entre los elementos seculares y religiosos que luchaban por el control del Gobierno. En consecuencia, el conflicto religioso era de carácter político.²⁹

La Corte y la Cámara de los Lores rechazaron el pedido por entender que el acto de Schtraks no tenía un objetivo político ni buscaba lograr un resultado político, sino que sus acciones fueron motivadas por consideraciones meramente privadas.

El segundo enfoque, la llamada *doctrina o posición franco-belga*, es un enfoque objetivo, que determina el carácter por el acto mismo y no por motivos o intenciones.

²⁶ 1 QB 149 (1891).

²⁷ 2 QB 415 (1894).

²⁸ 21 ILR 240, Queen's Bench Division, England, 1954.

²⁹ 33 ILR 319 Divisional Court, Queen's Bench Division, England, 1962.

Como afirma René GARRAUD en su *Précis de droit criminel*:

El delito común en el curso de una insurrección, delito que es considerado común aun en tiempos de guerra, cae bajo la ley penal ordinaria.³⁰

Esta posición aparece en la Ley de Extradición francesa, artículo 5:

Si la extradición se refiere a actos cometidos en el curso de una insurrección o una guerra civil por una u otra parte, en el interés de la causa, la entrega será rechazada salvo que el acto constituya una conducta de naturaleza odiosa o bárbara y que sean actos prohibidos por las leyes de la guerra.

El enfoque suizo, en cambio, parte de un *test* que, paradójicamente, fue expuesto por primera vez por el criminalista francés ORTOLAN de la siguiente manera:

¿Cuál de los dos elementos es el más grave? ¿El político o el común? ¿Cuál de ambos es el mayor peligro para la sociedad y merece el mayor interés en ser reprimido, el político o el común? Si el político es el más conspicuo, el delito es político, si no, no lo es.³¹

Este principio que parece amplio, sin embargo estuvo sujeto a ciertos condicionamientos que se dieron en el caso *Victor Platonovich Vasilief*, del Supremo Tribunal Suizo, en 1908. ¿Cuáles eran estos condicionamientos o requisitos?:

1. La ofensa debe haber sido cometida para la preparación o ejecución de un delito político; por ejemplo, el acto criminal dirigido contra la organización política o social del Estado.
2. El crimen cometido se relaciona directamente con el fin que busca la parte, y esta tiene la carga de la prueba.
3. Los elementos de derecho común predominan sobre los políticos si los medios empleados para llegar al fin son bárbaros o atroces; es el llamado *test de la predominancia o proporcionalidad*.³²

El caso *Kavic, Bjelanovic y Arsenijevic* lo ilustra con claridad. Este era un pedido de Yugoslavia por la extradición de tres ciudadanos de esa nacionalidad, miembros de la tripulación de un avión que desviaron la ruta a Suiza y pidieron asilo. El Tribunal Federal

³⁰ GARRAUD, René, *Précis de Droit Criminel* 88 (1912), citado en FERRARI, "Political Crime", 20 *Columbia Law Review*, 308, 1920.

³¹ ORTOLAN, M., *Elements de Droit Penal* 311 (1875), citado en AFRICA, Bernabe, *Political Offences of Extradition*, 127, n. 1 (1927).

³² Federal Tribunal, Switzerland, 1908.

Suizo afirmó que el desvío era una conducta excusable visto que el fin de obtener la libertad política solo podía conseguirse de ese modo.³³

En definitiva, sin analizar otros criterios que han desarrollado tribunales de otros Estados, puede afirmarse que el delito político contiene en general elementos objetivos y subjetivos, que es un acto ideológicamente motivado y dirigido contra la seguridad del Estado, y que ese elemento político predomina sobre el elemento de la criminalidad común. Esto incluye cualquier acto cometido para evitar la persecución y que sea consecuencia de la participación en la lucha política por la independencia nacional o la libertad política.

Aunque es difícil formular una definición precisa, son correctas las palabras del Vizconde RADCLIFFE:

Si bien parece una ventaja que no haya una definición de esta conducta, estoy preparado para afirmar que el significado de los términos *delito político* representa una idea que es capaz de ser descripta y se necesita una descripción si va a formar parte del aparato de las decisiones judiciales.³⁴

En definitiva, ¿qué elementos son necesarios para que se formule el concepto de delito político?

En primer lugar, el criterio puramente objetivo basado en la naturaleza del acto determina la llamada *ofensa política pura*, y es pura cuando daña los derechos u órganos del Estado.

Además, para ser político el crimen debe tener un motivo político y estar vinculado a un acto político. Es decir, debe haber conexión del delito con el objetivo político.

El componente político del delito debe predominar sobre el elemento de derecho común y los métodos proporcionales.

Por último, el daño debe ser proporcional al resultado obtenido, es decir, los intereses en juego deben ser lo suficientemente importantes para justificar la destrucción de derechos privados, y el homicidio, al ser un crimen de extrema gravedad, solo puede estar justificado si es la *ultima ratio* para asegurar elementos o intereses supremos del Estado.

La búsqueda así de un estándar objetivo ha llevado a la teoría de la autopreservación ideológica o la legítima defensa política, donde un acto entra en el ámbito del delito político si se comete para proteger derechos humanos fundamentales cuya violación por el Estado no puede ser contenida o salvaguardada por medios legales.

³³ 19 ILR 371, Federal Tribunal, Switzerland, 1952.

³⁴ *Regina vs. Governor of Brixton Prison. Ex Parte Schtraks*, 1963, 1 QB 55 199 Lords 1031 D. C.

Debe finalmente agregarse que los delitos políticos no comprenden las categorías de crímenes de guerra, contra la humanidad, terrorismo y secuestro de aeronaves.

Es evidente que va a existir una controversia cuando lo que un Estado considera delito común el otro lo considera delito político. Esto es, en consecuencia, una espada de doble filo, como las otras excepciones: les da cierta libertad a los Estados, pero estos dejan de tener la obligación absoluta de entregar, y se pueden crear serios problemas con las otras partes contratantes.

En 1973 se presentó un pedido de extradición de los Estados Unidos a Francia debido a que un grupo de cinco ciudadanos franceses había secuestrado un avión en un vuelo doméstico y dos de ellos habían escapado de prisión, donde estaban cumpliendo condena por un robo a mano armada y asesinato. Los secuestradores solicitaron un rescate de un millón de dólares por el pasaje, el cual se les entregó, pero luego obligaron al avión a dirigirse a Argelia. Finalmente los individuos fueron identificados y aprehendidos en París. Estados Unidos solicitó la extradición bajo los cargos de piratería aérea, delito establecido e incluido en el tratado de extradición con Francia.³⁵

Los tribunales franceses, sin embargo, rechazaron el pedido, ya que cabía la excepción de delito político porque el verdadero motivo de los secuestradores era escapar de la segregación racial de los Estados Unidos y los cargos en realidad eran de persecución política.

Este caso demuestra con qué amplitud se puede entender la excepción de delito político, de modo que en vez de proteger a opositores del Estado o revolucionarios protege a delincuentes comunes que no han cometido un delito conectado a móviles políticos. Sin embargo, leyendo el caso parecería que el tribunal francés se refirió más a la justicia del sistema judicial estadounidense que a la naturaleza política o no del crimen.

La discrecionalidad en el caso del delito político puede favorecer no solo a las autoridades del país requerido, que evalúan con presiones de la opinión pública, sino al país requirente, que una vez cumplidos los requisitos formales de la petición se lava las manos respecto a cualquier consecuencia, y tiene una cobertura plausible frente al eventual fracaso de un pedido de extradición. La excepción de delito político es o puede ser así una válvula de escape al cumplimiento del tratado.

Este conflicto sobre el ámbito o alcance de la excepción también se observa en la tensión que puede existir entre el Estado en el rol de negociador del tratado —o sea, el Poder Ejecutivo— y el Estado en el rol de aprobación —es decir, el Poder Legislativo—.

³⁵ 240. "The Individual in International Law: Extradition", 1976 *International Law Report Digest*, § 5, 124-125.

Un ejemplo pertinente es el llamado Tratado Suplementario de Extradición entre Estados Unidos y Gran Bretaña, de 1985. Entre 1970 y 1980 los tribunales de Estados Unidos habían rechazado una serie de pedidos de extradición de Gran Bretaña por actos terroristas cometidos por el Ejército Revolucionario Irlandés, ya que entendían que esos actos no eran delitos comunes sino políticos.³⁶

Margaret Thatcher, tras el atentado de Brighton, y el Senado norteamericano, frente a los ataques terroristas en una discoteca de Berlín donde murieron soldados estadounidenses, aceleraron los trámites entre ambas administraciones para firmar ese tratado, en el que directamente se eliminó la excepción de delito político.³⁷

Sin embargo, el Senado norteamericano, fiel a su tradición de hacer reservas y enmiendas a los tratados, adicionó una provisión legal que autorizaba a los tribunales a denegar la extradición si el individuo podía sufrir un juicio injusto o por razones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas. Es decir, el Senado, en contradicción con el Ejecutivo, insertó nuevamente consideraciones políticas en el tratado.³⁸

En definitiva, si bien las obligaciones en los tratados están establecidas, parecería que deben analizarse a la luz de los siempre cambiantes intereses de los Estados, lo cual reduce la legitimidad o el impulso a su cumplimiento.

6. ALTERNATIVAS AL TRATADO DE EXTRADICIÓN

En primer lugar, se puede realizar un acuerdo *ad hoc* para extraditar a un criminal específico. En 1864, sin que existiese tratado entre España y Estados Unidos, este extraditó a un antiguo gobernador general de España en Cuba, acusado de vender africanos como esclavos.³⁹

³⁶ *Quinn vs. Robinson*, 783, 2nd 776 (9th Circuit). En este caso un terrorista integrante del IRA reclamó que su extradición por cargos de asesinato debía ser considerada a la luz de la excepción del delito político, reclamo que fue aceptado por el tribunal.

³⁷ Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, artículo III, 31.3.2003, 28 UST 227, que entró en vigor el 26.4.2007.

³⁸ Supplementary Extradition Treaty With The United Kingdom, U.S.-U.K., 25.6.1985, S. Treaty Doc. n.º 99-8; Extradition Supplementary Treaty Between the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, U.S.-U.K., artículo 3, § a, 23.12.1986, TIAS n.º 12.050. Supplementary Extradition Treaty with the United Kingdom, U.S.-U.K., 4-5, 26.6.1986, S. Exec. Rep. n.º 99-17 (1986).

³⁹ Este ha sido uno de los casos más discutidos en la historia de la extradición de los Estados Unidos, ya que no había un tratado entre ambas partes. FOULKE, Roland, *A Treatise on International Law*, 45, n.º 9 (1920).

También puede un Estado ir a buscar al individuo a otro Estado y llevarlo a la jurisdicción propia. Israel hizo esto en 1960 en Argentina. Fue el caso *Eichmann*, quien fue abducido y llevado a los tribunales de Israel, donde se lo juzgó y condenó a muerte.⁴⁰ Es común que este tipo de prácticas las realice Estados Unidos. Uno de los ejemplos más importantes de los últimos tiempos es el caso *Álvarez Machain*, en el cual, pese a tener un tratado de extradición con México, Estados Unidos prefirió ir a buscarlo y no solicitar ayuda de las autoridades mexicanas.⁴¹

La Corte Suprema de Justicia, con ecos de la doctrina de la cuestión política no judicial, se lavó las manos diciendo que el tratado de extradición no había sido violado porque no contempla los casos de abducción. Este sistema tiene un abolengo jurídico importante en la jurisprudencia americana, basado en la llamada *regla Ker-Frisbie*.⁴² Un enfoque similar fue la captura de Osama Bin Laden, para la cual no se avisó a Pakistán y la orden era que si no ofrecía resistencia se lo tomara con vida.⁴³

Una tercera opción, encabalgada entre los acuerdos *ad hoc* y la abducción, es la llamada *rendición extraordinaria*, práctica que también los Estados Unidos vienen realizando desde el 2001.⁴⁴ Consiste en la abducción forzada de supuestos terroristas en países extranjeros, pero en colaboración informal con los servicios de inteligencia o las autoridades de ese país.⁴⁵ Una vez capturado, el individuo es llevado a un tercer Estado, fuera de las garantías judiciales de la justicia americana. Esto se debe a que en el caso *Toscanino* la jurisprudencia estadounidense estableció que la captura con torturas no era válida para presentarse en la justicia y anulaba el procedimiento.⁴⁶

⁴⁰ District Court of Jerusalem, *Case of Adolf Eichmann*, 12.12.1961, *International Law Reports*, 36, pp. 5-276, § 215.

⁴¹ *United States vs. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655, 664-665 (1992). La decisión de la Corte provocó reacciones tanto en México como en los Estados Unidos y resultó en una prohibición de México para que la DEA operase en su territorio.

⁴² La regla Ker-Frisbie establece que el poder del gobierno de juzgar a un criminal no se ve afectado porque este haya sido llevado ilegalmente desde otro país a la jurisdicción de los Estados Unidos. Su nombre se debe a dos fallos de la Corte Suprema: *Ker vs. Illinois*, 119 U.S. 436, 30 L. Ed. 421, 7 S. Ct. 225 (1886), y *Frisbie vs. Collins*, 342 U.S. 519, 96 L. Ed. 541, 72 S. Ct. 509 (1952). Según estos fallos, el debido proceso estaba limitado a las garantías de un juicio justo sin tener en cuenta el método de obtención de la jurisdicción.

⁴³ LANDLER, Mark, y COOPER, Helene, "New U.S. Account in Bin Laden Raid: He Was Unarmed", *The New York Times*, 4.5.2011, A1.

⁴⁴ BARRUTTI, Rodolfo G., "La rendición incondicional de los principios", *elDial.com - DCD10*, 3.12.2007.

⁴⁵ FISHER, Louis, "Extraordinary Rendition: The Price of Secrecy", 57 *American University Law Review*, 1405, 1416 (2008). WHITLOCK, Craig, "CIA Ruse Is Said To Have Damaged Probe in Milan; Italy Allegedly Mised on Cleric's Abduction", *The Washington Post*, 6.12.2005, A1. BARRY, Colleen, "Judge: Italy Probably Knew of CIA Kidnapping", *Star Ledger*, 2.2.2010, 26; "Secrecy on CIA Cleric Snatch Criticized", *Ansa Media Service*, 1.2.2010, <http://tinyurl.com/6s4d9ff>.

⁴⁶ 500 F.2d 267: *United States of America, Appellee, v. Francisco Toscanino, Appellant*, United States Court of Appeals, 2nd Circuit, 500 F.2d 267. Argued Feb. 13, 1974. Decided May 15, 1974, As Amended on Denial of Rehearing Aug. 21, 1974, Rehearing En Banc Denied Oct. 8, 1974.

Los casos de rendición extraordinaria se realizan en secreto, pero siempre hay evidencias. Así, en el año 2003 se capturó en Italia al clérigo radical islámico Abu Omar cuando se dirigía a la mezquita de Milán, y la CIA lo llevó a Egipto, donde fue interrogado y torturado por supuestas actividades terroristas.

Debe recalcar que sistemas como la abducción o la rendición extraordinaria tienen o pueden tener un alto costo político.

El último elemento a tener en cuenta en los tratados de extradición es el de la discrecionalidad. Si bien los tratados son obligatorios en su cumplimiento —así lo establece la Convención de Viena— y deben ser cumplidos de buena fe, en la realidad hay variaciones en el cumplimiento estricto de las obligaciones.⁴⁷

Esto puede deberse a la determinación o claridad de las normas del tratado, ya que algunos formulan obligaciones muy específicas y claras, mientras que otros establecen normas más vagas o ambiguas.⁴⁸

Esta ambigüedad le da a el Estado mayor flexibilidad en el momento del cumplimiento. En el contexto de la extradición es importante tener en cuenta este elemento de discrecionalidad que los Estados se reservan al extraditar a un nacional o a cualquier individuo. Este grado de discrecionalidad se entiende que mengua si el Ejecutivo delega estas cuestiones en el Judicial y este es realmente independiente.

Un ejemplo pertinente es la llamada Foreign Sovereign Immunities Act, que redujo las fricciones de Estados Unidos sobre la materia de actos de gobiernos extranjeros que tenían inmunidad soberana en los Estados Unidos. Si estos gobiernos eran demandados ante

⁴⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26, 235.1969, 1155 UNTS 331.

⁴⁸ Algunos teóricos en materia contractual han explorado exhaustivamente los beneficios de incluir cláusulas ambiguas o vagas en los contratos, y entienden que convienen si los costos de la negociación anterior son mayores que los de la litigación posterior. Así BERNHEIM, B. Douglas, y WHINSTON, Michael D., "Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity", 88 *American Economic Review*, 902 (1998); CHOI, Albert, y TRIANTIS, George, "Completing Contracts in the Shadow of Costly Verification", 37 *Journal of Legal Studies* 503 (2008); CHOI, Albert, y TRIANTIS, George, "Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions", 11 *Yale Law Journal* 848 (2010); KAPLOW, Louis, "Rules versus Standards: An Economic Analysis", 42 *Duke Law Journal* 557 (1992); POSTNER, Richard A., "The Law and Economics of Contract Interpretation", 83 *Texas Law Review* 1581 (2005); SCOTT, Robert E., y TRIANTIS, George G., "Anticipating Litigation in Contract Design", 115 *Yale Law Journal* 814 (2006); SHAVELL, Steven, "On the Writing and the Interpretation of Contracts", 22 *The Journal of Law, Economics, & Organization* 289 (2006); Kathryn SPIER, "Incomplete Contracts and Signaling", 23 *Rand Journal Economics* 432 (1992); TRIANTIS, George G., "The Efficiency of Vague Contract Terms: A Response To the Schwartz-Scott Theory of U.C.C. Article 2.62", *Louisiana Law Review* 1065 (2002).

Sobre la vaguedad en tratados y contratos en general, BAKER, Tom; HAREL, Alon, y KUGLER, Tamar, "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach", 89 *Iowa Law Review* 443, 479-81 (2004); BEARD, Jack M., "The Shortcomings of Indeterminacy in Arms Control Regimes: The Case of the Biological Weapons Convention", 101 *American Journal of International Law*, 271, 272-273 (2007); BUELL, Samuel W., "The Upside of Overbreadth", 83 *New York University Law Review*, 1491, 1493-96 (2008); ENDICOTT, Timothy, "The Value of Vagueness", en BHATIA et al. (eds.), *Vagueness in Normative Texts* 27, 27-48 (2005).

Por otro lado, si los Estados creen que tratados más específicos no lograrán reducir la incertidumbre del no cumplimiento, tardarán menos tiempo y no más negociando.

los tribunales norteamericanos, la decisión sobre si se trataba o no de actos de Estado y, en consecuencia, si eran o no inmunes a la jurisdicción lo decidía el Ejecutivo.⁴⁹ En cambio, después de esta ley, de 1976, es el Poder Judicial. Esta ley fue promovida por el propio Ejecutivo, y al delegar le quitó presión a la administración diaria, sobre todo si los casos son relevantes.⁵⁰

Sin embargo, en Estados Unidos ya en el siglo XIX el secretario de Estado comenzó a establecer pautas para interpretar tratados, entre ellos los de extradición. En Francia, Suiza y países de América Latina, el Poder Ejecutivo tiene la última palabra sobre la extradición del procesado o condenado. Sería deseable un proceso sin intervención activa del Poder Ejecutivo, para darle mayor claridad al procedimiento.

7.

DERECHO DE ASILO

7.1. LA SOBERANÍA ESTATAL Y EL ASILO EXTRATERRITORIAL

Una vez tratada la cuestión de la extradición y las excepciones, debe tratarse una de las consecuencias relacionadas con muchos pedidos de extradición, que es el llamado *asilo político* o *extraterritorial*.

⁴⁹ La ventaja de la delegación se demuestra entonces con la sanción de la Foreign Sovereign Immunities Act. La doctrina de la inmunidad soberana establece que un Estado es generalmente inmune de juicios civiles o criminales. La regla está basada en la *comitas* y la absoluta independencia de los Estados. Así lo dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos con el voto de MARSHALL en el caso *The Schooner Exchange vs. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 137 (1812): “Based on the perfect equality and absolute independence of sovereigns”.

⁵⁰ “UNITED STATES: FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT, of 1976 October 21, 1976. 90 STAT. 2891. Public Law 94-583. 94th Congress. To define the jurisdiction of United States courts in suits against foreign states, the circumstances in which foreign states are immune from suit and in which execution may not be levied on their property, and for other purposes. Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That this Act may be cited as the ‘Foreign Sovereign Immunities Act of 1976’.

”Sec. 2. (a) That chapter 85 of title 28 United States Code, is amended by inserting immediately before section 1331 the following new section: ‘§ 1330. Actions against foreign states ‘(a) The district courts shall have original Jurisdiction without regard to amount in controversy of any nonjury civil action against a foreign state as defined in section 1603(a) of this title as to any claim for relief in personam with respect to which the foreign state is not entitled to immunity either under sections 1605-1607 of this title or under any applicable international agreement. ‘(b) Personal jurisdiction over a foreign state shall exist as to every claim for relief over which the district courts have Jurisdiction under subsection (a) where service has been made under section 1608 of this title. ‘(c) For purposes of subsection (b), an appearance by a foreign state does not confer personal jurisdiction with respect to any claim for relief not arising out of any transaction or occurrence enumerated in sections 1605-1607 of this title. (b) By inserting in the chapter analysis of that chapter before - ‘1331. Federal question amount in controversy costs.’ the following new item: ‘1330. Action against foreign states’ Sec. 3. That section 1332 of title 28, United States Code, is amended by striking subsections (a) (2) and (3) and substituting in their place the following: ‘(2) citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state ‘(3) citizens of different States and in which citizens or subjects of a foreign state are additional parties- and ‘(4) a foreign state, defined in section 1603(a) of this title, as plaintiff and citizens of a State or of different States.”

La distinción entre asilo territorial y extraterritorial tiene un viejo pedigrí en el derecho internacional. El derecho al *asilo territorial* es el derecho a obtener asilo en un Estado extranjero y se lo ha comparado con el derecho a negar la extradición. En el caso llamado *del Asilo*, la Corte Internacional de Justicia iguala el derecho del Estado a no extraditar extranjeros con el derecho al asilo y lo considera un ejercicio de su soberanía.⁵¹ De este modo, el asilo está sujeto a los tratados de extradición y a las normas del derecho internacional general o particular.

El *asilo extraterritorial* o *asilo diplomático*, en cambio, puede darse en embajadas o legaciones y buques de guerra. Es una institución que ha sido codificada en Sudamérica, debido sobre todo a las frecuentes revoluciones y movimientos insurreccionales que azotaron al continente por casi dos siglos.

Esta codificación se fue dando en la Convención de La Habana de 1928, en la Convención de Montevideo de 1939 y en la de Caracas de 1954.⁵²

Sin embargo en el caso del *Asilo* la Corte Internacional rechazó el asilo extraterritorial. Expresó:

En el supuesto del asilo diplomático, el refugiado está dentro del territorio del Estado donde el delito se ha cometido. La decisión de otorgar el asilo trata así una derogación de la soberanía del Estado territorial. Quita al delincuente de la jurisdicción del Estado territorial y constituye una intervención en asuntos que son de su exclusiva competencia. Esa derogación de la soberanía territorial no puede ser reconocida salvo que su fundamento legal esté establecido en cada caso en particular.⁵³

⁵¹ Corte Internacional de Justicia, 20.11.1950, caso del Asilo (*Asylum Case [Colombia vs. Peru]*), *ICJ Reports*, 1950, p. 274. Este se refería a si Colombia tenía derecho legítimo a otorgar asilo al Dr. Víctor Haya de la Torre, acusado de rebelión por el Gobierno del Perú, en la embajada del primero en Lima. La Corte entendió que el asilo diplomático no era una costumbre, ya que no había elementos suficientes para considerarlo como tal. Esta decisión dio lugar a dos casos más: ICJ 27 November 1950, Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum Case, *ICJ Reports*, p. 395, declarado inadmisibile; e ICJ 13 June 1951, Haya de la Torre Case, *ICJ Reports*, 1951, p. 71.

⁵² Véase Convención de La Habana, de 1928; Convención de Montevideo sobre el Asilo Político, de 26.12.1933, 37 Pan-Am. T.S. 48; Tratado de Montevideo sobre Asilo Político y Refugio, de 1939, y la Convención de Caracas, de 1954. El juez READ, en su opinión disidente en el caso del *Asilo*, describió la práctica o costumbre latinoamericana del asilo diplomático en los siguientes términos:

“The ‘American institution of asylum’ requires closer examination. There is – and there was, even before the first conventional regulation of diplomatic asylum by the Conference at Montevideo in 1889 – an ‘American’ institution of diplomatic asylum for political offenders. It has been suggested, in argument, that it would have been better if the institution had been concerned with ordinary people and not with politicians, that it is unfortunate that political offenders were protected from trial and punishment by courts of justice during the troubled periods which followed revolutionary outbreaks, and that it would have been a wiser course for the republics to have confined the institution to protection against mob violence. That is none of our business. The Court is concerned with the institution as it is.

⁵³ “The facts, established by abundant evidence in the record of this case, show that the Latin-American Republics had taken a moribund institution of universal international law, breathed new life into it, and adapted it to meet the political and social needs of the Pan American world.” *Asylum Case*, 316-317.

⁵³ “In the case of diplomatic asylum, the refugee is within the territory of the State where the offence was committed. A decision to grant diplomatic asylum involves derogation from the sovereignty of that State. It withdraws the of-

En América Latina, donde la práctica del asilo diplomático se generó debido a los golpes de Estado y revoluciones que eran frecuentes hasta hace treinta años, la cuestión del asilo diplomático y la soberanía territorial fue dejada de lado a través de la costumbre de que los Estados aceptaban la institución y, en su gran mayoría, no interferían con la concesión del asilo por los otros. Asimismo, las personas a quienes se les otorgaba asilo en estas condiciones recibían también el salvoconducto para llegar al territorio del Estado asilante. Esta práctica, como se ha mencionado, fue codificada en varios instrumentos jurídicos regionales.⁵⁴

El contenido general de los tratados establece que el asilo diplomático se otorga en situaciones de urgencia y por el tiempo indispensable para asegurar la integridad de la persona que lo solicita. Los Estados solo pueden otorgar asilo a las personas que han cometido delitos políticos y no comunes, y el Estado territorial puede en cualquier momento requerir que la persona a la cual se le otorga sea removida del territorio.

Los tratados no establecen un derecho individual al asilo, y aquel al que se le solicita puede denegarlo. Si bien algunos tratados mencionan la palabra *refugiado*, el término no es el que corresponde de acuerdo a la Convención sobre Refugiados, y entonces se aplica no solo a casos de delitos políticos sino a personas que huyen de la violencia de turbas o grupos armados.⁵⁵

Fuera del continente americano los intentos de codificar la institución han permanecido inconclusos. Si bien el tema figuró en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional y de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, ambos lo retiraron sin llegar a tomar decisiones o formular recomendaciones al respecto.⁵⁶ El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Bath, en 1950, emitió una resolución en la que reconoció la legalidad del asilo extraterritorial frente a actos de violencia de las autoridades locales, pero este fue un intento de desarrollo del derecho internacional, no un caso de codificación

fender from the jurisdiction of the territorial State and constitutes an intervention in matters which are exclusively within the competence of that State. Such derogation from the territorial sovereignty cannot be recognized unless its legal basis is established in each particular case.”

⁵⁴ Convención de La Habana, de 1928, artículo 2; Convención de Caracas, de 1954, artículo V; Convención de La Habana, de 1928, artículo 1; Tratado de Montevideo, de 1939, artículo 3; Convención de Caracas, de 1954, artículo III. Esta condición fue la que creó el problema en el caso del *Asilo*, que es que el Estado asilante puede estar en desacuerdo con la categorización del delito como común, y la cuestión concomitante de cuál es el Estado competente para caracterizar el delito. La Convención de Caracas de 1954 se redactó para aclarar estas y otras cuestiones que la Corte encontró como ambiguas en el caso del *Asilo*.

⁵⁵ Convención sobre Refugiados, de 1951, <http://www.unhcr.org/pages/49da0e466.html>.

⁵⁶ El tema del asilo diplomático fue discutido durante la 29.^a y la 30.^a sesiones, pero no se llegó a ninguna conclusión, y un reporte del secretario general enviado a la Asamblea mencionaba que solo siete de veinticinco Estados que habían expresado sus opiniones estaban a favor de redactar una Convención al respecto (UN. Doc. A/10139). Por la resolución 3497 (XXX), del 15.12.1975, se decidió reconsiderar el tema en futuras sesiones. En la resolución 1400 (XIV), del 21.11.1959, ya la Asamblea General había pedido a la Comisión de Derecho Internacional que estudiara la codificación de las normas y principios sobre el derecho de asilo, pero la Comisión concluyó en 1977 que no consideraría el tema del asilo diplomático. *Yearbook of the International Law Commission*, 1977, vol. II (2.^a parte), § 109.

del derecho del asilo.⁵⁷ En la década de los setenta la Asociación de Derecho Internacional discutió una serie de principios sobre el asilo diplomático, lo cual llevó a un Proyecto de Convención sobre el Asilo Diplomático que, si bien no tiene una naturaleza vinculante, sigue los principios establecidos en la Convención de Caracas de 1954.⁵⁸

El hecho de que la institución del asilo diplomático no haya sido reconocida fuera de la América Latina no impide que un Estado pueda ofrecer refugio a la persona que busca protección, solo que la condición y el otorgamiento del refugio o la condición de refugiado dependen de la soberanía territorial del Estado receptor o huésped. Es decir que, si las autoridades no protestan, el otorgamiento del asilo es legal.

En los casos en que las personas buscan protección o asilo escapando de la violencia frente a la cual el Estado territorial no puede ofrecer protección, ello no afecta la soberanía territorial ni las prerrogativas del Estado receptor.⁵⁹ En un razonamiento similar, otorgar protección en casos de un conflicto generalizado, como insurrección o guerra civil, cuando las instituciones de la policía o justicia no funcionan, no afectan la regla de la no intervención.⁶⁰ En otras situaciones, en cambio, si el Estado territorial objeta el asilo o demanda la entrega de la persona que requirió asilo, el estado extraterritorial no tiene derecho a otorgar el asilo.

La Corte Internacional de Justicia en el caso del *Asilo* estableció:

La seguridad que surge del asilo no puede ser construida como una protección contra la aplicación regular de las leyes y la jurisdicción de los tribunales legalmente constituidos del Estado territorial.⁶¹

La sujeción a la soberanía territorial del Estado receptor o huésped implica que el Estado que quiere dar protección requiere el consentimiento del Estado territorial para otorgar el salvoconducto que permita que la persona o personas lo abandonen. Así, ha ocurrido

⁵⁷ Institut de Droit International, Session de Bath 1950 (Résolution I), "L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)", artículo 3 (2). La tercera y más completa de las secciones fue dedicada a las reglas del asilo extraterritorial. La resolución reconoce y delimita la legalidad del asilo diciendo que este puede ser otorgado "à tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences émanant des autorités locales ou contre lesquelles celles-ci sont manifestement impuissantes à le défendre, ou même qu'elles tolèrent ou provoquent. Ces dispositions s'appliquent dans les mêmes conditions lorsque de telles menaces sont le résultat de luttes intestines".

⁵⁸ La Asociación de Derecho Internacional discute el tema del asilo *diplomático* en conexión al asilo llamado *territorial*. International Law Association, "Legal Aspects of the Problem of Asylum, Part II: Report", 55 *International Law Association Reports of Conferences* (1972), pp. 176-207.

⁵⁹ PORCINO, P., "Toward Codification of Diplomatic Asylum", 8 *New York University Journal of International Law and Politics* (1976), pp. 446-447; JENNINGS, R., y WATTS, A. (eds.), *Oppenheim International Law*, 9.^a ed. (1992), vol. I, p. 1084. Todo indica que este fue el parecer de la Corte Internacional en el caso del *Asilo*, pp. 282-283.

⁶⁰ Véanse las opiniones disidentes de los jueces READ, BADAWI PASHAAND y AZEVEDO en el caso del *Asilo*, pp. 312, 320, 333-335.

⁶¹ Caso del *Asilo*, p. 284.

que el Estado territorial se ha negado a otorgar el salvoconducto, dejando la protección reducida a las dependencias diplomáticas propiamente dichas.⁶²

Esto puede resultar problemático si existe un gran número de personas que están buscando protección,⁶³ y dar lugar a situaciones prolongadas, como el caso del cardenal Mindszenty, a quien se le dio asilo en la Embajada de Estados Unidos en Budapest después de la Revuelta de Hungría, tras su aplastamiento por las tropas de la Unión Soviética en 1956. El cardenal Mindszenty abandonó la legación quince años después de que el papa Pablo VI le ordenó que fuera a Roma y que el presidente de Hungría le otorgase el salvoconducto.⁶⁴

Otro caso de naturaleza peculiar es el del activista holandés antiapartheid Klaas de Jonge, arrestado por la policía de Sudáfrica en 1985, pero que logró escapar a la Embajada de los Países Bajos en Pretoria, donde recibió asilo. Cuando la embajada decidió cambiar de edificio, el Gobierno de Sudáfrica informó que De Jonge no sería autorizado a trasladarse por territorio sudafricano. En consecuencia, De Jonge debió permanecer dos años más en el edificio abandonado, bajo la protección de la Policía Militar holandesa.⁶⁵

Es por estas circunstancias que los casos de asilo diplomático fuera de América Latina son considerados como situaciones de permanencia temporaria tolerada y no como asilo propiamente dicho.

⁶² Aún bajo las disposiciones de la Convención de La Habana y del Tratado de Montevideo se discutía si el Estado territorial estaba obligado a acceder a un pedido de salvoconducto, incluso si se concedía el asilo. La Corte entendió que las obligaciones asumidas por Perú no significaban que estuviera legalmente obligado a permitir el salvoconducto (caso del *Asilo*, p. 279). En cambio, el artículo XII de la Convención de Caracas sobre el Asilo Diplomático, de 1954, sí tiene la disposición que obliga al Estado territorial a permitir la partida salvo en casos de *force majeure*.

⁶³ Un ejemplo es la situación de los refugiados en las embajadas de Alemania Occidental en Praga y Budapest, ciudadanos de Alemania Oriental en 1989 que querían pasar al Oeste. La Embajada en Budapest debió alquilar un edificio cercano para albergar a los cientos de alemanes que llegaban cada día. Finalmente Hungría decidió abrir sus fronteras, lo cual llevaría finalmente a la caída del Muro de Berlín y a la reunificación de las dos Alemanias. La situación de los ciudadanos de Corea del Norte pretendiendo llegar a Corea del Sur en busca de asilo en consulados y embajadas en China fue similar y llevó a que China aumentara los controles y a que en octubre del 2003 Corea del Sur cerrara en forma temporaria el Consulado en Pekín, donde ciento treinta norcoreanos habían buscado refugio.

⁶⁴ De acuerdo al Gobierno estadounidense, la decisión de dar refugio al cardenal Mindszenty fue tomada debido a circunstancias excepcionales y poco usuales, con fundamento humanitario en tiempos de una agresión foránea a Hungría. WHITEMAN, M., *Digest of International Law*, vol. 6 (1968), p. 451.

⁶⁵ <<http://www.sahistory.org.za/people/roelof-frederick-botha>>.

8.

EL ASILO EXTRATERRITORIAL COMO EXCEPCIÓN HUMANITARIA A LA SOBERANÍA ESTATAL

Esto nos lleva a analizar la cuestión de que la concesión del llamado *asilo extraterritorial* es un intento de equilibrar el principio de soberanía territorial con situaciones de carácter humanitario.

Algunos entienden que, en caso de reclamos divergentes entre lo humanitario y lo territorial, circunstancias excepcionales harían que fuera legítimo para las misiones diplomáticas negarse a entregar a quien pide asilo en ellas. En casos de consideraciones humanitarias los jefes de misión diplomática pueden negarse a entregar a una persona, es decir que el Estado tiene el derecho de conceder santuario temporario a individuos o grupos que temen medidas represivas en sus propios países o Estados y huyen de ellos en desesperación. Los casos ocurridos en la Guerra Civil Española son ilustrativos al respecto.⁶⁶

OPPENHEIM en su obra también menciona qué consideraciones de humanidad pueden justificar el otorgamiento del asilo.⁶⁷

En el caso del *Asilo*, la Corte estimó:

En principio si bien el asilo no puede oponerse a la acción de la justicia, puede haber una excepción cuando bajo la apariencia de justicia, la arbitrariedad sustituye a las reglas de derecho.

Así, si la administración de justicia está corrupta o politizada, el asilo protegería al delito político frente a medidas extralegales que el Estado territorial tomase contra sus oponentes políticos.⁶⁸ Esta interpretación de la Corte se refería a los términos de la Convención de La Habana de 1928 y no debe entenderse fuera de ese contexto particular.

Algunos autores entienden que hay una regla que en situaciones de emergencia humanitaria justificarían la concesión del asilo diplomático; deducen que la práctica ha convertido a la institución en una regla de derecho internacional de origen consuetudinario. Es cierto que en ocasiones los Estados han otorgado asilo en oposición a las reglas o peticiones del Estado receptor.

⁶⁶ <http://www.cedma.com/archivo/jabega_pdf/jabega91_103-115.pdf.

⁶⁷ *Oppenheim International Law*, vol. I (1992), p. 1085.

⁶⁸ En el caso del *Asilo* la Corte no encontró la *opinio juris* suficiente para que esa práctica reflejase una norma de derecho internacional consuetudinario.

Así, por ejemplo, el Gobierno de Canadá dio asilo a seis diplomáticos estadounidenses durante la toma de la embajada de Estados Unidos en Teherán y arregló su partida en secreto desde Irán. Alegó que había respetado los principios del derecho internacional, ya que el ataque y la toma de la legación eran una agresión contra todo el cuerpo diplomático y cualquier embajada debía asistir a la de los Estados Unidos.⁶⁹

Otro caso fue el llamado de los Seis de Durban, en el que seis prominentes miembros del movimiento antiapartheid con sentencias de arresto buscaron refugio en el Consulado Británico de Durban en 1984. El Consulado accedió a su pedido y no los expulsó, si bien les informó que no intervendría en su favor frente a las autoridades de Sudáfrica y que no podrían permanecer allí indefinidamente. Cuando las embajadas de los Estados Unidos, Francia, Holanda y Alemania les negaron santuario, se decidieron a retirarse y fueron arrestados frente al propio Consulado.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, entiende que la práctica internacional es muy inconstante para que esa regla pueda ser considerada como costumbre internacional.⁷⁰ Algunos países, como Japón,⁷¹ rechazan la doctrina y muchos aplican diferentes criterios para otorgar el asilo, como se observa en el caso de los Seis de Durban. Es más, falta el elemento de *opinio juris* que otorgue a la práctica la convicción de que se está obrando de acuerdo a una regla jurídica.⁷²

El asilo extraterritorial, entonces, bajo el derecho internacional, expresa en forma contradictoria la situación que se da cuando los Estados han proclamado un derecho de concederlo, pero en causales que no son estrictamente legales. Es decir, no son consideraciones jurídicas ni basadas en principios humanitarios, sino políticas, las que han guiado la práctica de esta institución. De allí puede concluirse que otorgar asilo por consideraciones humanitarias tiene una base legal débil.

Esto es así porque son derogaciones de la soberanía territorial del Estado y requieren una norma clara del derecho internacional que las autorice. En ausencia de un tratado o de una regla de derecho internacional de carácter consuetudinario, sea universal o regional, una

⁶⁹ Sobre la posición de Canadá, LEGAULT, L. H., "Canadian Practice in International Law during 1979 as Reflected Mainly in Public Correspondence and Statements of the Department of External Affairs", 18 *Canadian Yearbook of International Law* (1980), pp. 304-305. C. V. COLE, "Is There Safe Refuge in Canadian Missions Abroad?", 9 *IJRL* (1997), p. 662.

⁷⁰ Algunos autores niegan que la práctica del asilo diplomático sea parte del derecho internacional. GILBERT, B., "The Practice of Asylum in Legations and Consulates of the United States", 3 *American Journal of International Law* (1909), p. 585; A. M. ROSSITTO, "Diplomatic Asylum in the United States and Latin America: A Comparative Analysis", 13 *Brooklyn Journal of International Law* (1987), p. 114.

⁷¹ Para la posición legal de Japón en el marco de las discusiones de la Asamblea General de la ONU sobre la necesidad de una Convención sobre el Asilo Diplomático, véase UN Doc. A/C.6/SR.1506 (1974).

⁷² Si bien tanto los Estados Unidos como el Reino Unido en ocasiones han otorgado refugio en oposición al Estado territorial, ambos países niegan la existencia de un derecho legal al respecto.

forma de legalizarlo sería de acuerdo a la doctrina de la intervención humanitaria, y vincularlo con esta doctrina que va permitiendo que en ciertos casos se intervenga en los asuntos internos de otros Estados.⁷³ Esto es de poca relevancia, sin embargo, ya que en la concesión del asilo no hay uso de fuerza ni intervención en los asuntos de otros Estados.⁷⁴

Una segunda forma de legitimar el asilo sería acomodar la regla de la no intervención o vincularla con ciertas obligaciones de derechos humanos que tiene el Estado que envía frente a los individuos que solicitan su protección en el Estado receptor. En teoría estas obligaciones serían complementarias a las que el Estado que envía tiene frente al Estado receptor.

9.

INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS Y ASILO EXTRATERRITORIAL

Si bien generalmente es considerado en el contexto del asilo diplomático como refugio en las legaciones, el problema de conciliar los reclamos de tipo humanitario con el principio de la soberanía territorial es el corazón de la cuestión del asilo.

Los principios legales aplicables a la institución del asilo extraterritorial pueden aplicarse en embajadas, consulados, bases militares o buques o aeronaves de Estado. La cuestión, por tanto, se vincula en gran medida con las inmunidades diplomáticas y consulares y en qué medida estas facilitan la concesión del asilo.

Históricamente el vínculo entre el asilo y las inmunidades diplomáticas era aún más fuerte que en la actualidad. GROCIO explicaba la legalidad del asilo diplomático con base en la doctrina de la extraterritorialidad, que era una ficción pero que consideraba a la legación como parte del territorio del Estado que envía.⁷⁵

⁷³ En esta línea están: REISMAN, W. M., "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", 84 *American Journal of International Law* (1990), pp. 872-873; D'AMATO, A., "The Invasion of Panama Was a Lawful Response to Tyranny", 84 *American Journal of International Law* (1990), pp. 516-524; HENKIN, L., "An Agenda for the Next Century: The Myth and Mantra of State Sovereignty", 35 *Virginia Journal of International Law* (1994), pp. 115-118; CHESTERMAN, S., *Just War or Just Peace? Humanitarian intervention and international law*, Oxford University Press (2001); HILPOLD, P., "Humanitarian Intervention: Is There a Need for a Legal Reappraisal?", 12 *European Journal of International Law* (2001), pp. 437-467.

⁷⁴ Se entiende que la protección de los derechos humanos demanda el reconocimiento y la codificación del asilo, enfatizando que su concesión por una embajada es solo una violación de carácter pasivo a los derechos del Estado territorial, ya que no entra en el territorio del Estado receptor sin invitación y no utiliza la fuerza armada ni una conducta agresiva frente a él.

⁷⁵ GROTIUS, o. cit., libro II, cap. 18, secc. IV, § 5: "[B]y a similar fiction, ambassadors were held to be outside the limits of the country to which they were accredited. For this reason they are not subject to the municipal law of the State in which they are living".

Uno de los primeros que rechazaron esta ficción fue VAN BYNKERSHOEK, al establecer que las inmunidades diplomáticas son funcionales y las legaciones no pueden servir para albergar a criminales.⁷⁶

Si bien ya no se considera válida la ficción de la extraterritorialidad, a veces ha sido resucitada para defender la legalidad del asilo. Algunos en la doctrina han entendido que la práctica del asilo diplomático entraría en las funciones o los privilegios de las misiones diplomáticas. Sin embargo, estos sirven o son instrumento para el ejercicio de las funciones diplomáticas, y otorgar asilo no forma parte de ellas. Al contrario, puede perjudicar gravemente la relación entre ambos Estados.⁷⁷

Las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre las Relaciones Consulares no categorizan al asilo entre las funciones consulares o diplomáticas reconocidas.⁷⁸ El tema del asilo fue expresamente omitido en ambos tratados, ya que estaba a consideración de la Asamblea General en ese momento.⁷⁹ Esto nos deja con cierta incertidumbre sobre el estatus de la concesión del asilo dentro del derecho diplomático y consular.

Sin embargo, una referencia puede encontrarse en forma implícita en el artículo 41.3 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, que incluye como funciones de la misión diplomática aquellas establecidas en acuerdos especiales firmados entre el Estado que envía y el que recibe. Esto se insertó para acomodar o dar vigor a las convenciones que existían entre los Estados de América Latina.

⁷⁶ VAN BYNKERSHOEK, Cornelius, *De Foro Legatorum Liber Sigularis* (1744), trad. de G. J. Laing, Oxford: Clarendon Press, 1946, "The Jurisdiction over Ambassadors in Both Civil and Criminal Case", cap. XVI, pp. 79-84. En su opinión disidente en el caso del *Asilo*, el juez ÁLVAREZ mencionó que la ficción de la extraterritorialidad es la base del asilo diplomático en América Latina y por eso su concesión no es considerada intervención en los asuntos internos del Estado huésped (p. 292). Sin embargo, debe reconocerse que aun en la América Latina los estándares de la concesión de asilo son considerados, o eran al menos legítimos, solo en determinadas circunstancias.

⁷⁷ VAN BYNKERSHOEK escribió: "All the privileges of ambassadors which they use in accordance with the tacit agreement of nations have been instituted for the sole purpose of enabling them to perform the duties of their office without delay and without hindrance from anyone. But they can do this safely even if they do not receive or conceal criminals and refrain from perverting [...] the jurisdiction of the prince in whose country they are". Asimismo, este autor era de la opinión de que los embajadores debían abrir sus puertas para que los criminales fueran capturados y el Estado soberano tenía derecho a entrar en las legaciones por la fuerza (cap. XXI, "Does the house of an ambassador afford asylum?", pp. 114-115).

⁷⁸ Convención de Viena de las Relaciones Diplomáticas, 18.4.1961, 500 UNTS 95, artículo 3, y Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, 24.4.1963, 596 UNTS 261, artículo 5.

⁷⁹ En ambas convenciones se intentó colocar una disposición referida al asilo que proponía la prohibición de que los Estados asilaran a personas acusadas de delitos por la ley local, pero ninguna de las dos prosperó, ya que se entendió que el asilo no era tema de las convenciones, y si se colocaba la prohibición en una parecería que se permitía el derecho implícitamente en la otra. Véase DENZA, E., *Diplomatic law: commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford: Oxford University Press (2008), p. 141; LEE, L. T., *Consular Law and Practice*, Oxford: Clarendon Press (1991), p. 398. Algunos autores analizan la historia de la redacción de ambas convenciones y señalan que la mención a "otras reglas de derecho internacional general" y a "acuerdos específicos" entre el Estado que envía y el Estado receptor cubrirían los casos de concesión de asilo en los locales de las misiones diplomáticas y consulares. La ausencia de disposiciones se intenta cubrir con el artículo 5 (m), que se refiere a las funciones residuales de la oficina consular, es decir, aquellas que no están prohibidas por las leyes del Estado receptor, y algunos entienden que cubriría el asilo, salvo que choque con las leyes del Estado territorial, es decir, que el asilo sea concedido con el consentimiento de este.

En ausencia de acuerdos especiales, la cuestión del asilo bajo ambas convenciones depende, por un lado, del deber de no interferir en los asuntos internos de otros Estados y no utilizar las facilidades y locales de la Misión en forma incompatible con las funciones diplomáticas y consulares.⁸⁰

Por otro lado está el tema de la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática y consular.⁸¹ Es evidente así que dar asilo a personas que intentan evadir la justicia es una violación a la obligación o el deber de no intervención en los asuntos internos. Utilizar los edificios de las misiones diplomáticas o consulares para dar refugio o asilo puede entrar en el ámbito del artículo 41.3 de la Convención de Viena de las Relaciones Diplomáticas o el 55.2 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares si la situación del asilo es considerada incompatible con las funciones de la misión.⁸²

El elemento de incompatibilidad está dado por el ejercicio de actividades que están fuera de las funciones diplomáticas y consulares bajo la ley del Estado receptor.⁸³ Un ejemplo es la ley inglesa, la cual fue mencionada como de posible utilización en forma velada en el caso *Assange*.⁸⁴

Aunque no constituye un crimen bajo la ley del Estado receptor otorgar refugio o asilo, puede considerarse una afrenta a las relaciones amistosas y así ser incompatible con las funciones diplomáticas y consulares de acuerdo al artículo 3 de la Convención de Viena de 1961 y al artículo 5.b de la Convención de Viena de 1963. Si bien entonces el asilo diplo-

⁸⁰ Artículo 41, § 1 y 3, de la Convención de Viena de 1961, y artículo 55, § 1 y 2, de la Convención de Viena de 1963.

⁸¹ Artículo 22, § 1, de la Convención de Viena de 1961, y artículo 31, § 2, de la Convención de Viena de 1963.

⁸² El texto original del proyecto de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, de 1961, establecía que los locales de la misión diplomática serían utilizados solamente para el ejercicio de las funciones diplomáticas, mientras que en el texto final solo se refiere a prohibir el uso incompatible con las funciones diplomáticas. Véase "Summary records of the ninth session", *Yearbook of the ILC 1957*, vol. I, p. 143, § 55. El texto original habría prohibido el asilo en las misiones diplomáticas; en cambio, el texto actual brinda más margen al ser más ambiguo.

⁸³ MURFY, B. S., *The International Law of Diplomacy. The Diplomatic Instrument and World Public Order*, Dordrecht-Boston-Londres: Martinus Nijhoff (1989), p. 417, menciona que, una vez que la Embajada ha otorgado el asilo, el Estado territorial no puede negar el refugio o ingresar.

⁸⁴ "Diplomatic and Consular Premises Act 1987, Chapter 46. An Act to make provision as to what land is diplomatic or consular premises; to give the Secretary of State power to vest certain land in himself; to impose on him a duty to sell land vested in him in the exercise of that power; to give certain provisions of the Vienna Convention on Diplomatic Relations and the Vienna Convention on Consular Relations the force of law in the United Kingdom by amending Schedule 1 to the Diplomatic Privileges Act 1964 and Schedule 1 to the Consular Relations Act 1968; to amend section 9 (2) of the Criminal Law Act 1977; and for connected purposes. [15th May 1987] Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

"PART I. DIPLOMATIC AND CONSULAR PREMISES. 1. Acquisition and loss by land of diplomatic or consular status. (1) Subject to subsection (2) below, where a State desires that land shall be diplomatic or consular premises, it shall apply to the Secretary of State for his consent to the land being such premises.

"(2) A State need not make such an application in relation to land if the Secretary of State accepted it as diplomatic or consular premises immediately before the coming into force of this section.

"(3) In no case is land to be regarded as a State's diplomatic or consular premises for the purposes of any enactment or rule of law unless it has been so accepted or the Secretary of State has given that State consent under this section in relation to it; and if – (a) a State ceases to use land for the purposes of its mission or exclusively for the purposes of a

mático o consular, estando en oposición las demandas contrarias del Estado territorial, es o puede ser considerado un abuso de los privilegios e inmunidades diplomáticas, la inviolabilidad de los locales de la misión es un instrumento que el Estado que envía tiene en sus manos para negarse a entregar al individuo ante los requerimientos del Estado receptor.

consular post; or (b) the Secretary of State withdraws his acceptance or consent in relation to land, it thereupon ceases to be diplomatic or consular premises for the purposes of all enactments and rules of law.

“(4) The Secretary of State shall only give or withdraw consent or withdraw acceptance if he is satisfied that to do so is permissible under international law.

“(5) In determining whether to do so he shall have regard to all material considerations, and in particular, but without prejudice to the generality of this subsection – (a) to the safety of the public; (b) to national security; and (c) to town and country planning.

“(6) If a State intends to cease using land as premises of its mission or as consular premises, it shall give the Secretary of State notice of that intention, specifying the date on which it intends to cease so using them.

“(7) In any proceedings a certificate issued by or under the authority of the Secretary of State stating any fact relevant to the question whether or not land was at any time diplomatic or consular premises shall be conclusive of that fact.

“2. Vesting of former diplomatic or consular premises. (1) Where – (a) the Secretary of State formerly accepted land as diplomatic or consular premises but did not accept it as such premises immediately before the coming into force of this section; or (b) land has ceased to be diplomatic or consular premises after the coming into force of this section but not less than 12 months before the exercise of the power conferred on the Secretary of State by this subsection, the Secretary of State may by order provide that this section shall apply to that land.

“(2) The Secretary of State shall only exercise the power conferred by subsection (1) above if he is satisfied that to do so is permissible under international law.

“(3) In determining whether to exercise it he shall have regard to all material considerations, and in particular, but without prejudice to the generality of this subsection, to any of the considerations mentioned in section 1 (5) above that appears to him to be relevant.

“(4) An order under subsection (1) above shall be made by statutory instrument, and a statutory instrument containing any such order shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

“(5) The Secretary of State may by deed poll vest in himself such estate or interest in land to which this section applies as appears to him to be appropriate.

“(6) A deed poll under this section may also comprise any portion of a building in which the former diplomatic or consular premises are situated.

“(7) In relation to land in Scotland this section shall have effect with the substitution of references to an order for references to a deed poll, and such an order shall take effect immediately it is made.

“(8) Subject to subsection (9) below, in a case falling within paragraph (a) of subsection (1) above the Secretary of State may only exercise the power conferred by that subsection before the end of the period of two months beginning with the date on which this section comes into force.

“(9) In such a case the power continues to be exercisable after the end of that period if the Secretary of State within that period – (a) certifies that he reserves the right to exercise it; and (b) unless he considers it inappropriate or impracticable to do so, serves a copy of the certificate on the owner of any estate or interest in the land.

“(10) Where – (a) circumstances have arisen in consequence of which the power conferred by subsection (1) above is exercisable; but (b) the Secretary of State serves on the owner of the land in relation to which it has become exercisable notice that he does not intend to exercise the power in relation to that land, it shall cease to be exercisable in relation to it in consequence of those circumstances.

“(11) If – (a) the Secretary of State has exercised the power conferred by subsection (1) above in relation to land; but (b) serves on the owner notice that he does not intend to execute a deed poll under this section, or if the land is in Scotland to make an order under it, relating to the land, the power to vest conferred by this section shall cease to be exercisable.

“3. Duty of sale. (1) Where an estate or interest in land has vested in the Secretary of State under section 2 above, it shall be his duty to sell it as soon as it is reasonably practicable to do so, taking all reasonable steps to ensure that the price is the best that can reasonably be obtained. (2) The Secretary of State shall apply the purchase money – (a) firstly in payment of expenses properly incurred by him as incidental to the sale or any attempted sale; (b) secondly in discharge of prior encumbrances to which the sale is not made subject or in the making of any payments to mortgagees required by Schedule 1 to this Act; (c) thirdly in payment of expenses relating to the land reasonably incurred by him on repairs or security; (d) fourthly in discharge of such liabilities to pay rates or sums in lieu of rates on the land or on any other land as the Secretary of State thinks fit; (e) fifthly in discharge of such judgment debts arising out of matters relating to the land or to any other land as he thinks fit, and, subject to subsection (3) below, shall pay any residue to the person divested of the estate or interest. (3) Where a State was divested but there is no person with whom Her Majesty's Government

La prohibición de entrada en los locales de la misión está establecida en el artículo 22.1 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas y no admite excepción. Debido a la inviolabilidad de los locales de la misión es que los Estados territoriales que se oponen a la concesión del asilo han debido tener aquiescencia con la situación, para evitar conflictos y esperas prolongadas que resulten de esta situación, y otorgar salvoconductos aun cuando haya cargos criminales.⁸⁵

De acuerdo a la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, la inviolabilidad de la misión consular es mucho más limitada. El artículo 31.2 prohíbe al Estado receptor la entrada en los locales que se utilizan exclusivamente para el ejercicio de la función consular. Esto significa que, si el Estado territorial entiende que la misión consular se utiliza para propósitos que no son los propios, puede ingresar a las oficinas y arrestar a las personas que han cometido un acto ilícito o incompatible con las funciones. De allí se sigue que el consulado es un ámbito menos propicio para la concesión del asilo que los locales de las embajadas.

Esto entonces permitiría deducir que en estos casos el Estado territorial debería considerarse relevado del cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados y entrar en las misiones.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia, en el caso del *Personal diplomático y consular en Teherán*, dejó en claro que las reglas de derecho diplomático y consular son un régimen propio que prevé la posible comisión de abusos de los privilegios y las inmunidades diplomáticas, y establece cuáles son los medios a disposición del Estado para remediar esos abusos.⁸⁶

of the United Kingdom has dealings as the Government of that State, the Secretary of State shall hold the residue until there is such a person and then pay it.

⁸⁴(4) A sum held by the Secretary of State under subsection (3) above shall be placed in a bank account bearing interest at such rate as the Treasury may approve.

⁸⁴4. Provisions supplementary to sections 2 and 3. Part I of Schedule 1 to this Act shall have effect to supplement sections 2 and 3 above in England and Wales, Part II shall have effect to supplement them in Scotland and Part III shall have effect to supplement them in Northern Ireland.

⁸⁵5. Interpretation of Part I. In this Part of this Act – ‘consular post’ and ‘consular premises’ have the meanings given by the definitions in paragraph 1 (a) and (j) of Article 1 of the 1963 Convention as that Article has effect in the United Kingdom by virtue of section 1 of and Schedule 1 to the M1 Consular Relations Act 1968; ‘diplomatic premises’ means premises of the mission of a State; ‘mortgage’ includes a charge or lien for securing money or money’s worth, and references to mortgagees shall be construed accordingly; ‘premises of the mission’ has the meaning given by the definition in Article 1 (i) of the 1961 Convention as that Article has effect in the United Kingdom by virtue of section 2 of and Schedule 1 to the M2 Diplomatic Privileges Act 1964; ‘the 1961 Convention’ means the Vienna Convention on Diplomatic Relations signed in 1961; and ‘the 1963 Convention’ means the Vienna Convention on Consular Relations signed in 1963”.

⁸⁵ Así la conducta de la Unión Soviética con respecto a sus ciudadanos a los que se les otorgaba asilo en las embajadas de Estados Unidos.

⁸⁶ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ 24 May 1980.

Los dos recursos que la Corte menciona son, o bien declarar a los miembros del personal diplomático o consular *persona non grata*, lo cual por supuesto no terminará la situación de las personas asiladas, o bien la ruptura de relaciones diplomáticas y el cierre de las misiones.⁸⁷

Además de los casos de embajadas y consulados, hay otras situaciones en que se puede dar asilo extraterritorial. Es el caso de buques de guerra o buques de Estado.

Según el derecho internacional marítimo, los buques de guerra y públicos que no tienen propósitos comerciales tienen una inviolabilidad plena.⁸⁸ En los casos de buques de guerra en el mar territorial de otro Estado que no cumplen con las reglamentaciones de este, la única sanción es ordenarles que abandonen las aguas territoriales.⁸⁹

De este modo, el grado de absoluta inviolabilidad de los buques de guerra es que la situación legal de un asilo es similar a la de las embajadas o locales de la misión diplomática, con la diferencia de que el asilado puede irse dentro del buque cuando este zarpa o es obligado a abandonar las aguas territoriales, lo que hace innecesario el salvoconducto.

10.

CONCLUSIONES

El derecho al asilo por parte de un Estado en el territorio de otro parece estar así sujeto a la soberanía del último. Esto no presenta problemas mientras este último esté de acuerdo, o cuando las personas tengan un temor fundado de sufrir daños infligidos por actores no estatales, o por otras razones que no pueden ser controladas por las leyes locales. Si, en cambio, quien solicita el asilo escapa de la justicia, parecería que al conceder el asilo se está interviniendo en los asuntos internos de otros Estados.

Sin embargo, el asilo extraterritorial en las embajadas o locales diplomáticos, aunque esté en oposición a las demandas del Estado territorial, tiene ventaja debido a la inviolabilidad de estos locales, si bien también puede entenderse que el local de la misión utilizado para

⁸⁷ *Ibidem*, § 85.

⁸⁸ Artículo 8 (1) de la Convención de Ginebra de 1958 Sobre el Alta Mar, 29.4.1958, 29, 6465 UNTS 450; artículo 32 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), 10.12.1982, 1833 UNTS 396. La jurisdicción criminal puede ser ejercida a bordo de buques del Estado que realicen actividades comerciales. Artículo 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

⁸⁹ Artículo 23 de la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, 29.4.1958, 516 UNTS 205; artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS).

otros propósitos no entra en la definición del artículo 1.º de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas.

En definitiva, este fenómeno no se da solo en América Latina, y debido al carácter humanitario y a la naturaleza pasiva, si bien puede constituir una afrenta a las leyes locales, el asilo es generalmente tolerado y no da lugar a grandes fricciones entre los Estados, con las excepciones que se suscitan en toda situación de carácter internacional.

La responsabilidad civil del consorcio de propiedad horizontal y de los consorcistas en la República Argentina

Civil liability of the condominium of *propiedad horizontal* and of condominium members in the Argentine Republic

*Nelson G. A. Cossari**
*y Maximiliano N. G. Cossari**

RESUMEN. En la República Argentina, pese a la ausencia de un texto legal expreso, la doctrina y la jurisprudencia en forma casi unánime se han pronunciado por que el consorcio de propietarios de propiedad horizontal es una persona jurídica distinta a los miembros que lo integran. Los proyectos de reforma desde el último cuarto del siglo XX subsanan esto consagrando en forma implícita o expresa la personalidad del consorcio. Ante ello resta el problema de cómo responden los consorcistas por las deudas de aquel. Pese a lo reiterado del planteo, no se le ha brindado una solución legislativa, lo

* Abogado (UCA). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA). Profesor titular ordinario de Derechos Reales (UCA). Director de la carrera de posgrado de Especialización en Derecho de Daños (UCA).

** Abogado (UCA). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor superior universitario (UCA). Profesor en Obligaciones Civiles y Comerciales y en Derecho de Daños en la Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor adjunto de Derecho Civil II y Teoría de la Reparación en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL).

que da lugar a que la doctrina elabore distintas teorías. El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, del año 2012, extrañamente, tampoco da una respuesta a este último interrogante.

PALABRAS CLAVE: Consorcios. Comuneros. Bienes (derecho). Personas jurídicas. Responsabilidad civil.

ABSTRACT. In the Argentine Republic, although there does not exist an express legal text, the doctrine and the case law have almost unanimously declared themselves in favor of the idea that the condominium of owners of *propiedad horizontal* is a legal person different from the members forming it. Amendment proposals since the last quarter of the 20th century correct this lack by establishing – whether implicitly or expressly – the legal capacity of the condominium. In light of that the problem of how members of the condominium answer for its debts remains. Despite the reiteration of the issue, no legislative solution has been given to it, which gives rise to the elaboration of different theories by the doctrine. Strangely, the project to unify the Civil and the Commercial Codes, from 2012, does not give an answer to this last question either.

KEY WORDS: Condominium. Condominium members. Property (law). Legal persons. Civil liability.

1.

URUGUAY Y ARGENTINA: LEYES SIMILARES Y DERECHOS DIVERSOS

La Ley de Propiedad Horizontal argentina, n.º 13.512, tiene una gran similitud con la ley uruguaya que rige la misma materia. Esto se debe a que la segunda ha sido fuente de la primera y en muchas disposiciones de la norma argentina puede reconocerse el ADN uruguayo.

Este parecido, adelantamos, persistirá si el proyecto de reforma integral y unificación del Código Civil y Comercial, que tomó estado parlamentario en el año 2012, es finalmente sancionado.

En una prueba irrefutable de que la ley no es la única fuente del derecho, sino que también lo son la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre, lo cierto es que ambas leyes, aunque sumamente parecidas, se han interpretado en forma distinta en una y otra orilla, y hoy en muchos aspectos con textos legales casi idénticos las soluciones son distintas y hasta opuestas.

2.

EL CONSORCIO COMO PERSONA JURÍDICA

2.1. CONCEPTO

Abordar la responsabilidad del consorcio implica primero pronunciarnos sobre el tema de su personalidad, que es por cierto una cuestión previa e insoslayable.

No pueden estudiarse, entre otros, los temas de la responsabilidad del consorcio, los alcances de la responsabilidad de los consortes y la eventual legitimación activa o pasiva de aquel mientras no se despeje el primer interrogante.

¿Qué es el consorcio? El artículo 9 es el único del texto de la ley 13.512 donde se menciona la palabra *consorcio*.¹ Pronto la denominación sirvió para designar al conjunto de personas que se encuentran unidas en un destino común dentro de la pequeña comunidad formada por todos los propietarios de las unidades funcionales del edificio.

Mientras en Uruguay no hay duda de la ausencia de personalidad del consorcio, en la Argentina, como veremos, luego de las posturas iniciales, los autores y la jurisprudencia se inclinaron decididamente por reconocerlo como sujeto de derecho.

2.2. EL CONSORCIO COMO PERSONA JURÍDICA

2.2.1. Tesis negativa de la personalidad

MOLINARIO es uno de los autores que mejor han expuesto la teoría negativa de la personalidad fundándola en tres razones, que estima primordiales:

1. la inexistencia de todo texto en la ley que ordene la creación de un ente dotado de personalidad jurídica o dé pie para ello;
2. la inexistencia de todo patrimonio común;
3. la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal y las relaciones de derecho personal que exige el funcionamiento de ese derecho real.²

Por su parte, LAQUIS y SIPERMAN, además de sostener que la ley no ha investido con personería jurídica al consorcio ni existen elementos que la configuren, basan gran parte de su negativa a admitir la personalidad en la inexistencia de un sujeto de derecho en el condominio.³ En otro trabajo, LAQUIS fundamenta su postura en una razón que el estima de orden práctico:

Carente el “consorcio de propietarios” de patrimonio autónomo, si fuere condenado al pago de obligaciones contractuales o extracontractuales, el acreedor obtendría una condena que no

¹ Artículo 9, ley 13.512: Al constituirse el consorcio de propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

² MOLINARIO, Alberto D., “Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512”, en *El Derecho*, t. 120, Buenos Aires, p. 405.

³ LAQUIS, Manuel, y SIPERMAN, Arnaldo, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 91.

se podría hacer efectiva, en la medida que se considere que el obligado es el “consorcio de propietarios” como persona jurídica distinta de sus integrantes.⁴

Concluye que, por tanto, estas insuficiencias de la ley solo es posible superarlas estableciendo normativamente la personalidad jurídica del consorcio de propietarios.⁵

2.2.2. Tesis que admite la personalidad del consorcio

La inmensa mayoría de la doctrina nacional, en cambio, sostiene que el consorcio es una persona jurídica.

HIGHTON advierte que esta teoría tiene matices dado que, mientras algunos le asignan al consorcio personalidad restringida, para otros tiene plena personalidad.⁶ Así, CÚNEO le asigna personalidad restringida, y afirma que es la postura del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.⁷ Para GURFINKEL DE WENDY el consorcio es una persona ideal, distinta de los titulares del derecho real de propiedad horizontal que la integran, que tiene como objeto el mantenimiento, la conservación y la reparación de las cosas comunes.⁸

Por su parte, ALTERINI aclara acertadamente que se es o no persona, sin graduaciones; lo que se puede tener es más o menos capacidad, y, como para toda persona jurídica, las restricciones impuestas a su capacidad surgen de lo establecido por el principio de especialidad del artículo 35 del Código Civil.⁹

Dentro de las teorías afirmativas, RACCIATTI la deduce de los intereses comunes y de la forma en que se halla organizada la gestión de estos.¹⁰

⁴ LAQUIS, Manuel, “Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios”, en *La Ley*, t. 1985-A, La Ley, Buenos Aires, p. 534. Explica esta preocupación de los autores citados en desmontar tal argumento —la del embrión de sujeto de derecho en el condominio—, que no tiene ninguna recepción en nuestra doctrina, la circunstancia de que RACCIATTI la invoca como uno de los elementos para aceptar la personalidad, pero, pese a la extensión que le da este jurista a dicha construcción, ella no es el argumento central de su tesis (véase RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 171).

⁵ *Ibidem*.

⁶ HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 527.

⁷ CÚNEO, María Martha, “La personalidad del consorcio en el registro de la propiedad de la provincia de Buenos Aires”, ponencia en el *XIII Congreso Nacional de Derecho Registral. Libro de ponencias*, Mendoza, 2004, p. 47.

⁸ GURFINKEL DE WENDY, Lilian, “¿La mora en el pago de las expensas comunes impide accionar contra el consorcio de propietarios?”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2005-III, Buenos Aires, 2005, p. 726.

⁹ ALTERINI, Jorge, “Responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio”, en *El Derecho*, t. 56, Buenos Aires, p. 736. Art. 35 Código Civil Argentino: “Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido”.

¹⁰ RACCIATTI, Hernán, “La naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la ley argentina de propiedad por pisos o departamentos”, en *La Ley*, t. 71, Buenos Aires, p. 902; *ídem*, “Naturaleza jurídica y constitución de la propiedad por pisos o por departamentos en nuestro derecho”, en *La Ley*, t. 83, Buenos Aires, p. 124; *ídem*, *Propiedad...*, o. cit., p. 170.

Jorge ALTERINI, por su parte, dio una vigorosa fundamentación a la aceptación de la personalidad. Conforme este jurista, determinar la existencia o no de la personalidad equivale a constatar si concurren los atributos de la personalidad —nombre, domicilio y patrimonio, capacidad—, todos los cuales, en medulosas reflexiones, descubre que se encuentran en el consorcio.¹¹

El proyecto de 1998 declara en su artículo 1980 que el patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y los bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia.

El patrimonio podrá ser más o menos escaso, pero existe, y el consorcio tiene aptitud para incorporar bienes en él. En el derecho argentino no existe patrimonio sin una persona titular, y el concepto de patrimonio de afectación es totalmente extraño a ese ordenamiento jurídico.

Desde un ángulo concurrente a lo expuesto puede sostenerse que, en conclusión:

[La personalidad del consorcio] surge naturalmente de la circunstancia de que el consorcio posee los atributos propios de toda persona jurídica: a) sus órganos de gobierno, que son el administrador y la asamblea de copropietarios; b) su patrimonio propio, distinto del de cada uno de sus integrantes.¹²

Es decir, la misma ley lo dota de órganos de gobierno perfectamente establecidos y diferenciados.

La personalidad del consorcio fue unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, hasta el punto de que BORDA, con su habitual expresividad, afirmaba que se trataba de *ius receptum*.¹³

2.2.3. La renovación de las teorías negativas

La situación se mantuvo invariable hasta el conocido fallo *Consortio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé, S. A.*¹⁴

¹¹ ALTERINI, o. cit., pp. 736 ss.

¹² BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.ª ed., 1978, p. 633.

¹³ *Ibidem*, p. 634.

¹⁴ Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, “Consortio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé S. A.”, *La Ley*, 1985-A, 541. Tal tesis fue luego reiterada por el tribunal en autos “Consortio de Propietarios Edificio Fracción ‘F’, Manzana 119, Barrio III, Catalina Sud c. Vega, Carlos O. s/acción declarativa y Vega Carlos O. c. Consortio de Propietarios Edificio Fracción ‘F’, Manzana 119, Barrio III, Catalina Sud, s/daños y perjuicios”, *La Ley*, 1987-A, 464. Luego esta tendencia desapareció, hasta donde conocemos, totalmente.

Del fallo del doctor ZANNONI en la causa citada, que adelantamos no compartimos, merece destacarse la referencia a la comunidad o comunión de derechos. Dice dicho civilista:

Si, con la doctrina más moderna, captamos la riqueza que encierra la noción jurídica de comunidad de derechos —género del que participan como especies el condominio, la comunidad hereditaria, la sociedad conyugal entendida como régimen de comunidad entre cónyuges sobre los gananciales, etc.— pronto se nos hará evidente que la tesis de la personalidad de esas comunidades atribuyen una subjetividad para resolver técnicamente la unidad del derecho reconocido a pluralidad de titulares frente a terceros. Este es el meollo. Ocurre que a medida que la doctrina ha privilegiado la tesis sobre la personalidad ha debilitado correlativamente el significado que la comunidad de derechos encierra, y es así que en lugar de caracterizar la relación jurídica que permite investir la cotitularidad del derecho sobre un objeto único frente a terceros, ha optado por reputar que ese objeto forma el “patrimonio” de un “sujeto” que es titular de ese derecho.¹⁵

Posteriormente la tesis negativa resurgió en el fallo *Consortio de Edificios Vicente López c. Aslan y Ezcurra, S. A.*, fallado por la Sala B de la Cámara Nacional Civil, donde se sostuvo:

El consorcio de copropietarios puede ser calificado como una representación legal unificada de los consorcistas y a la vez esa definición impide aceptar que exista como persona jurídica independiente, ya que el examen de su constitución —en los términos expuestos por la ley 13.512— permite verificar de inmediato la carencia de un patrimonio propio.¹⁶

Esta vacilación jurisprudencial, que se mantuvo durante algún tiempo, llevó a BORDA a corregir la enfática aseveración de que la doctrina de la personalidad era derecho recibido, y en la versión de 1992 de su *Tratado* afirmó que la personalidad había sido admitida por “la jurisprudencia largamente predominante”.¹⁷

2.2.4. Réplica a la renovación de las teorías negativas

El argumento de ZANNONI no nos convence. La comunidad de bienes, figura que fuera del caso del derecho real de condominio no ha convocado mayormente la atención de la doctrina nacional, es:

[...] una manifestación del fenómeno jurídico que posibilita la pertenencia de un bien a varias personas, y que es organizado de diferentes formas, atendido al grado de cohesión entre tales personas, que le atribuye a la hora de ostentar tal titularidad y, consecuentemente, a la de ejercer sus

¹⁵ ZANNONI, Eduardo, su voto como vocal en el fallo citado en la nota anterior.

¹⁶ Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, 18.9.1990, “Consortio de Edificios Vicente López c. Aslan y Ezcurra, S. A.”, en *La Ley*, 1990-E, 429. Tal aseveración, como ya hemos visto, es inexacta.

¹⁷ BORDA, o. cit.

contenidos: cohesión que va desde el grado menor, que es la unión necesaria, pero ocasional, de los titulares para tomar decisiones que afectan el bien compartido, como en el caso de la comunidad por cuotas, hasta el mayor (fuera ya del ámbito de la comunidad), representado por la conjunción de los sujetos hasta el extremo de, a estos fines, desaparecer como tales, convirtiéndose en uno distinto como es el caso de la persona jurídica.¹⁸

El párrafo transcrito plantea en forma adecuada la cuestión. Si la abordamos desde el ángulo de la técnica jurídica, el jurista debe preguntarse cuál es el ropaje que mejor responde a la realidad subyacente de naturaleza social que importa el consorcio. ¿Debe detenerse en los estadios de la comunidad o se debe permitir avanzar a su pleno reconocimiento como persona jurídica? Para nosotros no existen dudas de que debe avanzarse de la técnica de la comunión de derechos a la de la personalidad.

En nuestra opinión, en el derecho argentino la cuestión queda oscurecida por cierta perplejidad que causa la singularidad de aunar al dominio exclusivo sobre las unidades funcionales, con el condominio de indivisión forzosa sobre todas las cosas de uso común o indispensables para la seguridad del edificio, así como el terreno, y todo ello con carácter de inseparabilidad, previsto por el artículo 3, última parte, de la ley 13.512.¹⁹

Existe una zona gris, de posible superposición y difícil deslinde, entre la actuación de los consorcistas como condóminos sobre las cosas comunes que integran su unidad funcional y el ejercicio directo de ciertas facultades por el consorcio —incluso sobre las cosas comunes—, con competencias propias que les incumben como persona distinta a quienes lo integran. Pero los argumentos en pro de la personalidad resultan incontrovertibles, y no se olvide además que el derecho de propiedad horizontal no es una simple yuxtaposición de dominio y condominio.

En contraste con el condominio, cuyo régimen tiene tendencia a ser esencialmente transitorio, o bien aprehende realidades extremadamente simples, la organización de los copropietarios en el consorcio tiene una estabilidad y complejidad tal que importa que el derecho no pueda dejar de reconocerle personalidad.

Como expresa con claridad LLAMBÍAS:

¹⁸ MORENO QUESADA, Bernardo, *Curso de derecho civil*, t. III, “Derechos reales y registral inmobiliario”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 233 y 234.

¹⁹ Artículo 3, tercera parte, ley 13.512: “Los derechos de cada propietario en los bienes comunes son inseparables del dominio uso y goce de su respectivo departamento o piso. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse estos actos con relación a los mismos, separadamente del piso o departamento a que accedan”.

[...] el consorcio de propiedad horizontal es un resorte indispensable de ese régimen y está llamado a perdurar en tanto subsista la misma propiedad horizontal, lo que justifica su reconocimiento como entidad jurídica.²⁰

Estamos entonces ante un caso en que el derecho está constreñido en justicia a reconocer la personalidad.²¹

2.2.5. Proyectos de reforma

La tendencia de nuestros proyectos de reforma integral de la legislación civil (1993: artículo 3115; 1998: artículo 1979 e incluso, aunque más tímidamente, el de 1987: artículo 2617) confirman una dirección que entendemos irreversible en el derecho argentino y que es ocioso proseguir discutiendo.

El proyecto de 2012 en el artículo 148 establece en su inciso *f* que el consorcio de propiedad horizontal es una persona jurídica privada, y en el artículo 2044, bajo el epígrafe “Consortio”, expresa:

El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador.

2.2.6. Jornadas y congresos

Las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil aconsejaron *de lege ferenda* —sin que ello implicara desconocer la personalidad del consorcio— que se consagrara legislativamente la personalidad de este en los términos del artículo 33 del Código Civil.²²

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Registral, celebradas en Mendoza en el año 2004, se concluyó *de lege lata*, por casi unanimidad,²³ que el consorcio de propietarios

²⁰ LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 6.ª ed., 1975, p. 52.

²¹ Puede verse, a manera de cierre del debate, el artículo de Jorge ALTERINI y Gabriela VÁZQUEZ sobre este tema (ALTERINI, Jorge Horacio, y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, en *La Ley*, t. 2007-C, Buenos Aires, p. 1076).

²² Artículo 33 del Código Civil argentino: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1ro. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2do. Las entidades autárquicas; 3ro. La Iglesia Católica; Tienen carácter privado: 1ro. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar; 2do. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”.

Las Jornadas juzgaron la conveniencia de que el consorcio de propietarios fuera expresamente incluido como una persona jurídica privada. Es el criterio, ya citado, del artículo 148, inciso *f*, del proyecto del 2012.

²³ La única disidencia fue de la Dra. VINASSA en representación de la Dirección del Registro Público de la Provincia de Mendoza, la que solitariamente sostuvo que el consorcio no es persona jurídica y de *lege ferenda* propuso que se admita la personalidad del consorcio y que el patrimonio se encuentre integrado por las unidades que se le asignan al inmueble.

de la Ley de Propiedad Horizontal, n.º 13.512, es persona jurídica privada y que, como persona, el consorcio presenta los atributos inherentes a todas ellas: capacidad de derecho, nombre, domicilio y patrimonio.

3.

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONSORCIO

Siendo el consorcio una persona jurídica, es indudable que será responsable civilmente. Ello fluye de lo dispuesto en los artículos 41, 42, 43 y concordantes del Código Civil. Podrán así estar en juicio como actores (artículo 41 del Código Civil) o como demandados (artículo 43 del Código Civil) y hacerse ejecución de sus bienes.²⁴ En suma, plena responsabilidad tanto contractual como extracontractual.

4.

RESPONSABILIDAD DE LOS CONSORCISTAS POR LAS DEUDAS DEL CONSORCIO

No existen dudas en doctrina de que los consorcistas responden por las deudas del consorcio respecto a terceros.

En cambio, difieren los autores sobre el carácter de dicha responsabilidad —si directa o subsidiaria— y en la proporción de esta frente a terceros. Es inaudito que, pese a lo irresuelto de la cuestión, el legislador nacional no atine aún a solucionar legislativamente la cuestión.

Existen dos posiciones *de lege lata* y una tercera *de lege ferenda*:

²⁴ Artículo 41 del Código Civil argentino: “Respecto de los terceros, los establecimientos o corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones e intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales”.

Artículo 42 del Código Civil argentino: “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes”.

Artículo 43 del Código Civil argentino: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: ‘De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos’”.

4.1. TEORÍAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSORCISTAS POR LAS DEUDAS DEL CONSORCIO

4.1.1. Los consorcistas responden en forma subsidiaria por las deudas del consorcio y en partes iguales

4.1.1.1. Fundamentos de la responsabilidad subsidiaria y mancomunada de los condóminos

Jorge ALTERINI ha propugnado convincentemente esta teoría. Dice el distinguido jurista que por la analogía permitida por el artículo 16 del Código Civil,²⁵ del que el propio Código hace gala en el caso de las simples asociaciones en el artículo 46,²⁶ puede acudir al artículo 1713 del Código Civil, relativo a sociedades civiles, y por tanto, dado que conforme dicha norma “los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios”, los comuneros responden por la deuda de los consorcistas, tanto las contractuales como las extracontractuales.²⁷

Sigue razonando el autor que tal responsabilidad es subsidiaria a la manera de fiadores, no obstante la expresión “al mismo tiempo” del artículo 1713, y que esa interpretación encuentra respaldo en el viejo artículo 443 del Código Civil y hoy en el 56²⁸ de la Ley de Sociedades, n.º 19.550, que requiere para ejecutar la deuda contra los socios la previa excusión de los bienes sociales.

La doctrina autoral y judicial, en materia de propiedad horizontal, no suele avanzar más en este aspecto. Sin embargo, la cuestión es mucho más complicada que como se presenta, dado que el artículo 1713 del Código Civil no ha sido interpretado unánimemente

²⁵ Artículo 16 del Código Civil argentino: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

²⁶ Artículo 46 del Código Civil argentino: “Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente registrarán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas de la sociedad civil”.

²⁷ Artículo 1713 del Código Civil argentino: “Los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios. Si cobraren sus créditos de los bienes sociales, la sociedad no tendrá derecho de compensar lo que les debiere con lo que ellos debiesen a los socios, aunque éstos sean los administradores de la sociedad. Si los cobrasen de los bienes particulares de algunos de los socios, ese socio tendrá derecho para compensar la deuda social con lo que ellos le debiesen, o con lo que debiesen a la sociedad”.

²⁸ Artículo 56 de la ley 19550: “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate”.

por la doctrina que se ocupó de las sociedades civiles. En un profundo trabajo acerca de las sociedades civiles, destaca MÉNDEZ SIERRA que la expresión “al mismo tiempo” ha sido interpretada en forma diversa. Dice al respecto el citado autor:

Algunos autores y fallos han sostenido que los socios responden por las deudas sociales sólo de manera subsidiaria; esto es, que los terceros acreedores deben previamente excluir los bienes de la sociedad para recién luego, en caso de quedar insatisfechos, agredir los bienes particulares de los socios. Lafaille lo entendía así, considerando que los socios revisten el carácter de cofiadores, seguido por Videla Escalada y luego por López de Zavalía; y Busso pensaba del mismo modo. Sin embargo ha terminado por prevalecer la opinión contraria: la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es directa y no subsidiaria, por lo cual los acreedores no están obligados a la previa exclusión de los bienes sociales. La solución es rigurosa, pero la expresión del artículo 1713 del cód. civil es concluyente. Se señala en tal sentido que los acreedores están habilitados para dirigir su acción directamente contra los socios, o bien para demandar en forma conjunta a la sociedad y a cada uno de sus miembros. Aunque la solución del artículo 1713 del cód. civil no altera la personalidad de la sociedad, ni afecta la diferenciación de su patrimonio de la de sus socios, implica una excepción al principio general establecido por el artículo 39 del cód. civil,²⁹ ya que en la sociedad civil los socios se convierten en codeudores de las deudas sociales. Su fundamento se explica sobre la base de dos ideas que se interrelacionan. Por un lado, el propósito de lucro que preside la actividad común en estas personas jurídicas, que justifica que los socios respondan por las obligaciones que contraiga el ente en su vida jurídica, atento a que lo constituyen y realizan la actividad común a través de él para obtener beneficios económicos y dividirlos entre sí. Por el otro, la consideración de que los terceros, al contratar con la sociedad, tienen en cuenta las personas de sus integrantes, su solvencia y seriedad. En todo caso, implica una garantía legal dirigida a proteger a los terceros y asegurarles el cobro de sus créditos.³⁰

Como vemos, la interpretación que da la doctrina de derechos reales al artículo 1713 del Código Civil, siguiendo a ALTERINI, no es la prevaleciente cuando se trata de analizar en sí misma la norma que se trae por analogía al caso de la propiedad horizontal. Parecería sin embargo excesivo que, mientras los socios de las sociedades comerciales gozan, por lo menos según el artículo 56 de la ley 19.550, del beneficio de excusión, no lo tengan los socios de la sociedad civil. Y si bien en el caso de esta última se puede, ante el texto expreso, inclinarse por la solución que da la doctrina mayoritaria en el supuesto de los consorcistas de la propiedad horizontal, resulta más acertado detener allí la analogía y recurrir a normas más

²⁹ Artículo 39 del Código Civil Argentino: “Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella”.

³⁰ MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Régimen de responsabilidad de los socios en las sociedades civiles irregulares o de hecho”, *El Derecho*, t. 227, Buenos Aires, p. 926.

apropiadas a la institución de que se trata. No se da en la propiedad horizontal el propósito de obtener beneficios que justifica la rigurosa interpretación del artículo 1713 del Código Civil.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad por aplicación del artículo 1750³¹ y 1747³² del Código Civil, los consorcistas responden en forma simplemente mancomunada por partes iguales, sin perjuicio luego de las acciones entre ellos para que cada uno termine contribuyendo con lo que le correspondía en proporción a su parte (artículo 1752 del Código Civil).³³

En definitiva, siguiendo a ALTERINI: responsabilidad de los consorcistas subsidiaria, simplemente mancomunada entre ellos, por partes iguales, y con derecho a repetir del resto de los comuneros lo que hubieran pagado en exceso.³⁴ Es también la posición de HIGHTON³⁵ y RACCIATTI.³⁶ La deuda luego se reparte entre los consortes en función de la proporción en la que deban contribuir en las partes comunes.³⁷ Debe agregarse que el consorcista, en la medida de su responsabilidad, responde con todos sus bienes.

4.1.1.2. *Quid de la insolvencia de uno de los consorcistas*

La incidencia de la insolvencia de uno de los consorcistas respecto del crédito contra el consorcio tampoco ha sido tratada por la doctrina especializada. Recurrimos nuevamente a la doctrina elaborada en torno a la sociedad civil y al trabajo, ya citado, del profesor MÉNDEZ SIERRA:

El artículo 1751 del cód. civil establece que en caso de insolvencia de uno de los socios frente a la deuda social debe observarse lo dispuesto en el artículo 1731. Este último impone que la parte del insolvente se partirá entre los demás socios “a prorrata de su interés social”. Vale decir, los socios deben asumir frente a los terceros acreedores la insolvencia de alguno de ellos, a prorrata de su participación social. Esto implica una alteración significativa del régimen de las obligaciones simplemente mancomunadas, donde la insolvencia de uno de los deudores perjudica solamente al

³¹ Artículo 1750 del Código Civil argentino: “Cuando las deudas pasivas de la sociedad fuesen cobradas de los bienes particulares de los socios, el pago se dividirá entre ellos por partes iguales, sin que los acreedores tengan derecho a que se les pague de otro modo, ni obligación de recibir el pago de otro modo”.

³² Artículo 1747 del Código Civil argentino: “Los socios no están obligados solidariamente por las deudas sociales, si expresamente no lo estipularon así. Las obligaciones contratadas por todos los socios juntos, o por uno de ellos, en virtud de un poder suficiente, hacen a cada uno de los socios responsables por una porción viril, y sólo en esta proporción, aunque sus partes en la sociedad sean desiguales, y aunque en el contrato de sociedad se haya estipulado el pago por cuotas desiguales, y aunque se pruebe que el acreedor conocía tal estipulación”.

³³ Artículo 1752 del Código Civil argentino: “Si los socios hubiesen pagado las deudas de la sociedad por entero, o por cuotas iguales o desiguales, la división entre ellos se hará en proporción a la parte en la sociedad, o a la parte en que participasen de las ganancias y pérdidas. Lo que alguno hubiese pagado de más será indemnizado por los otros”.

³⁴ ALTERINI, o. cit., pp. 742 ss.

³⁵ HIGHTON, o. cit., p. 246.

³⁶ RACCIATTI, *Manual de la propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 91.

³⁷ *Ibidem*.

acreedor y no afecta a los codeudores (artículo 677, cód. civil) [...] Y denota hasta qué punto la responsabilidad de los socios en la sociedad civil es ilimitada, ya que los acreedores pueden perseguir a los socios solventes hasta obtener íntegramente la satisfacción de su crédito, de manera tal que si sólo uno lo es, y todos los otros socios son insolventes, aquél deberá responder por el todo.³⁸

4.1.1.3. *La previa excusión de los bienes del consorcio*

Antes de hacer efectiva la responsabilidad contra los comuneros deben excutirse los bienes del consorcio.

No siempre la posibilidad del embargo de expensas implica que el consorcio sea suficientemente solvente como para que quede obstaculizada la acción contra los consorcistas. Ello es más evidente aún cuando solo un porcentaje de las expensas puede embargarse.

Así se decidió correctamente:

Cabe modificar la resolución por la cual se desestimó el embargo de las unidades funcionales de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, frente al incumplimiento del consorcio demandado respecto del pago de las cuotas de un acuerdo conciliatorio, habiéndose decretado, en cambio, el embargo en un 30% sobre la recaudación de expensas comunes, ya que si se retuviera mensualmente este porcentaje, harían falta aproximadamente tres años para recaudar tan sólo el capital ejecutado, plazo que luce desmesurado en atención al tiempo ya transcurrido desde el vencimiento de las cuotas reclamadas y la avanzada edad de la ejecutante —85 años—, debiendo permitirse a ésta, además, en caso de resultar insuficientes las sumas embargadas al consorcio, solicitar embargo sobre las unidades funcionales de los copropietarios, dividiéndose el monto ejecutado por partes iguales entre todos ellos, sin perjuicio de eventuales acciones de regreso, de acuerdo con las proporciones de cada uno en el pago de expensas.³⁹

La solución de la Cámara, que luce ajustada a derecho, máxime dada la edad de la acreedora, también lo sería siempre que la vía del embargo de las expensas implique dilatar irrazonablemente el cobro de un crédito que no tiene por qué ser pagado en cuotas. Si el consorcio obra correctamente e incluye el crédito debido al tercero en las expensas, lo recauda y lo abona cuanto antes, podrá evitar que la ejecución se dirija a los comuneros.

³⁸ MÉNDEZ SIERRA, o. cit., p. 926.

³⁹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, 16.5.2006, “Fervillotti, Francisca R. c. Consorcio de propietarios del edificio Dorrego 880/4”, *La Ley* 2006-E, 34.

4.1.2. Los comuneros responden en forma directa y en proporción a la porción de la deuda que les corresponde conforme el artículo 8.º de la ley 13.512

Marina MARIANI DE VIDAL ha propugnado que la responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio es directa. El acreedor puede demandar al consorcio y a los comuneros o a uno u otro, pero estos últimos solo responden en la proporción que les corresponde soportar en las deudas comunes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal.⁴⁰ Deduciendo tal responsabilidad de lo dispuesto en el artículo citado, cabe consignar que en la proporción establecida tampoco hay duda de que aquí estamos ante una responsabilidad ilimitada del consorte con todos sus bienes.

¿Qué ocurre en el marco de esta teoría si un consorcista es insolvente? ¿Se aplicarían las disposiciones de las obligaciones mancomunadas y la insolvencia debería soportarla el acreedor? La cuestión es dudosa. De todas maneras, a la luz de cualquiera de estas teorías, manteniéndose la responsabilidad del consorcio, puede haber aún maneras de salvar la insolvencia y de lograr el cobro total de la deuda. ¿Sería desencaminado, verbigracia, que se le ordenara al administrador liquidar la deuda en las expensas comunes y por esa vía, ejecutando a los consorcistas, que el consorcio obtenga los fondos para pagar sus deudas? Creemos que no. Incluso es pensable algún tipo de subrogación en los derechos del consorcio (artículo 1196 del Código Civil)⁴¹ para el caso de que este no procediera a ejecutar las expensas liquidadas.

4.1.3. La responsabilidad de los consorcistas en los eventos científicos y los proyectos de reforma

La segunda Conferencia Nacional de Propiedad Horizontal (Rosario, 1969) estableció que los consorcistas responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en los términos del artículo 1713 del Código Civil.

Las IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendaron *de lege ferenda* “establecer la subsidiariedad de los consorcistas en la extensión de sus respectivas proporciones y hasta el valor de su unidad”.

En cuanto a los proyectos de reforma, la Comisión especial designada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados para expedirse sobre un anteproyecto de

⁴⁰ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Las deudas del consorcio de copropietarios ¿sobre qué bienes pueden hacerse efectivas?”, en *El Derecho*, t. 45, Buenos Aires, p. 867.

⁴¹ Artículo 1196 del Código Civil argentino: “Sin embargo los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona”.

Propiedad Horizontal sobre el que había consultado la Secretaría de Justicia de la Nación, recomendó que se agregara en él que la responsabilidad del consorcio y la subsidiaria de sus miembros se rige por el artículo 1713 del Código Civil.⁴²

El proyecto de 1987 estableció que los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus porcentuales (artículo 2617, último párrafo).

El proyecto de 1993 parte de una solución similar y dice: “Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus proporciones” (artículo 3126), pero agrega en el mismo artículo una significativa limitación: “en ningún caso la responsabilidad excederá el valor de su unidad funcional” (artículo 3126, último párrafo), con lo que la responsabilidad de los comuneros en ese proyecto no es ilimitada, sino restringida al valor de su piso o departamento.

El proyecto de 1998 establece que los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en proporción a sus alícuotas (artículo 1989).

4.1.4. Breve ensayo de solución: Responsabilidad subsidiaria y en proporción a sus porcentajes en la propiedad horizontal

Teniendo en cuenta que la situación no está expresamente resuelta por la ley 13.512, el intérprete debe tender a la solución que resulte más justa, y esta no es otra que la que vienen propugnando los proyectos de reforma. Sin embargo, no debe perderse de vista que el vacío normativo es tal que siempre será posible fundar una solución distinta en una norma diversa. Repetimos que se impone la solución legislativa.

4.1.4.1. Responsabilidad subsidiaria

Creemos que puede sostenerse la responsabilidad subsidiaria echando mano al artículo 56 de la Ley de Sociedades:

La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa exclusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate.

Debe descartarse el artículo 1713 del Código Civil, que nos lleva por otro camino, pero que podemos soslayar dado que se trata de una solución especial para las sociedades

⁴² La Comisión la integraron los Dres. Jorge ALTERINI, Dalmiro ALSINA ATIENZA y Guillermo ALLENDE (véase ALTERINI, o. cit., p. 743).

civiles —acertada o no—, pero no la general del Código Civil que en principio declara la irresponsabilidad de los miembros de las personas jurídicas en su artículo 39:

Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella.

Incluso cabría cuestionarse cuál es la razón por la que los consorcistas como miembros de la persona jurídica consorcio deben responder por las deudas de este. Entendemos que tal responsabilidad se deduce sin esfuerzo del artículo 8.º de la ley 13.512:⁴³ en último término tales deudas con terceros se traducen en expensas dado que la marcha regular del consorcio requiere el pago de los créditos contraídos. Sin embargo, la norma del artículo 8.º no impone una responsabilidad directa de los consorcistas frente a terceros, sino con el consorcio. Por tanto, puede mantenerse que la responsabilidad es subsidiaria.

4.1.4.2. Responsabilidad en proporción a la deuda que le corresponde según el artículo 8.º de la ley 13.512

El artículo 56 de la Ley de Sociedades afirma la responsabilidad subsidiaria de los socios conforme al tipo social de la sociedad de que se trate.

La única norma relativa a responsabilidad en la ley 13.512 es la del mentado artículo 8.º, que indica:

Los propietarios tienen a su cargo en proporción al valor de sus pisos o departamentos, salvo convención en contrario, las expensas.

⁴³ Artículo 8.º de la ley 13.512: “Los propietarios tienen a su cargo en proporción al valor de sus pisos o departamentos, salvo convención en contrario, las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio, indispensables para mantener en buen estado sus condiciones de seguridad comodidad y decoro. Están obligados en la misma forma, a contribuir al pago de las primas de seguro del edificio común y a las expensas debidas a innovaciones dispuestas en dichas partes y bienes comunes por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta.

”Cuando las innovaciones ordenadas por los propietarios fueren, a juicio de cualquiera de ellos, de costo excesivo, o contrarias al reglamento o a la ley, o perjudiciales para la seguridad, solidez, salubridad, destino o aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio, pueden ser objeto de reclamación formulada ante la autoridad judicial, y resuelta por el trámite correspondiente al interdicto de obra nueva, pero la resolución de la mayoría no será por eso suspendida sin una expresa orden de dicha autoridad.

”Cualquiera de los propietarios, en ausencia del administrador y no mediando oposición de los demás, previamente advertidos, puede realizar expensas necesarias para la conservación o reparación de partes o bienes comunes con derecho a ser reembolsados. Podrá también, cualquiera de los propietarios realizar las reparaciones indispensables y urgentes sin llenar los requisitos mencionados, pudiendo reclamar el reembolso en la medida en que resultaren útiles. En su caso, podrá ordenarse restituir a su costa las cosas a su anterior estado.

”Ningún propietario podrá liberarse de contribuir a las expensas comunes por renuncia del uso y goce de los bienes o servicios comunes ni por abandono del piso o departamento que le pertenece”.

Por tanto, la responsabilidad de los consortes se concreta en esa proporción, incluso respecto a los terceros.

4.1.5. La responsabilidad de los consorcistas en el proyecto de Código Civil unificado del 2012

Extrañamente el proyecto de 2012 en contra de toda la tradición de los proyectos de reforma del último cuarto del siglo XX en la Argentina no establece cómo responden los consorcistas por las deudas del consorcio. Hemos criticado desde la Cátedra y en conferencias dadas sobre el tema la falta de solución del proyecto de 2012.

En un reciente artículo, Jorge ALTERINI ha afirmado con razón:

Creo advertir una omisión, y significativa, al no regularse cómo responden los consorcistas por las deudas del consorcio, tema que ha dado lugar a múltiples disputas doctrinarias y jurisprudenciales, y que procuró superar el Proyecto de 1998 con el art. 1989: “La sentencia que se pronuncie contra el consorcio tiene autoridad de cosa juzgada con relación a los propietarios. Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus alícuotas”. La supresión de este texto, meditada o no, implica que es aplicable lo dispuesto por el art. 143 *in fine*: “los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.⁴⁴

Creemos que, a la manera que hemos explicado en el apartado anterior, la doctrina y la jurisprudencia podrán construir la responsabilidad del consorcista echando mano al artículo 2046 del proyecto:

El propietario está obligado a: [...] c) pagar expensas comunes ordinarias y extraordinarias en la proporción de su parte indivisa [...],

y al artículo 2048:

Cada propietario [...] debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador. Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros. Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea.

⁴⁴ ALTERINI, Jorge Horacio, “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, *Academia Nacional de Derecho*, 4.9.2012, Buenos Aires, p. 1.

Estas normas pueden cumplir la función del artículo 8.º de la ley 13.512 vigente y permitir elaborar una doctrina como la que propugnamos en la sección 4.1.4. Pero ciertamente resulta inadmisibles que el proyecto haya desperdiciado la oportunidad de consagrar expresamente la tendencia doctrinal ampliamente dominante y deje la cuestión librada a una jurisprudencia que deberá consolidarse a través del tiempo, con la consiguiente multiplicación de pleitos.

4.2. LOS CONSORCISTAS RESPONDEN CON TODOS SUS BIENES

Con cualquiera de las teorías espigadas en el apartado anterior no hay duda de que los consorcistas responden con todos sus bienes en forma ilimitada. Su responsabilidad no se ciñe solo a la unidad de la que son titulares en el consorcio o al valor de esta. No existe una limitación de responsabilidad como la contenida en el ya referido último párrafo del artículo 3126 del proyecto de 1993: “en ningún caso la responsabilidad excederá el valor de su unidad funcional”.

Esto significa que el acreedor puede perseguir al consorcista responsable en otros bienes de su patrimonio.

Todo el patrimonio del deudor está afectado a la satisfacción de los créditos, cualesquiera sean su origen o causa fuente.⁴⁵

4.3. RESPONSABILIDAD DE QUIEN HA COMPRADO LA UNIDAD CUANDO EXISTE UNA DEUDA CON TERCEROS POR CAUSA ANTERIOR A LA ADQUISICIÓN

Una cuestión interesante estriba en si la obligación de reparar los daños ocasionados a un tercero por el consorcio, y del que los consorcistas son también responsables en los términos que vimos en los apartados anteriores, se transmite a quienes adquirieron el dominio de la unidad funcional —y por ende la calidad de consorcista— con posterioridad al hecho dañoso.

La cuestión tiene su similitud⁴⁶ con la que abordó en su oportunidad la Cámara Civil en pleno de la Capital Federal sobre si la obligación de reparar los daños ocasionados

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 02/02/2010, “Consortio de Propietarios Güemes 4044 c. Duek, Ernesto Marcos”, *La Ley online*, AR/JUR/3/.

⁴⁶ Véase en este sentido GURFINKEL DE WENDY, Lilian, *La propiedad horizontal. Análisis dogmático de la ley 13.512*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 276.

por la construcción de un inmueble se transmite a los futuros adquirentes del dominio.⁴⁷ El plenario se había planteado porque la Sala F entendía, en contradicción con la Sala A de la misma Cámara, que “el hecho de que el perjuicio se haya originado con anterioridad a la transmisión del inmueble adquirido por el demandado no modifica la responsabilidad del propietario actual frente a su vecino, sin perjuicio del ejercicio de la acción que corresponda a aquél contra sus antecesores en el dominio”. En el plenario que respondió negativamente a la cuestión propuesta puede destacarse el voto de CIFUENTES, quien argumentó:

La obligación de reparar los daños ocasionados al propietario vecino por la construcción de un inmueble, tiene clara procedencia en la responsabilidad extracontractual. [...] Esta responsabilidad civil [...] no puede sino derivar en un derecho personal que asienta en la idea de culpa. De ahí que, en principio, sea intransmisible dicha responsabilidad a los futuros adquirentes del dominio, quienes han sido ajenos al acto u omisión ilícitos. [...] Aun suponiendo, como en algún caso se sostuvo, que se tratara, por parte del dueño del inmueble en construcción, de una responsabilidad objetiva [...] ella no deriva de la cosa en sí, del puro señorío de la voluntad que corresponde al dominio, sino del hecho por mano propia o ajena sobre esa cosa. Una conclusión distinta que trasladara a quien adquiriera por acto entre vivos, al sucesor singular, la obligación de reparar o resarcir (reconstruir la cosa dañada o pagar en dinero la indemnización pertinente), no solamente desconocería el fundamento de dicha responsabilidad y la proyección del artículo 497 sino que consagraría una solución injusta al hacer pagar a terceros culpas ajenas. Sustraería el tema de su característica originaria y principal, encuadrada en los conceptos legales de los arts. 1066 y ss., 1109 y 1113 CCiv., para ubicarlos en la pura relación de señoría que es el elemento de la llamada obligación *propter rem*. Es insostenible arribar a la conclusión de que la obligación de resarcimiento en este caso asienta en la misma cosa transmitida, respecto de la misma cosa, puesto que está generada en el hecho, acto u omisión obrado sobre la cosa, que son la causa productora del daño. Luego, acorde con lo dispuesto en el artículo 3266 dicha obligación no pasa al sucesor particular.

Por su parte, Jorge ALTERINI, en su voto en el plenario citado, luego de caracterizar acabadamente las obligaciones ambulatorias concluyó:

Es evidente que las obligaciones nacidas de daños y perjuicios son distintas de las “obligaciones *propter rem*”, en nada se vinculan con las “cargas reales” y la acción de daños y perjuicios no encasilla entre las acciones personales que por sus efectos reipersecutorios son calificadas como “*in rem scriptae*”. Por tanto [...] no dudo que la obligación de reparar los daños ocasionados por la construcción de un inmueble no se transmite a los futuros adquirentes del dominio.

⁴⁷ Cámara Nacional Civil en pleno, 11 de mayo de 1977, “Dodero, Hipólito C. v. Consorcio Neuquén 586/88/90 y/u otro”, *Lexis* n.º 60000999.

Aplicada esta línea de pensamiento a nuestro caso, no habría motivo para que las deudas de los consorcistas —no con el consorcio sino con terceros— se consideraran traspasadas a los adquirentes, y que estos respondieran ante tales terceros por la sola circunstancia de haber adquirido una unidad funcional a posteriori del acaecimiento del hecho dañoso.

Pero desde otro ángulo se ha sostenido la responsabilidad del nuevo adquirente por aplicación del artículo 1675 del Código Civil. Como se recordará, este dispone que “el cesionario admitido como socio, quedará obligado para con la sociedad, o para con los socios y los acreedores sociales, como el socio cedente, cualesquiera que hayan sido las cláusulas de la cesión”. En virtud de ello se sostiene que el nuevo consorcista adquiere el activo y el pasivo consorcial no por ser una obligación *propter rem*, sino porque frente al tercero se es consorcista y entonces responderá como su antecesor tanto contractual como extracontractualmente.⁴⁸ En igual sentido se ha dicho que el adquirente debe pagar la acreencia y luego puede repetir contra el que era el titular de la unidad cuando ocurrió el hecho, sin liberar la venta a este de la deuda.⁴⁹

No se olvide, por otra parte, que siempre el consorcio podrá incluir la deuda con terceros dentro de la liquidación de expensas y así pagar al acreedor reclamante, con lo que quien resulta adquirente con posterioridad al hecho o acto que generó la responsabilidad consorcial se verá obligado al pago.

Se ha recomendado asimismo como prudente que el escribano interviniente en la operación de la enajenación de la unidad no solo pida al administrador un estado de la deuda de expensas, sino también de los juicios que se hubieran iniciado contra él, así como de los reclamos de que tuviera conocimiento.⁵⁰

4.4. RESPONSABILIDAD DE LOS EXCONSORCISTAS

¿Qué ocurre con quienes eran consorcistas a la fecha del hecho que originó la responsabilidad del consorcio?

No parece que conforme las normas vigentes la enajenación de la unidad libre al exconsorcista de su responsabilidad respecto de las deudas generadas cuando él era titular.

Puede invocarse como norma análoga el artículo 1742 del Código Civil:

⁴⁸ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ JULIÁ, Luis; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.; Lambois, Susana; ARATA, Rodolfo V., y SGRILLETI, Alfredo M., *Responsabilidad civil. Administradores. Consorcios. Consorcistas. Vecinos. Teoría y práctica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1986.

⁴⁹ GOLDENBERG, Alicia E., y HUMPHREYS, Ethel, *Régimen de la propiedad horizontal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, *Lexis* n.º 8000/002070.

⁵⁰ GURFINKEL DE WENDY, *La propiedad...*, o. cit., p. 279.

De la exclusión o de la renuncia de cualquiera de los socios, resultarán los efectos siguientes: [...] 3º. En cuanto a las deudas pasivas de la sociedad, hasta el día de la exclusión o renuncia, los acreedores conservarán sus derechos contra el socio excluido o renunciante del mismo modo que contra los socios que continuasen en la sociedad, aunque éstos hayan tomado a su cargo el pago total; salvo si expresamente y por escrito, exonerasen al socio excluido o renunciante.

Los fundamentos del plenario citado en el apartado anterior también abonan la subsistencia de la responsabilidad de los exconsorcistas.

4.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA PRONUNCIADA CONTRA EL CONSORCIO EN RELACIÓN CON LOS CONSORCISTAS

4.5.1. ¿Es ejecutable la sentencia contra los consorcistas?

Una parte de la doctrina sostiene, con base en el artículo 56 de la ley 19.550, que acaso sea ajustado a derecho y razonable sostener que la sentencia contra el consorcio tiene fuerza de cosa juzgada contra los consorcistas.⁵¹

Otra línea argumental rechaza la solución del artículo 56 de la ley 19.550 que propicia la expansión de la cosa juzgada. Afirma que, siendo aplicables las normas de la sociedad civil, los consorcistas actúan como fiadores y tendrían derecho a ser oídos en los términos del artículo 2023 del Código Civil;⁵² por lo tanto, debería correrse el traslado de la sentencia por un plazo determinado a fin de oponer las defensas que consideren pertinentes.⁵³

En sentido similar pero refiriéndose a otro instituto, MÉNDEZ SIERRA sostiene:

Lo establecido para las sociedades comerciales por el artículo 56 de la ley 19.550 es una excepción a las reglas comunes sobre los efectos de la cosa juzgada, ya que se trasvasan sus límites subjetivos, al hacerse recaer los efectos de la *res judicata* sobre sujetos que no han litigado en el proceso. No puede, pues, ser extendida su aplicación por vía de analogía. Por lo demás, tampoco podría argumentarse, como sucedía bajo la vigencia del Código de Comercio en materia societaria, que en el pleito en que el socio administrador ha representado a la sociedad también lo ha hecho respecto de los demás socios, y así han estado presentes por su intermedio todos los socios, por lo que la sentencia dictada hace cosa juzgada respecto de todos ellos, individualmente considerados. Ello resultaría artificioso, ya que la representación de la sociedad en un proceso no puede implicar válidamente que quien la invista, a la vez y por el solo hecho de hacerlo, represente simultáneamente a los socios en forma personal, ya que estos últimos son sujetos distintos de aquélla.⁵⁴

⁵¹ ALTERINI, "Responsabilidad...", o. cit., p. 744.

⁵² Artículo 2023 del Código Civil argentino: "El fiador puede intervenir en las instancias entre el acreedor y el deudor, sobre la existencia o validez de la obligación principal; y si no hubiese intervenido, las sentencias pronunciadas no le privan de alegar esas excepciones".

⁵³ REYES, Rafael H., "Notas sobre responsabilidad en el consorcio", *Jurisprudencia Argentina*, t. 2001-IV-882.

⁵⁴ MÉNDEZ SIERRA, o. cit., p. 926.

Debe recordarse que, si bien el artículo 9, inciso *a*, y 11 de la ley 13.512 denominan al administrador “representante de los propietarios”, la doctrina considera que este es representante de la persona jurídica consorcio y no de los consorcistas.

4.5.2. Dificultades procesales

Trasladar la sentencia contra el consorcio a los consorcistas presenta dificultades de índole procesal. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en un estudio sobre el tema,⁵⁵ se pregunta cómo puede ejecutarse una deuda contra quien no figura en la sentencia de condena. Para explicar la posibilidad de trabar embargo sobre bienes de los comuneros no demandados, afirma que la actividad ejecutiva puede alcanzar a hechos o personas que, sin figurar en el *nominatim* del título ejecutivo, pueden colocarse en una situación jurídica análoga a la del ejecutado en razón de una ligazón jurídica con la persona que ha sido condenada. En el tema bajo estudio, más que ligazón entre la comunidad y sus componentes, se produciría una suerte de subsunción de los comuneros en la comunidad a través de la situación representativa existente entre ambos. Establece luego una serie de soluciones a la manera de reglas del pretor que tampoco, a nuestro juicio, terminan de solucionar el problema, el cual se puede complicar y mucho, previsiblemente, en forma directamente proporcional al número de consortes. Habría también que considerar en el caso citar como terceros al juicio a los consorcistas para que estos no puedan luego cuestionar lo que no observaron en el trámite de la litis.

Los modernos proyectos de reforma intentaron solucionar el tema legislativamente adoptando una solución similar a la del artículo 56 de la ley de sociedades.

Así, el proyecto de 1987, en el artículo 2617 *in fine*, establece: “La sentencia que se dicte contra el consorcio tendrá autoridad de cosa juzgada contra los propietarios”. En similares términos se expresa el artículo 3126, primer párrafo, del proyecto de 1993: “La sentencia que se pronuncia contra el consorcio tiene autoridad de cosa juzgada con relación a los propietarios”. El mismo proyecto —con evidente ánimo de respetar el derecho de defensa de los consorcistas en alguna medida— impone al administrador, en el artículo 3148, inciso 10: “Notificar a todos los propietarios inmediatamente, y en ningún caso después de las cuarenta y ocho horas hábiles de recibir la comunicación respectiva, la existencia de reclamos administrativos o judiciales que afecten al consorcio”. El proyecto de 1998 contiene dos normas análogas a las citadas del proyecto de 1993 en los artículos 1989 y 2010, inciso *j*.

⁵⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Embargos ordenados contra uno de los consorcistas”, en *Propiedad Horizontal. Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-2, Buenos Aires, p. 313.

Estamos nuevamente ante un tema que requiere una solución legislativa. Solo muy dificultosamente y mediante normas análogas se puede con las reglas actuales llegar a una solución para el derecho vigente, la que obviamente no conformará a todos. Se produce una tensión entre economía procesal, seguridad jurídica y eficacia de la sentencia, por un lado, y el derecho de defensa de los consorcistas, por el otro. Ello engendra inseguridad de los litigantes a la hora de elegir las vías procesales adecuadas para que la sentencia a dictarse sea efectiva. Usualmente se demanda solo al consorcio y se actúa sobre él para que este termine obligando a los consorcistas a abonar las expensas para afrontar la deuda con terceros. Se requiere pues adoptar una expresa solución legal, y al parecer las de los proyectos de 1993 y 1998 son acertadas en este aspecto.

Nuevamente el proyecto de 2012, en forma inexplicable, omite toda reglamentación en este fundamental aspecto, que queda librado nuevamente a la doctrina y la jurisprudencia y sin duda dará lugar a la multiplicación de pleitos en desmedro de la seguridad jurídica.

5.

¿PUEDE EL CONSORCIO CONCURSARSE O SER DECLARADO EN QUIEBRA?⁵⁶

En uno de los fallos más representativos de las tesis de la personalidad del consorcio, como fue *Consortio de Propietarios Edificio 9 de Julio*, la Cámara Civil de Mar del Plata, por mayoría con el voto de SOLARI BRUMANA, admitió el pedido de su propio concurso civil que efectuó el mencionado consorcio, el cual por asamblea había designado mandatarios y los había autorizado a presentar el concurso. La fundamentación del Dr. SOLARI BRUMANA discurrió principalmente por la admisión de la personalidad del consorcio, lo que llevaba a admitir su carácter de sujeto concursable.⁵⁷

La Cámara Nacional Comercial, Sala A, partiendo también de la admisión de la personalidad del consorcio, admitió en teoría que podía peticionarse la quiebra de este por un acreedor, pero condicionó su procedencia, por ser también responsables los consorcistas por las deudas del consorcio, a la “constitución en mora e interpelación infructuosa a quienes integran como copropietarios el consorcio”. Dado que en el caso no se había cumplido con

⁵⁶ Sobre el tema véase COSSARI, Nelson G. A., “Algunas consecuencias de la personalidad del consorcio de propiedad horizontal”, *El Derecho*, t. 230, p. 956.

⁵⁷ Cámara 1.º Civil de Mar del Plata, 22 de abril de 1969, “Consortio de Propietarios Edificio 9 de Julio”, *Jurisprudencia Argentina*, 1969-V- 649.

tal extremo, entendió que no existía la cesación de pagos del consorcio en el sentido de impotencia económica para afrontar el crédito que fundamente la acción, por lo que a la postre rechazó la demanda.⁵⁸

Por su parte la Sala C de la Cámara Nacional Comercial entendió que no puede admitirse el pedido de quiebra contra el consorcio de propietarios si no se prevé la citación de los consorcistas que, en orden a los efectos personales y patrimoniales que se derivan de la quiebra, estarían directamente afectados y sin posibilidad de ejercer su derecho de defensa.⁵⁹

Más recientemente la Sala D de la misma Cámara⁶⁰ dijo:

[Si bien el] consorcio de propietarios no es sujeto excluido de la quiebra por norma legal alguna [...] si la quiebra (a) impide al fallido celebrar nuevos contratos y actos jurídicos y (b) produce la disolución de la persona jurídica, se presenta como inaplicable al consorcio de propietarios el régimen de la quiebra, pues (a') necesariamente el consorcio deberá continuar funcionando y realizando los contratos y actos jurídicos imprescindibles para la administración de las cosas comunes, y (b') no será disuelto el consorcio —lo que es imposible, pues necesariamente continuará operando, como se dijo— y no será liquidado su patrimonio no ejecutable —porque seguirá sometido a la permanente indivisión forzosa—.⁶¹ Es decir: más allá de la personalidad jurídica del consorcio y de la inexistencia de previsión legal que lo excluya del régimen de la quiebra, existe una imposibilidad jurídica, fáctica y funcional de aplicar dicho régimen al consorcio de propietarios de la ley 13.512; ello es así, porque decretada la quiebra de una persona de esta especie, tal quiebra no tendría ni podría tener los efectos que le son propios y típicos.

En doctrina nos hemos pronunciado por la posibilidad tanto del concurso preventivo como de la quiebra del consorcio.⁶² COSTANTINO, por su parte, entiende que hay “responsabilidad directa del consorcio por las deudas contraídas, lo que lo hace naturalmente sujeto pasivo de un proceso falencial, ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria e ilimitada de los consorcistas, pero no solidaria, en caso de insolvencia del consorcio”.⁶³ Coinciden

⁵⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 30 de octubre de 1996, “Consortio de Propietarios de la calle Perú 1724, pedido de quiebra de Ramírez, Eva”, *El Derecho*, t. 171, p. 601.

⁵⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 10 de octubre de 2003, “Consortio de Propietarios Edificio Ambrosetti 190”, *La Ley*, t. 2004-B, p. 982.

⁶⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 26 de diciembre de 2005, “Consortio de Propietarios de Edificio C. Calvo 869/75, le pide la quiebra Álvarez Egues, Neidi”, *Lexis*, n.º 70023589.

⁶¹ Debe advertirse que la Sala cae en el error de confundir los bienes comunes en la propiedad horizontal, en condominio de indivisión forzosa entre los consorcistas, con el patrimonio del consorcio.

⁶² COSSARI, Nelson G. A., “Concursalidad de los consorcios de propiedad horizontal”, *Zeus*, t. 61, enero-abril 1995, D-43.

⁶³ COSTANTINO, Juan Antonio, “Quiebra del consorcio de propietarios y de los consorcistas por deudas consorciales. Su factibilidad”, *El Derecho* t. 174, p. 1006, critica el fallo “Consortio de Propietarios de la calle Perú 1724”, ya citado, entendiendo que debió haber abierto la quiebra.

asimismo con el carácter de concursable del consorcio CURA GRASSI,⁶⁴ REYES⁶⁵ y GURFINKEL DE WENDY.⁶⁶

La doctrina concursal también se inclina por la procedencia de la declaración de quiebra del consorcio. En tal sentido se expiden MARTORELL,⁶⁷ ROITMAN y DI TULLIO.⁶⁸ Estos últimos autores concluyen que del carácter de persona del consorcio y la titularidad de un patrimonio, se desprende como lógica consecuencia la posibilidad de su concursabilidad, tanto preventiva como liquidativa.

Por su parte, HIGHTON entiende que, siendo el consorcio una persona necesaria que debe tener continuidad, no puede disolverse, dado que la indivisión forzosa del inmueble hace ineludible la permanencia del consorcio, por cuanto el régimen de este derecho real requiere su existencia y su creación no es optativa ni automática. Entiende que la única forma en que el consorcio desaparecería sería a través de la subasta de todo el inmueble, que pasara a manos de un solo propietario. Concluye que el consorcio está excluido de la admisibilidad del concurso, para lo cual interpreta en forma amplia el último párrafo del artículo 2.º de la ley 24.522, Ley de Concursos, que declara no susceptibles de ser declaradas en concurso a las personas “excluidas por leyes especiales”, entendiendo que a tales fines la ley 13.512 es una ley especial. Por último destaca que de admitirse la quiebra debe analizarse que ella importaría la quiebra de todos los propietarios, en los términos del artículo 160 de la Ley de Concursos.⁶⁹

Este último párrafo de la autora citada es el que justifica los esfuerzos por evitar que el consorcio sea sujeto de quiebra. En efecto, resulta sumamente duro para la sensibilidad jurídica media que quien ha adquirido un derecho real de propiedad horizontal sobre una unidad funcional pueda verse implicado en un proceso falencial, con los riesgos que esto implica para todo su patrimonio. Si puede sostenerse que cuando se elige un tipo social los potenciales socios deben informarse de las consecuencias y responsabilidades derivadas de él, distinto es en el caso de la propiedad horizontal, donde quien adquiere un departamento o una cochera no puede tener comúnmente presentes estas implicaciones. Una vía de solución para evitar esta consecuencia disvaliosa sería hacer una interpretación literal de los artículos 18 y 160 de la ley 24.522, aplicables al concurso preventivo y a la quiebra respectivamente. El artículo 18 dice que las disposiciones de los artículos 16 (actos prohibidos) y 17 (actos

⁶⁴ CURA GRASSI, Domingo C., “El consorcio de propietarios: personalidad, personería y consecuente responsabilidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2001-IV-882.

⁶⁵ REYES, o. cit.

⁶⁶ GURFINKEL DE WENDY, *La propiedad...*, o. cit., p. 267.

⁶⁷ MARTORELL, Ernesto, *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, Buenos Aires, 1998, t. 1, p. 414.

⁶⁸ ROITMAN, Horacio, y DI TULLIO, José, “Los concursos y la propiedad horizontal”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 2002-2, pp. 401 ss., en especial p. 415.

⁶⁹ HIGHTON, o. cit., pp. 563-564.

ineficaces) se extienden al patrimonio de los socios con responsabilidad ilimitada de las sociedades concursadas. Por su parte, el artículo 160 preceptúa:

[...] la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso. Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo.

Pues bien, la ley de concursos se refiere —y puede sostenerse más que razonablemente que solamente en ellos pensó el legislador— a socios con responsabilidad ilimitada en —precisamente— sociedades. El consorcio es persona jurídica, pero no es una sociedad; por tanto, los consorcistas no están alcanzados por esta norma que, aplicada en este caso por analogía, llevaría demasiado lejos las consecuencias.

Por tanto, una interpretación marcadamente literal coincide con la voluntad del legislador y lleva a una interpretación justa y equitativa teniendo en cuenta el resultado al que se arriba. El concurso del consorcio, o su quiebra, no producirá, entonces, efectos reflejos en los comuneros.

6. CONCLUSIÓN

Como puede observarse, el régimen argentino es diverso del uruguayo, donde el consorcio no es persona jurídica y por ende no es un actor en el mundo del derecho, por lo que no puede demandar ni ser demandado.⁷⁰

Los argentinos, en cambio, aun ante la ausencia de toda regulación legal, nos decantamos por reconocer personalidad al consorcio. Ello no ha traído mayores inconvenientes y nosotros nos enrolamos en esa postura. Sin embargo, puede endilgársele al legislador argentino la falta de legislación específica en cuanto a la manera de responder de los consorcistas, en la que persistirá si el proyecto de 2012 se convierte en ley, pese a estar en mora ante los incesantes reclamos de la doctrina y la jurisprudencia. A ello se suman las dudas sobre qué efectos causan sobre los consorcistas el concurso o la quiebra del consorcio.

⁷⁰ Véase CARBAJALES, Eduardo, “Naturaleza jurídica de la copropiedad en el régimen de propiedad horizontal en el derecho positivo uruguayo: ¿es o no persona jurídica? Consecuencias. Necesidad de adecuación de aspectos sustanciales y procesales para las situaciones analizadas”, en “Estudios de Derechos Reales”, *Jurisprudencia Argentina*, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Jorge Horacio, “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, *Academia Nacional de Derecho*, 4.9.2012, Buenos Aires, p. 1.
- “Responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio”, en *El Derecho*, t. 56, Buenos Aires, p. 736.
- ALTERINI, Jorge Horacio, y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, en *La Ley*, t. 2007-C, Buenos Aires, p. 1076.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.ª ed., 1978 (edición de 1992 en línea en *Lexis* n.º 1111/783 (hoy *Abeledo Perrot on line*)).
- CARBAJALES, Eduardo, “Naturaleza jurídica de la copropiedad en el régimen de propiedad horizontal en el derecho positivo uruguayo: ¿es o no persona jurídica? Consecuencias. Necesidad de adecuación de aspectos sustanciales y procesales para las situaciones analizadas”, en “Estudios de derechos reales”, *Jurisprudencia Argentina*, 2012.
- COSSARI, Nelson G. A., “Algunas consecuencias de la personalidad del consorcio de propiedad horizontal”, *El Derecho*, t. 230, p. 956.
- “Concursabilidad de los consorcios de propiedad horizontal”, *Zeus*, t. 61, enero-abril 1995, D-43.
- COSTANTINO, Juan Antonio, “Quiebra del consorcio de propietarios y de los consorcistas por deudas consorciales. Su factibilidad”, *El Derecho* t. 174, p. 1006.
- CÚNEO, María Martha, “La personalidad del consorcio en el registro de la propiedad de la provincia de Buenos Aires”, ponencia en el *XIII Congreso Nacional de Derecho Registral, Libro de Ponencias*, Mendoza, 2004, p. 47.
- CURA GRASSI, Domingo C., “El consorcio de propietarios: personalidad, personería y consecuente responsabilidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2001-IV-882.
- GOLDENBERG, Alicia E., y HUMPHREYS, Ethel, *Régimen de la propiedad horizontal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian, “¿La mora en el pago de las expensas comunes impide accionar contra el consorcio de propietarios?”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2005-III, Buenos Aires, 2005, p. 726.
- *La propiedad horizontal. Análisis dogmático de la ley 13.512*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

- HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ JULIÁ, Luis; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.; LAMBOIS, Susana; ARATA, Rodolfo V., y SGRILLETI, Alfredo M., *Responsabilidad civil. Administradores. Consorcios. Consorcistas. Vecinos. Teoría y práctica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1986.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Embargos ordenados contra uno de los consorcistas”, en *Propiedad Horizontal. Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-2, Buenos Aires, p. 313.
- LAQUIS, Manuel, y SIPERMAN, Arnaldo, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- LAQUIS, Manuel, “Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios”, en *La Ley*, t. 1985-A, La Ley, Buenos Aires, p. 534.
- LAQUIS, Manuel, y SIPERMAN, Arnaldo, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 6.ª ed., 1975.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, “Las deudas del consorcio de copropietarios ¿sobre qué bienes pueden hacerse efectivas?”, en *El Derecho*, t. 45, Buenos Aires, p. 867.
- MARTORELL, Ernesto, *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Régimen de responsabilidad de los socios en las sociedades civiles irregulares o de hecho”, *El Derecho*, t. 227, Buenos Aires, p. 926.
- MOLINARIO, Alberto D., “Inexistencia de personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512”, en *El Derecho*, t. 120, Buenos Aires, p. 41.
- MORENO QUESADA, Bernardo, *Curso de derecho civil*, t. III, “Derechos reales y registral inmobiliario”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- RACCIATTI, Hernán, *Manual de la propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- “La naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la ley argentina de propiedad por pisos o departamentos”, en *La Ley*, t. 71, Buenos Aires, p. 902.
- “Naturaleza jurídica y constitución de la propiedad por pisos o por departamentos en nuestro derecho”, en *La Ley*, t. 83, Buenos Aires, p. 124.
- *Propiedad por pisos o por departamentos*, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- REYES, Rafael H., “Notas sobre responsabilidad en el consorcio”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2001-IV-882.
- ROITMAN, Horacio, y DI TULLIO, José, “Los concursos y la propiedad horizontal”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 2002-2, p. 401.

La protección del cónyuge más débil en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena

Protection of the weaker spouse
in Chilean new law of civil marriage

*Cristián Lepin Molina**

RESUMEN. El principio de protección al cónyuge más débil fue incorporado recientemente por la legislación chilena, por lo que a través de este trabajo intentamos avanzar en su contenido y alcance, planteando la necesidad de que el juez le dé contenido en el caso concreto, fundamentando sus resoluciones. Además, se analizan los distintos mecanismos de protección del cónyuge débil en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, como son el derecho a compensación económica, la denominada *cláusula de dureza* y la aprobación judicial del convenio regulador, revisando las principales fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales existentes hasta la fecha.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Derecho de familia. Divorcio.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Abogado. Doctorando en Derecho Civil (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derecho (Universidad de Chile). Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de pre- y posgrado. Coordinador académico de la Escuela de Postgrado de la misma Universidad.

ABSTRACT. The principle of protection to the weaker spouse was recently joined by Chilean law, so through this work we try to move forward on the content and scope of the same, considering the need that the judge gives him content in the concrete case, basing its resolutions. In addition, the different mechanisms of protection of the spouse that is weak in the new law on civil marriage are herein analyzed, such as the right to financial compensation, the so-called clause of hardness and the judicial approval of the regulatory agreement, reviewing the main legal, doctrinal and jurisprudential sources existing to date.

KEY WORDS: Marriage. Family law. Divorce.

1. INTRODUCCIÓN

La ley n.º 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil (NLMC),¹ que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004, incorporó por primera vez en la legislación chilena el divorcio vincular. Con ello surge, desde la presentación del proyecto de ley, en 1995, y durante toda su tramitación, la preocupación por proteger al cónyuge que en el momento de la ruptura queda en una precaria situación económica.²

En el proyecto presentado en 1995 por un grupo de diputados de distintas bancadas parlamentarias, representantes de una gran parte del espectro político (con excepción del Partido Unión Demócrata Independiente), la protección del cónyuge débil se expresaba a través de la idea de establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro y procurar aminorar el daño que hubiera podido causar la ruptura, en los casos de divorcio en que se exigía un convenio regulador o establecer una pensión alimentaria por un tiempo determinado.³

¹ En adelante, NLMC.

² Así, INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, “Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer”, disponible en <http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio> (consulta: 10.6.2005). Véase *Boletín del Senado* 1759-18 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, “Aspectos económicos del divorcio”, pp. 1170 ss.; ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1999, pp. 159-162.

³ En el texto propuesto podemos encontrar dos disposiciones que hacen referencia al tema en comento: el artículo 63, que pretendía establecer el convenio regulador de las relaciones familiares, como una regla común a la separación, nulidad y divorcio, que en su parte final señalaba: “[...] es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian [...]”, y el artículo 65, que en su inciso final establecía: “[...] al respecto, y por resolución fundada, el juez podrá alterar las reglas de la distribución de gananciales o del crédito de participación, si los hubiere; disponer pensiones *alimenticias por tiempo limitado* a favor de los cónyuges; o *prever otra prestación* que asegure a favor de los hijos o el cónyuge relaciones equitativas”. La moción parlamentaria que da origen a la ley n.º 19.947 fue presentada el 28 de noviembre de 1995 por las diputadas Saa, Allende y Aylwin y los diputados Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo. El destacado es nuestro.

Posteriormente, en el segundo trámite constitucional, se fortaleció la idea de proteger al cónyuge más débil, mediante la incorporación del derecho de compensación económica (artículos 61 a 66 de la NLMC), la denominada *cláusula de dureza* que permite al juez rechazar el divorcio en caso de incumplimiento por el cónyuge demandante de la obligación alimenticia respecto del otro cónyuge o los hijos (artículo 55 de la NLMC) y, por último, a través del control realizado por el juez al aprobar un convenio regulador, calificándolo de completo y suficiente (artículo 55 de la NLMC).

A su vez, el legislador chileno incorporó en el artículo 3.º de la NLMC el deber del juez de familia de resolver los conflictos familiares teniendo cuidado de proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

En este trabajo se pretende profundizar sobre el contenido y el alcance del principio de protección al cónyuge más débil, de escasa elaboración doctrinaria, y analizar los principales mecanismos de protección establecidos por el legislador en la ley n.º 19.947.

2.

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE MÁS DÉBIL

Cuando hablamos de principios nos estamos refiriendo, siguiendo a DWORKIN, a proposiciones que describen derechos, cuyo cumplimiento es una exigencia de justicia.⁴ En el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que los principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.⁵

Para ALEXY los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.⁶

⁴ DORWIKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 72.

⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis- Depalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires, 1998, p. 70.

⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.ª ed., 2008, p. 67.

Desde nuestro punto de vista se trata de un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que con base en una determinada orientación resuelva el caso, por decirlo de una manera, legislando en cada caso en particular. Ello implica un reconocimiento de sus limitaciones por parte del legislador, en el sentido de que no puede prever todas las situaciones y debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente.

Por otra parte, para que este mandato no se transforme en arbitrio, debe el juez reproducir su razonamiento, señalando en sus sentencias, por ejemplo, quién es el cónyuge débil y cuál es la protección que se entrega en el caso en particular.⁷ Se evitan de esta forma las frases sacramentales que mencionan el principio como fundamento de la resolución sin fundamentar la decisión.

En consecuencia, el juez debe atenerse a los principios establecidos en la ley cuando interprete y aplique las materias reguladas en ella.

El principio de protección del cónyuge más débil, como se ha señalado, fue incorporado expresamente por la NLMC en el artículo 3.º, inciso 1.º, que señala:

Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.⁸

En cuanto a su alcance, recordemos que la NLMC regula lo concerniente a la celebración del matrimonio y su ruptura o quiebre. Todo lo vinculado a las relaciones de los cónyuges durante el matrimonio se regula, en nuestra legislación, en el Código Civil.⁹

⁷ Las exigencias de fundamentación de las resoluciones judiciales se encuentran en la ley n.º 9.968, que crea los tribunales de familia, a propósito de la valoración de la prueba en conformidad con las reglas de la sana crítica, artículos 32 y 66, n.os 4 y 5, que señalan el contenido de la sentencia.

⁸ No obstante, esta afirmación resulta discutible, ya que algunos autores han señalado: “[...] no se trata de un principio creado por la Ley de Matrimonio Civil, pues ya estaba consagrado en el Código Civil, por ejemplo, en las normas relativas a los bienes familiares (artículos 141 a 149); en las disposiciones de la sociedad conyugal destinadas a proteger a la mujer (especialmente en lo que se refiere a las limitaciones a la administración ordinaria de la sociedad conyugal, establecidas en el artículo 1749), en las normas que favorecen a la mujer para el pago de las recompensas que se le adeuden, al liquidarse la sociedad conyugal, según lo dispuesto en el artículo 1773, y en el beneficio de emolumento que opera a favor de la mujer, consagrado en el artículo 1777; y en aquellas que se consagran en el crédito de participación en los gananciales, al término de dicho régimen (artículos 1792-20 al 1792-26). Lo mismo ocurre con las normas de alimentos, tanto del Código Civil (artículos 321 al 337) como de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”. ORREGO ACUÑA, Juan, *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Metropolitana, Santiago, 2004, pp. 20 y 21, nota al pie.

⁹ Artículo 1.º de la ley n.º 19.947: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.

”La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.

El tenor literal del artículo en comento permite concluir que es un mandato dirigido al juez llamado a resolver el conflicto, principalmente en situaciones de quiebre matrimonial.

En consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3.º de la NLMC, su aplicación se restringiría a la ruptura, descartando su intervención durante la época que dure el matrimonio.

En las actas de la NLMC existe registro de que la preocupación de los legisladores al regular el divorcio vincular era la situación en que quedaban la mujer y los hijos al momento del término del matrimonio. Especial interés expresaron por la desigualdad en las *condiciones económicas* y el *poder de negociación* al momento de la ruptura. Así, la diputada SAA señaló durante el debate:

En el caso de la nulidad, el matrimonio termina, pero las mujeres y los hijos no tienen fuerza para negociar las condiciones en que quedan. En la práctica la nulidad somete al cónyuge más débil al poder económico del otro. Esto significa que, mediante el dinero, el cónyuge más fuerte podrá lograr una nulidad favorable amenazando, por ejemplo, con dejar de pagar la alimentación, la vivienda, la salud y los colegios. El resultado es que el cónyuge más débil se ve obligado a aceptar las condiciones de quien tiene el dinero. Agrega que la realidad indica que la mayoría de los cónyuges más débiles son mujeres, porque el 65 por ciento de ellas no tiene trabajo remunerado y muchas han dedicado su vida a atender el hogar, a los hijos y al marido. Por lo tanto, no tienen asegurada por sí mismas la atención en caso de enfermedad, de invalidez o vejez, o su propia mantención, mientras que los maridos, en su mayoría, perciben una remuneración por su trabajo y financian su previsión con el dinero de la sociedad conyugal.¹⁰

Así también se expresó:

¹⁰Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil".

Así, el Código Civil regula lo concerniente al matrimonio en el título IV, "Del matrimonio", artículos 102 a 123; en el título V, "De las segundas nupcias", artículos 124 a 130; en el título VI, "Obligaciones y derechos entre los cónyuges", artículos 131 a 178; en el título XXII, "De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal", artículos 1715 a 1792; y en el título XXII-A, "Régimen de la participación en los gananciales", artículos 1792-1 a 1792-27.

¹⁰ *Boletín del Senado*, n.º 1759-18, o. cit., p. 118. Similares argumentos en las pp. 285, 419 y 433.

La Comisión acordó tratar separadamente el tema planteado en el artículo 38¹¹ de la indicación de S. E. el Presidente de la República y en el artículo 48,¹² inciso segundo, de la indicación de los Honorables Senadores señores Chadwick y Romero y del ex Senador señor Díez, acerca de la protección legal que recibirá el cónyuge más débil, en caso de término del matrimonio.¹³

En consecuencia, las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se rigen por el principio de igualdad¹⁴ y, por excepción, el juez, al momento de la ruptura, deberá aplicar la ley de un modo que beneficie al más débil.

¹¹ Indicación proyecto de ley, artículo 38: “Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando las resultas de la liquidación del régimen de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos.

”Si el divorcio genere una situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado:

”Proceder a la declaración de bienes familiares.

”Constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieren conformado parte del patrimonio familiar de los cónyuges.

”Determinar el pago de un monto o de una *pensión compensatoria* por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio.

”Las medidas se adoptarán a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconvenional en el mismo procedimiento. En ambos casos, deberá resolverse en la sentencia definitiva.

”Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente:

”1.º La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges;

”2.º La edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges;

”3.º Las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral;

”4.º La eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar;

”5.º El aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común;

”6.º La eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio;

”7.º La existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges.

”Las medidas impuestas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo no procederán respecto del cónyuge que haya dado lugar al divorcio por falta que le sea imputable.

”En todo caso podrá solicitarse su modificación o cese, si hubieren variado las circunstancias que motivaron el establecimiento.

”En los casos previstos en las letras a) y b) del presente artículo, el cónyuge divorciado que no fuere beneficiario de la medida, podrá solicitar al tribunal el cese de la misma una vez transcurridos 5 años desde su imposición, para el solo efecto de proveer su enajenación. En este caso, la resolución que conceda la solicitud deberá determinar el porcentaje de la enajenación que corresponda al cónyuge beneficiario, a título compensatorio”.

¹² Indicación proyecto de ley, artículo 48: “Por la declaración de nulidad se tendrá el matrimonio como no celebrado para todos los efectos legales.

”No obstante, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione *alimentos* durante un plazo que no excederá de cinco años contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”.

¹³ *Boletín del Senado*, n.º 1759-18, o. cit., p. 587.

¹⁴ Sobre la igualdad entre cónyuges, cf. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n.º 2, Santiago, 2005, pp. 205-218; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 37 a 51, y BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia*, Thompson Reuters, Santiago, 2011, pp. 25 y 26.

La pregunta es ¿qué entiende la ley por cónyuge más débil? Como la ley no lo señala, debemos recurrir a la doctrina.

Para Pablo Rodríguez se entiende por cónyuge más débil “al que se encuentre en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desmedrada”.¹⁵

En un sentido similar, Rodrigo BARCIA señala:

Pareciera ser que la referencia al “cónyuge débil” no debe entenderse con relación al otro cónyuge por cuanto ello siempre supondría que uno de los cónyuges está en una situación de debilidad. Así, la debilidad del cónyuge debe ser evidente y configurarse por una causa objetiva, como podría ser una enfermedad.¹⁶

No compartimos lo señalado, ya que no cabe duda de que se legisló pensando en proteger a aquel cónyuge que se encontrará, con ocasión del quiebre matrimonial, en un posición de desmedro económico para comenzar su vida de forma separada e independiente.¹⁷

En la práctica, para determinar quién es el cónyuge más débil es necesario remitirse a los datos entregados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año 2002. Según estos, el aporte que hombres y mujeres hacen a cada tipo de trabajo es muy diferente. Las mujeres aportan con el 35 % de la fuerza laboral mercantil, lo que significa que un 65 % de ellas están dedicadas al trabajo doméstico no remunerado. Del total de personas que declararon dedicarse a las labores del hogar, el 95 % son mujeres.¹⁸ Según un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a 45 % llegó la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo en Chile en el año 2010,¹⁹ lo que indica que aumentó en un 10 %, pero aún está por debajo de la participación de los hombres en el mercado laboral.

En conclusión, la ley entiende que uno de los cónyuges (más débil) queda en una situación de desmedro económico frente al otro (más fuerte) cuando termina el matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, lo que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación.

¹⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil*, disponible en <www.abogados.cl> (consulta: 10.6.2005).

¹⁶ BARCIA LEHMANN, o. cit., p. 37.

¹⁷ En este sentido, GUERRERO BECAR, José, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Derecho*, vol. 21, n.º 2, Valdivia, p. 102. En el mismo sentido, HÜBNER GUZMÁN, Ana, “La nueva Ley de Matrimonio Civil: panorama y estructura general”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (coord.), *Matrimonio civil y divorcio*, Universidad de los Andes, Santiago, 2005.

¹⁸ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, Seminario Colegio de Abogados, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, 2005, p. 5.

¹⁹ Según un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a 45 % llegó la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo en Chile en 2010, lo cual posiciona al país en el undécimo lugar de América Latina en un *ranking* que lidera Perú, con un 62 %. El promedio de participación femenina en la región es de 50 %. En tanto, el desempleo femenino en Chile llegó a 10 % en 2010, lo que lo situó en el noveno lugar en América Latina. Véase <http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=38814> (consulta: 4.6.2012).

Este desmedro se va a manifestar con toda su crudeza con el retiro del estatuto del matrimonio, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 60 de la NLMC.

Si bien esto es cierto, el término de un matrimonio genera otro tipo de consecuencias o daños, como los psicológicos, por ejemplo, que no quedan amparados por este principio, y cuya reparación se puede lograr a través de las reglas generales de la responsabilidad civil.

La ley, además de consagrar el principio en comento, establece una serie de mecanismos de protección al cónyuge más débil.

3.

MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSAGRADOS EN LA LEY 19.947, NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

En este apartado corresponde analizar los mecanismos otorgados por el legislador en la NLMC para proteger al cónyuge más débil, que por regla general será la mujer, considerando su participación en el mercado laboral.

Las fórmulas a través de las cuales se concreta este principio son: el derecho a compensación económica, la denominada *cláusula de dureza* y las facultades del juez para la aprobación del convenio regulador, en los casos de divorcio de común acuerdo.

3.1. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La compensación económica se encuentra regulada en los artículos 61 a 66 de la NLMC, y se puede definir como:

El derecho que asiste a uno de los cónyuges —normalmente la mujer— cuando, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o nulidad, sufrirá por esta causa.²⁰

La compensación económica procede, según lo prescrito en el artículo 61 de la NLMC, en los casos de nulidad y de divorcio; se excluye el caso de separación judicial, sin

²⁰ RAMOS PAZOS, René, *Aspectos destacados de la ley 19.947, sobre matrimonio civil*, disponible en <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm>> (consulta: 12.7.2005).

perjuicio de que el artículo citado se encuentra ubicado en el capítulo VII de la ley, bajo el epígrafe “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”.²¹

Según Carmen DOMÍNGUEZ:

La única forma de entender esta figura es como “la forma concreta de tutela del cónyuge más débil que la ley contiene”. En efecto, es indudable que esta normativa, al introducir el divorcio vincular unilateral, privó al cónyuge más débil que se opone a él de todo poder de negociación. En efecto, éste (más bien ésta en la mayoría de los casos) ya no dispone de medios para oponerse al divorcio unilateral, de suerte que no tiene modo de evitar la pérdida de todos los derechos que provenían de su relación conyugal.²²

Las partes pueden convenir la procedencia de la compensación económica, su monto y su forma de pago,²³ siempre que cumplan con los siguientes requisitos (artículo 63 de la NLMC): que los cónyuges sean mayores de edad, que el acuerdo conste en escritura pública o acta de avenimiento y la aprobación del tribunal.

Las partes son libres para determinar el monto y la forma de pago, cumplidas las formalidades legales. En este sentido, pueden fijar cualquier monto, mediante una cifra única, dividida en cuotas, o mediante la transferencia de determinados bienes, en propiedad o en usufructo, o incluso establecer el pago de una renta vitalicia.²⁴

²¹ “La Comisión desechó la incorporación de la compensación en los casos de separación judicial, porque en su caso subsiste el matrimonio y precisamente por ello no puede contraerse uno nuevo. No solamente se mantiene el vínculo, sino que también algunos efectos especialmente de orden económico, como son los alimentos entre los cónyuges y los derechos hereditarios, lo que no ocurre con el divorcio y la nulidad. La compensación económica obedece a una lógica distinta, porque al haber divorcio o nulidad se perderán los derechos de alimentos y los hereditarios, así como otros beneficios previstos para el cónyuge, tales como los relacionados con prestaciones de salud o de carácter previsional, lo que no ocurre con la separación”, *Boletín del Senado*, n.º 1759-18, o. cit., p. 599.

²² DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 13 de octubre, Santiago, 2005, p. 5. En el mismo sentido, las sentencias de la Corte Suprema, de 5 de julio de 2010, causa Rol 2018-2010; de 13 de diciembre de 2010, causa Rol 5765-2010; y Primer Juzgado de Familia de Santiago, de 27 de mayo de 2009, causa Rit 5980-2007.

²³ Cf. LEPIN MOLINA, Cristián, “Autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, n.º 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, AbeledoPerrot - Thompson Reuters, Santiago, 2012, p. 12.

²⁴ Cf. LEPIN MOLINA, Cristián, “Formas de pago de la compensación económica. Autonomía de la voluntad y protección al más débil”, en *Estudios de Derecho Civil VII*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, Fabián Elorriaga (coord.), AbeledoPerrot - Thompson Reuters, Santiago, 2012. Así, respecto a la renta vitalicia, sentencia en causa Rit C-6930-2006, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago: “[...] con fecha 13 de noviembre del presente año, se prosiguió con la audiencia preparatoria, manifestando las partes que llegaron a acuerdo en materia de compensación económica en los términos registrados en el audio y que se resumen de la siguiente forma: la demandante confiere mandato irrevocable a su cónyuge, para que éste en su nombre y representación ejerza todos sus derechos en la sociedad [...] Ltda., como contraprestación a ello su cónyuge se obliga al pago de una renta vitalicia en beneficio de la demandante de compensación, por un monto de \$ 1.400.000, reajustables de conformidad a la variación del IPC o el factor que lo reemplaza, cada seis meses, la que se devengará a contar de la fecha de inscripción del divorcio, en los términos señalados y registrados en audio, agregando finalmente que en el tiempo intermedio, el demandado reconventional pagará por concepto de pensión de alimentos, la misma suma y en los mismos términos a la demandante. Dicho acuerdo se tuvo por aprobado en audiencia” (aprobada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol 781-2008). En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia causa rol 1286-2007, ha señalado: “[...] debe aprobarse el

En este caso opera el principio de autonomía de la voluntad; los cónyuges son libres para determinar su procedencia, cuantía y forma de pago, según se deduce claramente de los artículos 63 y 64 de la NLMC. Por tanto, en este caso se prescinde de la concurrencia de los requisitos de la compensación económica y, por tanto, de la determinación del cónyuge más débil.

También se puede establecer el monto y la forma de pago de la compensación en el acuerdo completo y suficiente, tratándose de un divorcio solicitado de común acuerdo, según lo prescrito en los artículos 55 y 63 de la NLMC.

A falta de acuerdo, el juez debe regular el derecho a compensación económica, pues está obligado a proteger al cónyuge más débil, determinando la procedencia, cuantía y forma de pago. Al establecer la cuantía deberá fijar el monto en una unidad reajutable y las seguridades para el pago.²⁵

En materia de pago de la compensación económica, la regla general es que deberá hacerse mediante la entrega de una suma de dinero, determinada e invariable,²⁶ preferentemente en un solo acto.²⁷

La firme intención del legislador es concentrar la determinación de la cuestión económica en un solo momento. Por lo mismo, razona sobre la idea de que el monto de la com-

acuerdo suscrito por los cónyuges en escritura pública en el cual convienen el pago de una compensación económica a favor de la demandada de divorcio, transfiriéndole un inmueble y efectuando pagos bajo la forma de pensión vitalicia, ya que todo esto importa un reconocimiento sobre la procedencia de la compensación económica y de la forma de pago de la misma, por lo que al juez sólo le corresponde considerar si se cumplen o no los requisitos que la ley exige para que se dé lugar a ella. En efecto, procede a aprobar el acuerdo, ya que teniendo un carácter patrimonial la compensación económica, que admite su renuncia, a contrario sensu se puede concluir que su otorgamiento por parte del demandado constituye una opción libre para concederla. Considerándola así, y en armonía con el principio de protección del cónyuge más débil, se supera lo estricto de la norma del artículo 61 NLMC”.

²⁵ LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.139.

²⁶ La Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 29 de julio de 2009, en causa rol 3911-2009, ha resuelto “que, a falta de acuerdo entre las partes, corresponde al juez de la causa establecer si se dan los requisitos que la institución exige y fijar su monto. De relacionar los artículos 63, 64, 65 y 66 de la Ley 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar *un monto determinado invariable en el tiempo*, cualquiera sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados —deudor o acreedor— posteriores a la sentencia que la regula”.

²⁷ En este sentido existe mayor similitud con la legislación francesa, en que se privilegia su fijación en una prestación única o a tanto alzado (artículo 273 del Código Civil francés), a diferencia de la legislación española, en que se puede regular como una pensión temporal o por tiempo indefinido, o como prestación única (artículo 97 del Código Civil español). De igual forma se ha resuelto en Chile, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 24 de febrero de 2009, en causa rol 1707-2008, que señala: “[...] el legislador no ordena pagar una pensión mensual, sino un monto determinado que es invariable. Luego, la compensación económica, será pagada de una sola vez, y por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas (Corte Suprema, 20 de diciembre de 2006, Rev. Leyes y Sentencias N.º 32, pág. 18)”. En igual sentido, la profesora VELOSO ha señalado: “[...] la ley contempla diversas posibilidades para su entero y pago. Con todo, puede sostenerse que la idea principal es pagarlo *de una sola vez*; de esta manera se evitan los inconvenientes del pago periódico, circunstancia potencialmente conflictiva a la luz de la experiencia comparada. Nótese que en Chile no se le denomina *pensión*, como en otros países, terminología que puede conllevar a la idea de periodicidad”, en VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en GROSMAN, Cecilia (dir.), y HERRERA, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 185.

pensación debe ser fijado en la sentencia y en una suma única y total que no admite revisión futura. Esto resulta ostensible de su regulación, pero también de la historia fidedigna en el Senado, de cuyo debate puede obtenerse que el esfuerzo permanente de quienes más intervinieron en él fue evitar que las cuestiones económicas dieran lugar a conflictos permanentes entre los excónyuges. Incluso se llegó a fundar esta forma de fijación de la compensación en que las personas de mayores recursos “también tienen derecho a reconstruir su familia y vivir en paz”, sin que deban estar obligados a destinar el mayor porcentaje de su sueldo a la mantención de la familia antigua y no a sostener su familia nueva.²⁸

El dinero podrá ser entregado en una o varias cuotas reajustables. Se faculta al juez para fijar cualquier forma de reajuste. La experiencia en los tribunales de familia en materia de pensiones alimenticias considera el alza que experimente el índice de precios al consumidor (IPC), que fija el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), o un porcentaje del ingreso mínimo remuneracional, que se reajusta por ley una vez al año, o también expresar el monto en unidades de fomento (UF) o unidades tributarias mensuales (UTM).²⁹

Respecto de las cuotas, el juez fijará seguridades para su pago. Por ende, podrá ordenar la constitución de una caución —ya sea una hipoteca o una prenda— sobre bienes determinados por parte del cónyuge deudor, o disponer que el empleador del cónyuge deudor retenga el monto a pagar³⁰ deduciéndolo de la remuneración del obligado.³¹

Existen otras modalidades de pago, como la entrega de acciones u otros bienes. Se trata de la transferencia del dominio de ciertos bienes que pueden ser muebles o inmuebles, acciones u otros valores. También la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiera tenido a la fecha de la constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviera en cualquier tiempo.

Por último, el juez podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual, afecta al decreto ley n.º 3.500, del cónyuge que deba compensar a la cuenta

²⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, “Compensación...”, o. cit., pp. 5 y 6.

²⁹ LEPIN MOLINA, *La compensación...*, o. cit., p. 145.

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, en causa rol 6710-2006: “Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 19.968, se revoca, en lo apelado, la sentencia de dieciséis de mayo de dos mil seis y en su lugar se decide que se acoge la demanda reconvenional del primer otrosí de fojas 18, sólo en cuanto se condena al demandante y demandado reconvenional a pagar a la actora reconvenional la suma de dinero equivalente a 310 (trescientas diez) unidades de fomento, pagadera en sesenta cuotas mensuales de 5,16 unidades de fomento cada una, debiendo solucionarse por medio de *retención* que practicará la respectiva institución previsional, a contar del mes siguiente a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada, sin costas por haber tenido el demandado reconvenional motivos plausibles para litigar”.

³¹ LEPIN MOLINA, “Formas de pago...”, o. cit., pp. 92 y 93.

de capitalización del cónyuge compensado, o, si esta no existe, a una cuenta de capitalización individual que se abra al efecto. Dicho traspaso no podrá exceder el 50 % de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio.³²

Por lo tanto, el juez, a falta de acuerdo de las partes, deberá fijar la forma de pago. Solo en caso de que no puedan aplicarse las formas mencionadas (artículo 65 de la NLMC) el juez puede fijar las cuotas necesarias, considerando la capacidad económica del deudor, y las cuotas respectivas se considerarán alimentos para efectos de su cumplimiento (artículo 66 de la NLMC). En este caso el legislador protege al cónyuge más débil asimilando las cuotas de compensación económica a la obligación alimenticia para efectos de hacer procedentes los apremios. Se discute si se aplican todos los apremios de los alimentos, como la reclusión nocturna, pero este tema excede los límites del presente trabajo.

De esta forma, la compensación económica es una manifestación de un principio de carácter general del derecho, la equidad, que en el caso de la legislación chilena faculta al juez para corregir la desigualdad entre los cónyuges proveniente del menoscabo económico que la ruptura puede generar en el más débil.

3.2. LA CLÁUSULA DE DUREZA

Otro de los mecanismos diseñados por el legislador chileno es la denominada *cláusula de dureza*, que permite al juez rechazar el divorcio por cese de convivencia solicitado unilateralmente, cuando a solicitud de la parte demandada verifique que el demandante, durante el período de cese de convivencia, no dio cumplimiento a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, en forma reiterada, pudiendo hacerlo (artículo 55, inciso 3.º, de la NLMC).³³

Según Jorge DEL PICÓ:

[Se trata de la] inclusión de un criterio restrictivo aplicado al derecho de demandar el divorcio en la modalidad unilateral, por una norma inspirada en la experiencia comparada, conocida como *cláusula de dureza*. Propiamente tal, no es la institución que, en doctrina, se conoce también como *cláusula de rigor*, pero comparte con ella la posibilidad reconocida al juez, de poder negar el divorcio cuando observa que existe una alta probabilidad de generar daños mayores que se puedan

³² El artículo 80 de la ley n.º 20.255 establece la reforma previsional. Cf. LEPIN MOLINA, *La compensación económica...*, o. cit., pp. 127 ss.

³³ Artículo 55, inciso 3.º, de la NLMC: “Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

provocar en aquellos casos en que éste sea otorgado, como por ejemplo, la precariedad de los medios para la subsistencia económica de los hijos o del cónyuge, o que teniendo o no relación con el hecho del divorcio, se agrave la enfermedad que padece una persona, de quien el demandante pretende divorciarse. Esta cláusula o norma de rigor, constituye una limitación al régimen de divorcio en las leyes civiles contemporáneas, y se puede apreciar en el Código Civil alemán, en el Código francés y en el Derecho inglés.³⁴

Más allá de la diferencia semántica, lo concreto es que se trata de otra aplicación del principio de protección al cónyuge débil y de protección a los hijos, que se constituye en un verdadero apercibimiento para el demandante de divorcio en el caso de no cumplir con el pago de la pensión de alimentos.

Como señala DEL PICÓ:

La introducción de este precepto, con el propósito señalado, ha sido motivada principalmente por razones de equidad social y con el fin de aminorar los efectos en las personas más vulnerables de la familia afectada por un quiebre o ruptura matrimonial.³⁵

Como hemos visto, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 55 de la NLMC, esta excepción tiene lugar cuando el juez verifique que durante el cese de la convivencia la parte demandante ha incumplido de forma reiterada su obligación de alimentos.

El término *verifique* que utiliza el legislador puede dar lugar a dos interpretaciones. La primera es que se otorgan facultades de oficio al juez para indagar sobre la existencia del incumplimiento; esto es coherente con las normas que rigen esta materia en los tribunales de familia (artículo 29 de la Ley de Tribunales de Familia [LTF]),³⁶ que ordena traer causas a la vista o incorporar otros documentos que acrediten el incumplimiento. La segunda interpretación es que se aplica la regla general, es decir, que quien alega el incumplimiento deberá probarlo conforme al artículo 1698 del Código Civil —interpretación que parece de toda lógica, considerando que se trata de un hecho negativo—.

Al respecto surge otra interrogante: ¿hasta qué momento se puede alegar este incumplimiento?, ¿en cualquier etapa del juicio? En principio, estimamos que las alegaciones de las partes y el debate deben quedar concluidos en la audiencia preparatoria, lo que otorga un mínimo de certeza jurídica. Sin perjuicio de ello, sostenemos que se puede alegar en la contestación de la demanda o en forma incidental durante la audiencia. Esto por aplicación

³⁴ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, *Derecho matrimonial chileno*, AbeledoPerrot - Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 432.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Artículo 29, inciso final, de la ley n.º 19.968: “El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”.

del artículo 9 de la LTF,³⁷ que señala que el procedimiento de familia será desformalizado. Tal interpretación permite un justo equilibrio entre la defensa de los intereses de los más débiles y la necesaria certeza jurídica.

El efecto de la cláusula de dureza es facultar al juez para denegar o rechazar el divorcio unilateral, siempre que se cumplan los siguientes requisitos copulativos:³⁸

- a. solicitud de parte;
- b. que esté determinada judicialmente la pensión de alimentos;
- c. que durante el cese de la convivencia exista un incumplimiento reiterado de la obligación alimenticia respecto del cónyuge y de los hijos comunes, y
- d. que este incumplimiento sea injustificado.

A nuestro juicio, para que proceda la cláusula de dureza se requiere una solicitud de parte,³⁹ que correspondería a una excepción perentoria destinada a enervar la acción de divorcio, aunque también se ha entendido que se trata de un presupuesto de la acción (un requisito de la acción de divorcio). La primera interpretación resulta más armónica con el texto legal, que expresamente señala “a solicitud de la parte demandada”, y con la naturaleza de la excepción (Corte Suprema, 30 de julio 2007).

Será menester que se haya decretado judicialmente la pensión de alimentos.⁴⁰ La NLMC no distingue si debe tratarse de alimentos definitivos o provisorios, por lo que basta que se regulen en forma provisoria, ya que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 331 del Código Civil,⁴¹ los alimentos se deben desde la primera demanda —en estricto rigor, desde la notificación de esta—.

Por otro lado, el incumplimiento debe ser reiterado.⁴² Esto significa que debe ser sucesivo en el tiempo, repetido. Pero el texto legal no exige la aplicación de apremios de la

³⁷ Artículo 9.º de la ley n.º 19.968: “Principios del procedimiento. El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la intermediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes”.

³⁸ En forma similar, sentencia de la Corte Suprema, de 7 de junio de 2010, rol 2857-2010.

³⁹ En igual sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 18 de febrero de 2010, causa rol 118-2009.

⁴⁰ De acuerdo al artículo 331 del Código Civil chileno, los alimentos se deben desde la primera demanda, lo que implica necesariamente una regulación judicial al respecto, por lo menos en forma provisoria.

⁴¹ Artículo 331 del Código Civil: “Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas.

”No se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado por haber fallecido”.

⁴² En sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 11 de noviembre de 2009, causa rol 389-2009, se desestimó la alegación de incumplimiento, ya que este debe ser reiterado, “[...] cabe señalar que [en el caso de autos] existe un solo incumplimiento [de la obligación alimenticia], pues se trató de un solo requerimiento, producto de

ley n.º 14.908,⁴³ a diferencia de lo que ocurre en el artículo 19 de la misma ley,⁴⁴ que para hacer procedentes alguna de las sanciones que se establecen en dicha disposición exige que conste en el proceso que se haya decretado dos veces alguno de los apremios señalados en los artículos 14 y 16. La ley no exige que se hayan decretado apremios, ni mucho menos su reiteración.⁴⁵

Aunque la ley no lo señala, será necesario que se solicite la liquidación de la deuda de pensiones alimenticias devengadas, ya que de otro modo no es posible determinar el incumplimiento. De esta forma, la inactividad de la demandada de divorcio durante más de diez años, en los que jamás exigió el pago sino hasta que fue notificada de la demanda, permitió concluir que no necesitó de dicha pensión alimenticia para su subsistencia, y en ese sentido puede concluirse que no se dan los presupuestos que tuvo presente el legislador⁴⁶ para el establecimiento de esta cláusula.

Por último, el incumplimiento debe ser injustificado, como señala el artículo 55 al expresar “pudiendo hacerlo” —similar al artículo 225 del Código Civil—, que exime de esta carga a quien no está en condiciones de cumplir por causas ajenas a su voluntad; por ejemplo, en caso de quiebra del alimentante⁴⁷ o cesantía,⁴⁸ tratándose de situaciones graves

una liquidación, aunque incluya dos mensualidades, de manera que no se encuentra en la situación de incumplimiento reiterado, situación que no impide acceder a la demanda de divorcio”. En similar sentido, la Corte Suprema, en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2008, en causa rol 6218-2008, señala que “las circunstancias del caso no permiten calificar el pretendido incumplimiento atribuido al actor como reiterado, atendido el período de tiempo en que éste cumplió con el pago de las pensiones alimenticias fijadas a favor de los alimentarios y el hecho de no haber instado la afectada por el cumplimiento forzado de aquellas”.

⁴³ Artículos 14 y 16 de la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, n.º 14.908. Disponible en www.leychile.cl.

⁴⁴ Artículo 19 de la ley n.º 14.908: “Si constare en el proceso que en contra del alimentante se hubiere decretado dos veces alguno de los apremios señalados en los artículos 14 y 16, procederá en su caso, ante el tribunal que corresponda y siempre a petición del titular de la acción respectiva, lo siguiente:

°1. Decretar la separación de bienes de los cónyuges.

°2. Autorizar a la mujer para actuar conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 138 del Código Civil, sin que sea necesario acreditar el perjuicio a que se refiere dicho inciso.

°3. Autorizar la salida del país de los hijos menores de edad sin necesidad del consentimiento del alimentante, en cuyo caso procederá en conformidad a lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 49 de la ley N° 16.618.

°La circunstancia señalada en el inciso anterior será especialmente considerada para resolver sobre:

a) La falta de contribución a que hace referencia el artículo 225 del Código Civil.

b) La emancipación judicial por abandono del hijo a que se refiere el artículo 271, número 2, del Código Civil”.

⁴⁵ En este sentido, sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 30 de abril de 2007, causa rol 681-2006 y sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 25 de mayo de 2007, causa rol 1314-2007.

⁴⁶ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 4 de noviembre de 2010, causa rol 261-2010.

⁴⁷ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 3 de junio de 2006, causa rol 996-2006.

⁴⁸ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 24 de febrero de 2009, causa rol 1707-2008.

de salud o invalidez,⁴⁹ si la deuda es repactada,⁵⁰ si se deposita una cantidad inferior a la pactada⁵¹ o si solo existen diferencias en la reajustabilidad de la pensión.⁵²

También se ha discutido si el incumplimiento de los deberes alimenticios debe ser respecto de los hijos y el cónyuge⁵³ o basta el incumplimiento respecto de uno de ellos, dada la conjunción copulativa y, que da a entender que debe haber incumplimiento respecto de ambos alimentarios. En este caso nuestra jurisprudencia ha señalado:

La finalidad de la disposición, la cual es sancionar la infracción a la obligación de socorro y el principio de protección al cónyuge más débil, que debe siempre ser respetado en estas materias, conducen necesariamente a concluir que corresponde igualmente desestimar la demanda sea que el incumplimiento haya sido con el cónyuge o con los hijos comunes.⁵⁴

Por último, se ha señalado que es una sanción civil carente de efecto retroactivo, por lo que no se aplicaría a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.º del Código Civil, de excepción y de interpretación restrictiva.⁵⁵ En contra, se ha sostenido que se aplica en forma retroactiva, es decir, a todos los matrimonios, incluidos aquellos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la NLMC,⁵⁶ en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.º transitorio de la NLMC.⁵⁷

El peso de la prueba, según lo ha resuelto la Corte Suprema, corresponde al actor, por aplicación del artículo 1698 del Código Civil. Es decir, el alimentante y demandante de divorcio unilateral deberá probar que ha cumplido su obligación alimentaria respecto a su cónyuge e hijos.

⁴⁹ Así, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 5 de noviembre de 2009, causa rol 277-2009. Situaciones que la propia ley n.º 14.908 reconoce para dejar sin efectos los apremios en casos de deudas de alimentos. Artículo 14, inciso final, de la ley n.º 14.908: "Si el alimentante justificare ante el tribunal que carece de los medios necesarios para el pago de su obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio y el arraigo, y no tendrá aplicación lo dispuesto en el inciso cuarto. Igual decisión podrá adoptar el tribunal, de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile, en caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar entre las seis semanas antes del parto y doce semanas después de él, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento del apremio o lo transformaren en extremadamente grave".

⁵⁰ En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de diciembre de 2007, causa rol 10411-2006.

⁵¹ Así, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de enero de 2008, causa rol 3049-2006.

⁵² En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 6 de julio de 2010, causa rol 166-2010.

⁵³ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, 2.ª ed., 2004, p. 391.

⁵⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 21 de diciembre de 2007, causa rol 1549-2007.

⁵⁵ En este sentido, sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 2009, causa rol 3175-2009; sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 30 de abril de 2007, causa rol 600-2006; sentencia de la Corte de Antofagasta, de 5 de febrero de 2009, causa rol 1303-2008; y, sentencia de Corte de La Serena, de 16 de noviembre de 2007, causa rol 386-2007.

⁵⁶ Que fue publicada el 17 de mayo de 2004 y entró en vigencia seis meses después, es decir, el 18 de noviembre de 2004 (artículo final NLMC).

⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 30 julio de 2007, causa rol 2718-2007, y sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán de 7 de diciembre de 2007, causa rol 249-2007.

De esta forma la NLMC protege al cónyuge y a sus hijos ante los incumplimientos de los deberes alimenticios por parte del cónyuge que demanda en forma unilateral el divorcio por cese de convivencia.⁵⁸

Según el profesor René RAMOS PAZOS,⁵⁹ la sentencia que rechaza la demanda no produce cosa juzgada, de tal suerte que se puede volver a demandar, previo cumplimiento de los requisitos legales; es decir: nuevo cese de la convivencia, nuevo plazo de tres años y cumplir en forma regular durante este nuevo plazo los deberes alimenticios para con el cónyuge y los hijos.

Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 24 de diciembre de 2009, causa rol 830-2009, que señala:

Resulta claro que en la sentencia aludida [de petición de divorcio por cese de la convivencia] no se resolvió el fondo del asunto, esto es, no existió un pronunciamiento sobre el fondo del derecho indubitado entre las partes, no se rindió prueba alguna a dicho respecto, en consecuencia produjo cosa juzgada formal, no pudo producir cosa juzgada material, en términos de impedir que sea renovada la acción en otro juicio y en cualquier tiempo.

3.3. LAS FACULTADES DEL JUEZ DE APROBAR UN ACUERDO O CONVENIO REGULADOR

En el marco del mal denominado *divorcio de mutuo acuerdo*, los cónyuges deben presentar un acuerdo que regule de manera completa y suficiente sus relaciones mutuas y las materias relacionadas con los hijos comunes (artículo 55 de la NLMC).

En primer lugar, aunque la ley no lo señala, es necesario que el acuerdo conste por escrito, al menos por escritura privada (incluso no existe a nuestro juicio inconveniente en que se incorpore en un otrosí del escrito de la demanda o solicitud de divorcio), ya que el artículo 55 de la NLMC señala en forma imperativa que “debe acompañarse” (la única forma es que conste por escrito). En consecuencia, es un requisito de la acción de divorcio de común acuerdo. Visto de otra forma, es una carga para las partes, ya que en la práctica los cónyuges pueden estar de acuerdo en el divorcio, pero no necesariamente lo estarán en las otras materias de familia que deben regular en el convenio.

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 20 de diciembre de 2007, causa rol 1819-2007.

⁵⁹ Según RAMOS: “Otra duda nos surge en relación con la situación que estamos tratando: ¿qué ocurre si se rechaza la demanda por no haber cumplido el demandante con esta obligación? ¿Quiere decir que nunca más podrá intentar la acción de divorcio? Pensamos que en este caso este demandante deberá expresar su voluntad de poner fin a la convivencia, en alguno de los instrumentos que indica el artículo 22 letras a) o b) o bien dejando constancia judicial en los términos señalados en el artículo 25 inciso 2º. Y a partir de ese momento cumplir con sus obligaciones alimenticias, esperando que transcurra un nuevo plazo de 3 años”. RAMOS PAZOS, o. cit.

El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21 de la NLMC, es decir, las que dicen relación con las relaciones mutuas entre los cónyuges, a saber: a) los alimentos que se deban,⁶⁰ y b) las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, es decir, la liquidación de la sociedad conyugal o la determinación del crédito de participación, esto último en el régimen de participación en los gananciales. El convenio debe regular, además, las materias respecto de los hijos comunes, que son: a) el cuidado personal; b) la pensión de alimentos, y c) el régimen comunicacional o de relación directa y regular del padre que no tiene la custodia de los hijos.

Todo lo anterior es lo que se denomina en el derecho español el *contenido mínimo u obligatorio* del convenio regulador; es decir, se trata de aquellas materias que se deben regular en forma obligatoria.⁶¹

Es un acto complejo, en que se regulan una serie de materias de derecho de familia, cada una de las cuales quedará sometida a las formalidades que para el caso exige la ley. En el artículo 22 de la NLMC se consigna que la nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inciso primero no afectará el mérito de aquel para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia.

Como se puede apreciar, el acuerdo no considera otras materias, como la patria potestad, que se rige, en subsidio, por el artículo 245 del Código Civil, por lo que le corresponderá ejercerla al padre o la madre que tiene el cuidado personal. Tampoco menciona el derecho a compensación económica, lo que se justifica porque el artículo 21 de la NLMC, que regula el contenido mínimo, se encuentra ubicado en el párrafo de la separación de hecho, en que no procede compensación. Por otra parte, las partes pueden renunciar a ella, y se acepta la renuncia tácita si nada señalan.

Según lo prescrito en el artículo 55, inciso 2.º, de la NLMC, se entenderá que el acuerdo es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.

Al respecto, cabe tener presentes las siguientes consideraciones. En primer lugar, estos criterios deben aplicarse al contenido mínimo u obligatorio, es decir, el juez debe determinar

⁶⁰ Debemos entender las deudas por pensiones alimentarias devengadas, ya que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 60 NLMC, “el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos”. En consecuencia, no se puede regular una pensión de alimentos para el excónyuge.

⁶¹ Cf. VV. AA., *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Universidad de Navarra, Navarra, 2.ª ed., 1989; CORDERO CUTILLAS, Iciar, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Aranzandi, Navarra, 2004; LLOPIS GINER, Juan Manuel (coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

si las materias reguladas cumplen convenientemente con el interés superior de los hijos y protegen al cónyuge débil, pero no se trata de exigencias adicionales en cuanto a las materias que se deben regular. En segundo lugar, dicha norma es idéntica a la del artículo 27 de la NLMC, que señala cuándo un acuerdo es completo y suficiente en sede de separación judicial, por lo que aceptar la teoría que sostiene que es suficiente cuando regula la compensación económica implicaría la obligación de regular una compensación en la separación judicial,⁶² y es claro que la compensación no procede en estos casos.

Es fácil advertir que esta norma busca proteger al cónyuge desde el punto de vista económico, ya que, por una parte, para que sea completo es preciso regular los alimentos que se deban (en este caso alimentos devengados) y lo concerniente al régimen patrimonial del matrimonio (disolución y liquidación de la sociedad conyugal o determinación del crédito de participación), y para que sea suficiente debe procurar aminorar el menoscabo económico que genera la ruptura y establecer relaciones equitativas para el futuro entre los cónyuges.

Por último, es necesario plantear cuál es el grado de intervención del juez en los acuerdos antes señalados, esto es, si debe limitarse a homologar la voluntad de las partes o si, en cambio, puede modificar o completar el convenio regulador.

La interpretación dependerá de la visión que cada uno tenga sobre el margen de autonomía de la voluntad de los cónyuges frente a la visión paternalista de la justicia de familia.

En este sentido, si la visión es paternalista o asistencial, las facultades del juez no se limitan a la mera homologación, ya que por aplicación del principio de protección al cónyuge más débil el juez debe intervenir, incluso modificando o complementando el acuerdo, aplicando por analogía el artículo 31 de la NLMC.⁶³

Esta norma autoriza al juez en la sentencia a “subsanan sus deficiencias [del acuerdo] o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente”, y, además, por aplicación del principio de actuación de oficio que inspira los procedimientos que se desarrollan ante los tribunales de familia.⁶⁴

⁶² Sobre el particular véase LEPIN MOLINA, *La compensación...*, o. cit., pp. 104 ss.

⁶³ Artículo 31. “Al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.

”El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

”En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto”.

⁶⁴ Cf. VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 12, julio 2009, p. 71; CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 1, Santiago, 2007, p. 37, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”,

No compartimos dicho criterio, ya que resulta por lo menos dudosa la aplicación por analogía del citado artículo 31 de la NLMC, toda vez que esta norma solo puede aplicarse a la separación judicial. Además, existen razones que justifican la aplicación exclusiva de este precepto en esta materia, una de las cuales es la subsistencia del matrimonio.

En este sentido se ha señalado:

Lo que está claro es que el juez tiene facultades como para plantear una vía de solución, aplicando los artículos 3 y 85 2.º de la LMC, que admiten la intervención judicial, pero en casos calificados. De esta forma, nos parece que el juez podría solicitar la presentación de un nuevo convenio regulador a las partes.⁶⁵

Compartimos la opinión de BARCIA, aunque no sus argumentos, en especial la referencia al artículo 85, inciso 2.º, de la NLMC, que se refiere al deber del juez de oír al niño de acuerdo a su edad y madurez. Sin embargo, por aplicación de los principios consagrados en el artículo 3 de la NLMC —el interés superior del hijo y la protección del cónyuge más débil—, y entendiendo además que se trata de un requisito exigido por la ley para dar lugar al divorcio por cese de la convivencia de mutuo acuerdo, no basta la presentación formal del acuerdo, sino que será necesario que cumpla con los estándares de ser completo y suficiente, ponderación que corresponde exclusivamente al juez. En consecuencia, si las partes no presentan el acuerdo o este es incompleto o insuficiente, el juez debe rechazar la acción —aunque en la práctica el juez va a instar a las partes a modificar el acuerdo a efectos de proceder a aprobarlo—.

De esta forma, BARCIA agrega:

El juez no tiene facultades para imponer a las partes modificaciones al convenio regulador, dictando una sentencia que dé lugar al divorcio. Si ello fuera de este modo se daría lugar a una clase de divorcio que no está contemplada en la ley. Si el juez pudiere imponer un convenio regulador no se trataría de un divorcio de común acuerdo, por cuanto no habría consentimiento, ni tampoco se trataría de un divorcio unilateral por cese de convivencia. Y se daría lugar a un divorcio anómalo, que no está contemplado en nuestro derecho.⁶⁶

Por otro lado, la autorización para que intervenga el juez cobra importancia cuando no se ha regulado el denominado *contenido mínimo*, es decir, cuando el acuerdo es incom-

en ASSIMARÓPULOS FIGUEROA, Anastasia y CORRAL TALCIANI, Hernán (eds.), *Matrimonio civil y divorcio, análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley n.º 19.947*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2005, p. 100.

⁶⁵ BARCIA LEHMANN, o. cit., p. 311.

⁶⁶ *Ibidem*.

pleto o cuando, habiéndose regulado todas las materias del artículo 21 de la NLMC, no se compeadece con los criterios de suficiencia ya descritos.

Finalmente, por una razón de orden práctico, si el juez no ha recibido prueba sobre las materias que se someten a su aprobación, por lo que no dispone de ningún antecedente, ¿cómo puede ponderar quién es el más débil?, ¿cómo puede analizar si el acuerdo protege suficientemente al más débil?, ¿dependerá de la intuición del juzgador?

4.

CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, la preocupación del legislador, expresada en el texto del artículo 3 de la NLMC y en las actas de la ley, e incluso en las indicaciones presentadas en el proyecto de ley, está orientada a la protección de aquel cónyuge que queda en una situación de desmedro económico al término del matrimonio. Como consecuencia, la protección al cónyuge débil está determinada por la situación económica y, por tanto, a pesar de que no se distingue expresamente, se refiere a la mujer, por la desigualdad económica —debido a los ingresos que perciben, a sus posibilidades de acceso al mercado laboral y también por ser quienes se dedican en un gran porcentaje al cuidado de los hijos y a las labores domésticas—.

La ley entiende que uno de los cónyuges (más débil) queda en una situación de desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación. Esto no es sinónimo de estado de necesidad, propio de las pensiones de alimentos, sino que se trata más bien de evitar el menoscabo económico.

Este principio de protección al cónyuge débil importa un mandato dirigido al juez, llamado a resolver el conflicto en situaciones de quiebre matrimonial. En consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la NLMC, su aplicación se restringiría a la ruptura, lo que descarta su intervención durante la época que dure el matrimonio.

En concordancia con lo planteado, los mecanismos a través de los cuales se concreta este principio son: el derecho a compensación económica, la cláusula de dureza y las facultades del juez para la aprobación del convenio regulador, en los casos de divorcio de común acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.ª ed., 2008.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia*, Thompson Reuters, Santiago, 2011.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, 2.ª ed., 2004.
- Boletín del Senado* 1759-18, de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, “Aspectos económicos del divorcio”.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires, 1998.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Aranzandi, Navarra, 2004.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 1, Santiago, 2007.
- *Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge, *Derecho matrimonial chileno*, AbeledoPerrot - LegalPublishing, Santiago, 2010.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 13 de octubre, Santiago, 2005.
- “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA, Anastasia, y CORRAL TALCIANI, Hernán (eds.), *Matrimonio civil y divorcio: análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley n.º 19.947*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2005.
- “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n.º 2, Santiago, 2005.
- DORWIKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, 2005.

- GUERRERO BECAR, José, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Derecho*, vol. 21, n.º 2, Valdivia.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana, “La nueva Ley de Matrimonio Civil: panorama y estructura general”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (coord.), *Matrimonio civil y divorcio*, Universidad de los Andes, Santiago, 2005.
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, “Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer”, disponible en <http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio> (consulta: 10.6.2005).
- LEPIN MOLINA, Cristián, “Autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, n.º 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, AbeledoPerrot - Thompson Reuters, Santiago, 2012.
- *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- “Formas de pago de la compensación económica. Autonomía de la voluntad y protección al más débil”, en *Estudios de Derecho Civil VII*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, Fabián Elorriaga (coord.), AbeledoPerrot - Thompson Reuters, Santiago, 2012.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel (coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- ORREGO ACUÑA, Juan, *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Metropolitana, Santiago, 2004.
- RAMOS PAZOS, René, *Aspectos destacados de la ley 19.947, sobre matrimonio civil*, disponible en <http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm> (consulta: 12.7.2005).
- ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil*, disponible en www.abogados.cl (consulta: 10.6.2005).
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en GROSMAN, Cecilia (dir.), y HERRERA, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 12, julio 2009.
- VV. AA., *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Universidad de Navarra, Navarra, 2.ª ed., 1989.

La sociedad penada: cómo, por qué y para qué. Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*

Punished corporations: how, why and for what?
About criminal liability of legal persons

*Carlo Enrico Paliero***

RESUMEN. La sociedad —entendida como microactor económico— puede ser objeto de punición a raíz de delitos económicos. El artículo aborda la cuestión de la responsabilidad de los delitos de “empresa”, considerando tres cuestiones de fondo, a saber: a) si la sociedad como ente debe responder por estos delitos; b) en caso afirmativo, a qué cosa debe responder, y c) a título de qué respondería. El desarrollo gira sobre estos tres ejes temáticos. La primera cuestión tiene en cuenta la existencia sieteñal en Italia de una disciplina positiva de la corresponsabilidad directa del ente por los delitos

* El presente texto contiene algunas modificaciones y enriquecimientos bibliográficos de mi ponencia en el Congreso *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro - XXV Convegno di studio Enrico de Nicola* (Milán, 14 y 15 marzo de 2008). Traducción (con algunas modificaciones y revisión del autor) de María Cecilia Dómine (profesora adscripta de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay, máster por la Università Cattolica del Sacro Cuore [Italia], LL.M. por la Georg-August-Universität Göttingen [Alemania], becaria del DAAD para estudios de Doctorado en la Universität Hamburg [Alemania]).

** Catedrático de Derecho Penal de la Università Statale di Milano (Italia). Agradezco muy especialmente al P. Dr. Eduardo Casarotti SJ, a la Dra. Marta Hanna y a la Sra. María Cristina Dutto por su lectura y contribución.

de sus representantes; es abordada desde el derecho italiano, aunque no exclusivamente. La segunda, nudo crucial de la dogmática sobre la imputación en sí misma —a qué cosa el ente responde— se centra en un análisis del modelo en el derecho comparado. La tercera se centra en la responsabilidad, la culpabilidad y la imputabilidad del ente jurídico y sus representantes.

PALABRAS CLAVE: Culpa (derecho). Delitos contravencionales. Delitos. Empresas. Delitos contra la propiedad. Responsabilidad penal.

ABSTRACT. Corporations – understood as economic microactors – can be object of punishment as a result of economic crimes. This article deals with the issue of joint liability of “corporate” crimes, taking into account three basic issues, to wit: a) whether corporations as entities must take responsibility for these crimes; b) if yes, for what things they must take responsibility, and c) in what capacity they would take responsibility. The body of the article revolves around these three thematic focuses. The first issue takes into account the septennial existence in Italy of a positive discipline of direct joint liability of entities for the crimes of their representatives; it is approached from the Italian law, though not exclusively. The second one, crucial crux of the dogma about imputation itself – for what things entities take responsibility – focuses on the analysis of the model in comparative law. The third one focuses on liability, guilt and imputability of legal entities and their representatives.

KEY WORDS: J Guilt (law). Misdemeanors. Crimes. Companies. Crimes against property. Criminal liability.

INTRODUCCIÓN

Luego de siete años (número simbólico tanto en la mitología como en la *fantasy*) de remoción del igualmente mítico dicho legislativo *societas delinquere nescit*, mi reflexión sobre la corresponsabilidad de los delitos de *empresa*¹ de la sociedad (no de la sociedad como macroactor social que en los años setenta se definía *punitiva* —*strafende Gesellschaft*—, sino de la sociedad como microactor económico, hoy *punida*) es orientada por tres diversas cuestiones de fondo: 1) la primera, *si* el ente debe responder; 2) la segunda, *a qué cosa* el ente debe responder, y 3) la tercera, *a qué título* el ente responde. En respuesta a estas tres diversas interrogantes he organizado mi exposición.

1

La primera cuestión debería sorprender frente a la existencia sieteñal en Italia de una disciplina positiva de la corresponsabilidad directa del ente por los delitos de sus representantes. Este aspecto fundamental y prodrómico de la cuestión carga históricamente con un prejuicio ideológico (*rectius*, un prejuicio que no es exagerado definir de naturaleza cuasiteológica) que excluye *por sí mismo* la posibilidad de imputar un delito directa o indirectamente (sobre todo directamente) a la persona jurídica. Tal exclusión derivaría necesariamente de la *Natur der Sache* o de la “incapacidad natural” ontológicamente radicada de la persona jurídica (en cuanto a que no es un hombre) que se extrae del *ethos* que impregna el reproche penal.

En este sentido se expresan decisivas por su intensidad y lealtad ideológica las páginas derivadas de los actos del Congreso de Atenas sobre *Criminal Liability of the Corporation*. Más precisamente, Joachim HIRSCH se dedicaba a la demostración —*more theologico*— de

¹ Utilizo aquí voluntariamente un término genérico y no técnico porque creo que es más evocativo y comprensivo.

la imposibilidad de que la persona jurídica pueda responder penalmente por la comisión de delitos.² Todo esto, claro está, con elevados argumentos dogmáticos, que nos son familiares a todos, pero marcado por una cifra lógica que nos recuerda a las famosas *cinco pruebas* de la existencia de Dios sistematizadas por santo Tomás de Aquino. En cambio, se observa un desencanto empírico, que evoca la tintineante cadena de argumentos invencibles desplegados por Don Ferrante, el célebre personaje de Alessandro MANZONI en su libro *I promessi sposi*, para refutar *more aristotélico* la existencia *in re* de los estragos de la peste durante la furia de la plaga.

Dado que me reconozco más en el *proceeding* de los juristas que en el de los teólogos, cierro rápidamente este argumento poniendo axiomáticamente en la base de mi discurso el escenario ordinal-institucional, donde la persona jurídica *debe (soll) responder ex crimine*.

Como contrapartida, para compensar el apodíctico abordaje del tema, pretendo encontrar una o más *rationes* capaces de soportar este axioma de partida.

Esas *rationes*, laicas y no “teológicas” (que no están perdidas “por los senderos eternos del derecho natural”),³ conducen en la actualidad a imputar directamente a la persona jurídica consecuencias sancionatorias del hecho delictivo cometido por sus representantes.

Esas *rationes* pueden ser rastreadas como *económicas* (orientadas a un *approach* de *law and economics*) y de *política criminal*.

Sería demasiado extenso analizar puntualmente cada una de las *rationes*, dado que se declinan tanto en relación con la estructura peculiar del ente como en relación con la génesis y las dinámicas propias de la criminalidad empresarial. Esta díada debe colocarse en el centro del campo de análisis para el estudio de los procesos interactivos de los respectivos componentes.

En esta perspectiva se pueden identificar tres elementos fundamentales de fondo criminológico (condensados en sendas características de la criminalidad de empresa) que se presentan como una brújula de mi discurso.

1.1

El primer elemento coincide con la naturaleza necesariamente *plurisubjetiva o policéntrica* de la criminalidad de empresa (o de la delincuencia económica *tout court*), prescindiendo de la observación específica de los actores (individuales o tipológicos) de esta forma de

² HIRSCH, H. J., *La criminalisation du comportement collectif. Allemagne*, en DE DOELDER y TIEDEMANN (eds.), *La criminalisation du comportement collectif. Criminal Liability of Corporations*, La Haya-Londres-Boston, 1996, pp. 43 ss. En la lectura italiana, análogas propias de una “dogmática absoluta” son discernibles en ROMANO, M., “Societas delinquere non potest”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, p. 1031 ss.

³ Me gustaría retomar la fascinante imagen de BRICOLA, F., *Teoria generale del reato* (1973), ahora en *Scritti di diritto penale*, Milán, 1997, vol. I, t. I, p. 544.

criminalidad. Así, *estructuralmente* cada vez con mayor frecuencia esta forma de comportamiento desviante, o criminal *tourt court*, nace de procesos decisionales complejos, que no son propios ni *exclusivos* de un sujeto individual o de un estricto núcleo de sujetos previamente inseridos en una estructura orgánica y organizada.

Colocándose en tal perspectiva se puede distinguir entre una plurisubjetividad criminológica *interna*, caracterizada por el hecho de que la decisión no es (casi nunca) individual, y una plurisubjetividad criminológica *externa*, caracterizada por el hecho de que la criminalidad económica (al menos la relevante) es cada vez más el fruto y/o la fuente de un ilegalismo que no es limitado, ni debido a una sola sociedad, sino a un *grupo* de sociedades. El problema de la *delincuencia de grupo* y de la responsabilidad dentro del grupo es hoy uno de los problemas cruciales de la temática que nos ocupa, dado que pone en cuestión cualquier modelo de responsabilidad *directa* de la persona jurídica introducido en diversos sistemas positivos.

1.2

El segundo elemento radica en la *génesis motivacional* de los delitos de empresa. La criminalidad económica es una desviación que se podría llamar *cultural* o *subcultural* en la visión de SUTHERLAND.⁴ Es decir, una forma de ilegalismo *propia* del ente más que de los individuos: no solo y no tanto con referencia a los *intereses* (que son sobre todo “corporativos” y no individuales), sino también con referencia a la estructura misma del autor desviante. En otros términos, aquella de las *companies* es típicamente una forma de ilegalismo estructuralmente relacionada con el ente como sujeto *establemente organizado*. Por lo tanto, en este sentido entran en juego tanto las dinámicas sociológicas de las organizaciones como su marcada *complejidad*: ya que normalmente disparan mecanismos de *despersonalización* y de *irresponsabilidad* individual. Con base en su dimensión diacrónica —frente al actuar sincrónico del *actor individual*— debe decirse que el ente de por sí está dotado de una vida diversa y más duradera que la de los sujetos individuales, y que su *historia* puede ser objeto de valoración de esta como criterio de imputación penal.

1.3

Finalmente, hay un tercer elemento que apunta a la construcción de un modelo autónomo de responsabilidad del ente: la criminalidad económica típicamente abraza una esfera de *Bereicherungsdelikte*, los ‘delitos de enriquecimiento’ o con fines de lucro, pero tal

⁴ Véase SUTHERLAND, E. H., *White Collar Crime (The uncut version, with an introduction by Gilbert Geis and Colin Goff)*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1983, pássim.

vez incluso los *Begierdelikte*, ‘crímenes de codicia’, todos ellos expresiones de una desviación patológica del correcto fin de lucro que *institucionalmente* una sociedad comercial o una empresa persigue. Esta característica, observada desde una perspectiva de análisis económico del derecho, puede orientar un modelo de acción del agente⁵ (del destinatario de la norma penal), que en otro artículo ya he definido con la expresión *de comportamiento elástico*, indicando su fuerte propensión a orientarse sobre valoraciones de costos/beneficios. Tanto es así que este modelo de autor parece particularmente válido porque, racionalmente fundado el paradigma de la prevención general (al menos desde FEUERBACH en adelante), la sanción *penal* racionalmente utilizada es el mecanismo más eficaz y al mismo tiempo la mejor fuente de legitimación del ejercicio coactivo del monopolio estatal de resolución de conflictos.

Me doy cuenta de que el factor *cultural* ya evocado, que refiere a un *momento vivido* histórico del ente y por razones estructurales *inmanente* al ente, resultaría difícilmente condicionable por elecciones racionalistas contingentes. Al contrario, una orientación exclusiva en busca del beneficio económico (hasta la exasperación, en una patológica *bulimia de fines de lucro*) o incluso ahora considerado como factor intrínsecamente *racionalista* con la característica anterior, puede ser considerada (al menos) como parcialmente contradictoria. Una contradicción objetiva, según lo ya demostrado hace ya varios años en la magistral lección de SUTHERLAND.⁶

Respecto a esta última cuestión, incluso en la política penal *nihil sub sole novi*. El problema radica en tratar de medir y de armonizar las señales y los indicadores contradictorios en la política de los fines perseguidos por los actores individuales (o, en este caso, colectivos) para adecuarse a la *política de los fines* (de contraste o de orientación) perseguidos institucionalmente por el Estado. Asimismo, la lección histórica de los sistemas penales positivos ya ha proporcionado una amplia evidencia de la deliberación tomada al respecto: mayoritariamente la incriminación autónoma del ente por el hecho de sus representantes es “pasada” como la solución más adecuada para el *proceso de síntesis* de los fines sociales que sobre este terreno se yuxtaponen.

2

2.1

Me referiré ahora a la segunda cuestión: a qué cosa el ente responde. Dado por descontado (sobre la base de las *rationes* económico-culturales) que el ente *iuspositivista* por lo

⁵ PALIERO, C. E., “L’economia della pena. Un work in progress”, en DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milán, 2006, p. 539 ss.

⁶ SUTHERLAND, o. cit., pássim.

general *responde* y criminal-políticamente *debe responder*, la pregunta se declina del modo más analítico en orden a la definición de *para qué cosa* responde realmente la sociedad en el ámbito de una directa responsabilidad por la comisión de delitos de sus representantes. Para desarrollar una respuesta a este punto, mi razonamiento debe ser necesariamente abierto a sintéticas observaciones comparadas, aunque por supuesto se centrará específicamente en algunas reflexiones críticas al modelo italiano.

Una consideración preliminar. Una vez determinada la *elección de campo* en la política de los fines,⁷ se da vida a nuevas instituciones jurídicas, convirtiendo de este modo en tarea ineludible de los juristas el fomento de una apertura dentro del *sitio de la dogmática* que conduzca a:

- la *traducción* del contenido semántico de las nuevas criaturas jurídicas en el léxico de la dogmática (de la especie penal), y
- su inclusión (con o sin una fricción mínima) en el sistema existente.

Lo cierto es que, en busca de un mayor desarrollo de la materia, no se puede dejar la cuestión de una responsabilidad *ex crimine* de los entes al laborioso pero fragmentario trabajo de la práctica (que en este tiempo en Italia ha estado formándose y creciendo), ni a las esparzas reflexiones teórico-prácticas.

Hay que empezar a *pensar alto* (un poco más alto) y ordenar el subsistema de responsabilidad *ex crimine* de las personas jurídicas cimentándolo, sobre todo, en el terreno del *ordenamiento* jurídico vigente en su *conjunto*, para verificar la valoración preliminar y prejudicial.

Dicha verificación se sustancia en el siguiente dilema: ¿La “nueva” fórmula imputativa se armoniza integralmente (e *integradamente*) con el sistema penal vigente, o constituye en cambio el apéndice colateral exterior, destinado a perpetuarse como un *cuerpo extraño*?

He hablado del dilema, pero *tertium datur*: no es ni siquiera hipotetizable el ingreso de este hereje elemento (hereje del *derecho penal clásico*); incluso puede transmutar el sistema penal vigente. De esta manera, haciéndolo evolucionar, y transportando a la dogmática (de él generada) a nuevos terrenos.

En este punto de la investigación, en menester preguntarnos: ¿Generando a través del *quid novi*, un *totum novum*, un *nuevo* sistema global, u *otro* respecto al preexistente? En este

⁷ En el sentido ya expuesto. Asimismo, esta elección de campo viene (por así decirlo) *primeramente* realizada por la historia y *luego* ejecutada por el derecho.

caso las articulaciones sistémicas de los “nuevos” temas deben ser discutidas y desarrolladas con el rigor y la seriedad con los que al menos desde hace dos siglos se ha venido desarrollando la dogmática del derecho penal “clásico” y “moderno”.

Aquí repercute inevitablemente una cuestión circular de la hermenéutica del paradigma de imputación del ente por el delito de su representante: ¿La responsabilidad esculpida por el decreto legislativo n.º 231/2001 es “administrativa” o (al igual que las evaluaciones “materiales” y no meramente formales) “penal” *tout court*?

En una inspección más cercana, esta pregunta debería haber representado el *incipit* discriminatorio del tratamiento del tema: “*a qué cosa responde*” la persona jurídica.

Aquí, sin embargo, quiero sustraerme del camino conocido y de argumentos agitados *a favor o en contra* de la naturaleza penal de la responsabilidad.

En passant: la Suprema Corte (a su modo, es apodíctica y de imperio, teniendo los plenos poderes) ha disuelto recientemente (con corte gordiano) el dilema:

Ad onta del nomen juris, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale.⁸

Quisiera ahora detenerme en una consideración de carácter sistemático, que hasta ahora sorprendentemente no he visto abordar en *ninguno* de los sostenedores de las tesis contrapuestas. Es una observación que resguarda las *consecuencias* de la cuestión relativa a la *naturaleza* de la responsabilidad que involucra un nudo (*rectius*, un perno) argumentativo ineludible para fundar en términos sistemáticamente correctos la solución (cualquiera que ella sea) de la temática.

En mi opinión, el extremo final del discurso debe pasar sobre la disolución previa de la siguiente alternativa: cuando se comete un delito —presupuesto y cometido en el interés o beneficio de la sociedad— por un sujeto que según los criterios predefinitivos *ex lege* la representa a los fines de la responsabilidad: ¿estamos en presencia de una pluralidad de ilícitos o de una unidad de ilícitos (*rectius*, un único y unificado ilícito)?

En primer lugar, me resulta evidente que la “teoría administrativa” debe necesariamente fundarse (salvo por la obligación de desarrollarla coherentemente según el perfil sistemático y hermenéutico) sobre la hipótesis de la pluralidad de ilícitos. De hecho, me niego a concebir (por dignidad intelectual) la hipótesis de un sistema que por el mismo único ilícito prevea el proteiforme cambio de naturaleza jurídica de la responsabilidad *ratione personae*.

⁸ Cassazione sezione II, 30 gennaio 2006, n. 3615, en *Cassazione Penale* 2007, p. 74.

Además, elegida la vía de la pluralidad, se deben desarrollar paralela y separadamente los *contenidos estructurales*, estableciendo *in primis* si estos *dos ilícitos* son entre ellos homogéneos u heterogéneos. Para los sostenedores de la “teoría administrativa”, que acreditan de oficio de *la opción pluralista*, esta requiere la obligación (dogmática) de rechazar analíticamente la estructura y el contenido del diverso ilícito (administrativo) que fue cometido por la persona jurídica, tarea que hasta ahora no solo no se hizo, sino que tampoco se intentó.

Sin embargo, se trata de una fase esencial en el trabajo de “las obras de la dogmática”, que requieren todo tipo de aproximación a la cuestión (funcional al desarrollo de la “teoría del derecho penal”); por lo tanto, voy a tratar de dar alguna respuesta en el curso de mis reflexiones.

2.2

Para lograr con éxito los resultados de esta investigación, considero fructífera una rapidísima panorámica de corte comparado y por “modelos” de aquella, que puede definirse como una situación normativo-estructural de los paradigmas imputativos de la *societas* (“a qué cosa responde la sociedad”) en el área jurídica de los países de nosotros culturalmente limítrofes.

Tomo aquí en consideración (de manera cursoria y a modo de muestra), el sistema francés del *civil law* y el sistema inglés del *common law*, añadiendo a estos “clásicos” (para la comparación en esta materia) el sistema suizo, a la luz de la reciente reforma que ha introducido el párrafo 102 del *Strafgesetzbuch*, una nueva forma de responsabilidad penal del ente.

2.2.1

Partiendo del modelo inglés,¹⁰ en apariencia el más simple y lineal, orientado a “criterios de identificación” —en especial para los delitos privados de *mens rea* (*strict-liability-crimes*)—, esquema imputativo aún más rígido, de la *vicarius liability*: el agente-persona física, en esencia personifica la *corporation* en la comisión del delito, por lo que los dos perfiles se funden completamente, creando un paradigma de responsabilidad “para la identificación”

⁹ En general, sobre el modelo en estas “nuevas” formas de imputación penal, véase una interesante reflexión de NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, especialmente pp. 110 ss.

¹⁰ Para la reconstrucción y la evolución del modelo inglés, véase DE MAGLIE, C., *Letica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milán, 2002, pp. 355 ss., asimismo, LOTTINI, R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milán, 2005; también la síntesis de PELLOSO, D., *La responsabilità penale degli enti nel sistema giuridico inglese: ostacoli iniziali e responsabilità vicaria*; ídem, “La responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna. Alla ricerca di nuovi modelli di colpa”, en www.rivista231.it. En la lectura anglosajona son aún actuales y significativas las contribuciones de FISSE-BRAITWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993, pp. 49 ss., y WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 2001, pp. 156 ss.

esencialmente dolosa o culposa, con traslación a la persona jurídica del elemento subjetivo propio de la persona física. En este modelo de adscripción, la elección a favor de la unidad del ilícito es clara: solo hay un ilícito penal realizado unitariamente desde las dos figuras.

Esta, sin embargo, era la situación de origen: si analizamos el desarrollo de la experiencia inglesa, vemos que este modelo en su forma ideal-típica originaria ha comenzado a entrar en crisis rechinando sobre sus cimientos.¹¹ Esto ocurrió inicialmente con relación a la responsabilidad del ente en los *hybrid offences*, es decir, los delitos “híbridos” oscilantes entre los dos opuestos paradigmas de la responsabilidad culposa y de la responsabilidad objetiva, delitos que consienten la *defense* de la *due diligence* —es decir, la posibilidad del presunto delincuente de demostrar la debida diligencia y observancia como causa de exculpación de la conducta asumida—. Solo adaptando tal esquema (de inversión probatoria) a las personas jurídicas se fue forjando un concepto embrionario de culpa autónoma del ente, fundado en la falta de organización; en otras palabras, sobre la carencia de razonable previsibilidad o de adecuada prevención de los ilícitos. Tal tendencia autonomista se ha ido consolidando, especialmente respecto a los delitos ambientales y a los relacionados con la higiene y seguridad en el trabajo, atribuidos al ente según una estructura imputativa similar a aquella de la conducta omisiva por impedimento del evento. También a lo largo de esta directriz evolutiva, caracterizada por un aumento de la sensibilidad, aun doctrinal, hacia los perfiles de personalización y de autonomía de la responsabilidad del ente, se está tratando asimismo de introducir dentro del sistema nuevos elementos de culpabilidad, dirigidos a antropomorfizar un reproche trasladado a la sociedad, para garantizar la pena en los casos en que el delito no sea atribuible a una sola persona física. Estamos en el área de las denominadas *organization theories*, que van:

- desde la llamada “culpabilidad agregada”, con la identificación del delito de la *corporation* como suma de la culpabilidad de los sujetos individuales que contribuyen a la organización (es evidente aquí el eco de la *collective knowledge* estadounidense),
- hasta la “culpabilidad de empresa”, a la cual son reconducidos los modelos de *managment failure* y de la *corporate fault* que se refieren a la falta de control y a la falta de organización preventiva, en una cultura societaria desviada. Algo diverso a la “culpa de organización” que se está desarrollando en nuestra experiencia continental: un modelo, yo diría, más “tipo de autor”, es decir, de culpabilidad

¹¹ Para una mayor profundización y referencias bibliográficas, cf. LOTTINI, o. cit., pp. 94 ss. y 133 ss.

por el carácter de la sociedad, la cual —a través de una determinada política de empresa— expresaría un *modus vivendi* (societario) criminógeno y productivo de delitos.

En el contexto magmático del sistema inglés, una aproximación ulteriormente diversa después de la *reactive fault*, en la cual la culpabilidad —como momento de real reprochabilidad de un hecho al ente— sería evaluada en un momento sucesivo a la creación del daño o del peligro de un daño, se declinaría en una carente activación de la sociedad de las medidas para eliminar las consecuencias del acto ilícito de la persona física.

2.2.2

Un discurso muy similar —en cuanto a la evolución de los criterios de imputación de la responsabilidad— puede ser repropuesto según la solución francesa,¹² en la que el modelo base describe un paradigma adscrito *par ricochet*: el ente responde por reflejo, por la responsabilidad de la persona física autora del delito, y es el nexo de imputación y de tipo exclusivamente objetivo, siendo suficiente sobre el plano de la previsión normativa que el delito sea cometido *pour compte* de la persona jurídica (art. 121-2 c.p. francés). Por otra parte, la presencia de “modelos de organización” (o *similia*), en función de exclusión de la punibilidad y de indirecto fundamento de una culpabilidad del ente, no es ni siquiera evocada por la ley.

Para dar un ejemplo, aunque sea muy rudimentario (de la responsabilidad “de posición” clásica, una responsabilidad *old style*), recordemos el caso del director del periódico respecto a los delitos de prensa. Este modelo es muy sencillo y practicable, aunque nos pueda dejar más o menos satisfechos bajo el perfil de las garantías. La experiencia de la jurisprudencia (ya es muy significativa, aunque no siempre unívoca) describe la emersión, sobre todo en relación a los delitos culposos, de una responsabilidad sustancialmente autónoma y propia del ente, esto es, descolgada de la comprobación del hecho de la persona física sobre la cual teóricamente debería apoyarse y rebotar. Un estrecho anclaje del delito de la persona física, comprobado como hecho típico, antijurídico y culpable, es probablemente también punible si:

- por una parte representa un actuar garantista, en cuanto conectado al carácter funcional del delito en sí mismo, y

¹² Para profundizar el modelo, sobre todo en su interesante evolución jurisprudencial y rica bibliografía, véase el amplio trabajo de GIAVAZZI, S., “La responsabilità delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 2005, pp. 593 ss. y 857 ss.

- por otra parte excluye la posibilidad de reaccionar a la hipótesis de fenómenos criminales o de actividad delictuosa respecto a las cuales la secuencia triádica penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) no sea concentrada en un sujeto individual. Es el caso sobre todo de los delitos realizados dentro de las organizaciones complejas, *delitos de empresa* en sentido estricto (pensemos en la responsabilidad penal *en la y por la* producción industrial).¹³

Por lo tanto, un pragmatismo orientado a la eficacia de la sanción para el ente ha inspirado a gran parte de la doctrina a avalar, aunque con diferentes acentos, la reinterpretación innovadora de esta normativa, en favor de modelos que difieren significativamente de los rígidos dogmas de la teoría de la representación. Esto ocurrió especialmente a través de la elaboración de soluciones compromisorias (por ejemplo, la responsabilidad del ente por la *faute diffuse*),¹⁴ basándose su esquema hasta ahora en la mera presunción de la culpabilidad de las *persones morales*. No es de extrañar, en este punto que vacila incluso la reconstrucción sistemática del paradigma de la imputación, en términos de unicidad del ilícito consustancial de la teoría de la representación y absolutamente incuestionable hasta un pasado reciente, que está cediendo el paso a la tesis pluralista, más en línea con el reconocimiento de la autonomía, incluso estructural, de la responsabilidad del ente.

En esta lenta metamorfosis del modelo francés están los restos descubiertos del nudo de la culpabilidad: la “emancipación” del hecho propio de la persona jurídica respecto de aquel de la persona física no ha encontrado un justo contrapeso en el terreno del contenido de la culpabilidad del ente. Esta última quedó completamente carente de referencias legislativas y consignada a construcciones jurisprudenciales que han bosquejado un concepto de culpa organizativa de contornos aún demasiados inciertos y ricos en ambigüedades.

2.2.3

El legislador suizo, con la intervención legislativa en el año 2003, intentó obviar el problema definitorio, dado que introdujo, justo dentro del Código Penal (originalmente por el artículo 100 *quarter*, y luego, con la reforma del Código de 2007, con el artículo 102) un nuevo título sobre “responsabilidad de la empresa”.¹⁵ Este modelo de imputación de nuevas

¹³ Véase PIERGALLINI, C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milán, 2004, pássim; PERINI, C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milán, 2010, pássim.

¹⁴ Para un análisis de esta y otras soluciones doctrinales sobre el problema de la culpabilidad del ente en el sistema francés, véase nuevamente, GLAVAZZI, o. cit.

¹⁵ Sobre el modelo suizo, véase en doctrina, HEINE, G., “Das kommende Unternehmensstrafrecht”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2003, p. 34 ss.; ídem, “Praktische Probleme des Unternehmensstrafrecht”, en *Schweizerische*

creaciones, particularmente interesantes para nosotros, describe dos tipos diferentes de responsabilidad del ente, haciendo eco en algunos aspectos de nuestro sistema.

2.2.3.1

El primer modelo (de responsabilidad subsidiaria) establece la responsabilidad del ente por cualquier tipo de delito, sin distinción de hipótesis (y solo en la hipótesis) en que no ha estado individualizado el autor material del ilícito. El criterio de imputación viene atribuido “por carente organización interna”, esto es, “en el ejercicio de la actividad comercial”. Es decir, conforme al fin empresarial se ha cometido un crimen o un delito carente de organización interna, y al mismo tiempo este no puede ser atribuido a una persona física determinada. Es por eso que hablamos de subsidiariedad: porque aquí responde solo la sociedad, dado que no se localiza una persona física a la cual imputar específicamente el delito, a causa del *déficit* organizativo.

2.2.3.2

El segundo modelo (de responsabilidad primaria u originaria ergo concurrente) se refiere únicamente a ciertos delitos, las figuras madres de la criminalidad económica internacional, más claramente los delitos de asociación ilícita (artículo 260 *ter* del Código Penal suizo), financiación del terrorismo (artículo 260 *quinqüies* del Código Penal suizo), lavado de dinero (artículo 305 *bis* del Código Penal suizo), la corrupción de funcionarios públicos nacionales (artículo 322 *ter* del Código Penal suizo) y extranjeros (artículo 322 *septies* del Código Penal suizo), abuso de autoridad —*Vorteilsgewährung*— (artículo 322 *quinqüies* del Código Penal suizo), la corrupción privada (artículo 4.a UWG [Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb]), donde se prescinde en este caso de la punibilidad de las personas físicas (incluso en el caso de su detección y punición) pues el ente responde en el caso de que se le pueda reprochar no haber tomado todas las medidas organizativas *razonables e indispensables* para impedir el delito.¹⁶

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), 2005, n. 1, p. 17 ss., y también “Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftshaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen”, en NIGGLI y AMSTUTZ (eds.), *Verantwortlichkeit in Unternehmen*, Basilea, 2007, pp. 93 ss.; POSTIZZI, M., *Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts*, Basilea, 2006, p. 26 ss. Publicado en Italia, el *resumè* de BERNASCONI, P., *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, en *Cassazione Penale*, 2003, pp. 4043 ss.

¹⁶ Para un análisis detallado del modelo y con amplia bibliografía, véase, NIGGLI, M. A., y GFELLER, D., “Sub art. 102”, en *Basler Kommentar*, Basilea, 200, pp. 1649 ss.

Me detengo en dos aspectos de este modelo, sin entrar en los problemas interpretativos más complejos y aún llenos de elaboraciones en ese sistema, ya que en este momento no son de nuestro interés:

1. El primer aspecto relevante es el hecho de que se configuran *dos contravenciones*, es decir, dos autónomos delitos contravencionales, lo que se recaba del hecho de que la pena prevista para la sociedad es la *Bußgeld* (formalmente, la multa), es decir, la sanción típica de la *Übertretung* (contravención). Por lo tanto: el ilícito es penal, pero la contravención, *ictu oculi* independiente *del delicto* o *del crimen* (en Suiza rige aún la tripartición del ochocientos) del cual responde o *no puede* responder la persona física, porque la sociedad ha actuado en modo de opacar la posibilidad de individualizar y “agredir” (a través del procedimiento penal) al responsable físico. Por lo tanto: la elección de un doble hecho típico por un mismo hecho material, sobre la base de una norma específica por hipótesis diversas y sobre todo, con una autónoma articulación de criterios de imputación con *diverso tipo de reproche* para el destinatario-persona jurídica, respecto al destinatario-persona física.
2. El segundo aspecto que quisiera evidenciar se refiere a la estructura típica de los dos modelos imputativos: no hay duda de que el modelo de la responsabilidad primaria (por usar nuestro léxico penal) es aquel de una clásica hipótesis italiana de *agevolazione colposa*¹⁷ de un *delito doloso*. El modelo de responsabilidad subsidiaria, a la inversa, instaura *ex novo* un autónomo hecho del ente, un delito de la *corporation* a ser verificado en la estructura típica, pero que evoca claramente un esquema de *culpa de organización* respecto a la cual el delito de la persona física constituye el evento del ilícito.

En particular, entrando en las *diversas* estructuras de los dos paradigmas de imputación, la doctrina concluye:

- por un lado, por la suficiencia, cuando la subsistencia del delito-presupuesto de la integración de un hecho típico y antijurídico prescinde de la *culpabilidad* de la persona física (notable sobre este perfil la analogía con la disciplina de nuestro artículo 8), y

¹⁷ Artículo 254 del Código Penal Italiano: “Agevolazione colposa. Quando l’esecuzione del delitto preveduto dall’articolo precedente è stata resa possibile, o soltanto agevolata, per colpa di chi era in possesso o aveva la custodia o la vigilanza delle cose ivi indicate, questi è punito con la reclusione da uno a cinque anni”.

- por otro lado, mientras la responsabilidad originaria considera la comisión del delito-presupuesto como una mera *condición objetiva de punibilidad* y califica el nexo imputativo como una forma peculiar de concurso del delito “*por*” *agevolazione colposa*,¹⁸ la responsabilidad subsidiaria propone la clasificación del delito-presupuesto como evento que directamente responde la sociedad bajo forma de *comisión directa por déficit de organización*.¹⁹

Como se ha observado con perspicacia:

L'azione che scaturisce da una struttura organizzata assume un carattere sovra-individuale. L'evento lesivo è l'espressione di una attività che può essere osservata solo nella sua globalità [...]. All'impresa si imputa “d'avoir participé par son organisation défailante à l'infraction”. Il difetto e le carenze organizzative diventano un elemento di responsabilità, se hanno contribuito alla realizzazione di un fatto di rilevanza penale. Si tratta di un rimprovero all'impresa per un suo comportamento e non per quello posto in essere dall'individuo. L'oggetto della negligenza non è pertanto il reato realizzato dall'uomo, bensì il comportamento organizzativo che lo ha favorito. Il rimprovero sta nel fatto di aver omesso di approntare un'organizzazione adeguata, che avrebbe prodotto un effetto preventivo rispetto a quanto si è concretamente verificato. Ne discende che il sistema organizzativo ha agevolato la condotta penalmente rilevante dell'individuo. Ha creato potenziali fattori criminogeni destinati ad aumentare il rischio e il pericolo di violazione della norma penale.²⁰

Conclusión intermedia de esta rápida panorámica comparativa: la cifra general y común (a mis ojos) representa la inestabilidad del modelo, que se mueve sobre un terreno en el cual la hipótesis formulada por Mireille DELMAS-MARTY, de *droit flou* parece particularmente acertada.

Incluso en los sistemas más profundamente radicales en la tradición, como el de la *company liability* angloamericana, o más arraigados a su pionera originalidad, como el sistema francés, en el momento de pasar de la *law in the book* a la *law in action*, es la misma aplicación práctica que desencadena bradisísmicos que hacen fluctuar el paradigma de partida en un *perpetuum mobile*, que tiende a atenuar progresivamente la diferencia respecto a otras soluciones y constantemente aleja el momento de un *ubi consistam* definitivo del paradigma imputativo. En otros términos, una perenne búsqueda: investigación de la culpabilidad (de

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Cf. HEINE, o. cit., pp. 103-105; NIGGLI y GFELLER, o. cit., p. 1666.

²⁰ POSTIZZI, M., “Sei volti del diritto penale d'impresa”, en AA. VV., *La revisione della Parte Generale del Codice Penale*, Lugano, 2005, p. 126; ídem, *Sechs Gesichter...*, o. cit., p. 30.

un principio de culpabilidad en su más completa y moderna acepción *entibus relata*) que no está perdida, pero se encuentra en un estado en el cual no es aún totalmente adquirida.

2.2.3.3

En este punto del discurso debo retornar al nudo crucial que había indicado inicialmente como piedra miliar dogmática sobre la vía que conduce a la reconstrucción del paradigma de la imputación en sí misma: a qué cosa el ente responde. Un problema (que, como decía, en la literatura hasta ahora no he visto tratar y ni siquiera evocar) que concibe la responsabilidad punitiva del ente como una peligrosa hibridación (a tener bien lejos) del derecho penal puro, es decir, exclusivamente humano (*homines, non pecudes delinquere possunt, societas delinquere non potest*), de regular, sobre todo en el terreno del derecho administrativo o de gueto infrasistemáticos de *tertia genera* de variada creación.²¹

En pocas palabras, el delito del ente, más precisamente el *ilícito del ente*, el *Unrecht* de la persona jurídica, sea *autónomamente* considerado a fines analíticos: refiere a la naturaleza jurídica, estructura, relaciones de homogeneidad (más que de heterogeneidad) con el *delito* de la persona física y con la estructura y la dogmática de esta.

1. Colocándome en esta perspectiva, el primer elemento a mover en el análisis puede ser representado por la conducta típica. ¿Cuál es la conducta típica de la persona jurídica a la que esta responde —o no responde— con sanciones *stricto sensu* punitivas, que incluso (en el impacto potencial de las medidas de prohibición) puede conducir de hecho a la muerte de la sociedad?

Y aquí se asienta el primer ganglio vital de la imputación de la *societas*: ya en términos generales el modelo de conducta reprochable al ente va formalizado en plena autonomía respecto al modelo de acción reprochable a la persona física, construyendo la tipicidad categórica: ilícito comisivo, ilícito omisivo, ilícito de obligación (*Pflichtdelikte*).

2. Procediendo del análisis del ilícito (pero aquí solo por inciso), el *step* sucesivo nos llevaría al terreno de la *ilicitud*: desde *Tatbestand* al *Unrecht*. En esta sede, no me resulta posible forzar el terreno de la antijuridicidad, aunque no considero para nada banal la problemática. También en este ámbito el enfoque es “dogmáticamente orientado”; muta de

²¹ Cf., para una calificación en términos administrativos, ROMANO, M., “La responsabilità amministrativa degli enti, società e associazioni, profili generali”, en *Rivista delle Società*, 2002, p. 400; evocando en cambio un *tertium genus*, DE VERO, G., “Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, p. 1167 y E. AMODIO, “Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità dell’ente”, en *Cassazione Penale*, 2005, p. 325.

un concepto unitario y omnisistémico del concepto de antijuridicidad, más que de un concepto diferenciado por tipo de ilícitos. Sin embargo, sea cual sea el *background* dogmático, no encuentro extravagante preguntarse: Una vez individuado el hecho típico común (de la persona física y de la persona jurídica), ¿la sociedad puede alegar exoneraciones que le sean propias y exclusivas?; exoneraciones no necesariamente compartidas con la persona física, tanto en abstracto (causales de exoneración personales, bien notorias a la teoría general de la antijuridicidad)²² como en concreto (porque integraría solo con relación al comportamiento del ente, y en este caso *quid juris*).

Son aspectos que no intento tematizar, pero que ameritan a mi juicio ser profundizados si se quiere progresar en el indispensable proceso de integración del *jus novum* del sistema positivo de control de la criminalidad económica mediante pena.

3. Pero volvamos al tipo de ilícito del ente, considerado ahora analíticamente por *species* de hecho típico.

Sobre la base de esta vertiente, separando por un lado los diversos paradigmas comportamentales típicos de la dinámica criminológica de referencia (de la criminología de *white collar [corporate] crimes*) y por el otro lado la misma criteriología de imputación declinada por el ente de nuestro legislador (2001), es posible individuar al menos tres modalidades estructuralmente diversas y típicas de realización de los delitos efectuados por el ente:

- a. Se puede individuar un núcleo de *delitos propios* de la sociedad como tal, es decir que expresan directamente la voluntad de la sociedad materializando un *programa de acción* propio y exclusivo de la sociedad, respecto a los cuales las personas físicas no son más que meras prolongaciones físicas por la realización de la conducta de la empresa colectiva, apéndices operativos del comportamiento societario. Pensemos sobre todo en los delitos societarios, que al tiempo que retratan la evolución patológica de la actividad no son separables en sentido estricto, pero se identifican con ella. Asimismo, pensemos en la construcción de un balance en la gestión de la información societaria del capital social, en las operaciones extraordinarias y en general en la actividad propia y exclusiva de la persona jurídica, etcétera. Los módulos de conducta típica sujetos a tal actividad se degeneran en la desviación y en el ilegalismo, encarnando el paradigma que FRANKE, en un viejo trabajo olvidado y poco notorio, definía a mitad de los años

²² Cf. MARINUCCI, G., "Antigiuridicità", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 1987, p. 227 ss.

ochenta como *Kollegialdelinquenz*.²³ Es decir, un actuar criminoso que se materializa siempre en decisiones, programas de acción y acciones colectivas y jamás individuales, de las cuales la entidad societaria representa el colector y el fulcro imputativo. Con relación a estos ilícitos, no tiene sentido, a mi juicio, ni parece posible separar y distinguir *sub-species* de tipicidad objetiva de estos dos modelos (de la persona física y del ente).

- b. Por el contrario, hay delitos puramente *instrumentales* respecto a la política de empresa y consecuentemente respecto a los programas de acción que representan la realización: en cierto sentido representan el modo socialmente patológico de proseguir la política institucional de empresa con otros medios. Pensemos en los delitos de corrupción en los que la conducta de la persona física es un instrumento colateral respecto al común actuar social, una modalidad de expansión patológica de la política de empresa institucional para alcanzar los mismos fines (la ganancia, la conquista de mercados, etcétera) a través de medios diversos e ilegales. En este caso, bajo el perfil de la tipicidad objetiva, los modelos, también estructurales, de conducta de la persona física y respectivamente referidos e imputables a la persona jurídica son necesariamente distintos y diversos. Cuando menos, es claramente separable al *finalismo* de la conducta, unida solo al *genus* psicológico de referencia. Es decir, oportunista para los actores (ente y agente individual), dado que cada uno de estos actores está orientado a un interés propio y particular (el beneficio de la empresa por el ente y la gratificación personal en términos de carrera o de *benefits* para el individuo), y ambos solo *oportunistamente* de manera concurrente y sinérgica.
- c. Puede presentarse al observador un ulterior modelo de *conducta típica* adscrita al reproche de la empresa, pero que es más arduo derivar directamente de *la voluntad institucional* del ente, incluso en términos de desviación de los *medios respetando los fines*. Pensemos por ejemplo en el ilegalismo de la gestión de riesgos de producción.²⁴ Estos son delitos del ente —sin embargo, *ni propios ni instrumentales*— que definiré culturales, porque en definitiva son expresivos de cierta cultura de empresa (aquella cultura como connotado “antropológico”, antropomórficamente criminológico y criminógeno de la sociedad), por así decir, fruto de un género perverso enquistado en el cuerpo organizado del ente como tal.

²³ FRANKE, “Kriminologische und Strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz”, en *Festschrift für Günter Blau*, Berlín y Nueva York, 1985, pp. 227 ss.

²⁴ Cf. PIERGALLINI, o. cit., pássim.

Los recientes acontecimientos judiciales (pensemos en el caso *Thyssen*) cargaron la hipótesis (la historia del caso dirá si con razón o sin ella) de una constelación de delitos gravísimos relacionados con conductas de empresa, pero no como *instrumento* de su natural política de empresa (sería insensato pensarlo) sino *como expresión de su modelo organizativo del organismo* mismo de la sociedad, diacrónicamente considerado, en su genética y en su historia. Y la diferencia, respecto a los dos paradigmas de *conducta típica*, se aprecia no solo desde la perspectiva de la *génesis motivacional* (aquella que podemos definir como la *tipicidad criminológica* de las relativas conductas), sino también desde la perspectiva estructural de la tipicidad subjetiva: a diferencia de los modelos precedentes, constantemente encarnados de tipos dolosos, este tercer modelo, inversamente, privilegia la tipicidad culposa o al máximo la tipicidad de riesgo ilícito (*racklessness*).

3

De las reflexiones apenas desarrolladas se derivan los *essentialia* para afrontar la tercera cuestión: *a qué título* el ente responde.

Partamos directamente con *criteriología imputativa* del hecho-delito cometido por el representante al ente.

Mejor dicho: se abre así el capítulo fundamental de la culpabilidad de la persona jurídica.

Se trata de verificar: 1) si es posible reconocer y conceptualizar una categoría general de *imputación subjetiva* de la sociedad que responde por el delito cometido por su “intráneo” y, secundariamente, 2) si tal criterio *general* es también unitario, es decir, si la *culpabilidad* de la persona jurídica reconoce *un solo* modelo o *más* modelos/paradigmas.

Para desarrollar el discurso sobre este plano me resulta útil retomar el esquema relativo a los *paradigmas de conducta típica* directamente referibles al ente que ya he mencionado, reconsiderándolos, esta vez, a la luz de las “grandes dicotomías” características de la categorización penal del *Unrecht*: ilícito comisivo frente a ilícito omisivo, ilícito de evento frente a ilícito de peligro. Se pueden obtener significativas y esclarecedoras conexiones con los (eventualmente) diferentes títulos de responsabilidad, *scilicet criteri* de imputación, a ulterior confirmación del *valor típico del hecho* asumido de la forma de reproche “subjetivo” conectado al comportamiento “interior” del agente.

3.1

A lo largo de esta aproximación se identifican dos modelos tipológicos:

a. El primero está integrado por aquellos módulos de conducta definitivamente activa (es decir, la estructura comisiva), correspondientes a los procedimientos decisionales “institucionalmente” *proprios* de la sociedad, e integrantes de aquella hipótesis de delito como fruto de decisiones complejas, coordinadas y expresivas del finalismo de una estructura común, de delitos encarnados en la (ya mencionada) *Kollegialdelinquenz*, es decir la ilegalidad de los colegios del *Gremia* que necesariamente no deciden *uti singuli* sino como conjunto *universal* de sujetos.

b. Junto con este primer tipo de conducta es menester dar espacio a una responsabilización directa de la *societas*, un paradigma de atribución de la responsabilidad que definiré como asunción o de gestión de riesgo (del riesgo-delito, evidentemente) caracterizado por estructuras completamente diversas. Es un paradigma que reclama el modelo de conducta omisiva inevitablemente anclado a una *Garantenstellung*, que aquí necesariamente debería orientarse al *impedimento del delito* de parte *de otros* (los representantes-autores físicos).

El argumento aquí es delicado, ya que no es en absoluto seguro que, aun en el contexto que acabamos de esbozar, sea posible identificar una *posición de garantía* en términos jurídico-penales en las manos de una sociedad por (la falta de impedimento del) *hecho de otro*; por conductas *voluntarias* así como ilícitas de otros. En su reciente y desarrollado estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa, el coreano KIM, con especial atención a la experiencia helvética, excluye la posibilidad de configurar una *Garantenstellung* general, por así decir *omnibus*, capaz de gravar sobre la sociedad los delitos cometidos en el interior de la estructura societaria; tales conclusiones esencialmente sobre la base de una reflexión del todo endodogmática (penal) de tipo “clásico”.²⁵ Quizás sobre este perfil, lo *jus novum* comienza a moverse en la misma dogmática (y hermenéutica) clásica con algunos *términos* jurídicos insuperables, y por lo tanto el perfil merece un profundo replanteamiento.

3.2

Prescindiendo de su calificación como penal o como administrativa, la estructura del ilícito del ente (el *Unrecht* propio de la sociedad), ¿refleja el tipo de *ilícito de evento* o el

²⁵ KIM, Y., *Individuelle und kollektive Zurechnung. Schwierigkeiten mit der bestrafung von Unternehmen und Unternehmen*, Basel, 2006, especialmente pp. 151 ss.

tipo de *ilícito de peligro*? En otras palabras: ¿la persona jurídica responde directamente por el evento-delito o responde por el riesgo producto de la comisión de un delito-presupuesto?

Esta pregunta en sí misma no es banal; implica un punto delicado, aquel relativo al tipo de conexión que existe entre el delito (de otros) y la responsabilidad (propia): en el léxico penal, lo que se indica como imputación objetiva del delito en sentido estricto.

Declinando la cuestión:

a. El nexo objetivo que subsiste entre la comisión del delito por parte de la persona física y la imputación de la responsabilidad a la persona jurídica (en primer lugar de cualquier evaluación en términos de culpabilidad), ¿es un *nexo de causalidad* en sentido propio o es un mero *nexo de imputación*? Es decir, ¿es nexo de tipo naturalista o de tipo puramente normativo?

b. ¿El delito-presupuesto es un evento del ilícito o una mera condición objetiva de punibilidad?

La respuesta a estas dos subpreguntas, como es evidente, reviste primaria importancia en la definición de caracteres estructurales, y en el marco posterior dogmático del ilícito del ente.

El derecho suizo, al pasar de un modelo binario (como se ha visto *supra*), ha obligado a los penalistas a interrogarse sobre estos temas. La primera doctrina que se ha ocupado de estas argumentaciones no alcanzó una visión unitaria, por ejemplo, con relación a la distinción de paradigmas imputativos, entre el “primero” y el “segundo” modelo de responsabilidad. Aquí el punto crucial es identificado en el rol de asignar a título propio el reproche penal de la sociedad. Parecería que al menos el modelo de responsabilidad “subsidiaria” concluye en *punir directamente la desorganización societaria* que se concreta no solo y no tanto en facilitar la comisión del delito, sino en hacer imposible el establecimiento del autor persona física, sin que sea necesario demostrar (a los fines de juicio de tipicidad-el hecho del ente) un nexo causal que se vincule directamente con la carencia organizativa, con la realización del riesgo-delito.²⁶

La consecuencia es intuitiva, sobre la vertiente del tipo culposo (así construido el ilícito que se delinea), sobre todo ilícito de riesgo (ilícito orientado sobre el riesgo-delito “interno” de la actividad de la empresa),²⁷ que no es un “normal” ilícito de evento, con inevitables consiguientes derivaciones en cuanto al establecimiento del nexo concurrente entre los diversos *hechos* (el hecho-delito y el hecho-desorganización). Sobre la vertiente del

²⁶ Véase por ejemplo, HEINE, o. cit., pp. 108 ss.

²⁷ Cf. PIERGALLINI, o. cit., pp. 523 ss.

hecho típico culposo son los contenidos cautelares que a la regla de diligencia propia del ente (deber de “organización de la organización”, como he tenido ocasión de proponer en otra sede²⁸) son asignados, en la sustancia elaborándolos, *ex novo*.²⁹

Pero volvamos a nuestro ordenamiento jurídico. Es evidente que sobre la colocación estructural del delito-presupuesto deriven consecuencias decisivas, propias del tipo de responsabilidad del ente, configuradas en nuestro subsistema, y en *efecto cascada* en mérito al criterio de imputación (o eventualmente a los *criterios* de imputación).

Según las respuestas dadas a los precedentes dilemas muta la estructura del sistema punitivo orientado sobre la persona jurídica. No es un misterio que la estructura del *Tatbestand* (del hecho típico objetivo) está en grado de condicionar en modo determinante (formalmente en sentido material) la misma criteriología asignada de la responsabilidad; pasando de un extremo al otro: *Schuldprinzip* frente a *objektive Zurechnung*.

3.3

Y aquí están los perfiles más estrictamente “subjetivos” de la responsabilidad del ente, en nuestro ordenamiento jurídico, al menos declaradamente³⁰ orientados al principio de *culpabilidad*.

Como es sabido, en nuestro sistema, creado por el decreto legislativo n.º 231/2001, al menos son formalmente tipificados tres diferentes títulos o paradigmas de responsabilidad, esencialmente orientados sobre el tipo de autor-persona física. Cuando hablo de *tipo* de autor no me refero obviamente a los perfiles *lato sensu* criminológicos, sino a calificaciones formales del autor material del supuesto delito. Se trata de calificaciones de naturaleza funcional o procesal, declinándose los diversos modelos de culpabilidad del ente en razones del autor persona física: a) *apical*, b) *subordinado*, c) *ignoto o no punible* (y, sin embargo, ausente de proceso). Le corresponden los paradigmas de la responsabilidad del ente: aa) por “el hecho de los vértices” *ex* artículo 6 del decreto legislativo n.º 231/2001; bb) por el “hecho supuesto” *ex* artículo 7 del decreto legislativo n.º 231/2001; cc) “autónomo” *ex* artículo 8 del decreto legislativo n.º 231/2001.

Este no es ciertamente el lugar para analizar los diferentes modelos: en concreto solo quiero focalizar dos cuestiones conjuntamente.

3.3.1

La primera cuestión es aquella de partida.

²⁸ Véase *infra*, nota 30.

²⁹ Cf. KIM, o. cit., pp. 184 ss.; NIGGLI y GFELLER, o. cit., pp. 1682 ss.

³⁰ Cf. “Relazione ministeriale al decreto legislativo 231/2001”, en *Guida al Diritto*, 2001, n. 26, p. 31 ss.

Se trata de si estamos frente a un *corpus* no solo nuevo sino también *autónomo*, e incluso *extraño* respecto al sistema de la justicia penal, que debe por lo tanto restar colateral, casi abandonándolo al “brazo secular” del puro “derecho” de policía.

Esto puntualmente se verificaría en definitiva en el momento en que se pregona *tout court* y definitivamente el subsistema de la responsabilidad *ex crimine* de la persona jurídica del sistema penal, aplicándose *in toto* la etiqueta de “administrativo”: sustraído a cualquier presidio *constitucional* propio de la “penalidad” (artículos 25-27 de la Constitución) e incluso recogido del paraguas protector representado por los “principios generales” concebidos en el ilícito *stricto sensu* administrativo del decreto legislativo n.º 689/1981, por evidente incompatibilidad normativa. Pensemos solamente en la insanable antinomia representada del paradigma de responsabilidad, por el contrario indirecta y solidaria, concebida por los entes de este último cuerpo normativo: “nuestro” ilícito terminaría inevitablemente en el cono de sombra de un laxo *Interventionsrecht*, efímero y moderno del “derecho” de policía.

Estamos frente a un núcleo normativo reciente e innovador, pero diseñado para integrarse con los principios, las instituciones y la misma dogmática del sistema penal y del derecho penal, tanto clásico como moderno.

En esta segunda perspectiva, viene inmediatamente en cuestión el tema de la integración o integrabilidad de esta nueva forma de *extensión de la punibilidad* (*rectius*, de *extensión del hecho típico penal* en razón de nuevos destinatarios del precepto penal) con otros más consolidados “paradigmas extensivos”; aludo a la disciplina del concurso de personas en el delito (*ex* artículo 110 y siguientes del Código Penal) y a la responsabilidad por omisión del impedimento de un evento (*ex* artículo 40, apartado 2, del Código Penal).

Y es por tal directriz que mi primera hipótesis, de imaginar la responsabilidad de la persona jurídica como *hecho típico plurisubjetivo de parte general*,³¹ tipificante de una nueva hipótesis de *concurso (necesario) de personas físicas y jurídicas en el mismo delito*, resolvería el problema de la unidad y de la pluralidad, en el sentido de individualizar un solo delito en que conjuntamente concurren, según la lógica de la accesoriadad y con los diversos criterios de imputación, la *societas* y la persona física.

Me explico mejor:

Con respecto al observatorio italiano, mi interpretación del modelo imputativo pensado para la *societas* ha sido en un primer momento el siguiente: el esquema de responsabi-

³¹ Para profundizar, véase PALIERO, C. E., “La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici”, en AA. VV., *Societas puniri ipotesi. La responsabilità da reato degli enti collettivi, Atti del Convegno di Firenze 15-16 marzo 2002*, F. Palazzo, Padua, 2003, p. 17 ss.

lidad adoptado por el legislador en el 2001 introdujo en el sistema penal italiano un hecho típico a concurso necesario de parte general.

Desde la perspectiva sistemática, se debería individuar dentro de un fundado código penal la ambientación ideal de este modelo de imputación que por el momento tiene conexión *extra codicem*, la cual debería encontrarse en el capítulo relativo al concurso de personas en el delito. Solución *ictu oculi*, quizás desconcertante, pero que a mi modo de ver indica la interpretación sistemáticamente más coherente para descifrar el modelo de responsabilidad del ente.

Se trata de un paradigma que desde un punto de vista funcional es ciertamente orientado sobre la prevención (general y especial) de un punto de vista *estructural*, pero en cambio en su interior está animado de una tipicidad de naturaleza *colectiva*: similar estructuralmente al modelo de hecho típico pluriobjetivo y *necesariamente* plurisubjetivo; hecho típico plurisubjetivo necesario que por ahora encuentra aplicación en un número reducido de hechos típicos, pero que ha potenciado la expansión casi ilimitada de parte general. Luego serán únicamente los límites estructurales de los tipos delictuosos a condicionar la posibilidad de concebir a la persona jurídica como una posible autora de delitos (límite de naturaleza puramente naturalista no normativa: por ejemplo, algunos delitos de mano propia no serán atribuibles a la persona jurídica, etcétera).

Se trata de un hecho típico a *concurso necesario*, y por otra parte demostrado por el criterio imputativo *principal*: para atribuir la responsabilidad a la persona jurídica debe esta ser partícipe a través de su “personal” culpabilidad (culpa de organización) al delito materialmente cometido por una persona física y que vale por el criterio de adscripción más cubriente —me refiero al *subjetivo*—. Por otro lado, ocurre que la entera conducta es animada del finalismo colectivo integrado de criterios de adscripción del *interés y/o de la ventaja* de la sociedad como tal, que asume por lo tanto el rol de *autor agregado “impersonal”*, junto con la ya formada colectividad de los autores “*personas*” y que vale por el criterio *objetivo* de adscripción de la responsabilidad.

En otros términos: al menos según el perfil de la tipicidad objetiva, la responsabilidad *ex crimine* de la sociedad comercial se emperna sobre un *hecho típico complejo y necesariamente plurisubjetivo*. En el ámbito de esta, uno u otro de los dos concurrentes necesarios pueden resultar en concreto no punibles por razones procesales o por acontecimientos extintivos. Asimismo, el concurrente físico por carencia de culpabilidad, *rectius* en presencia de las causas de exclusión típicas, y el concurrente jurídico, porque el hecho típico está integrado *solo en presencia del concurso*, cristalizado por el doble nexo funcional-finalista (posición

interés-ventaja), *de ambos sujetos destinatarios de la norma (compleja)*. En ausencia de tales conexiones entre las conductas, se escapa del sistema y puede sobrevivir solamente el *diverso* hecho típico punitivo individual (monosubjetivo o plurisubjetiva eventual *ex* artículo 110 y siguientes del Código Penal).

Por el contrario, no es un misterio que la reflexión de *lege ferenda* en todo el espacio jurídico europeo serpentea sobre el tema, delicado y siempre interminable, de la responsabilidad plurisubjetiva. El problema del concurso de personas es cada vez más frecuentemente considerado un problema de *parte especial*, es decir, de construcción de particulares hechos típicos que individualizan los modelos (otros y nuevos) de participación. Por estos motivos, cada vez son menos asignados a aquella paradigmática clásica y que sobre todo en otros ordenamientos (también en el nuestro) es subrepticamente estructurada sobre la figura *hipostasiada y obsoleta* del autor, del cómplice y del instigador.³²

Dentro de las organizaciones complejas, que producen tipos de conducta y tipos de criminalidad *estructuralmente plurisubjetivos*, los modelos de incriminación a título de participación *solo formalmente* continúan calcando los viejos modelos genéticamente *monosubjetivos*. Si vamos a analizar en el espejo de la jurisprudencia las motivaciones por las cuales un sujeto persona-física ha sido incriminado por un hecho colectivo, en todas partes aflora el recurso de diferentes criterios de imputación —por ejemplo, porque tal sujeto “tenía una cierta posición de garantía” o “porque no ha impedido un cierto evento”, o incluso “porque no ha determinado culposamente una condición” o “no ha minimizado el riesgo de la comisión del delito de parte de otros partícipes”—, todos exorbitantes a los confines ontológicos y estructurales de la figuras “clásicas” de participación del delito.³³

La solución jurídica que cada vez emerge de la jurisprudencia (pensemos en aquella en materia de delitos societarios o de quiebra) no encuentra una exacta correspondencia en los viejos esquemas de los códigos de la participación voluntaria o de la cooperación culposa, pero sí en los *nuevos modelos* de cooperación de la realización del delito. En esta nueva constelación de figuras, aún todas por fundar en términos de elaboración teórica, aunque ya la jurisprudencia las ha refinado en la praxis, se insiere (esta vez por formalización legislativa) una ulterior figura de coparticipación: aquella de la persona jurídica que coopera en la reali-

³² En este sentido es interesante K. VOLK, “Reità e partecipazione nel Corpus Juris”, en MOCCIA, *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Nápoles, 2004, p. 202.

³³ Sobre la problemática de los modelos de atribución de la responsabilidad individual en los órganos colegiados, véase en sentido fuertemente crítico, CRESPI, A., “La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999, p. 1150 ss.; recientemente ALESSANDRI, A., “Attività d’impresa e responsabilità penali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, pp. 534 ss.

zación del delito cometido, en su interés, dentro de su organización, que puede considerarse expresión de su *específico* operar organizativo.

En esta “nueva” perspectiva, el único elemento relevante a la paradigmática clásica del concurso de personas, que puede e incluso debe continuar desarrollando un rol-guía en la construcción de un modelo de participación que tipifique la contribución penalmente relevante de la persona jurídica, está constituido (siguiendo fielmente la lección del maestro PEDRAZZI³⁴) por el canon de la *accesoriedad*.

Si relacionamos ahora, según mi original propuesta, la responsabilidad del ente con el capítulo de la participación en el delito (también teniendo en cuenta su concreta modificación jurisprudencial) respecto a esta figura completamente nueva que he definido como *hecho típico plurisubjetivo a concurso necesario de parte general*, el criterio de la accesoriedad debe continuar siendo un punto firme. La idea es confrontada por un dato textual, la norma *interna* al *corpus* dedicada a la responsabilidad de los entes —el artículo 8—, que sanciona la *autonomía* de la responsabilidad de la persona jurídica: la persona jurídica responde también si la persona física no es imputable o no es punible.

La presencia de un paradigma *adscriptivo* como el del artículo 8 (que sanciona la *autonomía* de la responsabilidad del ente), además de constituir un desmentido, ofrece una ulterior y clara confirmación sistemática de la impostación prospectada; prueba de hecho de que la conducta (de carente organización preventiva) de la persona jurídica tiene una posición *accesoria* de necesaria (*ratione naturae*) participación respecto a un hecho material típico (según el esquema de la *accesoriedad mínima*) de la persona física. Asimismo, incluso si no es individuada materialmente o en concreto no es punible. Si queremos agregar una ulterior aclaración podemos decir que se trata de una “necesidad” del nexo participativo *monolateral* o a “vector unidireccional”: en el sentido de un idéntico delito-presupuesto. El hecho típico, según los paradigmas clásicos del derecho penal “común”, *puede* integrarse *también en ausencia* de la contribución de la persona *jurídica*, mientras según los paradigmas “modernos” del *nuevo* derecho penal de la empresa *debe* integrarse *solo en presencia* de una contribución de la persona *física*.

Esta norma de contrastada recepción asigna a la persona jurídica el rol de partícipe *adjunto* del hecho típico plurisubjetivo, que ve como partícipe a la persona física (necesariamente *ratione naturae*) agente y a la persona jurídica *interesada aventajada*. Por otro lado es menester destacar que testifica la extensión de la responsabilidad y consecuentemente de la punibilidad, la cual sucede sobre la base del *principio de accesoriedad*: porque un *hecho*

³⁴ PEDRAZZI, C., *Il concorso di persone nel reato*, Milán, 1952, pp. 22 ss.

material típico cometido por una persona física, aunque no sea individuada materialmente, debe haber sido realizado, y esta realización material es la que *accede* a la responsabilidad de la persona jurídica, que de otra manera no sería posible adjudicarla.

Esta reconstrucción, que mantiene los saldos y nexos con la dogmática y la sistemática penal, se revela luego particularmente proficua en la lógica de los grupos de sociedades: en este contexto germinan las decisiones³⁵ que “desnaturalizan” el núcleo sancionatorio frente a la *corporation* del cuerpo penal clásico, incriminando a la sociedad principal *sobre la base del solo interés* que ella puede sacar del hecho ilícito realizado por el sujeto, apical o subordinado funcionalmente ligado a la conducta. La dilatación, fácilmente actuada por vía pretoria del concepto de interés previsto por el artículo 5 del decreto legislativo n.º 231/2001, hace tal nexo adscripto de tipo exclusivamente objetivo, común a todos los sujetos físicos y jurídicos en cualquier modo envueltos (también indirectamente) en la realización del hecho ilícito.³⁶ Este sería por lo tanto el único elemento *débil* de la imputación de la responsabilidad al ente en la dimensión de los grupos de empresa, donde una lógica que salve los principios penales (es decir, en este caso, orientada la responsabilidad en el cuadro complejo de una responsabilidad plurisubjetiva por “conjunción”, la cual se realiza con el decreto 231, y según la regla y la disciplina del artículo 110 del código penal y siguientes)³⁷ hace posible la adscripción de responsabilidad a la *societas* solamente a costa de pasar a través de una rigurosa demostración de concurso de la persona física encarnada por un miembro de la *holding*; es decir, de un sujeto dotado de *capacidad* “responsabilizante” de la sociedad matriz del grupo en el delito realizado por la filial.

Soy consciente de que la tesis hermenéutico-dogmática que aquí sigo propugnando no ha gozado de consenso de la imperante doctrina penal.³⁸ Pero, en cambio, ha recibido recientemente mayor autoridad y la confortación de la praxis. Las *Sezione Unite della Cassazione* en el importante caso *Impreglio* han afirmado textualmente:

La responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio di imputazione del fatto all'ente è

³⁵ Cf. GUP Milano, ord. 20 settembre 2004, en *Il Merito*, n. 1, 2005, p. 85; Trib. Milano (sez. riesame), ord. 20 dicembre 2004, en *Il Merito*, n. 2, 2005, p. 67.

³⁶ Véase en sentido crítico de tal orientación jurisprudencial, C. BENUSSI, *La responsabilità “da reato” delle persone giuridiche nei gruppi di società*, de próxima publicación, pp. 16 ss. del manuscrito.

³⁷ En este sentido, véase las interesantes observaciones en el “Parere del Consiglio di Stato, Sezione III, 11 gennaio 2005”, ya citado, y justamente valorizado por BENUSSI, o. cit., pp. 26 s. del manuscrito.

³⁸ En particular, contra mi tesis, véase primeramente, MELCHIONDA, A., “Brevi appunti sul fondamento “dogmatico” della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi”, en AA. VV., *Societas puniri potest...*, o. cit., pp. 227 ss. Para una reconstrucción de las diversas opiniones y de los ulteriores desacuerdos madurados sobre el tema, cf. ASTROLOGO, A., “Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica”, en *Indice Penale*, 2005, p. 1016 ss.

la comisión del reato “a vantaggio” o “nell’interesse” del medesimo ente da parte di determinate categorie di soggetti. V’è, quindi, una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona física, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giurídica, deve essere considerato “fatto” di entrambe, per entrambe antigiurídico e colpevole, con l’effetto che l’assoggettamento a sanzione sia della persona física che di quella giurídica si inquadra nel paradigma penalístico della responsabilità concorsuale.

Pur se la responsabilità dell’ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8 d. lgs. n. 231), è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore da parte di un soggetto físico qualificado.³⁹

3.3.2

La segunda cuestión radica en considerar directamente la criteriología imputativa de nuestro legislador, *formalmente diferenciada*.

En este contexto, el nudo a desatar se traduce en la siguiente pregunta: La criteriología de adscripción de la responsabilidad del ente ¿expone un paradigma unitario y *monista* o un paradigma diferenciado y pluralista?

En particular, nos preguntamos si los artículos 6, 7 y 8 del decreto legislativo 231/01 han introducido tres *diversos* modelos de imputación, analógicamente al esquema seguido por el legislador suizo, o se ha configurado un *único* modelo adscrito articulado en singulares formas distintas pero estructuralmente del todo analógicas y homogéneas.

La alternativa conceptual aquí deviene drástica, propia a los fines de una correcta elaboración dogmática de la categoría “culpabilidad del ente”. En efecto, se trata de decidir si es menester caracterizar separadamente cada particular paradigma imputativo sobre la base de sus “autónomas” peculiaridades estructurales, o bien si es mejor investigar una *unidad categórica*, un *genus* común del cual cada particular (sub)criterio adscrito represente la *species*, individuando al mismo tiempo el elemento caracterizante común, la *estructura-base* del nexo imputativo individual y constante en cada singular variante del paradigma.

Intentaré abordar las consecuencias sistemáticas respectivamente derivantes de la adhesión a cada una de las opciones.

Opción pluralista

En este contexto, la regla es: a diversidad de *tipos de autores* (persona física, en el sentido *supra* mencionado), diversidad de *títulos de responsabilidad* y correlativamente de *estructura del paradigma*.

³⁹ Cf. Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7.

En síntesis extrema, habrá:

a. para los llamados sujetos apicales (artículo 6), un *título de responsabilidad* conjunta estructurado de la siguiente manera:

- La persona física-ápice es contradistinta de un *doble dolo acumulativo*:
 - “el dolo del hecho” típico del delito cometido, y
 - el “dolo elusivo”, que a través del uso de términos subjetivamente cargados “fraudulentamente”, el legislador requiere como *elemento subjetivo del tipo* indispensable para la integración de la eximente del artículo 6.
- La persona jurídica es contradistinta de un *doble dolo alternativo*:
 - el dolo del hecho típico del delito cometido, adquirido “por identificación” del autor-persona física, en el caso de directa connivencia con la elección criminal (expresiva de la “política de empresa” o en total deliberada ausencia de *compliance programs*), o bien, en alternativa,
 - el “dolo culpabilidad”, representado por un *déficit* de autocontrol interno, que relajando o desarrollando insuficientemente los frenos inhibitorios endosocietarios ha hecho posible el delito por parte del “vértice” impregnando, haciendo reprochable el comportamiento del ente —a la inversa, era exigible (“dolo-culpabilidad”) un opuesto comportamiento de eficaz represión del “empuje criminal” de los representantes apicales—.

b. En el caso de delitos de sujetos subordinados (artículo 7) la responsabilidad del ente, por el contrario, encuadra en el *esquema concursal de tipo culposo* (*de falta de impedimento culposo*) respecto al hecho cometido por la persona física dependiente en el interior de la organización societaria y correctamente definible en términos de *agevolazione colposa*⁴⁰ típica. Tal forma de responsabilidad se funda en:

- La individuación de un *deber de diligencia* de carácter general, representado por la “observancia de las obligaciones de dirección y vigilancia”.
- La conexión de la responsabilidad a la integración de un *riesgo típico*, constituido por la realización de delitos-presupuestos, riesgo en el cual la *concreción* es representada por el hecho-delito perpetrado por el subordinado.
- La especificación de *reglas cautelares* orientadas al impedimento de delitos-presupuestos en el interior del “modelo de organización”, con fundamento eminente-

⁴⁰ Véase la nota al pie n.º 16.

mente preventivo que la norma evoca solamente, pero sin embargo insiere en los requisitos típicos de este hecho típico culposo.

c. El último modelo refiere a la responsabilidad autónoma del ente (artículo 8), históricamente pensada *para los delitos culposos de evento* realizados en el interior de la empresa y privados de una tipificación expresa y analítica. Se recava en el sistema integralmente a través del artículo 8 del decreto que sanciona la autonomía de la responsabilidad del ente:

La responsabilidad del ente subiste *también cuando* (a) el autor del delito *no* ha estado *identificado o no es imputable*, (b) [el autor del delito *no es punible*], porque el delito en sí mismo *se extingue* por una causa diversa de la amnistía.

El modelo adscrito en examen encontraría su razón de ser en relación con los hechos culposos (sobre todo con los delitos culposos de evento), respecto a los cuales los particulares fragmentos de conducta son materialmente puestos en análisis de sujetos diversos. E incluso puede ser más que sorprendente adquirir la prueba de una compleja “culpa de organización” también en la material ausencia de prueba sobre los singulares fragmentos de responsabilidad individual, representados por las conductas de los particulares.

Con ulterior diferenciación respecto a los dos paradigmas imputativos precedentes, este “tercer modelo” identifica una forma de responsabilidad de la persona jurídica *principal* (no “accesoria”) y es *estructuralmente culposo*: marcadamente consistente en una *culpa de organización* específicamente orientada sobre el *riesgo-delito*.

Opción monista

Por el contrario, en este diverso contexto la regla es: a diversos tipos de autor corresponde una homogeneidad del título de responsabilidad del ente y (cuando menos parcialmente) de la estructura del paradigma adscriptivo de la culpabilidad. Elemento unificante del sistema, en tal perspectiva, no será individuado en la “culpa de la organización” sintéticamente definible como ineficacia y carencia organizativa —*rectius*: déficit de organización de la organización en la actividad de prevención y gestión del riesgo-delito—. ⁴¹ En efecto, es esto el elemento estructural que podría emerger de un atento análisis como fondo común a los tres diferentes paradigmas adscriptivos, en el interior de los cuales la culpa de organización encontraría colocación en los siguientes términos.

⁴¹ Para una profundización, también en mérito a los perfiles “de contenido” de tal categoría en el sistema de responsabilidad de los entes, véase, PALIERO, C. E., PIERGALLINI, C., “La colpa di organizzazione”, en *Rivista* 231, 2006, pp. 167 ss.

x. Y sobre todo, al referirse a la culpa de la organización, sustancialmente evocada como una suerte de *forma especial* de culpa, con respecto al criterio de imputación de la responsabilidad del subordinado del artículo 7, cuando entonces el delito viene cometido por un *sujeto subordinado*. En este caso, el ente sería reprochable por haber facilitado la consumación del delito, en una diversa lectura, por una suerte de concurso mediante *omisión* (falta de impedimento) en el delito expuesto. En ambos casos la culpabilidad se traduciría en una *culpa de la organización*, integrada por el *déficit de control*, que puede retenerse excluso solo si el ente ha adoptado un modelo idóneo para prevenir los delitos de la especie de aquellos verificados. Desde esta perspectiva no sería incorrecto designar la correspondiente posición de garantía asumida por el ente como posición de control en sentido propio y técnico. Entonces se puede hablar de una *culpa* en un sentido no demasiado disímil de aquella con la cual se define la adscripción involuntaria de un evento a la persona física, en enteros sectores de la responsabilidad culposa.

y. Más complejo y controvertido es el coeficiente de culpa organizativa dentro del paradigma imputativo “conexo” a la conducta de los sujetos en posición apical: el artículo 6 prevé la posibilidad por el ente de prestar modelos de prevención del delito, cuando la *societas* se articula en una pluralidad de centros decisoriales. Gran parte de la doctrina duda de la posibilidad de hablar de una culpa de organización.⁴² El asunto agita la incontrovertible consideración de que el delito cometido por un sujeto vértice es el delito del ente, en el sentido de que replicaría sobre la vertiente de la imputación subjetiva en plena conformidad con sus postulados de la *teoría de la identificación*. Así, el dolo del administrador como *supra* reconstruido coincidiría con el dolo del ente, visto que el delito resultaría expresivo de su política de empresa. Asimismo, en sentido crítico respecto a la subsistencia de un reproche por culpa organizativa, tomando en cuenta que en la actual realidad societaria no siempre la voluntad del sujeto apical expresa la voluntad del ente. En este sentido, se concluye que la adopción y la eficaz actuación de un modelo de prevención no constituye el fulcro, el sustrato material del paradigma de la culpa organizativa, como un mecanismo capaz de *disociar el ente del propio vértice* y de excluir (sea por un mecanismo de inversión de la carga de la prueba) *la culpabilidad* del primero.

Efectivamente, la teoría de la identificación desarrolla un rol apremiante en presencia de un delito referible a un sujeto vértice. La especial disposición del artículo 6 abre la

⁴² En sentido fuertemente crítico en mérito a la posible conductibilidad del criterio adscriptivo del artículo 6 a un paradigma realmente culposo, véase, entre otros, PADOVANI, T., “Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche”, en DE FRANCESCO, G., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Turín, 2004, p. 18; DE VERO, o. cit., pp. 1138 s., y AMODIO, o. cit., pp. 324 s.

posibilidad de individuar un *diafragma entre el ente y las personas que lo encarnan*. También la pluralidad de centros decisionales (pensemos en un ente organizado según el modelo “divisional”) integra un fenómeno de descentralización horizontal de la responsabilidad. La circunstancia de que sea un organismo subordinado (el Consiglio di Amministrazione) que entienda ejercer un rol de control y de conformación de los procesos decisionales a través de la adopción del modelo de prevención evoca un fenómeno no distante de aquel que califica la relación con los sujetos subordinados. La distinción respecto a la mayor dificultad estimula la posibilidad de (adecuadamente) contrastar el riesgo-delito en presencia de conductas referibles y sujetos apicales. El hecho de que el ente en condiciones cada vez más apretadas pueda reclamar su externalidad respecto al ilícito del vértice no perfila la imposibilidad de mover un reproche por culpa, porque el delito ha sido cometido fuera de cualquier posibilidad de control. Una vez autor del delito, la prueba de una culpabilidad del ente es distinta de aquella que afecta a la persona física autor del delito.

Mientras que en el artículo 7 el cumplimiento del deber organizativo funge como el *elemento constitutivo*, sea en negativo (*como carencia*) del *hecho típico culposo*, en el artículo 6 de la teoría de la identificación incardina una *presunción de culpabilidad* del ente, mutando del coeficiente psicológico al sujeto vértice que ha cometido el delito. La adopción del modelo consiente al ente de remover la presunción demostrando así de *no tener, en ningún modo, facilitada la consumación del delito*. En esta eventualidad *la culpa de la organización* se explica sobre la vertiente adscriptiva de la responsabilidad, un rol “eventual”, “de segundo grado”: viene retenida por ley, extraña al cielo de la culpabilidad (de sus elementos constitutivos) hasta alcanzar la prueba contraria, a confluir en el proceso.

z. Por último, en el modelo de responsabilidad autónoma en virtud del artículo 8, como ya se ha anticipado, la culpa de organización se eleva incluso a un criterio “puro” de atribución de responsabilidad del ente: depurado a cualquier nexo con la demostración de un ulterior coeficiente de culpabilidad de la persona física y en el cual el perfil de desorganización asume un relieve central y absorbente. La *autonomía* de la responsabilidad de la persona jurídica recorta en este caso un “centro de imputación” al cual son reconducibles delitos consumados de personas físicas que en la hipótesis límite no resultan ni siquiera individualizadas. Es la presencia de *Werkzeugen*, que una “mente superior” y dominante ha dirigido y orientado a la actividad típica, esto es, a *la actividad de riesgo* (típico), aquella actividad que ha provocado el riesgo-delito, sin que el ente haya prevenido ni predisposto en su “deber organizativo” los mecanismos de minimización que pertenecían a su posición de control.

Permanece abierta la perspectiva en mérito a privilegiar una u otra de las opciones: monista frente a pluralista. En todo caso, y marcadamente si se optase por una reconstrucción en sentido unitario del vigente modelo de imputación “subjetiva” de la persona jurídica, un problema de fondo me parecería sin embargo ineludible, y como tal lo pongo conclusivamente sobre el tapete de reflexiones futuras.

El modelo comportamental “alternativo” al ilegalismo (la conducta debida impeditiva no del evento pero sí del concreto *riesgo* del evento del delito), que la ley impone a la sociedad como carga para escapar a la responsabilidad (creación de un modelo organizativo idóneo + constitución de un organismo de vigilancia independiente) se presta a una doble y divergente lectura interpretativa desde el punto de vista dogmático.

Por un lado, este subsistema puede integrar un *tipo culposo* en sentido estricto, no un genérico *crimen culpae*, sino un “normal” *crimen culposum* tipificado “en la parte general” a través de una (compleja) cláusula de extensión de la responsabilidad por el mismo delito de la persona física (autor material) a la persona jurídica (o, en el caso del artículo 8, sin mediación “humana”, directamente a la persona jurídica), con la sola peculiar diferencia relativa a las *fuentes* del modelo cautelar: en este caso completamente *autonormado* y *autotutelado*.

Por otro lado, el mismo paradigma puede ser interpretado como una *obligación de conducta* meramente *preventiva*, no tanto cautelar cuanto *cautelativa*, orientada a la prevención abstracta del riesgo-delito.

Este es el tema que la dogmática penal debe intentar profundizar, el nudo dogmático a derribar *in primis*.

El éxito de esta profundización pretende señalar el destino de la responsabilidad del ente en nuestro ordenamiento jurídico, desde una perspectiva tanto conceptual como práctica (de la praxis judicial y de su impacto sobre el *target* social); es decir, en la medida en que sea verdad (y ¡es verdad!) que tal éxito tiene impacto decisivo sobre el *fundamento de la responsabilidad*.

En la primera hipótesis, el ilícito por el cual la sociedad debería ser llamada a responder sería un ilícito de *evento*, que debe ser provocado —salvo las discusiones y debatible derogación establecida en el artículo 6 relacionándola a través de un doble nexo de causalidad (uno “naturalista” y el otro “normativo”)—. Más claramente: un nexo intercurrente entre la conducta de la persona jurídica y el evento delito realizado por la persona física, y un nexo intercurrente entre la violación *concreta* de la *específica* regla cautelar (o *déficit* de la regla cautelar) y el riesgo típico del delito *hic et nunc* perpetrado por la persona física que representa la concreción.

En otra hipótesis, en cambio, cuando se delinea un modelo de *ilícito de peligro*, la concreción resultaría en la praxis extremadamente ardua. En definitiva, el “modelo viviente” reflejaría sobre todo el paradigma *del ilícito de riesgo*, en el cual la nomológica reconstrucción del nexo causal es suplantada por la estocástica valoración de las tasas de aumento/disminución del riesgo, transfigurando así, fuera de los datos formales, una criteriología *ab origine* orientada al principio de culpabilidad en un modelo puro de imputación objetiva del evento.

Elección de la ley aplicable y responsabilidad extracontractual: ¿cambio de orientación en el modelo conflictual?*

Choice of applicable law and tort:
change of bias in the conflict model?

*Marta Requejo Isidro***

RESUMEN. La expresión *cambio de paradigma* se ha utilizado específicamente para referirse a la norma de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en el reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Al objeto de determinar si estamos verdaderamente ante un cambio de modelo, el presente artículo analiza en primer término y desde una perspectiva general el rol de la autonomía de la voluntad en los conflictos de leyes; en segundo lugar estudia el diseño del punto de conexión basado en la elección de ley en el reglamento comunitario Roma II.

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad. Responsabilidad extracontractual. Derecho internacional privado. Legislación.

* El presente trabajo se ha realizado con financiación de las Consellerías de Educación e Ordenación Universitaria (ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema Universitario de Galicia, Grupo de Investigación De Conflictu Legum), y de Economía e Industria, Xunta de Galicia (Proyecto de Investigación ref. INCITE09PXIB202096PR), así como del Ministerio de Ciencia e Innovación (Proyecto de Investigación ref. DER2010-17048, subprograma JURI) y del FEDER.

** Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Santiago de Compostela.

ABSTRACT. It has been suggested that the Regulation (EC) nr. 864/2007, of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007, on the law applicable to non-contractual obligations, may imply a shift in the conflict of law rules paradigm. In order to determine if we are truly facing a change of the traditional model, this paper analyses the role of choice of law in conflict of laws from a general perspective, and in the so-called Rome II Regulation.

KEY WORDS: Freedom of choice. Torts. Private international law. Legislation.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos que caracterizan hoy al derecho internacional privado (DIPr) es el amplio espacio abierto a la elección, por los sujetos implicados, del régimen jurídico regulador de su relación privada. La aceptación de la autonomía de la voluntad en el marco de los conflictos de leyes no es un fenómeno contemporáneo, aunque ha tardado tiempo en abrirse camino. La visión de los problemas jurídicos-privados internacionales desde una perspectiva centrada en el Estado, predominante a lo largo de siglos, determinó el rechazo a la elección de ley por las partes: la decisión sobre la ley aplicable se concebía como ejercicio de poder estatal; los particulares no podían colocarse en un plano superior por la vía de una elección del derecho aplicable.¹ Así, durante años las soluciones a los llamados aún hoy conflictos de leyes (*conflict de lois, conflict of laws*) se han explicado en términos de relaciones entre Estados.

Como autores de los regímenes jurídicos entre los que hay que seleccionar uno a fin de reglamentar la constitución, el desarrollo, la extinción de la relación proyectada entre sujetos privados, o solucionar sus controversias, sobre los Estados pesa la decisión relativa al ámbito de aplicación de cada norma. La finalidad primera de las reglas de conflicto ha sido delimitar la aplicación del derecho sustantivo del foro, y reglas conflictuales clásicas, como la *lex loci delicti*, se explicaban bien en estos términos.² El giro hacia una comprensión en la que el individuo es protagonista, y sus intereses la razón misma de ser de las soluciones de DIPr, se produce sobre todo a lo largo del siglo XX: paulatinamente, hasta desembocar en la

¹ BASEDOW, J., "Recent Development of the Conflict of Laws", en *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Mohr Siebeck, 2008, pp. 3-18, esp. pp. 14-15; LEHMANN, M., "Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws", 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 381.

² FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999, n.º 3; VV. AA., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 4.ª ed. revisada, pp. 292-293.

autonomía de la voluntad tanto en el marco del proceso con elemento extranjero como en el de la determinación de la ley aplicable; primero en el ámbito de los contratos internacionales y luego en la práctica totalidad de las relaciones privadas.

La autonomía se presenta así como resultado de la evolución de la disciplina, de sus soluciones y sus métodos. Y, aunque hay importantes diferencias por materias y regímenes (autónomo, convencional, comunitario), se habla de un nuevo paradigma.³ La expresión cambio de paradigma se ha utilizado específicamente en relación con la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y el reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II.⁴ Desde un cierto escepticismo y el rechazo hacia un uso abusivo del lenguaje nos resulta inevitable preguntarnos hasta qué punto estamos ante una nueva dimensión del DIPr: de ahí este estudio.

2.

EL ROL DE LA ELECCIÓN DE LEY EN EL CONFLICTO DE LEYES

2.1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E INTERESES MATERIALES

La admisión de cierto poder autorregulador de las partes en las relaciones dotadas de elementos de heterogeneidad se remonta muy atrás:⁵ el primer dominio en que la autonomía se arroga algún cometido en la solución de los conflictos de leyes es el de las sucesiones. Ya en el marco contractual es típico aludir a DUMOULIN en el siglo XVI, aunque cada vez está más extendida la opinión que reduce la aportación de este autor.⁶ A finales del siglo XIX y en los comienzos del XX la autonomía aparece y desaparece de los trabajos legislativos para la codificación del DIPr en diferentes países de Europa, mientras se abre camino en los tribunales y es el centro de enconados debates académicos.

³ LEHMANN, o. cit., p. 425. Otros autores aluden a ello sin emplear la expresión específica: BUREAU, D., "L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois", en *Mélanges en Hommage à F. Terré*, Dalloz, París, 1999, pp. 285-305, esp. n.ºs 2-5.

⁴ Así se titula la tesis doctoral de DE SOUSA GONÇALVES, A. S., *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado. A mudança de paradigma*, defendida con éxito el 2 de marzo de 2012.

⁵ FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010, cap. I, sobre la *professio iuris* en la historia desde el mundo antiguo, con la vista puesta en el ámbito sucesorio, pero en un estudio de alcance necesariamente más amplio.

⁶ Por todos, FONTANELLAS MORELL, n.º 54.

En la segunda mitad del siglo XX la autonomía de la voluntad se presenta como un dato adquirido: incluso fuera del contexto contractual se afirma que se halla *beyond all question*.⁷ Ahora bien, cuando se busca su fundamento aparecen grandes divergencias,⁸ y a cada toma de postura corresponde una diferente convicción sobre el alcance de la voluntad de las partes en el DIPr. De la mano de la doctrina francesa se han distinguido varias concepciones sobre la elección de ley: una, subjetivista, defiende que la designación del derecho aplicable solo depende de lo que quieran las partes —de forma que cuando estas no se han expresado hay que indagar su voluntad hipotética—. Más extremos, los subjetivistas radicales sostienen que la elección de una ley por las partes no implica que se sometan a ella, sino la incorporación a su contrato. Frente a ellos, la concepción objetiva entiende la elección de ley como localización: el operador jurídico determina la ley aplicable atendiendo a la voluntad de las partes en tal sentido. Finalmente, los objetivistas radicales reducen la autonomía a simple facultad de renuncia a las normas disponibles previstas por un ordenamiento jurídico, designado por una norma de conflicto preexistente a la manifestación de voluntad.⁹

Se ha superado, en todo caso, la idea de la autonomía en DIPr como solución residual cuya razón de ser radica en la dificultad de formular una norma de conflicto satisfactoria —la autonomía sería sucedánea de una imposible localización objetiva¹⁰ o resultado de la imposibilidad de decidir entre dos puntos de conexión objetivos a los que se reconoce idéntico valor—.¹¹ El recurso a la elección de ley como punto de conexión supone la inflexión del principio de proximidad, hasta llegar a su abandono, como eje vertebrador de la norma de

⁷ KREUZER, K., “Tort Liability in General”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padua, 2006, pp. 45-72, esp. p. 53.

⁸ Siguiendo a BUREAU, o. cit., n.º 23-29, la búsqueda del fundamento de la autonomía comienza en una distinción básica: como fin en sí misma —manifestación de la libertad individual que el ordenamiento debe asegurar— o como medio para alcanzar otra cosa. Los instrumentos que recogen la autonomía suelen ser poco explícitos acerca del porqué de su inclusión. En materia extracontractual el reglamento Roma II ofrece en el considerando 31 del Preámbulo una parca explicación (respetar la autonomía de la voluntad de las partes y reforzar la seguridad jurídica) que no conviene: parte de la autonomía como dato dado, cuando la voluntad en el ámbito extracontractual había sido tradicionalmente excluida. También la referencia a la certeza es rebatible: toda elección de ley previa a un litigio se presta a ser objeto de discusión una vez que se desencadene la controversia. Especialmente crítico DE BOER, Th. M., “Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 2007, pp. 19-29, esp. p. 22.

⁹ BATIFFOL, H., “Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats”, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDP, 1976, pp. 249-263; ANCEL, B., y LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5.ª ed., Dalloz, París, 2006, n.º 11 (n.º 8); n.º 35 (n.º 2-4); ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado”, en *Libro homenaje a J. A. Carrillo Salcedo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 137-153, esp. p. 142, habla de la naturaleza “primaria o derivada” de la autonomía.

¹⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, o. cit., p. 143. Evoca la idea JACQUET, J. M., “Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution”, en *Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, París, 2008, pp. 727-745, esp. p. 734. BOUZA VIDAL, N., “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos Vitoria-Gastéiz*, 2004, pp. 31-91, n.º 22, a propósito de la conexión objetiva del artículo 4 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

¹¹ BUREAU, o. cit., n.º 22.

conflicto.¹² También pasa a segundo plano la indiferencia al resultado material, característica que habitualmente se predica de este tipo normativo; por ello no sorprende que se hable en este contexto de una materialización de la norma de conflicto, o de una norma de carácter sustancial, orientada a satisfacer el interés de las partes.¹³ Incluso hay quien aprecia un método de reglamentación “autónomo y distinto de los demás métodos utilizados por el Derecho internacional privado”, en la frontera entre criterio de conexión internacional privatista y fuente de reglamentación directa; finalmente hay quien, rechazando la compatibilidad de un doble significado y función (conflictual y material), alude a una norma material de DIPr.¹⁴

Existen importantes consecuencias ligadas a cada opción, ya que estas se traducen en el alcance de la facultad de elección: abierta o no a seleccionar leyes no estatales; solo ordenamientos estatales, vinculados, escasamente vinculados o sin vinculación alguna con el supuesto en cuestión; al inicio, o en cualquier momento de la vida de la relación jurídica; modificable o no tras una primera concreción; abarcando necesariamente la totalidad del negocio, o solo parte o partes de él por decisión de la(s) parte(s); sujeta a los límites imperativos y de orden público de la *lex causae*, de leyes de terceros Estados, o solo de la ley del foro.¹⁵ Para cada concreción positiva de la autonomía de la voluntad conflictual, la asociación de unos u otros de estos rasgos son pistas acerca de qué tipo de norma es.¹⁶

2.2. OTRA LECTURA FUNCIONAL DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL

Argumento típico en los escritos que buscan justificar la autonomía de la voluntad conflictual es el de la coherencia con el derecho sustantivo y la libre disposición en la materia. En el contexto de los contratos internacionales, la dotación (¿reconocimiento?)¹⁷ de poder de autorregulación a las partes se identifica intuitivamente con el que poseen en el derecho interno. También encontramos esta justificación para el ámbito de la responsabilidad

¹² JACQUET, o. cit., pássim, y notas siguientes.

¹³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, o. cit., p. 140: “En realidad, todo reconocimiento de la autonomía de la voluntad implica la asunción de una orientación normativa a la satisfacción de concretos intereses, por lo que puede afirmarse que se trata de la solución materialmente orientada por excelencia”.

¹⁴ Véase BUREAU, o. cit., n.º 28; resumiendo las distintas posturas, BOUZA VIDAL, o. cit., n.º 18, pp. 20, 22-25.

¹⁵ LEHMANN, o. cit., pp. 426-428. BERTOLI, P., “Choice of Law by the Parties in in the Rome II Regulation”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, pp. 696-716, esp. pp. 704-705, en relación en particular con el *dépeçage* y su significado en términos de carácter normativo (y no localizador) de la autonomía conflictual.

¹⁶ Suponiendo que efectivamente el legislador haya dado respuestas expresas a estas cuestiones. En sentido inverso, será el alcance presumido a la autonomía de la voluntad en un sistema dado el que posibilitará resolver interrogantes como la aplicabilidad de las normas imperativas de la ley elegida, si cabe la elección de derecho no estatal, el problema de la elección de ley cuyo efecto es la invalidez del contrato, la admisibilidad del *dépeçage*, así como de cláusulas que “congelan” el derecho aplicable. Véase LEHMANN, o. cit., pp. 425-428.

¹⁷ *Supra*, nota 8.

extracontractual en boca de diferentes autores, incluso como única razón de ser: “*freedom of choice in conflicts laws can only be explained by linking it to freedom of disposition in substantive law*”;¹⁸ el damnificado tiene casi siempre la posibilidad de elegir entre reclamar o no hacerlo, y las partes pueden transigir.

Una explicación exclusivamente basada en el derecho civil resulta insuficiente, y no solo en lo que se refiere a la autonomía de la voluntad. Presentar las soluciones de DIPr como traducciones o emanaciones de lo que sucede en derecho material, sin más, no es nunca satisfactorio.¹⁹ Tratándose de la autonomía de la voluntad, el poder autorregulador de las partes en las relaciones transfronterizas presenta por supuesto parentesco con el que se les otorga en el derecho sustantivo: la mayoría de los Estados otorgan un peso importante a las intenciones de las partes y producen reglas tendentes a ayudarlas a la hora de dar forma, modificar o cumplir con su acuerdo; el objetivo de un gran número de normas es apoyar a las partes a estructurar sus relaciones de forma autónoma. Ahora bien, existe una diferencia notable entre la libertad contractual en el derecho civil y la autonomía de la voluntad en DIPr, y es que bajo la segunda las partes están autorizadas a deseleccionar incluso las normas imperativas de un ordenamiento.²⁰

En materia de responsabilidad civil el valor del argumento de la disponibilidad de las reglas sustantivas, en entredicho conforme a lo indicado en el párrafo precedente, encuentra además otros obstáculos. En gran medida, el poder de disposición de la víctima está ligado a una finalidad de la responsabilidad civil, que es la de compensarla. Ahora bien, la institución de la responsabilidad civil estuvo dotada en origen de una función regulatoria; apareció como “*the instrument, the sole instrument, to redress what we call nowadays market failures*”,²¹ y esta función no se ha perdido del todo ni en igual medida en todas partes.²² Ello no es irrelevante para el DIPr, por cuanto pone en cuestión la idea de homogeneidad o indiferencia al resultado de la aplicación de la norma de conflicto en la materia (en otras palabras, la hipótesis de partida de la igualdad entre todas las leyes potencialmente aplicables).

¹⁸ DE BOER, o. cit., pp. 20, 22. Mucho antes, LAGARDE, P., “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1986-I, pp. 9-238, esp. n.º 95.

¹⁹ BUREAU, o. cit., n.º 5: “[...] ne paraissant traduire sur le terrain conflictuel que certaines évolutions du droit civil interne, répondant de surcroît aux nécessités propres de la matière [...]”.

²⁰ LEHMANN, o. cit., p. 416.

²¹ ZENO-ZENCOVICH, V., “E-commerce from a private law perspective”, en *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 275-281, esp. p. 278.

²² Véase SEIPP, D. J., “The distinction between Crime and Tort in the Early Common Law”, 76 *Boston University Law Review* 59; WELLS, M. L., “A Common Lawyer’s Perspective on the European Perspective on Punitive Damages”, 70 *Louisiana Law Review* 557, o S. KUMAR, “One Size Fits All? An analysis of the Civil, Criminal, and Regulatory Justifications for Punitive Damages”, 13 *Journal of Consumer & Commercial Law* 46.

Actualmente, frente a la afirmación de la finalidad compensatoria de la responsabilidad civil, se abre camino la que le reconoce una pluralidad de utilidades. Se predica del derecho privado en general y de la responsabilidad civil en particular una función regulatoria.²³ Así, por ejemplo, en el marco de la violación de los derechos de la personalidad, el objetivo de la responsabilidad civil no es tanto el de compensar o restaurar al estado de cosas anterior como el de proveer satisfacción y asegurar un arreglo duradero del conflicto; en los supuestos de daños a intereses comerciales y económicos la responsabilidad civil busca, al lado de la compensación, objetivos de prevención y disuasión; en el contexto de los daños al medio ambiente se trata de crear incentivos hacia la prevención de riesgos a quienes los generan. Todo ello permite afirmar que la responsabilidad civil desempeña una función regulatoria, adicional a la compensatoria.²⁴ La corrección de los “fallos de mercado” se opera actualmente a través de una intervención legislativa en distintos grados, que puede concretarse directamente en la sustitución de los instrumentos de derecho privado por otros públicos o en una reglamentación muy detallada de los primeros, con lo que se difumina la frontera entre lo privado y lo público, y vuelve a jugar la responsabilidad civil un rol típicamente atribuido a medidas penales o administrativas. Un ejemplo muy claro en el derecho español es el artículo 123 de nuestra LGSS, y el DIPr español reconoce la utilidad regulatoria de la responsabilidad civil de manera evidente en el auto del Tribunal Supremo (TS) de 13 de noviembre de 2001, cuando otorga el reconocimiento de una decisión americana con condena a daños punitivos.²⁵

Siendo esto así, es preciso volver a considerar el papel de la autonomía de la voluntad conflictual en esta materia; también, si es oportuno dejar en manos de las partes la elección del derecho aplicable a toda cuestión relevante.

²³ WAI, R., “Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown: the Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, 40 *Columbia Journal of Transnational Law* 209, 232, 235, 253. Este artículo, así como el titulado “Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society”, 46 *Harvard International Law Journal* 471, expresan la convicción del autor acerca de una utilidad regulatoria también para el DIPr: véase *infra*, bajo 3.3.1, alguna manifestación vía autonomía de la voluntad.

²⁴ En diferentes grados según el ordenamiento consultado y la materia de que se trate. Para España pone en entredicho esta función DEL OLMO, P., “Tort and Regulatory Law in Spain”, en *Tort and Regulatory Law*, Springer, 2007, pp. 251-293. Véase en cambio RUDA, A., *El daño ecológico puro, la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, cap. II, y el texto *supra*.

²⁵ Véanse los argumentos del fundamento jurídico n.º 9. El auto singulariza a España en el contexto europeo, si bien ya otros países han aceptado que la dificultad del reconocimiento no radica en la contrariedad entre el orden público del foro y la función punitiva de los *punitive damages*, sino en la desproporción de la cantidad: REQUEJO ISIDRO, M., “Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen from Abroad?”, en MEURKENS, L., y NORDIN, E., *The Power of Punitive Damages (Is Europe Missing Out?)*, Intersentia, 2012, pp. 311-335, esp. pp. 325-329. Es interesante recordar también la evolución del reglamento Roma II en relación con la excepción de orden público, que va desde la directa cita de los daños punitivos como contrarios al orden público comunitario y termina en el texto actual: *ibidem*, pp. 318-319.

En una perspectiva que adopta, al menos al nivel del lenguaje, tópicos del análisis económico del derecho, la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de los contratos ha encontrado explicación desde la concepción de la ley como producto y la idea de un mercado de productos legislativos. Se habla de reglas neutras, de carácter facilitativo u homogéneo y de reglas que comportan elementos intervencionistas, o derecho regulatorio, que se adjetiva de heterogéneo. Solo el segundo es apto para generar procesos competitivos entre ordenamientos, de forma análoga a lo que sucede en el mercado de los productos típicos.²⁶ Buena parte del derecho privado estaría formado por reglas de tipo homogéneo y como tal estaría sustraído a la mecánica de la competición. Ejemplo paradigmático sería el de los contratos, donde “las preferencias de todos los operadores convergen a favor de la reducción de los costes de las reglas jurídicas”, y “el contenido sustantivo de las reglas sería indiferente”, lo que precisamente habría posibilitado el florecimiento del principio de la autonomía de la voluntad en el DIPr.²⁷

El derecho de la responsabilidad civil, sin embargo, es un espacio del derecho privado que no consiste solo en normas neutras, simplemente “facilitativas”; hasta hay quien lo ha clasificado directamente en la categoría de las áreas jurídicas “intervencionistas” o “regulatorias”.²⁸ A partir de estas observaciones es lógico concluir que estamos en un ámbito en el que la elección de ley, en general, no tiene sitio;²⁹ o bien, de forma más matizada, en el que admitirla requiere una especial cautela que se traducirá en términos de una cuidadosa delimitación objetiva y subjetiva del poder de autorregulación. Frente a estas posturas cabe todavía una tercera: aquella en la cual la autonomía adquiere un significado distinto. Recurriendo de nuevo al lenguaje de la competencia entre ordenamientos, a la comprensión de las leyes como productos y a la diversidad como escenario para la competencia, se ha afirmado:

Une perception nouvelle de la fonction de la loi d'autonomie, que l'on associe désormais directement au processus compétitif. La liberté des parties aurait donc une justification essentiellement politique, puisque participant directement, par la concurrence qu'elle déclenche, à la discipline des législateurs.

²⁶ MUIR-WATT, H., “Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois en droit privé”, en *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 615-633, esp. n.º 9, siguiendo a A. OGUS, “Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, 48 *International and Comparative Law Quarterly* 405,

²⁷ *Ibidem*, n.º 9, 12.

²⁸ OGUS, o. cit., 412-13.

²⁹ *Infra*, nota 80.

Y también:

À cet égard, la place accrue du choix des parties dans le règlement du conflit de lois traduit l'ouverture des vannes de la compétition, facilitant désormais l'arbitrage des auteurs privés ou regulatory arbitrage.³⁰

La norma de conflicto que consagra la autonomía experimenta una “transformación funcional”, para convertirse ella misma de instrumento de justicia conmutativa en instrumento para la regulación económica; se pone como ejemplo el artículo 7 del reglamento Roma II.³¹

En esta última perspectiva los límites a la autonomía de la voluntad son límites al juego de la competencia: se cifran en los riesgos que para la coherencia o la efectividad de una política legislativa determinada generaría la movilidad de los actores privados, si les permite escapar de la autoridad de las leyes con excesiva facilidad. Por este motivo se encarnan en la exigencia por el legislador de cierto grado de integración en su territorio para poder beneficiarse de la ley vigente en él y en la presentación de un conjunto de cuestiones como indisolubles entre sí, de forma que solo se prestan al juego de la competencia si se toman en bloque.³²

2.3. EXCURSO: AUTONOMÍA E INTEGRACIÓN EUROPEA

Más allá de los intentos de fundamentación de la autonomía de la voluntad en DIPr, en el contexto de la Unión Europea (UE) se impone una evidencia: la voluntad como punto de conexión es un útil en la tarea, impregnada de voluntarismo, de desarrollo y consolidación del espacio único libre de obstáculos.³³ Es difícil no ver la autonomía de la voluntad como desembocadura lógica de la idea de mercado interior donde la movilidad de las personas, en cuanto agentes económicos, es un hecho. Por una parte, a la hora de determinar si una norma de derecho material constituye una traba a la libertad de movimientos, el hecho de que aquella haya sido elegida por las partes apunta en sentido negativo:

³⁰ MUIR WATT, o. cit., n.º 17-19. En particular en el marco contractual, CLAVEL, S., “The Regulatory Function of Law Rules Applying to Contracts for Services in the European Union”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 62-87, esp. pp. 68-70.

³¹ *Infra*, nota 61.

³² MUIR WATT, o. cit., n.º 19-21.

³³ WELLER, M. Ph., “Les rattachements dans les conflits de lois”, en *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?* P. Lang, 2012, pp. 327-334, esp. pp. 331-332, alude a la materialización de las normas de conflicto europeas incorporando los valores y los objetivos de política sustantiva de la propia UE.

It may be submitted that, as far as parties to the contract enjoy freedom of choice with respect to the applicable law, a substantive law provision cannot be regarded as constituting a restriction to free movement, as parties are able to rule out the possibly restrictive rules through the choice of another law [...].³⁴

Por otro lado, desde el momento en que los sujetos pueden desplazarse superando las fronteras geográficas, provocando de ese modo la inaplicación de determinadas leyes y la aplicación de otras, la autonomía de la voluntad conflictual se impone como consecuencia natural; la elección de las partes es “la expresión metafórica de la movilidad de los actores del mercado”,³⁵ especialmente ajustada a un espacio donde van desapareciendo las barreras a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, bienes y servicios. Pero, a diferencia de lo que sucede en materia contractual, la responsabilidad civil es menos dúctil; la libre disposición del derecho material es cuestionable, no existe el mismo grado de “fungibilidad” entre los ordenamientos, ni están tan claramente marcados los límites de lo que es solo intereses privados y dónde las reglas privadas sirven a intereses públicos.

3.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL REGLAMENTO ROMA II

3.1. INTRODUCCIÓN

En el reglamento Roma II la autonomía aparece bajo la forma de una norma de conflicto, como conexión primaria (y no sustitutiva de una “mala localización”)³⁶ que ubica la relación jurídica bajo el imperio del sistema jurídico elegido, comprendidas sus normas imperativas. No refleja la facultad de renunciar a las normas disponibles previstas por el ordenamiento jurídico designado por una norma preexistente a la voluntad de las partes, sino que aporta el marco regulador global de la relación privada; el hecho de que la elección pueda ser antes del hecho, y no solo cuando ya se ha desencadenado y se conoce la ley aplicable, es un dato definitivo para esta conclusión.³⁷

³⁴ TISON, M., “Unravelling the General Good Exception”, en *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 322-381, esp. p. 372.

³⁵ MUIR WATT, o. cit., n.º 17; CLAVEL, o. cit., p. 69.

³⁶ O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, París, 2003, n.º 282.

³⁷ LOQUIN, E., “La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 35-53, esp. 50-51.

La admisión de un poder de autorregulación de las partes como punto de conexión en materia extracontractual no era evidente. Por el contrario, contaba tradicionalmente con resistencias doctrinales claras: indicaba Niboyet en 1927 que, salvo en materia de contratos, la autonomía de la voluntad no ha jugado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, en ningún momento de la historia del derecho internacional.³⁸ Cuarenta años más tarde sigue preguntándose P. Bourel si cabe imaginar “*matières plus étrangères à l’idée d’autonomie de la volonté que les delits et les quasi-contrats*”.³⁹

A la luz de lo anterior es tentador ver en la elección de ley en materia de responsabilidad extracontractual un “cambio de paradigma”.⁴⁰ Y, sin embargo, el Roma II presenta una gran similitud con el precedente en materia contractual, el reglamento Roma I,⁴¹ y encuentra numerosos antecedentes en los sistemas autónomos. La autonomía de la voluntad preexistía, aunque en general con un alcance limitado, en un buen número de Estados miembros de la UE: en el artículo 42 de la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBG)* tras 1999 (y ya antes, en la jurisprudencia);⁴² el artículo 35 de la Ley de Derecho Internacional Privado austríaca; el artículo 6 de la ley de 11 de abril de 2001 de los Países Bajos; el artículo 54 de la ley de 27 de marzo de 2002 de Estonia; el artículo 101 de la *Loi de Droit International Privé (LDIP)* belga, de 16 de julio de 2004; el artículo 113.1 de la ley de 17 de mayo de 2005 de Bulgaria, o el artículo 1.43, sección 3, del Código Civil de Lituania. En Francia se alude a la sentencia de la Cour de Cassation de 19 de abril de 1988, *Robo*, aunque se ha discutido si nos hallamos ante una elección de ley en sentido estricto.⁴³ Incluso para Inglaterra señala la doctrina que “the common law opened the door to such a possibility [la de que las partes pudieran elegir la ley aplicable a una obligación extracontractual]”, en el asunto *Boys v. Chaplin*, de 1971, y que “legislation which seemed to call this into question was subjected to some assertively sensible interpretation in favor of allowing the parties to choose”.⁴⁴

³⁸ NIBOYET, J. P., “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, 1927-I, pp. 1-116, esp. p. 5.

³⁹ BOUREL, P., *Les conflits de lois en matière d’obligations extracontractuelles*, LGDJ, París, 1961, p. 18.

⁴⁰ *Supra*, nota 4.

⁴¹ Reglamento (CE) n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁴² Por ejemplo, Bundesgerichtshof (BGH), 17 de marzo de 1981, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (IPRax)*, 1982, pp. 13-14.

⁴³ *Revue Critique de Droit International Privé*, 1989, p. 68, n. BATIFFOL, H., La decisión muestra lo que se conoce como *accord procédural sur la loi applicable*, que supone descartar la ley extranjera aplicable en beneficio de la ley del foro una vez que el litigio ha nacido, a condición de que la materia sea disponible. Sobre el *accord procédural*, su fundamento, las diferencias y similitudes respecto a un verdadero acuerdo de elección de ley (*accord de fond*), véase FAUVERQUE-COSSON, B., “L’accord procédural à l’épreuve du temps”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, 2005, pp. 263-284.

⁴⁴ BRIGGS, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, n.º 2.19, y 2.36 a 2.45, 10.52-10.53. En Inglaterra cabe en todo caso la elección indirecta de la ley inglesa por la vía de no alegar ni probar el derecho extranjero, que es considerado como un hecho.

Fuera de Europa la autonomía conflictual en materia de obligaciones extracontractuales puede verse en el artículo 132 de la Loi Suisse de Droit International Privé (LSDIP), ya en 1987; en el artículo 1219, sección 3, del Código Civil de Rusia; en el artículo 21 de la ley japonesa sobre las reglas generales de aplicación de las leyes, o en el artículo 39.1 de la LDIP de Liechtenstein. Así las cosas, la verdadera excepción se encontraría al otro lado del Atlántico.⁴⁵

Determinar si la apertura a la voluntad en el reglamento Roma II representa o no un cambio, sea grande o pequeño, depende del alcance y la configuración de la norma en que se consagra el poder de autorregulación de los implicados.

3.2. EL ARTÍCULO 14: LAS PARTES

3.2.1. Extensión subjetiva

En el reglamento Roma II las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan, mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. Ahora bien, la autonomía de la voluntad no es absoluta desde el punto de vista subjetivo. El considerando 31 de Roma II señala la necesidad de “proteger a las partes más débiles” e impone algunas cautelas a la elección de ley: la posibilidad de acuerdo previo solo cabe entre partes que desarrollen una actividad comercial. El texto definitivo del artículo 14 se aleja de las primeras aproximaciones de la Comisión al tema: en ellas no se hacía referencia al momento de la elección; en cambio, se contemplaban dos disposiciones a favor específicamente de consumidores y trabajadores, que no perderían la protección ofrecida por la ley aplicable en defecto de elección;⁴⁶ tales reglas desaparecieron muy pronto.⁴⁷

La propuesta de 22 de julio de 2003⁴⁸ solo preveía la elección posterior al hecho dañoso; la extensión a un momento anterior se produjo en la posición del Parlamento Europeo de 6 de julio de 2005,⁴⁹ y a partir de ahí el debate se centra en quiénes pueden acogerse a esta posibilidad. La propia posición del Parlamento recuerda al artículo 8 del Roma I, al

⁴⁵ SYMEONIDES, S. C., “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective”, copia electrónica en <<http://ssrn.com/abstract=:1697372>> (luego publicado en la *Neederlands Internationaal Privaatrecht*), bajo 6.2. Sobre el abandono de la *lex loci delicti* y la atracción de la ley del foro en la gran mayoría de los Estados, F. MONÉGER, “*The Last Ten* ou les derniers États des États-Unis d’Amérique fidèles à la *lex loci delicti*”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, 2005, pp. 575-588.

⁴⁶ *Staff Working Paper* de 1999, artículo 6, y borrador de propuesta de 2002.

⁴⁷ De hecho no figura en la comunicación que lo difunde, con fecha de 10 de diciembre de 1999. Véase DG JAI D(99)495.

⁴⁸ COM(2003) 427 final.

⁴⁹ P6_TCI-COD(2003)0168.

condicionar la viabilidad de la elección a que la ley elegida asegure al empleado un nivel de protección, determinado por la ley que habría sido objetivamente aplicable. Sin embargo, no es esta la versión final del Roma II, que tampoco ha acogido otra redacción en la línea de la sumisión en el reglamento Bruselas I: que la elección de ley anterior al hecho dañoso sea válida en la medida en que resulte beneficiosa a la parte débil.⁵⁰ En cambio, se ha preferido articular la protección de la parte débil en torno al momento de la opción, excluyendo la elección de ley anterior al hecho generador del daño entre partes que no desarrollan, todas ellas, actividades comerciales. La fórmula tal vez se explica en que la posición de las partes en los acuerdos *ex ante* es cualitativamente diferente al caso de los acuerdos *ex post*, ya que se ignora quién será víctima y quién autor, y la naturaleza y la gravedad del daño, lo que facilita que la parte “fuerte” se aproveche de la otra.⁵¹ La doctrina ha criticado tanto la divergencia metodológica respecto a otros reglamentos como el criterio que marca la diferencia entre unos y otros sujetos.⁵²

3.2.2. Los poderes de las partes

El margen de actuación abierto a la voluntad en el artículo 14 de Roma II resulta bastante amplio. Los poderes efectivos otorgados a las partes se determinan a través de varios datos: la restricción en lo que afecte a los terceros, el margen de maniobra de los electores y el abanico de aspectos de la responsabilidad civil a los que se aplicará la ley elegida, conforme el artículo 15.

Por lo que respecta a los terceros, dice el artículo 14 que la elección no perjudicará sus derechos. En realidad, la fórmula veta el colocar a los terceros en una posición menos ventajosa que la que tendrían en defecto de elección, con independencia de que tales ventajas sean calificables o no de derechos.⁵³ Es ejemplo típico el del asegurador; del artículo 15 se desprende que hay otros terceros potencialmente afectados. De acuerdo con el precepto, corresponde a la ley aplicable identificar a estos terceros: la letra *a* incluye en su ámbito “la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos”, algo que no solo interesa al autor del ilícito, sino a quien deberá responder en su lugar, en

⁵⁰ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Véase DE BOER, o. cit., p. 28, o I. BACH, “Art. 14”, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011, n.º 30.

⁵¹ SYMEONIDES, o. cit., p. 541. Pero en realidad la observación es de alcance general, con independencia de la cualidad de las partes.

⁵² Para lo primero, DE BOER, o. cit., p. 28. Para lo segundo, se ha señalado que privar a partes no profesionales de toda posibilidad de acuerdo previo al daño “may be unduly paternalistic”: BRIGGS, o. cit., n.º 10.73.

⁵³ De otro modo no se explica el ejemplo del asegurador, que no es titular de derechos en sentido propio, sino de una obligación; de lo que se trata es de no hacer esta obligación más gravosa, y no de proteger un derecho.

su caso.⁵⁴ La ley aplicable a la responsabilidad, eventualmente elegida por las partes, decide también (artículo 15 f) “las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente”, distintas de la víctima directa (los perjudicados “de rebote”). No parece razonable dejar en manos de las partes a través de una elección de ley, ya no cuáles son los derechos y obligaciones de terceros, sino la cuestión inicial de quiénes son esos terceros (padres, hijos, esposos); la referencia del artículo 14 sirve a salvar la cuestión.

En otro orden de cosas, el reglamento Roma II limita la extensión de la elección, como sucede en el reglamento Roma I: no se permite optar por un sistema jurídico no estatal. Pero además el Roma II no contempla expresamente ni el ulterior cambio de ley ni el *dépeçage*. En realidad, la primera ausencia es con toda probabilidad intrascendente: cuando es posible la opción por una ley aplicable antes y después del hecho, el cambio de ley elegida debe caber, sin más, por coherencia; la posición de los terceros está salvada en todo caso. Por esto mismo debe admitirse el cambio en la elección también cuando está reservada a un momento posterior al hecho que causa el daño.⁵⁵

A simple vista la regulación del *dépeçage* es más difícil de salvar, por cuanto tal posibilidad desaparece del texto después de haber estado expresamente prevista en el artículo 4.4 de la posición del Parlamento, relativo a la determinación objetiva de la ley aplicable, y por tanto como facultad atribuida al juez de someter diferentes aspectos de la responsabilidad extracontractual a análisis separados; no había en principio razones por las cuales no pudiera mantenerse en el marco del artículo 3 (elección de ley).⁵⁶ Aunque sobre este último punto no hay acuerdo,⁵⁷ lo que sí cabe apuntar es que la exclusión del fraccionamiento no suele relacionarse con la oportunidad de admitir la *optio iuris*, sino con los riesgos de fragmentación (*splitting up*) del régimen jurídico de una misma relación, y de inadaptación entre los distintos sistemas concurrentes.⁵⁸

Finalmente, el Roma II contempla la posibilidad de que el “conflicto de leyes”, presupuesto de su propia aplicación (artículo 1), sea creado por la simple voluntad de las partes (artículo 14.2).

⁵⁴ Véase también la letra g.

⁵⁵ Admite la posibilidad de cambio incluso en el marco del proceso BERTOLI, o. cit., p. 707, por coherencia con lo dispuesto en el considerando 25 del Reglamento en relación con el artículo 7.

⁵⁶ BOGDAN, M., “General Aspects of the Future Regulation”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padua, 2006, pp. 33-44, esp. p. 38.

⁵⁷ VON HEIN, J., “Art. 14”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011, n.º 35.

⁵⁸ KREUZER, o. cit., p. 68.

3.3. EXTENSIÓN OBJETIVA

3.3.1. *Ilícitos bajo el artículo 14*

La elección de ley prevista por el artículo 14 cubre todas las obligaciones extracontractuales en el ámbito material del reglamento, salvo que este disponga lo contrario. Lo que esto significa es que la elección de ley es posible para las obligaciones derivadas de ilícitos en materia de medio ambiente, así como las relacionadas con los daños causados por una acción colectiva, y no lo están las que nazcan de actos de competencia desleal, de infracciones de la competencia o de derechos de propiedad intelectual.

La afirmación anterior es engañosa; el desacuerdo sobre el ámbito de aplicación del artículo 14 es notorio, y resulta uno de los aspectos más debatidos de la norma. En directa relación con la condena de las soluciones que el reglamento ha acogido se encuentra una discusión abierta acerca de los ilícitos para los que es oportuno elegir la ley aplicable, y ello a pesar del tenor del texto. Siguiendo este, la voluntad de las partes opera en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente: lo que ha motivado la crítica de la doctrina.⁵⁹ También se ha cuestionado la opción que el artículo 7 pone en manos de la víctima en casos de disociación de los lugares de hecho y daño. A tenor de la propia Comisión:

Respecto a los objetivos más generales de la Unión en cuanto al medio ambiente, no se trata sólo de respetar las legítimas expectativas de la víctima, sino de establecer una política legislativa que contribuya a aumentar el nivel de protección del medio ambiente en general, tanto más cuanto el autor del daño medioambiental, contrariamente a otros delitos, obtiene en general un beneficio económico de su actividad perjudicial. La aplicación únicamente de la ley del lugar del hecho dañoso podría, en efecto, incitar a un operador a instalarse en la frontera para introducir productos nocivos en un río, contando con la normativa menos estricta del país vecino. Tal solución sería contraria a la filosofía subyacente del derecho material europeo del medio ambiente y su principio *the polluter pays*. Por eso el artículo 7 autoriza a la persona perjudicada a fundar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.⁶⁰

Esta reflexión ha permitido hablar de una autonomía de la voluntad como instrumento de regulación económica, al servicio de “*objectifs de régulation étatique*”,⁶¹ porque:

⁵⁹ BOSKOVIC, O., “The Law Applicable to Violations of the Environment. Regulatory Strategies”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 188-204, esp. pp. 198-199. En cambio, J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New - Rome II and the European Choice of Law”, 82 *Tulane Law Review* 1663, 1699-1700, lo valora: la elección de ley permite realizar legítimas expectativas procesales (eligiendo una ley respecto a la cual el foro autorice recursos), y facilita las transacciones en casos de *mass torts*.

⁶⁰ COM (2003) 427 final.

⁶¹ JOUBERT, N., “Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 Juillet 2007 (Rome II)”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 55-84, esp. n.º 22.

Si la victime est favorisée, c'est dans une large mesure en qualité de procureur privé [...] incité à agir en responsabilité contre le responsable à la place des autorités publiques afin de faciliter la réalisation d'une politique sociale ou économique, telle précisément la protection de l'environnement.⁶²

La explicación no alcanza a convencer a todos: se alega con razón que desde el momento en que la opción corresponde a la víctima y no al juez, es verosímil que se concrete en la ley que mejor satisfaga sus intereses singulares; la víctima puede elegir leyes por motivos que nada tengan que ver con una protección óptima del medio ambiente.⁶³ A nuestro juicio esto, que es cierto, no elimina el hecho de que la filosofía subyacente al artículo 7 quiera ser la que recoge el párrafo reproducido, pero obliga a encontrar otra explicación al canal (la voluntad de la víctima) utilizado para materializarla. Una posible: el operador que desarrolla actividad contaminante transfronteriza tiene incentivos para adaptarla a niveles de protección del medio ambiente elevados porque no puede anticipar cuál será el ordenamiento elegido por la víctima; el riesgo es inevitable.⁶⁴ Ahora bien, tal objetivo, evidentemente, se pierde si se permite la entrada del artículo 14: si la víctima renuncia a la opción que se le ofrece y la sustituye por una elección entre las partes, a favor de una de las dos leyes previstas en el artículo 7, o de otra.

Una valoración similar al artículo 7 en cuanto a la opción de la víctima ha merecido el artículo 6.3.b del reglamento: en el caso de actos restrictivos de la competencia cuyos efectos se despliegan en más de un mercado nacional, el demandante ante los tribunales del domicilio del demandado “puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia”. La promoción del interés general y el restablecimiento del funcionamiento del mercado en condiciones de libre competencia pueden verse en entredicho por el ejercicio de esta opción, que deja en manos de una ley ajena al mercado afectado la calificación del carácter anticompetitivo del acto, y sus consecuencias civiles. Ello se agrava en los supuestos de varios demandados domiciliados en

⁶² MUIR WATT, H., “Rome II et les *intérêts gouvernementaux* : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 129-140, esp. n.º 9. También BRIÈRE, C., “Le règlement (CE) n.º 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (*Rome II*)”, *J. Dr. Int.*, 2008, pp. 31-74, esp. n.º 37.

⁶³ JOUBERT, O. cit., n.º 23; VON HEIN, J., “Art. 7”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011, n.º 8.

⁶⁴ GUINCHARD, E., y LAMONT-BLACK, S., “Environmental Law - the Black Sheep in Rome II's Drive for Legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in Context”, 11 *Environmental Law Review* 161, 169-170: “It is submitted here that not only is foreseeability no longer a condition, but unforeseeability is the objective (through the choice offered to the victim)”.

distintos Estados miembros, a los que quepa reunir ante la jurisdicción de uno a elección del demandante, en virtud de las reglas de competencia judicial aplicables.⁶⁵

La admisión de la elección de ley tampoco ha sido aceptada de buen grado en lo que afecta al artículo 9, relativo a la responsabilidad extracontractual (y solo a ella)⁶⁶ ligada a las acciones industriales. Bien es cierto que son escasas las probabilidades de recurso a la elección —posterior al hecho: ni trabajadores ni sindicatos desarrollan actividades comerciales— en los casos contemplados por el precepto.⁶⁷ Sin embargo, el argumento no elimina el error del principio, de alcance múltiple. Por una parte, los intereses sociales y económicos afectados por las acciones superan el de las partes implicadas, por lo que convendría repensar la autonomía conflictual en la materia. Por otro lado, el derecho a la acción colectiva posee una dimensión constitucional en Europa, pero su delimitación es diferente según cuál sea el Estado considerado; la responsabilidad civil se erige en un límite al ejercicio del derecho; confiar a fuentes (ordenamientos) distintas la configuración de uno y otra puede dar lugar a incoherencias. Finalmente, en el caso de acción industrial colectiva es prácticamente inevitable que la elección de ley afecte a todos los implicados, aun cuando solo algunos hayan elegido la ley aplicable.⁶⁸

Por lo que se refiere a los supuestos en que la autonomía está expresamente excluida, hay críticas por exceso y por defecto. En materia de competencia desleal se rechaza la ausencia de autonomía en relación con los actos que solo tengan efectos sobre los intereses de un competidor particular; aunque la cuestión no es pacífica, hay autores que afirman que en ese caso la remisión al artículo 4 desde el artículo 6.2 también da entrada al artículo 14.⁶⁹ Lo que se desprende del texto es, no obstante, lo contrario; la restricción podría responder al hecho de que en esta materia la protección del interés particular posee repercusión necesaria en la esfera pública.

Finalmente, en relación con el artículo 8 se discute la miopía del argumento que apela al carácter territorial de los derechos concernidos para negar la elección de ley, incluso para las obligaciones resarcitorias derivadas de la infracción.⁷⁰ Conviene recordar, sin embargo,

⁶⁵ PIRONON, V., “Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 111-128, esp. n.º 35.

⁶⁶ Y no a la acción en sí misma.

⁶⁷ Véase no obstante DORSSEMONT, F., y VAN HOEK, A. H., “Collective Action in Labour Conflicts Under the Rome II Regulation”, en *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe: Striking the Balance*, Intersentia, 2010, pp. 213-242, esp. p. 246, a propósito de Holanda, donde incluso en algún caso se ha producido la extensión de ley elegida en el contrato de trabajo.

⁶⁸ JOUBERT, o. cit., n.º 39. DORSSEMONT y VAN HOEK, o. cit., pp. 246-248.

⁶⁹ DE BOER, o. cit., p. 24, siguiendo a K. KREUZER. Otros son PIRONON, o. cit., n.º 33; JOUBERT, o. cit., n.º 19.

⁷⁰ Por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P., “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, pp. 375-406, esp. n.º 20-24.

que la exclusión de la autonomía de la voluntad fue una postura ampliamente aceptada durante las negociaciones por dos motivos: la amplitud del ámbito de la ley aplicable y la implicación de intereses públicos. En este sentido es oportuno indicar que en muchas ocasiones las *policies* que inspiran la regulación de la propiedad intelectual y la represión de los actos contrarios a la competencia son las mismas; y que en este segundo ámbito el Roma II ha excluido la elección de ley.⁷¹

3.3.2. Las leyes de policía

En el Reglamento Roma II se recoge la aplicación de las normas materiales imperativas de la ley del foro en el artículo 16.⁷² A diferencia de versiones previas, como el artículo 12.1 de la Propuesta de la Comisión de 2003, o la posición del Parlamento de 6 de julio de 2005, artículo 14, no existe un párrafo en la línea del artículo 9.3 de Roma I. Se produce simultáneamente el rechazo a la toma en consideración de disposiciones de ordenamientos a los que cabe presumir interés en la materia —como mínimo, el del lugar del hecho dañoso y, si hay disociación entre hecho y daño, el correspondiente a donde se produzca este último—, y una ampliación de la libertad de autorregulación, cuyo alcance crece de forma singular: tanto más cuanto que en general (aunque con trabas si intervienen tipos específicos de partes débiles) será posible la elección de foro, ya sea en el marco del reglamento Bruselas I, ya, en su defecto, de las reglas residuales de competencia que todavía existen en los ordenamientos autónomos.

La polarización del control de la autonomía de la voluntad en la ley del foro en casos internacionales se ha explicado en materia contractual en la intención de evitar un “exceso de regulación”: algo que es tan deseable en el ámbito contractual como en el extracontractual.⁷³ Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad civil es fácil concebir ordenamientos distintos al del foro cuyas reglas de intervención contemplen situaciones transfronterizas a las que se aplicarían naturalmente, de no mediar elección de las partes. El Roma II ofrece solo un canal de entrada a estas políticas estatales, a través de su artículo 17. Para algún autor el precepto da cobertura a reglas de derecho público que rigen el comportamiento de los particulares

⁷¹ BARIATTI, S., “The Law Applicable to the Infringement of Intellectual Property Rights under the Rome II Regulation”, en *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 63 y ss., esp. p. 72. VON HEIN, J., “Something...”, o. cit., p. 1694, señala la presencia de “important public goals”.

⁷² El artículo 14.3 es redundante: las normas materiales imperativas de origen comunitario poseen esta cualidad en cualquier Estado miembro, por lo que serán aplicables como derecho del foro vía artículo 16. No incluimos en el apartado la referencia al orden público, que es necesariamente el del foro.

⁷³ Y sin embargo el Reglamento Roma I mantiene la regla que da entrada a las normas materiales imperativas de terceros Estados.

dirigiéndose a ellos directamente, por oposición a aquellas otras “de derecho privado que determinan el régimen de la responsabilidad y cuyo destinatario es el juez”; una categoría de reglas lo bastante amplia como para “englober l’ensemble des règles de police qui visent à réaliser une finalité économique ou sociales en pensant sur les comportements individuels”.⁷⁴ Para otros autores el artículo 17 encuentra su razón de ser en la protección de las expectativas legítimas de las partes y en la procura de un equilibrio entre ellas, tal como indica el considerando 34 del propio reglamento.⁷⁵

4. CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores hemos presentado un conjunto de datos sobre el reglamento Roma II en relación con un aspecto concreto: la libertad a la hora de establecer el ordenamiento aplicable a una obligación extracontractual. Tradicionalmente excluida de este ámbito, la autonomía de la voluntad conflictual venía abriéndose camino en los sistemas autónomos de manera limitada: en cuanto al momento de llevar a cabo la elección, a los ordenamientos susceptibles de ser elegidos, a la forma de elegir. En este sentido el reglamento Roma II suma a lo que ya ofrecían numerosos ordenamientos estatales.⁷⁶ Pero, ¿hay algo más?

Por el momento en que fue redactado el reglamento podía haberse alineado, en lo que a la autonomía de la voluntad se refiere, con una de estas dos tendencias: la que ahonda en la libertad de las partes, manifestándose como norma de conflicto materialmente orientada, o incluso como norma material de DIPr, o la que restringe la libertad de las partes, haciéndose eco de la función regulatoria del derecho de la responsabilidad civil, orientada a obtener un resultado al servicio de intereses de carácter general a través del derecho privado.⁷⁷ El planteamiento de partida confeso del reglamento en cuanto a cuál es la finalidad de la responsabilidad civil descarta la segunda opción. De los trabajos previos al reglamento, y de este mismo, se desprende con claridad la convicción sobre una predominante finalidad compensatoria de la responsabilidad civil. Así se expresaba la propuesta en relación con la

⁷⁴ MUIR WATT, “Rome II...”, o. cit., n.º 16-17.

⁷⁵ VON HEIN, J., “Art. 17”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011, n.º 2.

⁷⁶ *Supra*, sección 3.1.

⁷⁷ *Supra*, secciones 2, 2.1 y 2.2.

norma de conflicto aplicable en defecto de elección,⁷⁸ y lo corroboraban la rúbrica y el tenor del artículo 24, al declarar contrarios al orden público los daños no compensatorios (si bien la evolución posterior del texto hasta alcanzar la redacción actual ha mitigado el rechazo a reconocer funciones diferentes a la de indemnización). Precisamente por esto el reglamento ha merecido una severa crítica general:

The role left by this instrument to party autonomy, a throwback to a private, facilitative concept of tort law, will enable private actors to frustrate regulatory objectives, and as such deserves severe criticism.⁷⁹

Ahora bien, en realidad el legislador comunitario no ha relegado del todo otras posibles funciones de la responsabilidad civil: la especialización (ilícitos por materias) responde a ellas, y en este marco incluso se encomienda a la elección de ley una misión regulatoria, en el artículo 7. Se encuentra aquí un rasgo original del reglamento —aunque sea aislado y puntual—, en virtud del cual resulta más proporcionada la crítica singular, centrada en el hecho de mantener la posibilidad de elección de las partes en sede de medio ambiente y de acción colectiva.⁸⁰

A primera vista, tampoco la autonomía de la voluntad del reglamento Roma II es un tipo de norma de conflicto diferente a la que existe en materia de contratos. El instrumento sigue con fidelidad el precedente en materia contractual: el artículo 14 presenta notorias similitudes con el artículo 3 de Roma I, tanto en lo que permite como en cuanto a los límites en que lo permite. En el reglamento Roma II hay restricciones tendentes a evitar elecciones impuestas a una parte por la otra, así como los efectos perjudiciales de la opción para un tercero. Tanto el Roma I como el II autorizan la elección de cualquier ordenamiento, siempre que sea estatal. Si el Roma II no contempla ni la alteración ulterior de la ley originalmente

⁷⁸ COM(2003) 427 final, comentario al art. 3.

⁷⁹ MUIR-WATT, H., y CAFAGGI, F., “Introduction”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. xxix; y en “Rome II et les *intérêts gouvernementaux...*”, nota al pie n.º 3.

⁸⁰ Y en otros supuestos que no se individualizan en el texto, como son las violaciones graves de derechos humanos por corporaciones; el DIPr, tal y como resulta del Reglamento, no es apto para desempeñar un rol regulatorio sobre las conductas de las corporaciones y multinacionales. Véase VAN DEN EECKHOUT, V., “Corporate Human Rights Violations and Private International Law. The Hinge Function and Conductivity of PIL in Implementing Human Rights in Civil Procedure in Europe: A Facilitating Role for PIL or PIL as a Complicating Factor?”, en <http://ssrn.com/abstract=:196441>, esp. bajo III.B.1ª. Bajo la exclusión del artículo 1 relativa a los *acta iure imperii*, cabe entender “any wrongful acts committed by soldiers or contractors beyond the proper conduct of warfare”, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE en el asunto C- 292/05, *Lechouritou*, a propósito del Convenio de Bruselas; I. BACH, “Art. 1”, en HUBER, P., (ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011, n.º 13. Es verosímil que entre en el supuesto el caso de los ilícitos y la responsabilidad civil de los *private military contractors*. En cambio, resulta mucho más difícil defender que caen en la exclusión otros casos en los que las violaciones a derechos humanos son el resultado de actividades de empresas cuya vinculación con el poder público no es inmediata; se añade que en un buen número de supuestos el origen de los daños personales está en daños al medio ambiente, incluidos en el ámbito material del Reglamento.

elegida ni la posibilidad de *dépeçage*, la primera ausencia es salvable y la segunda se explica en consideraciones que nada tienen que ver con trabas a la voluntad (aunque de hecho las crean). Hay, además, quienes opinan que el *dépeçage* sí es posible.

Existen, no obstante, algunos rasgos diferenciales en el reglamento Roma II: elementos que podrían apuntar a un cambio de orientación sobre el método, haciendo de la autonomía de la voluntad cada vez más una norma material. Uno de estos rasgos es la forma de ceñir la elección cuando interviene una parte “débil”: el reglamento no se apoya en el contenido de las leyes potencialmente aplicables, sino que impone un requisito temporal, con miras a reducir (no eliminar)⁸¹ la oportunidad de que la parte “débil” sea presionada por la otra. La elección puede traducirse así en que deban ser aplicadas disposiciones que dejan sin amparo a uno de los implicados (solo supeditadas a ulteriores correctivos por la vía de leyes de policía). Y una vez hecha la elección no cabrá cuestionarla por este motivo, so pena de eliminar una de las ventajas del diseño del Roma II: restringir las causas por las cuales cabe cuestionar la validez de la elección, y por tanto la litigiosidad en torno a un aspecto previo al fondo del asunto.⁸²

El segundo rasgo innovador es la reserva de leyes de policía, que son solo las del foro. Esto implica una importante ampliación de la autonomía conflictual, sobre todo porque no hay prácticamente obstáculos al elegir la jurisdicción competente. Aunque la exclusión de las normas materiales de terceros Estados no es total, se ha seleccionado a priori el ordenamiento que podrá intervenir, y solo en forma atenuada, por este título.

Como conclusión de lo anterior cabe decir que el reglamento Roma II ha escogido un sistema híbrido en cuanto al método, en lo que a la elección de ley se refiere. Todavía demasiado pronto para aceptar que es un cambio de paradigma, es aceptable la más modesta expresión *progresión en el modelo*.

5.

EPÍLOGO. LA PRAXIS: FRUSTRACIÓN DE LA ELECCIÓN

La relativa juventud del reglamento Roma II explica la escasez de supuestos de aplicación en la práctica al día de hoy. Por este motivo a la pregunta sobre cómo funciona el artículo 14 solo cabe responder con especulaciones doctrinales, que son de signos opuestos:

⁸¹ BOSKOVIC, *La réparation...*, o. cit., n.º 270, alerta de la posibilidad de abuso de una parte sobre la otra incluso en las elecciones *ex post*.

⁸² *Supra*, nota 8.

se habla de *dead letter* y de *central role*.⁸³ La ubicación sistemática del precepto se relaciona con “las dudas que suscita la frecuencia de estos acuerdos”,⁸⁴ lo que, unido al hecho de que en numerosos supuestos el encuentro de las partes será accidental, ha llevado a decir que la autonomía de la voluntad carece de vocación de principio en este ámbito.⁸⁵

Ciertamente, la posición del artículo 14 no se corresponde con su concepción como primera regla del sistema, y es apta para confundir a jueces y prácticos poco avezados en el manejo del instrumento en particular, o del DIPr en general. Por otra parte, una elección ex ante de las partes es difícil por las propias circunstancias que originan habitualmente la responsabilidad extracontractual; pero incluso entre partes que se conozcan ex ante, una opción en tal momento es improbable por la sencilla razón de todo lo que no saben: ignoran quién será víctima, quién autor y la naturaleza y la gravedad del daño.

Ahora bien, si por razón de la propia naturaleza de las cosas cabe imaginar que serán más comunes los acuerdos ex post que los ex ante, lo cierto es que también esta idea es ilusoria: desde el momento en que cada una de las leyes potencialmente aplicables favorezca intereses opuestos, es difícil que una de las partes pase por aquella que no la beneficia (si bien no cabe descartar que terminen eligiendo de común acuerdo un solo ordenamiento por motivos de otro orden: así, la ley del foro, por razón de la dificultad de prueba de otro ordenamiento, o por ventajas que se asocian a la aplicación de esta ley, como el acceso a los recursos).⁸⁶ En fin, la convicción de que las partes van a elegir la ley aplicable en muy pocas ocasiones, de forma que el análisis acerca de la norma solo tiene por objeto provocar el debate académico, aparece en algún autor.⁸⁷ Menos escéptico, algún otro señala que, aunque esa sea la realidad actual, dejará de serlo en poco tiempo y pasará a ser habitual la inclusión de cláusulas de elección de foro que alcancen a la responsabilidad civil.⁸⁸

Más allá de los pronósticos sobre potenciales comportamientos de las partes surge otra pregunta: la de la operatividad real del artículo 14. Por razones evidentes, una elección ex ante se producirá ante todo en el marco de una relación contractual, por la vía de la extensión de la *lex contractus* al resto de las relaciones inter partes.⁸⁹ La solución será, por consi-

⁸³ GRAZIANO, T. K., “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort- Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, en *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 112-132, esp. pp. 115-116.

⁸⁴ VON HEIN, “Art. 14”, o. cit., n.º 3.

⁸⁵ MUIR-WATT, “Rome II...”, o. cit., n.º 2.

⁸⁶ La STJCE, asunto 21/76, *Minas de potasio*, es un buen ejemplo indicado por GRAZIANO, o. cit., p. 115.

⁸⁷ DE BOER, o. cit., p. 23, 29.

⁸⁸ SYMEONIDES, o. cit., p. 548.

⁸⁹ En principio toda cláusula de elección de la ley para el contrato es apta para operar la elección para posibles obligaciones extracontractuales. El artículo 14.1 plantea no obstante dos obstáculos: la elección debe ser expresa o resultar de forma cierta de las circunstancias del caso; y el acuerdo ha debido ser negociado libremente, lo que algunos entienden como “de forma individual”. Véase BERTOLI, o. cit., p. 710, con más referencias.

guiente, la misma que se alcanzaría ex artículo 4.3; aunque la facultad de elección ex ante se puede ejercitar para excluir precisamente la ley aplicable al contrato, parece menos probable. Señala la doctrina que no habrá solapamiento con la cláusula de escape en los proyectos complejos que combinan contratos en los que no participan todas las partes implicadas: entre sujetos que no se hallan directamente vinculados entre sí tiene sentido que se elija una ley para una posible responsabilidad extracontractual del conjunto.⁹⁰ Lo que está por verse es si a la misma ley no se llegaría igualmente a partir de la cláusula de escape, descartando la vinculación de cada contrato a favor de una conexión con el país con que el asunto, globalmente considerado, presente los vínculos más estrechos.

Del acuerdo ex post se ha dicho que:

[It] should be an attractive option in almost all cases in which the objective connecting factors set out in the Rome II Regulation would lead to the application of a foreign law.⁹¹

Que la elección posterior al hecho que genera el daño recaiga comúnmente sobre la ley del foro no sorprende: su tenor se establece de forma rápida y fiable y fácilmente, lo que reduce la duración y el coste de los litigios; responde en este sentido a una necesidad práctica real, la de evitar las complicaciones ligadas a la aplicación de un derecho extranjero.⁹² Hay, sin embargo, reticencias a ver los casos de aplicación de la ley del foro como supuestos de verdadera elección entre las partes. La exigencia de que la elección resulte “de manera inequívoca de las circunstancias del caso” impide entender que un silencio de las partes a propósito de la cuestión de la ley aplicable, del que derive precisamente la aplicación de la ley del foro, pueda entenderse como elección tácita.⁹³ La razón de fondo de esta postura se comparte: se trata de que no se tome por elección de ley lo que no es sino desconocimiento de las normas de DIPr por las partes. Ahora bien, ello desembocará en privar de valor positivo (en el sentido de valor de elección tácita de la ley del foro) al silencio de las partes, por cuanto supone imponer al juez una verificación compleja que no es verosímil que lleve a cabo en la práctica: en un supuesto en el que demandante y demandando basen sin más sus respectivos argu-

⁹⁰ GRAZIANO, o. cit., pp. 117-118.

⁹¹ *Ibidem*, p. 116. Una elección *ex ante* de la ley del foro no parece probable, salvo que se pacte también una sujeción expresa a determinada jurisdicción.

⁹² Si se verifica esta previsión, su resultado no será satisfactorio para quienes defienden el valor de la competencia entre ordenamientos: anula el valor ligado a la llamada *competencia entre ordenamientos* por cuanto supone una elección que no está basada en el contenido de las soluciones normativas, sino en su implementación práctica.

⁹³ GRAZIANO, o. cit., p. 120. Una opinión distinta (y con muchos visos de prevalecer en la práctica española) es la de ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La autonomía de la voluntad en el Reglamento (CE) n.º 864/2007, *Roma II*, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 299, 2009, pp. 95-109, esp. pp. 107-108.

mentos en disposiciones del derecho sustantivo vigente en el foro, el juez deberá comprobar que los litigantes son, cada uno de ellos, conscientes de que se encuentran ante un supuesto dotado de un elemento de heterogeneidad relevante, sobre el cual se proyecta un entramado de normas conflictuales antes de alcanzar las materiales; de que la *professio iuris* es posible y de que su comportamiento se corresponde con ella.⁹⁴ Solo después, ante una respuesta afirmativa, el juez procederá a determinar si la suma de los comportamientos de las partes produce un resultado coherente y equivale a una voluntad común de que se aplique dicha ley.

En fin, que la elección de un ordenamiento extranjero llegue a buen puerto dependerá del régimen de tratamiento del derecho extranjero en el proceso. La norma de conflicto del reglamento Roma II servirá ante todo para resolver una controversia; especialmente será así en el caso de una elección *ex post*. Es una obviedad que las partes tienen interés en cuál sea el resultado del litigio; que esto depende en gran medida de cuál sea la ley aplicable y cómo se aplique, y que si las partes han llegado a un acuerdo sobre este punto es porque han depositado su confianza en un ordenamiento en particular para lograr el resultado deseado. En el camino de la elaboración del reglamento se ha llegado a incluir la obligación del juez de establecer de oficio el contenido del ordenamiento extranjero aplicable;⁹⁵ la cláusula de revisión del artículo 30 es mucho más modesta. Al día de hoy las dudas sobre que llegue a aplicarse en España un derecho extranjero elegido por las partes, *ex Roma II*, son muchas. Nuestra doctrina ha prestado mucha atención a la cuestión de las consecuencias de la falta de prueba o imposibilidad de la prueba del derecho extranjero, pero hay otras que en la práctica resultan igualmente desconcertantes: por ejemplo, la ausencia de plazos para la obtención de pruebas, o acerca de la necesidad de probar el derecho extranjero que ya ha sido probado en un supuesto análogo anterior. Otra de las dudas en materia de alegación y prueba del derecho extranjero se ha planteado en torno a la posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo sobre el contenido y el alcance del derecho extranjero, algo que cabe desde el momento en que la ley extranjera sea tratada como una cuestión de hecho. El riesgo de falseamiento del contenido del derecho extranjero, y con él el de la norma de conflicto, es evidente; que en esta se consagre la autonomía de la voluntad no cambia lo indeseable del resultado.

⁹⁴ En definitiva, la conciencia de la dimensión internacional del problema.

⁹⁵ Véase Parlamento Europeo, en la posición adoptada en segunda lectura 18 de enero de 2007, P6_TA(2007)0006, considerando 37.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado”, en *Libro Homenaje a J. A. Carrillo Salcedo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 137-153.
- ANCEL, B.; LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5.ª ed., Dalloz, París, 2006.
- BACH, I., “Art. 1º”, en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011.
- “Art. 14”, en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011.
- BARIATTI, S., “The Law Applicable to the Infringement of Intellectual Property Rights under the Rome II Regulation”, en *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 63-38.
- BASEDOW, J., “Recent Development of the Conflict of Laws”, en *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Mohr Siebeck, 2008, pp. 3-18.
- BATIFFOL, H., “Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats”, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDP, 1976, pp. 249-263.
- BATIFFOL, B., “Nota a la sentencia de la Cour de Cassation de 19 de abril de 1988”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1989, p. 68.
- BERTOLI, P. “Choice of Law by the Parties in in the Rome II Regulation”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, pp. 696-716.
- BOGDAN, M., “General Aspects of the Future Regulation”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padua, 2006, pp. 33-44.
- BOSKOVIC, O., “The Law Applicable to Violations of the Environment. Regulatory Strategies”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 188-204.
- *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, París, 2003.
- BOUREL, P., *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, LGDJ, París, 1961.
- BOUZA VIDAL, N., “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos Vitoria-Gastéiz*, 2004, pp. 31-91.

- BRIÈRE, C., “Le règlement (CE) n.º 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Journal du Droit International*, 2008, pp. 31-74.
- BRIGGS, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BUREAU, D., “L’influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois”, en *Mélanges en Hommage à F. Terré*, Dalloz, París, 1999, pp. 285-305.
- CLAVEL, S., “The Regulatory Function of Law Rules Applying to Contracts for Services in the European Union”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 62-87.
- DE BOER, Th. M., “Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 2007, pp. 19-29.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, pp. 375-406.
- DE SOUSA GONÇALVES, A. S., *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado. A mudança de paradigma*, tesis doctoral, inédita, defendida el 2 de marzo de 2012.
- DEL OLMO, P. “Tort and Regulatory Law in Spain”, en *Tort and Regulatory Law*, Springer, 2007, pp. 251-293.
- DORSEMONT, F., y VAN HOEK, A. H., “Collective Action in Labour Conflicts Under the Rome II Regulation”, en *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe: Striking the Balance*, Intersentia, 2010, pp. 213-242.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La autonomía de la voluntad en el Reglamento (CE) n.º 864/2007, Roma II, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 299, 2009, pp. 95-109.
- FAUVERQUE-COSSON, B., “L’accord procédural à l’épreuve du temps”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, 2005, pp. 263-284.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999.
- FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GRAZIANO, T. K., “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort- Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation”, en *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 112-132.
- GUINCHARD, E., LAMONT-BLACK, S., “Environmental Law - the Black Sheep in Rome II’s Drive for Legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law

- Applicable to Non-Contractual Obligations in Context”, 11 *Environmental Law Review* 161.
- JACQUET, J.M., “Le principe d’autonomie entre consolidation et évolution”, en *Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 727-745.
- JOUBERT, J., “Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 Juillet 2007 (Rome II)”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 55-84.
- KREUZER, K., “Tort Liability in General”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padua, 2006, pp. 45-72.
- KUMAR, S., “One Size Fits All? An analysis of the Civil, Criminal, and Regulatory Justifications for Punitive Damages”, 13 *Journal of Consumer & Commercial Law* 46.
- LAGARDE, P. “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, 1986-I, pp. 9-238
- LEHMANN, M., “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 381.
- LOQUIN, E., “La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 35-53.
- MONÉGER, F., “The Last Ten ou les derniers États des États-Unis d’Amérique fidèles à la *lex loci delicti*”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005.
- MUIR-WATT, H., “Concurrence d’ordres juridiques et conflits de lois en droit privé”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 615-633
- “Rome II et les intérêts gouvernementaux : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 129-140.
- MUIR-WATT, H., CAFAGGI, F., “Introduction”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009.
- NIBOYET, J. P., “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, 1927-I, pp. 1-116.
- OGUS, A., “Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, 48 *International and Comparative Law Quarterly* 405.

- PIRONON, V., “Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 111-128.
- REQUEJO ISIDRO, M., “Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen from Abroad?”, en L. MEURKENS y E. NORDIN, *The Power of Punitive Damages (Is Europe Missing Out?)*, Intersentia, 2012, pp. 311-335.
- RUDA, A., *El daño ecológico puro, la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.
- SEIPP, D. J., “The Distinction between Crime and Tort in the Early Common Law”, 76 *Boston University Law Review* 59.
- SYMEONIDES, S. C., “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective”, copia electrónica en <http://ssrn.com/abstract=1697372> (y Neederlands Internationaal Privaatrecht).
- TISON, M., “Unravelling the General Good Exception”, en *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 322-381.
- VAN DEN EECKHOUT, V. “Corporate Human Rights Violations and Private International Law. The Hinge Function and Conductivity of PIL in Implementing Human Rights in Civil Procedure in Europe: A Facilitating Role for PIL or PIL as a Complicating Factor?”, en <http://ssrn.com/abstract=1964441>.
- VON HEIN, J., “Art. 7”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011.
- “Art. 14”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011.
- “Art. 17”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011.
- “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New - Rome II and the European Choice of Law”, 82 *Tulane Law Review* 1663.
- VV. AA., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4.ª ed. revisada, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid.
- WAI, R., “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: the Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, 40 *Columbia Journal of Transnational Law* 209.

- “Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society”, 46 *Harvard International Law Journal* 471.
- WELLER, M. Ph., “Les rattachements dans les conflits de lois”, en *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, P. Lang, 2012, pp. 327-334.
- WELLS, M. L., “A Common Lawyer’s Perspective on the European Perspective on Punitive Damages”, 70 *Louisiana Law Review* 557.
- ZENO-ZENCOVICH, V., “E-commerce from a private law perspective”, en *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 275-281.

Las funciones retóricas del discurso jurídico

Rhetorical functions of the legal discourse

*Gerardo Ribeiro**

RESUMEN. El discurso jurídico tiene como objetivo fundamental que los actores de la disputa judicial se adhieran a las propuestas del hablante, en particular busca que el juez se adhiera a sus peticiones y exprese esa adhesión en la sentencia que pronuncie. El discurso jurídico que busca la adhesión del juez se construye desde tres funciones retóricas por excelencia: el convencer, el persuadir y el seducir. El presente trabajo propone y reflexiona sobre estas funciones retóricas del discurso jurídico en el juicio legal.

PALABRAS CLAVE: Retórica. Argumentación. Discursos. Leyes.

* Abogado por la Universidad Iberoamericana (Ciudad de México) y doctor en Filosofía por la Universidad de Guanajuato. Actualmente es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México.

ABSTRACT. The main objective of the legal discourse is the adherence of the parties in a judicial dispute to the speaker's proposals; it seeks particularly the adherence of the judge to its requests and that he may express that adherence in the sentence that he may pronounce. Legal discourse that seeks judge's adherence is constructed from three quintessential rhetorical functions: to convince, to persuade and seduce. This paper proposes and reflects on these rhetorical functions of legal discourse in the trial proceedings.

KEYWORDS: Rhetoric. Argument. Discourse. Law.

1.

DEMOSTRACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

En términos generales y de manera muy extendida se reivindica la lógica —los principios y las técnicas de la lógica— como la función racional por excelencia del discurso jurídico. La eficacia del discurso jurídico de la triada procesal se legitima con base en la premisa de que los argumentos propuestos por las partes —incluidos los argumentos del juez— son lógicos y por ello, fundamentalmente por ello, son verdaderos y convincentes. Los operadores jurídicos de la triada procesal —abogados litigantes y jueces— generalmente afirman que la lógica formal y sus características sostienen la legitimidad de la racionalidad del discurso jurídico porque demuestran la verdad.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el discurso jurídico procesal no tiene como objetivo demostrar la verdad desde la lógica y sus técnicas, sino que tiene como objetivo fundamental que los actores de la disputa judicial se adhieran a las propuestas del hablante jurídico y, en particular, busca que el juez se adhiera a sus peticiones y exprese esa adhesión en la sentencia que pronuncie. El discurso jurídico que busca la adhesión del juez se construye desde tres funciones retóricas por excelencia: el convencer, el persuadir y el seducir. El presente trabajo propone y reflexiona sobre estas funciones retóricas del discurso jurídico en el juicio procesal.

Chaim PERELMAN caracterizó la argumentación jurídica en oposición a la demostración desde el punto de vista de la lógica formal. En una revisión crítica a sus ideas y desde mi punto de vista retórico de los criterios de PERELMAN¹ al establecer la oposición entre lógica formal clásica (ya que él se refiere al estado teórico de la cuestión en los años cincuenta) y argumentación jurídica, señalo las siguientes características diferenciadoras entre la lógica formal y el concepto de argumentación jurídica retórica que propongo, a saber:

¹ PERELMAN, Chaim, y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989.

1. *El lenguaje.* En la lógica formal el hablante construye su propio sistema de signos y los adjudica a los referentes de manera discrecional. Ese acto de discrecionalidad (discrecionalidad en el sentido de que no hay una relación necesaria entre el signo y el referente, dado que puede ser ese signo, pero podría haber sido cualquier otro) tiene como paradigma la búsqueda de univocidad y denotación del lenguaje alejando toda posibilidad de ambigüedad y connotación y, por lo tanto, de confusión. La argumentación jurídica retórica, por su parte, no crea un sistema de signos, sino que utiliza el lenguaje natural —entendiendo por lenguaje natural el sistema de signos sociabilizado y la construcción paradigmática y sintagmática que se utiliza en el sistema de la lengua y habla—, y su pretensión de influir sobre el auditorio la logra por medio de la construcción retórica del discurso jurídico que desarrolla y propone una fuerte carga emocional.

2. *La verdad.* La lógica formal pretende demostrar sus afirmaciones y esa demostración constituye la verdad. La argumentación jurídica retórica no pretende demostrar la verdad porque sus argumentos tienden a lograr la adhesión del auditorio a sus premisas, sean estas verdaderas o probables, por medio de un discurso jurídico que convenza —cuando es posible—, que persuada —cuando se tienen los elementos necesarios— o que seduzca —cuando ya no se tienen ni los elementos necesarios ni los elementos posibles—.

3. *La realidad.* La lógica formal sustrae el contexto social en sus demostraciones y lo suplanta por sistemas aislados de valores permanentes que son indiferentes a lo contingente. La argumentación jurídica retórica, muy por el contrario, depende muchas veces del contexto social y psíquico del auditorio y sus valores; por lo tanto, no solo son valores contingentes sino también cambiantes. La realidad es una realidad construida de manera contingente en el juicio por medio de una trama discursiva —entretejido donde los hilos son discursos denominados confesionales, periciales, testimoniales, que se entretejen unos *sobre* otros— desde la cual se va extrayendo un hilo conductor que hace las veces de historia lineal que se va probando acción por acción con otros discursos llamados confesionales, periciales y testimoniales. El discurso de la verdad es una historia coherente de entre muchas historias presentes en el expediente judicial.

4. *La información.* La información presentada, correlacionada y concluida en la lógica formal es clara y distinta en términos cartesianos. La información presentada en la argumentación jurídica retórica es una interpretación que se utiliza para interpretar. De esta relación

entre interpretaciones se construye la significación del discurso argumentativo. La información es siempre información retórica, entendiendo por *retórica* las acciones del lenguaje sobre el lenguaje: el lenguaje informativo no es más que una interpretación de un conjunto de informaciones preinterpretadas.

5. *Certeza y lugar común.* En la lógica formal los datos, la información y las relaciones entre premisas se configuran desde la idea de certeza. En la argumentación jurídica retórica la interrelación entre datos y argumentos se configuran, muchas veces, desde valores sobreentendidos, denominados, entre otras formas, como *moral comunitaria*. Así mismo, desde la argumentación jurídica retórica se afirma que la certeza que la ciencia reivindica como objetiva siempre está mediada por la instrumentalización tecnológica; por ello es insostenible la certeza y solo es posible reivindicar el concepto de incertidumbre acordada, es decir, certeza —aquí y ahora— construida por acuerdo.

6. *El orador.* En la lógica formal el orador es inexistente dado que el discurso demostrativo es, al mismo tiempo, discurso y emisor; no importa quién lo emite sino que su validez se encuentra en su desarrollo demostrativo. En la argumentación jurídica retórica, la presencia del orador y sus características, a veces, son más importantes que el discurso mismo. Lo importante no es lo que se dice sino quién lo dice, porque ello permite que el auditorio se adhiera a *él* y lo que *él* significa y no a una idea abstracta. La seducción apela al orador, a sus valores, a su historia y a su presente para buscar la adhesión del auditorio. La seducción no ofrece certeza, objetividad o consecuencias racionales para validar sus afirmaciones, sino que la seducción ofrece al orador mismo y sus características personales como legitimador del saber, como legitimador de lo que se dice.

7. *El método.* La lógica formal ha creado su propio método de trabajo y la legitimación de sus verdades deriva de la aplicación del método. La aplicación rigurosa del método es lo que valida sus conclusiones. En la argumentación jurídica retórica no hay un método del que se puedan derivar verdades, sino que hay una infinidad de acciones del lenguaje sobre el lenguaje (metáforas, comparaciones, aliteraciones y otras acciones a nivel semántico, sintáctico y fónico) que se pueden utilizar para lograr la adhesión del auditorio.

8. *Las premisas.* Las premisas de la lógica formal son enunciados verdaderos. Los enunciados de la argumentación jurídica retórica son interpretaciones que se interrelacionan con otras interpretaciones para proponer una interpretación al auditorio con la clara

intención de que este se adhiera a ellas, ya sea por convencimiento, por persuasión o por seducción.

9. El resultado. En la lógica formal, una vez establecidos el lenguaje, el método y la veracidad de las premisas, el resultado siempre es el mismo. Esta infinita repetición del resultado es el argumento sustancial de la validez del razonamiento lógico. En la argumentación jurídica retórica (dadas las acciones del lenguaje sobre el lenguaje, las interpretaciones de las premisas construidas y acordadas y el método retórico) el resultado nunca será el mismo, no solo para diversos auditorios sino aun para el mismo auditorio en diversas situaciones. Las conclusiones del razonamiento argumentativo y la adhesión a las interpretaciones nunca serán iguales.

10. Corrección y validez. En la lógica formal el razonamiento puede y debe ser correcto y, por lo tanto, válido. Corrección y validez son dos procesos asociados a la demostración que le permiten autocorregir el razonamiento y, por ende, reforzar su justificación. La argumentación jurídica retórica, como se ha demostrado, no puede ser objeto de este proceso por su carácter contingente, que se decide por un camino determinado cuando se conoce el carácter del auditorio. A la argumentación jurídica retórica solo se le aplicaría, al decir de PERELMAN,² el concepto de *fuerza de los argumentos*, que no define pero caracteriza como:

La intensidad de adhesión del oyente a las premisas, los enlaces utilizados inclusive; por otra, a la relevancia de los argumentos dentro del debate. Pero, la intensidad de la adhesión y, también, la relevancia se hallan a merced de una argumentación que vendría a enfrentarse a ellas.

Concluye PERELMAN afirmando:

El poder de un argumento también se manifiesta tanto en la dificultad que supondría rechazarlo como en sus propias cualidades. La fuerza de los argumentos, pues, variará de acuerdo con los auditorios y el objetivo de la argumentación.

Para PERELMAN lo racional es lo característico de la demostración y lo razonable lo característico de la argumentación, en el entendido de que lo racional tiene como fin la demostración de la verdad y lo razonable tiene como fin la justificación de lo preferible. Sin embargo, esta afirmación es una generalización insostenible, dado que la demostración solo es posible en las matemáticas y la geometría que tienen, históricamente, gran aceptación en

² Ibídem, p. 700.

la comunidad. Sin embargo, la idea de racionalidad que reivindico nada tiene que ver con la idea estándar de ella, sino que esta racionalidad reivindica el convencimiento, la persuasión y la seducción como métodos para acordar la certeza con validez aquí y ahora. Es decir, la idea de PERELMAN de justificar lo preferible es el concepto de racionalidad que aquí se reivindica. Por lo tanto, lo valioso de la crítica de PERELMAN a la lógica formal clásica radica, y es válido hoy en día, en que establece con claridad que no se debe confundir la validez de un razonamiento con la idea de verdad de ese razonamiento. La validez puede ser reconocida por la lógica, pero la verdad del razonamiento depende absolutamente de la intensidad de la adhesión del auditorio a las premisas ofrecidas.

TOULMIN, en este sentido, agrega un nuevo elemento al reconocer que la argumentación tiene características que son propias de cada campo del saber y que, por lo tanto, la demostración solo es válida para las matemáticas y la geometría y es irrelevante para otros campos.

Dice TOULMIN:³

En Descartes, como en Platón, las conexiones geométricas del ideal analítico están suficientemente claras. La idea de que los argumentos sustanciales contienen “lagunas lógicas”, con su sospecha implícita de todos los saltos de tipo, es una consecuencia natural del hecho de medir dichos argumentos con varas diseñadas para las matemáticas puras.

Luego concluye:

Sin embargo, los saltos de tipo y las diferencias de campo son nuestro punto de partida y nunca podemos alejarnos del todo de ellos: las transiciones de tipo entre nuestras conclusiones y su información de apoyo no son lagunas ni deficiencias, sino rasgos característicos de nuestros propios campos de argumentación.

Por lo tanto, en la lógica formal el fin es la demostración de la validez del razonamiento y esta validez “depende exclusivamente de su forma, independientemente de su contenido y del valor de verdad de sus proposiciones”.⁴ Mientras tanto, en la argumentación y en la argumentación jurídica retórica, el fin es la búsqueda de la adhesión del auditorio a las premisas. En el caso de la lógica, la acción se acaba en el acto mismo: una vez demostrada la conclusión se agota el fin. En la argumentación jurídica retórica, una vez demostrada la premisa sigue lo más importante, que es la adhesión del auditorio a esa premisa. La argumentación

³ TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2003, p. 315.

⁴ CAMPAGNA, María Cristina, y LAZZERETTI, Adriana, *Lógica, argumentación y retórica*, Biblos, Buenos Aires, 1998, p. 36.

jurídica retórica se caracteriza, sustancialmente, por que busca una respuesta del auditorio al que se dirige, y generalmente la respuesta que busca es mover a la acción a ese auditorio, mientras que la demostración no busca respuesta, se agota en sí misma. La acción que busca la argumentación jurídica retórica ante el auditorio judicial es que el juez se adhiera a sus premisas, pero, fundamentalmente, que exprese de manera manifiesta esa adhesión al dictar una sentencia favorable al hablante.

Por ello, la validez de un argumento se mide solo y exclusivamente por su capacidad de movilización: si moviliza al auditorio es válido, si no lo hace es un argumento débil. Las características por medio de las cuales el orador logra la movilización del auditorio dependen de muchas circunstancias, tanto del auditorio mismo como de sus características personales y del uso adecuado del discurso. Pero, independientemente de ello, lo importante del argumento radica en la capacidad del orador de explotar conscientemente lo que TOULMIN denomina los *rasgos característicos de nuestros propios campos de argumentación*.

Ahora bien, aunque coincido con PERELMAN en que el objetivo del discurso jurídico es argumentar en el sentido de buscar la adhesión del auditorio a sus ideas, en oposición a demostrar, no menos verdad es que ese discurso jurídico retórico solo será eficaz si construye y utiliza funciones retóricas —u objetivos retóricos—, como también se las puede denominar. Las funciones retóricas del discurso jurídico, para mí, son las acciones del lenguaje sobre el lenguaje que hacen posible que un auditorio jurisdiccional se adhiera a nuestros argumentos. Es decir —y esta es la diferencia con PERELMAN—, la fuerza de un argumento no radica en lo que dice (demuestra), sino que la fuerza de un argumento ante un auditorio jurisdiccional determinado radica en cómo dice lo que dice. Para PERELMAN el poder de un argumento se manifiesta tanto en la dificultad que supondría rechazarlo como en sus propias cualidades, mientras que para mí la fuerza de un argumento jurídico retórico radica en cómo se construyen las acciones del lenguaje sobre el lenguaje para presentarlas a auditorios judiciales, en función de la calidad de la información (prueba) de que se disponga y en función de los objetivos procesales que se persigan.

En conclusión, desde la argumentación jurídica retórica, no se trata entonces de buscar la adhesión del auditorio, como lo plantea PERELMAN, sino de construir un argumento jurídico que retóricamente convenza, persuada o seduzca, porque estas acciones retóricas llevan a la acción —en este caso de auditorio jurisdiccional—, a manifestar el acuerdo en una sentencia judicial. Mientras que la adhesión se puede ofrecer tácitamente, el convencer, persuadir o seducir siempre lleva consigo el mover a la acción al oyente.

Por lo tanto, la fuerza de un argumento jurídico en juicio radica en cómo se construye retóricamente el discurso jurídico para convencer, persuadir o seducir al auditorio judicial y que este actúe en consecuencia validando en la sentencia las premisas del abogado.

Para mí las funciones retóricas del discurso jurídico argumentativo son tres: convencer, persuadir y seducir.

2.

LAS FUNCIONES RETÓRICAS DEL DISCURSO JURÍDICO

Para el *Diccionario* de la Real Academia Española, *convencer* es: “1. Incitar, mover con razones a alguien a hacer algo o mudar de dictamen o comportamiento. | 2. Probar una cosa de manera que racionalmente no se pueda negar”.

Para MOLINER,⁵ *convencer* proviene del latín *convincere*, compuesto por *vincere* (‘vencer’): “conseguir con razones que alguien se decida a hacer cierta cosa”. Sin embargo, establece como primera palabra afín *persuadir*.

El concepto *convencer* aparece asociado a los conceptos de razón y racionalidad para modificar una conducta o una opinión.

El concepto *persuadir* se define como “Inducir, mover, obligar a uno con razones a creer o hacer una cosa”.

MOLINER, por su parte, define *persuadir* como “hacer con razones que alguien acabe por creer cierta cosa”.

Las dos definiciones de *persuasión* hacen referencia a ofrecer razones y las dos hacen referencia a que lo que se espera de estas razones es que el sujeto crea. Mientras que en *convencer* las razones ofrecidas tienen como fin que el sujeto haga algo, en la *persuasión* las razones son para que el sujeto crea algo. Ambos conceptos ofrecen razones, pero, al parecer, el objetivo perseguido por ambos es distinto: en un caso es hacer y en el otro es creer.

COROMINAS,⁶ por su parte, define el concepto *persuadir* como ‘dar a entender’.

ABAGNANO⁷ afirma que *persuasión* es una creencia cuya certeza se apoya sobre todo en bases subjetivas —o sea, privadas— e incommunicables. La convicción es comunicable y la persuasión no; por ello su carácter emotivo, dado que apela a motivos no racionales. La

⁵ MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1990.

⁶ COROMINAS, Joan, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Gredos, Madrid, 1985.

⁷ ABAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

persuasión es una argumentación que pretende ser válida solo para un auditorio particular, mientras que convincente es la argumentación que puede obtener la adhesión de todo ser racional. La deuda mayúscula con PERELMAN en esta definición de *persuasión* es evidente y expresada por el autor.

Para PERELMAN,⁸ “persuasiva es la argumentación que solo pretende servir para un auditorio particular y convincente es la argumentación que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón”. La validez de esta caracterización radica en que el autor asocia el persuadir con la búsqueda de un resultado específico del orador ante un auditorio determinado.

La persuasión tiene como fin el mover a la acción a un auditorio: si se logra el propósito (la acción) se habrá persuadido. En cambio, el convencer tiene como fin manifiesto la demostración de las premisas. El orador que pretende convencer no busca la acción del auditorio sino que su objetivo es asegurar el carácter racional de la adhesión a sus premisas por parte del auditorio universal entendiendo por auditorio universal el formado por todos los hombres racionales, educados formalmente y con sentido común. Así, la persuasión persigue la acción del auditorio particular como resultado de la argumentación. El convencer, por el contrario, tiene como objetivo ofrecer razones que demuestren la validez del argumento y que valgan para todo ser de razón, que son los integrantes del auditorio universal.

Lo que en realidad está en juego en las definiciones de *convencer*, *persuadir* y *seducir* es el problema de la verdad como verificación. El positivismo lógico nos heredó la pretensión de que el significado de un enunciado radica en su método de verificación. De la pretendida verificación del enunciado se deriva la concepción semántica de la verdad de TARSKI, que afirma que la proposición “la nieve es blanca” es verdadera si y solo si la nieve es blanca. El principio de verificación como criterio empirista para reconocer el significado está asociado a la idea de que el lenguaje es un instrumento para describir la realidad. Esta concepción del lenguaje legitima la definición del concepto *convencer* como demostración. Pero hay que hacer una precisión: mientras que el método de la comprobación de la verdad del significado está contenido en el enunciado mismo, el método de la comprobación en el *convencer* es externo porque su objetivo es hacer patente el método de la demostración, pero ahora como un argumento convincente.

⁸ PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, o. cit., p. 67.

Con respecto a la relación entre verdad y lenguaje Victoria CAMPS⁹ afirma, refiriéndose a WITTGENSTEIN:

Nuestra forma de hablar es correcta, no porque representa mejor o peor la realidad (esa es la confusión que según él provocó la controversia entre realistas e idealistas) sino porque “cumple su oficio”, funciona. No hay una visión verdadera, real, del mundo, sino distintas interpretaciones con fines también distintos. [...] No diremos, pues, que un acto lingüístico es verdadero o falso, sino que está bien o mal realizado, que el lenguaje se usa bien o mal en su contexto.

La estructura discursiva que respalda estas afirmaciones de CAMPS son las oraciones performativas, que en lugar de valores de verdad tienen diversas condiciones que se refieren al hecho de ser apropiadas para un uso determinado. Así, la oración “te condeno a 30 días de cárcel” solo puede ser empleada por quien tiene la facultad legal para emitir eficazmente esa oración. Las condiciones estructurales de las oraciones performativas son: tener el sujeto en primera persona, los complementos directos e indirectos en segunda persona, ser afirmativas, estar en tiempo presente y que su verbo principal sea verdadero (y es verdadero porque es ofrecido por quien debe cumplirlo): *te condeno* (el juez penal), *te prometo* (el amante), *doy a este barco el nombre de Jasón* (el padrino), *yo los declaro* (el juez civil).

Y el enunciado es adecuado a nuestra discusión dado que el lenguaje no tiene como objeto la lógica (la demostración) sino que su objeto manifiesto, en primera instancia, es la intencionalidad comunicativa; por ello su análisis debe ser desde la retórica. No se trata, entonces, de entender al lenguaje como un instrumento de la demostración, sino como una estrategia de expresión de la intencionalidad del hablante en el juicio legal. Esta intencionalidad se perfecciona por medio de los recursos retóricos que tienen como objeto la búsqueda de la adhesión a sus intencionalidades, ya sea convenciendo, persuadiendo o, simplemente, seduciendo.

De lo anterior se deriva que el *convencer* pretende demostrar estableciendo una firme relación entre la palabra y el objeto y desarrollando el nivel denotativo del signo lingüístico. Sin embargo, la *persuasión*, que es el verdadero acto retórico, construye su afirmación desde la pertinencia del lenguaje (desarrollando firmemente el nivel connotativo del lenguaje) con el contexto en el que se encuentra porque, como afirma PERELMAN,¹⁰ son los “medios discursivos los que sirven para obtener la adhesión del auditorio”. Un discurso persuasivo es pertinente a su contexto porque utiliza el léxico temporal de su auditorio: la identidad no radica

⁹ CAMPS, Victoria, *Pragmática del lenguaje y filosofía analítica*, Península, Barcelona, 1976, p. 127.

¹⁰ PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, o. cit., p. 39.

en lo que se dice sino en cómo se dice, en el vocabulario común entre orador y auditorio. El convencer está asociado a la demostración misma, y si esta convence a otro le es indiferente porque su función se agota en la demostración de la verdad de las premisas, mientras que la persuasión solo está asociada a la adhesión del auditorio al que está dirigida.

3.

LA SEDUCCIÓN: LA RACIONALIDAD RETÓRICA

El *logos* ofrece buenas razones para convencer; es decir, estas buenas razones son la verdad de las premisas; por lo tanto, de premisas verdaderas se pueden deducir consecuencias verdaderas. Sin embargo, al decir de WITTGENSTEIN,¹¹ “al final de las razones viene la persuasión”, pero debemos reconocer que al final de la persuasión viene la seducción, la seducción como una de las maneras que tiene la argumentación de presentarse en la retórica.

Seducir es definido por el *Diccionario* de la Real Academia Española como:

1. engañar con arte y maña; persuadir suavemente al mal. [...] 3. Embargar o cautivar el ánimo.

Seducir para MOLINER es:

[...] persuadir a alguien con promesas o engaños a que haga cierta cosa, generalmente mala o perjudicial.

El concepto de engaño y de mal está asociado indisolublemente al vocablo *seducción*. Un ejemplo claro de esta concepción de la seducción como instrumento para el engaño y el mal es, en *El paraíso perdido* de MILTON,¹² la referencia a Belial:

Del lado opuesto se levantó Belial, con su continente más gracioso y más humano. Los cielos no han perdido criatura más hermosa: parecía haber sido creado para las dignidades y los más grandes hechos; pero en él todo era ficción y vanidad, por más que su lengua destilase maná y por más que hiciera pasar el peor dictamen por el mejor, embrollando y desconcertando los planes mejor concebidos, porque sus pensamientos eran bajos; ingenioso para el vicio, pero temeroso y lento para las acciones más nobles; sin embargo de esto, halagaba los oídos y con un acento persuasivo,

¹¹ Citado por CAMPS, o. cit., p. 127.

¹² MILTON, John, *El paraíso perdido*, Porrúa, México, 1978.

empezó de esta suerte: [...] De este modo aconseja Belial, con palabras disfrazadas bajo el manto de la razón, un innoble reposo, una bajeza indigna, pero no la paz.

Luego, agrega MILTON esta descripción de la elocuencia como elemento inherente del discurso retórico:

Con discursos más suaves todavía (porque la elocuencia encanta al alma, así como la música a los sentidos), otros, sentados aparte en una montaña, emitían pensamientos más elevados acerca de la Providencia, la presencia, la voluntad y el destino; [...].

El seducir se ofrece como sinónimo de persuadir: ofrecer razones para hacer creer algo a alguien. Tiene, además, un fin malo, perjudicial. Este fin se consigue porque se ofrecen las razones con *engaño, arte, maña, promesas*, y se ponen en escena *engaños* con el fin de seducir. PASCAL¹³ se refiere a lo anterior de la siguiente manera:

Magistrados han conocido bien este misterio. Sus togas rojas, los armiños en los que se envuelven como gatos, los palacios donde juzgan, las flores de lis, todo este aparato augusto era muy necesario, y si los sacerdotes no tuvieran sotanas y mulos, y los doctores no usaran bonetes cuadrados y togas demasiado amplias, de cuatro partes, jamás hubieran engañado al mundo, que no puede resistir esta auténtica ostentación. Si tuvieran la verdadera justicia, y si los médicos tuvieran el verdadero arte de curar, no tendrían que llevar bonetes cuadrados. La majestad de esas ciencias sería lo suficientemente venerable en sí misma, pero, no teniendo más que ciencias imaginarias, es preciso que tomen esos vanos instrumentos que llaman a la imaginación, con la cual tienen relación y por ahí, en efecto se atraen el respeto. Solo los guerreros no se disfrazan de esa guisa, porque su papel es, en efecto, más esencial. Estos se imponen por la fuerza, los otros por el disimulo.

La seducción, al parecer, es una persuasión (ofrecer razones con promesas y engaños) con el fin de que alguien haga cierta cosa mala. El peligro de la seducción por medio del lenguaje queda expresado en la escultura denominada *Piedra de Sol* de los aztecas: al centro se encuentra la cara del dios Sol; su boca está abierta y su lengua colgando; su lengua es un cuchillo de obsidiana, el mismo cuchillo que les servía a los aztecas para arrancar el corazón de la víctima. La seducción es, pues, una lengua de cuchillo de obsidiana que sirve para arrancarle el corazón al seducido y dejarlo descorazonado.

En una descripción general del concepto de seducción se puede constatar que el primer aspecto radica en que se lo asocia con engaño, falsas promesas y buscar el mal del otro.

¹³ PASCAL, Blaise, *Pensamientos*, Alianza, Madrid, 1986, p. 32.

Un ejemplo histórico de esta concepción de la seducción se encuentra en el canto XII de la *Odisea*,¹⁴ cuando Circe le advierte a Ulises que puede gozar la seducción pero no dejarse convencer, persuadir o adherirse a las ideas de las sirenas:

Lo primero que encuentres en ruta será a las Sirenas, que a los hombres hechizan venidos allá. Quien incauto se les llega y escucha su voz, nunca más de regreso el país de sus padres verá ni a la esposa querida ni a los tiernos hijuelos que en torno le alegren el alma. Con su aguda canción las Sirenas lo atraen y lo dejan para siempre en sus prados; la playa está llena de huesos y de cuerpos marchitos con piel agostada. Tú cruzas sin pararte y obturas con masa de cera melosa el oído a los tuyos: no escuches ninguno aquel canto; solo tú lo podrás escuchar si así quieres, mas antes han de atarte de manos y pies en la nave ligera. Que te fijen erguido con cuerdas al palo: en tal guisa gozarás cuando dejen oír su canción las Sirenas. Y si imploras por caso a los tuyos o mandas te suelten, te atarán cada vez con más lazos. Al cabo tus hombres lograrán rebasar con la nave la playa en que viven esas magas.

Pero la advertencia no es suficiente para comprender la seducción: hay que sufrirla en el cuerpo y reprimirse para poder avanzar hacia el destino final. La seducción se aparece como una condición necesaria para arribar al destino final; es una barrera, pero es también una prueba de racionalidad del héroe: no sucumbir a la seducción es la certeza de cumplir con el destino final. El segundo aspecto de la seducción es la experiencia misma de la seducción, como la vivida por Ulises al oír el canto.¹⁵ Así describe HOMERO los preparativos de los marineros para enfrentar la poderosísima seducción de las sirenas:

Entretanto la sólida nave en su curso ligero se enfrentó a las Sirenas: un soplo feliz la impelía, mas de pronto cesó aquella brisa, una calma profunda se sintió alrededor: algún dios alisaba las olas. Levantáronse entonces mis hombres, plegaron la vela, la dejaron caer en el fondo del barco y, sentándose al remo, blanqueaban de espumas el mar con los palos pulidos. Yo entretanto cogí el bronce agudo, corté un pan de cera y, partiéndolo en trozos pequeños, los fui pellizcando con mi mano robusta: ablandáronse pronto, que eran poderosos mis dedos y el fuego del sol en lo alto. Uno a uno a mis hombres con ellos tapé los oídos y, a su vez, a la nave me ataron de piernas y manos en el mástil, derecho, con fuertes maromas y, luego, a azotar con los remos volvieron el mar espumante.

Una vez que los varones se protegieron de la feroz amenaza, aparecieron las suaves sirenas:

Ya distaba la costa no más que el alcance de un grito la nave crucera volaba, mas bien percibieron las Sirenas su paso y alzaron su canto sonoro: “Llega acá, de los dánaos honor, gloriosísimo Ulises, de tu marcha refrena el ardor para oír nuestro canto, porque nadie en su negro bajel pasa aquí

¹⁴ HOMERO, *Odisea*, Gredos, Madrid, 1998, p. 286.

¹⁵ *Ibídem*, p. 290.

sin que atienda a esa voz que en dulzores de miel de los labios nos fluye. Quien la escucha contento se va conociendo mil cosas: los trabajos sabemos que allá por la Tróade y sus campos de los dioses impuso el poder de los troyanos y argivos y aun aquello que ocurra doquier en la tierra fecunda”.

Las sirenas seducen, mientras el hombre sufre emocionalmente y resiste racionalmente:

Tal decían exhalando dulcísima voz y en mi pecho yo anhelaba escucharlas. Frunciendo mis cejas mandaba a mis hombres soltar mi atadura; bogaban doblados contra el remo y en pie Perímedes y Euríloco, echando sobre mí nuevas cuerdas, forzaban cruelmente sus nudos. Cuando al fin las dejamos atrás y no más se escuchaba voz alguna o canción de Sirenas, mis fieles amigos se sacaron la cera que yo en sus oídos había colocado al venir y libráronme a mí de mis lazos.

El tercer aspecto de la seducción radica en el miedo a ser seducido y, de esta manera, ser llevado al mal en contra de nuestra voluntad. El ser seducido es un eximente de responsabilidad; se dice: “el sujeto no quería cometer el delito, fue seducido a ello, fue llevado al mal por medio de falsas promesas y engaños”; “ella no quería, pero él la sedujo”; “él se negaba, pero fue seducido con dinero”, etcétera. La seducción es el argumento exculpatorio predilecto de los vencidos.

Dice BAUDRILLARD¹⁶ al respecto:

El miedo de ser seducido. Si bien la seducción es una pasión o un destino, es la pasión inversa la que triunfa más a menudo: la de no ser seducido. Luchamos por fortalecernos en nuestra verdad, luchamos contra el que quiere seducirnos. Renunciamos a seducir por miedo a ser seducidos. Todos los medios son buenos para escapar de ello. Van desde seducir al otro sin tregua para no ser seducidos hasta hacer como si uno estuviera seducido para poner término a cualquier seducción.

El cuarto aspecto de la seducción es el discurso mismo de la seducción. La defensa de Otelo¹⁷ ante el delito de seducción del que lo acusa Brabancio pone en evidencia la estructura analógica de la seducción.

Brabancio.— ¡Mi hija! ¡Oh, mi hija!

Dux y senadores.— ¿Muerta?

Brabancio.— ¡Sí, para mí! Ha sido seducida, me la han robado y pervertido con sortilegios y medicinas compradas a charlatanes, pues la naturaleza, no siendo ella imbecil, ciega o coja de sentido, no podría haberse engañado tan descabelladamente sin el auxilio de la brujería.

¹⁶ BAUDRILLARD, Jean, *De la seducción*, Cátedra, Madrid, 2001, p. 113.

¹⁷ SHAKESPEARE, William, *Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1991, p. 368.

Ante esta denuncia Otelo se dispone a convencer, persuadir y seducir al dux y a los senadores de que no es culpable de tal delito. El discurso de Otelo tiene como objetivo jurídico lograr la exculpación del delito del que se lo acusa y que esa exculpación quede claramente reconocida por el jurado que los juzga, conformado por el dux y los senadores. La argumentación jurídica retórica de Otelo es la construcción de un discurso que está constituido por las funciones retóricas del convencer, el persuadir y el seducir. Otelo construye su discurso de defensa —su verdad— sobre la trama discursiva de los diálogos de Otelo con Brabancio y Otelo-Desdémona. El contexto lingüístico no es referencial (objetual), sino que es un contexto dialógico y narrativo. Es decir, el discurso de Otelo se sostiene y desarrolla en palabras que se refieren a palabras. Las palabras *entre* las palabras (los discursos de Brabancio y los discursos de Desdémona) son el mundo referencial del discurso retórico de Otelo, dado que el acusado realiza acciones del lenguaje —su discurso exculpatorio— sobre el lenguaje que narra las discursividades de los otros hablantes.

Así comienza el discurso retórico de defensa jurídica de Otelo:

Otelo.— [...] es por demás cierto que me he llevado la hija de este anciano; es cierto que me casé con ella; la verdadera cabeza y frente de mi crimen tiene esta extensión, no más. Soy rudo en mis palabras y poco bendecido con el dulce lenguaje de la paz, pues desde que estos brazos tuvieron el desarrollo de los siete años, salvo durante las nueve postreras lunas, han hallado siempre sus más caros ejercicios en los campos cubiertos de tiendas. Y fuera de lo que concierne a las acciones guerreras y a los combates, apenas puedo hablar de este vasto Universo. Por consiguiente, poco embelleceré mi causa hablando de mí mismo.

Una vez aceptados los hechos, que no el delito, Otelo ofrece al jurado sus motivaciones por medio de la narración. En este caso, la narración de los hechos no tiene la función de informar de lo acaecido, sino de ser el contexto a partir del cual Otelo actuó de tal manera. No sedujo, no engañó con arte y maña, sino que actuó en consecuencia. Así presenta la exculpación:

No obstante, con vuestra graciosa autorización, os haré llanamente y sin ambages el relato de la historia entera de mi amor. Os diré qué drogas, qué encantos, qué conjuros, qué mágico poder, pues de tales procedimientos se me acusa, he empleado para seducir a su hija. [...].

Esta es la narración de lo sucedido, significa que esta es la interpretación de los hechos desde la interpretación de los discursos por los hablantes: Otelo interpreta el discurso de Brabancio y de Desdémona, Desdémona interpreta el discurso de Otelo y Brabancio interpreta el discurso de Otelo. Cada uno escucha las mismas palabras, pero cada uno interpreta de manera diferente las mismas palabras.

Su padre me quería; me invitaba a menudo; interrogábame siempre sobre la historia de mi vida, detallada año por año; acerca de las batallas, los asedios, las diversas suertes que he conocido. Yo le contaba mi historia entera, desde los días de mi infancia hasta el momento mismo en que me mandaba hablar. Le hacía relación de muchos azares desastrosos, de accidentes patéticos por mar y tierra; de cómo había escapado por el espesor de un cabello de una muerte inminente; de cómo fui hecho prisionero por el insolente enemigo y vendido como esclavo; de cómo me rescaté y de mi manera de proceder en mi historia de viajero. Entonces necesitaba hacer mención de vastos antros y de desiertos estériles, de canteras salvajes, de peñascos y de montañas cuyas cimas tocaban el cielo, y hacía de ellos la descripción.

La secuencia narrativa de lo acaecido por Otelo también es una interpretación que se ofrece como lo único que puede ser un relato: como verdad.

Luego hablaba de los caníbales, que se comen los unos a los otros, los antropófagos, y de los hombres que llevan su cabeza debajo del hombro.

Quien enuncia el discurso tiene uno o dos auditorios, el orador elige o el auditorio manifiesto y el auditorio latente o solo el auditorio presente. El orador sabe que al hablar a uno está hablando a otros y dice cosas para que el otro entienda, aunque lo escuche este. El orador elige su auditorio, como Otelo eligió —sorpresivamente— al auditorio de Desdémona cuando en realidad se dirigía a Brabancio originalmente. Elegir los auditorios significa elegir qué se persigue con uno u otro. El discurso que convence, persuade y seduce de Otelo dirigido al auditorio de Brabancio le asegura la contratación como militar, es decir, logra mover a la acción —contratación militar—, pero el discurso que convence, persuade y seduce dirigido al auditorio de Desdémona le asegura la adhesión del amor.

Desdémona parecía singularmente interesada por estas historias, pero las ocupaciones de la casa la obligaban sin cesar a levantarse; las despachaba siempre con la mayor diligencia posible, luego volvía y devoraba mis discursos con un oído ávido. Habiéndolo yo observado, elegí un día una hora oportuna y hallé fácilmente el medio de arrancarle del fondo de su corazón la súplica de hacerle por entero el relato de mis viajes, de que había oído algunos fragmentos, pero sin la debida atención. Accedí a ello y frecuentemente le robé lágrimas, cuando hablaba de algunos de los dolorosos golpes que habían herido mi juventud.

La eficacia retórica del discurso que convence, persuade y seduce se refleja en que el auditorio se adhiere a las premisas del hablante desde la acción, desde un hacer, que en este caso es el montón de suspiros y el amor que desemboca en una acción determinada, como el casamiento de Desdémona y Otelo.

Acabada mi historia, me dio por mis trabajos un mundo de suspiros. Juró que era extraño, que, en verdad, era extraño hasta el exceso, que era lamentable, asombrosamente lamentable; hubiera deseado no oírlo, no obstante anhelar que el Cielo creara para ella semejante hombre. Me dio las gracias y me dijo que, si tenía un amigo que la amara, me invitaba a contarle mi historia y que ello bastaría para que se casase con él. Animado con esta insinuación, hablé. Me amó por los peligros que había corrido, y yo la amé por la piedad que mostró por ellos. Esta es la única brujería que he empleado.

Desdémona pudo haber dicho: “yo quiero ser lo que Otelo representa” o “yo quiero para mí los predicados de aquel sujeto”. Y la prueba irrefutable de esta estructura analógica de la seducción es la frase de Desdémona en la que solicita acompañar a Otelo a la guerra:

Así, caros señores, si se me deja aquí como una falena de paz, mientras él marcha a la guerra, se me priva de participar en los ritos de esta religión de la guerra por la cual le he amado [...].

Otelo no seduce a Desdémona, es Desdémona la que quiere ser seducida porque ella ama *los ritos de esta religión de la guerra* y quien encarna con devoción y éxito esos ritos es Otelo. Desdémona hace posible su amor por *los ritos de la guerra* al realizar los ritos del amor con Otelo. Desdémona declara que ama a Otelo porque es un guerrero, guerrero que ella quiere ser. Poseer a Otelo es poseer su historia de guerrero.

Si el seductor es siempre un fracasado y el triunfador es siempre la víctima, porque le impone al seductor su deseo con apariencia de derrota, entonces puedo intentar comprender la seducción en el discurso jurídico desde una perspectiva diversa a la descripción generalizada. A pesar de la excesiva carga negativa del concepto, intentaré reflexionar sobre la seducción desde la perspectiva de la estructura argumentativa y no desde la perspectiva moral en la que se encuentra generalmente.

La seducción ofrece cautivar, encantar, fascinar, embelesar, es decir, *sus buenas razones* son emociones que apelan a las emociones del auditorio. La seducción se construye desde la dimensión expresiva del lenguaje, mientras que el convencer se construye desde la dimensión denotativa (argumental) del lenguaje. La razón no está indisolublemente asociada a la verdad ni la seducción está asociada irremediabilmente a la idea de engaño. Considero que una y otras están asociadas a funciones del lenguaje diferentes y que la dimensión ética del argumento es un punto de vista del hablante, no una condición de lo retórico. De lo anterior se deduce que asociar la argumentación desde la seducción como algo moralmente reprochable no es sostenible dado que este argumento resalta la dimensión expresiva del

lenguaje y desarrolla el argumento analógico como argumento legitimador. Esto es, establece una analogía entre los sentimientos del hablante y los sentimientos del auditorio.

La eficacia de la seducción radica en ofrecer los propios sentimientos como referentes, mismos referentes que se pretende que el auditorio acepte como propios ya que (y por ello) coinciden con los suyos, coinciden con su experiencia personal. La seducción es exitosa porque los sentimientos del hablante son reconocidos como propios por el auditorio. La seducción no es engaño: el engaño es el engaño; se parte de premisas falsas para ofrecer consecuencias falsas. La seducción no parte de premisas falsas; por el contrario, la seducción parte de premisas emocionalmente verdaderas del hablante y no necesariamente pragmáticamente verdaderas. Emocionalmente verdaderas quiere decir premisas que derivan de sus convicciones personales, de sus deseos, de sus valoraciones subjetivas, de sus experiencias intersubjetivas con unas personas sí y con otras personas no. El sujeto no tiene razones probadas para afirmar algo, pero *sabe, siente, está convencido, intuye, confía* por su relación, por su experiencia, por lo que siente al verlo, etcétera, en que hay otra manera de entender esa cosa que no pasa por la prueba objetiva: “No tengo pruebas sobre la inocencia de X, pero lo conozco y sé que es incapaz de haber cometido ese delito, y lo sé porque sus ojos están llenos de futuro”. Esto y nada es lo mismo, pero esta experiencia subjetiva puede encontrar una recepción cálida en parte del auditorio.

La seducción es adjudicar al enunciado una carga afectiva en la dimensión expresiva del lenguaje como pretensión de verdad. La conclusión seduce porque lo que se ofrece al auditorio es compartir, analógicamente, los mismos sentimientos. Dado que el argumento analógico es la búsqueda de predicados comunes entre dos entes diferentes, los sentimientos del hablante y del auditorio se encuentran, se identifican, porque el hablante por medio del cautivar, encantar, fascinar y embelesar hace evidente la coincidencia entre sus sentimientos y los sentimientos del auditorio. El argumento de la seducción es verdadero porque el paradigma de la verdad está en el auditorio. Si este se reconoce en los sentimientos del hablante, habrá seducción; si no se reconoce en esos sentimientos, no hay seducción. La seducción se da por la aceptación del otro, no solo por las artes del seductor. El argumento del seductor y, por ende, la acción del seductor radican en la búsqueda de predicados comunes entre sus sentimientos y los sentimientos del auditorio. La analogía es su única técnica argumentativa: *yo soy tú, o si no fuera contigo no sería con nadie*; eso puede no ser verdad, pero es lo que el receptor quiere oír y es posible que eso sea lo que el hablante siente en el momento de la enunciación retórica.

De esta manera, el temor a ser seducido quiere decir el temor a reconocer sus propios deseos, el temor a reconocer el mal, el engaño, etcétera. El miedo a ser seducido se debe a que

el sujeto se reconoce en sus deseos reprimidos, o en sus buenos deseos: si lo sedujo es porque quería ser seducido. La seducción no es un argumento exculpatorio; por el contrario, es un argumento inculpatario porque la seducción prueba que el seducido quería ser seducido.

Desde PLATÓN hasta nuestros días, todos los teóricos que le tienen miedo a la seducción, y por ende le tienen miedo a la retórica, en realidad les tienen miedo a sus propios deseos. Temen reconocer en el mal del otro el mal propio. La seducción es el detonante de los deseos propios. Las *artes y mañas* del seductor solo alcanzan para detonar el torrente irrefrenable del deseo del seducido. No es la seducción ni la retórica lo que se estigmatiza, sino que se estigmatizan los propios deseos. Los recursos retóricos son catalizadores de los deseos del auditorio ya que los hacen manifiestos en sus acciones, como en la sentencia por parte del juez.

El juez no sentencia al procesado, sino que *se* sentencia, esto es, del valor moral que el juez adjudica a tal o cual delito depende la pena que impone: si la violación le parece personalmente un acto grave, entonces impondrá al otro lo que se impone a sí mismo, es decir, la gravedad o lo contrario. Son sus valores personales los que diariamente está juzgando.

La seducción en el discurso jurídico es la racionalidad retórica por excelencia; ofrece razones, demuestra, convence, persuade, mueve a la acción, refuta, siempre desde la identidad entre el orador y el auditorio. Esa es su razón suficiente: la identidad entre orador y auditorio, no la verdad de las premisas. Esa razón se construye formalmente desarrollando la técnica de la analogía en el discurso retórico.

4.

CONVENCER, PERSUADIR Y SEDUCIR: UNA CARACTERIZACIÓN RETÓRICA

Convencer es aportar buenas razones y esto quiere decir proponer razones verdaderas al auditorio judicial para su convencimiento. Para ello se utiliza el argumento deductivo, que consiste en proponer una verdad y de ella deducir otra verdad. Esto es posible dado que se asegura la conclusión por medio de dos operadores. El primero, la verdad, y la aceptación de dicha verdad por parte del auditorio, en la premisa mayor. En segundo lugar, el proceso de deducción es correcto porque se aplican una serie de condicionamientos formales que dan como resultado lo correcto del razonamiento y se autocorrigen en caso de violación de las reglas. El convencer se construye desde el lenguaje objeto, es decir, el discurso apela a la denotación de

la palabra. La verdad del convencer radica en que describe la cosa y esa descripción la ofrece como verdad. Técnicamente, el discurso jurídico que convence opera la deducción retórica —no lógica— en dos esferas: una, la esfera de la ley, y dos, la esfera fáctica. Deduce de una premisa legal (lo legal se ofrece como verdad cuando en realidad la premisa legal con la que se trabaja es una interpretación de la textualidad de la ley) y una acción fáctica que es el resultado de una interpretación narrativa; de lo anterior se ofrece una conclusión deductiva en la que se establece la responsabilidad u obligación o no de un sujeto de derecho.

Persuadir, por su parte, es ofrecer verdades probables. No hay inicialmente seguridad de la verdad general, pero sí se puede deducir la verdad de la conclusión si se parte de premisas particulares verdaderas o probables, o, dicho de otro modo, si se parte de narraciones probables porque son coherentes con lo sucedido y el sentido común. Se persuade porque se puede generalizar. Se persuade porque se puede demostrar que de una serie de afirmaciones particulares (y por lo tanto probablemente verdaderas) se puede llegar a una constante generalización que permite afirmar que la constante generalización es una verdad. La persuasión se construye desde el lenguaje objeto. La palabra apela al objeto. La verdad del persuadir radica en que generaliza una experiencia por medio de la repetición y a la repetición la ofrece como verdad.

Seducir es construir un discurso que demuestre la identidad entre los sentimientos del hablante y los sentimientos del auditorio. Se seduce cuando se ofrecen los sentimientos personales como referentes de los sentimientos del auditorio. La seducción se construye desde el metalenguaje. El referente del discurso del hablante es el discurso emocional del auditorio. El hablante se refiere a esos discursos emocionales comunes y no a ningún objeto material. La palabra de la seducción apela al sentido (*sentido* entendido como el significado que construye el receptor desde su experiencia personal) y no al significado propio del vocablo, apela a la carga emocional de las palabras del auditorio: *yo soy porque quiero ser tú*. La seducción pone en movimiento los factores irracionales de la conducta humana, los hace visibles y presentes para analógicamente reivindicar los mismos predicados entre el hablante y su auditorio. La seducción es un espejo donde el auditorio ve reflejado lo no expuesto, su mundo privado y oculto. La seducción revela lo velado. El discurso de la seducción estructura el mundo pasional del sujeto y lo vuelve razonable en el ámbito público. Son los modelos retóricos los que organizan los deseos personales para ofrecerlos como razonamientos razonables en el ámbito de lo público. La verdad de la seducción radica en que construye una relación de pertinencia entre sus sentimientos y valores y los sentimientos y valores del auditorio, y a esa relación de pertinencia la ofrece como verdad.

El convencer construye razones derivadas de la verdad de la premisa para demostrar esa verdad. La persuasión construye convicciones derivadas de las premisas particulares para demostrar su verdad. La seducción construye emociones derivadas de las emociones del auditorio y las ofrece como verdad.

En un ejercicio paródico, QUINTILIANO podría haber afirmado que cuando hay pruebas se debe *convencer* al juez, cuando las pruebas son débiles y escasas se debe *persuadir* al juez, y cuando se carece de pruebas se debe *seducir* al juez.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- BAUDILLARD, Jean, *De la seducción*, Cátedra, Madrid, 2001.
- CAMPAGNA, María Cristina, y LAZZERETTI, Adriana, *Lógica, argumentación y retórica*, Biblos, Buenos Aires, 1998.
- CAMPS, Victoria, *Pragmática del lenguaje y filosofía analítica*, Península, Barcelona, 1976.
- COROMINAS, Joan, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Gredos, Madrid, 1985.
- HOMERO, *Odisea*, Gredos, Madrid, 1998.
- MILTON, John, *El paraíso perdido*, Porrúa, México, 1978.
- MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1990.
- PASCAL, Blaise, *Pensamientos*, Alianza, Madrid, 1986.
- PERELMAN, Chaim, y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989.
- SHAKESPEARE, William, *Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1991.
- TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2003.

Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas. ¿Un problema del derecho concursal?

An 'rioplatense' perspective on confronting corporate crisis: Is this a Bankruptcy Law Issue?

*Efraín Hugo Richard**

RESUMEN. No puede pretenderse que las crisis económico-patrimoniales de las sociedades sean resueltas por el derecho concursal, particularmente por ser prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema preconcursal, dejando a la legislación concursal como un remedio marginal. Similares soluciones a las de la legislación argentina corresponden a las contenidas en el derecho uruguayo, que las mejoran. La pérdida del capital social es una causal de disolución de la sociedad, que no atendida genera responsabilidad de administradores y condiciona quitas en acuerdos concursales que cabría tachar de abusivas y en fraude a la ley.

* Miembro del Comité de Referato de esta revista. Director del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y profesor emérito. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por Universidad Nacional del Litoral. Doctor honoris causa por las universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y Santo Tomás del Norte Argentino. Miembro de número y director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro emérito del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y de su Comité Académico, y exvicepresidente académico. CONEAU, investigador categoría 1. Consultor externo de CONICET. Se agradecerán comentarios a hugo@richard-mail.com.ar

PALABRAS CLAVE: Crisis societarias. Causales de disolución. Cesación de pagos. Insolvencia. Concursos y quiebras. Quitas. Esperas.

ABSTRACT. Corporate financial crises cannot be resolved under Bankruptcy Law, particularly since they are provided for under the regulations of corporate legislation, which act as a pre-bankruptcy system, rendering bankruptcy legislation a marginal remedy. Uruguayan law offers similar but improved solutions to those under Argentine law. Loss of share capital is a cause of corporate bankruptcy; when unattended, this responsibility is borne by management and sets the stage for debt reductions and moratoriums in bankruptcy agreements that could be deemed abusive and fraudulent.

KEY WORDS: Corporate crises. Bankruptcy causes. Cessation of payments. Insolvency. Restructuring and bankruptcy. Debt reduction. Moratorium.

*La felicidad no es un destino,
es la actitud con que se viaja por la vida.*

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La doctrina comercialista, tanto la que atiende a la funcionalidad de las sociedades como la concursalista que apunta a continuas presiones para la “modernización” de la legislación concursal, tiende a omitir las normas del sistema societario que podrían servir para afrontar las crisis económico-patrimoniales de las sociedades en forma privada.

Las crisis económico-patrimoniales de las personas humanas tienen un tratamiento diverso, que es ajeno a este trabajo. “La solución negociada de la crisis” —o preconcursalidad— impone la pregunta: ¿esperamos ello del derecho concursal? La doctrina postula la reforma continua de ese derecho y reafirma su posición en la continuidad y la periodicidad de las reformas en el derecho comparado.

Se aboga por una mayor anticipación para atender las crisis de las sociedades, se amplían los presupuestos objetivos de apertura de un procedimiento concursal, se postulan soluciones preconcursales dentro de la legislación concursal y se intenta que la crisis sea soportada por los acreedores y no por los socios, alejándose de un “esfuerzo compartido”, a través de quitas y esperas.

El panorama en la práctica argentina es desolador y hasta quizá estimula el “negocio del concurso”. En este ensayo pretendemos revisar el sistema jurídico y volver sobre nuestras preocupaciones respecto a la falta de aplicación de normas societarias anticrisis, con un paralelo de las legislaciones rioplatenses, o sea, de la República Oriental del Uruguay y de la República Argentina, en visión binacional limitada.

2.

PREÁMBULO. EJE POLÍTICO-SOCIAL: CONSERVAR LA EMPRESA Y LOS PUESTOS DE TRABAJO. METODOLOGÍA. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO

El abordaje jurídico de ciertos temas suele estar teñido de ideologías y preconcepciones. Es muy difícil apartarse de ellos y las normas suelen ser concebidas en ese marco, y su interpretación suele adecuarse a las corrientes políticas y sociológicas del momento de aplicación.

Suelen faltar políticas públicas consolidadas y aceptadas por todas las instituciones políticas y sociales. La cuestión debería enrolarse en políticas de Estado, ajenas a posiciones dogmáticas y políticas temporarias, y constituir objetivos estratégicos del desarrollo nacional y del bienestar social. En ese aspecto un tema ambicioso y no ajeno a objetivos nacionales es la conservación de la empresa¹ y de los puestos de trabajo. La empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales.²

El objetivo del sistema jurídico es asegurar que una técnica jurídica de organización, como es la sociedad, disponible a la autonomía de la voluntad, no se convierta en un instrumento dañoso y sirva para organizar, sostener y desarrollar una empresa (forma de darse el objeto social en las sociedades).

Es un desafío asegurar la viabilidad de estas, con pleno empleo, con inclusión social, sin afectar la competitividad ni dañar el mercado.

Ciertas políticas pueden implicar mantener la empresa no viable. En muchos casos ello es sinónimo de protección al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba FRANCESCHELLI,³ evitando maniobras artificiosas, aquello que PROVINCIALI⁴ señaló como “*ciò che segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”. Los empresa-

¹ Al referirnos a la *conservación de la empresa* lo hacemos a la empresa *viable*, pues el desarrollo inviable no es empresa. Por eso sostenemos que el administrador de empresas está obligado a formular planes de viabilidad para no asumir responsabilidades y estudiar la posible viabilidad. Claro que, en ciertos supuestos, puede políticamente sostenerse una empresa inviable por defender un costo social (por ejemplo, transporte público), pero ello debería vincularse a un subsidio que cubriera el desfase económico impuesto por una tarifa social. El objetivo sociopolítico de conservar la empresa y los puestos de trabajo no siempre se convierte en un logro conjunto. Si la empresa no es viable, el objetivo de mantener el empleo se logra a través de subsidios con los costes presupuestarios públicos.

² QUINTANA FERREYRA, Francisco, y RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, en *RDCO*, 1978, p. 1373; RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, tomo XXV, pp. 107 ss.

³ FRANCESCHELLI, R., “L'apprendista stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale”, en *Giurisprudenza Commerciale*, 1982, I, pp. 575 ss.

⁴ PROVINCIALI, Renzo, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milán, 1974, t. 1, p. 324 nota 80.

rios protagonizan “una exigencia cada vez más extensa y apremiante de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la actividad productiva”.⁵

Hoy es habitual que el estado de cesación de pagos —cuando no la insolvencia— se haya producido muchos años atrás, y el patrimonio social arrastrara una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad. Esto se vincula a la teoría de la responsabilidad social de la empresa.

Se afirma que “la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”,⁶ desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, aun separando al administrador de la empresa viable si es necesario.

3.

METODOLOGÍA: LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO

Debemos convenir que la aplicación del derecho concursal no sustituye el resto del sistema jurídico, salvo impedir la agresión inmediata al patrimonio concursado.

El hoy exvicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, sede México —por imposición estatutaria de no reelección—, el distinguido jurista y amigo E. Daniel TRUFFAT, se enroló en una posición integradora del sistema jurídico en el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, celebrado en México D. F. del 17 al 19 de mayo de 2012, con el título *Sobre los concursos “a medida”, a la luz de la actual realidad normativa*, cuando expresó:

La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración, no solo con normas supraleales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los “nuevos derechos” (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etcétera), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben

⁵ GALGANO, FRANCESCO, *Las instituciones de la economía capitalista* (traducción de Carmen Alborch Bataller y M. Broseta Pont), Ariel, Barcelona, 1990, p. 79.

⁶ DASSO, Ariel Ángel, *Derecho concursal comparado*, tomos I y II, Legis, Buenos Aires, 2009, p. 804.

presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busque instrumentar. [...] Mi generación se formó con ciertas ideas teóricas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos. Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil. En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla”. Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales.

En esa integración resulta así un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema —especialmente las societarias— son de orden público o imperativas.

El proyecto de reformas del Código Civil y Comercial en Argentina tornaría innecesario distinguir entre orden público y normas imperativas en cuanto a la inderogabilidad de estas últimas por conductas de los administradores o socios.⁷

Lo determina el Proyecto de Código Civil y Comercial en el artículo 12 del Título preliminar, que refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”, disponiendo en tal sentido:

Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una *norma imperativa*, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

El proyecto distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir que pueda dejarse de lado y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido, el actual artículo 21 del Título preliminar del Código Civil argentino.

Cuando se compromete la continuidad del giro empresarial —objeto de la sociedad— aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y

⁷ Según ha expresado Julio César OTAEGUI, hay una difundida opinión “consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público”, frente a lo cual el distinguido jurista opina: “La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución, sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución, Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (CN art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercera generación o sean los derechos sociales (CN arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18) y la vida (CN art. 33), sin el que los anteriores carecerían de razón de ser. No hay aquí mención alguna a un orden público societario, aunque las relaciones societarias, si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (CN art. 19). Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (CCom regla I, art. 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros. Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario”.

económico en la región y la conservación del empleo. No hacerlo significaría afectar el orden público.⁸ La jurisprudencia sigue la prestigiosa doctrina, coincidiendo que el orden público es el “conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos (C. C.: 21, conf. Llambías, J. J. “Tratado de derecho civil - Parte General”, t. I, n.ºs 184, 195 y 197, pp. 158, 163 y 197, ed. 1973)”.

El uruguayo Ricardo OLIVERA GARCÍA considera que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones.⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha sostenido que es evidente que los socios de la demandada para justificar un *leveragge buy out* en su exclusivo beneficio “no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.)”.¹⁰ Y añadió:

Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original.¹¹

Vaya este introito para señalar que las normas societarias a las que referimos, en los dos países, tienen carácter cuando menos imperativo, si es que no constituyen un orden público societario. Como conclusión: las normas imperativas de la ley societaria —al margen de si constituyen o no reglas de orden público— son inderogables y el apartamiento de ellas constituye un fraude a la ley.

⁸ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, en sentencia del 12 de octubre de 2012 en “Achinelli, Alberto P. c/ Agropecuaria Los Molinos S. A. y otro”, consideró afectado el orden público societario por una violación de competencia del órgano de gobierno por el órgano de administración (*Newsletter Derecho Comercial*, 11.3.2013, Abeledo Perrot, Buenos Aires).

⁹ OLIVERA GARCÍA, R. (con prólogo de Héctor Alegría), *Estudios de derecho societario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 92-93. En similar sentido HOLZ, Eva, *Orden público en la ley n.º 16.060*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 33.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), con fecha 7.12.2001, caratulado “Provincia del Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S. A.”, publicado en *La Ley*, 2002-E, p. 863, Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, p. 597 (cita *online*: AR/JUR/25/2001).

¹¹ *Ibidem*, considerando II, pp. 278, último párrafo, y 279, criterio este que reiteró en *Fallos*, 314, p. 1048, considerando 6.º

4.

LA POLÍTICA LEGISLATIVA, ECONÓMICA Y EMPRESARIAL. EL PATRIMONIO Y EL CAPITAL DE LAS SOCIEDADES

Cuando el legislador concede personalidad jurídica, no pretende con ello crear seres distintos al lado de los seres físicos; a lo único que propende es a dotar de recursos técnico-jurídicos que faciliten la actuación en la vida de relación, como forma de realizar el fin lícito que los individuos se proponen.¹²

Se trata siempre de una normativa que no concierne a un especial sujeto jurídico “no hombre”, sino siempre a relaciones entre hombres; actividad, actos, responsabilidad de hombres.¹³ Y este es el fenómeno de la técnica jurídica de las relaciones de organización: personificar las sociedades.

1. Uno de los elementos de la personalidad de las sociedades es su patrimonio, que se genera por una escisión del patrimonio de los constituyentes. Ese patrimonio social se formaliza por las prestaciones que los socios comprometen de sus propios patrimonios—incluso los inmateriales, con gran creatividad y opinabilidad—. Tales prestaciones suelen denominarse *aportes*, con relación a los que son mensurables para la determinación del llamado específicamente *capital social*.

El concepto lato o económico de *capital* se confunde con el concepto jurídico de *patrimonio*: conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad que se modifica continuamente en más o en menos, conforme a las alternativas de la actividad societaria.

El problema en sí es la dotación patrimonial suficiente para que la sociedad formalice las actividades conducentes al cumplimiento del objeto social (empresa).

El tema ha sido preocupación de OLIVERA GARCÍA,¹⁴ al comentar la ley uruguaya “de sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios”, n.º 19.060.¹⁵

¹² Conocida expresión de Tulio ASCARELLI, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Ediar, Buenos Aires, 1947, seguida por numerosa doctrina, y también receptada en la propia Exposición de Motivos de nuestra legislación societaria, en el punto I de la sección I del capítulo I, ALJA 1974-A-415.

¹³ ASCARELLI, Tulio, “Sui potere della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1950, t. I, p. 100.

¹⁴ OLIVERA GARCÍA, o. cit.

¹⁵ Promulgada en el año 1989, que comporta una versión perfeccionada de la ley argentina 19.550 del año 1972, conforme un proyecto de José A. Ferro Astray, Nuri Rodríguez Olivera y Luis A. Delfino Cazet del año 1981, que llegó a tener en cuenta la ley brasilera de sociedades por acciones del año 1976, para luego la Comisión Parlamentaria incor-

Centrándose en “La crisis del concepto de capital social” (apartado XI), este autor sostiene la necesidad de su replanteo —entre su vinculación con la aportación o su función de retención—, incorpora la necesidad del *insolvency test* (*equity insolvency test*) en el análisis de los resultados, vinculado a su “función de productividad”, y aborda la infracapitalización y otra visión del concepto de *distribution*.

La sociedad es un sujeto de derecho —persona jurídica— que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante¹⁶ y con responsabilidad limitada.

Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de gestar personas jurídicas. Se opina sobre la tutela de los acreedores “no informados” a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores.¹⁷

La base de la organización societaria para su personificación como centro imputativo autogestante es la generación de ese patrimonio independiente creado genéticamente con el capital constitutivo, determinado en su estatuto o contrato constitutivo.

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria es un objetivo de la legislación societaria, a través de la regulación del capital social, tendiente a asegurar la organización, la funcionalidad y la liquidación de las sociedades sin afectar a terceros.

Rescatamos como función básica del capital la faceta operativa, o sea, la de mantener la funcionalidad de la sociedad. Su insuficiencia genera responsabilidad a administradores y socios en cuanto afecte a terceros, pero ello no importa menoscabar la función de garantía, particularmente en el caso de crisis y más aún del concurso de sociedades.

2. En aspectos de la financiación, destacamos las apreciaciones de la señora presidente de la República Argentina sobre un anarcocapitalismo, un capitalismo financiero predatorio por no interesarse por otros intereses convergentes en el desarrollo económico, propios de un capitalismo productivo. Recordemos los efectos devastadores de la globalización financiera —que no es económica—, por la actuación de un mercado financiero ilícito,¹⁸ y recientemente —en relación directa con las sociedades en crisis— denunciemos

porar alguna solución de la ley chilena de sociedades anónimas de 1981, de la reforma argentina del 83 y del Código de Sociedades Comerciales de Portugal del 1986.

¹⁶ Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia. MIRZIA, BIANCA, *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005, y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el artículo 361 de la ley de sociedades argentina, y como negocios en cuenta de participación en otras legislaciones, como la española.

¹⁷ SPOLIDORO, Marco Saverio, “El capital sociale”, en *Il Diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, colección Rivista delle Società, Milán, 1993, p. 99.

¹⁸ Cf. www.acaderc.org.ar.

un “capitalismo donatario”, que abandona las soluciones imperativas de la organización societaria para recurrir al concurso,¹⁹ quizá innecesariamente.

El concepto referido al capital social en las ciencias políticas y la sociología reconoce enfoques disímiles y hasta contradictorios.²⁰ Nos limitaremos al de James COLEMAN,²¹ que concibe al capital social como un instrumento para la importación de principios económicos de acción racional en el análisis de los sistemas sociales.

3. Las soluciones técnicas dogmáticas varían entre la fijación de capital estatutario, de capital variable anualmente, o el mantenimiento de la dotación patrimonial aunque no se determine el capital social. Unas importan una visión formal del capital, como dato jurídico de las sociedades; otras, una visión substancial de este en relación con el desenvolvimiento de la sociedad.²²

El punto puede abordarse con criterios substancialistas o formalistas. El planteo formalista tiende a refugiarse en una noción estática de capital social, estatutario y fijo, como parámetro para determinar participaciones y utilidades, actuando como cifra de retención, y por tanto figurando en el pasivo social dentro del estado patrimonial.²³ El capital mínimo estatutario para algún tipo societario con responsabilidad limitada de los socios responde a una política legislativa,²⁴ y en muchos casos es criticada.²⁵ En cuanto a la eliminación de ese dato, la tendencia fue iniciada por la Ley accionaria de California de 1975 y por el texto revisado en 1980 del Model Business Corporation Act de la American Bar Association. Ambas han eliminado completamente todo lo instrumentario referido al concepto de capitales, reservas, valores nominales de las acciones, así como todo el sistema de normas en torno a ellos.

¹⁹ Véase nuestro “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, año II, n.º 5, octubre de 2011, pp. 151 ss.

²⁰ Para una descripción de la evolución del concepto de capital social, desde BORDIEU, pasando por COLEMAN y hasta PUTMAN, se puede consultar FORNI, Pablo; SILES, Marcela, y BARREIRO, Lucrecia, *¿Qué es el capital social y cómo utilizarlo en contextos de exclusión social y pobreza?*, Julián Zamora Research Institute, Research Report n.º 35, Michigan East University, Michigan, 2004.

²¹ COLEMAN, James, “Social capital in the creation of human capital”, en *American Journal of Sociology*, vol. 94, 1988, The University of Chicago Press, pp. 95-120.

²² En OTAEGUI, Julio C., “El capital”, en *La Ley*, Buenos Aires, 20 de julio de 2006, pueden verse las nociones de capital patrimonial, contable, legal, estatutario-garantía, estatutario-cuantía y estatutario-valor.

²³ PORTALE, Giuseppe B., y COSTA, Concetto, “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei”, en *Foro Padano*, 1995, pp. 133 ss., esp. p. 137.

²⁴ GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, “Algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de estatuto para una Sociedad Anónima Europea”, en José GUIRÓN TENA (dir.), *Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad Europea*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1978, pp. 101 ss.

²⁵ RIPERT, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (traducción de J. Quero Molares), Ejea, Buenos Aires, 1950, p. 211, criticando la insignificancia de capital que la legislación francesa exigía, señaló: “Cuando una sola persona se dedica al comercio queda obligada con sus bienes, pero basta con que se dediquen a él dos personas para que la responsabilidad desaparezca”.

La ley californiana, más rigurosa, se afirma en la formación del patrimonio, y deja sin resolver tanto el problema de la subcapitalización originaria de la sociedad como la posibilidad de sanciones por tales situaciones.²⁶ La idea del capital como cifra de retención, incorporada como dato técnico a los balances, aparece en crisis, como la del valor nominal de las acciones. Así sostiene Miguel C. ARAYA:²⁷

No debe existir impedimento alguno para emitir acciones sin valor nominal, como alternativa para la sociedad. Ello permitirá, cuando sea necesario, la emisión de acciones bajo la par, hoy prohibida en nuestro país.

En el derecho europeo se aprobó la 2.^a Directiva respecto a la Sociedad Anónima, que acepta ambos sistemas, afrontando la cuestión bajo la noción de garantía. Esta directiva generó disensos en su materialización, no tanto por la exigencia de un capital mínimo, considerado no una cuestión técnica sino de política legislativa en la que no correspondía estar simplemente a las referencias del derecho comparado, sino a la realidad del país.²⁸

Por *capital social* entendemos el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad o el que resulte afectado al giro social en cada balance, conforme el sistema legal adoptado. En ese dato se reconoce una función de garantía, como función esencial para proteger a los terceros,²⁹ sin descartarse la función organizativa y de productividad que este genera en la funcionalidad de la sociedad.

La noción de capital social es de política legislativa, y de moderna doctrina la idea de *patrimonio suficiente* para afrontar las operaciones sociales.

4. Pero en cualquier caso y legislación existe un parámetro: el pasivo no puede superar el activo. Esa situación impone soluciones e implica ingresar en zona roja (*red flags*).

²⁶ Las acciones sin valor nominal intentan soslayar el criterio jurídico de la noción de capital social, para referirse al criterio económico de patrimonio suficiente para la evolución social. El tema está vinculado a las acciones sin valor nominal como representativas del aporte de cada socio a la constitución del patrimonio social. Como justificación reproducimos las "Notas explicativas" del Anteproyecto de Ley de Sociedades y Contratos de Participación elaborado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia, presentado en 1993 (constituida por Marcelo Edgardo Alberti, Miguel Araya, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera, Héctor Mairal y nosotros), en la que se impone esa solución para el nuevo subtipo de sociedad por acciones, "la sociedad anónima simplificada": "1. Prohibición de acciones con valor nominal". a) Se establece que las acciones de las sociedades anónimas simplificadas no podrán tener valor nominal, con base en la hoy común constatación de que la mención de un "capital social" nominal constituye un dato carente de realidad que, al sugerir al público que sí la tiene, constituye una manifestación engañosa que no debe ser permitida por la ley. b) Esa constatación se encuentra también en el *Report* n.º 9 de la Comisión para la Reforma y Reformulación de la Ley de Compañías de Nueva Zelanda (1989).

²⁷ ARAYA, Miguel C., "Capital y patrimonio", en fascículo *Derecho societario*, coordinado por Mariano GAGLIARDO, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de diciembre de 1996.

²⁸ ROJO, Ángel, y BELTRÁN, Emilio, "El capital social mínimo", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1988, n.ºs 187-188, pp. 149 ss., esp. p. 151, refiriéndose al entonces proyecto de ley española sobre sociedades por acciones.

²⁹ Miguel C. ARAYA "El capital social", en *Sociedades. Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-2, Santa Fe, 2003, pp. 213 ss., esp. p. 219; ídem, "Capital y patrimonio", o. cit., p. 6.

El cordobés Mauricio YADAROLA apuntaba a las funciones del control sobre el capital social:

Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros —colaboradores en la obra común— y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el dislocamiento de las economías particulares.³⁰

Aceptamos el control preventivo si entendemos que la responsabilidad es dudosa o excesivamente tardía en atención a la ineficiencia del sistema judicial. Esto impondría un inmediato análisis gubernamental para resolver la cuestión, tan negativa para la seguridad jurídica, motor de los sistemas de inversión de capitales.

5. La infrapatrimonialización resulta una temática importante, pero compone una zona gris, donde la doctrina no es clara en orden de atemperar la responsabilidad de los administradores.

Respecto a la infracapitalización sosteníamos:

Este es un problema de los socios y de los administradores, particularmente de estos últimos. No es un problema de la ley ni del juez que autoriza la inscripción. Son los administradores los que periódicamente tienen la obligación de revisar la suficiencia del capital social para el giro normal de los negocios, la consecución del objeto social.³¹

Por su parte, afirmaba FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA:

La infracapitalización constituye en cuanto tal una fuente de peligros ya que al aumentar el ratio recursos ajenos/recursos propios eleva los costes de agencia de los acreedores de tal suerte que el socio de una sociedad infracapitalizada, que arriesga solo una pequeña parte de todos los activos involucrados en la empresa social, tiene —como beneficiario de las rentas residuales y titular del poder de gestión— unos intereses que se separan abiertamente de los de quienes tienen comprometidas mayores inversiones y no las gestionan. En los procesos de infracapitalización lo característico es justamente la ausencia de acreedores profesionales, que son los únicos en condiciones de valorar el riesgo asumido. El dispositivo de protección se focaliza en consecuencia hacia los pequeños acreedores. Si la limitación de responsabilidad comporta la traslación de las consecuencias del fracaso empresarial a los acreedores cuando estos últimos no logran satisfacer sus créditos, parece lógico que el legislador haya establecido en la práctica totalidad de los ordenamientos nacionales

³⁰ YADAROLA, Mauricio, “Sociedades comerciales”, en *Homenaje a Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, t. II, 1963, pp. 349 ss., esp. p. 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto GOLDSCHMIDT *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

³¹ Véase nuestro “La sociedad de responsabilidad limitada en los tiempos actuales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2000-II, Doctrina, p. 954.

medidas encaminadas a proteger a dichos acreedores frente a los riesgos derivados de la limitación de responsabilidad.³²

6. Conforme venimos exponiendo, es preciso preguntarnos: ¿las crisis societarias deben ser asumidas *ex ante* o *ex post*? La tempestividad es reclamada por toda la doctrina. Es más: se requiere anticiparse a la crisis.

La obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 LSA exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad [...].³³

Asimismo:

[...] en la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concursal, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada.³⁴

La función de los administradores societarios es afrontar la crisis, no necesariamente solucionarla, planificando cuánto de capital propio y de terceros será necesario para el normal desenvolvimiento.

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y, posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”,³⁵ y —eventualmente— capitalizar el pasivo.³⁶

³² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “La infracapitalización societaria: un problema de política y técnica legislativas”, en FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, p. 1175, con cita de PAZ-ARES, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario sobre “La reforma del derecho de sociedades de responsabilidad limitada”, 1994, pp. 253 ss., esp. p. 258.

³³ Véase nuestro “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario”, en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1994, t. III, p. 1187.

³⁴ De nuestro prólogo a JUNYENT BAS, Francisco, *Responsabilidad de los administradores*, Advocatus, Córdoba, 1996.

³⁵ Cámara de Trabajo y Minas, 4.ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

³⁶ FIMMANO, Francesco, “L’allocazione efficiente dell’impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Rivista delle Società*, 2010, pp. 57 ss.

¿Quiénes deben negociar en torno a la crisis? Una persona individual con sus acreedores, incluso con la posibilidad de organizar una sociedad con ellos o nuevos socios aportantes de capital. Pero en una sociedad, persona jurídica, son los administradores quienes deben presentar el problema ante los socios.

Centremos la cuestión: los administradores deberán determinar —por lo menos anualmente— si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, pese a la pérdida del capital social. Y a su vez deberán someterlo a la consideración de los socios o accionistas. La aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores.³⁷ Si los administradores continúan la operación de una sociedad con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales previstos en el artículo 59 (con su casi equivalente artículo 83 de la Ley de Sociedades Comerciales uruguay, n.º 16.060) y 99 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, n.º 19.550:

¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la sabia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?³⁸

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa.

El sistema de derecho societario atiende —supone— que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocios, con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, estos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios.³⁹

³⁷ Sobre el punto también hemos trabajado con anterioridad, por ejemplo: “Insolvencia societaria y responsabilidad”, en *Jurisprudencia argentina (libro en conmemoración de su 80.º aniversario, 1918-1998)*, pp. 380 ss., y *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia de Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 481 ss.

³⁸ PALMERO, Juan Carlos, “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Cómo entender el nuevo régimen concursal”, en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Advocatus, Córdoba, 1995, p. 17.

³⁹ MILLER, Alejandro, *Sociedades anónimas. Directorio. Síndico*, AMF, Montevideo, 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en www.acader.org.ar.

El V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (CEDIN) y IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC), celebrados en Palma de Mallorca en abril de 2013, se centraron en “La calificación del concurso y la responsabilidad por la insolvencia”. Allí se subrayó la necesidad de hacer conocer a los administradores societarios los riesgos y costos de la vía concursal y hacerlos conscientes de las bondades de las soluciones societarias de bajo coste, también ilustrando a los acreedores —particularmente a los contractuales y laborales— sobre la conveniencia de acompañarlos en ese saneamiento y fortalecimiento de la sociedad.

5.

LA PRÁCTICA CONCURSAL Y LA PREVENCIÓN SOCIETARIA. ATISBANDO LA PRECONCURSALIDAD

Con este objetivo, desde una escuela distinta, en orden a la crisis de las sociedades apuntamos que la legislación societaria —que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal— contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

1. En materia concursal, en la jurisprudencia y la doctrina argentinas se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis,⁴⁰ ni la obligación de actuar tempestivamente cuando aparece una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente⁴¹ ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su insuficiencia, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de organización societaria para asumir concretamente la dificultad.⁴²

⁴⁰ Véanse nuestros “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre de 2008, p. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?”, en *La Ley*, Buenos Aires, 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)”, en *Jurisprudencia anotada de RDCO*, n.º 234, enero-febrero de 2009, Abeledo-Perrot, p. 79.

⁴¹ Véase nuestro “El capital social y la responsabilidad limitada”, en *Estudios Jurídicos*, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n.º 3, 2007, pp. 163-202.

⁴² Véase nuestro *Insolvencia societaria*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

Se niega la realidad: todo emprendedor tiene un plan y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales con el fin de que la crisis, la insolvencia, la asuman los acreedores, lo que transforma la crisis en un gran negocio para los socios o accionistas.⁴³

Lo explicita con claridad Bernardo CARLINO,⁴⁴ alejándolo de la crisis:

Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard,⁴⁵ no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente.

5.1. LAS PREVISIONES IMPERATIVAS DE LA LEY SOCIETARIA SON “PRECONCURSALES”

Para atisbar en esa sistematización que implica la preconcursalidad, citamos a Karten SCHMIDT,⁴⁶ que exponía:

En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario —no del Derecho Concursal—, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano⁴⁷ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así. En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática

⁴³ Así puede verse el caso del acuerdo preventivo extrajudicial de Multicanal S. A., donde inmediatamente de homologado el APE referido solo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios y que no provenían del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte, toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido, PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresa*, Lerner, Córdoba, 2002.

⁴⁴ CARLINO, Bernardo, “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)”, en Abeledo Perrot, *Newsletter*, 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

⁴⁵ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?”, en E. H. RICHARD (dir.), *Ensayos de Derecho Empresario*, n.º 4, Fespresa, Córdoba, 2008.

⁴⁶ SCHMIDT, Karten, “Responsabilidad de los socios y administradores”, en ETCHEVERRY, Raúl Aníbal; CHOMER, Héctor Osvaldo, y GENOVESI, Luis Mariano (comps.), *Derecho comercial y de los negocios. Sociedades. Concursos*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, tomo I pp. 395 ss., que reproduce una conferencia del año 2005.

⁴⁷ SCHMIDT, Karten, “El derecho empresario y el derecho concursal”, en JUNYENT BAS, FRANCISCO, y RODRÍGUEZ PARDINA, José María, y RICHARD, Efraín Hugo (dirs.), *De la insolvencia. Segundo Congreso Iberoamericano*, Advocatus, Córdoba, 2000, tomo III, pp. 751 ss.

del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia.

Resulta así que, sin perder de vista el aspecto de la infracapitalización, debemos centrar nuestra atención en la pérdida del capital social y sus consecuencias en el sistema societario y concursal.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española —Emilio BELTRÁN en 1991, conforme la ley entonces vigente— calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, y amenaza con graves sanciones a los administradores si esto no se produce —sustancialmente ello no ha cambiado, pese a las posibilidades de concursarlas—. La solución, con matices especiales, no es muy diferente en nuestros países.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, los mismos derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho.⁴⁸

5.2. EL SISTEMA NORMATIVO ARGENTINO Y URUGUAYO

Observemos las normas uruguayas con una visión sistémica:

1. La Ley de Sociedades Comerciales (LSC) uruguaya (n.º 16.060) dispone en su artículo 159, apartado 6.º, que son causal de disolución las “pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado”. El artículo 160 determina que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital. Congruentemente, el artículo 164 determina la responsabilidad de los administradores si continúan el giro en esas condiciones, sin reintegrarse el capital social, señalando que ello es sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del artículo 189, sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica.

⁴⁸ STANGHELLINI, LORENZO, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi”, en *Rivista delle Società*, año 49, fascículo 5, setiembre-octubre de 2004, Milán, p. 1079.

Otra norma coherente con el artículo 159 es la reducción obligatoria del capital social si la pérdida alcanza el 50 % de este.

En cuanto al aumento del capital social, en el artículo 319 se determina el derecho de preferencia de los accionistas y la posibilidad de dejar de lado ese derecho en el caso de capitalización de obligaciones, de acuerdo al artículo 330.

Conforme a la función de garantía del capital social —al margen de elucubraciones sobre la responsabilidad social empresaria y la infrapatrimonialización que corresponde a la función productiva del capital social—, ante la pérdida del 50 % del capital social se impone en la sociedad por acciones la reducción obligatoria de ese capital, para evitar la confusión en los acreedores. Cuando la pérdida alcanza el 76 % se impone la liquidación de la sociedad, y en tal caso los administradores no pueden realizar otras operaciones —desde que ello es declarado en un balance— y asumen responsabilidad solidaria frente a los acreedores, con una referencia también a la responsabilidad de los socios.

La continuación de la actividad sin el reintegro obligatorio o la capitalización —incluso por los acreedores, suspendiendo el derecho de suscripción preferente— impone, si se llega a perder el 100 % del capital social, el concursamiento de la sociedad por insolvencia, lo que debe efectivizarse dentro de los 30 días. Claro que ese concursamiento no cubrirá las responsabilidades asumidas, pues se evidencia que la sociedad ha continuado su giro.

2. A su vez, la Ley de Concursos (n.º 18.387) dispone su aplicabilidad en caso de insolvencia, la que determina, entre otros, supuestos del artículo 4 en su apartado 1.º, como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo, comprobado por “normas contables adecuadas”. Ello impone a los administradores la presentación dentro de los 30 días a partir de que los administradores societarios hubieran “conocido o debido conocer su estado de insolvencia”, según prevé el artículo 10. En el caso de sociedades la propuesta de acuerdo debe estar ratificada por el órgano de gobierno.

El artículo 92 de la LSC regula la memoria de los administradores y en su punto 4.º obliga a informar acerca de la “explicación y orientación sobre la perspectiva de las futuras operaciones”, lo que establece la obligación de revisar el futuro y planificar los negocios.

3. El artículo 83 de la ley societaria uruguaya es similar al 59 de la argentina, sobre los deberes de diligencia y lealtad, aunque no menciona a los terceros para satisfacerles los daños, pero sí debe entenderse que los resguarda mediante el mantenimiento del capital social y la norma sobre actividad posterior a perder más del 75 % de este. Solo el dolo de los

administradores podría ignorar esa causal de disolución y luego invocar la pérdida total para presentarse en concurso intempestivamente.

En el caso de directores de sociedades por acciones el tema queda resuelto por el artículo 391, que determina la responsabilidad frente a terceros, cuyo contenido se fija en el artículo 394 en la incapacidad patrimonial de la sociedad para satisfacer a los acreedores, que se vincula sin duda a la previsión de liquidación por pérdida de capital social.

A su vez, el artículo 395 determina la posibilidad, en caso de concurso, de que la acción de responsabilidad la ejercite el liquidador o los acreedores individualmente. Adviértase que, habiendo perdido el 76 % del capital social, una sociedad deberá liquidarse o capitalizarse, y si mientras tanto continúa operando nacerá responsabilidad por daños de administradores —y quizás de socios—, pero no podrá concursarse hasta que no pierda el 100 % del capital social por la causal del inciso 1.º del artículo 4, pudiendo hacerlo si se dan otras de las causales de ese artículo de la ley concursal.

Ese es el panorama en la legislación uruguaya.

4. En el derecho argentino es una causal de disolución la inexistencia de patrimonio para el cumplimiento del objeto social (artículo 94, inciso 4.º, de la LSC) y puede también configurarse otra causal de disolución cual es la pérdida del capital social (insolvencia, artículo 95, inciso 5.º), que impone la liquidación o la responsabilidad de administradores y socios, permitiendo la remoción de la causal por tres métodos de capitalización: reintegro, aumento de capital y capitalización de pasivos, sin perjuicio de disparar la previsión del artículo 99 en su caso. Este artículo prescribe:

Los administradores con posterioridad de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

La pérdida de capital social se caracteriza por la disminución del patrimonio neto, precisamente en razón de las pérdidas del ejercicio, que cuando alcanzan cierta envergadura (artículo 206 de la LSC) imponen su reducción y si son totales la disolución de la sociedad, salvo medidas alternativas (artículo 94, inciso 5, de la LSC). Obviamente la pérdida total del capital social dispara la responsabilidad prevista en el artículo 99 de la LSC, si no se opta por los caminos señalados en el artículo 96. La pérdida del capital social opera como causal

cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación. La preparación del balance impone a los administradores de la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance.

Un plan de negocios permitirá a los socios⁴⁹ analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez, la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

Los administradores deben poner la cuestión a decisión de los socios.⁵⁰ Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Existen sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios.⁵¹

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiera perdido y se optara por no liquidar la sociedad. Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente, si no desean reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del artículo 197 de la LSC de capitalizar el pasivo. La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas,⁵² directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Adviértase que algunos sistemas en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios.⁵³

⁴⁹ Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarles los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecieran necesarias, al margen de las obligaciones de los socios conforme la Ley Societaria, quitas importantes —por ejemplo 30 %—, se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100 % de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70 % si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto, en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). Si no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, pero imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

⁵⁰ MILLER, o. cit., p. 119 ss.

⁵¹ MIOLA, Massimo, “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, en *Rivista delle Società*, año 50, fascículo 6, 2005, Giuffrè, Milán, noviembre-diciembre de 2005, p. 1199.

⁵² FUSHIMI, Jorge Fernando, y RICHARD, Efraín Hugo, “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, en AA. VV., *Por un mejor derecho concursal* (ponencias del seminario homónimo celebrado en San Miguel de Tucumán), Astrea, Buenos Aires, 2012, t. 1, p. 635; DASSO, o. cit., t. I, en la descripción del sistema de Estados Unidos de América, destaca: “El primer efecto es la suspensión de las acciones contra el deudor [...] El Capítulo 11, denominado *Reorganization*, tiene carácter general y está destinado al salvataje del patrimonio del deudor y al pago a los acreedores [...] le otorga al deudor la posibilidad de lograr plazo suficiente para cancelar el pasivo, permitiéndole continuar al frente de sus negocios [...] incluyendo la posibilidad de emitir nuevas acciones por las deudas, la participación de los acreedores en las futuras ganancias de la compañía y el libramiento de nuevas acciones de capital [...] tiene como base central, alrededor de la cual gira, el plan que el deudor puede presentar [...] nunca más allá de ciento veinte días posteriores a la orden de apertura”.

⁵³ MIOLA, o. cit., p. 1199.

Se trata, ni más ni menos, de que el síndico en los concursos analice los balances y señale si la crisis era una mera cesación de pagos por desbalance entre activos y pasivos corrientes o si se había perdido el capital social, con patrimonio neto negativo. Y, en este último supuesto, si se convocó a los socios o estos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por la ley.

5. El sistema societario ante la pérdida del capital social es similar en la legislación comparada. DASSO⁵⁴ destaca:

El sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales. [...] La persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible.

Y en “Algo sobre el método” explica la forma de acceder al cotejo que “resulta así simplificado satisfaciendo la pretensión de consulta urgente”.

6.

LOS GRADOS DE LA CRISIS: INFRAPATRIMONIALIZACIÓN Y PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL

Desde hace algún tiempo señalamos que en la preconcursalidad debemos poner el acento ya no en la infracapitalización —sin abandonar esa teoría, ni su influencia disuasoria de conductas, como veremos—, zona gris, sino en una línea roja indubitable: la pérdida del capital social y sus consecuencias en el sistema societario y concursal.

Se ha trabajado sobre la infracapitalización como un elemento decisivo para determinar la responsabilidad de administradores. Se ha discutido, en torno a ello, cuánto de capital propio y cuánto obtenido de financiación es lo más adecuado, o si el capital fundacional debía ser suficiente para la explotación del objeto de la sociedad —empresa—, y si ello debía ser controlado o determinado por el funcionario de control o por los administradores. Entendemos que ello corresponde a los administradores por su responsabilidad *ex ante*, o

⁵⁴ DASSO, o. cit., t. I.

sea, por sus deberes de diligencia, para evitar que se genere una responsabilidad resarcitoria *ex post*. Se trata a la postre de la función de operatividad del capital social. Sobre ello se remarca:

La presencia en la ley uruguaya del instituto de la infracapitalización como presunción absoluta de culpabilidad del concurso consagra finalmente la necesidad de que los operadores económicos cuenten con recursos suficientes para desarrollar su actividad. La decisión del legislador —que comienza a plasmarse en sentencias— nos parece positiva, en cuanto contribuye a prevenir la insolvencia y el traspaso indebido de riesgos a los acreedores, así como a evitar abusos y mecanismos perversos que debilitan el crédito, el tráfico comercial y la economía en general.⁵⁵

Función básica del capital es la operativa, o sea, la de asegurar la funcionalidad de la sociedad, por lo que su insuficiencia, en cuanto afecte a un tercero, genera responsabilidad en administradores y socios. Es el tema de la infrapatrimonialización o infracapitalización material.⁵⁶

No descartamos referirnos a la infrapatrimonialización y a las responsabilidades que de ello resultan por la función operativa que debe tener el capital y patrimonio social, pero estamos tratando de rescatar la desleída función de garantía del capital social en las legislaciones societarias, que configurando la causal disolutoria de pérdida del capital social impone la capitalización o liquidación, y el apartamiento de esas soluciones deviene en responsabilidades por los daños que se causaren, fundamentalmente los eventuales saldos insolutos o el impago de créditos posteriores.

Con relación a la insolvencia lo que adquiere relevancia es la función de garantía del capital social.

⁵⁵ CHALAS SANZ, Laura L., “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 253, marzo-abril de 2012, pp. 531 ss., indica que el numeral 2 del artículo 193 de la ley concursal uruguaya establece la siguiente presunción absoluta: “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado”. Sobre sanciones a socios y administradores por infracapitalización puede verse JUNYENT BAS, FRANCISCO, y CHIAVASSA, EDUARDO N., “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores”, en *Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires, 2011, p. 30.

⁵⁶ Sobre ello el primer día de las Jornadas se habían explayado ANTONIO FOURCADE, ESCRIBANO MARTÍNEZ y JOSÉ ESCANDELL, incluso sobre los efectos de responsabilidad sobre administradores societarios, como así también sobre los test de operatividad.

1. Un ensayo de Eva HOLZ⁵⁷ impone algunas reflexiones. Resalta la jurista la cita de Miguel C. ARAYA⁵⁸ donde este afirma: “Esa pérdida de capital no debe ser confundida con la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos”.

Hemos puesto el acento⁵⁹ en que la causal de disolución de pérdida del capital social es la que dispara la responsabilidad de administradores —y quizá de socios— de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo —pese a que la particular legislación no contiene plazos para iniciar la liquidación—. La libertad para decidir la continuación del giro sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no libera a administradores societarios, en caso negativo, de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. Se acota que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso.⁶⁰ Ello, además de tener que expresarse en la primera memoria —conforme el tipo social—, deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones, conforme el artículo 99 de la LSC argentina.

Obviamente que es la “insolvencia” —como pérdida del capital social— la que dispara las acciones de responsabilidad, sin que sea obligatoria —aunque sí natural— la existencia de un proceso liquidativo —societario o concursal— que determine la pérdida (daño), aunque la mera “desaparición” de la sociedad, *rectius*: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

2. Apunta HOLZ que en el derecho uruguayo es causal de disolución la pérdida que reduzca al capital a menos del 25%. “Lo cual no se produce de pleno derecho, art. 159 No. 6, sino que puede ser evitada en tanto los socios resuelvan reducir o reintegrar capital, art. 160”. No obstante, la colega entiende:

Ante situaciones de pérdida patrimonial de las sociedades, todos los integrantes de los órganos societarios (incluso de las reuniones o asambleas de socios o accionistas) de las mismas, estarán en el futuro alertas y serán proactivos en la búsqueda de soluciones que eviten la continuación del drenaje de recursos. Y ello por la sola existencia de las graves consecuencias que apareja dicha pér-

⁵⁷ HOLZ, Eva, “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguayo”, en *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 2012, pp. 89 ss.

⁵⁸ Véase ARAYA, Miguel C., “Debate actual sobre el capital social”, en FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, p. 1109, donde ahonda en los temas que hemos tomado de su pluma más arriba.

⁵⁹ Véase nuestro “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”, en FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 1435 ss.

⁶⁰ FOURCADE, Antonio, *Sociedades comerciales. Parte especial*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 114.

didada, según se ha expuesto precedentemente, cuando la misma pueda conducir a que en situación concursal el patrimonio neto social sea negativo.

Se verá así la concordancia en nuestras opiniones.

7.

SOBRE LA PROFUNDIDAD DE LA CRISIS. ¿CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA? LA INTELIGENCIA SOCIETARIA Y CONCURSAL

El aspecto terminológico con el que se denominan las crisis societarias puede generar ciertas dudas,⁶¹ pese a lo que venimos exponiendo. Hemos apuntado que nuestro interés en esta temática es generar una concordancia entre el derecho societario y el derecho concursal.

Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y sin embargo estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aun en los sistemas de sociedades sin capital social cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades —si hay capital suficiente— o de disponer la liquidación u otra solución —en caso de capital insuficiente—.

La tensión aumenta —y los problemas se suscitan— cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión y los acreedores, en cambio, pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de los inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes de que se produjera esa situación.

Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad

⁶¹ DASSO, o. cit., t. II, cap. X (“Comentarios a la Ley de Concursos mexicana”), señala que el presupuesto material es el “incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones y tiene que estar referido a dos o más acreedores distintos [...] con una antigüedad no inferior a 30 días y representen el 35 % de todo el pasivo [...] que los activos del comerciante no alcancen a cubrir, por lo menos, el 80 % de las obligaciones vencidas a esa fecha”. Casi todas las legislaciones concursales determinan cierto parámetro objetivo para autorizar la aplicación de la legislación de crisis. La de nuestra República Argentina es la más permisiva pues permite la presentación en concurso preventivo invocando la “cesación de pagos”, suerte de *ábrete sésamo* del cuento de Alí Babá y los 40 ladrones.

de distribuir utilidades, entre otros actos, si no se someten a dos exámenes las cuentas sociales: Quantitative Liquidity Test y Quantitative Solvency Test, o un simplificado Equity Insolvency Test.⁶²

1. De no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis, aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone la responsabilidad de los administradores.⁶³

Corresponde señalar que el fin de la legislación concursal no es la insuficiencia de masa, atendida por el derecho societario, sino la dificultad en la finalidad empresarial. La iliquidez es una suerte de cesación de pagos y el desbalance es un déficit económico; sin déficit hay posibilidad de recurrir al crédito y si no hay déficit no hay responsabilidad.

Parece necesario anticipar que no hay equivalencia entre la terminología jurídica y la contable, aunque parece conveniente intentarla. La insolvencia en las legislaciones concursales no se refiere exclusivamente al desbalance o al patrimonio insuficiente ni al incumplimiento.

2. La legislación concursal argentina usa la terminología *cesación de pagos* en sentido amplio, como presupuesto objetivo de la apertura de un concurso. La legislación uruguaya engloba ese concepto bajo la palabra *insolvencia*.

La doctrina argentina ha identificado cesación de pagos e insolvencia desde los trabajos de YADAROLA y FERNÁNDEZ, pero especialistas contables hacen ver lo contrario.

Las crisis tienen grados: una mera y transitoria merma de flujos de caja, o un estado de cesación de pagos por insuficiencia de activos corrientes para satisfacer pasivos corrientes, o si estamos frente a insolvencia, o sea, con patrimonio neto neutro o negativo.

¿Cuáles son las incidencias concursales de distinguir entre insolvencia y cesación de pagos? *Insolvencia* se corresponde con la pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con aparente solvencia, por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja, y haber perdido el capital social. El pasivo sería muy superior al activo, o sea que no existiría patrimonio neto y por tanto se habría producido la pérdida del capital social, y serían aplicables las normas imperativas sobre disolución o reintegración (por los propios socios o capitalización).

⁶² ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C., *La protección de los acreedores sociales*, Aranzadi, Navarra, 1998, monografía de *Revista de Sociedades* n.º 10, p. 44 ss.

⁶³ MIOLA, o. cit., pp. 1199 ss., esp. p. 1310.

3. El uruguayo Camilo MARTÍNEZ BLANCO⁶⁴ acota el tema:

En el derecho concursal siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerra⁶⁵ en su profundo análisis del tema que nos ocupa. Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones. Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolfaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. [...] se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. Primero comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido. Son las *teorías intermedias* las que sostienen que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos. El presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”. De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente). [...] la mayoría de los autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un “*desequilibrio patrimonial —pasivo superior al activo— que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos*”.⁶⁶ Por ello abogan por “*un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez*”; reiteramos que para nosotros es importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves. Importa mucho el llamado *desequilibrio aritmético* o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo, pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer la garantía común de los acreedores para haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo. De ahí la importancia de introducir el

⁶⁴ MARTÍNEZ BLANCO, Camilo, *Manual de derecho concursal*, 2.ª ed. revisada, actualizada y ampliada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 150 ss.

⁶⁵ En GARCÍA VILLAVARDE, Rafael; ALONSO UEREBA, Alberto, y PULGAR EZQUERRA, Juana, *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003.

⁶⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, o. cit.

tema de la “insolvencia negocial”. La profesora española Marta Prats Marquina⁶⁷ habla con muy buen criterio de la “insolvencia negocial” entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “insolvencia patrimonial”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible). Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina, ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata.

4. Desde su especialidad en sindicatura concursal, la Prof. Celina MENA,⁶⁸ con una visión contable-económica, señala en cuanto a *cesación de pagos e insolvencia*:

En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo, a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos no hay patrimonio neto [...].

Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social.⁶⁹

CASADIO MARTÍNEZ, con doble perspectiva profesional, refiere a esa cuestión:

[...] no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquélla constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiendo por tal un pasivo superior al activo [...].⁷⁰

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social —insolvencia— y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

5. Al cotejar los trabajos de Siegbert RIPPE⁷¹ y de Miguel C. ARAYA es claro que no es fácil definir o converger en la idea de insolvencia (“No resulta necesariamente claro e indubitable

⁶⁷ PRATS MARQUINA, Marta, “Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal”, en *Revista General de Derecho*, Madrid, 1998.

⁶⁸ MENA, Celina María, “Cesación de pagos vs. insolvencia”, en TRUFFAT, E. Daniel; BARREIRO, Marcelo; ANTONI PIOSSEK, Carlos Roberto, y NICASTRO, Ramón Vicente (coords.), *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Lerner, Córdoba, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la Empresa en Crisis Pablo Van Nieuwenhoven.

⁶⁹ Véase nuestro “La empresa: su organización y crisis”, en *RDCO*, n.º 253, marzo-abril 2012, p. 407.

⁷⁰ CASADIO MARTÍNEZ, Claudio, *Informes del síndico concursal*, Astrea, Buenos Aires, 2011.

⁷¹ RIPPE, Siegbert, “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal”, en *Anuario de Derecho Comercial*, n.º 14, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pp. 9 ss., que nos fue obsequiado por su director, Ricardo Olivera García, en ocasión de mi disertación en Montevideo en la Semana Académica, 23 de noviembre de 2012, sobre la preconcursalidad en análisis de las legislaciones societaria y concursal uruguaya y latinoamericana, cuando dejé un texto para su publicación sin conocer los trabajos de este Anuario.

el sentido de la palabra *insolvencia* en la normativa hasta aquí considerada” —la ley concursal uruguaya—), particularmente por su definición en el diccionario, pero en la “pérdida total del capital social”, pese a que podría darse que la sociedad cumpliera con los pagos actuales, es claro que su patrimonio activo en ese momento determinado no es solvente para atender o afrontar la totalidad del pasivo. Por ello podríamos indicar la situación como de *insolvencia*, convencionalmente, para distinguirla de la *cesación de pagos* que puede derivar simplemente de que el activo ordinario sea menor que el pasivo ordinario, y aun en ciertos casos puede ser el activo ordinario mayor que el pasivo ordinario, pero tener la sociedad patrimonio neto negativo.

Nos apoyamos en el *Diccionario* de la Real Academia Española para comparar las referencias y usar una terminología concursal-societaria de compatibilización. *Insolvencia*: “Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda”. *Insolvente*: “Que no tiene con qué pagar”. *Solvencia*: “Acción y efecto de solver o resolver. | Carencia de deudas. | Capacidad de satisfacerlas. | Cualidad de solvente”. *Solvente*: “Desempeñado de deudas. | Capaz de satisfacerlas. | Que merece crédito. | Capaz de cumplir una obligación [...] y más en especial, capaz de cumplirlos cuidadosa y celosamente”.

Parecería que envuelve dos conceptos, aunque se prioriza la imposibilidad patrimonial de satisfacer todas las deudas. Conforme a ello, RIPPE señala:

Tal cesación o suspensión de pago no implicaba necesariamente que el deudor estuviere en estado de insolvencia, [...] podría sostenerse que insolvencia podría asimilarse a un estado de inexistencia o insuficiencia de activos para el pago total o parcial de pasivos, con indiferencia, sea de la capacidad de pago oportuno y adecuado por manejo ordenado de activos o de ingresos para el pago de pasivos, sea de la disponibilidad de efectivo y valores de fácil realización, esto es, de liquidez para el mismo propósito. Ello significa, por una lado, que una persona física o jurídica puede tener un activo superior a su pasivo, esto es, ser solvente y sin embargo no tener posibilidad de manejo de recursos realizables para el pago de su pasivo en tiempo y forma o no tener efectivo o valores líquidos para tal fin; o viceversa, tener capacidad de pago oportuno y adecuado o disponer de recursos líquidos a tal fin y ser, no obstante, insolvente, parcial o totalmente.

Y luego estudia a fondo la legislación concursal que opta por el estado de insolvencia —el cual abarca el sentido de la cesación de pagos en nuestra ley—, la cual dispone en el inciso 1.º del artículo 4 de la ley 18.387: “Cuando exista un pasivo superior al activo, determinado de acuerdo a normas contables adecuadas”, que considera una presunción relativa, a la que la ley agrega otras. RIPPE relativiza esa situación de insolvencia al señalar:

Una cosa es la fijación de valor, particularmente de activos, conforme a criterios contables y otra cosa, distinta, es el valor real de los mismos en el mercado, valor que, por su parte, podría

ser eventualmente superior al contable e idóneo, incluso, para revertir la ecuación activo-pasivo inicialmente expresada.

También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara en ambas legislaciones societarias una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto.

RIPPE acota —en la página 19, apoyando nuestra interpretación—:

El art. 24 de la ley de referencia admite, en el caso de concurso necesario de las personas jurídicas y siempre que resulte de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor que su activo no es suficiente para satisfacer su pasivo, el embargo preventivo de los bienes de sus administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno. b) El art. 25 de la misma ley recoge una solución similar, habilitando el embargo preventivo sobre bienes de personas vinculadas anteriormente por ejercicio de aquellos cargos sociales, cuando de un examen preliminar de los hechos surja su conocimiento del estado de insolvencia de la persona jurídica, durante los dos años anteriores a la declaración judicial del concurso.

Reflejo concursal de la pérdida de la función de garantía del capital social.

6. Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las previsiones societarias en el ámbito concursal, no para la apertura del concurso sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles son en las sociedades:

- a. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea, patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas.
- b. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales.

A lo primero cataloguémoslo a los fines de la comunicación como *insolvencia* y a lo segundo como *cesación de pagos*.

Esa pérdida del capital social opera como causal cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación. La preparación del balance impone de la situación a los administradores, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance.

Hemos visto la terminología de las leyes argentinas y uruguayas, cesación de pagos e insolvencia como presupuesto objetivo para abrir un proceso concursal. Frente a ello se hace necesario analizar las normas societarias que imponen conductas y responsabilidades a administradores y socios, pues la pérdida del capital social —se llame como se llame— genera en las legislaciones argentina y uruguaya similares consecuencias y efectos que, entendemos —y este es el eje de este ensayo—, trascienden del ámbito societario al concursal.

Sin pérdida del capital social —insolvencia—, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor, pero corriente. En tal supuesto la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva. La causal de disolución por pérdida del capital social se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance, y es declarada por la resolución social que aprueba ese balance.

7. Al comparar las vías de abordaje de la “insolvencia societaria” conviene preguntarse: ¿debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios?, ¿o soslayándolas, ignorándolas, puede recurrirse —incluso tardíamente— al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera? La primera acción corresponde a las soluciones societarias y permite enervar la causal de disolución por pérdida del capital social. La segunda intenta una “donación” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas por considerarlas ganancia, observación que desaparecería si — pese a no asumir los socios la recapitalización— en el “esfuerzo compartido” se capitalizaran los pasivos. Esta es una operación neutra para la sociedad pero que modifica profundamente su patrimonio, además de la afectación del derecho de propiedad al imponer quitas no aceptadas individualmente a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

8. El reintegro impone su consideración en el orden del día y es una forma de confesión de la pérdida del capital social. El aumento de capital sería un llamado neutro, pero tanto aquel como este abren la posibilidad de receso,⁷² si bien sin duda con resultado neutro, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar. Quizá⁷³ la capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante.

⁷² DASSO, Ariel Ángel, *Tratado del derecho de separación o receso del socio y del accionista*, Legis, Buenos Aires, 2012, pp. 193 ss.

⁷³ FUSHIMI y RICHARD, o. cit.

La capitalización de aportes irrevocables que afecta el derecho de suscripción preferente de otros accionistas es cuestionable.⁷⁴

Apuntamos que los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación; el balance implica una proyección sobre el futuro. Hay aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social,⁷⁵ pero es necesario advertir que de los resultados de ese balance se derivan derechos y responsabilidades, fundamentalmente cuando del proyecto de balance que se aprueba resulta declarada por la sociedad la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin que aparezca punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que imperativamente impone la ley societaria.⁷⁶ Ese balance luego es presentado ante un juez concursal para justificar la apertura de un concurso preventivo a fin de que los acreedores soporten la cuestión que debieron soportar los socios con el reintegro del capital si pretenden continuar operando.⁷⁷

La “preconcursalidad” aparece así activada, evitando el concurso y la responsabilidad de los administradores.

8.

EL ACUERDO CONCURSAL CONDICIONANDO POR CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA

Las concepciones dogmáticas carecen de interés si no tienen efectos prácticos. Y a ello nos referimos con Juan Carlos VEIGA aportando una “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades: el abuso y el fraude”.⁷⁸ Y a esto tiende nuestro esclarecimiento sobre la ambigua terminología societaria y concursal sobre crisis, cesación de pagos, insolvencia y pérdida del capital social.

⁷⁴ Sobre estos aspectos y la causal de disolución prevista por el artículo 94, inciso 5.º, de la LS, puede verse Dasso, *Tratado...*, o. cit., p. 324 y concordantes; también nuestro *Derechos patrimoniales de los accionistas*, Lerner, Córdoba, 1970, pp. 171 ss.

⁷⁵ DASSO, *Tratado...*, o. cit., pp. 193 ss.

⁷⁶ Véase nuestro “Sobre el Título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 5 de abril de 2013.

⁷⁷ Véase nuestro “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, año II, n.º 5, octubre de 2011, pp. 151 ss.

⁷⁸ En AA. VV., VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Por un mejor derecho concursal*, Tucumán (R. A.), septiembre de 2012, libro de ponencias publicado por Astrea, Buenos Aires, 2012, t. 1, p. 367.

La presentación en concurso, que imposibilita a los acreedores la exigibilidad de los créditos, no puede quedar sujeta a una mera pronunciación de palabras mágicas, como *crisis*, *cesación de pagos* o *insolvencia*, como lo hacía Alí Babá al frente de sus 40 ladrones cuando pronunciaba la fórmula *¡Ábrete, sésamo!* para desaparecer ante sus perseguidores.

La terminología *insolvencia* o *cesación de pagos*, con su significado en cada legislación, es indiferente en cuanto se tenga en cuenta la distinción entre *pérdida del capital social* y la dificultad económica de un *pasivo corriente superior al activo corriente*. Con ese sentido usamos las referidas expresiones.

Corresponde en las sociedades distinguir entre cesación de pagos e insolvencia. La primera se genera —entre otros supuestos— cuando el activo corriente es inferior al pasivo corriente. La segunda se corresponde con la falta de patrimonio neto, o sea, con la pérdida del capital social.

La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y, por qué no, a los socios.

El apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la LSC.

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero muy difícilmente ante el concurso de una sociedad, cuyos socios debían reintegrar el capital o capitalizarla.

Señalaremos algunas consecuencias en el concurso si no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias.⁷⁹

1. Es fundamental determinar que una quita y espera empobrece a acreedores quirografarios y enriquece directamente a socios de la sociedad concursada, rompiendo así la axiología jurídica y el valor justicia que tiende a asegurar el equilibrio en los repartos. Y el análisis sobre la confiscatoriedad de la propuesta⁸⁰ —y del acuerdo por mayoría, en su caso—

⁷⁹ “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”, en *Summa Concursal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo I, p. 543.

⁸⁰ DASSO, *Derecho...*, o. cit., t. III, al referirse a la legislación de España, respecto a la propuesta apunta: “El sistema establece significativos límites a los contenidos económicos de las propuestas: las esperas no pueden exceder los cinco años y las quitas no pueden superar la mitad de cada crédito, pero el juez está facultado para labilizar tales límites cuando

debe formalizarse para asegurar el derecho constitucional de propiedad de los que no han prestado su conformidad, pero que sufrirán los efectos de ese acuerdo ilegal.

El concepto de abuso, como “acción y efecto de abusar”, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo o a alguien (*Diccionario* de la Real Academia Española). El artículo 1071 del Código Civil, luego de recordar que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agrega:

La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Como lo reafirma Lidia VAISER,⁸¹ el artículo 1071 del Código Civil resulta, a no dudarlo, una norma fundamental en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera sea la esfera normativa que aborda en su núcleo. A ello debe agregarse el contenido del artículo 953 del Código Civil, que sanciona con nulidad absoluta (artículo 1044 del Código Civil) a este tipo de actos.

En caso de cesación de pagos, e incluso de insolvencia de una sociedad, el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho de los socios —guiados por los administradores— frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad. Y hemos referido la imperatividad de esas normas en el derecho rioplatense.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que solo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁸² y en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resultan, en caso de sociedades, por no haberse cumplido con las previsiones del derecho societario trasladando el problema a la decisión de los socios y que estos no hayan intentado superar la pérdida del capital social (conservación

se tratare de empresas de trascendencia para la economía. El convenio puede tener un contenido de reorganización, por medio de un plan de viabilidad [...] La conformidad de los acreedores con aplicación de la regla de la mayoría sigue siendo el eje de la concursalidad [...] Los cesionarios de créditos por actos entre vivos ulteriores a la declaración en concurso, salvo adquisición por título universal o por realización forzosa, no tienen derecho de voto”. Las mayorías se flexibilizan “cuando consista en el pago total del pasivo ordinario dentro de los tres años o en el pago inmediato con quita inferior al 20 %”. El tope es del 30 %.

⁸¹ VAISER, Lidia, “El abuso de derecho en los procesos concursales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-1328.

⁸² Véase nuestro “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. solución privada”, en *Summa Concursal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo II, p. 1945.

de la empresa) con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo,⁸³ que en el concurso conllevan a integrar la propuesta.

Si ello no ha ocurrido, el juez no puede dejar de ver que a través de la homologación ha empobrecido a los acreedores y ha enriquecido a los socios, que no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria ni afrontaron el esfuerzo compartido que imponen reglas de equidad —y buena fe— y de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial —aparentemente disponible— para enriquecerse.

En Uruguay se afronta la cuestión responsabilizatoria a través de los artículos 391 y 395 de la LSC, conforme el primario análisis que hemos formalizado de su legislación concursal y societaria.

La vía concursal intenta una “donación”,⁸⁴ a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores.

En el proyecto argentino en curso de reforma al Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades, la situación y la solución se perfilan más claramente a través de los instituciones del abuso de derecho y el fraude a la ley, en el Título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial, artículo 12: “El acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Correlativamente el artículo 10.º, titulado “Abuso del derecho”, descalifica este abuso como contravalor de la siguiente manera:

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Resulta clarísimo así el abuso de derecho y el fraude a la ley en la propuesta, y en el acuerdo mismo que obsta a su homologación. Por otra parte, impone al juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, e inmediatamente prevé las medidas preventivas llamadas *autosatisfactivas* disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior”. Calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

Esta es una verdadera revolución y desafío para los jueces.

⁸³ FIMMANO, FRANCESCO, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Rivista delle Società*, 2010, pp. 57 ss.

⁸⁴ Véase nuestro “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, año II, n.º 5, octubre de 2011, pp. 151 ss.

Reforzando el capítulo 3 del Título preliminar, que versa “Del ejercicio de los derechos”, aparece el artículo 9.º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los principios jurídicos, que norma: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

2. Por otra parte, la homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad, obviamente no nace ninguna responsabilidad por la quita en sí, aunque esta pueda generar un dato referencial al daño inferido por la conducta culposa o dolosa de administradores societarios respecto a determinado acreedor, daño que puede ser muy superior a la quita o no.⁸⁵

La insolvencia —o la crisis económica o financiera de carácter general—⁸⁶ implica causales de disolución de la organización societaria, e impone las medidas imperativas que marca la ley societaria y la responsabilidad de los administradores en caso de continuidad operatoria (artículo 99 de la LSC).⁸⁷ Se dispara así la pregunta: si se ha configurado la responsabilidad prevista en los artículos 59 y 99 de la LSC, ¿la homologación de un acuerdo concursal extingue o elimina de por sí esa acción?

Señalemos el criterio del presidente de la Corte, Dr. Ricardo LORENZETTI, esbozado particularmente en el caso *Daverede*,⁸⁸ quien opina que las acciones individuales de responsabilidad se disparan recién ante la insolvencia —o crisis— de la sociedad, y no se nos diga que eso es en caso de quiebra, porque la confesión de incapacidad patrimonial se revela en la presentación en concurso.

¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creemos; a veces es el momento a partir del cual este se hace evidente. Lo han destacado los juristas uruguayos, particularmente Israel CREIMER, en el reciente IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal —Palma de Mallorca, abril de 2013—.

Cuando apuntamos a la responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada no lo hacemos vinculando directamente esa responsabilidad a una quita. Cualquier conducta omisiva o activa de los administradores de sus deberes de diligencia y lealtad (artículo 59 de la ley 19.550) que genere daño a terceros les impone a aquellos la obligación de reparar ese

⁸⁵ Véase nuestro “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, año XXIV, tomo XXIII, n.º 282, mayo 2011, p. 445.

⁸⁶ RICHARDS, Efraín Hugo, *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010, 1.ª parte: “La crisis de la organización societaria”, pp. 260 ss.

⁸⁷ RICHARDS, Efraín Hugo, “Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso”, en *Ensayos de Derecho Empresario*, n.º 6, Fespresa, Córdoba, 2010 (serie en homenaje a comercialistas fallecidos de la Universidad Nacional de Córdoba, número *in memoriam* de Juan José de Arteaga), pp. 275-357.

⁸⁸ RICHARDS, Efraín Hugo, “No hay que fomentar el incumplimiento (Sobre la petición de quiebra por acreedor)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, n.º 280, marzo de 2011, pp. 309 ss., particularmente el punto IV, pp. 326 ss.

perjuicio.⁸⁹ Ese daño puede ser inferior o muy superior a la quita concursal, que no es sino una exteriorización de la conducta de administradores que se considere causantes de esos daños.

Franco BONELLI⁹⁰ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores. Si no existen normas claras que impidan la continuación de la actividad social en crisis —en la República Argentina, la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social— aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores.⁹¹

En la reforma italiana, el artículo 2497 expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad:

Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de estas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas.

9.

LA CUESTIÓN EN UN FALLO DE LA CORTE ARGENTINA

La Corte argentina avala nuestra visión. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de Sociedad Comercial del Plata S. A., al expresar:

El proceso concursal, como última ratio preventiva [...] procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores.

⁸⁹ DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La responsabilidad agravada en el derecho comercial: una visión actual”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo I, pp. 101 ss., esp. pp. 133-134: “Llevado el concepto al terreno práctico, se requiere hoy sinceridad, transparencia y lealtad en los comportamientos y se sanciona su ausencia. Se reclama una prudencia y un actuar diligente que considere las legítimas y fundadas expectativas del (o de los) otro(s), el respeto a la confianza recibida, que en los contratos se debe desde antes de su celebración y hasta después de su extinción”.

⁹⁰ BONELLI, Franco, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milán, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1992, n.º 135.

⁹¹ MIOLA, o. cit., p. 1310.

Al calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos” reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

La legislación societaria tiene normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o la reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis.

10.

PARA MEDITAR E INTEGRAR

1. Centramos la discusión en los aspectos que hemos puesto de resalto para la meditación y el análisis, para el disenso y la construcción de un sistema anticrisis societario integrado.

2. Las consideraciones aportadas descartan la aplicación a las sociedades de aceptación de propuestas confiscatorias con el argumento de que en la liquidación percibirían menos (*the best interest of creditors*, aceptable para deudores individuales), pues las normas imperativas societarias descartan tal situación, eventualmente a través de acciones de responsabilidad.

3. Por último, la preocupación sobre el financiamiento de la empresa en crisis —*fresh money*— a que atienden normas de preconcursalidad. Como exfuncionario bancario y ahora en la práctica profesional, me consta que, tanto tras la homologación de un acuerdo legal como en casos de soluciones por reorganización societaria, jamás se niega apoyo a la sociedad que presenta un equilibrado plan de negocios y exhibe documentación contable aceptable, particularmente cuando vincula el aporte económico —al estilo de lo autorizado por la reforma societaria italiana— con negocios participativos, alejadas las incorrectas dudas sobre el alcance del artículo 30 de la LSC o en la nueva modalidad aceptada por el artículo 1531 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina.

4. Los administradores deberán determinar —por lo menos anualmente— si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, pese a la pérdida del capital social. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas.

La aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe hacer posible prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores.⁹² Si los administradores continúan la operación de una sociedad con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales previstos en el artículo 59 de la LSC argentina (con su casi equivalente artículo 83 de la LSC uruguaya).

Como contrapartida de la libertad para asociarse y ejercitar actividades empresarias a través de una persona jurídica, en la mayoría de los casos con limitación de responsabilidad de los socios —y siempre de los administradores no socios—, existe la obligación de no dañar, particularmente asegurada por la función de garantía del capital social, aunque fuera solo en la llamada *one dollar corporation*.

Este repaso de normas societarias y concursales frente al concursamiento preventivo genera una serie de preguntas, difíciles de contestar frente a la actuación irregular de administradores y, a veces, de socios: de la necesidad de conservar la empresa viable y que generó empleo; del concursamiento de las sociedades con pérdida del capital social que no han transitado el camino de las normas imperativas.

Es un desafío a la imaginación ante las conductas desviadas y un aporte a soluciones de bajo coste de transacción.

La legislación debe desalentar el daño y privilegiar la buena fe. Correlativamente, la ley no debe alentar el daño o generar beneficios espurios. Si se tutelan ciertas estructuras, como la empresa, que se consideran valiosas por los intereses concurrentes, no puede dañarse a otras empresas que convergen en el mercado.

⁹² Véase nuestro *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia de Córdoba, Córdoba, 2000, p. 481 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Por un mejor derecho concursal*, Tucumán (R. A.), septiembre de 2012, libro de ponencias publicado por Astrea, Buenos Aires, 2012.
- ARAYA, Miguel C., “Capital y patrimonio”, fascículo *Derecho societario*, coordinado por Mariano GAGLIARDO, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de diciembre de 1996, p. 6.
- “El capital social”, *Sociedades. Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-2, Santa Fe, 2003.
- “Debate actual sobre el capital social”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 1109.
- ASCARELLI, Tulio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Ediar, Buenos Aires, 1947.
- “Sui potere della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1950, t. I.
- BIANCA, Mirzia, “La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales”, *La Ley*, Buenos Aires, 20 de junio de 2005.
- BONELLI, Franco, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milán, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1992, n.º 135.
- CARLINO, Bernardo, “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)”, *Newsletter*, Abeledo Perrot, 20 de marzo de 2009, sección Doctrina.
- CASADIO MARTÍNEZ, Claudio, *Informes del síndico concursal*, Astrea, Buenos Aires, 2011.
- CHALAS SANZ, Laura L., “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 253, marzo-abril de 2012.
- COLEMAN, James, “Social capital in the creation of human capital”, *American Journal of Sociology*, vol. 94, 1988, The University of Chicago Press, pp. 95-120.
- DASSO, Ariel Ángel, *Derecho concursal comparado*, tomos I y II, Legis, Buenos Aires, 2009.
- *Tratado del derecho de separación o receso del socio y del accionista*, Legis, Buenos Aires, 2012.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La responsabilidad agravada en el derecho comercial: una visión actual”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo I, pp. 101 ss.

- ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C., *La protección de los acreedores sociales*, Aranzadi, Navarra, 1998, monografía de *Revista de Sociedades* n.º 10.
- ETCHEVERRY, Raúl, y JUNYENT BAS, Francisco (dirs.), *Summa Concursal* (5 tomos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- ETCHEVERRY, Raúl, y RICHARD, Efraín Hugo (dirs.), *Summa Societaria* (6 tomos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *Comentarios a la ley concursal*, Marcial Pons, Colección Garrigues, Madrid, 2004.
- “La infracapitalización societaria: un problema de política y técnica legislativas”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 1175 ss.
- FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, *Rivista delle Società*, 2010, pp. 57 ss.
- FORNI, Pablo; SILES, Marcela, y BARREIRO, Lucrecia, *¿Qué es el capital social y cómo utilizarlo en contextos de exclusión social y pobreza?*, Julián Zamora Research Institute, Research Report n.º 35, Michigan East University, Michigan, 2004.
- FOURCADE, Antonio, *Sociedades comerciales. Parte especial*, Advocatus, Córdoba, 2001.
- FRANCESCHELLI, R., “L’ apprendista stregone, l’ elisir di lunga vita e l’ impresa immortale”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1982, I, pp. 575 ss.
- FUSHIMI, Jorge Fernando, y RICHARD, Efraín Hugo, “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, AA. VV., *Por un mejor Derecho concursal* (ponencias del seminario homónimo celebrado en San Miguel de Tucumán), Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 635 ss.
- “Notas sobre resultados no asignados (en torno a nuevo fallo)”, en *La Ley*, Buenos Aires, marzo de 2010.
- GALGANO, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista* (traducción de Carmen Alborch Bataller y M. Broseta Pont), Ariel, Barcelona, 1990.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, “Algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de estatuto para una Sociedad Anónima Europea”, José GUIRÓN TENA (dir.), *Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad Europea*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1978, pp. 101 ss.

- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael; ALONSO UEREBA, Alberto, y PULGAR EZQUERRA, Juana, *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003.
- HOLZ, Eva, “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguaya”, *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 2012, pp. 89 ss.
- *Orden público en la ley n.º 16.060*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.
- JUNYENT BAS, Francisco, y CHIAVASSA, Eduardo N., “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores”, *Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires, 2011, pp. 30 ss.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO (con prólogo de Efraín Hugo RICHARD), *Responsabilidad de los administradores*, Advocatus, Córdoba, 1996.
- MARTÍNEZ BLANCO, Camilo, *Manual de derecho concursal*, 2.ª ed. revisada, actualizada y ampliada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.
- MARTORELL, Ernesto (dir.), *Ley de Concursos y Quiebras comentada* (5 tomos), AA. VV., La Ley, Buenos Aires, 2012.
- MENA, Celina María, “Cesación de pagos vs. insolvencia”, en TRUFFAT, E. Daniel; BARREIRO, Marcelo; ANTONI PROSSEK, Carlos Roberto, y NICASTRO, Ramón Vicente (coords.), *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Lerner, Córdoba, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la Empresa en Crisis Pablo Van Nieuwenhoven.
- MILLER, Alejandro, *Sociedades anónimas. Directorio. Síndico*, AMF, Montevideo, 2005.
- MIOLA, Massimo, “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, *Rivista delle Società*, año 50, fascículo 6, 2005, Giuffrè, Milán, noviembre-diciembre de 2005.
- OLIVERA GARCÍA, R. (con prólogo de Héctor Alegría), *Estudios de derecho societario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
- OTAEGUI, Julio C., “El capital”, *La Ley*, Buenos Aires, 20 de julio de 2006.
- PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresa*, Lerner, Córdoba, 2002.
- PALMERO, Juan Carlos, “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Cómo entender el nuevo régimen concursal”, *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en ciencias económicas. Jornadas de actualización*, Advocatus, Córdoba, 1995.

- PORTALE, Giuseppe B., y COSTA, Concetto, “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei”, *Foro Padano*, 1995.
- PRATS MARQUINA, Marta, “Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal”, *Revista General de Derecho*, Madrid, 1998.
- PROVINCIALI, RENZO, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milán, 1974.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, *Preconcurzalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 del 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012.
- QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO, y RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, *RDCO*, 1978, pp. 1373 ss.
- RICHARD, Efraín Hugo, “¿Abusos en el proceso concursal?”, *La Ley*, Buenos Aires, 24 de diciembre de 2008.
- “Afrontar la crisis oportunamente”, *El Derecho*, 30 de septiembre de 2009 (como nota a fallo).
- “El capital social y la responsabilidad limitada”, *Estudios Jurídicos*, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n.º 3, 2007, pp. 163-202.
- “La conservación de la empresa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, tomo XXV, pp. 107 ss.
- “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. solución privada”, *Summa Concursal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo II, pp. 1945 ss.
- *Derechos patrimoniales de los accionistas*, Lerner, Córdoba, 1970.
- “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”, *Summa Concursal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo I, p. 543.
- “La empresa: su organización y crisis”, *RDCO*, n.º 253, marzo-abril 2012, pp. 407 ss.
- “Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso”, *Ensayos de Derecho Empresario*, n.º 6, Fespresa, Córdoba, 2010 (serie en homenaje a comercialistas fallecidos de la Universidad Nacional de Córdoba, número *in memoriam* de Juan José de Arteaga), pp. 275-357.
- *Insolvencia societaria*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- “Insolvencia societaria y responsabilidad”, *Jurisprudencia Argentina* (libro en conmemoración de su 80.º aniversario, 1918-1998), pp. 380 ss.
- “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)”, *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre de 2008, pp. 1081 ss.

- “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)”, *Jurisprudencia anotada de RDCO*, n.º 234, enero-febrero de 2009, Abeledo-Perrot, pp. 79 ss.
 - “No hay que fomentar el incumplimiento (Sobre la petición de quiebra por acreedor)”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, n.º 280, marzo de 2011, pp. 309 ss., particularmente el punto IV, pp. 326 ss.
 - “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?”, E. H. RICHARD (dir.), *Ensayos de Derecho Empresario*, n.º 4, Fespresa, Córdoba, 2008, pp. 56 ss.
 - *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010.
 - “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario”, *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1994, t. III, pp. 1187 ss.
 - *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia de Córdoba, Córdoba, 2000.
 - “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 1435 ss.
 - “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)”, *Doctrina Societaria y Concursal*, año XXIV, tomo XXIII, n.º 282, mayo 2011, pp. 445 ss.
 - “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, año II, n.º 5, octubre de 2011, pp. 151 ss.
 - “Sobre el Título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, Buenos Aires, 5 de abril de 2013.
 - “La sociedad de responsabilidad limitada en los tiempos actuales”, *Jurisprudencia Argentina*, 2000-II, Doctrina, pp. 954 ss.
- RICHARD, Efraín Hugo, y MUIÑO, Orlando Manuel, *Derecho societario* (2 tomos), Astrea, Buenos Aires, 2.ª ed. actualizada y ampliada, 2007.
- RIPERT, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (traducción de J. Quero Molares), Ejea, Buenos Aires, 1950.

- RIPPE, Siegbert, “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal”, *Anuario de Derecho Comercial*, n.º 14, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pp. 9 ss.
- ROJO, Ángel, y BELTRÁN, Emilio, “El capital social mínimo”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1988, n.ºs 187-188, pp. 149 ss.
- SCHMIDT, Karten, “El derecho empresario y el derecho concursal”, JUNYENT BAS, Francisco, y RODRÍGUEZ PARDINA, José María, y RICHARD, Efraín Hugo (dirs.), *De la insolvencia. Segundo Congreso Iberoamericano*, Advocatus, Córdoba, 2000, tomo III, pp. 751 ss.
- “Responsabilidad de los socios y administradores”, ETCHEVERRY, Raúl Aníbal; CHOMER, Héctor Osvaldo, y GENOVESI, Luis Mariano (comps.), *Derecho comercial y de los negocios. Sociedades. Concursos*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, tomo I pp. 395 ss.
- SPOLIDORO, Marco Saverio, “El capital sociale”, *Il Diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, colección Rivista delle Società, Milán, 1993.
- STANGHELLINI, Lorenzo, “Proprietá e controllo del’impresa in crisis”, *Rivista delle Società*, año 49, fascículo 5, setiembre-octubre de 2004, Milán, pp. 1079 ss.
- VAISER, Lidia, “El abuso de derecho en los procesos concursales”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-1328.
- VEIGA, Juan Carlos, y RICHARD, Efraín Hugo, “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, AA. VV., *Por un mejor derecho concursal* (ponencias del seminario homónimo celebrado en San Miguel de Tucumán), Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 367 ss.
- YADAROLA, Mauricio, “Sociedades comerciales”, *Homenaje a Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, t. II, 1963.

RECENSIONES

**MILAGROS OTERO PARGA Y FRANCISCO PUY
MUÑOZ,**
Jurisprudencia dialéctica,
Tecnos, Madrid, 2012, 298 pp.

José Antonio Sardina Páramo

Siempre es complicado realizar un comentario sobre cualquier obra del maestro del anotador; me honro en haber sido y seguir siendo discípulo de Francisco PUY y, si vale la expresión, “la distancia no es el olvido”. Y por si lo habíamos olvidado, lo tenemos claramente en el epígrafe 9.52 del libro a comentar. Pero no se trata, desde luego, de un intento de mejorar al maestro, sino de continuar un diálogo por muchos años interrumpido, y que tal vez pueda ser un vino añejo en copas de 2012.

Estamos ante una obra maestra. No se trata de un cumplido, ni de una adulación, ni de un lugar común (¿lo llamamos *tópico*?). No. Es una obra maestra porque está escrita por dos maestros, porque dice cosas magistralmente pensadas y expuestas, y también porque su finalidad, entre otras, es enseñar al lector. Y, además, todo esto lo hace muy bien. De modo que el calificativo está totalmente justificado.

La obra ha de considerarse enclavada en la fecunda producción de ambos investigadores, maestro y discípula, concretada en diversas obras de la autoría de ambos y también en otras que, aunque de la autoría de uno de ellos, contienen el fecundo pensamiento del otro, tras los más de veinte años de docencia y también colaboración mutua.

La obra versa sobre un examen de la jurisprudencia entendida como realidad del derecho, en su consideración de hecho, valor y norma (en los términos de Miguel REALE) y como depositaria de valores jurídicos. Se inicia con una consideración de la definición del derecho, que abarca los capítulos 2, 3, 4 y 5, en diversos momentos desde el siglo XIX hasta la actualidad; en ellos se refiere a las ideas o, mejor, definiciones o caracterizaciones del derecho de diversos juristas de cada época, excelentemente elegidos. A partir de ellos se expresan los diversos saberes que se desprenden de cada una de las consideraciones del derecho, fundamentalmente la lógica y la axiología jurídicas. Muy acertadamente los autores no han añadido un final con conclusiones o recapitulaciones; esta obra, como todas las que

siguen tal línea, está aún muy lejos de su final. Y deliberadamente no hablo del concepto de *obra abierta* de Umberto Eco.

El método elegido para el examen es la confrontación, que el título y el texto de la obra llaman *dialéctica*, entre las posturas iuspositivistas y iusnaturalistas. Son de notar al respecto tres cosas.

La primera, que la dialéctica así entendida no tiene nada que ver con tal concepto en HEGEL y muchísimo menos en su recepción por el marxismo. Es dialéctica en el sentido clásico de la expresión. Lo que los autores pretenden en la síntesis no es la creación de un tercer ente, sin dependencia alguna de los anteriores, que por sí y en virtud de un extraño milagro ateo supera ambas posturas; lo que se intenta y se consigue plenamente es reconocer que las dos posturas antagónicas tienen más puntos en común que los que podría parecer a simple vista, y que establecer un puente entre ambas concepciones es mucho más fructífero que insistir en el combate entre ellas suponiendo, erróneamente, que la finalidad es la victoria total.

La segunda es que con esta obra el profesor PUY MUÑOZ paga una cierta deuda para con el positivismo. Es cierto que han pasado muchos años (y diríamos que, por consiguiente, devengados muchos intereses de tal deuda) desde aquellas inolvidables *Lecciones...* en las que el positivismo era considerado exclusivamente como adversario. No obstante, hemos de pensar que esa deuda es pagada en cuantía sobreabundante. Creo que ningún autor que se adhiera al positivismo guardaría tantas consideraciones al iusnaturalismo ni expondría sus posiciones con la objetividad con que esta obra lo hace.

La tercera es que la obra, en los breves (forzosamente, por ser muchos) planteamientos de tesis-antítesis-síntesis en que los autores la han dividido, muestra una estructura lógica que, a nuestro entender, depende directamente del tomismo, y específicamente de la *Summa theologica*. Una diferencia hay, y grande: las cuestiones no se inician, como en el Aquinatense, por una proposición cuya falsedad se demostrará en el desarrollo de la cuestión, “Videtur...”, sino que se expone directamente y con gran objetividad la opción iuspositivista, a modo de tesis, se continúa con la exposición de la opción iusnaturalista, a modo de antítesis, y se finaliza con una síntesis en la que se opta por la postura iusnaturalista, matizándola en su confrontación con el positivismo y recogiendo de este lo que tiene de valioso para la dirección actual que se señala. Este planteamiento se repite una y otra vez a lo largo de la obra.

La aportación de la obra es inmensa. En primer lugar es forzoso referirse a su enorme cantidad de conceptualizaciones (*distingue frequenter*), de definiciones y, en definitiva, de orientación por el estudio de la jurisprudencia, que son de incalculable valor para cualquiera que

desea poner orden, en su obra o en su pensamiento, en el pensar, hablar o escribir sobre el derecho, sea la que fuere su opción de pensamiento.

En segundo lugar, muestra un detallado contenido de lo que puede ser una postura iusnaturalista, tomada en términos generales, sobre el ordenamiento jurídico. Esto, cierto es, se hace únicamente sobre doctrina de autores; falta quien lleve adelante eso mismo estudiando normas o sentencias. Pero evidentemente eso no lo pueden hacer dos personas solas. El iusnaturalismo, ferozmente combatido y desterrado hasta de las universidades de la Iglesia católica, es vindicado en esta obra en los justos términos que ha de tener como corriente de pensamiento y ser lo que ha sido su función desde hace veinticinco siglos: señalar que hay un contenido del derecho que no está en la libre decisión del legislador y servir como crítica, tanto en términos generales como concretos, del ordenamiento jurídico o de cualquiera de sus manifestaciones.

En tercer lugar, ha de ser bienvenida una obra, como la presente, que hace olvidar al neotomismo decimonónico, con su transcripción casi directa de textos tomistas no siempre bien entendidos, con su carácter teológico por no decir sermonario, y que muestra por el contrario una disposición decidida a estudiar y abordar problemas jurídicos (no teológicos ni de índole similar) con base en un dato: el estudio de la jurisprudencia como manifestación global del derecho.

El desfile de ilustres autores, las cuatro líneas que siluetea magistralmente el pensamiento de cada uno y su perfecto encuadre en el lugar donde deben ser situados es un mérito a añadir a esta obra. Hemos de notar que indistintamente se citan juristas de corte europeo y del *common law*; aunque no se dice expresamente, se supone que los autores piensan, y muy acertadamente, que el derecho es uno; ya habrá tiempo de delimitar sus manifestaciones.

Siempre, en una reseña, hay que mencionar algún aspecto menos convincente (aunque sea sobre la encuadernación). Vamos a referirnos a uno de detalle, uno de autoridad y uno de contenido.

La *Rechtsphilosophie* de HEGEL se cita dos veces: una en el texto y otra en la bibliografía. Se cita de modo distinto y en las dos ocasiones mal. La primera repite el inexplicable error de GLOCKNER y en la segunda, que denota que los autores han visto la primera edición del libro (del profesor PUY MUÑOZ me consta personalmente), se cambia el orden de los dos títulos que HEGEL puso a su obra.

En el epígrafe 13.18 figura el nombre de tres personas que nunca deben figurar como pensadores sobre nada. Se trata de tres asesinos que no merecen ni ser citados nominalmente en esta reseña.

Por fin, la definición de derecho, en el epígrafe 5.56, aunque se lo defina desde el punto de vista tópico, no se corresponde con lo que es el derecho. Tanto es así que los propios autores en el resto de la obra ni una sola vez recurren a tal concepto. Y es que no creemos que lo piensen.

A modo de epílogo, permítase al recensionista una triple manifestación:

De satisfacción, por haber sido discípulo del profesor PUY MUÑOZ y comprobar una vez más el acierto que tuvo en elegirlo hace ya cuarenta años.

De admiración, por todo lo dicho y por el hecho de que la obra, aunque no da mucho trecho para respirar, no se cae de las manos hasta que se termina.

De sincero y ferviente deseo de que esta obra y las relacionadas con ella caigan en manos que continúen esta fecunda labor y el derecho natural vuelva (se lo llame como se lo llame; ya habrá tiempo de reivindicar su nombre cuando haya mostrado su valor) a ser la piedra de contraste para la consideración de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico.

DARDO PREZA RESTUCCIA,
La enseñanza del derecho penal a partir de casos reales
(2 volúmenes),
Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011-2012

Rodrigo Figueiredo Pereira*

1. La obra que tengo el agrado de reseñar se titula *La enseñanza del derecho penal a partir de casos reales*. Su autor, Dardo PREZA RESTUCCIA, es doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, profesor titular de Derecho Penal y Derecho Penal Práctico en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y profesor agregado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ha desarrollado una vasta y reconocida actividad judicial en materia penal; actualmente es ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Su profunda experiencia docente y judicial le permite delinear en forma inmejorable la obra que aquí se presenta.

La obra consta de dos tomos, estructurados a su vez en dos partes, cada una de ellas dividida en capítulos, en los que analiza algunos de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal uruguayo, siguiendo el orden del Código Penal. Algunos capítulos abordan directamente una figura penal específica.

En la introducción a la segunda parte del tomo primero, el autor advierte:

Esto no es un curso de Derecho Penal que aborde sistemáticamente a todas las figuras penales que están en el código [...] me detendré en aquellos ilícitos penales de incuestionable interés práctico, en función de la frecuencia con que los mismos se cometen.

Esto se confirma cuando luego señala que, en su larga trayectoria como magistrado penal, nunca tuvo que juzgar ciertas figuras penales, por lo que esas no son objeto de análisis en su libro.

Como es habitual en las obras de PREZA, se incluye el tratamiento de delitos económicos, más precisamente el lavado de activos y figuras anejas (tomo II, 2.^a parte), a cargo de Gabriel ADRIASOLA, Jorge RIVERA y FLORENCIO Macedo.

* Alumno de quinto año de la Universidad Católica del Uruguay.

2. Recurriendo a su experiencia como profesor —sumergido profundamente en conocimientos teóricos— y como juez penal, PREZA busca ofrecer a sus estudiantes una obra que analice en la práctica, a partir de casos reales, los delitos más trascendentes y frecuentes en nuestro país.

Lo dicho se refleja en la dedicatoria: “A mis alumnos”, que vuelve a afirmarse en la introducción a la segunda parte del tomo primero y es algo poco frecuente en los autores que ejercen la profesión y se dedican a la docencia.

La obra del profesor Dardo PREZA brinda una gran cantidad de aportes, entre los cuales y a modo de ejemplo señalamos los siguientes:

a. Sin lugar a dudas el más trascendente es el que les deja a los estudiantes de Derecho, al brindar un análisis práctico de los tipos penales a través de hechos reales, haciendo que el estudio de la materia no se limite al examen de las figuras penales del código y de la doctrina, sino que se enriquezca con casos jurisprudenciales sobre ilícitos que *caen* diariamente en juzgados uruguayos. Estudiar de esta forma una figura penal facilita enormemente la comprensión del tema y, más aún, el ejercicio de la profesión.

Vienen al caso las palabras que pronunciaba el profesor italiano ZAGREBELSKY:

[...] no basta considerar el derecho de los libros, es preciso tener en cuenta el derecho de acción; no basta una validez lógica, es necesaria una validez práctica.¹

Como estudiante, creo que el estudio del derecho deber realizarse desde una perspectiva fáctica, porque, de hecho, el fin para el cual se estudia es principalmente el ejercicio de la profesión, y los conocimientos teóricos se adquieren para resolver conflictos de derechos que nacen de las conductas del hombre como ser social.

b. Otro aporte significativo es el esclarecimiento de determinadas conductas humanas que pueden colidir en diversas figuras penales; esto resulta muy útil para quienes comienzan su carrera judicial como magistrados, así como para los operadores jurídicos que se dedican a esta rama del derecho, con vistas a la solución de situaciones judiciales cotidianas.

3. Es preciso consignar, a su vez, que la obra del profesor PREZA presenta marcadas coincidencias con el modelo de enseñanza por competencias que ha adoptado la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay desde hace ya algunos años. Estas competencias fueron creadas para que los estudiantes puedan desempeñarse profesionalmente en el ámbito público y privado de mejor manera. Simplemente a modo de ejemplo, algunas

¹ ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, p. 122.

de estas competencias son: la capacidad de aplicar los conocimientos teóricos en la práctica y conocer, interpretar y aplicar las normas y los principios del sistema jurídico en casos concretos.

Es incuestionable que la obra del profesor PREZA se vincula y ajusta directamente con el método que ha tomado nuestra Universidad.

4. A efectos de ilustrar lo que viene de decirse, parece oportuno referir a dos pasajes de la obra. Nos remitimos por ejemplo al capítulo II de la segunda parte del tomo primero, páginas 150 y siguientes. Ese capítulo se titula “Delitos contra la propiedad’ (Título XIII del Código Penal)”. Como surge del nombre, refiere a las figuras penales que tienden a tutelar el bien jurídico *propiedad*.

El autor comienza por dar el concepto penal de propiedad desde una perspectiva constitucional, para luego detenerse en el análisis de varios delitos correspondientes al título XIII del Código (hurto, rapiña y sus diversas modalidades, copamiento, apropiación indebida, estafa, etcétera). Lo completa con ejemplos claros y casos reales de cada figura. Me detengo en un caso práctico del delito de estafa.

Preza introduce el tema transcribiendo la conducta tipificada por el Código Penal, en el artículo 347; luego estudia los medios típicos del delito y los caracteres psicológicos más salientes del estafador, logrando que el lector se haga un perfil del delincuente. Posteriormente narra cuatro casos de lo que él también llama “el vulgar cuento del tío”.

Uno de los ejemplos es el de Pedro, un sujeto que se presenta como heredero de un tío que vivía en los Estados Unidos. Nos lo cuenta así:

[...] Pedro se instala en un hotel del centro. Pide una guía y se comunica con un abogado, el que es recibido por Pedro en la sala del hotel; allí plantea al profesional, lo siguiente: dos cosas. Que le consiga un negocio, pues quiere comprar un bar ubicado en las inmediaciones del kilómetro cero de Montevideo y la segunda: que el abogado le pague el hotel, hasta que cobre la herencia millonaria. Incentivado por los “suculentos honorarios” que cobrará más adelante, el abogado se hace cargo de hospedaje y conecta a Pedro con un comerciante del centro, dispuesto a vender el bar de su propiedad. Con la promesa de que pronto cobrará su herencia millonaria, Pedro concurre todos los días al comercio, con la apariencia de ser el nuevo propietario: es tan convincente en su papel que los empleados ya lo tratan como el nuevo patrón. Se aproximan las fiestas de fin de año y entonces el 15 de diciembre, aprovechando que este día no está en el bar el propietario, le plantea al encargado: “Tengo tantos compromisos con amigos, que debo tener una atención con ellos”. Entonces ordena: “Bájame de ese estante veinte botellas de whisky, marca Old Parr”. Otro empleado le carga las botellas en la valija del auto BMW que previamente había alquilado... No lo vieron más, hasta que lo encontró la policía dos meses después [...].

5. En conclusión, la obra del profesor PREZA constituye un aporte de significativa importancia para los estudiantes, los operadores del derecho y los magistrados, por el propósito perseguido, que es llevar la teoría a la práctica a través de casos reales. De esta manera se facilita enormemente el ejercicio de la práctica profesional y permite una mejor aplicación de los conceptos y fundamentos teóricos adquiridos en el estudio de esta disciplina. En mi opinión, facilita también la unificación de criterios jurisprudenciales, lo que puede producir una mayor seguridad jurídica.

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, mayo de 2012.

