

# Revista de Derecho



# REVISTA DE DERECHO

2.<sup>a</sup> época. Año 7. N.º 7 - DICIEMBRE 2012

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:

© 2012 UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DEL URUGUAY  
8 de Octubre 2738- CP 11.600, Montevideo,  
Uruguay.  
Tel. +582487 2712- Fax. 2487 0323  
Internet: <http://www.ucu.edu.uy>  
Correo electrónico: [secinfor@ucu.edu.uy](mailto:secinfor@ucu.edu.uy)  
Depósito legal - Comisión del Papel  
Edición amparada por el Decreto 218/96  
Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

© 2012 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](mailto: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](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy) o a  
[mhanna@ucu.edu.uy](mailto:mhanna@ucu.edu.uy)

**Por canje:** Biblioteca P. Manuel Gutiérrez  
Semprún, SJ  
[canje@ucu.edu.uy](mailto:canje@ucu.edu.uy)

**Editora: Marta Hanna de Rosa**  
(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

### COMITÉ EDITORIAL

**Carlos Barbé Delacroix**, Decano  
(Universidad Católica del Uruguay,  
Uruguay)

**Augusto Durán Martínez**  
(Dpto. Derecho Administrativo,  
Universidad Católica del Uruguay,  
Uruguay)

**Carlos De Cores**  
(Dpto. Derecho Civil, Universidad  
Católica del Uruguay, Uruguay)

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

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

**Raúl Cervini**  
(Dpto. Derecho Penal, Universidad  
Católica del Uruguay, Uruguay)

**Water Guerra**  
(Dpto. Derecho Procesal, Universidad  
Católica del Uruguay, Uruguay)

### COMITÉ CIENTÍFICO

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

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

Amadeo Ottati (*Universidad Católica  
del Uruguay, Uruguay*)

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

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

Carlos Antonio Nedel (*Unisinos, Brasil*)

Carlos Delpiazzi (*Universidad de la  
República; Universidad de Montevideo,  
Uruguay*)

Cecilia Fresnedo (*Universidad Católica  
del Uruguay, Uruguay*)

Didier Operti (*Universidad Católica del  
Uruguay, 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*)

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

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

Ian Woischnik (*Fundación Konrad  
Adenauer, 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 (*Universidad Católica del 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 (*Suprema Corte de Justicia, Uruguay*)

Loretta Ortiz (*Universidad Iberoamericana, México*)

Luca Mezzetti (*Universidad de Bologna, Italia*)

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

Luis Fernández De La Gándara (*Universidad Complutense, España*)

Luis Fernando Álvarez (*Universidad Javeriana, Colombia*)

Marc Lacoursière (*Universidad Laval, Canadá*)

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

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

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

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

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

Pierre Lemieux (*Universidad Laval, Canadá*)

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

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*)

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

Mabel Rivero (*Universidad Católica del Uruguay, Uruguay*)



**AUTORIDADES DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE  
URUGUAY**

**Mons. Dr. NICOLÁS COTUGNO  
FANIZZI SDB**  
*Gran Canciller*

**P. Dr. JUAN JOSÉ MOSCA SJ**  
*Vice Gran Canciller*

**P. Dr. EDUARDO CASAROTTI SJ**  
*Rector*

**Dr. ARIEL CUADRO**  
*Vicerrector Académico*

**Cr. OMAR PAGANINI**  
*Vicerrector Administrativo*

**P. Dr. ÁLVARO PACHECO SJ**  
*Vicerrector del Medio Universitario*

**Dra. SANDRA SEGREDO**  
*Secretaría General*

**FACULTAD DE DERECHO**

**Dr. CARLOS BARBÉ  
DELACROIX**  
*Decano*

**Dra. MARÍA JOSÉ BRIZ**  
*Secretaría Académica*

**Dr. MARIO SPANGENBERG**  
*Coordinador Carrera de Abogacía*

**Prof. Esc. BEATRIZ RAMOS**  
*Coordinadora Carrera de Notariado*

**Dra. MARIELLA SAETTONE**  
*Coordinadora Diplomados en Derechos  
Humanos*

**Dra. MARTA HANNA DE ROSA**  
*Coordinadora*

**Dra. NATALIA LARROSA**  
*Coordinadora*

**Índice**

**DOCTRINA**

Aporte del *Tomographic Approach* para un adecuado  
tratamiento legal de la criminalidad económica  
contemporánea

CONTRIBUTION OF THE TOMOGRAPHIC  
APPROACH FOR A PROPER LEGAL  
TREATMENT OF CONTEMPORARY  
ECONOMIC CRIME

*Raúl Cervini* ..... 11

La fragmentación de la teoría general del contrato  
en el anteproyecto de Código Civil y Comercial  
de la República Argentina de marzo de 2012

THE FRAGMENTATION OF THE GENERAL  
THEORY OF CONTRACT IN THE DRAFT  
CIVIL AND COMMERCIAL CODE  
OF THE ARGENTINE REPUBLIC  
OF MARCH 2012

*Carlos De Cores* ..... 65

Arbitraje internacional: presencia y evolución  
en el ámbito jurídico uruguayo

INTERNATIONAL ARBITRATION:  
PRESENCE AND EVOLUTION  
IN THE URUGUAYAN LEGAL FIELD

*Cecilia Fresnedo de Aguirre* ..... 115

Programas de computación:  
responsabilidad civil por violación  
a los derechos de autor

COMPUTER PROGRAMS: CIVIL LIABILITY  
FOR VIOLATION OF COPYRIGHT

*María de Monserrat Guitart Pigullém* ..... 153

Retórica del discurso jurídico

RHETORIC OF LEGAL DISCOURSE

*Gerardo Ribeiro* ..... 203

**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*

**Dr. RAÚL CERVINI**

*Departamento de Derecho Penal*

**Dr. WALTER GUERRA**

*Departamento de Derecho Procesal*

**Dra. MABEL RIVERO**

*Área de Derecho de Familia*

**Pbro. Dr. GABRIEL GONZÁLEZ**

*Área de Humanidades*

Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos  
familiares

ABOUT FAMILY LAW AND THE FAMILY  
LEGAL BUSINESS

*Mabel Rivero de Arhancet ..... 227*

Familia y responsabilidad civil:

reflexiones sobre la responsabilidad de los padres  
respecto de sus hijos y respecto de los terceros,  
en Italia

FAMILY AND CIVIL LIABILITY:  
REFLECTIONS ON THE RESPONSIBILITY  
OF PARENTS FOR THEIR CHILDREN,  
AND WITH RESPECT TO THIRD PARTIES,  
IN ITALY

*Flavio Tovani..... 249*

**RECENSIONES**

John FINNIS, Natural Law and Natural Rights ..... 269

Milagros OTERO PARGA y Roberto IBÁÑEZ MARIEL  
(editores),

Los argumentos de la argumentación jurídica ..... 274

A. PÉREZ RAMOS, C. PONS-ESTEL TUGORES

y M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ,

Patología del consentimiento matrimonial.

Rota Romana: Jurisprudencia 1990-2005 ..... 277

**INFORMACIÓN**

Reglamento de la *Revista de Derecho* de la Universidad

Católica del Uruguay..... 283



# DOCTRINA

---



# Aporte del *tomographic approach* para un adecuado tratamiento legal de la criminalidad económica contemporánea\*

Contribution of the tomographic approach for a proper legal treatment of contemporary economic crime

*Raúl Cervini*\*\*

Universidad Católica de Uruguay, Uruguay,  
<rcervini@guyer.com.uy>

**RESUMEN.** El autor parte de la idea de que solamente tras una revisión metodológica integral que permita un conocimiento adecuado del hecho o actividad económica considerada como crítica se podrá abordar con éxito su tipificación penal, será viable su aprehensión, interpretación y la aplicación de las normas establecidas. El campo donde esta realidad resulta más evidente es el de la extra- o macrocriminalidad económica. Esta se define y se plantean los problemas inherentes a su determinación. Se esbozan los dos criterios básicos e inevitablemente complementarios de apreciación de la referida macrocriminalidad económica: los análisis denominados *clínico-sintomatológico* y *tomográfico*. Dicho esto se profundiza en el estudio de cada uno de los síntomas exteriores propios del análisis *clínico sintomatológico*, a saber: la transnacionalización, el abuso de la posición dominante, la apariencia de legalidad y el funcionamiento de los llamados *networks* ilícitos, la sobredimensión del daño, la mutabilidad, el carácter

---

\* Este artículo —con algunos cambios— integrará el *Libro Homenaje 50 Aniversario de la Universidad San Martín de Porres*.

\*\* Catedrático de Derecho Penal, profesor de posgrado y director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor efectivo (grado 4) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretario general para América Latina y segundo vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS.

difuso de las víctimas y la impunidad. A continuación se reflexiona sobre el criterio de análisis tomográfico, su concepto, los supuestos del modelo y el estudio de casos concretos. Acto seguido se aborda la trascendencia dogmática del criterio metodológico empleado, con especial referencia a la forma de tipificación penal, la necesaria concreción o clara reconocibilidad del bien jurídico, la restricción de las figuras de peligro, la pretensión de penalizar a la persona jurídica, etcétera. El artículo termina con sugerencias sobre la forma de abordar la tipificación penal de los delitos económicos en un Estado democrático de derecho.

**PALABRAS CLAVE.** Delito económico. Macrocriminalidad. Macrodelincuencia. Transnacionalización de los delitos. *Networks* ilícitos.

**ABSTRACT.** The author based on the idea that only upon a comprehensive methodological review that allows an adequate knowledge of the fact or economic activity considered as criticism can address successfully its criminal offence, will be viable his apprehension, interpretation and application of the rules laid down. The field where this reality is most evident is the extra or macro economic crime. This is defined and the problems inherent to its determination. Outlines the two core and inevitably non-criteria of assessment of the aforementioned economic macro-criminalidad: the so-called "clinical symptoms" and "CT" analysis. Saying this will deepen the study of each of the own analysis "clinical symptoms" of external symptoms, namely: the transnationalization, abuse of dominant position, appearance of legality and functioning of the so-called illegal networks, over-size damage, mutability, diffuse nature of the victims and impunity. Then reflect on the criterion of "CT" analysis, its concept, assumptions of the model and case studies. He then discusses the dogmatic importance of methodological criteria used, with special reference to the form of criminal offence, the necessary realization or clear recognizability of the legal right, restriction of the figures of danger, the claim for penalising the legal person, etc. The article ends with suggestions on how to address the criminalization of economic crime in a democratic State of law.

**KEYWORDS.** Economic crime. Macrocriminalidad. Macrodelincuencia. Transnacionalización of the offences. Illicit networks.

## 1.

---

### PLANTEOS INTRODUCTORIOS

**1.** La investigación de las ciencias jurídico-penales debe traducirse necesariamente en una actividad tendiente a conocer más sobre el fragmento del entorno social alcanzado por la norma y el impacto que tenemos sobre él. Como en toda ciencia, también en el campo jurídico penal el proceso de investigación requiere el cultivo de una renovada valoración de los preceptos metodológicos sobre los que se basa su trabajo. Solo una metodología apropiada al objeto de análisis permite ese proceso de descubrimiento intelectual que tiene el potencial de transformar nuestro conocimiento y la comprensión del mundo que nos rodea, posibilitando una cristalización normativa democrática idónea de los conflictos sociales entendidos como más relevantes. Esta premisa general adquiere especial importancia en el crítico campo del derecho penal económico-financiero.

**2.** Precisamente, la frecuente impunidad de las formas más gravosas de criminalidad económica está vinculada, entre otras causas, a una clara insuficiencia metodológica de los diferentes segmentos del sistema penal. Esta carencia se pone de manifiesto en todas las instancias de su disfuncionalidad. Desde el momento inicial de la selección abstracta normativa por el legislador surge con evidencia que este no cuenta, por lo general, con una formación integral idónea para desentrañar con la profundidad necesaria la complejidad operativa de los variados procesos económico-financieros que pretende regular. Este mismo tipo de falencias se repite —en mayor o menor medida— en el ámbito administrativo y alcanza a todos los agentes institucionales y privados del sistema judicial. Se trata de una realidad que, con los matices del caso, se viene constatando desde hace décadas a escala universal. En atención a ello, desde diferentes ámbitos académicos internacionales, por lo

general multidisciplinarios, se vienen propiciando ideas innovadoras en el campo metodológico, todas ellas conducentes a facilitar un más adecuado acercamiento y conocimiento de los procesos y mecanismos económicos más complejos por parte de todos los operadores del sistema penal.<sup>1</sup>

**3.** En ese contexto renovador, el ámbito sofisticado de la macodelincuencia económica resulta particularmente propicio —tanto por la urgencia que impone su agresividad como por la naturaleza técnica de sus procesos— para implementar esas imprescindibles renovaciones metodológicas. Este ámbito sirve para evidenciar las virtudes y limitaciones del método clásico de aproximación a estos procesos, que llamamos *método clínico*, y también las grandes ventajas y aparentes complejidades inherentes al *método tomográfico*. Finalmente, es un campo muy propicio para comprender que las dos metodologías de acercamiento de la macodelincuencia económica mencionadas no son de modo alguno contrapuestas, sino sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural, analizada sucesivamente desde sus síntomas exteriores (carácter transnacional, abuso de la posición dominante, apariencia de legalidad, sobredimensión del daño, mutabilidad, carácter difuso de la víctima, impunidad) y desde la intimidad de los propios mecanismos económicos. El primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva estructural, sirve para visualizar en su conjunto la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal. El segundo resulta idóneo para detectar, a partir de un adecuado conocimiento del objeto y de modo preventivo, el posible ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía.

**4.** Por otra parte, priorizar la especialización en el análisis de la macro- o extracriminalidad económica constituye de por sí un imperativo de la realidad contemporánea.

---

<sup>1</sup> Cf. Sergio MOCCIA, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 56; ídem, “Riflessioni di politica criminale e di tecnica della legislazione per una riforma del diritto penale tributario” en *Annali dell’Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Salerno, 1993; Andrea CASTALDO, “Informe sobre la criminalidad organizada en Europa”, preparado por encargo de la Secretaría Ejecutiva de la Comunidad, Bruselas, 2006, Doc. CSD-76/05, pp. 36 ss.; Piero L. VIGNA, “Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado”, en Guillermo J. YACOBUCCI (coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires: Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales, 2005, p. 179 ss.; Andrea CASTALDO y Marco NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padua: Cedam, 2010, pp. 130 ss.; Andrea CASTALDO, “Obblighi antiriciclaggio e categorie professionali coinvolte: le novità del D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56”, en *Diritto e Prática nella Società*, n.º 9, 2004, p. 16; Marco NADDEO, “Obblighi antiriciclaggio per gli avvocati: i profili Della c.d. collaborazione attiva”, en *Società*, abril de 2007, p. 27. También sobre renovación metodológica véase Raúl CERVINI, “Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica”, en *Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Revista Brasileña de Ciencias Criminales*, año 3, n.º 11, julio-setiembre de 1995, y “Nuevas formas de macodelincuencia económica. Abordaje metodológico”, en Ricardo LENZ (ed.), *Ensayos penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza*, Porto Alegre, 2003.

Según datos recientemente actualizados, cuantitativamente, el 92% de los delitos conocidos siguen siendo convencionales y de poca monta (bagatela y/o dañosidad media).<sup>2</sup>

Cualitativamente, el 8% restante de la criminalidad estadística representa el 76% del daño general provocado por las conductas definidas como delictivas, evaluado en términos constantes.<sup>3</sup> Dejando provisoriamente de lado la cifra negra y la cifra dorada de la criminalidad económica, los datos resultan igualmente impactantes. Un gran fraude a las subvenciones detectado en Francia a fines del año 2001 representó un monto equivalente a dos mil delitos convencionales contra la propiedad ocurridos en el mismo año,<sup>4</sup> y la Megaoperación Casablanca de lavado de activos representó un monto económico equivalente al de todos los hurtos y atracos contra personas físicas ocurridos en Estados Unidos durante los cuatro años anteriores.<sup>5</sup> Aún más categórico: hace diez años fuimos testigos de que el embate especulativo de grupos especializados sobre determinadas monedas es susceptible de llevar a su virtual devaluación y a un incremento exponencial del correspondiente riesgo país. En épocas más recientes, aun antes de la crisis global de los mercados, como síntomas evidentes de que el sistema de controles públicos y privados se mostraba crecientemente inefectivo e insuficiente, el mundo padeció el vaciamiento de grandes empresas, procesos de insolvencia largamente programados y especulación descontrolada en el ámbito del sistema de seguros.

Las autoridades públicas y corporativas de todo el mundo conocen en carne propia la potencialidad del daño y la virtual impunidad de especialistas aparentemente aislados de todo control que detentan el dominio funcional-operativo del ciberespacio financiero. Ante este tipo de agresión a las economías nacionales e internacional, todo esfuerzo comparativo con la dañosidad atribuida a la delincuencia convencional trasuntará siempre un sentimiento de grotesca impotencia.

---

<sup>2</sup> Entendemos por delito económico (convencional) es una modalidad de desviación cimentada en las condiciones ópticas de la estructura social, tipificada penalmente, es decir, que se inscribe dentro del fragmento de situaciones jurídicas alcanzadas por la norma de conducta contenida en el tipo penal objetivo, mediando un proceso de legitimidad democrática y exacta determinación del bien jurídico penalmente tutelado, con el fin de proteger las personas concretas y su entorno social. Esta modalidad se traduce en la realización por un agente económico de un comportamiento ilícito u objetivamente abusivo normativamente disciplinado, y ello respecto del normal funcionamiento de las leyes y/o mecanismos ordinarios de la economía (cerrados), que afecta un interés patrimonial individual y/o pone en peligro el equilibrio del orden económico de un colectivo determinado.

<sup>3</sup> Datos extraídos de Informes UNICRI-CINAF, documentos MCC-105/06, MCC-130/07, MCC-162/08 y MBC-105/09, MCG/TN112/10 y el MCC 76/11 correspondientes a los años 2006-2011, Roma. Cf. Juan María TERRADILLOS BASOCO, "Sistema penal y empresa", en Juan María TERRADILLOS BASOCO y María ALCALE SÁNCHEZ (coords.), *Nuevas tendencias en derecho penal económico*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008, p. 16.

<sup>4</sup> Stephane BACRIE, *Reporte sobre criminalidad europea*, Documento BV/78-01 Consejo Consultivo ICEPS, Nueva York, 2001.

<sup>5</sup> RUGGERO-FLECK MOYANO, *Informe Melbourne*, Londres: Superior Institute of London, Doc. CB.6/2000. y CB 156/2006.

5. En atención a lo señalado, nuestra exposición versará sucesivamente sobre las siguientes cuestiones: ámbito de la macro- o extracriminalidad económica (2), idea general sobre una metodología de aproximación a ella (3), exposición sobre el sistema de análisis clínico sintomatológico y sus notas características (4), exposición sobre el sistema de análisis tomográfico de los mecanismos económicos (5), comentarios sobre la trascendencia técnica dogmática del criterio metodológico (6) y, finalmente, sugerencias sobre la forma de abordar la tipificación de los macodelitos económicos en un Estado de derecho (7).

## 2.

### ÁMBITO DE LA MACROCRIMINALIDAD ECONÓMICA

1. Anticipándose a su tiempo, hace más de cuarenta años, Roberto LYRA fue de los primeros en señalar y caracterizar la macrocriminalidad económica como un abanico de formas de delincuencia socioeconómica muy perfeccionadas, de enorme dañosidad social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían tipificadas en la ley penal. Agregaba finalmente que en el hipotético caso de encontrarse previstas en la norma penal, esas tipificaciones se realizaban normalmente en forma inadecuada, dando la sensación de que “las autoridades no quieren o no pueden alcanzarlas”.<sup>6</sup> Sus observaciones reflejaban una aproximación criminológica sumamente certera que, pese al tiempo transcurrido, mantiene clara vigencia, incluso confrontada con posteriores pesquisas y elaboraciones doctrinarias.<sup>7</sup> En el decurso de este trabajo, al analizar las notas definidoras de la macrocriminalidad económica, haremos referencia a esos filtros del sistema penal que engendran y recrean precisamente tan intolerable vulnerabilidad.

2. En el campo más reciente y revulsivo del derecho penal económico, el profesor norteamericano Louis W. SEVERIN, quien reúne la doble condición de abogado criminal y economista, reflexiona en este sentido:

<sup>6</sup> Roberto LYRA, *Criminología*, Río de Janeiro: Forense, 1964, pp. 59 ss.

<sup>7</sup> Lenio Luiz STRECK, *Hermeneutica jurídica e(m) Crise*, 3.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 36. Nos recuerda que en 1998 se publicó una interesante investigación realizada por la exprocuradora de la República, Ela VOLKMER DE CASTILHO, *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional* (Belo Horizonte: Del Rey, 1998). Sus resultados confirmaron los certeros juicios de LYRA. De la misma investigación surgió que entre 1986 y 1995 el Banco Central de Brasil solo presentó 682 denuncias por crímenes financieros. De ellos tan solo cinco resultaron con condena en la primera instancia en la justicia federal y otros nueve recibieron condenas de los tribunales superiores. La autora ilustra estas cifras manifestando que se estiman en más de dos mil los crímenes de cuello blanco que se cometen en Brasil anualmente.



[...] la macro- o extracriminalidad económica contemporánea [como él prefiere llamarla a fin de evitar equívocos] configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural que debe ser normativizada, aquella vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, a saber: los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios), los de transformación del capital en renta y de la renta en capital (mecanismos financieros y bursátiles), los de la circulación y aplicación de activos y finalmente los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los *commodities*, carteles, abusos al consumidor, etcétera).<sup>8</sup>

Los conceptos del profesor de Austin requieren, a nuestro modo de ver, ciertas precisiones terminológicas y conceptuales complementarias que hacen fundamentalmente a la teoría económica.

**2.1.** En ocasiones ciertos publicistas interesados en el campo de la delincuencia económica han conectado inadecuadamente la llamada *macrodelincuencia económica* con la *macroeconomía*, al tiempo que también han intentado asociar las manifestaciones de *microdelincuencia* con la *microeconomía*.<sup>9</sup> Ese paralelo analítico es científicamente inapropiado y supone un grueso error conceptual que imposibilita una comprensión global del tema que nos ocupa. Entendemos la macrocriminalidad económica como una modalidad de desviación estructural en cuya conformación inciden tanto factores económicos como sociales. Los primeros aluden a los mecanismos o resortes superiores de la economía; los segundos, a su ejercicio ilegítimo o abusivo.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Louis W. SEVERIN, *Recent developments in relation to economic crimes*, Austin: Ladel, 1991, pp. 42 ss. En el mismo sentido se pronuncia el autor en su artículo “The economic crime and its profits”, en *Law and Criminology Review*, vol. 12, n.º 3, University of Texas at Austin, School of Law, Austin, 1993, pp. 63 ss.

<sup>9</sup> Posición sostenida, entre otros, por Fernando BENILAR, *La criminalidad en cifras*, Fascículos del Círculo Bancario Bolivariano, vol. 3, La Paz, mayo-junio de 1991, p. 20; George RUBIN, *The conglomerate of crime*, Nueva York: Hamilton, 1989, p. 62.

<sup>10</sup> La *macroeconomía*, y consiguientemente la teoría macroeconómica, se ocupa del comportamiento, el equilibrio, la evolución y el ajuste de variables globales, entendidas estas como las que se refieren a fenómenos económicos en conjunto, normalmente relativas a un espacio económico delimitado económica o políticamente: una región o un país. Entre las variables de este tipo encontramos el ingreso nacional, el producto nacional, el nivel general de precios, el nivel de ocupación del total de la población, las exportaciones e importaciones totales, los impuestos recaudados globalmente por el gobierno, el *stock* monetario, etc. Por su parte, la *microeconomía* y su teoría, también conocida como teoría de los precios, se interesan en la conducta de los agentes económicos individuales (empresarios, consumidores, etc.) y de los resultados de esas conductas que se adoptan de acuerdo a determinados objetivos. No obstante estas diferencias conceptuales tan tajantes, es posible intentar —así lo hace, por ejemplo, la teoría del equilibrio económico general— una explicación de los valores y evolución de las variables globales a partir de la explicación de la determinación de los valores y evolución de las variables individuales. Esta flexibilización se encuentra en la base de los planteos de SEVERIN, cuyo concepto de *extradelincuencia económica* se alcanza con corte transversal a través de los mecanismos económicos, lo que le permite integrar variables macro- y microeconómicas en su análisis, evitando las limitaciones propias de un enfoque rígido.

**2.2.** La propuesta conceptual expresada también requiere una explicación adicional sobre el alcance técnico de la expresión *mecanismos económicos*.<sup>11</sup> A grandes rasgos podemos decir que la teoría económica adopta dos formas distintas: está hecha tanto de leyes económicas que expresan la relación funcional o causal de interdependencia de dos o más fenómenos económicos como de mecanismos económicos que expresan la cadencia cronológica de una serie de fenómenos (económicos) cada uno de los cuales obedece al anterior. Esos mecanismos económicos son entonces relaciones entre grupos de hechos de órdenes distintos; proceden de la observación pero se prestan al análisis cartesiano, al razonamiento y hasta al cálculo.<sup>12</sup>

En todo caso, los mecanismos pueden clasificarse en cerrados y abiertos. Los *mecanismos económicos cerrados* son aquellos que desembocan en un resultado de la misma naturaleza, si no de la misma fuerza, que el impulso inicial. Este resultado es, a su vez, el impulso inicial de un nuevo mecanismo parecido al precedente.<sup>13</sup> Se ven involucrados normalmente con las más variadas formas de criminalidad económica convencional. Los *mecanismos abiertos* —tan relevantes a efectos de nuestro análisis sobre extracriminalidad— son, en cambio, aquellos que desembocan en resultados de naturaleza distinta al del fenómeno inicial. Sin duda, este resultado puede ser, a su vez, impulso inicial de una cadena de fenómenos económicos, pero en respuesta a un impulso de naturaleza distinta, el mecanismo también será distinto, aunque siempre técnicamente predecible.

En teoría, ambos tipos de mecanismos resultan por distintos canales técnicamente susceptibles de desviaciones. En los hechos, la naturaleza de los fenómenos económicos involucrados conduce a pensar que las desviaciones de mayor gravosidad social tienden a concentrarse en el campo de los mecanismos abiertos. El número y la proyección de esos abusos estarán supeditados a definiciones técnicas, legislativas y prácticas. Dependerán tanto de la pertinencia científica, la especificidad y la coherencia preventiva de las normas regulatorias de dichos fenómenos económicos como del funcionamiento eficaz de los controles que se

---

<sup>11</sup> Sobre el tema véase Henri CULMANN, *Los mecanismos económicos*, Barcelona: A. Redondo, colección Beta, 1989, pp. 8 ss.; Jacques LECALLON, *Les mécanismes de l'économie*, 2.ª ed., París: Cujas, colección Initiation, 1972.

<sup>12</sup> Se puede decir que hay mecanismos económicos cuando, habiéndose producido un fenómeno inicial, se producen a su vez fenómenos de naturaleza distinta, sin nuevo impulso, en un orden determinado, que conducen a un resultado que se puede racionalmente conocer y consecuentemente prever. Que un mecanismo sea una serie de fenómenos económicos quiere decir que su conocimiento es esencialmente empírico, no implica ningún juicio de valor. Sin embargo, esta primera aproximación debe completarse. El hecho de que la constatación de un mecanismo no contenga lógicamente ningún rastro de apreciación valorativa no implica que la investigación de las condiciones o circunstancias de su funcionamiento no deba realizarse con toda la precisión deseable, pues solo a través de ese conocimiento minucioso de los mecanismos puede llegarse a la regulación eficiente de sus posibles desviaciones.

<sup>13</sup> Es el caso de los llamados *mecanismos no cuantificados* (ciclos económicos, proceso acumulativo) y de los cuantificados (efecto multiplicador y modelos de secuencia).

decida poner sobre ellos. Como veremos más adelante, este último aspecto estará a su vez directamente vinculado al perfeccionamiento profesional de los portadores del control.

**2.3.** La referencia a los mecanismos superiores de la economía no acota necesariamente el ámbito socioeconómico en el cual se cumplen estas manifestaciones extradelictivas. Frecuentemente se expresa que a medida que la tecnología progresa y aumentan las facilidades de comunicación y del transporte, en un conjunto armónico e indicativo del desarrollo global, también la criminalidad avanza en términos de técnica y sofisticación. De esta premisa se suele extraer una conclusión mucho más discutible: la macrocriminalidad, como actividad sistemática perfilada como una empresa para la consecución de actos ilícitos, está inexorablemente unida al desarrollo económico.

Es evidente que el desarrollo económico propicia las condiciones ideales para la eclosión de la macrocriminalidad, principalmente en el área económica, pero no puede sostenerse de modo alguno que las formas más gravosas de la delincuencia económico-financiera sean extrañas a las estructuras sociales subdesarrolladas. En materia de criminalidad económica y en términos de evaluación terminal de costos sociales, no puede científicamente afirmarse que en los países de menor desarrollo se sufre una criminalidad de carácter preponderantemente individual, empírica y asistemática, sin hacer una inmediata referencia complementaria de orden cualitativo; en caso contrario se presentará un cuadro deformado de la realidad. La simple observación actualizada de la experiencia latinoamericana alcanza para desterrar el preconcepto antes denunciado. Si ello no bastara, la propia Asociación Internacional de Seguridad Bancaria, en su *Cuaderno Estadístico* n.º 33, de febrero de 1995, ya constataba que los fraudes bursátiles y el ejercicio abusivo de las actividades de intermediación en valores “se ha incrementado sustancialmente debido al auge de las Bolsas en los países en vías de desarrollo”.<sup>14</sup>

SEVERIN confirma nuestra posición precisando:

[...] las formas de desviación estructural macroeconómicas no son, en absoluto, exclusivas de las economías desarrolladas. Muy por el contrario, es a su criterio en los países subdesarrollados donde cohabitan más frecuentemente las formas de desviación estructural propias de la marginalidad (cuantitativamente preponderantes) y estas otras propias de quienes detentan el manejo irregular de ciertos resortes del mercado (sin duda cualitativamente más significativas). Los porcentajes cuantitativos pueden variar en los países menos desarrollados, no así su significación social y económica, pues se encuentra en la esencia de la macrocriminalidad el volumen del daño.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> *Cuaderno Estadístico de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria*, n.º 33, Ginebra, febrero de 1995, p. 9.

<sup>15</sup> SEVERIN, *Recent developments...*, o. cit., p. 62.

Es más, puede sostenerse que —en lo que concierne a la extracriminalidad económico-financiera— muchos de nuestros países están expuestos a un mayor riesgo potencial. El desfase existente entre los niveles profesionales y técnicos de los operadores del control social y funcionarios encargados de la supervisión del sistema financiero y el que muestran algunos grupos delictivos sofisticados que operan en el área seguramente facilita y estimula (elemento agresividad) el emprendimiento de este tipo de acciones. También, y fundamentalmente en el ámbito de los macodelitos económicos, el desconocimiento engendra la impunidad y esta estimula las tendencias desviadas

**2.4.** Esta línea de razonamiento sirve para esclarecer —entre otros— el debatido tema de la objetividad jurídica en los delitos de lavado de dinero. En tal sentido interesa enfatizar que, en este contexto, el único bien jurídico razonablemente justificador de tutela penal en el caso del lavado de activos debería encontrarse en el normal funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos financieros y bursátiles, y todo ello en la medida en que tales mecanismos aparezcan afectados por un ejercicio ilegítimo u objetivamente abusivo. El citado SEVERIN, presidente internacional del ICEPS, ya advertía en 1970 que la protección penal debe tener por objeto un interés concreto y suficientemente definido, en todo caso referenciado a necesidades del individuo y a otras muy limitadas exigencias sociales que traducen la función de coordinar y equilibrar los conflictos. En tales circunstancias —expresaba—, resulta extremadamente forzado encontrar la objetividad jurídica de la legislación positiva sobre *money laundering* en la salud pública, en la administración de justicia, en la economía pública *lato sensu* o en la libre competencia. A su juicio resulta técnicamente apropiado concretar ese bien-interés normativamente valorado en el normal funcionamiento de los mecanismos económicos, cuyo ejercicio ilícito y objetivamente abusivo traduce instancias de macro- o extracriminalidad.<sup>16</sup>

El mismo autor observa que no debe confundirse el bien jurídico eventualmente tutelado con los efectos más notorios del delito de lavado. Por ejemplo, el profesor Donato MASCINDARO,<sup>17</sup> reconocido catedrático de la Università Luigi Bocconi, construye un modelo

<sup>16</sup> LOUIS W. SEVERIN, “Economics process and Criminal Law”, en *Law and Criminology Review*, vol. 2, n.º 4, University of Texas at Austin, School of Law, Austin, 1970, pp. 67 ss.

<sup>17</sup> DONATO MASCINDARO, *Banche e riciclaggio. Analisi economica e regolamentazione*, Milán: Edibank, 1994, pp. 38-45. El planteo de la fórmula es:  $Y = C + I + G + K^C - X^C$ . En su desarrollo, *Y* es la producción interna legal, que resulta igual a la demanda de bienes de consumo, *C*, y de bienes de inversión, *I*, procedente de los operadores privados legales, más la demanda de unos y otros llevada a cabo por el estado, *G*, más la demanda también de bienes de consumo y de inversión que hacen los operadores criminales,  $K^C$ , si bien a ello hay que restar la oferta que también los operadores criminales hacen de bienes de consumo y de inversión,  $X^C$ .

Como corolario del modelo debe entenderse que el consumo por parte de los operadores legales, tanto de bienes de consumo, *C*, como de inversión, *I*, es proporcional a la renta de la que estos dispongan, y lo mismo ocurre con los operadores criminales. Obvio es decir que la renta de la que disponen estos operadores criminales no puede ser utilizada sin someterla previamente a procesos de lavado que la hagan parecer lícitamente obtenida, de ahí la trascendencia del

matemático referido a los efectos del blanqueo de capitales en términos macroeconómicos de influencia sobre la producción legal. Este modelo se basa exclusiva y rígidamente en las llamadas *etapas del blanqueo*, sin tomar en cuenta las flexibilizaciones que impone la *teoría de la imagen desplegada (displayed image)* desarrollada hace pocos años por el maestro del Levine College of Law (University of Florida) Fletcher BALDWIN JR,<sup>18</sup> ni otras implicaciones derivadas del carácter estructural del delito.

Bien señala PALMA HERRERA<sup>19</sup> que esta tesis responde a una visión arquetípica del blanqueo de capitales, dividido en distintas fases que deben culminar siempre con la inversión de los bienes en actividades y negocios lícitos. Pero este modelo económicamente aséptico que encauza toda la actividad de blanqueo a la integración del capital maculado en empresas e inversiones no críticas no tiene en cuenta que hay ocasiones en que el blanqueo se canaliza por otros cauces y con otros propósitos; hay ocasiones en las que los capitales blanqueados serán empleados en insumos lícitos, en satisfacer gastos de colegio, gastos de enfermedades, compra de alimentos, etcétera, destinos en los cuales la lesión o puesta en peligro de la libre y leal competencia no aparece en entredicho. Volviendo al maestro SEVERIN: los efectos generalizados o prevalentes de determinadas actividades ilícitas no coinciden necesariamente con el bien jurídico que se trata de salvaguardar. Hay que conocer adecuadamente el cerne de la conducta desvalorada, en su plena exteriorización de resultados pero también es necesario conocerla en su contexto estructural, para definir adecuadamente los límites del *jus puniendi*, o sea, su objetividad jurídica.

**2.5.** Finalmente es importante reiterar que, en los delitos económicos convencionales, el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo normativamente disciplinado refiere preponderantemente al inadecuado funcionamiento (disfunciones) de los mecanismos económicos cerrados, mientras que en las formas de extra- o macrocriminalidad económica el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vinculará al inadecuado funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos. Ya hemos señalado en la nota número 2 lo que entendemos como delito económico convencional, a cuyos contenidos nos remitimos.

---

blanqueo de capitales. Esa renta de los operadores criminales les permite desarrollar una actividad productiva de bienes de consumo e inversión de carácter criminal,  $X^c$ , que genera una oferta cada vez mayor de estos, ya que, por todas las circunstancias más arriba expuestas, esa oferta es, económicamente, más ventajosa que la de los bienes de origen legal. Así, cuanto mayor sea la capacidad productiva criminal,  $X^c$ , gracias a las actividades de blanqueo de capitales, mayor será la oferta y, a su vez, la demanda de bienes de origen criminal, con lo que ello supondrá una disminución de la demanda de bienes legales como consecuencia de la cual caerá la producción legal. Por consiguiente y a tenor de lo expuesto, en esta concepción, es la libre competencia la que se ve afectada por las actividades de blanqueo de capitales.

<sup>18</sup> Fletcher N. BALDWIN JR., *The displayed image theory. The Economic Crime approach*, Gainesville: Merser, 2007.

<sup>19</sup> José Manuel PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Universidad Complutense, Instituto de Criminología, y Edersa, 2000, p. 266.

### 3.

## METODOLOGÍA DE APRECIACIÓN DE LA MACRODELINCUENCIA ECONÓMICA

1. *Aspectos generales.* Como se ve, una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macrodelincuencia económica requiere una evaluación estructural global lo suficientemente amplia como para que no se desentienda de la dinámica de los mecanismos económicos involucrados. Pero, más aún, la simple postura amplia no alcanzará a la hora de resolver en el plano teórico e incluso en la práctica ciertos problemas connaturales a los fenómenos macrodelictivos si no se comprende el funcionamiento real de los mecanismos superiores de la economía. Allí se encuentra el principal marco de referencia que, prudentemente conceptualizado, deberá ilustrar en primer término al legislador y luego al intérprete, llegado el momento de deslindar definitivamente en ese campo los límites del *jus puniendi*, la conducta ilícita de aquella lícita o meramente elusiva. En otras palabras, distinguir claramente el recurso típico, atípico o eventualmente abusivo de los citados mecanismos económicos.

Se ha señalado que un conocimiento profundo de esos mecanismos superiores de la economía puede alcanzarse —tomando prestados términos de la ciencia médica— a través del análisis clínico-sintomatológico de aquellas aristas que definen a las desviaciones macroeconómicas, reflexionando en el sentido de que *por sus frutos lo conocerás*. Evidentemente, una descripción acabada de las notas que singularizan a las desviaciones de un mecanismo pueden ayudar a comprenderlo, principalmente si se procede con espíritu crítico.

2. Desde el ámbito de la teoría económica se sugiere una metodología diferente. Se dice que será más complejo pero indudablemente más provechoso revertir el enfoque y profundizar en el conocimiento de los propios mecanismos económicos. Este enfoque metodológico opera como un análisis tomográfico de dichos mecanismos (*tomographic approach*) para detectar a partir de ellos los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad de todo el sistema.<sup>20</sup>

Hemos sostenido en trabajos anteriores que la criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) es simplemente un subproducto estructural. Por ello pensamos

---

<sup>20</sup> Sobre aspectos metodológicos ver Raúl CERVINI, “Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica”, en *Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Revista Brasileña de Ciencias Criminales*, año 3, n.º 11, julio-setiembre de 1995, y “Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico”, en Ricardo LENZ (ed.), *Ensayos penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza*, Porto Alegre, 2003.

que estas notas características de la macrodelincuencia se vinculan tanto a las estructuras del quehacer económico como a las del control social formal. La realidad las exhibe íntimamente compenetradas, a tal punto que los grados de desviación abusiva de los mecanismos económicos están, en mayor o menor medida, asociados a los niveles de eficacia del control; consecuentemente, no pueden comprenderse acabadamente las disfunciones de este último sin conocer de modo íntimo la mecánica de los primeros.

## 4

### ANÁLISIS CLÍNICO-SINTOMATOLÓGICO DE LA MACRODELINCUENCIA ECONÓMICA

**1. Planteo.** Hecha esta salvedad, pasamos a referirnos en primer término a las características de la macrodelincuencia económica. Estudiaremos en este momento *sus síntomas exteriores*, pero nuestro interés no estará acotado a una visión meramente descriptiva y periférica del fenómeno. Ya desde este primer nivel de acercamiento se impone una perspectiva de análisis global. En caso contrario, el esfuerzo será siempre estéril.

Posteriormente, abordaremos el mismo fenómeno de extradelinquencia a partir del funcionamiento de los propios mecanismos económicos. Nuestra aspiración es tender ciertas líneas metodológicas que permitan arribar a un concepto mínimamente integrado y funcional de la macrodelincuencia económica, acorde a su proclamada naturaleza estructural.

**2. Transnacionalización.** En ese complejo contexto debemos resaltar el incremento de actos delictivos caracterizados por una suerte de ubicuidad en el despliegue de su proceso ejecutivo, que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Esta transnacionalización es sin duda —en la faz operativa— la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia.

El crimen organizado de carácter transnacional, como bien ilustra Elgio RESTA,<sup>21</sup> rompe el circuito de validez y eficacia de las normas, por cuanto se establece fuera de su alcance ya que, usando el lenguaje de la cibernética, *un sistema no puede sobrepasar sus propios límites*.

---

<sup>21</sup> Elgio RESTA, “Relato sobre aspectos sociales”, en Congreso de la Defensa Social de Argentina, Buenos Aires, 1986, p. 7; cf. RISSI, Eduardo Mario, *La transnacionalización en la sociedad contemporánea*, México: Jasil, 1991.

Por nuestra parte, hemos señalado antes que la criminalidad organizada, principalmente la de carácter empresarial, no solo traspasa las fronteras nacionales sino que las utiliza, precisa y deliberadamente, para alcanzar sus fines funcionales y operativos, tanto para: a) maximizar los lucros operativos emergentes de sus diversas focalizaciones jurisdiccionales; b) dificultar la apreciación de su real entramado corporativo; c) alejar la motivación subyacente de los actos de la cúpula respecto de las unidades empresariales satélites; d) compartimentar esas mismas directivas difusas entre la cúpula y contadas personas de la unidad concreta instrumental, haciendo inviable la apreciación del conjunto (integral) de esas políticas corporativas (lícitas o ilícitas), por parte de aquellos apartados de su planificación y/o ejecución; e) diluir la responsabilidad de quienes abusan de la posición dominante, y f) finalmente lograr mayor grado de impunidad.<sup>22</sup>

En este tipo de casos, la policía, como el derecho penal al cual sirve, está delimitada por el principio de territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad, y toda intromisión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano. Estas dificultades se acrecientan en el marco de la internacionalización del acontecer económico, dice TIEDEMANN. Agrega que la magnitud y la potencia financiera de los grandes consorcios “les confiere un enorme poder que, como todo poder, sea político, económico o de otra naturaleza, induce al abuso”, y el único que puede hacer frente a ese poder es el derecho penal, “para prevenirlo dentro de lo posible o, en todo caso, castigarlo posteriormente”.<sup>23</sup> Constituye a su juicio el medio idóneo llamado a hacer frente a los excesos de las transnacionales.

Así las cosas, los delitos financieros internacionales, los descalabros de bancos, los delitos tributarios, el quebrantamiento de las disposiciones sobre moneda extranjera y hasta el propio blanqueo del *dinero sucio* producto de las actividades de los traficantes, como delitos a distancia, adquieren mayor grado de eficacia y están más a salvo de la acción del sistema penal.

La acción policial y judicial se enfrenta en estos casos con problemas específicos, tanto en el terreno de los hechos como en el jurídico, cuando hay que tomar la declaración a un

---

<sup>22</sup> Luiz Flavio GOMES y Raúl CERVINI, *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*, 2.ª ed., San Pablo, Revista Dos Tribunais, mayo de 1997, pp. 271 ss; Raúl CERVINI, “Alternativas metodológicas para una adecuada comprensión y tipificación de la criminalidad económico-financiera”, en Ramiro R. RUBINSKA y Daniel SCHURJIN ALMENAR (coords.), *Derecho penal económico*, tomo I, Buenos Aires: Bosch, 2010; Stephane BACRIE y Raúl CERVINI, “Repport: Convention contre la criminalité transnationale organisée”, realizado a pedido del relator de la Comisión de Asuntos Extranjeros del Senado de Francia, senador Dr. André Rouvière, *Repport*, n.º 200, París, 31 de enero 2001.

<sup>23</sup> Klaus TIEDEMANN, *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona: Ariel, 1985; ídem, “Apresentação crítica” de la obra *Crimes contra a ordem economica*, de João Marcello ARAUJO JUNIOR, San Pablo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 1-14.



testigo en el extranjero o realizar cualquier otro acto de investigación o diligencias sumarias. Las diferencias que a menudo existen entre las legislaciones de los países contribuyen a acentuar el problema.

Precisamente, para abarcar conceptualmente todo este movimiento de medios y recursos destinados a combatir las manifestaciones transnacionales de la delincuencia frecuentemente organizada, a superar las dificultades fácticas de una investigación de esta naturaleza e incluso aquellas derivadas de los desajustes normativos de las leyes de diferentes naciones, TRAVERS acuñó en 1925 la expresión *entreayuda penal (l'entraide)*,<sup>24</sup> para ROUX, *l'entre'aide*,<sup>25</sup> también conocida posteriormente entre algunos autores americanos como *extrayuda penal*,<sup>26</sup> como significativa de los diversos tipos de colaboración que crecientemente se prestan en la actualidad los Estados entre sí, sin mengua alguna de sus respectivas soberanías.

El citado ROUX creía advertir tres formas de auxilio recíproco: el policial, el judicial y el legislativo.<sup>27</sup> Modernamente se reconocen dos formas de asistencia o cooperación internacional en materia penal:<sup>28</sup> la administrativa, que es fundamentalmente policial pero que puede tener otras expresiones no necesariamente conectadas con la policía, y las variadas formas de cooperación judicial penal internacional,<sup>29</sup> que pueden esquematizarse descriptivamente, siguiendo las enseñanzas de POLIMENI, como un conjunto de actividades procesales (cuya proyección no se agota en las simples formas), regulares (normales), concretas y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales (competentes) en materia penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que confluyen (funcional y necesariamente) en el plano internacional, en la realización de un mismo fin que no es sino el desarrollo (preparación y

---

<sup>24</sup> Maurice TRAVERS, "Les effets internationaux des jugements répressifs", en *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, t. 4, París: Hachette, 1925, p. 430.

<sup>25</sup> Jean-André ROUX, "L'entraide des Etats dans la lutte contre la criminalité", *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, t. 36, París: Librairie du Recueil Sirey, 1932, t. 36, pp. 80 ss. Para este autor, la entreayuda requiere una doble condición: primero, un sentimiento de cortesía existente entre las naciones civilizadas y, segundo, el sentimiento de que los criminales no constituyen solamente un riesgo nacional sino también un peligro internacional.

<sup>26</sup> William CLIFFORD, "The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners", en *Proceedings of the 66<sup>th</sup> Annual Meeting of the American Society of International Law, American Journal of International Law*, vol. 66, n.º 4, setiembre de 1972, p. 134.

<sup>27</sup> ROUX, o. cit., p. 87.

<sup>28</sup> Cf. Paul-Emile TROUSSE, "Quelques aspects de la collaboration des Etats dans l'administration de la justice répressive", en *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruselas, 1968, p. 11; Frank STORDAHL, "Modalidades de extrayuda penal internacional", conferencia pronunciada durante el 2.º Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales, Universidad del Estado de Florida, Levin School of Law, mayo de 1991, Doc. Bc45-3, p. 26; Guillermo J. FIERRO, *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 208.

<sup>29</sup> Sobre cooperación penal internacional véase Raúl CERVINI y Juarez TAVARES, *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, San Pablo: Revista dos Tribunais, 2000; João Marcello de ARAUJO JUNIOR, Louis W. SEVERIN, Raúl CERVINI, Juarez TAVARES y otros, *Curso de cooperación penal internacional*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, ISIEC (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), 1994.

consecución) de un proceso (principal) de la misma naturaleza (penal), dentro de un estricto marco de garantías (acorde al diverso grado y proyección del auxilio requerido).<sup>30</sup>

En esta materia muchas veces, principalmente tratándose de investigaciones de macrodelitos económicos con connotaciones externas, los exhortos carecen de toda precisión en su contenido. Se saca la impresión de que el juez exhortante no sabe lo que quiere o, lo que es peor, no le interesa que su rogatoria pueda diligenciarse eficientemente. Solo un conocimiento técnico acabado de lo que se pretende proteger, de lo que se desea investigar y de cuáles son las formas más idóneas para hacerlo permitirá precisar al detalle las pruebas o diligencias solicitadas en instancias de cooperación penal internacional. Solo mediando esa concreción es factible una asistencia judicial internacional efectiva.

Ya expresamos en trabajos anteriores que el debate, en lo que refiere al alcance de la cooperación judicial penal internacional, estaba basado en un falso dilema. En torno a ello concuerdan varios autores contemporáneos de primera línea. La admisibilidad o improcedencia jurídica de un instituto de tanta trascendencia como es la cooperación judicial penal internacional, advierte PITTARO, no se puede fundamentar en un extremismo en términos de *ocho u ochenta*. No se trata de cooperar de cualquier modo ni tampoco de abstenerse de hacerlo por principio.<sup>31</sup>

Surge entonces naturalmente una pregunta obligatoria: ¿cómo se pueden amalgamar los aspectos garantistas de la tesis restrictiva con la necesaria solidaridad internacional que inspira a la tesis amplia jusprivatista? La respuesta, a nuestro juicio, debe encontrarse en la propia estructura de interacción procesal funcional entre las jurisdicciones de los diferentes Estados comprometidos en niveles de asistencia penal.

Toda alternativa cooperacional se estructura en tres planos fundamentales que deben mantenerse en constante tensión dinámica. Eso se debe reflejar en una necesaria tensión entre los intereses de una eficaz cooperación jurídica internacional, en equilibrio con el reconocimiento jurídico formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos involucrados y de los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el cumplimiento de instancias cooperacionales.

Tradicionalmente, atendiendo al hecho de que la cooperación nace de los Estados y encuentra su reconocimiento originario en el derecho internacional público, solamente se tuvieron en cuenta las partes formales de la cooperación judicial penal internacional: los

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>31</sup> Paulo PITTARO, "Tutele Procedurali e Requisitti in Materia Penale", ponencia a la Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencia Criminal, Siracusa, diciembre de 1989, p. 6.

Estados. Hoy en día, a través de un enfoque integrado, los penalistas reivindican la consideración de las partes sustanciales de esas mismas instancias de auxilio: los Estados y los ciudadanos.

Ciertas abstracciones de derecho público se redujeron históricamente a un eufemismo transpersonalista, desconociendo el hecho de que gran parte de los casos de asistencia judicial penal internacional, para no decir todos, afectan directa o indirectamente la situación de individuos concretos y en muchos casos provocan daños claramente irreversibles en la esfera de su libertad y de su patrimonio. Las personas eventualmente afectadas tienen una natural y legítima vocación de hacer oír su punto de vista en el decurso de estas instancias de auxilio interetático, las cuales, no obstante ese carácter preponderante (de asistencia entre Estados), no pueden ejecutarse legítimamente de espaldas a los derechos de los destinatarios finales de todo el tráfico jurídico: los ciudadanos. No olvidemos que, tanto el derecho penal interno de cada Estado como las manifestaciones internacionales de auxilio penal deben tener su centro en el hombre y sus intereses.<sup>32</sup>

La anteriormente expuesta estructura funcional de este tipo de asistencia implica una doble proyección del instituto, externa e interna, y, por consecuencia, una lectura bifocal de sus alcances.

En lo que refiere a un primer nivel de aproximación que podemos denominar *el continente*, es indiscutible que en los tiempos actuales las instancias de cooperación judicial penal internacional deben ser vistas —en principio— como un mecanismo procesal normal o regular de derecho internacional, como derivación natural del principio de solidaridad judicial interetática. Obviamente que, tratándose de asistencia de naturaleza penal, la calificación de *normal* o *regular* no se puede entender de modo alguno como sinónimo de *indiscutible* o *inexcusable*. Por la sensibilidad de los temas que aborda, la prestación de asistencia debe priorizar el respeto de las máximas garantías individuales.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Julian J. E. SCHUTTE, “La regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos del hombre en los procesos de cooperación internacional en materia penal. Informe general de la AIDP”, en José Luís DA COSTA e João Marcello DE ARAÚJO JR. (orgs.), *Cadernos do XV Congresso Internacional de Direito Penal*, seção IV, Rio de Janeiro: UERJ, 1994. En el n.º 6 del capítulo II (“A proteção dos direitos humanos na cooperação em matéria penal”), del Proyecto de Resolución al Tema IV, afirma: “Na elaboração de novos instrumentos sobre cooperação internacional em matéria penal, os Estados deveriam prestar específica atenção à definição e proteção aos direitos e interesses do indivíduo em procedimentos realizados no transcurso da aplicação de tais instrumentos. Estes direitos e interesses podem incluir, dependendo do caso: o direito de invocar a aplicação do instrumento a seu favor, o direito a ser informado de qualquer aplicação do instrumento e o direito de acesso ao tribunal para controlar a legitimidade de tal aplicação”. Cf. Raúl CERVINI, “Los derechos humanos como límite a ciertas instancias de cooperación internacional”, *off print* de conferencia dictada durante el 5.º Curso Internacional de Criminología Integrada, Facultad de Derecho de la Universidad de Florida, Leven School of Law, 18 de junio de 1992, Doc. LSO 56/CL- 692, p. 24.

<sup>33</sup> PITTARO, o. cit., p. 6.; Raúl CERVINI, “La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización”, en *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994; ídem, “Princípios da cooperação...”, o. cit., p. 23.

Atendiendo a este último aspecto, la discusión, si cabe, deberá recaer sobre *el contenido*. En este ámbito entrará a jugar necesariamente una red de principios de eficacia y garantías. Entre estos últimos, aquellos de naturaleza formal y sustancial, o sea, aquellos propios del proceso, y también, muy especialmente, los inherentes al dogma penal, como son la dignidad de la persona humana, la relevancia del bien jurídico o el respeto de las categorías lógico-objetivas, la culpabilidad, racionalidad, etcétera.<sup>34</sup>

Esos mismos principios de eficacia y garantía, armónicamente balanceados, permitirán a los jueces requeridos, y eventualmente a la Administración, resolver con plena eficacia, caso a caso, conforme el nivel de asistencia requerido y otras valoraciones jurídico-formales y sustanciales, la procedencia, improcedencia o diferimiento de la asistencia solicitada.

### 3. *Abuso de la posición dominante*

**3.1.** Los delitos económicos más sofisticados traducen inequívocamente un claro prevailecimiento de la posición dominante, un uso abusivo de los recursos de poder de que se dispone. Para nosotros este se expresa no solo en el campo económico y político, sino también y necesariamente en el ámbito de la especialización profesional.

El poder, ha escrito Max WEBER, es “la posibilidad de hacer prevalecer la propia voluntad aun contra la resistencia de los demás”.<sup>35</sup> El abuso de poder, expresa Klaus TIEDEMANN, radica en que una persona, natural o jurídica, que por vías absolutamente legales ha alcanzado una situación prominente, jurídica o fáctica, utiliza esta en una forma objetivamente abusiva”.<sup>36</sup> La noción de *abuso de poder* se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan.

Hace veinticinco años<sup>37</sup> dijimos que en los últimos lustros el interés prioritario de los criminólogos se había centrado en el estudio de una nueva categoría de análisis, que el Prof. VERSELE<sup>38</sup> denominó *cifras doradas* de criminalidad. Dicho publicista puso en evidencia que, aparte de la cifra negra de delincuentes *clásicos* que escapan a toda detección o conocimiento oficial, existe una cifra dorada de criminales que tienen el poder político y lo ejercen

---

<sup>34</sup> Cf. Juez TAVARES, “Límites dogmáticos a la cooperación penal internacional”, en *Curso de cooperación penal internacional*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, ISIEC (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), 1994, pp. 173 ss.

<sup>35</sup> Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. II, Tubinga, 1976, p. 531.

<sup>36</sup> TIEDEMANN, *Poder económico...*, o. cit., pp. 57 ss.

<sup>37</sup> Raúl CERVINI, “Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado”, en *Revista Doctrina Penal*, n.º 40, Buenos Aires, octubre-diciembre de 1987, pp. 698 ss. Específicamente en portugués: “Análise criminológica do fenómeno do delito organizado”, en João Marcello DE ARAUJO Jr. (org.), *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Río de Janeiro: Forense, 1992, p. 488.

<sup>38</sup> Servin Carlos VERSELE, “Las cifras doradas de la delincuencia”, en *ILANUD Al Día*, año 1, n.º 1, San José, 1978, p. 21.

impunemente para su propio beneficio o el de una minoría, o que disponen de un poder económico que se desarrolla en detrimento del conjunto de la sociedad y los sitúa fuera del alcance del sistema penal. No pueden tener otro sentido las connivencias político-económicas, las colusiones político-financieras, sutiles peculados, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos tanto por lagunas normativas más o menos deliberadas como por complacencias más o menos conscientes. En síntesis, existiría una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazadas con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción.

**3.2.** A nuestro juicio, a los poderes político y económico debe sumarse otro factor o filtro sistémico que puede incidir en forma autónoma y determinante en el mundo actual, para que muchas conductas gravemente nocivas a la sociedad no sean alcanzadas por el sistema penal. Esta nueva variable a considerar sería la especialización profesional cuya manifestación más relevante es el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos, factor diferenciable del llamado *poder tecnológico*, que no es sino una expansión subordinada del poder económico.

Los autores conocidos como *pluralistas*, decididos adversarios de la teoría de la elite, parecen avalar esta flexibilización de conceptos. Así, para Robert A. DAHL,<sup>39</sup> el poder, lejos de estar exclusivamente concentrado en aquellos que dominan la estructura política o económica, es una relación horizontal que se da entre las personas que lo ejercitan y las que lo sufren. En ese esquema relacional, los roles de quienes lo tienen y quienes no, aparecen como permanentemente cambiantes, ya que estamos ante el mero ejercicio de una actividad a la que, en teoría, todos tienen igual posibilidad de acceso.

Sin perjuicio de lo expuesto, y desde un punto de vista diferente, histórico-estructural, se observa que el delito, como fenómeno social, cambia constantemente de aspecto. Junto con determinadas formas de vida socioeconómicas, políticas y culturales surgidas en cada época, ha aparecido un tipo de delincuencia característico de ese período determinado, que, al igual que esas formas de vida, ha ido cediendo al cambio de los tiempos y la cultura. La criminalidad moderna, de un modo general, se caracteriza por la urbanización, el carácter anónimo de las relaciones humanas, la falta de transparencia de las situaciones, el fracaso de los controles sociales e informales y, precisamente, por las grandes concentraciones de poder político y económico, la especialización profesional, el dominio tecnológico y niveles acentuados de estrategia y proyección global.

---

<sup>39</sup> Robert A. DAHL, *Who Governs? Democracy and Power in American City*, Londres: New Haven, 1961.

Se ha argumentado que la especialización profesional y, preferentemente, el dominio operativo de los medios tecnológicos se encuentran indisolublemente vinculados al poder económico. Esta aseveración, indiscutible hace algunos años, merece hoy día muchas salvedades. Como hace notar el laboralista bahiano MARTINS CATHARINO,<sup>40</sup> salvo en las pequeñas empresas, en que la dirección técnica y la supervisión material suele ser ejercida directamente por sus dueños, se ha ido produciendo un proceso inverso que él llama *dependencia técnica invertida*, en virtud del cual, desde el punto de vista técnico-funcional, los empleados especializados pueden llegar a tener la última palabra en los aspectos operativos en que intervienen.

Estas consideraciones aumentan su vigencia si se proyectan sobre las nuevas realidades tecnológicas. Por un lado, como ya señalaba KELLERS a principios de la década del setenta,<sup>41</sup> el arrollador desarrollo del mercado informático ha dejado al alcance de los grupos delictivos, o de individuos aislados con suficiente calificación, sistemas computarizados de última generación que hace pocos años solo poseían los gobiernos o contadas corporaciones que funcionaban bajo rígidos controles operativos internos y públicos. Concomitantemente, hay que tener en cuenta que los actuales ordenadores, caracterizados por una notable concentración de información y funciones en los centros de cómputos, son especialmente vulnerables, ya que facilitan e incrementan por esas mismas especificaciones la posibilidad de realizar complejos actos de sabotaje y fraudes, para concretar los cuales alcanza con unas pocas personas suficientemente resueltas, calificadas y dotadas de un medio tecnológico idóneo.

En forma creciente, los autores angloamericanos<sup>42</sup> emplean la expresión *hecho penal profesional (occupational crime)*, poniendo el acento en la conexión existente entre el papel profesional y las nuevas modalidades de delincuencia no convencional nacional e internacional. En la misma orientación se señala que actualmente la nota característica del delito no convencional estriba en la especial manera de comisión (*modus operandi*) y en el objeto especialmente sofisticado de ese comportamiento, y que esta fatal combinación de especialización criminal y progreso técnico ha puesto al derecho penal ante problemas totalmente nuevos.<sup>43</sup>

**3.3.** Estas categorías de análisis —aparentemente ajenas a nuestra realidad inmediata— distan por cierto de ser teóricas. Es un hecho reconocido que ciertos individuos y los sindicatos de delincuentes organizados se benefician de las condiciones económicas que favorecen sus actividades de lucro, en especial en los mercados financiero y monetario. Es

<sup>40</sup> JOSÉ MARTINS CATHARINO, *Compendio universitario de direito do trabalho*, vol. I, San Pablo, 1972, p. 245.

<sup>41</sup> KELLERS, *Bankruptcy*, Bruselas, 1974.

<sup>42</sup> MARSHALL CLINARD y RICHARD QUINNEY, *Criminal Behavior Systems. A Typology*, 2.ª ed., Nueva York: Holt, Rinehart y Winston, 1973, p. 56 ss.

<sup>43</sup> JÜRGEN THORWARD, *Crime and science*, Nueva York, 1966, p. 77.

más: está probado en las más recientes investigaciones que estos grupos inducen esas mismas condiciones económicas que les resultan favorables a través de olas de *hot money* (flujos rápidos) que atraviesan las fronteras<sup>44</sup> mediante la retracción *virtual* de la oferta financiera o el manejo puntual de información privilegiada (teoría de los faroles en el póquer).

Acontecimientos de hace tres lustros pusieron en evidencia macromanipulaciones financieras por las que, a través de mercados de capitales totalmente computarizados, un operador aparentemente aislado y seguramente sin control precipitó desde Singapur la caída de un banco inglés, conmocionando la estabilidad financiera de otras muchas instituciones. Años más tarde hemos sido testigos de cómo otros especuladores internacionales movilizaron más de trescientos millones de dólares diarios atacando algunas monedas débiles. Es un hecho comprobable que el dong vietnamita, el rigir de Malasia, el bath de Tailandia, la rupia indonesia y el peso filipino fueron en su momento virtualmente sentenciados por especuladores internacionales que en el período inmediato anterior habían apostado crecientemente a contratos a término (futuros) de contenido y alcance por demás sugestivo y preocupante. Es decir, los datos se encuentran relativamente accesibles; basta interpretarlos en toda su potencialidad de daño como manifestaciones abusivas de variables del poder, lo que al parecer muchos no se encuentran dispuestos o en condiciones técnicas de enfrentar. Esto es macro- o extravictimización económica. También el llamado *caso Argentina* es paradigmático, principalmente durante el período diciembre 2001 a marzo 2003. En ese contexto se deben inscribir las manipulaciones que siguen realizando algunos *brokers* sobre los papeles de deuda pública de nuestra región, hecho reiteradamente denunciado y también suficientemente probado.<sup>45</sup>

Un exasesor principal de Auditoría Federal ante la Comisión de Valores de Nueva York, en nota editorial aparecida en el número de julio de 2002 de la prestigiosa publicación *East American Review*, ya expresaba con clara contundencia:

[...] irrita la pasividad de la comunidad económica internacional y más concretamente la de nuestra Comisión de Valores frente a la agresiva especulación que hoy padecen los valores globales sudamericanos. En los hechos ninguna de esas naciones está en condiciones de contrarrestar eficazmente los manejos abusivos de los grandes traders de valores, los que irónicamente, con creciente frecuencia actúan como brazo operativo de las mismas Calificadoras de Riesgo País [...] el

---

<sup>44</sup> Frank SIBARIN, "Mecanismos macroeconómicos y delincuencia financiera", ponencia al 2.º Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, Nueva York, diciembre de 1994.

<sup>45</sup> Sobre el tema, Serge VALO, "El abuso del factor especulativo", en *Revista de Economía Social de México*, n.º 16, México, setiembre de 2002, p. 30. También resultan ilustrativas las notas editoriales "Manejo con bonos de países de la región en Estados Unidos" y "Bajas provocadas", aparecidas en la sección económica del diario *Últimas Noticias* de Montevideo el viernes 12 de julio del 2002.

impacto de apertura; las formas de oferta y contabilización grupal; los variados filtros de la oferta; las formas de compensación virtual entre operadores ocultos; la discontinuidad operativa programada; falta de transparencia de las transacciones y la propia realimentación sistémica del mercado, son mecanismos que aisladamente pueden aceptarse e incluso justificarse pero que actuando en conjunto operan como herramientas del abuso de la posición dominante idóneas para colocar a los valores soberanos globales y economía de muchos países a la deriva. Reflexionemos estimulados por las consecuencias: una jornada “movida” significa una ganancia terminal del 400% y un daño colateral de imprevisibles consecuencias.<sup>46</sup>

**3.4.** El capitalismo del siglo XIX, de la era industrial, ha evolucionado hasta los actuales mercados de la era de la información, que giran en torno a una suerte de *ciberespacio financiero*, muy alejado de las realidades cotidianas, de las necesidades humanas y de toda estrategia actual de control. Esta suerte de globalización informático-financiera no proyectada, ni preventivamente advertida, pone de manifiesto en su versión más patética y descarnada la importancia de la especialización profesional como variable de abuso de poder, en este último caso inexorablemente unida al abuso del poder económico. La *teoría de los juegos* (VON NEUMANN), el *modelo del caos dinámico* (RUBIELS), el *modelo de compensación virtual* (LITCOT) o el reciente *modelo Green*, normalmente conocido como *patear las mesas (de cambio)*, demuestran que las reglas de la interacción puntual entre operadores especializados son en la sociedad actual tanto o más fundamentales que las viejas reglas de mercado.<sup>47</sup>

A efectos de dimensionar este riesgo, debe tenerse presente, por ejemplo, que más del 90% de los flujos financieros que provocan estos quebrantos son meramente especulativos. Los actores del mercado se han convertido en una nueva clase de *legisladores virtuales* sin patria, que controlan la capacidad de los gobiernos de aumentar, disminuir, gastar o prestar sus deudas mediante la inflación. No solo socavan el manejo nacional de la macroeconomía, sino que también influyen en las opciones de la política educacional, ambiental, de seguridad social y de empleo, afectando tanto los ingresos como los valores y la cultura de los ciudadanos. Obvio es decir que, si pueden lograr estos efectos, también están en condiciones de manipular ciertos mecanismos para lavar los activos originados en el delito organizado.

La teoría económica trata de los mercados y de las fallas del mercado pero no ha considerado hasta la fecha con la necesaria profundidad el tema de los *commons* (bienes de uso común) ni sus reglas de acceso y asignación, salvo si tales *commons* son susceptibles de

---

<sup>46</sup> Bernard HELM ROGERS, “Inquietud y reflexión - Tormentas especulativas”, en *East American Review*, vol. VI, n.º 12, Washington, julio de 2002.

<sup>47</sup> Cf. Duilio TIRENNO, “La lotta alla criminalità economica”, en *Rivista Trimestrale Lucerne*, vol. VI, n.º 5, Milán, 2008; Patricia Luján FLECK MOYANO, *Global Bank Risk*, Berna: Hasser, 2008, cap. I, p. 16; Emilio Enrique VOLZ FARIAS, *Matemática financiera aplicada a las operaciones del mercado financiero*, Santa María: FEEV, 2002, p. 203.



apropiación. Hoy en día, la mayoría de los temas macro que atañen a las sociedades humanas (por consiguiente, los de mayor dañosidad potencial) involucran el manejo de bienes de uso común globales. La llamada *ruleta global* ha pasado de ser regida por la clásica competencia de mercado (ganar-perder) a una nueva forma de comunidad cibernética inherentemente expuesta a los potenciales desvíos de operadores normalmente fuera de control. La mayoría de los libros de texto todavía no enseñan cómo reconocer si un mercado se transforma en un *commons*, ni hay tampoco acuerdo total respecto a cuáles son las formas más idóneas y efectivas de contrarrestar las facultades de sus operadores. Evidentemente ha surgido un nuevo *pie invisible* que presiona el acelerador del ciberespacio financiero sin mayor control. Se pone énfasis en que estos especuladores profesionales, *actores reales* de nuestros tiempos, que pueden poner en peligro todo el sistema, actúan normalmente en función de su propio interés, en un campo mayoritariamente no reglado.<sup>48</sup> Resulta sugestivo que ningún especialista manifieste que sea científicamente imposible establecer un control de esas actividades sino que, inexorablemente, se alude a la complejidad de tal tarea.

**3.5.** Hoy día nos enfrentamos a una crisis de trascendencia global originada en el descontrol sobre los manejos especulativos en el mundo financiero. Actores del mercado presionaron abusivamente el acelerador del ciberespacio financiero más allá de todo lo razonable y económicamente tolerable. La distancia entre la economía virtual y la real se hizo insostenible y el nexo que las unía se rompió, o al menos se encuentra lo suficientemente debilitado como para provocar la desconfianza en los ciudadanos y un apreciable descontrol de los mercados. Todo ello era ciertamente previsible y fue efectivamente previsto por varios publicistas.

Ya hace muchos años, en diciembre de 1994, durante el desarrollo en Nueva York de la 3.<sup>a</sup> Reunión Conjunta de los Consejos Consultivo y de Dirección del International Center of Economic Penal Studies (ICEPS), y en el transcurso de su exposición preliminar a la sección de trabajo n.º III (Macrocriminalidad económica y riesgos corporativos), el Prof. Saúl Larren BLOVICH expresaba con su acostumbrada clarividencia:

Las nuevas expresiones de la criminalidad económica organizada se prevalecen de una gama de instrumentos y mecanismos operativos extremadamente complejos. Esa tecnificación de recursos empleada por ciertos actores especulativos de los mercados dificulta al máximo los procesos de interpretación, captación y prevención de sus actos, los que normalmente por su complejidad y

---

<sup>48</sup> Sobre el tema, Alan E. BRILL, Fletcher N. BALDWIN JR. y Robert J. MUNRO, *Cybercrime & Security*, Pauline C. REICH (ed.), tratado de referencia en tres volúmenes, 2008.

naturaleza expansiva implican un incremento de la vulnerabilidad del sistema precisamente frente a los casos de mayor dañosidad social.<sup>49</sup>

El mismo expositor reconocía que una malla fluida y transparente de información entre todos los operadores puede frenar ciertos excesos.

La casi unanimidad de los estudiosos del tema coinciden en que la virtual discrecionalidad de los operadores se debería resolver en términos de oportunidad y eficiencia del control (público y privado) dentro de un marco de libertad. En tiempos de crisis superlativa, estos principios resultaron insuficientes o debilitados. Precisamente, el fino equilibrio de las variables del control —tanto en el plano nacional como internacional— y la libertad de accionar en los mercados (más o menos reglada conforme al potencial riesgo social) es el tema de nuestros tiempos.

#### 4. *Apariencia de legalidad y networks ilícitos*

4.1. Los macrodelitos económicos se producen de forma que exteriormente tienen la apariencia de una legalidad absoluta, y esta característica se conecta directamente con una variable de abuso de poder ya descrita: la especialización profesional a la que otorgamos creciente importancia. También se conecta con el funcionamiento de ciertos *estándares de fiabilidad ilícita* que otorgan los llamados *networks ilícitos*. La propia existencia y viabilidad de estos conductos de apoyo, comunicación, asesoramiento e intercambios denuncia también la coordinación de actividades a escala global que caracteriza el actual crimen organizado (la red).<sup>50</sup>

Toda organización criminal desarrollada, principalmente si se dedica a macrodelitos económicos, además de procurar una planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales. Más aún, tiene imperiosamente que participar en algún nicho del mercado legal para tener así una *segunda pierna* de apoyo o *cobertura táctica* para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la zona gris de la economía. A efectos de viabilizar e incluso legitimar parte de sus actividades resulta imprescindible esa telaraña de protectores y patrocinantes en las esferas de la policía, la justicia, la política y la economía, los que forman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual estas organizaciones

---

<sup>49</sup> *Anales de la 3.ª Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del International Center of Economic Penal Studies*, Sección de Trabajo n.º III, Macrodelinuencia Económica y Riesgos Corporativos, V. M. Doc. AC67/194, Nueva York, 1994, p. 61.

<sup>50</sup> Sobre las características generales del fenómeno del delito organizado y su enfoque analítico, véase GOMES y CERVINI, o. cit., pp. 246 ss.

perderían su capacidad de adaptación y de integración dentro de ciertos marcos a las actividades legales.<sup>51</sup>

Ello nos lleva a considerar este subproducto funcional de la estrategia global que constituyen los llamados *networks ilícitos*.<sup>52</sup>

**4.2.** Debe tenerse presente ante todo que las transacciones ilícitas, por su misma naturaleza, se desarrollan en circunstancias que excluyen una de las características fundamentales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercambios. Es indiscutible que el delito organizado funciona también como un gran *holding* de vínculos individualizables.<sup>53</sup>

Por eso, para el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar cierto *estándar de fiabilidad ilícita* para todos los miembros del circuito clandestino.

Estos canales son los mencionados *networks ilícitos* y pueden ser categorizados como una forma de relación intermedia entre un clan y una burocracia en condiciones de combinar los rasgos típicos, tanto de las organizaciones formales como de los grupos primarios *cara a cara*.

**4.3.** El miembro de un grupo mafioso o de un grupo especulativo ilícito puede confiar hoy en una trama de *puntos* de solidaridad y protección de extensión geográfica multinacional y multicultural, dotada de una cualidad de confiable permanencia y de estandarizaciones típicas de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal. En el interior de este retículo pueden circular bienes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita a costos y riesgos relativamente bajos; la misma participación en la *network* es garantía de la “seriedad” y “profesionalidad” de los participantes.

**4.4.** Los emprendimientos ilícitos referidos a tráfico de piedras preciosas, armas, drogas, seres humanos e incluso ciertas actividades del terrorismo se encuentran funcional y operativamente vinculados por este particular sistema de *mecanismos de arbitraje ilícito*. Nada más eficiente y funcional que arbitrar drogas con armas, personas secuestradas por permisos de tránsito en ciertas *zonas liberadas*. Estos acuerdos arbitrales se caracterizan por su extrema velocidad, ahorro de costos, minimización de riesgos, etcétera. La evidencia es

<sup>51</sup> BACRIE y CERVINI, o. cit., p. 46.

<sup>52</sup> RAÚL CERVINI, “Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los *networks* ilícitos”, en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 5, año 2000, Corrientes: Fundación Cuadernos de la Cátedra y Mave, 2000; ídem, “I Processi di riciclaggio di denaro e *network* illeciti. Approssimazione Metodologica e sue Conseguenze”, en *Prospettive di Diritto Penale*, vol. II, n.º 3, Milán, junio de 2005.

<sup>53</sup> Cf. VIGNA, o. cit., p. 183.

aportada por la propia realidad regional. ¿Qué otro sentido puede encontrarse al desarrollo desproporcionado de estudios contables, jurídicos, notariales y tributarios, e incluso el funcionamiento de cierta logística de transporte, en lugares tan sugestivos y remotos como lo son las ciudades gemelas limítrofes de Leticia y Tabatinga, situadas en plena Amazonia, sobre la frontera de Colombia y Brasil? Por esos centros de intercambios ilícitos han circulado desde hace más de tres lustros los líderes de las FARC y los jefes más buscados del tráfico de drogas de Brasil. Menos evidente pero igualmente sugestiva es la creciente oferta de servicios jurídicos y financieros en la llamada Triple Frontera, particularmente en Ciudad del Este (Paraguay) e incluso en la zona de Pedro Caballero.<sup>54</sup>

Al norte del continente puede verse otro ejemplo interesante en QAT Consulting, que adquirió tanta notoriedad en el caso del exgobernador Spitzer. Ese *network* procesaba transferencias de apariencia legal hacia cuentas camufladas del extranjero. En realidad esos movimientos se vinculaban al pago de asesoramientos, logística y prestación de servicios de actividades ligadas a la prostitución *vip*, pornografía infantil, pedofilia, etcétera, en el distrito de Manhattan.

**4.5.** Así las cosas, el uso de las *networks ilícitas* confiere a la actividad de los operadores ilegales una dosis suplementaria de mimetización, debido a la tendencia de los primeros a sumergirse, a su vez, dentro de sistemas mucho más amplios de relaciones de tipo reticular que pueden corresponderse a variados factores.<sup>55</sup>

**5.** *La sobredimensión del daño.* El análisis de la “amenaza” implica el estudio y la evaluación de lo que la macroadelincuencia económica cuesta a la colectividad, directa o indirectamente. La estimación de esos costos conduce a la identificación de aquellas operativas que encierran mayor grado de dañosidad material y social potencial.

---

<sup>54</sup> Cf. OSSERVATORIO GIURIDICO SULLA CRIMINALITÀ ECONOMICA ORGANIZZATA DE ROMA, Proyecto CERARDI (Centro di Ricerca per il Diritto d'impresa), implementado académicamente por la Università degli Studi di Salerno y la Università LUISS Guido Carli di Roma, Informe M/27/2009, Roma, 2009, p. 39.

<sup>55</sup> Es, por ejemplo, el caso de las “diásporas migratorias” ejemplificadas en los grupos mafiosos sicilianos empeñados a nivel mundial en el comercio internacional de la heroína. El retículo de referencia está formado por las relaciones entre el vasto número de comunidades de emigrantes de Italia del sur establecidas en Europa, América y Australia entre principios del siglo XX y la década de los años setenta. El hecho de que las *networks* criminales no representen, en este caso, más que una parte numéricamente despreciable de individuos entre más de 14 millones de expatriados, no hace más que contribuir a acrecentar el nivel del secreto, la diversificación y la escalada de intercambios ilícitos. En un esquema de actuación más reducido también puede mencionarse el caso de la mafia italiana de Nueva York, que desde hace varias décadas controla, entre otros, los negocios de la construcción, la basura y el pescado dentro de ese estado, y canaliza el producto de sus actividades por similares vías. Por su parte, los *networks* de poder se concretan en las relaciones entre los miembros asociados voluntarios con objetivos declarados de naturaleza muy diversa y aparentemente legal (asistencia profesional, intercambio de conocimientos y contactos, beneficencia, *lobbying*, promoción de valores culturales y religiosos, etcétera), pero que acentúan el carácter reservado y semisecreto de sus actividades y la propia identidad de los propios inscritos.

Esta variable de análisis clínico está directamente vinculada con la anteriormente analizada. El abuso de la posición dominante se traduce en daño. Pero este daño trasciende las hipótesis delictivas del ciberespacio financiero y bursátil, ya que existen otros muchos campos de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, el negocio de los estupefacientes en su conjunto representa anualmente más de un cuatrillón de dólares. Solo en los Estados Unidos son 12.000 millones de dólares, o sea, una suma decenas de veces superior a la deuda externa con intereses de varios países de la región.<sup>56</sup>

Esta realidad económica obliga a los Estados a implementar mecanismos de supervisión del sistema financiero y mercados de valores. En esta materia se observa que las agencias de control formal han pasado a ocupar una posición en cierto modo subsidiaria. El mayor costo operativo directo lo sufren las corporaciones financieras que tienen, entre otras, la carga de controlar la procedencia legítima de los fondos que reciben. Estrictamente los costos trascienden el de esas complejas certificaciones y comprobaciones que imponen las políticas activas de conocimiento del cliente y monitoreo, y terminan afectando opciones comerciales válidas y legítimas expectativas de muchos sectores de la actividad financiera lícita. Pensamos que en muchos casos las directivas de vigilancia y verificación impuestas a las instituciones no son las más adecuadas pues operan sobre estándares (por ejemplo: control de transferencias o depósitos superiores a ciertos montos), pudiendo hacerlo por excepción, si se aplicara una metodología idónea, como la que sugeriremos al tratar el análisis tomográfico de los mecanismos económicos.

Por cierto, en otros campos de la actividad delictiva no convencional las cifras no son menos alarmantes ni el daño corporativo menos grave. Dejando de lado las categorías del tráfico de armas, tráfico de seres humanos para fines de prostitución, comercio de órganos y trabajo esclavo, saltan a la vista los daños atribuidos a los abusos relevantes del funcionamiento del mercado financiero, de valores y de cambios, los delitos contra la propiedad industrial e intelectual, la falsificación de moneda y títulos de deuda pública, fraudes contra las tarjetas de créditos, *traveller-checks* y las múltiples variedades de manipulaciones informáticas.

Pese al voluminoso daño patrimonial que causan todas estas conductas —en muchos países teóricamente susceptibles de penalización—, la mayor parte de sus autores, por el juego sucesivo de las variables de poder ya apuntadas, especialmente en función de la especialización profesional y el dominio operativo de los medios tecnológicos, se sitúan fuera del alcance del sistema penal y pocas veces son vistos ante los tribunales.

---

<sup>56</sup> DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, "Análisis de riesgo de la delincuencia organizada", Doc. ICEPS-CBG 250/2011, Nueva York, julio 2011.

**6. Mutabilidad.** Las desviaciones macroeconómicas se expresan de una forma sumamente dinámica y variada. Esta nota, que BENJAMIN con gran acierto denomina *mutabilidad*, debe verse como algo natural en el marco de los fenómenos económicos y representa a la vez una dificultad y un desafío a la hora de emprender esfuerzos de *lege ferenda*. Cuando el legislador corre a regular la realidad económica, esta ya no se encuentra en el ser en que pretendía regularla. Ocurre que los propios mecanismos económicos sufren permanentemente cambios en su estructura y función. Solo a través de su conocimiento profundo el legislador puede acompañar la realidad económica y prevenir las posibles mutaciones de sus mecanismos. Naturalmente, si se legisla atendiendo exclusivamente a los síntomas, nunca se llegará a tipificar adecuadamente. Sobre este delicado tema volveremos especialmente al plantear nuestras consideraciones finales.

**7. Carácter difuso de la víctima.** Finalmente, también parece preciso recordar que en gran parte de estos macrodelitos económicos la víctima tiene carácter múltiple, anónimo e incontrolable, y esto se da precisamente en épocas y sistemas económicos que se singularizan por la existencia de un gran número de administradores fiduciarios y gerenciales de bienes ajenos con amplias posibilidades de hacer mal uso de la confianza que en ellos se deposita.

El señalado carácter múltiple e indeterminado de las víctimas surge con toda evidencia del análisis de la agresividad de estas formas de delincuencia no convencional. La víctima individual puede sufrir un daño relativamente menor, pero este se ve multiplicado y potenciado por el enorme número de personas eventualmente alcanzadas, lo cual, naturalmente, dificulta la represión. La multiplicación de las pérdidas unitarias de innumerables inversionistas inmobiliarios estafados o de simples consumidores defraudados con un producto nos permitiría calibrar la inmensa dañosidad social derivada de la referida multiplicidad e indeterminación de víctimas.

Pero también es muy importante señalar que las víctimas de los más grandes fraudes financieros o bursátiles suelen ser víctimas anónimas, por lo menos para los autores de la conducta delictiva. Normalmente no existen relaciones interpersonales entre el estafado y el operador victimario, no existe el *cara a cara*. El que opera en el mercado ilícitamente no ve la persona a la cual le va a producir el daño y ello facilita su tarea. No hay una violencia directa, el tránsito del delito es básicamente intelectual, apoyado en un conocimiento especializado y una astuta maquinación. En tal sentido, la violencia se vuelve meramente instrumental, sin control humano, lo que facilita obviamente el paso al acto, propiciando la conducta

desviada. El distanciamiento material con la víctima y la naturaleza difusa o virtual de los instrumentos empleados para la consumación del hecho llevan a que en algunos casos el operador victimario inclusive no se perciba a sí mismo como un delincuente.

En cierto modo, estas víctimas inocentes se ven —por parte de algunos operadores inescrupulosos— como un hecho natural, “una constante operativa” en el mundo de los negocios, dice el publicista peruano BALLESTEROS JARAMILLO.<sup>57</sup>

**8. Impunidad.** Finalmente, otra de las características definitorias de estas formas de extracriminalidad se encuentra en la natural impunidad de sus autores. Este tipo de conductas, si habiéndose superado el primer nivel de selección abstracta normativa se han logrado tipificar, aparecerán condenadas normalmente a quedar como simple letra muerta debido a defectos técnicos en la formulación de los tipos. En todo caso, siempre estarán prontos a operar los filtros funcionales (disfunciones) de los diferentes segmentos operativos del sistema penal. Pero es de remarcar que la “eficacia” de estos filtros se incrementa sustancialmente si el legislador arranca desconociendo la trama real del fenómeno que pretende regular.

## 5.

### ANÁLISIS TOMOGRÁFICO DE LOS MECANISMOS ECONÓMICOS

**1. Concepto.** Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macroadelincuencia económica, a nuestro juicio complementaria, se proyecta desde la intimidad funcional de los mecanismos económicos hacia los niveles abusivos del poder. Agudamente se ha preguntado TIEDEMANN: ¿cuándo puede considerarse que el alza de los precios excede los límites de lo éticamente lícito?<sup>58</sup> Nosotros agregaríamos: ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? La interrogante central está en ¿cuándo se está ante una conducta objetivamente abusiva? ¿Cuándo ese abuso adquiere relevancia penal? Para responder a estas preguntas se requiere una postura metodológica diferente.

Este segundo método procura responder esos cuestionamientos básicos desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno

<sup>57</sup> Américo BALLESTEROS JARAMILLO, “La delincuencia de los negocios”, en *Revista Bancaria Internacional*, vol. I, n.º 3, Lima, 1991, p. 32.

<sup>58</sup> TIEDEMANN, *Poder económico...*, o. cit., p. 58.

económico, desde sus instancias macro a manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente de acuerdo a la particular dinámica y las características del sector de actividad estudiado, pero no así el esquema básico de trabajo. Este se basa, en todos los casos, en un análisis comparativo de la trama de relaciones de los mecanismos económicos involucrados. Funciona como un tomógrafo médico que por medio de sucesivas fotos va siguiendo el proceso hasta detectar el modelo de desviación por comparación. Esta metodología tiene raíz empírica y su clave radica en la naturaleza de los supuestos y en el vínculo entre los términos teóricos y la observación. Los datos de la observación de cada segmento o sector involucrado y la cuidada comparación entre ellos se canalizan a través de un *lenguaje de vinculación* que otorga un justificado nivel de comprensión de los mecanismos.<sup>59</sup> No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macrodelincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento, pero sin duda lo son su mayoría.

**2. Procedimiento esquemático.** Con esta salvedad podemos decir que, en términos generales y esquemáticos, el método de trabajo básico que permite conformar el módulo de análisis podría sintetizarse de la siguiente manera:

- *El primer paso* sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen los nichos o sectores de la actividad económica del país analizado.
- *El segundo paso*, definir, con mucha precisión, el nicho, cancha o *layer* a analizar (por ejemplo: sector específico de la actividad de intermediación financiera, industria de la vestimenta, mercado de cambios, etcétera).
- *El tercer paso*, definir, a modo general, cada *jugador* (empresa) que integra la rama o nicho de la economía: sus objetivos directos e indirectos, su racionalidad, etcétera.
- *El cuarto paso*, analizar las relaciones de esos mismos *jugadores*, tomando en cuenta sus variables estándar y la racionalidad de comportamiento; por ejemplo: las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y adónde van los productos
- *El quinto paso*, analizar los recursos materiales y humanos, objetivos planteados, modalidad operativa, perfil de la potencial demanda, etcétera, de la empresa concreta analizada.

---

<sup>59</sup> Bob RYAN, Robert W. SCAPENS y Michael THEOBALD, *Research method and methodology in finance & accounting*, Londres: Thomson, 2002, p. 40.



- *El sexto paso*, analizar la trama de relaciones dentro de la referida empresa, entre otras variables: pirámide de jerarquías, roles operativos asignados, grados de subordinación técnicamente controlada, modalidades de dependencia técnica invertida, niveles de supervisión, auditoría interna y externa, etcétera. Ello permitirá una indicación preliminar de responsabilidad en el hacer operativo, focos de riesgo y posible desviación vinculada a ellos, vacíos normativos, insuficiencia o defecto en la legislación, políticas preventivas instauradas y a instaurarse por los agentes públicos y privados (principalmente atendiendo al desplazamiento de las cargas de vigilancia), etcétera.

Corresponde señalar que, en lo que hace a la criminalidad en el marco de una estructura empresarial (principalmente hacia dentro de la empresa), se dan algunas notas de análisis particulares. Por cierto que la cúpula no puede operar por sí sola; requiere contribuciones coadyuvantes a su propósito dentro y fuera de la empresa. Esta contribución —interna o externa— puede ser sucesiva.

Al tratar su tesis de la *imagen desplegable* para el análisis del lavado de activos, Fletcher BALDWIN, director del Center for International Financial Crime Studies de la Universidad de Florida, señala:

Los grandes conglomerados empresariales tienen una estructura férreamente piramidal para sus operaciones corrientes. Pero es frecuente que se aparten de la línea jerárquica por razones funcional-operativas, en negocios reservados o extraordinarios (por ejemplo, un actuar delictivo). En tales casos existirán unidades y jerarcas apartados de las decisiones trascendentes, mientras que otro sector minoritario del *management*, ejecutores directos de esas políticas, estará en línea directa con los que dominan el entramado corporativo.<sup>60</sup>

En otras palabras, los jerarcas y subalternos adscritos a las unidades empresariales satélites pueden encontrarse en muy diferente posición. Cuando la cúpula resuelve involucrarse en actividades fuera de lo común, como puede ser una maniobra ilícita, la mayoría de su equipo ejecutivo tendrá un ángulo de visión muy restringido; no estará en condiciones de ver la totalidad del paisaje, sino, en el mejor de los casos, un fragmento, necesariamente difuso. Otros contados operadores de similar jerarquía tendrán un panorama mucho más claro y completo de las decisiones de la cúpula empresarial transnacional; existirá entre ellos y la cúpula una *direct line* lo suficientemente idónea como para permitirles coadyuvar como

---

<sup>60</sup> Fletcher N. BALDWIN Jr. y Robert J. MUNRO, *Money laundering, asset forfeiture and international financial crime*, t. II, Nueva York: Oceana, 1983, pp. 133 ss.

partícipes necesarios en la ejecución de aquellas; verdaderos instrumentos del hacer delictivo. Otros integrantes del grupo se podrán ir sumando progresivamente a ese nivel de conocimiento privilegiado si es necesaria su actuación.

Fuera de estos supuestos y en términos más técnicos, hemos sostenido en aporte anterior que la formulación de estos modelos —en la normalidad de los casos— permite buscar la racionalidad económica interna dentro del modelo central, intentando al mismo tiempo reformularlo según el conjunto mínimo de supuestos requeridos para producir la misma cantidad de implicaciones; permite comprobar las implicaciones primarias del modelo y el alcance de las divergencias; permite formalizar relaciones entre observaciones y supuestos para generar áreas indirectas de implicación; permite la creación de módulos de análisis y vínculos significativos. Finalmente, también desarrollar nuevos modelos que amplíen el ámbito del dominio empírico original, dotados de mayor poder de explicación y predicción, pero a riesgo de disminuir su nivel de certeza.

### 3. *Otros supuestos teóricos del modelo.*

- En el marco del modelo denominado *tomográfico* debe ser posible generar implicaciones teóricas rigurosas de las que se puedan extraer predicciones de observación.
- Los supuestos dentro del modelo deben ser internamente consistentes en sentido lógico y tan sencillos como la integridad lógica del modelo lo permita.
- El modelo debe estar teóricamente proporcionado con los hechos empíricos conocidos dentro de su dominio.
- El alcance teórico del modelo queda definido por el ámbito de observación (nicho económico analizado) y el conjunto acompañante de implicaciones explicativas y de predicción, consecuente con los vectores del nicho de actividad analizado.<sup>61</sup>

### 4. *Análisis de algunos ejemplos concretos.*

**4.1. Industrias controladas por un solo jugador.** Por ejemplo, si se constata que toda una industria —o su mayor parte— contrata los insumos a un solo proveedor, se puede asegurar científicamente que toda la industria está controlada por un solo *jugador*. Este procedimiento de análisis permitirá definir el nivel de uso normal, atípico o abusivo del poder e implementar los correctivos técnicos y legales del caso.

---

<sup>61</sup> BALL, R., y P. BROWN, "An empirical evaluation of accounting income numbers", en *Journal of Accounting Research*, vol. 6, Londres, 1968; cf. J. S. DEMSKI, *Methodology in Finance. A selective determination*, Iowa State University Press, 1986.

**4.2. Manejo abusivo de los commodities.** Si se analiza con el mismo procedimiento el manejo de los *commodities* de frutas y verduras, sector de actividad de impresionantes dimensiones, los resultados podrán ser igualmente clarificadores. En este nicho del mercado la producción se encuentra normalmente atomizada y se suele abonar en efectivo. Si se constata que esa producción es comprada por un solo intermediario o acopiador, habrá que analizar pormenorizadamente las causas y connotaciones de esta operación. Por ejemplo, ¿qué hace ese acopiador con la producción? Si nos encontramos con que la exporta a una empresa controlada por el mismo grupo, este nuevo dato constituye otro llamador o indicio de la existencia de un abuso de los mecanismos económicos que debe reglarse. Pero también debe observarse que en el otro conjunto económico-país (importador), el mismo método desnuda que los insumos son de un mismo proveedor, por lo que esa situación será de por sí extraordinaria y digna de cuidado en esta otra economía, y ello no solo por sus connotaciones fiscales, sino incluso como indicador de otras situaciones más graves (por ejemplo: lavado de dinero).

Esto se complica mucho más cuando se opera a través de sociedades puente fincadas en terceros países. La utilización de las mencionadas sociedades dificulta el seguimiento de las relaciones entre insumos y productos, pero no la impide totalmente. En este caso, deberemos pasar al estudio de dicho entramado societario a efectos de desterrar su posible uso desviado. El procedimiento incluirá sucesivos análisis, de tipo legal-estatutario, del paquete accionario, de las personas que lo manejan, la procedencia de los insumos y los destinos del producto de las referidas sociedades puente, etcétera. Este esquema de trabajo puede incluir similares chequeos de otras terceras sociedades con sede en otros tantos países. Todo muy complejo pero decididamente no imposible.<sup>62</sup>

**4.3. Control de la industria de la construcción en el estado de Nueva York.** En mayo de 1990 se publicó en Estados Unidos un informe sobre las conexiones entre los sindicatos criminales y la industria de la construcción en el estado de Nueva York.<sup>63</sup> Las implicaciones de grandes sectores de esa industria con la criminalidad organizada surgieron, en lo medular, de testimonios ante la Comisión Investigadora y las cortes. Se puede decir que a través de un análisis minucioso de los mecanismos económicos involucrados en la industria de la cons-

---

<sup>62</sup> En torno al publicitado caso *Collor*, hemos tenido oportunidad de aplicar una metodología similar en el estudio de la regularidad jurídica de la mal llamada Operación Uruguay, en opinión legal realizada a pedido del ministro Evandro Lins e Silva. Dicha consulta apareció publicada bajo el nombre “Operación Uruguay - Análisis de la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental”, en *A OAB e o Impeachment*, Brasília: Conselho Federal da OAB, 1993.

<sup>63</sup> NEW YORK STATE ORGANIZED CRIME TASK FORCE, *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, Nueva York: CVF, 1990.

trucción (relaciones entre insumos y productos) se podría haber llegado, incluso con mayor certeza y rigor a las mismas conclusiones.

Este nicho de actividad se caracteriza por la necesaria confluencia de diversas actividades industriales colaterales (fabricantes de hormigón, acero, mamposterías, etcétera) y laborales (operarios de estructuras, albañiles, finalistas, sanitarios, etcétera), que deben coordinarse en un rígido calendario de obras. Cada fase de la construcción depende del resultado de la anterior y una alteración en el calendario de esas grandes obras puede anular la rentabilidad del proyecto. El delito organizado controla muchas industrias colaterales de la construcción (suministro de acero) y los propios sindicatos laborales. Esto hace que la industria de la construcción en el estado de Nueva York sea particularmente pasible de extorsión o, simplemente, se encuentre mayoritariamente controlada por el delito organizado que tiene con su “influencia” la posibilidad de evitar atrasos en el calendario de obras.

**4.4.** *Desnaturalización del contrato de comisiones.* Si conocemos adecuadamente las características y función de un contrato de comisiones bancarias podremos distinguir con certeza un contrato de comisiones real de un simple *frontig* bancario. Si el banco no exige intereses a la parte deudora y el pretendido acreedor tampoco lo hace, se pone en evidencia que estamos ante un *autopréstamo*, indicativo de una evasión tributaria o, aún más grave, de una operación de lavado.

**4.5.** *Lavado de activos originados en el terrorismo internacional.* El mismo recurso metodológico puede resultar igualmente pertinente al momento de analizar la *trazabilidad*, o sea, el seguimiento financiero de los fondos vinculados al terrorismo internacional. Al respecto corresponde precisar que se alude a *trazabilidad de fondos* en un doble sentido: a la posibilidad técnica de delinear tanto el origen como el destino o la aplicación final de fondos considerados críticos.<sup>64</sup> Precisamente, el procedimiento propuesto es totalmente aplicable en instancias de individualización técnica y aprehensión jurídica de estos activos

En el caso del terrorismo, las variables de trabajo derivadas del análisis clínico —a saber: abuso de la posición dominante, funcionamiento de *networks ilícitos*, mutabilidad, transnacionalidad, etcétera— necesitan ser complementadas por un análisis confluyente realizado desde los propios mecanismos financieros utilizados.

Pensemos por ejemplo en el caso de la Triple Frontera (Argentina, Brasil, Paraguay), donde probadamente conviven y se mezclan activos originados en el contrabando, el narcotráfico, el tráfico de armas y el terrorismo internacional. Más claro aún resulta el ejemplo

---

<sup>64</sup> Saúl BLOVICH y Raúl CERVINI, “Trazabilidad financiera del terrorismo internacional”, ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Nueva York, diciembre 2003, Doc. ICEPS/ JICAB- C 76/03.

de la llamada *frontera del narcoterrorismo*, donde se confunden las ciudades de Tabatinga (Amazonia de Brasil) y Leticia (capital del departamento colombiano de Amazonas). Dentro de esa zona los activos y prestaciones (apoyos) de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) se mezclan e intercambian recíprocamente con los activos e insumos del narcotráfico colombiano y brasileño. Los Servicios de Inteligencia del Sistema de Vigilancia de Amazonia (SIVAN) han denunciado que sobre la avenida de la Amistad, que separa ambas ciudades gemelas, se encuentran instalados escritorios de servicios profesionales a los cuales concurren tanto representantes de grupos traficantes como apoderados de las FARC.

En principio se tiene la sensación de que grupos traficantes y terroristas persiguen fines muy diferentes, pero —al menos a corto/mediano plazo y con independencia del uso de la violencia y la intimidación— ambos grupos delictivos tienen muchas necesidades comunes. Entre ellas: esconder y mezclar sus ingresos ilegítimos con activos de origen legítimo, obtener cobertura profesional y operativa internacional, proveerse de insumos críticos (lícitos e ilícitos) en las mejores condiciones del mercado y también compartir —a diverso nivel— estructuras de connivencia y corrupción pública.

Estos insumos y otros más son cubiertos por redes profesionales de intercambio y servicios. Esos mismos *networks* ilícitos trasladan y/o compensan armas y drogas en el ámbito nacional e internacional. A nivel de cobertura financiera formal esos cuerpos profesionales planifican estrategias comunes de lavado, cruzan sus ejércitos de testaferros confiables disponibles en determinados paraísos fiscales, e incluso ofrecen a sus clientes opciones de participación en inversiones de corto plazo (por ejemplo: financiar una operación de tráfico de diversos insumos, mano de obra esclava u órganos humanos) o inversiones llamadas *planas*, de bajo perfil y largo plazo (inyecciones de capital en industrias tradicionales alicaídas), con posibilidades de rescate diferencial de conformidad con la naturaleza de sus fines específicos.

Frente a la evidencia de estas complejas coberturas formales se impone la necesidad de recurrir a un análisis de tipo tomográfico para desentrañar tal maraña financiera.

En términos generales los mecanismos económico-financieros responden a expectativas y motivaciones estandarizadas de los actores del mercado.

Las motivaciones de un inversor común pueden ser muy diversas; estarán en el lucro, el deseo de diversificar opciones, la idea de protegerse de la inestabilidad general de los mercados, etcétera. Las motivaciones prevalentes de los grupos terroristas sin duda son otras.

Por ello, cuando estos grupos incursionan en el mundo financiero, sus acciones se muestran con apartamientos significativos y singularidades técnicamente incompatibles con el uso normal de los mismos mecanismos. La ingeniería financiera puede adoptar variadas

formas, pero en todos los casos procurará combinar racionalmente instrumentos de inversión y financiación respetando ciertas reglas operativas básicas de los instrumentos involucrados. Pues bien, cuando se trata de inversiones ligadas al terrorismo, los nuevos instrumentos financieros, como son los contratos a plazo (*forward contract*), contratos financieros de futuros (*futures*), permutas financieras (*swaps*) y opciones (*options*), se resolverán soslayando o desvirtuando las expectativas de resultados que brindan operaciones corrientes realizadas a través de esos mismos instrumentos. En tales casos, los programas de retorno, la exposición económica y los niveles de tolerancia al riesgo, etcétera, que esos actores se muestren dispuestos a soportar se caracterizarán por una aparente irracionalidad e incoherencia de comportamiento, denotativas de que las operaciones analizadas involucran dineros de origen crítico.<sup>65</sup>

**5.** Esta metodología puede ser empleada con muy buenos resultados —dentro de las limitaciones naturales que impone la particular estructura de cada mecanismo investigado— en otros múltiples casos, incluso tratándose de delitos económicos complejos convencionales o manifestaciones de criminalidad de y hacia la empresa. Así, pueden delinearse con extremo rigor a partir de la observación técnica de sus mecanismos superiores, fuera de toda duda, las hipótesis de blanqueo de dinero y en la mayoría de los delitos contra el sistema financiero y cambiario, delitos fiscales, grandes estafas, delitos contra el trabajo y la seguridad social, delitos contra la libre competencia y contra el consumidor, e incluso para los crímenes informáticos y manejos abusivos del mercado de valores.

## 6.

### **SOBRE LA TRASCENDENCIA DEL CRITERIO METODOLÓGICO**

**1.** *Complementariedad metodológica.* Hemos dicho y reiterado que las dos metodologías de apreciación de la macrodelincuencia económica que hemos llamado *análisis clínico-sintomatológico de la macrocriminalidad económica* y *análisis tomográfico de los mecanismos económicos* no son de modo alguno contrapuestas, sino sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural, analizada sucesivamente desde sus síntomas sociales y desde la intimidad de los propios mecanismos económicos, cuyo uso abusivo se manifiesta en las ya citadas notas o síntomas.

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 23 ss.

El primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva estructural, sirve fundamentalmente para definir la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal en todos sus aspectos (legislativo, administrativo y judicial). El segundo aparece como extremadamente idóneo para detectar científicamente en forma preventiva el posible ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía. Esta alternativa permite superar la particular mutabilidad, apariencia de legalidad absoluta, falta de transparencia, el carácter múltiple, anónimo e incontrolable de las víctimas y la eventual transnacionalización de las actividades involucradas en los casos de macrodelincuencia económica. Posibilita un acotamiento racional y efectivo de los márgenes de invulnerabilidad que desde la perspectiva tradicional caracterizan a estas formas de extradelinquencia. Adicionalmente, esta metodología, que desnuda las desviaciones económicas desde su gestación, viabiliza un control por excepción y no por estándar, lo que resulta especialmente apropiado tratándose de hechos que frecuentemente tienen proyección penal.

**2. *Trascendencia en la técnica de tipificación.*** Pero además, y principalmente, la aproximación a la macrodelincuencia económica a través del análisis dinámico de sus mecanismos superiores permite extraer otras valiosas conclusiones referidas, en este caso, a la técnica de tipificación de estos fenómenos. Si se conocen en su detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga estrictamente la estructura funcional que se pretende reprimir.

Ya en la década del ochenta algunos autores señalaban que la macro- o extracriminalidad económica ponía en evidencia lo obsoleto del derecho penal tradicional, pensado en términos de microcriminalidad.<sup>66</sup> Actualmente, en esa misma línea, autores de indiscutida jerarquía como SILVA SÁNCHEZ, tomando en cuenta las necesidades socioculturales y políticas de la globalización, han pensado que la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad debe realizarse en las sociedades posindustriales a través de un “derecho sustantivo diferenciado”, de “doble velocidad”,<sup>67</sup> e incluso JAKOBS refiere a una “tercera velocidad”, cuya eficacia, a nuestro juicio, conlleva —inexorablemente— el sacrificio o necesario acotamiento de algunos de aquellos principios dogmáticos que la inspiración y el esfuerzo

---

<sup>66</sup> En ese sentido resulta muy ilustrativo Juarí C. SILVA, *A macrocriminalidade*, San Pablo: Revista Dos Tribunais, 1980, principalmente en su capítulo II, “A obsolescência do mecanismo de repressao ao crime”, pp. 18 ss.

<sup>67</sup> Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. revisada y ampliada, Madrid: Civitas, 2001. Debe señalarse que el citado publicista pretendió describir su visión de realidad de la dogmática posglobalización y condicionarla de *lege ferenda* a determinadas condiciones referidas a la aplicación de la pena, asociando la segunda velocidad, caracterizada por menores garantías a la aplicación de penas de multa, circunstancia que no se ha confirmado en la práctica.

de muchos fue definiendo a lo largo de la historia como ejes medulares de un derecho penal con vocación garantizadora.

Desde esta perspectiva frecuentemente se piensa, por ejemplo, que los tipos penales de los macrodelitos económicos, entre ellos los atribuidos al crimen organizado, se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipo abierto que deben ser cerrados por los jueces, creando tipos de peligro abstracto (con los que se entroniza la mera desobediencia como ilícita); mediante fórmulas omisivas, con similares inconvenientes, o, lo que es peor, mediante las fórmulas legales de tendencia, como el inabarcable tipo de la *conspiración* que ostenta la actual legislación norteamericana.<sup>68</sup>

Se suele afirmar también que el combate a este tipo de delitos conlleva necesariamente una progresiva aminoración del principio de culpabilidad; que se debe punir por la mera realización del acto, con base en una presunción o simplemente por hecho ajeno, y se sostiene la existencia de formas de analogía intratípica. Finalmente, entre otras sugerencias, se plantea que la observación del mismo fenómeno justifica incluso reabrir la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se ve actualmente en diversos países europeos y en el propio Brasil.

**3.** Nosotros descartamos por principio asertos tan categóricos. No es admisible que para contemplar lo adjetivo (dificultades probatorias) se termine por trastocar lo sustantivo (principios del dogma). Entendemos, en fin, que el derecho penal no debe ni puede hacerse cargo de esas dificultades probatorias, principalmente teniendo en cuenta que estas pueden ser normalmente superadas mediante una tipificación adecuada a un conocimiento también adecuado de los mecanismos económicos involucrados. En caso de optarse finalmente por el criterio de criminalizar manifestaciones de macrodelincuencia económica organizada, *esta tarea deberá y podrá intentarse —en la mayor parte de los casos— sin violar esos principios básicos del derecho penal*. Para ello es imprescindible que el trabajo se emprenda con suma prudencia y fina técnica legislativa, ya que en un sistema democrático y liberal deben existir férreos límites al *ius puniendi* del Estado a la luz de los principios de legalidad y culpabilidad. Estos principios, nos recuerda Sergio MOCCIA, aparecen como irrenunciables

---

<sup>68</sup> El delito de *conspiracy* fue introducido en la sección n.º 1962.d de la Normativa RICO, vigente como título IX del OCCA Act desde el 15 de octubre de 1970. En un solo proceso penal se denuncian y sentencian todas las actividades delictivas directa e indirectamente cometidas por una organización criminal y los actos de apoyo de sus consejeros y asistentes. Los requisitos del tipo son: debe tratarse de una organización criminal y debe además estar comprobada la comisión de dos actos ilícitos por miembros de esta organización, el primero de ellos cometido con posterioridad a 1970 y el segundo diez años más tarde que el primero. Este tipo presenta sugestivos puntos de contacto con la figura de *conspirazione politica mediante accordo*, incorporada en el artículo 304 del Código Penal italiano.



cualquiera sea la forma de delincuencia que se pretenda combatir. Ninguna estrategia legal contra la macrodelincuencia será justificada si es una salida de corte meramente emergencial que pone en entredicho la seguridad jurídica.<sup>69</sup>

La tarea de elaborar leyes realmente útiles en materia de delincuencia organizada, particularmente en el campo de la macrodelincuencia económico-financiera, puede compararse a una operación de microcirugía, donde se impone un mínimo de actividad con el instrumento más preciso. Ocurre que lamentablemente la misión de legislar en estas ramas tan delicadas se emprende siempre en forma apresurada, respondiendo a reclamos populares frente a hechos puntuales o presiones internacionales. Asimismo, ese cometido suele dejarse en manos de personas sin la suficiente especialización, que se atienen exclusivamente a los síntomas del fenómeno sin comprender el funcionamiento de los mecanismos involucrados.

En el ámbito uruguayo resulta de toda evidencia la necesidad de modernizar el régimen penal de las sociedades anónimas. No es concebible que las posibles desviaciones punibles que acontecen en las sociedades actuales sean calibradas a la luz de una ley eminentemente mercantilista, elaborada en 1893 (ley n.º 2230). Por otra parte, es universalmente reconocido que esta norma, inspirada en la ley francesa de 1867, de las cuatro posibles etapas de la vida societaria que contemplaba la legislación gala —etapa de proceso fundacional, etapa de gestión, etapa concursal y etapa liquidatoria—, solo tomó en cuenta las dos últimas, y ello usando tipos penales absolutamente abiertos.<sup>70</sup> Igualmente hemos puesto de manifiesto hace muchos años la imperiosa necesidad de redefinición dogmática del delito de quiebra, que tal como está legislado en la actualidad resulta sustancialmente inaplicable y desfasado con la sistemática ya no de la ley penal sino del propio Código de Comercio. Creemos que en estos casos la ley debe modernizarse sobre la base de dos categorías: delitos de quiebra y delitos en la quiebra.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Sergio MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 9 ss.; ídem, “Prospettive non emergenziali di controllo dei fatti di criminalità organizzata”, en Sergio MOCCIA (a c.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 133 ss.; dentro de la misma obra colectiva, Luigi STORTONI, “Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie”, pp. 119 ss.; Lucio MONACO, “Le risposte del sistema sanzionatorio ai fatti di criminalità organizzata”, pp. 245 ss., y Antonio CAVALIERE, “Effettività e criminalità organizzata”, pp. 291 ss.

<sup>70</sup> Gonzalo FERNÁNDEZ, *Derecho penal de la sociedad anónima (los delitos de la ley n.º 2.230)*, Montevideo: AME, 1983.

<sup>71</sup> Nahum BERGSTEIN, “Algunas consideraciones sobre el delito de quiebra”, en *Revista Jurídica Estudiantil*, n.º 2, XYZ Editores, 1986, pp. 23 ss. Este autor propugna la siguiente idea central: “Estamos frente a dos delitos, cada uno de los cuales asume diferentes modalidades. Un delito aglutina las diferentes conductas que tienen lugar con anterioridad a la declaración judicial de quiebra. El otro delito aglutina las conductas que reconocen el fallido como sujeto activo calificado de las mismas y que, por consecuencia, tienen lugar con posterioridad a la declaración de la quiebra”. En el mismo sentido Gabriel ADRIASOLA, Adriana DI GIOVANNI y Raúl CERVINI, “Informe al Centro de Estudios de Derecho Penal Económico del Uruguay, 1994”, publicado en *Boletín CBD de la Asociación de Delegados de la Policía Federal de Río Grande do Sul*, n.º 8, 1994; Raúl CERVINI y Gastón CHAVES HONTOU, “Estrategias del derecho penal económico. La

Los elementos constitutivos de los tipos penales se deben delinear cuidadosamente con “criterio jurídico trascendente”,<sup>72</sup> o sea, tomando en cuenta todas las posibles consecuencias intradrogmáticas de las nuevas creaciones penales, en especial procurando evitar los verbos nucleares amplios o vagos a fin de no correr el riesgo de caer en tipos abiertos que representan la más hipócrita negación al principio de legalidad, una de cuyas expresiones es “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”.

Bien resalta TIEDEMANN<sup>73</sup> que la utilización de fórmulas amplias, incluido el uso de fórmulas generales dentro del tipo objetivo, es, al contrario de lo que representan sus aparentes ventajas, sumamente problemática. El derecho penal liberal exige que los tipos sean cerrados, es decir, tipos específicos de una acción que se traduce en la manifestación de un acto externo del hombre, y solo eso podrá ser castigado. Nos hacemos cargo de las múltiples dificultades técnicas y prácticas implícitas en el hecho de criminalizar este tipo de conductas vinculadas a la criminalidad económica organizada con tipos perfectamente herméticos, sin recurrir a normas de segundo grado, de reenvío o en blanco, que otorgan desmesurado poder a los órganos en ejercicio de la función administrativa. Conocemos el costo de mantener un sistema mínimamente liberal, que sienta a la legalidad y a la culpabilidad como el límite natural de la pretensión punitiva del Estado. Se trata de una tarea muy ardua pero no imposible. Lo más grave es que la renuncia a ella significaría necesariamente la renuncia a los propios principios que deben motivar esa misma tarea. Se estaría sustituyendo automática y concomitantemente un derecho penal de legalidad por un derecho penal de conveniencia: la razón de Estado por sobre la razón jurídica.

Lamentablemente, en este campo se encuentra arraigada la injustificada tendencia a confundir dificultades técnicas con imposibilidad. Pero, insistimos, si se opta finalmente por penalizar, habrá que franquear todos estos obstáculos para legislar bien, ya que las referencias más o menos genéricas son sinónimo de tipos abiertos que engendran el riesgo de la analogía y, entre otras cosas, tampoco es admisible penar por analogía. A nuestro modo de ver —salvo en un número menor de casos—, debe y puede operarse concretando exclusivamente las figuras en tipos muy específicos, técnicamente cerrados, que impidan la pura discrecionalidad de la administración y de los magistrados. La regla de oro es que la punibilidad, incluida

---

perspectiva uruguaya”, ponencia por la Universidad Católica del Uruguay al Proyecto Alfa de la Comunidad Europea sobre Criminalidad Económica, organizado por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1996.

Hemos sostenido que la división entre quiebra fraudulenta y quiebra culpable no se corresponde técnicamente con lo que surge de la propia norma comercial, y suscribimos íntegramente la nueva sistematización, que consiste en distinguir entre delitos *de* quiebra y delitos *en la* quiebra, o sea, con posterioridad a la declaración de quiebra.

<sup>72</sup> Ennio FORTUNA, “Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale”, en *La Mafia Oggi - Individuazione del Fenómeno*, Padua: Cedam, 1985, pp. 271 ss.

<sup>73</sup> TIEDEMANN, “Apresentação crítica”, o. cit., p. 21.

en ella la tipicidad, esté determinada antes de la comisión del hecho con total precisión y no recién a posteriori por el aplicador. En tal sentido, la diversidad de tipos penales dentro y fuera del Código Penal no es otra cosa que efecto del principio de legalidad, en el sentido de exigencia de determinación.<sup>74</sup>

En ese contexto no nos parece ni conveniente ni imprescindible que los nuevos tipos penales se plasmen en figuras formales de mera actividad, que castiguen la puesta en peligro, a través de tipos meramente omisivos de obligaciones puramente reglamentarias o administrativas.<sup>75</sup> De este modo se hace de la norma penal —como ha expresado Juárez TAVARES— un exclusivo refuerzo a la obediencia, sin ninguna referencia directa a la noción de bien jurídico ni pretensión de impedir una lesión concreta de este.<sup>76</sup>

**4.** La creación de esos tipos penales imprescindibles para la persecución de los casos más graves de criminalidad económica deberá promover también una reflexión responsable respecto de la imputación penal en el marco del delito corporativo, principalmente en lo relativo al entrecruzamiento de responsabilidades en los ilícitos transnacionales. Personalmente nos inclinamos a pensar que el tema puede dilucidarse satisfactoriamente empleando, en buena parte de los casos, los recursos dogmáticos tradicionalmente transitados por la doctrina como son los de la participación criminal, la autoría mediata y la omisión impropia,<sup>77</sup> procurando evitar en lo posible el uso indiscriminado de aquellas teorías que en principio no se avienen cómodamente con las estipulaciones escritas de nuestra ley, como pueden ser la teoría del dominio del hecho<sup>78</sup> y el *actuar en lugar de otro*.<sup>79</sup> No se desconoce el mérito técnico ni la innegable utilidad, a nuestro juicio subsidiaria, de estas elaboraciones y la necesidad de establecerlas legislativamente para casos puntuales. Simplemente instamos al estudio y a la prudencia. Antes de abandonar la aplicación de los principios dogmáticos de portada general, aconsejamos intentar la profundización en el conocimiento de las complejas

<sup>74</sup> Cf. Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Múnich: C. H. Beck, 1992, p. 70.

<sup>75</sup> Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, artículo 14: “Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que actuando como tales deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los arts. 10 a 13 del presente Reglamento o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos”.

<sup>76</sup> TAVARES, o. cit., p. 129.

<sup>77</sup> Cf. Enrique BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Bogotá: Temis, 1985, pp. 109 ss.; ídem, “Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Panedille, 1970.

<sup>78</sup> Claus ROXIN, “Sobre la autoría y la participación en derecho penal”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Panedilli, 1970; ídem, “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, en *Doctrina Penal*, año VIII, n.º 31, Buenos Aires, 1985, p. 399.

<sup>79</sup> Cf.: “Punibilidad y responsabilidad administrativa en las personas jurídicas y de sus órganos”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. II, 1988.

realidades y mecanismos a reglar. Empeñados en tal sentido, veremos que, cuando estos se logran efectivamente desentrañar aislando el cerne del disvalor relevante, suelen retomar toda su funcionalidad muchos de los recursos de la dogmática clásica.

**5.** *Sobre la penalización de la persona jurídica.* En lo que respecta a la pretendida necesidad de penalizar la persona jurídica, pensamos que detrás de esta tesis no hay otra cosa que un derecho administrativo disciplinario al que se le agrega con la pena una nota estigmatizante que puede llevar la calma a ciertos círculos. Enseña CEREZO MIR que la persona colectiva carece de capacidad de acción en el sentido estricto del derecho penal (*nullum crimen sine actione*), carece de capacidad de culpabilidad y de capacidad de pena (principio de la personalidad de la pena). Solo el hombre como individuo puede ser sujeto activo de delito.<sup>80</sup>

Estrictamente, la concreción de la responsabilidad penal de los entes colectivos implicaría un innecesario desdibujamiento del principio de la responsabilidad personal y un retroceso dogmático inocuo, ya que en los hechos solo serviría para reforzar la tradicional impunidad de las personas físicas que los controlan. Por razones burocráticas o meras dificultades probatorias, el funcionamiento real del sistema judicial seguramente agotaría la instrucción al nivel de la penalización formal de las personas jurídicas, los *mass media* inducirían en la opinión pública esa satisfacción básica a sus requerimientos de justicia, y las personas físicas auténticamente responsables podrían seguir tan impunes como siempre, actuando a través de otras sociedades. Por eso se ha dicho que, en la realidad de los hechos, la responsabilidad de *dobles vías* se reduce a una responsabilidad penal de *cajas vacías*.<sup>81</sup> Con una creación semejante, el derecho penal daría prueba cabal más de su inoperancia que de su eficacia, si se entiende por esta última el hecho de llegar a la identificación completa del acto, su autor y las motivaciones de este. En una sola expresión: el cuerpo y alma del delito. La penalización de la persona jurídica choca frontalmente con la construcción dogmática y jurisprudencial del *disregard of legal entity*, que precisamente busca reconciliar la realidad con el derecho, hacer visible en el derecho lo que el juez ya ve en los hechos: una persona física actuando detrás de una persona jurídica. La teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica puede llevar precisamente a lo contrario: a la exclusiva y antinatural penalización de la cobertura formal de actuación de las personas.

**6.** *Trascendencia sobre la necesidad de concreción o clara reconocibilidad del bien jurídico.* La propuesta *topográfica* permite finalmente conocer lo que se quiere proteger y cómo

---

<sup>80</sup> José CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. II, Madrid: Tecnos, 1992, p. 70.

<sup>81</sup> SEVERIN, o. cit., p. 52.

puede llevarse efectivamente a cabo dicha protección, con el consiguiente esclarecimiento y visibilidad de las conductas que pueden lesionar el bien así precisado. Cuando el objeto no está suficientemente definido, los medios serán necesariamente ambiguos. Por el contrario, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello, por lo general, a la eficiencia normativa y a la seguridad jurídica. La ventaja que acarrea esta concepción metodológica no es menor: mantener al derecho penal dentro de los principios rectores de lesividad y legalidad, los que resultarían ineludiblemente comprometidos si los contornos del bien jurídico aparecieran lo suficientemente confusos y ambiguos (sistema de funciones) como para concluir que determinada acción es peligrosa para este y para precisar con el rigor deseado cuáles acciones lo son.

Cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro. Últimamente existe la tendencia, no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar este, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la deliriosidad. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socioeconómica: una consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional); otra, de más reciente aparición, usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de evaporar el bien jurídico; en otras palabras, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un derecho penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada (elefantitis del bien jurídico), hasta el punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ella supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción, y solamente por estas, que el bien jurídico puede y debe protegerse. El otro método equivale a la lucha de don Quijote contra los molinos, pues no se conoce exactamente contra quién se combate, si contra los molinos o contra gigantes, y precisamente el disvalor de la acción depende de ese exacto conocimiento. Una ampliación del bien

jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su reconocibilidad. Este es, o debe ser, el límite, y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección.

## 7.

### SUGERENCIAS SOBRE LA FORMA DE ABORDAR LA TIPIFICACIÓN DE LOS MACRODELITOS ECONÓMICOS EN UN ESTADO DE DERECHO

**1.** Desde nuestra perspectiva, el tipo del injusto conocido también como incriminador o vinculante es la descripción abstracta y referenciada de un hecho real: acción, omisión, dolosa, culpable o ultraintencional) que la ley prohíbe. Pero *descripción abstracta* no debe ni puede entenderse como sinónimo de vaguedad, indefinición o entorno difuso, sino que debe hacer referencia a la construcción de un modelo cerrado de conducta activa u omisiva, lo suficientemente concreto y referenciado a la lesión de bienes jurídicos muy específicos amparados por la Constitución y la ley.

La tipicidad es un atributo de la conducta. Es un predicado de la conducta, por ello es imprescindible el conocimiento adecuado del objeto que se pretende tutelar penalmente. Si este no se conoce, la adecuación típica será necesariamente difusa e imperfecta, y el juicio de tipicidad, una farsa sin sentido.

Solo un injusto típico muy concreto y específico puede funcionar como garantía y fundamento de la ilicitud. En tal camino, el conocimiento del objeto de tutela conducirá necesariamente a delimitar el ámbito del mandato prohibitivo. Por ello también, toda reflexión sobre la tipificación en materia de ilícitos económico-financieros debe pasar, en primer lugar, por una reflexión seria sobre la metodología de abordaje y apreciación de los mecanismos involucrados en esos subsistemas.

**2.** Por todo lo expresado, y a modo de síntesis, necesariamente provisoria, debemos subrayar lo siguiente:

**2.1.** El conocimiento adecuado de las modalidades de actuación de los propios mecanismos económicos involucrados resulta imprescindible para alcanzar un razonable control de las actividades ilícitas que se procesan por su intermedio o en su contexto sistémico. Ello requiere una metodología especial apropiada al objeto de análisis.

**2.2.** Una vez desentrañada la estructura funcional y operativa de los mecanismos económicos y financieros vulnerables, resultará viable intentar una estrategia de su control punitivo, el que debe y en la mayoría de los casos puede realizarse, respetando los principios tradicionales de un dogma penal garantizador propio del Estado democrático de derecho.

Corresponde rescatar en este momento los premonitorios conceptos vertidos por MUÑOZ CONDE en su comunicación a las Jornadas en Honor al Prof. TIEDEMANN, realizadas en 1995. Expresaba entonces el catedrático de Sevilla:

Mi conclusión fundamental es que el Derecho Penal económico es, sin duda, una parte importante del moderno Derecho Penal y quizás una de las que tenga más futuro, pero mientras no se demuestre lo contrario, son las categorías y principios generales del Derecho Penal en su conjunto las que deben emplearse para resolver sus problemas. Una vez más, el rigor de una buena dogmática orientada político-criminalmente a las consecuencias puede ser más fructífera que muchas reformas coyunturales que atrapadas por el signo de la época intentan dar respuestas puntuales a problemas que no son problemas específicos de hoy, sino de ayer, de mañana y de todos los tiempos.<sup>82</sup>

**3.** En resumen: el acento de la indagatoria y de la represión no debe buscarse en el resultado sino en el proceso operativo mismo, por cuanto es en el gerundio de la actividad donde se realiza la conducta y el principio de culpabilidad que debe presidirla. Un derecho penal que aspire a mantenerse idéntico a sí mismo en su tradición de derecho penal liberal no debería abstenerse de ingresar a ese proceso en razón o pretexto de su complejidad, por cuanto es a través de desbrozar esa complejidad que al mismo tiempo se encontrará a sí mismo. La penalización por el resultado, por más que simple, elude o soslaya en definitiva el *quid* de la conducta y de la culpabilidad, transformándose en una instancia meramente simbólica<sup>83</sup> y perversa en la cual eficiencia y garantías se exhiben de modo falaz como necesariamente antinómicas.

**4.** El Estado democrático de derecho está basado y sobrevive plenamente solo en mérito a la afirmación permanente de determinados principios y límites. En materia de derecho penal los límites intradogmáticos que calificamos como *principios penales democráticos* contemplan la protección de la dignidad de la persona humana, la protección de un bien jurídico concreto y reconocible, la precisión técnica estricta de los tipos penales, la necesidad de la pena, la intervención mínima, la proporcionalidad, la racionalidad, el respeto de

---

<sup>82</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo - Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

<sup>83</sup> ELIO LO MONTE, "Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma", *Diritto Penale dell'Economia*, vol. XI, n.º 2-3.

la categorías lógico-objetivas y la culpabilidad, que es en definitiva el principio de portada general. Toda claudicación a estos paradigmas conlleva una afectación más o menos sensible, de acuerdo con su grado y naturaleza, al Estado democrático de derecho. Solo a partir de una clara convicción en estos enunciados pueden abordarse los complejos problemas dogmáticos que plantea el derecho penal contemporáneo.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ADRIASOLA, Gabriel, Adriana DI GIOVANNI y Raúl CERVINI, “Informe al Centro de Estudios de Derecho Penal Económico del Uruguay, 1994”, publicado en *Boletín CBD de la Asociación de Delegados de la Policía Federal de Río Grande do Sul*, n.º 8, 1994.
- María ALCALÉ SÁNCHEZ (coord.), *Nuevas tendencias en derecho penal económico*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008.
- Anales de la 3.ª Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del International Center of Economic Penal Studies*, Sección de Trabajo n.º III, Macrodelinuencia Económica y Riesgos Corporativos, V. M. Doc. AC67/94, Nueva York, 1994.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de, Louis W. SEVERIN, Raúl CERVINI, Juárez TAVARES y otros, *Curso de cooperación penal internacional*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, ISIEC (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), 1994.
- BACRIE, Stéphane: *Reporte sobre criminalidad europea*, Documento BV/78-01 Consejo Consultivo ICEPS, Nueva York, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique, “Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Panedille, 1970.
- *Delitos improprios de omisión*, Bogotá: Temis, 1985.
- BACRIE, Stéphane, “Relatorio, ICEPS M//38- 2’0099). Criminalidad Organizada Empresarial”, presentado en la Reunión Conjunta de Consejos del ICEPS, Nueva York, diciembre 2009.
- BACRIE, Stéphane, y Raúl CERVINI, “Repport: Convention contre la criminalité trasnationale organisée”, realizado a pedido del relator de la Comisión de Asuntos Extranjeros del Senado de Francia, senador Dr. André Rouvière, *Repport*, n.º 200, París, 31 de enero 2001.



- BALDWIN Jr., Fletcher N., *The displayer image theory. The Economic Crime approach*, Gainesville: Merser, 2007.
- BALDWIN Jr., Fletcher N., y Robert J. MUNRO, *Money laundering, asset forfeiture and international financial crime*, t. II, Nueva York: Oceana, 1983.
- BALL, R., y P. BROWN, “An empirical evaluation of accounting income numbers”, en *Journal of Accounting Research*, vol. 6, Londres, 1968.
- BALLESTEROS JARAMILLO, Américo, “La delincuencia de los negocios”, en *Revista Bancaria Internacional*, vol. I, n.º 3, Lima, 1991.
- BENILAR, Fernando, *La criminalidad en cifras*, Fascículos del Círculo Bancario Bolivariano, vol. 3, La Paz, mayo-junio de 1991.
- BERGSTEIN, Nahum, “Algunas consideraciones sobre el delito de quiebra”, en *Revista Juridica Estudiantil*, n.º 2, XYZ Editores, 1986.
- BRILL, Alan E., Fletcher N. BALDWIN Jr. y Robert J. MUNRO, *Cybercrime & Security*, Pauline C. REICH (ed.), tratado de referencia en tres volúmenes, 2008.
- CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex, 1998.
- CASTALDO, Andrea: “Criminalidad organizada y mercado económico-financiero”, en YACOBUCCI (a c.), *El crimen organizado*, 2005.
- “L’economia malata: la ricchezza di origine illecita. La lotta al riciclaggio nell’ ottica del diritto penale italiano”, ponencia al Coloquio del Morton Banking Center de New York, diciembre de 2002, *Doc. ICEPS: SGE/tb/261/2002*.
- “Informe sobre la criminalidad organizada en Europa”, preparado por encargo de la Secretaría Ejecutiva de la Comunidad, Bruselas, 2006, *Doc. CSD-76/05*.
- *La naturaleza económica de la criminalidad organizada: aportes para un modelo de contraste político-criminal eficiente*, Prudentia Iuris, 2003.
- “Obblighi antiriciclaggio e categorie professionali convolte: le novità del D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56”, en *Diritto e Prática nella Società*, n.º 9, 2004.
- CASTALDO, Andrea, y Marco NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padua: Cedam, 2010.
- CAVALIERE, Antonio, “Effettività e criminalità organizzata”, en Sergio MOCCIA (a c.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- CATHARINO, José Martins, *Compendio universitario de direito do trabalho*, vol. I, San Pablo, 1972.

- CAVALIERE, Antonio, “Effettività e criminalità organizzata”, en Sergio MOCCIA (a c.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, t. II, Madrid: Tecnos, 1992.
- CERVINI, Raúl, “Alternativas metodológicas para una adecuada comprensión y tipificación de la criminalidad económico-financiera”, en Ramiro R. RUBINSKA y Daniel SCHURJIN ALMENAR (coords.), *Derecho penal económico*, tomo I, Buenos Aires: Bosch, 2010.
- “Análise criminológica do fenômeno do delito organizado”, en João Marcello DE ARAUJO Jr. (org.), *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Río de Janeiro: Forense, 1992.
- “Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado”, en *Revista Doctrina Penal*, n.º 40, Buenos Aires, octubre-diciembre de 1987.
- “Los derechos humanos como límite a ciertas instancias de cooperación internacional”, *off print* de conferencia dictada durante el 5.º Curso Internacional de Criminología Integrada, Facultad de Derecho de la Universidad de Florida, Leven School of Law, 18 de junio de 1992, Doc. LSOF 56/CL- 692.
- “Illicit networks. Unlawful profesional practices in organized crimes”, en *Law Contents*, vol. 29, n.º 6, Nueva York, noviembre-diciembre de 2001.
- “Lavado de dinero”, ponencia al 3er. Curso Internacional de Ciencias Criminales Integradas, Universidad del Estado de Florida, Miami, 1991.
- “Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica”, en *Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Revista Brasileña de Ciencias Criminales*, año 3, n.º 11, julio-setiembre de 1995.
- “Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico”, en Ricardo LENZ (ed.), *Ensayos penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodriguez de Souza*, Porto Alegre, 2003.
- “Operación Uruguay - Análisis de la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental”, en *A OAB e o Impeachment*, Brasilia: Conselho Federal da OAB, 1993.
- “Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los *networks* ilícitos”, en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 5, año 2000, Corrientes: Fundación Cuadernos de la Cátedra y Mave, 2000.
- “I Processi di riciclaggio di denaro e *network* illeciti. Approssimazione Metodologica e sue Conseguenze”, en *Prospettive di Diritto Penale*, vol. II, n.º 3, Milán, junio de 2005.

- “La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización”, en *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- CERVINI, Raúl, y Saúl BLOVICH, “Trazabilidad financiera del terrorismo internacional”, ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Nueva York, diciembre 2003, Doc. ICEPS/ JICAB- C 76/03.
- CERVINI Raúl, y Gastón CHAVES HONTOU, “Estrategias del derecho penal económico. La perspectiva uruguaya”, ponencia por la Universidad Católica del Uruguay al Proyecto Alfa de la Comunidad Europea sobre Criminalidad Económica, organizado por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1996.
- CERVINI, Raúl, y Juarez TAVARES, *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, San Pablo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CLIFFORD, William, “The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners”, en *Proceedings of the 66<sup>th</sup> Annual Meeting de la American Society of International Law, American Journal of International Law*, vol. 66, n.º 4, setiembre de 1972.
- CLINARD, Marshall, y Richard QUINNEY, *Criminal Behavior Systems. A Typology*, 2.ª ed., Nueva York: Holt, Rinehart y Winston, 1973.
- Cuaderno Estadístico de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria* n.º 33, Ginebra, febrero de 1995.
- CULMANN, Henri, *Los mecanismos económicos*, Barcelona: A. Redondo, colección Beta, 1989.
- DAHL, Robert A., *Who Governs? Democracy and Power in American City*, Londres: New Haven, 1961.
- DEMSKI, J. S., *Methodology in Finance. A selective determination*, Iowa State University Press, 1986.
- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, “Análisis de riesgo de la delincuencia organizada”, Doc ICEPS-CBG 250/2011, Nueva York, julio 2011.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Derecho penal de la sociedad anónima (los delitos de la ley n.º 2.230)*, Montevideo: AMF, 1983.
- FIERRO, Guillermo J., *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires: Depalma, 1977.
- FLECK MOYANO, Patricia Luján, *Global Bank Risk*, Berna: Hasser, 2008.
- FORTUNA, Ennio, “Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale”, en *La Mafia Oggi - Individuazione del Fenómeno*, Padua: Cedam, 1985.
- GOMES, Luiz Flavio, y Raúl CERVINI, *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*, 2.ª ed., San Pablo, Revista Dos Tribunais, mayo de 1997.

- HELM ROGERS, Bernard, “Inquietud y reflexión - Tormentas especulativas”, en *East American Review*, vol. VI, n.º 12, Washington, julio de 2002.
- Informe UNICRI-CINAF, Documentos MCC-105/06, MCC-130/07 y MCC 162/08, etc., Roma, 2006-2011.
- LECAILLON, Jacques, *Les mécanismes de l'économie*, 2.ª ed., París: Cujas, colección Initiation, 1972.
- LO MONTE, Elio, “Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma”, *Diritto Penale dell'Economia*, vol. XI, n.º 2-3.
- LYRA, Roberto, *Criminología*, Río de Janeiro: Forense, 1964.
- MASCIANDARO, Donato, *Banche e riciclaggio. Analisi economica e regolamentazione*; Milán: Edibank, 1994.
- MOCCIA, Sergio, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- “Prospettive non emergenziali di controllo dei fatti di criminalità organizzata”, en Sergio MOCCIA (a. c.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- “Riflessioni di politica criminale e di tecnica della legislazione per una riforma del diritto penale tributario” en *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Salerno, 1993.
- MONACO, Lucio, “Le risposte del sistema sanzionatorio ai fatti di criminalità organizzata”, Sergio MOCCIA (a. c.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo - Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.
- NADDEO, Marco, “Obblighi antiriciclaggio per gli avvocati: i profili Della c.d. collaborazione attiva”, en *Società*, abril de 2007.
- NADDEO-CIAGLIA, “Mercati finanziari. Lealtà normativa e riciclaggio di proventi illeciti”, in *Solodiritto*, mayo de 2010.
- NEW YORK STATE ORGANIZED CRIME TASK FORCE, *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, Nueva York: CVF, 1990.
- OSSERVATORIO GIURIDICO SULLA CRIMINALITÀ ECONOMICA ORGANIZZATA DE ROMA, Proyecto CERARDI (Centro di Ricerca per il Diritto d'impresa), implementado académicamente.

- micamente por la Università degli Studi di Salerno y la Università Luiss Guido Carli di Roma, Informe M/27/2009, Roma, 2009.
- PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Universidad Complutense, Instituto de Criminología, y Edersa, 2000.
- PITTARO, Paulo, “Tutele Procedurali e Requisiti in Materia Penale”, ponencia a la Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencia Criminal, Siracusa, diciembre de 1989.
- RYAN, Bob, Robert W. SCAPENS y Michael THEOBALD, *Research method y methodology in finance & accounting*, Londres: Thomson, 2002.
- RESTA, Elgio, “Relato sobre aspectos sociales”, en Congreso de la Defensa Social de Argentina, Buenos Aires, 1986.
- RISSI, Eduardo Mario, *La transnacionalización en la sociedad contemporánea*, México: Jasil, 1991.
- ROUX, Jean-André, “L’entr’aide des Etats dans la lutte contre la criminalité”, *Recueil des Cours de L’Academie de Droit International*, t. 36, París: Librairie du Recueil Sirey, 1932.
- ROXIN, Claus, “Sobre la autoría y la participación en derecho penal”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Azúa*, Buenos Aires: Panedilli, 1970.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Múnich: C. H. Beck, 1992.
- “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, en *Doctrina Penal*, año VIII, n.º 31, Buenos Aires, 1985.
- RUBIN, George, *The conglomerate of crime*, Nueva York: Hamilton, 1989.
- RUGGERO-FLECK MOYANO, *Informe Melbourne*, Londres: Superior Institute of London, Doc. CB.6/2000 y CB 156/2006.
- SCHUTTE, Julian J. E., “La regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos del hombre en los procesos de cooperación internacional en materia penal. Informe general de la AIDP”, en José Luís DA COSTA e João Marcello DE ARAÚJO Jr. (orgs.), *Cadernos do XV Congresso Internacional de Direito Penal*, seção IV, Río de Janeiro: UERJ, 1994.
- SEVERIN, Louis W., “Economics Process and Criminal Law”, en *Law and Criminology Review*, vol. 2, n.º 4, University of Texas at Austin, School of Law, Austin, 1970.
- “The economic crime and its profits”, en *Law and Criminology Review*, vol. 12, n.º 3, University of Texas at Austin, School of Law, Austin, 1993.
- *Recent developments in relation to economic crimes*, Austin: Ladelt, 1991.

- SIBARIN, Frank, “Mecanismos macroeconómicos y delincuencia financiera”, ponencia al 2.º Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, Nueva York, diciembre de 1994.
- SILVA, Juari C., *A macrocriminalidade*, San Pablo: Revista Dos Tribunais, 1980.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. revisada y ampliada, Madrid: Civitas, 2001.
- STORDAHL, Frank, “Modalidades de extrayuda penal internacional”, conferencia pronunciada durante el 2.º Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales, Universidad del Estado de Florida, Levin School of Law, mayo de 1991, Doc. Bc45-3.
- STORTONI, Luigi, “Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie”, en Sergio MOCCIA (a c.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermeneutica jurídica e(m) Crise*, 3.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TAVARES, Juarez, “Límites dogmáticos a la cooperación penal internacional”, en *Curso de cooperación penal internacional*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, ISIEC (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), 1994.
- TAVARES, Juarez, y Raúl CERVINI, *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, San Pablo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Sistema penal y empresa”, en Juan María TERRADILLOS BASOCO y María ALCALÉ SÁNCHEZ (coords.), *Nuevas tendencias en derecho penal económico*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008.
- THORWARD, Jürgen, *Crime and science*, Nueva York, 1966.
- TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona: Ariel, 1985.
- “Apresentação crítica” de la obra *Crimes contra a ordem economica*, de João Marcello ARAUJO JUNIOR, San Pablo: Revista dos Tribunais, 1995.
- “Punibilidad y responsabilidad administrativa en las personas jurídicas y de sus órganos”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. II, 1988.
- TIRENNO, Duilio, “La lotta alla criminalità economica”, en *Rivista Trimestrale Lucerne*, vol. VI, n.º 5, Milán, 2008.
- TRAVERS, Maurice, “Les effets internationaux des jugements répressifs”, en *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, t. 4, París: Hachette, 1925.

- TROUSSE, Paul-Emile, “Quelques aspects de la collaboration des Etats dans l’administration de la justice répressive”, en *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruselas, 1968.
- VERSELE, Servin Carlos, “Las cifras doradas de la delincuencia”, en *ILANUD Al Día*, año 1, n.º 1, San José, 1978.
- VALO, Serge, “El abuso del factor especulativo”, en *Revista de Economía Social de México*, n.º 16, México, setiembre de 2002.
- VIGNA, Piero L., “Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado”, en Guillermo J. YACOBUCCI (coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires: Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales, 2005.
- VOLZ FARIAS, Emilio Enrique: *Matemática financiera aplicada as operacões do mercado financeiro*, Santa María : FEEV, 2002.
- WEBER, Max, *Wirtschaft und Gersellschaft*, t. II, Tubinga, 1976.





# La fragmentación de la teoría general del contrato en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de marzo de 2012

The fragmentation of the general theory of contract in the Draft Civil and Commercial Code of the Argentine Republic of March 2012

*Carlos de Cores\**

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay,  
<cdecores@ucu.edu.uy>

**RESUMEN.** Este trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre la actual teoría general de los contratos, a partir de los cambios que se han producido en este instituto jurídico en los últimos años. Analiza en particular —tomando como *leit motiv* el Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino— la tendencia a unificar los contratos, a priorizar una actitud que bien puede llamarse *constitucionalista* por parte de los jueces a la hora de aplicar la ley, la remisión a las fuentes del derecho, etc.

**PALABRAS CLAVE.** Contratos. Anteproyecto del Código Civil y Comercial Argentino. Constitucionalización del derecho privado. Fuentes del derecho. Interpretación del derecho. Negocio jurídico. Contrato de adhesión. Contrato de consumo.

---

\* Abogado, director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

**ABSTRACT.** This work is part of a broader investigation into the current general theory of contracts, from the changes that have occurred in this legal Institute in recent years. It analyzes in particular – taking as leiv motiv the preliminary draft of the code *Civil y Comercial Argentino* – the tendency to unify the contracts, to prioritize an attitude that well can be called a “Constitutionalist” by the judges in applying the law, the reference to the sources of the law, etc.

**KEYWORDS.** Contracts. Preliminary draft of the code Civil and Comercial Argentino. Constitutionalization of private law. Sources of law. Interpretation of law. Legal business. Contract of adhesion. Consumer contract.

## 1. INTRODUCCIÓN

Por decreto presidencial 191/2011, se creó en la República Argentina una comisión con la finalidad de redactar un Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Dicha Comisión, integrada por los doctores Ricardo Luis LORENZETTI, Elena HIGHTON DE NOLASCO y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, entregó su trabajo en marzo de 2012. Este Anteproyecto de reforma del Código Civil argentino, que unifica los códigos Civil y Comercial, plantea un gran número de novedades en todo su ámbito material, tanto en el derecho patrimonial como en el derecho de familia y de sucesiones.

El aspecto que nos interesa analizar puntualmente aquí es la forma en la cual los autores han encarado los problemas actuales más relevantes del derecho contractual, que se entretajan en la *segunda crisis* de la idea de contrato. En efecto, es posible identificar una primera crisis, pauta por el proceso de socialización del contrato, que se desarrolla hasta mediados del siglo XX, y una segunda crisis, en la etapa final del siglo XX, provocada fundamentalmente por la irrupción de la legislación sobre relaciones de consumo, de tal intensidad que habría afectado estructuralmente el edificio de la teoría general del contrato.<sup>1</sup> En ese sentido, nuestro centro de interés es, en especial, el modo según el cual esta propuesta de Anteproyecto legislativo trata el tema de la categoría general del contrato, tanto en cuanto a su ubicación sistemática en el Anteproyecto de código como en el contenido de la temática que pretende disciplinar.

El referido Anteproyecto constituye un excelente caso de estudio para observar el fenómeno aludido, ya que la Comisión ha encarado los problemas de las fuentes del derecho privado, de la relación entre la Constitución, la ley y el juez, de la vinculación entre la disciplina general del contrato, la disciplina de los supuestos contractuales especiales y la de los

---

<sup>1</sup> Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Iñigo NAVARRO MENDIZÁBAL y María del Pino ACOSTA MÉRIDA, *Derecho del consumo*, Madrid: Cálamo, Manuales Básicos, 2005, p. 35.

diversos microsistemas o subsistemas normativos que inciden en las relaciones reguladas por el derecho privado, y particularmente entre la ley de relaciones de consumo y la estructura de la parte del Código relativa al contrato en general; problemas todos ellos que constituyen el núcleo de la segunda crisis del contrato y de la problemática actual del derecho contractual. Esta investigación permitirá verificar cómo la crisis del contrato ha impactado en la concepción del contrato que responde a la idea clásica de la teoría liberal, así como en la teoría general del contrato y en la parte del Código Civil relativa a los contratos en general.

En esa línea, la elección del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina como objeto de estudio no es antojadiza, ya que todas estas cuestiones han sido cuidadosamente analizadas por sus autores, no como resultado de un interés artificialmente agregado a lo que constituye el Anteproyecto, sino como punto de partida para opciones concretas de política y técnica legislativa. En efecto, como surge del documento titulado *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* —que reviste gran trascendencia, no solo por su extensión de más de trescientas páginas, sino por las propias manifestaciones de los miembros de la Comisión, que expresan que en dicha pieza se contiene tanto el método como los principios que inspiran el trabajo—,<sup>2</sup> los referidos problemas son planteados con la finalidad de dejar sentados los puntos de vista de la Comisión, como fundamento de las opciones concretas efectuadas por los autores en el diseño de la disciplina contractual.

En consecuencia, teniendo en cuenta el prestigio intelectual y académico de los miembros de la Comisión y la absoluta novedad que presenta el Anteproyecto, el tratamiento dado a los problemas indicados, así como la formulación normativa concreta que de ella se deriva, presentan indudable interés para dar cuenta sucinta del estado actual del arte en relación con la teoría general del contrato.

## 2.

### **LA CUESTIÓN DE LAS FUENTES. CONSTITUCIÓN, LEY GENERAL, LEY ESPECIAL Y ROL DEL MAGISTRADO**

Entre los aspectos valorativos que se encuentran presentes en el Anteproyecto, interesa señalar en primer lugar que este reconoce lo que se ha denominado *proceso de*

---

<sup>2</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 1.

*constitucionalización del derecho privado*. La importancia que la Comisión asigna a este proceso queda en evidencia en que se hace referencia a él antes que ninguna otra consideración.<sup>3</sup>

Este proceso se caracteriza por la mayor incidencia de la parte dogmática de los tratados internacionales y de las constituciones en el derecho privado.<sup>4</sup> En efecto, en el documento sobre los fundamentos se afirma claramente que el Anteproyecto ha tomado en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el *bloque de constitucionalidad*, y admite como punto de partida la constitucionalización del derecho privado, con la explícita intención de reconstruir la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Ahora bien: la cuestión de la constitucionalización del derecho privado pasa a ser instrumentada en el Anteproyecto como parte de un problema previo, que es el de las fuentes del derecho privado.

La cuestión de las fuentes del derecho nunca ha tenido la misma significación en Europa que en América Latina, donde la codificación implicó —en general— una simplificación y unificación del sistema de fuentes preexistente, propio del derecho colonial. Por cierto, en Europa el proceso de codificación intentaba el mismo resultado, pero la proliferación de derechos locales y la resistencia de estos frente a la codificación determinaron la subsistencia —junto con los códigos civiles— de numerosas legislaciones forales y locales que han mantenido la cuestión de las fuentes en primer plano, lo que no ocurriría así —en general— en la experiencia latinoamericana.

Sin embargo, tanto en Europa como en América Latina, el proceso de crisis sufrido por el derecho privado, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, obliga a considerar el problema de las fuentes del derecho en una nueva perspectiva. En la descriptiva expresión de IRTI, la segunda mitad del siglo XX ha sido “la edad de la descodificación”.<sup>5</sup> La proliferación de subsistemas y microsistemas normativos con vocación de regulación de aspectos de la vida cotidiana que antes estuvieron regidos por el Código Civil (derecho del trabajo, derecho de los arrendamientos urbanos y rurales, leyes sobre adquisición de la propiedad inmueble y particularmente de la propiedad horizontal, regulación administrativa de la actividad privada en materia financiera y de seguros, de servicios públicos, de servicios de salud, y especialmente el derecho de las relaciones de consumo) replantea el problema de las fuentes en una nueva significación: la de la aplicación coordinada de las normas del Código Civil —que

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>4</sup> Véase por todos Pietro PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Nápoles: ESI, 2006.

<sup>5</sup> Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Milán: Giuffrè, 1999.

mantiene su configuración de normativa general— con las normas sectoriales. Presentar, pues, en primer lugar la cuestión de las fuentes parece a todas luces acertado, porque constituye el primer problema a resolver desde el punto de vista lógico y metodológico.

La Comisión manifiesta haber destinado un importante esfuerzo a lograr la mayor coherencia posible del Código con otras normas ya existentes en el sistema.<sup>6</sup> El Código, por tanto, no es concebido aisladamente, sino en un marco o contexto en el que se encuentran presentes otros subsistemas y/o microsistemas normativos autosuficientes, respecto de los cuales es necesario establecer las relaciones, y la pretensión de comenzar por la fundación de bases sólidas y explícitas en esta materia debe ser saludada como metodológicamente acertada.

Este es uno de los aspectos más positivos del Anteproyecto que intentamos poner de relieve: la explicitación de la función del Código Civil —y en particular de su título preliminar— en el sistema general de fuentes del derecho privado, que comprende, por una parte, la Constitución y los tratados internacionales en lo que hace al “bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”, y por otra parte los “microsistemas normativos especiales”.<sup>7</sup>

### 3.

## LA CUESTIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR Y EL SISTEMA DE FUENTES

En la época de la codificación, los títulos preliminares de los códigos actuaron como verdaderas constituciones civiles, proyectando sus normas más allá del propio Código Civil, lo que permitió a CARBONNIER referirse al Code Napoléon como “la constitución civil de los franceses”.<sup>8</sup>

Con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que ha dicho que “[...] la regla de interpretación prevista en el artículo 16 del Código Civil excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (*Fallos*, 312:957), se afirma en los *Fundamentos* que —sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código— las normas del

<sup>6</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 9.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>8</sup> Jean CARBONNIER, “Le code civil”, en Pierre NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2, *La Nation*, París: Gallimard, 1986, p. 309. Contra: Rémy CABRILLAC, “Le code civil est-il la véritable constitution civile de la France?”, en *Revue Juridique Thémis (RJT)*, vol. 39, 2005, pp. 245 y 250 ss.

título preliminar, sobre todo las que refieren a la interpretación, tienen un efecto expansivo indudable. Tradicionalmente, el título preliminar de los códigos civiles ha sido considerado para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación.<sup>9</sup>

Más allá de matices y gradaciones, la conclusión unánime de la doctrina en el derecho comparado es que la proliferación de los subsistemas y/o microsistemas normativos, y en particular la legislación de relaciones de consumo, han afectado la estructura del derecho privado implicando la idea de la descodificación, lo que significa que, en la compleja sociedad posmoderna, las relaciones propias de la vida cotidiana han pasado a ser reguladas no ya exclusivamente por un único código civil, sino además por una pluralidad de normativas de sector. La Comisión concuerda con esta conclusión de la doctrina respecto a la actual coyuntura del derecho privado, lo que según ella constituye un fenómeno incontrastable, y justifica el hecho de que algunos códigos, como el brasileño, no contengan un título preliminar.

No obstante estas consideraciones, la Comisión ha decidido incluir un título preliminar, cuyo estudio nos interesa especialmente ya que en él se plantean las grandes líneas orientadoras —dirigidas fundamentalmente al juez— sobre la interpretación y sobre su presupuesto, la cuestión de las fuentes. Señala en ese sentido la Comisión que “es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores”, aportando guías para que los operadores puedan adoptar decisiones “en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes”.<sup>10</sup>

La cuestión de las fuentes es una típica cuestión que surge del derecho contractual posmoderno como consecuencia de la crisis de la doctrina general del contrato, que ostentaba un sistema monista de fuentes. Resulta insoslayable el término *diálogo de fuentes*, acuñado por el maestro de Heidelberg Erik JAYME y desarrollado en América Latina por la jurista brasileña Cláudia LIMA MARQUES, característica del nuevo sistema de derecho privado, lo que le confiere particular complejidad.<sup>11</sup>

Es en ese contexto que la Comisión se aboca a poner orden en el sistema de fuentes. Si bien, según la Comisión,

---

<sup>9</sup> Señala el documento de *Fundamentos* que el Código Civil español contiene un título preliminar dedicado a “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, con capítulos sobre las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 12.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 10.

<sup>11</sup> Cláudia LIMA MARQUES, *Comentários ao código de defesa do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

[...] la regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa, en el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo reglas para la decisión judicial, en un sistema de fuentes plural, en el que es menester considerar la aplicación conjunta, dialógica, de la parte general y especial del código civil, de la Constitución y de las normativas sectoriales, subsistemas o micro sistemas.<sup>12</sup>

En efecto, desde el punto de vista formal, en la visión kelseniana, el Código Civil es una ley subordinada a la Constitución, una ley más, que puede ser derogada por cualquier ley posterior. Sin embargo, desde el punto de vista hermenéutico, constituye el *derecho común*, con lo que se despega del nivel de la ley ordinaria; afirmación predicable en grado sumo respecto de su título preliminar, que funciona como una especie de *manual del usuario* de la ley en general y del propio resto del Código.<sup>13</sup>

Sin embargo, la Comisión expresa que la erección de un título preliminar del Código Civil que structure el sistema de fuentes debe ser respetuosa de los subsistemas o microsistemas normativos existentes, es decir, que se ha tratado de no modificarlos, excepto si ello fuera absolutamente necesario. Encontramos aquí un verdadero giro copernicano, que en lugar de un sistema unitario supone un sistema normativo complejo integrado por pluralidad de cuerpos; lo que lleva a la distinción que hace la Comisión entre *derecho y ley*, el primero como representación del conjunto de normas constituido por el conjunto de fuentes, y el segundo como concepto que denota un solo tipo de fuente.

Según la Comisión, no es concebible un sistema de fuentes monista, por lo que la identificación entre derecho y ley “no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica”.

El problema de las fuentes del derecho privado resulta así planteado en forma frontal, y el título preliminar es incorporado con la explícita pretensión de ordenar el trabajo del juez en un sistema de fuentes complejo. De este modo, el Código Civil, que había sido desterrado a la periferia del sistema por el proceso de “descodificación”, aun teniendo en cuenta la presencia de la Constitución y de los demás subsistemas, recupera su centralidad como *tablero de control* del sistema de fuentes.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 11.

<sup>13</sup> Pueden mencionarse en este sentido las disposiciones preliminares del Code Civil de Quebec de 1994, que muestran claramente cómo el Código Civil se entrelaza con otros sistemas normativos: “*Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens*”.

<sup>14</sup> Se hace nuevamente referencia a esta recuperación de la centralidad en relación con la legislación de consumo, donde queda pautado un régimen que abrevia en tres fuentes: la Constitución nacional, los principios de protección del



Establecida esta descripción de la trascendencia del título preliminar, que será servir de orientación al magistrado en un sistema complejo de fuentes, el punto que nos parece de mayor interés es el papel que la Comisión atribuye, en primer lugar, a la ley. Esta alusión a la ley como fuente normativa formal resulta muy significativa, puesto que, como se expresó al inicio, la Comisión había comenzado por aludir al proceso de constitucionalización del derecho privado, denotando la conciencia del papel central que desempeña la Constitución, sus reglas y sus principios, en el actual derecho privado; lo que podría haber llevado a los autores del Anteproyecto a comenzar la pauta de empleo del sistema de fuentes con una alusión a la Constitución, e incluso con un reconocimiento de la pertinencia de su aplicación directa a las relaciones contractuales, la *Drittwirkung*, que es una de las teorías emblemáticas del moderno constitucionalismo.

Esta corriente, basada en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y originada en la década del cincuenta, sostiene que los principios generales de rango constitucional vinculan a los tribunales como derecho de vigencia inmediata,<sup>15</sup> lo que plantea el trasiego de los principios constitucionales, desde el ámbito del derecho público —donde aparecen como garantías de la persona frente al poder del Estado— hacia el ámbito del derecho privado. Ello parte de la comprobación de que en la esfera de las relaciones privadas pueden existir sujetos dotados de un poder avasallador tanto o más perjudicial que el del Estado y, a su vez, sujetos débiles, dignos de protección, tanto como el ciudadano frente a la organización política. Ello determina la aplicación o eficacia directa de los derechos fundamentales, amparando a los particulares perjudicados en sus derechos fundamentales por otros particulares, es decir, en relaciones de derecho privado, lo que recibe la denominación de *Drittwirkung der Grundrechte*. Esta doctrina se ha extendido también a otros países europeos y latinoamericanos, y se viabiliza por medio de acciones de amparo constitucional o en casos excepcionales.<sup>16</sup>

Ahora bien, la Comisión, aun reconociendo el primado de la Constitución, al plasmar la normativa operativa del sistema de fuentes menciona en primer lugar no a la Constitución, sino a la Ley. El fundamento que da la Comisión es que “de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta

---

consumidor, regulados en la parte general del derecho de los contratos en el Código Civil, que establece mínimos de tutela, y la legislación especial de consumo.

<sup>15</sup> Karl LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado y EDERSA, 1978, p. 100.

<sup>16</sup> Santiago CARNELLI y Óscar SARLO, “El principio de igualdad y la contratación del código civil”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, t. XXXI, pp. 597 ss.

una decisión ‘contra legem’ que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción”.<sup>17</sup>

Teniendo en cuenta la dura discusión instalada en la doctrina respecto del papel que cabe a la Constitución en la regulación de las relaciones privadas,<sup>18</sup> esta referencia al papel central de la ley en el sistema de fuentes, así como al método subsuntivo y silogístico, resulta sumamente elocuente.

La subsunción en su concepción más radical constituye la modalidad del juez liberal de la codificación, que actuaba, al decir de MONTESQUIEU, como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, con lo que la aplicación del derecho quedaba reducida a la subsunción, es decir, a la organización silogística del supuesto normativo como premisa mayor, del supuesto de hecho como premisa menor y de la sentencia como conclusión.

La ponderación, en cambio, es la típica forma en que actúa el juez en presencia de normas constitucionales, las cuales generalmente configuran principios que se oponen a otros principios, y los casos deben ser resueltos mediante un trabajo de ponderación, es decir, de consideración relativa de unos principios sobre otros.

La consideración que efectúa la Comisión sobre la subsunción tiene particular significación si se tiene en cuenta que uno de los lemas del constitucionalismo contemporáneo es *más ponderación que subsunción*.<sup>19</sup> En consecuencia, la circunstancia de que la Comisión haya comenzado por establecer, como pauta orientativa de la aplicación del sistema de fuentes, que el juez debe obediencia a la ley y debe aplicar el método de la subsunción, denota una opción que relativiza la aplicación directa (*Drittwirkung*) de la Constitución al derecho privado. Podríamos decir —aunque más no sea con el fin de causar polémica— que para la Comisión el lema es *más subsunción que ponderación*.

Por supuesto, dicho primado de la ley es también, en la conceptualización que se expresa en los Fundamentos, relativo. La antigua concepción, que reducía el universo normativo al Código Civil, puede considerarse definitivamente superada. Como dijimos al principio, la normativa del Anteproyecto del Código debe entenderse en el plexo de un sistema de fuentes,

<sup>17</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 14.

<sup>18</sup> Véase por todos Juan BLENGIO, “La aplicabilidad de los principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del principio de igualdad”, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains*, Bogotá: Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains, Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007, pp. 425 ss. Contra: Óscar SARLO y Santiago CARNELLI, *El principio de igualdad y la contratación del código civil*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, t. XXXI, pp. 571 ss.

<sup>19</sup> Leslie VAN ROMPAEY, “Reflexiones sobre los principios generales de derecho”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pp. 727 ss.

lo que confiere al moderno derecho privado una complejidad mayor que la que tuvo en el siglo XIX.<sup>20</sup> Ello se desprende de los siguientes términos expresados en los Fundamentos:

De todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la CSJN cuando dice que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna.

#### 4.

---

## REGLAS DE INTERPRETACIÓN

En la misma línea se sigue en la propuesta de incorporación de un artículo relacionado con reglas de interpretación, a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, señalando que la decisión jurídica comienza no solo por la ley, sino por las palabras de la ley. Sin embargo, esta definición también está relativizada puesto que —como no podía ser de otra manera— junto con el texto se incluye a las finalidades.

En este punto la Comisión deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo, en la búsqueda de la significación de la norma legislativa, “la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación”. Además se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Para una discusión de este tema véase Francesco MACARIO y Marco Nicola MILETTI (a. c.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della Parte Generale del Contratto*, Milán: Università degli Studi di Foggia y Giuffrè, 2006.

<sup>21</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 15.

Se hace una referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente, y que en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

Finalmente se afirma también que deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico, y se señala que esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos, que por su carácter dinámico no pueden ser enumerados taxativamente.

En ese entendido, se propone un artículo 2.º del siguiente tenor:

Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Por último se regula la obligación de decidir, que está dirigida a los jueces, conforme con la tradición compartida por nuestros códigos civiles. Se agrega que la decisión debe ser razonable, es decir, fundada, lo cual se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos.

Reza el artículo 3.º del Anteproyecto:

Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Este principio de razonabilidad, pese a su concisión, parece muy adecuado. Por supuesto que relativiza la interpretación literal de la ley y el procedimiento lógico de subsunción. De ese modo, queda claro que la aplicación de la letra de la ley no será mecánica, lo que abre la discrecionalidad del magistrado. Sin embargo, la exigencia de razonabilidad es —en mi opinión— irrenunciable. El carácter general de la ley puede determinar que su aplicación a un caso concreto conduzca a resultados no ya injustos, sino irracionales. El derecho no puede permitirse tal resultado.

Los manuales que recogen los principios de la ciencia y de la técnica de la administración contienen por lo general una norma (expresión utilizada aquí no en el sentido de norma jurídica, sino de norma técnica) de clausura parecida. Ninguna norma de un manual de administración empresarial puede conducir a un resultado que sea irracional. A despecho de la linealidad y el mecanicismo del sistema, la introducción del principio de racionalidad en la decisión constituye un elemento irrenunciable.

En un juicio conclusivo, puede reiterarse que resulta significativa la ubicación prioritaria que asume en el sistema de fuentes la consideración de la ley, y en particular del texto de la ley. Sin embargo, no sometidas a la ley sino en concurso con ella, compartiendo su soberanía, aparecen otras fuentes: las leyes análogas, las disposiciones del *bloque de constitucionalidad* y los *principios y valores jurídicos*.

De ello se desprende que en la disputa entre el legalismo cerrado —que no admite la inclusión de fuentes ajenas a la letra de la ley o las recibe en mínima expresión, en caso de insuficiencia de la letra de la ley, y con suma circunspección— y la escuela del derecho libre —que preconiza la infungibilidad de la actuación del magistrado, quien al realizar la aplicación del derecho efectúa más bien un acto de voluntad que de conocimiento, decidiendo más bien en función de principios y valores, y de una definición intuitiva de lo que constituye una solución justa—, la propuesta de la Comisión se encuentra en una posición intermedia. Establece una sólida orientación inicial, basada en la primacía operativa de la ley y de su texto, pero la somete al juicio crítico y complejo de armonización y coordinación (diálogo, en suma) con las demás fuentes, para llegar al resultado final de la decisión. Nos parece una solución nada inconveniente para un problema que hoy se debate enérgicamente.

## 5.

### TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

Planteado y resuelto el problema de las fuentes —en una orientación por cierto discutible, pero sin duda claramente fundada—, pasamos a analizar el modo como se articula en el Anteproyecto la categoría general del contrato.

En ese sentido se advierte que, en cuanto a la sistemática, el Anteproyecto no coloca la teoría general del contrato en el máximo nivel de abstracción, como lo había hecho el

Código Civil italiano. Luego de un título preliminar, el Anteproyecto se abre en un libro primero sobre la parte general, con títulos sobre la persona humana, los bienes, los hechos y actos jurídicos y la transmisión de los derechos. Luego un libro segundo sobre relaciones de familia. A continuación un libro tercero que trata de los derechos personales —dentro del cual se encuentra la disciplina tanto del contrato en general como de los diversos tipos contractuales—, un libro cuarto sobre los derechos reales, un libro quinto sobre la sucesión *mortis causa*, y finalmente un libro sexto sobre disposiciones comunes a los derechos personales y reales: la prescripción y la caducidad, los privilegios, el derecho de retención y disposiciones de derecho internacional privado.

El Anteproyecto contiene, entonces, una parte general para todo el Código, así como partes generales para las diversas instituciones que regula. Se sigue así el perfil del Código Civil brasileño, que continúa las ideas de DE FREITAS, quien introdujo en su proyecto para Brasil una parte general, y la orientación conteste de todos los proyectos de reforma integral realizados en Argentina.<sup>22</sup>

En la estructura interna del Código se ha respetado el orden de partes generales que se había usado en el Proyecto de 1998, el que, a su vez, partía de la base de otras experiencias anteriores. Las partes generales permiten la utilización de conceptos normativos que luego se especifican, así como una lectura más sencilla de todo el sistema. De ello se desprende, a nuestro juicio, que los autores han seguido una orientación que, pese a la declaración en contrario,<sup>23</sup> presenta visos conceptualísticos. En efecto, si focalizamos la sistemática en lo que se relaciona con nuestro tema, la teoría general del contrato, y buscamos integralmente la disciplina del contrato, observamos que las disposiciones aplicables a la materia comienzan en el libro I, esto es, la parte general del Código Civil, y encuentran reglas en el título I, de la persona, y particularmente en el título IV, de los hechos y actos jurídicos.

En la regulación de la institución contractual, el Anteproyecto parte, pues, de un máximo nivel de abstracción: según el artículo 257, se define el hecho jurídico como el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones o situaciones jurídicas y, en el artículo 259, al acto jurídico como el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción

---

<sup>22</sup> Se señala en ese sentido el Anteproyecto de reformas de Bibiloni de 1926, el proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y el proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el de 1998. Véase *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 8.

<sup>23</sup> Se manifiesta expresamente que no se ha diseñado una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 13.

de relaciones o situaciones jurídicas, el que, como tal, es ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

Nos encontramos pues en presencia del concepto de *negocio jurídico*, de lo que resulta que el Anteproyecto regula este supuesto en el máximo nivel de abstracción, asumiendo un temperamento similar al que la pandectística infundió al Código Civil alemán de 1900: la manifestación de la voluntad (artículo 262); el silencio como manifestación de la voluntad (artículo 263), la manifestación tácita de voluntad (artículo 264) y los vicios de la voluntad: error (artículos 265 a 270), dolo (artículos 271 a 275) y violencia (artículos 276 a 278); el objeto (artículos 279 y 280), la causa (artículos 281 a 283), la forma y prueba del acto jurídico (artículos 284 y siguientes) no se encuentran regulados en relación con el contrato, sino, más genéricamente, en relación con el acto, *rectius*, al negocio jurídico.

Asimismo, las disposiciones sobre lesión calificada (artículo 332) y sobre simulación (artículos 333 a 337), así como la denominada acción general por fraude (artículos 338 a 342), se predicán respecto de los actos jurídicos en general. Así también la condición, el plazo, la representación voluntaria y legal, la ineficacia y la inoponibilidad están regulados no respecto del contrato o de la obligación, sino del acto jurídico en general. Del mismo modo lo que refiere a la transmisión de los derechos.

A diferencia del Código Civil italiano, el Anteproyecto no coloca en el mayor nivel de abstracción al contrato. La disciplina general del contrato, en la sistemática del Anteproyecto, queda ubicada dentro del libro III, derechos personales, luego del título I, de las obligaciones en general. Desde este punto de vista, el contrato, tanto en general cuanto en particular, queda colocado en forma subalterna, como una de las fuentes de las obligaciones, junto con “otras fuentes”, agrupadas en el título V de este libro III sobre los derechos personales, como la responsabilidad civil, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad, y los títulos valores.

## 6.

# IMPORTANCIA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO EN EL ANTEPROYECTO, Y AVANCES EN SU ESTRUCTURACIÓN

### 6.1. EL CONTEXTO TEÓRICO

Sin embargo, más allá de estas concesiones a lo que podría llamarse la *teoría general del negocio jurídico*, las manifestaciones efectuadas por los autores del Anteproyecto en el documento titulado *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, así como el contenido de la disciplina positiva del contrato en general que proponen, colocan a la teoría general del contrato en un lugar central desde el punto de vista sistemático.

En el Anteproyecto se ha intentado —y entendemos que en buena medida se ha logrado— resolver los principales problemas que se fueron acumulando respecto de la teoría general del contrato, que los autores identifican claramente como la aparición del contrato por adhesión, el cual operaba ya a fines del siglo XIX, y la irrupción de la normativa sectorial de las relaciones de consumo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, tan significativamente descrita por IRTI como la “edad de la descodificación”.

El concepto de que vivimos una época de “descodificación”, provocada por la proliferación de normas especiales, es lo que motiva que se haya hablado de una *tendencia centrífuga*, que naturalmente atenta contra la unidad y sistematicidad de la teoría general del contrato, sobre todo cuando las disciplinas sectoriales no se limitan a desarrollar principios generales ya contenidos en el código civil (*leyes especificantes*) sino que desarrollan principios nuevos y diversos (*leyes descodificantes*).<sup>24</sup> En efecto, las leyes especiales inciden en forma diversa en el sistema de la teoría general del contrato. Algunas veces se trata de soluciones legislativas excepcionales, que como tales reafirman la vigencia del sistema general. Otras veces, en cambio, la importancia del nuevo sistema o subsistema creado es tal que provoca el nacimiento de principios propios, lo que determina la *descodificación*.<sup>25</sup>

La progresiva irrupción de leyes especiales como fuentes cada vez más relevantes del derecho contractual implicó, pues, descodificación; esto es, erección, en los márgenes de un Código Civil en retirada, de *microsistemas*; así como la emersión de nuevos tipos

<sup>24</sup> Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Milán: Giuffrè, 1989, *passim*.

<sup>25</sup> Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, t. XXVI, p. 155.



contractuales generalmente más complejos que los de estirpe romana, reconocidos en los códigos; lo que determinaba un cuadro de progresiva fragmentación que hacía cada vez menos vigente la unidad de la figura del contrato en general.<sup>26</sup>

En la segunda mitad del siglo XX, en Europa, esta tendencia centrífuga pareció haber llegado a un punto crítico. En la última década del siglo, el advenimiento de las directivas europeas sobre derecho del consumo, dictadas con la finalidad de hacer efectivo el mercado común, y su transposición en los ordenamientos jurídicos europeos, así como la influencia que tanto las directivas como las leyes particulares de transposición han tenido en el derecho de las relaciones de consumo en otros países, también orientadas, en función del conocido proceso de globalización de las economías, a un más fluido funcionamiento de los mercados, determinaron que este proceso de desintegración adquiriese el matiz de cambio de paradigma, obligando al intérprete a medirse con fenómenos inéditos.

Como consecuencia de lo que podemos denominar *segunda crisis de la idea de contrato*, la doctrina había venido percibiendo la fragmentación de la teoría general, hasta el punto de hablarse de una teoría general del contrato según el esquema codificado y una teoría del contrato en que una de las partes es consumidor o usuario, lo que enfrentaría al intérprete a dos teorías generales del contrato.<sup>27</sup>

En efecto, la aparición de los *contratos de consumo* y su consolidación como categoría general estaban llamados a traer, a la larga, el problema de sus relaciones con el derecho residual, es decir, con el derecho general del contrato, y de la sistematización del derecho de los contratos en una categoría unitaria o dual.<sup>28</sup>

Es en este punto donde la doctrina italiana se encuentra cismáticamente dividida. A partir de la crítica de GALGANO al carácter unitario de la categoría del negocio jurídico,<sup>29</sup> algunos juristas cuestionan vivazmente la concepción de una parte general del contrato, como disciplina idónea para regular el contrato como figura unitaria. Se argumenta que son demasiadas las diferencias entre contratos entre empresas, contratos con los consumidores, contratos entre privados, contratos colectivos y contratos con la Administración Pública, para que pueda hablarse de una figura unitaria denominada *contrato*. Así DE NOVA sostiene que en estos últimos años se nos plantea la duda sobre si puede útilmente discutirse sobre el contrato como figura general, y afirma que la respuesta negativa encuentra en la doctrina

<sup>26</sup> Vincenzo ROPPO, *Il contratto del duemila*, Turín: Giappichelli, 2002, pp. 9 ss.

<sup>27</sup> YZQUIERDO TOLSADA, NAVARRO MENDIZÁBAL y ACOSTA MÉRIDA, o. cit., p. 35.

<sup>28</sup> Vincenzo ZENO-ZENCOVICH y Anna Maria MANCALEONI, "Una parte generale per i contratti con i consumatori?", en FRANCESCO MACARIO y Marco Nicola MILETTI (a. c.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 583.

<sup>29</sup> FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milán: Giuffrè, 2002.

consensos cada vez más fuertes. Las diferencias entre contratos entre empresarios y contratos con los consumidores, entre contratos entre privados, contratos colectivos y contratos con la Administración Pública, son demasiado grandes como para que puedan tratarse unitariamente. De ello resulta la necesidad teórica de articular la voz *contrato* en varias partes, cada una destinada a una categoría contractual. De ahí la conclusión:

[...] la parte general del contrato no puede ser ya más considerada como la disciplina de una figura unitaria; [...] la relación lineal entre parte general del contrato y parte especial, que se lee en el art. 1323 CC, no ha respondido nunca al derecho positivo, y menos hoy día, frente a una indudable fragmentación de la figura del contrato y a una evidente tendencia centrífuga hacia la disciplina de los contratos singulares, cada vez más alejada de la disciplina general.<sup>30</sup>

Resulta entonces que la relación entre parte general y parte especial del derecho de los contratos —que según MESSINEO,<sup>31</sup> que no vivió el fenómeno de la *descodificación*, era armónica, en cuanto la primera expresaba el concepto de una disciplina aplicable a todos los contratos, en concurso con la segunda— aparece distorsionada por las nuevas disciplinas sectoriales, que aportan fundamentalmente contradicciones, derogaciones y excepciones a esta parte general, como las que refieren a la legislación sobre el derecho del consumo, con lo que la parte general queda reducida a una función residual.<sup>32</sup>

Otra parte de la doctrina ha expresado opiniones diametralmente opuestas a la recién mencionada. Se ha señalado que la relación entre la disciplina general y la especial, propia de los sectores, no es necesariamente una relación antinómica, sino que puede ser entendida como de continuidad. La idea de contrato como esquema unitario abstracto, generado a partir de los tipos singulares, constituye una conquista del pensamiento jurídico. Las normas, vigentes en la mayoría de nuestros códigos, que refieren a la aplicabilidad de las normas de la parte general a todos los contratos, incluso a los innominados, representan “el fundamento positivo de la categoría civilística del contrato”.<sup>33</sup>

En esta posición se sostiene que la vigencia de la categoría general del contrato y la utilidad de su disciplina se hacen evidentes en tanto y en cuanto se analiza la legislación sectorial, donde es común encontrarse con imprevisiones normativas y lagunas, como también,

<sup>30</sup> Giorgio DE NOVA, “Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti”, en *Contratto e impresa*, 1988, pp. 327 ss.

<sup>31</sup> Francesco MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milán: Giuffrè, 1946, pp. 1 ss.; voz “Contratto”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán: Giuffrè, 1961, t. X, p. 787; “Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 cc”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1961, pp. 16 ss.

<sup>32</sup> Emanuele LUCCHINI GUASTALLA, “Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, p. 403.

<sup>33</sup> Giuseppe BENEDETTI, “La categoria generale del contratto”, en *Rivista di Diritto Civile*, año XXXVII, n.º 6, Padua, 1991, I, pp. 649 ss.

incluso, contradicciones. La resolución de esas cuestiones no puede sino quedar librada al encuadramiento sistemático, so pena de caer en la arbitrariedad.<sup>34</sup> Según esta posición, la proliferación de leyes especiales no afecta la validez de la categoría general del contrato, ni el rol central que revisten las normas que disciplinan la figura del contrato en general. Por el contrario, el indiscutible proceso centrífugo de cierta legislación potencia la función de la parte general para una evolución y aplicación armónicas del ordenamiento jurídico. Ello sin contar con que los contratos innominados no pueden de regla encontrar una disciplina idónea en sede de contratos nominados especiales.

Todo esto, por una parte, reafirma la utilidad y el valor de un esquema unitario abstracto que se resuelve en la categoría general del contrato,<sup>35</sup> pero por otra plantea el desafío de reformularla para dar cuenta de estas novedades evidentes e insoslayables.

## 6.2. LA PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO

Descrito en apretada síntesis el problema que afecta el nuevo derecho contractual, es posible captar en toda su dimensión la innovación implícita en la propuesta de la Comisión, que consiste en dividir la disciplina del contrato en general en dos títulos: el título II, sobre los contratos en general, y el título III, sobre los contratos de consumo o, mejor dicho, sobre los principios generales de la contratación de consumo.

Se propone así la estructuración de la teoría general del contrato no en forma unitaria sino en forma dual, colocando a los contratos de consumo no por debajo de la categoría del contrato en general, sino junto con ella, como una especie diferente, participante eventualmente de un género común, pero que ya no puede estar constituida por el contrato en general como categoría unitaria, puesto que este está concebido como una de las especies, al mismo nivel que el contrato de consumo.

Si fuéramos a dibujar el árbol de Porfirio implicado en esta materia en el Anteproyecto, podríamos tal vez considerar un *género remoto* constituido por los actos jurídicos (voluntarios) en general, regulado en el libro primero (de la parte general), luego un *género próximo*, constituido por aquellos actos jurídicos que constituyen fuente de obligaciones, los cuales son tratados en el libro tercero, que disciplina los derechos personales, y finalmente dos especies, la de los contratos paritarios y la de los contratos de consumo. Justificaría este árbol conceptual la expresión de que la incidencia de la disciplina de las relaciones de consumo ha

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 673.

<sup>35</sup> Enrico GABRIELLI, "Il contratto e le sue classificazioni", en Enrico GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale, Trattato dei contratti diretto da p. Rescigno*, Turín: UTET, 2006, pp. 43 ss.

provocado la *fragmentación*<sup>36</sup> del derecho general del contrato, desde el momento en que ya no existiría un género próximo constituido por el contrato en general, sino dos especies, la del contrato paritario y la del contrato de consumo.

## 7.

### LA DISCIPLINA DEL CONTRATO EN GENERAL

Al plantearse la cuestión de la disciplina de la figura general del contrato, la Comisión formula explícitamente el problema de la regulación del “tipo general del contrato”. Y avanza en dos direcciones. Una, ya consolidada, es la unificación de la regulación de los contratos civiles y comerciales. Otra, innovadora, es precisamente la que intenta resolver en el ámbito del Código Civil lo que considera el aspecto más discutido, que es la regulación de los contratos de consumo y su grado de extensión.

El documento explicita los modelos que se han seguido en el derecho comparado.

El primer modelo es mantener separadas ambas regulaciones. Es el criterio del Códice del Consumo Italiano (Decreto Legislativo n° 206 del 6 de setiembre de 2005), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias española (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007) y del Anteproyecto de Reforma al Código Civil francés en el Derecho de obligaciones y el Derecho de la prescripción, dirigido por el profesor Pierre Catalá y presentado al Ministerio de Justicia en el año 2005, que tampoco la incorpora al Código Civil. Todos los Estados Partes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) así como todos los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia) tienen leyes del consumidor separadas del Código Civil. El comentario 2 al Preámbulo de los Principios de Unidroit señala el “propósito de excluir del ámbito de los Principios las llamadas operaciones de consumo”.

El segundo modelo es el seguido en el Código Civil Alemán en su reforma del año 2002, mediante al cual se incorporan algunas normas aplicables específicamente al Derecho del Consumidor (definición de consumidores y profesionales, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, garantías en la venta de bienes de consumo) junto con otras propias del Código (condiciones generales de la contratación, morosidad en las operaciones comerciales, comercio electrónico). El Código Civil quebequés de 1991 incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (arts. 1432, 1437, 1438) así como a la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (arts. 1468 y 1469). El Código Civil holandés de 1992 reguló las condiciones generales de

<sup>36</sup> En italiano, la *frantumazione* de la categoría general del contrato.

contratación (Libro 6, arts. 231 a 247), la responsabilidad por productos (Libro 6, arts. 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (Libro 6, arts. 194 a 196).<sup>37</sup>

El aspecto que entendemos más relevante de la propuesta de nuevo Código Civil argentino es la concepción de una teoría general del contrato dual, en lugar de unitaria, sobre la base de la distinción entre contratos paritarios y contratos de consumo, con una situación intermedia (de importancia central) configurada por los contratos por adhesión o predispuestos, que en la presentación formal del Anteproyecto no afecta el carácter dual de la categoría del contrato en general.

En este sentido es interesante dar cuenta de la evolución en la doctrina argentina. Ya en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en 1997 se proponía que “en los contratos discrecionales o paritarios, cuyas partes se encuentran en situación de igualdad jurídica, rija la plena autonomía privada (art. 1197 CC) con las limitaciones clásicas, que refieren a los objetos prohibidos o inidóneos, las finalidades ilícitas o inmorales, la trasgresión de normas de orden público y las normas imperativas. En el otro extremo conceptual están los contratos de consumo, en cuya regulación estatutaria sobresale el orden público económico, sea de protección, sea de coordinación. En estos, el régimen tuitivo se establece en favor de una parte (el consumidor), a cuyo fin la ley fija un mínimo o un máximo de protección, que puede ser dejado de lado siempre que sea a favor de la parte protegida”. Es la plena aplicación del principio protector del consumidor.

Estas ideas ya habían sido esbozadas en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998.<sup>38</sup> Sin embargo, la innovación se limitaba a contemplar, dentro del sistema del derecho común, la distinción entre los contratos discrecionales y los celebrados mediante adhesión.<sup>39</sup>

Intentando una posición propia, la Comisión se aparta de aquella forma en que se reguló la cuestión en el proyecto de Código Civil argentino de 1998. En aquella iniciativa, la cuestión se resolvía distinguiendo entre contrato discrecional y contrato por adhesión a cláusulas predispuestas, en sede de fuerza vinculante del contrato.<sup>40</sup> No obstante, la Comisión no sigue este diseño. Invoca como argumento “la evolución que ha experimentado la materia desde entonces”. Esta frase muestra la importancia y la mutabilidad del proceso que

<sup>37</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., pp. 142-143.

<sup>38</sup> Atilio ALTERINI, “La teoría general del contrato en el Proyecto Argentino de Código Civil de 1998”, en *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires: La Ley, 1999, pp. 437 ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>40</sup> “Artículo 964. Contratos discrecionales. Los contratos discrecionales obligan a las partes como la ley misma, y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos.

”Artículo 965. Contratos predispuestos. Sin perjuicio de disposiciones especiales, los contratos predispuestos, y las cláusulas predispuestas, obligan en general con los mismos alcances que los establecidos en el artículo anterior”.

experimentamos en la fase histórica actual del derecho contractual. La Comisión no duda en hacer referencia a una evolución que tiene menos de quince años, evolución que describe a continuación y que determina un cambio de posición.

El problema es planteado por la Comisión en los siguientes términos.

La regulación de la contratación de consumo trajo de la mano la aplicación del principio de protección del consumidor. La progresiva ampliación y extensión analógica de la definición de consumidor ha motivado una tendencia a la aplicación del principio protectorio de modo general, como si todos los contratos sean de consumo.

Según la Comisión esta tendencia produce inconvenientes, porque se distorsiona gravemente el sistema. Asimismo,

[Es] inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente o el desarrollo de tecnología, o el aprovisionamiento, o cualquier otro vínculo semejante. En todos estos casos subsiste la necesidad de preservar la autonomía privada, como es consenso mayoritario en el país y en todo el derecho comparado. Tampoco puede seguirse un criterio cuantitativo que lleve a la conclusión de que, si se celebran más contratos de consumo, estos constituyen la regla general, porque ello no es así en ningún sistema de derecho comparado ni podría serlo. La diferenciación es argumentativa, valorativa y basada en principios, pero no en cantidades que pueden variar sensiblemente.

En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. En la doctrina, hay muchos debates derivados de la falta de una división clara en la legislación. Los autores más proclives al principio protectorio hacen críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretenden generalizar, mientras que aquellos inclinados a la autonomía de la voluntad, principalmente en materia comercial, ven una afectación de la seguridad jurídica.<sup>41</sup>

No se puede pedir mejor descripción de lo que constituiría el punto de discusión principal del actual derecho contractual: la cuestión medular que afecta la estabilidad de la doctrina general del contrato, que es la transposición de las tendencias proteccionistas propias del derecho de las relaciones de consumo al derecho general del contrato, que pasa a ser influido por ideas como la tutela de la parte débil, o de la parte que sufre la asimetría del poder de negociación, o que carece de información, o el principio de equilibrio o justicia contractual material, o referente al contenido, o de colaboración o solidaridad contractual.

Otro párrafo que resulta medular aparece en relación con la disciplina del abuso de derecho. La generalización de la figura del abuso de derecho a toda la materia contractual ha determinado que se admita en jurisprudencia la figura del abuso de posición negocial,

<sup>41</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 143.

lo que implicaría revisar todo contrato y, en caso de que se verifique la existencia de disparidad de poder negocial, se admita la revisión de los términos de la ecuación de aquel, incluyendo el sinalagma económico. La Comisión aborda la cuestión del abuso de poder en la contratación, y manifiesta estar de acuerdo con que el ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero expresa:

[...] debe aclararse que se trata de la posición en el mercado. El fundamento de ello es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc. Si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con un gran perjuicio general del sistema, de su adaptabilidad e ignorando la doctrina y jurisprudencia, lo cual no nos parece conveniente.<sup>42</sup>

Resulta pues de interés comprobar que la pauta orientativa contenida en el título preliminar parte, por supuesto, del significado tuitivo de la legislación sobre las relaciones de consumo, y del impacto que esta ha producido sobre la teoría general del contrato, pero confiere también gran importancia a la seguridad jurídica. La propuesta está diseñada de forma que el juez no pueda revisar indiscriminadamente cualquier contrato toda vez que compruebe disparidad en el poder de negociación. Sí podrá hacerlo cuando exista concretamente una relación de consumo o un abuso de posición dominante en el mercado. La significación tuitiva de la normativa de las relaciones de consumo resulta, de este modo, al mismo tiempo confirmada en su ámbito y restringida en cuanto a su aplicación analógica fuera de él.

Sentado este punto de partida, la Comisión se aboca a proponer una solución, a cuyos efectos sugiere una distinción medular. “El problema es que hablan de objetos diferentes”, afirma la Comisión refiriendo al contrato discrecional y al contrato de consumo.

La fragmentación operada en la categoría general del contrato determinaría, así, la existencia de dos clases de contrato con caracteres y regulación diferentes. De este modo, los contratos de consumo no son concebidos como un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino como una “fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales” (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

Esta solución —que, según la Comisión, es congruente con la Constitución Nacional argentina, que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 22.

como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia— determina que se regulen separadamente el contrato paritario y el contrato de consumo, como categorías generales del contrato. Dentro del contrato paritario, la Comisión realizará una disquisición sobre la forma del consentimiento, que dará lugar al desglose del contrato de adhesión.

Como puede apreciarse con evidencia, nos encontramos ante la fractura de la teoría general del contrato. Estamos dentro de la teoría general del contrato, porque tanto el contrato discrecional como el contrato de consumo son presentados en su formulación general; el contrato de consumo no es concebido como una especie, sino como una categoría general. Expresa la Comisión que, para llegar a esta solución, la doctrina argentina había venido madurando desde tiempo atrás la idea de que el ordenamiento jurídico debía reaccionar ante la nueva realidad determinada por la contratación de consumo, y había llegado a una definición que contemplara, por una parte, la protección de la parte débil y, por otra, el respeto de la autonomía de la voluntad.

Como se advierte, el objetivo es doble. Por un lado, definir un área general de protección extrema, correspondiente al contrato de consumo en general; por otro, confinar esa área delineando estrictamente sus límites y separando esta categoría de la del contrato paritario en general, de modo que el principio protectorio consagrado para el contrato de consumo en general no pueda aplicarse indiscriminadamente al contrato paritario en general.

Puede decirse que el sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera:

1. Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada.
2. Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante; en este caso, se extrema el principio protector del consumidor.<sup>43</sup>

### **7.1. LA CATEGORÍA DEL CONTRATO DE ADHESIÓN**

Ahora bien: sin perjuicio de esta bipartición o fragmentación bipartita, aparece en el Anteproyecto la categoría de los contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 149.



El contrato por adhesión no está regulado exclusivamente a propósito del contrato de consumo, sino, por el contrario, como una modalidad del contrato discrecional, que se califica cuando el consentimiento está dado no en forma de oferta y aceptación clásicas, sino por adhesión a condiciones predispuestas en forma general. Es cierto que, desde el punto de vista científico, y aun desde el punto de vista de la disciplina del derecho positivo, ha sido corriente asociar la modalidad de contratación por adhesión con el carácter de consumo de la relación subsecuente, originando un régimen especial, fundamentalmente consistente en el control de la abusividad de las cláusulas del contrato. Pero la Comisión disocia la cuestión de la adhesión del carácter de consumo del contrato.

Asistimos aquí a un aporte muy interesante, ya que la separación del concepto de contrato de adhesión respecto de la idea de contrato o relación de consumo permite establecer, con carácter general, un régimen para contratos de adhesión que abarca a todos los contratos con condiciones generales predispuestas, aunque no disciplinen relaciones de consumo, referido en especial a relaciones entre empresas con diferente poder negocial, de modo que una impone a otra condiciones generales de contratación, lo que permite aplicar la normativa tuitiva a las pequeñas y medianas empresas que contratan con grandes operadores del mercado, aunque no la protección suma, que queda reservada a las relaciones de consumo final.

Cabe consignar que esta solución aparece como una forma concreta y original de dar respuesta a los desafíos planteados por la crisis de la teoría general del contrato en la segunda mitad del siglo XX, restringiendo el régimen tuitivo del contrato de consumo, salvo en lo que refiere al control de las condiciones generales de la contratación, que es concebido a nivel del contrato en general, siempre que se configure el supuesto de adhesión.

## 8.

---

### LA CATEGORÍA DEL CONTRATO DISCRECIONAL O PARITARIO EN GENERAL

#### 8.1. GENERALIDADES

Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato, que no dista de la definición que de él daba la teoría clásica liberal.

Se sostiene que es el acto jurídico (lo que confirma la adscripción a un árbol conceptualista que parte de la noción de negocio jurídico) mediante el cual dos o más partes

manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, de lo que surge que el elemento *consentimiento* se encuentra en la parte medular. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se sienta la noción dogmática y que son los siguientes:

- La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público.
- La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.
- La buena fe en la celebración, interpretación y ejecución, lo cual es coherente con la norma existente en el título preliminar. Los contratos obligan no solo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Estos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad, por un lado, y el orden público, por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto. En este capítulo se establecen criterios para resolver la relación entre la autonomía de la voluntad y las normas legales, conflictos de normas e integración del contrato. Como puede advertirse, esta es la visión clásica del contrato: ámbito de la autonomía privada negocial, limitada solamente por las normas de orden público y la afectación de las buenas costumbres.

En este ámbito, se dispone que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. En consecuencia, la regla aplicable a los contratos paritarios es que los jueces no pueden modificar un contrato, porque deben respetar la autonomía privada. La excepción ocurre cuando una ley autoriza a las partes a solicitar la modificación o bien cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Respecto de esto último, cabe decir que la consecuencia habitual es la nulidad, sin perjuicio de que en la doctrina y jurisprudencia se ha admitido, excepcionalmente, la conservación del vínculo.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 145.

Se observa, en suma, que esta reglamentación del contrato no dista de la concepción clásica liberal. El principio en este ámbito es la libertad y la autonomía de la voluntad; las partes son libres de disciplinar por la vía del contrato las conductas tendientes a satisfacer sus intereses recíprocos, y, una vez celebrado, el contrato resulta obligatorio y ejecutable según sus términos, interpretados naturalmente, según la buena fe, con la sola limitación impuesta por las normas excepcionales de orden público y las buenas costumbres. No hay lugar, en este campo, para hablar de asimetría de poder de negociación y distinguir entre una parte fuerte y otra débil, y no procede la aplicación del principio protectorio, que queda reservado en relación con el control judicial en los vínculos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación (que configurará un subsector de este ámbito general) y al legislarse los contratos de consumo en un título diferente, también considerados en general.

No es de extrañar, por tanto, que como corolario de lo expresado, en materia de interpretación, se consagren aquí los principios clásicos de la hermenéutica contractual.

## **8.2. REFERENCIA ESPECIAL AL CONTRATO RELACIONAL**

El Anteproyecto incorpora un artículo 1011 que reza:

Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

Se propone aquí una regulación del objeto de los contratos de larga duración, que presenta cierta diferencia con el modelo general del contrato discrecional.

Señala la Comisión:

[...] el modelo contractual “clásico” está basado en reglas que nacen de una etapa, que es el consentimiento, en la cual las partes negocian y fijan las reglas de modo definitivo. El estudio de estos fenómenos fue concebido como una fotografía estática: el contrato tiene un comienzo, a través del consentimiento, y un fin, por efecto de alguna causa de extinción. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes postcontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo. Habitualmente, la noción de “reciprocidad”, o “conmutatividad” es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra. [Sin embargo], este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan

en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original. El objeto del contrato puede prever una operación temporalmente extensa que requiere, de una comprensión dinámica.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar el elemento conmutativo del negocio mediante un concepto relacional y dinámico. No nos parece prudente desarrollar una compleja regulación de este tema novedoso y controvertido. Hemos optado por un solo artículo breve que establece que en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber secundario de conducta de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decida la rescisión debe dar a la otra una oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.<sup>45</sup>

El deber de colaboración de las partes en el contrato, en esa conceptualización, aparece entonces como deber *secundario*, y predicado solamente en el ámbito de los contratos de larga duración. Esta posición debe compararse con la que ha desarrollado la teoría solidaria del contrato, que ha generalizado este deber de cooperación o colaboración a todas las relaciones contractuales. Sin poder laudarse este complejo tema, parece claro que la obligación de ejecutar los contratos de buena fe genera cierto deber de cooperación o colaboración, pero este deber se manifiesta particularmente en los contratos de larga duración; no es posible sostener que jueguen de la misma manera en los dos ámbitos.

### 8.3. CONCLUSIÓN

Las principales reglas sobre el contrato discrecional, asentadas en los artículos 957 a 960, reafirman claramente el principio de la libertad contractual, de la autonomía de la voluntad, de la fuerza obligatoria y de la intangibilidad del contrato por el juez.<sup>46</sup> Los artículos 961 a 1091 integran un conjunto de reglas sobre todos los aspectos del contrato en general que un código moderno puede prever, siempre pensando en el contrato discrecional.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>46</sup> "Artículo 957. Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

"Artículo 958. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

"Artículo 959. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

"Artículo 960. Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público".

## **8.4. LAS REGLAS GENERALES SOBRE EL CONSENTIMIENTO Y EL CONTRATO DE ADHESIÓN**

### **8.4.1. Generalidades**

En el capítulo III del título segundo relativo a los contratos, se regula la formación del consentimiento contractual. En la sección primera, se afirma que la regla general es que los contratos se perfeccionan por la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. Por su parte, la oferta es definida en la forma tradicional, como una manifestación unilateral de voluntad, lo que es más que la mera declaración; comprende aquellos casos en que es expresa o tácita, recepticia o no, dirigida a persona determinada o indeterminada, y se describen sus requisitos. Se regula la invitación a ofertar, la conclusión de la vigencia de la oferta, la fuerza obligatoria y la revocación. En cuanto a la aceptación también se siguen los criterios ya establecidos en doctrina y jurisprudencia, así como en el Proyecto de 1998. Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, quedando a salvo la posibilidad de que las modificaciones puedan ser admitidas por el oferente, según admiten los criterios internacionales en función de la agilización de las transacciones.<sup>47</sup>

El contrato se considera concluido con base en la teoría de la recepción, que es la más aceptada en el derecho comparado. La norma dispone que se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando esta la conoce, o hubo de haberla conocido, tratándose de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil.

Hasta aquí, como puede apreciarse, se emplean conceptos tradicionales.

Pero inmediatamente la Comisión pasa a considerar el problema de los contratos celebrados por adhesión a condiciones o cláusulas generales, los cuales, por sus particularidades, son regulados separadamente en una segunda sección, lo que genera una normativa específica, aunque dentro del campo del contrato discrecional o paritario.

La categoría del contrato de adhesión aparece pues en el Anteproyecto, en sede de la disciplina del contrato discrecional, a partir de una disquisición sobre la formación del consentimiento en dicha especie de contrato. En esta segunda sección se comienza con la siguiente definición:

---

<sup>47</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 147.

Contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte, sin que el adherente haya participado o influido en su redacción.

En consecuencia, se asume que el supuesto que se regula no es un tipo o subtipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento, en la que es dable observar “una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales”.<sup>48</sup> De este modo, la categoría del contrato paritario, ya sea que el consentimiento haya sido prestado mediando una tratativa individual o que haya existido asentimiento a condiciones generales de la contratación, queda claramente diferenciada de aquella general de los contratos de consumo. El contrato de consumo supone una relación con un consumidor; este requisito no es necesario en el contrato de adhesión. Por cierto, puede existir, y entonces el contrato será de consumo, y contraído por adhesión. Pero bien puede suceder que no se trate de una relación o contrato de consumo, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado.

Hacemos aquí una pequeña digresión que a nuestro juicio es meramente terminológica. La Comisión emplea la expresión *cláusulas generales* para referirse al fenómeno de las *condiciones generales de la contratación*. La expresión *condiciones generales* goza de aceptación en varios sistemas legales europeos —Código Civil de Italia, artículo 1341; Código Civil de Alemania, § 305; decreto ley 1/2007 de España sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios; Principios Lando, artículo 2209; Proyecto Europeo de Contratos (Pavia/Gandolfi), artículo 33—. Sin embargo, la Comisión sugiere no utilizar el término *condición*, argumentando que tiene un significado técnico específico en el ámbito de las obligaciones y contratos que no se compadece con el supuesto que estamos considerando, razón por la cual proponen emplear el vocablo *cláusulas*. Queda por ver la justificación de esta disquisición. Si bien es cierto que la expresión *condición* alude a una modalidad de las obligaciones que nada tiene que ver con el contrato de adhesión, también es cierto que la expresión *condiciones generales* está asimismo impuesta en el vocabulario jurídico y la confusión resulta imposible. Por otra parte, la expresión *cláusulas generales* tiene también otro significado técnico en derecho privado, que alude a los estándares abstractos de conducta que los jueces emplean en la resolución de controversias. Tanto es así que la comisión se siente en la necesidad de aclarar:

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 148.

[...] en cuanto al vocablo “general” es necesario decir que no se refiere a la cláusula general como concepto jurídico indeterminado, que es el significado propio que tiene este término en el campo de la filosofía del derecho. En el ámbito contractual, es claro que se refiere a aquellas cláusulas que son redactadas para una generalidad de sujetos en forma previa y no modificable mediante la negociación individual. Esta cláusula general se distingue de la particular (art. 986). La primera es elaborada para una generalidad de sujetos indeterminados y es inmodificable; la segunda puede ser modificada por una negociación individual. No hay adhesión, sino negociación y consentimiento. Por eso la norma establece que son aquéllas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Como expresamos, la cuestión nos parece meramente terminológica.

#### **8.4.2. Contrato con predisposición y contrato de adhesión**

La Comisión efectúa, en este punto, un distingo muy importante entre el contrato con condiciones predisuestas y el contrato de adhesión.

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 definía al contrato predispuesto como “aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes”; a las condiciones generales como “las cláusulas predisuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato o en otro separado”, y al contrato celebrado por adhesión como “el contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación” (artículo 899 del Código Civil).

La Comisión propone una regulación del contrato que implica distinguir, en este punto, entre contrato con condiciones predisuestas y contrato por adhesión a cláusulas generales, distingo este que nos parece fundado.

La predisposición es una técnica de redacción que nada dice sobre los efectos. El contenido predispuesto unilateralmente puede ser utilizado para celebrar un contrato paritario, uno por adhesión o uno de consumo. El contrato, en cambio, se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere; la parte no predisponente “ha estado precisada a declarar su aceptación”.<sup>49</sup>

Se sugiere pues distinguir los contratos predispuestos de aquellos de adhesión, sobre la base del fundamento de que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es sinónimo de debilidad de una de las partes: el recurso a la predisposición

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 149.

puede derivar de una opción de las partes que quieren disminuir los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predispuerto por una de ellas o por un tercero.

El contrato predispuerto era un supuesto ya previsto en los códigos decimonónicos, anteriores a la problemática de las condiciones generales de la contratación, que daba origen a la conocida regla *interpretatio contra stipulator*. La predisposición, se señala, es una calidad del contenido, mientras que la adhesión es una característica de un acto del aceptante.

En efecto, un contrato puede haber sido redactado unilateralmente por una de las partes, que ha predispuerto las condiciones. Sin embargo, ello puede no ser sinónimo de disparidad de poder negocial. La predisposición (en el sentido de redacción unilateral) puede encontrarse acompañada de una tratativa efectuada en términos paritarios. Por ejemplo, en la compraventa de un inmueble, es usual que sea el escribano del comprador quien redacte el contrato, mientras que el profesional del vendedor se limita a revisar el proyecto de escritura, y no es infrecuente que acepte el texto propuesto. Ello no convierte el supuesto en un contrato de adhesión, ya que el vendedor, más allá de que haya aceptado la redacción propuesta, pudo no haberlo hecho. No aparece, pues, una disparidad de poder negocial. En el contrato de adhesión o por adhesión, en cambio, el adherente no tendría posibilidad real de discutir el contenido del contrato.

Hasta aquí nos parece que la distinción resulta evidente y fundada. Es más: esta percepción de que una cosa es la modalidad de contratación por adhesión y otra el carácter de consumo de la relación, si bien resulta algo claro e incluso evidente, no había sido, en nuestra opinión, tan claramente expresada como en el Anteproyecto.

Sin embargo, en los *Fundamentos* no aparece claramente la consecuencia de la distinción, puesto que el régimen de anulación de cláusulas abusivas, a que se aludirá enseguida, se aplica tanto a los contratos de adhesión como a los que contienen cláusulas predispuertas. Parecería que la diferencia de régimen debería consistir en que en los contratos que contienen cláusulas predispuertas, pero no en forma general sino individual, no es viable un control de contenido, que sí lo es en los contratos de adhesión. En cambio, según el articulado del Anteproyecto, el control de contenido de las cláusulas abusivas sería de aplicación a todo contrato con cláusulas predispuertas, ya sea en forma individual o general.

Como surge del texto,<sup>50</sup> el control de abusividad de las cláusulas comprende los contratos concluidos por adhesión y los que, aunque no están celebrados por adhesión, con-

---

<sup>50</sup> “Artículo 988. Cláusulas abusivas. En los contratos con cláusulas predispuertas o que sean concluidos por adhesión, se deben tener por no escritas:

”a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;

”b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;

”c) las que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles.”



tienen cláusulas predisuestas. La razón de esta extensión radicaría en que no se trata de un control de incorporación sino de contenido, en el que no importa si hubo adhesión o consentimiento.

Sin embargo, precisamente, el control de incorporación se funda en la inexistencia del consentimiento; el control de abusividad presupone, en cambio, cierta medida de consentimiento, pero no procede cuando existió consentimiento individual y concreto.

Nos permitimos pues señalar aquí lo que entendemos es una inconsecuencia. Si se admite que la predisposición individual puede ser utilizada para celebrar un contrato paritario, uno por adhesión o uno de consumo, encontrándose en la base de la categoría que constituye un procedimiento *neutro*, y que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es un indicio de la debilidad de una de las partes, no se aprecia la razón por la cual, en el caso de ser negociado individualmente, el contrato con condiciones predisuestas deba disparar el control de contenido de las cláusulas abusivas. Es condición generalmente aceptada que el control de abusividad de las cláusulas no comprende aquellas que han sido individualmente negociadas, aun por los consumidores.<sup>51</sup>

Como se verá luego, el Anteproyecto extrema la protección en el ámbito de las relaciones de consumo, puesto que, si entramos en él, el control de abusividad procede aun cuando la cláusula haya sido negociada individualmente. Estamos aquí ante una opción de política legislativa.

Sin embargo, en cuanto a la distinción del régimen aplicable a los contratos predisuestos, respecto de los contratos de adhesión, advertimos una inconsecuencia lógica. El Anteproyecto no sería susceptible de crítica si el control de abusividad quedara reducido al contrato de adhesión (sea o no de consumo), excluyendo toda cláusula negociada individualmente (salvo que fuera de consumo, en cuyo caso, en virtud de la protección extrema que se le dispensa al consumidor, la negociación individual no es relevante). La *ratio legis* sería que en el contrato de adhesión, aun entre empresas, la “medida” del consentimiento es menor que en el contrato paritario o negociado, lo que justifica un control más intenso. La negociación individual excluye, por hipótesis, esa “medida” menor. El control de abusividad debe afectar, entonces, no el supuesto general de predisposición, que, como expresamente sostiene el Anteproyecto, es un procedimiento *neutro*, sino el campo de aquellos casos en que la predisposición va acompañada del fenómeno realmente relevante a estos efectos que es la adhesión, es decir, la imposibilidad real de discutir y negociar el contenido. Cuando el

---

<sup>51</sup> Como se verá en seguida, la categoría del contrato de consumo implica una protección tan fuerte que determina la posibilidad del juez de anular una cláusula por considerarla abusiva, aunque haya sido expresamente aceptada por el consumidor, lo que constituye una innovación en el derecho comparado.

contenido, aunque haya sido predispuesto, se pudo discutir o se discutió efectivamente, el control de abusividad debería quedar excluido. Salvo, repetimos, en el área del contrato de consumo final, donde se dispensa una protección extrema.

Como sostiene la propia Comisión:

[...] la cláusula abusiva puede ser anulada porque existe una “gradación menor” de la autonomía de la voluntad, que hace presumir que el adherente no consentiría la cláusula abusiva; pero si contra esa presunción, el adherente ha negociado y aceptado la cláusula, la misma es válida.

Se trataría de una presunción que admitiría prueba en contrario. La tutela del consumidor, en cambio, no se basa en ninguna presunción relativa.

### **8.4.3. El control de incorporación de las cláusulas abusivas**

La configuración de consentimiento dado por adhesión a condiciones unilateralmente predispuestas dispara la aplicación de la normativa sobre control judicial, tanto en la incorporación de la cláusula como en el contenido.

El control de incorporación es fundamentalmente formal. Para poder considerarse incorporadas, las cláusulas de los contratos de adhesión deben ser comprensibles y auto-suficientes; su redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible; se tienen por no convenidas aquellas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Estos requisitos se extienden a la contratación telefónica o electrónica, o similares, y su interpretación es en sentido contrario a la parte predisponente.

El control de contenido, en cambio, se efectúa sobre la base del juicio de abusividad de las cláusulas.

### **8.4.4. El control de contenido de las cláusulas abusivas**

Como enseña GAMARRA en el Uruguay, de ahora en adelante todas las disposiciones del contrato (de adhesión) —con excepción de la equivalencia económica de las prestaciones— quedan sometidas al examen judicial que determinará si violan el principio de equilibrio contractual o la igualdad (que ahora pasa a ser sustancial, y no meramente formal, como sucedía antes). Por lo tanto —señala el Maestro—, “el nuevo derecho amplifica los poderes y arbitrios del magistrado”, que ahora posee posibilidades ilimitadas para “cazar en el territorio de la abusividad”.<sup>52</sup> En el mismo sentido, respecto del derecho italiano, enseña

<sup>52</sup> Véase, entre otros, Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. IX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003, p. 316. En el mismo sentido, Eugenio LLAMAS POMBO, “Buena fe y cláusulas abusivas en la contra-

RIZZO que con la aprobación de las normas sobre cláusulas abusivas se ha querido garantizar la elasticidad del sistema, asignando al juez un importante rol en la individualización y en la represión de las cláusulas inicuas.<sup>53</sup> De modo que la delimitación de esta área de contratos de adhesión marca, respecto del área general del contrato (paritario), una ampliación de las potestades del juez.

En este punto, la Comisión se plantea la disyuntiva de adoptar o no un listado de cláusulas abusivas que son nulas de pleno derecho, y otro que las considera sospechosas. Si se plantea a priori el problema de los métodos que las diferentes legislaciones pueden emplear para establecer regulaciones sobre el tema de las cláusulas abusivas, sería posible afirmar que dichos métodos pueden reducirse a dos: o bien establecer el concepto genérico de cláusula abusiva, o sea, una cláusula general de abusividad, o bien consagrar una enumeración de cláusulas típicamente abusivas. Las normas construidas sobre el modelo de cláusulas generales son reglas que fijan estándares sumamente amplios, dejando un amplio margen de apreciación al intérprete. Tal es, por ejemplo, el concepto de buen padre de familia, de ejecución de buena fe del contrato, de acto propio del giro normal del negocio, etc. En cambio, las normas que describen supuestos de hecho típicos requieren que se configure más o menos exactamente ese supuesto, excluyendo la discrecionalidad en la apreciación.

Los autores opinan que un listado tipo es útil, pero que debería consagrarse en la legislación especial, como de hecho ocurre en el derecho comparado. Una primera razón es que los tipos pierden actualidad de modo muy rápido, y en tal caso surge la necesidad de actualizar el listado, lo cual es sencillo en una ley especial pero muy difícil en un código. Una segunda cuestión es que el abuso de las cláusulas es un fenómeno sectorial, y son distintas las que se pueden observar en la medicina privada, en el turismo, en el crédito al consumo o la venta de automotores. Ello hace que la sede natural sea la legislación especial.

En consecuencia, no se incluye en el Anteproyecto un listado de cláusulas abusivas, sino un criterio general amplio, contenido en los artículos 988 y 989, que sirve para cubrir situaciones no previstas en la legislación especial. Son definidas como abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; o las que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles. Ello parece comprensivo del concepto de que la cláusula abusiva

tación con consumidores”, en Marcos CÓRDOBA (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 237; Dora SZAFIR, *Consumidores. Análisis exegetico de la ley 17250*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 236.

<sup>53</sup> Vito RIZZO, *Le “clausole abusive” nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 166.

tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Corresponde probablemente a don Federico DE CASTRO Y BRAVO haber descubierto que lo que generalmente hacen las cláusulas abusivas, en realidad, no es contrariar normas imperativas, sino precisa y simplemente derogar las normas supletorias contenidas en la ley, en los diversos grados de abstracción referidos por el legislador en la sistemática de los códigos, ya sea en la parte general o en la parte especial de los contratos nominados.<sup>54</sup> Desde una perspectiva liberal a ultranza, nada habría pues que reprochar. Las normas dispositivas están precisamente... para ser derogadas, esto es, para ser aplicadas solamente en el caso de que las partes, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, no resuelvan de otro modo. Si así lo hacen, su voluntad resulta preeminente.

Sin embargo, es precisamente por medio de la reflexión sobre la naturaleza de las normas supletorias o dispositivas que la doctrina ha avanzado en la clarificación del concepto de cláusula abusiva en los contratos de adhesión. Según DE CASTRO, las normas dispositivas, es decir, aquellas que contienen la disciplina de los contratos pero que admiten su derogación o renuncia por convenios particulares, tienen, según los casos, una mayor o menor *resistencia* a la derogación. Es verdad que las normas imperativas son inderogables y las supletivas no. Sin embargo, las normas supletivas o dispositivas no presentan todas un aspecto homogéneo; algunas de ellas son meramente operativas; se reducen a prever aspectos de detalle, a facilitar las transacciones en caso de olvido o imprevisión de las partes, a reducir los costos de la contratación; estas normas son derogables por las partes, sin restricciones, porque nadie conoce su propia comodidad mejor que las propias partes. Pero hay normas que, si bien no son imperativas, tienen sin embargo “un contenido de justicia” que derivan de la naturaleza propia del contrato, de su estructura equilibrada. DE CASTRO trae en apoyo de su tesis la posición de diversos autores alemanes (BRANDT, RAISER, NIPPERDEY, LARENZ, entre otros), que hablan de la *función ordenadora* del derecho dispositivo, que se encuentra en casi todas las normas del derecho de las obligaciones.<sup>55</sup>

Es fácil reconocer en esta postura aquella concepción tradicional del contrato en sí mismo como equilibrio.

También se define la situación jurídica abusiva, diciendo que ella se configura cuando el mismo resultado se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de actos

---

<sup>54</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIV, fascículo I, enero-marzo 1961, pp. 295-341.

<sup>55</sup> La doctrina atribuye a Ludwig RAISER el mérito de haber perfeccionado estos desarrollos en su obra *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, cuya primera edición data de 1935. Sobre el punto véase RIZZO, o. cit.

jurídicos conexos. Ello es consistente con lo dispuesto en materia de ejercicio abusivo en el título preliminar y de contratos conexos en la parte general de contratos.

Se establece que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado ni las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas, lo cual es coherente con normas de derecho comparado. Finalmente, se establecen las facultades judiciales.

Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.<sup>56</sup>

## 8.5. CONCLUSIÓN

En suma: en nuestra opinión, una presentación de la nueva teoría general del contrato, fragmentada, debería incluir no dos, sino tres zonas formalmente separadas:

1. Una zona de contrato discrecional o paritario, organizado en torno a la tratativa individual, aun cuando las cláusulas del contrato hayan sido predisuestas, con plena aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y restricciones al poder del juez.
2. Una zona de contrato de adhesión, fuera de la relación de consumo, o sea, comprensiva de relaciones entre empresas una de las cuales adhiere a condiciones predisuestas, donde se verifique la presencia de un contratante que meramente acepta o adhiere a condiciones sin tener posibilidad de discutir el contenido; es el ámbito de las condiciones generales de la contratación o del contrato de adhesión, donde el consentimiento está *mermado*, y que da origen a la protección derivada del régimen de las cláusulas abusivas, que implica control de incorporación y de contenido, protección que sin embargo cede ante la autonomía de la voluntad de los contratantes.
3. Y, por último, una zona de regulación de las relaciones de consumo, donde el principio protectorio, incluyéndola, exorbita la tutela propia del contrato de adhesión, asumiendo portada absorbente, donde la relevancia del consentimiento es mínima y donde prevalece la tutela del interés del consumidor por encima de lo que haya eventualmente consentido, dando lugar a una tutela de oficio aun en el caso de existencia de tratativa individual.

---

<sup>56</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 167.

## 9.

# LA CATEGORÍA DEL CONTRATO DE CONSUMO EN GENERAL

### 9.1. GENERALIDADES

La Comisión incorpora la regulación de los contratos de consumo como un título separado, asumiendo que constituyen una fragmentación de la categoría general del contrato que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

En el diseño formulado, esta regulación no implica la reproducción en el Código Civil de las reglas de la legislación de consumidores en su detalle, sino tan solo la definición de unos principios y reglas generales. Los autores señalan dos tipos de razones que fundamentan esta actitud: a) que la dinámica constante de las relaciones de consumo hace que sean muy cambiantes, y por eso es que resulta muy necesaria e insustituible la legislación especial, que puede ser fácilmente modificada; b) que la sectorialización de la legislación constituye una especie de descodificación del propio subsistema, y se observa que existen actualmente normas especiales sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad y muchas otras que hacen muy difícil e inconveniente una sola regulación.

Los principios generales de protección del consumidor, que actuarán como un mínimo, se relacionan así con los subsistemas sectoriales que contienen normas tuitivas de los consumidores en diferentes áreas, lo que tiene a su vez efectos importantes:

1. En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores de protección.
2. Ninguna ley especial en aspectos similares podrá derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos *mínimos* actúan como un núcleo duro de tutela.
3. También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales del Código Civil sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.
4. En el campo de la interpretación, se establece un *diálogo de fuentes*, de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El

intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

La incorporación de principios generales de protección mínima del consumidor en el Código Civil refuerza así la recuperación de la centralidad del Código en relación con el sistema de fuentes, y de su papel de punto panorámico, desde el cual el juez puede observar la globalidad de los niveles normativos y perfilar coordinadamente las consecuencias aplicativas. Si se toma en particular la problemática de las relaciones de consumo, se observa que al respecto opera una pirámide de fuentes en una escala de graduación compuesta por:

- a. los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución;
- b. los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código;
- c. la reglamentación detallada existente en la legislación especial.

Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

Lo que viene de expresarse denota una coherencia con las pautas orientativas del empleo del sistema de fuentes a que se hizo referencia más arriba.<sup>57</sup>

## **9.2. DEFINICIÓN DE CONTRATO Y DE RELACIÓN DE CONSUMO**

La Comisión entiende que la regulación del contrato de consumo requiere una definición legal, cuestión que, a su vez, se vincula con lo que se entiende por relación de consumo.

Señala la Comisión que un carácter diferencial del contrato de consumo respecto al contrato en general aparece claramente en relación con el proceso de formación del consentimiento.

Entendemos que puede darse una explicación más radical. La diferencia en la formación del consentimiento explica la distinción (más arriba explicitada) entre contrato paritario y contrato de adhesión.

Sin embargo, aquí la Comisión propone la consagración legislativa de una categoría distinta de la del contrato en general (comprensiva esta categoría del contrato paritario y del

---

<sup>57</sup> Una posición que atribuye función similar al título preliminar del Código Civil es sostenida en el Uruguay por BERDAGUER. Véase Jaime BERDAGUER, "Constitución y derecho civil", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XL, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 611 ss.

contrato de adhesión). No hay duda de que, desde el punto de vista formal, el Anteproyecto separa el contrato paritario en general del contrato de consumo en general. Sin embargo, es menester encontrar un elemento claro que distinga esta categoría —que fragmenta la categoría general del contrato— desde el punto de vista material. Señala GABRIELLI que es necesario encontrar una justificación teórica a la disciplina de las relaciones de consumo.<sup>58</sup>

Buscando ese elemento, tal vez sea posible señalar que el rol del consentimiento, en esta nueva categoría de contrato, es menor que en el contrato paritario, aun cuando este haya sido contraído mediante condiciones o cláusulas generales.

Bajo ningún concepto se puede afirmar que el consentimiento se considera irrelevante. Sin embargo, la norma focaliza aquí no tanto la cuestión del consentimiento, sino de la relación. Según la Comisión, la definición es amplia, ya que se define como *relación* de consumo, que comprende hechos, actos unilaterales y bilaterales. Ello permite regular los fenómenos de responsabilidad derivados de hechos, prácticas negociales como la publicidad, derivados de actos unilaterales, y contratos, que son actos bilaterales.

Ya en la década del sesenta del siglo pasado, HERNÁNDEZ GIL había definido como uno de los caracteres del nuevo derecho contractual el de la ruptura de la uniformidad del significado del contrato, afirmando que seguíamos hablando de contrato como si nos refiriésemos a algo siempre uniformemente igual, mientras que, junto con el contrato del Código Civil, iba apareciendo una amplia zona de legislación especial que progresivamente incorporaba a su regulación un contingente más extenso de relaciones de convivencia. Según el autor, la esencial igualdad, justificativa del concepto unitario, se había ya perdido. Los diferentes contratos habían dejado de ser simples tipos o variantes dentro de un concepto genérico, para convertirse en categorías en cierto modo autóctonas. Las diferencias no procedían, como antes, de la diversa realidad material aprehendida en cada contrato, que era compatible con un tratamiento jurídico sustancialmente análogo y orientado hacia iguales fines, sino que concernían intrínsecamente a la propia ordenación jurídica.<sup>59</sup>

La propuesta precursora de HERNÁNDEZ GIL iba en el sentido de concebir a la zona contractual compuesta de dos sectores: uno, en el que predomina la voluntad sobre la norma o, dicho de otro modo, la norma se traduce en una concesión de libertad dentro de ciertos límites, y otro en el que la norma se sobrepone a la voluntad.

---

<sup>58</sup> Enrico GABRIELLI y Andrea ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Turín: UTET, 2000, p. 3.

<sup>59</sup> ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, “De la antigua a la nueva concepción del contrato”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVIII, n.º 3-4, Montevideo, junio-diciembre de 1967, pp. 520-521.



En ese sentido, siguiendo las definiciones de la ley 24240, con las modificaciones de la ley 26361, la Comisión esboza a la relación de consumo, donde el papel de la voluntad es mínimo:

Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Como puede apreciarse, la norma propuesta focaliza más la relación que el consentimiento. Ocurre lo mismo que en la concepción antigua del contrato: recibe mayor relieve el vínculo jurídico, el elemento objetivo de la relación, *lo contraído*, el contrato *in facto esse*, que el elemento consensual, subjetivo, el consentimiento, el contrato *in fieri*.

Se focaliza el hecho social, la situación jurídica de recíproca colaboración, que funciona como supuesto de hecho de determinadas normas jurídicas, no necesariamente centrado en el fenómeno de la voluntad. Es significativa la expresión de Andrea María AZZARO: *contratti non negoziati*.<sup>60</sup>

Esta apreciación parece consolidarse si se tiene en cuenta la figura del denominado *consumidor expuesto*, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. El ejemplo elegido por la Comisión es el del peatón víctima de un accidente de tránsito con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial, que deja a la figura del consumidor expuesto fuera de la definición general de consumidor, aunque la reproduce al regular las *prácticas abusivas*, ya que en ese caso su inclusión aparece como razonable.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Andrea Maria AZZARO, *I contratti non negoziati*, Nápoles: ESI, 2000.

<sup>61</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 162.

Más allá de la amplitud del ámbito de aplicación de la figura del *bystander*, lo cierto es que la *ratio legis* de la normativa parece exorbitar claramente la cuestión del contrato entendido como consentimiento de partes, para focalizar (sin olvidar totalmente el origen consensual del supuesto) más bien la cuestión de la relación jurídica de consumo.

El consentimiento contractual, aunque no totalmente desplazado, constituye fundamentalmente la ocasión de la relación y de la normativa. No está concebido como fuente de la norma, sino como un hecho social que da pie a la formulación de la norma.

Ello explica que se concluya estableciendo un sistema protectivo que en buena medida prescinde de la decisión propia del individuo, al permitir la intervención judicial aun cuando haya existido consentimiento expreso del consumidor, o aunque el consumidor no haya solicitado la tutela, y admitir la actuación de oficio por parte del magistrado, aspectos estos muy difíciles de conciliar con el concepto de autonomía privada.<sup>62</sup>

De modo que, en síntesis, puede visualizarse una categoría de contrato de consumo que de contrato tiene bastante poco. El acto de consumo queda despojado de consensualismo, salvo en cuanto al acto desnudo de querer consumir un producto o un servicio a cambio de un precio. El consentimiento es *mínimo*; basta la mera aceptación.<sup>63</sup>

La intangibilidad de este acto voluntario de consumo no solo no es afectada, sino que resulta reforzada. La intervención protectora, que en el ámbito de contratos de consumo llega a su máxima expresión, no puede cambiar la ecuación económica del contrato. Pero fuera de ese núcleo, la voluntad del consumidor cuenta muy poco. El legislador le otorga protección a su interés como consumidor, independientemente de cuál haya sido su voluntad en cuanto a los efectos jurídicos del acto de consumo.

### 9.3. CARACTERES ESPECIALES DEL CONTRATO DE CONSUMO

Se consagra, en primer lugar, una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo. Preceptúa la norma que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor, en la medida de sus conocimientos, las características esenciales del bien o del servicio y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato. Esta disposición no es igual a la existente en los contratos en

---

<sup>62</sup> La posibilidad de la intervención de oficio del juez en los casos de relaciones de consumo ha sido ampliamente admitida en Europa a partir de los casos *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*. En el Uruguay tal posibilidad es resistida en función del principio dispositivo del proceso civil. La solución planteada por el Anteproyecto resuelve expresamente la cuestión mediante una opción de política legislativa que supone, en nuestro concepto, focalizar el aspecto de la relación más que el aspecto del consentimiento, como se hacía antes de los orígenes de la teoría general del contrato.

<sup>63</sup> Jorge GAMARRA, *Neoconstitucionalismo, código y ley especial*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012.

general, donde la parte que obtiene información a su costo no tiene, por regla general, que compartirla.

En segundo lugar, aparece la regulación de las prácticas abusivas. Conforme lo dicho con relación al método, debe comenzarse con la Constitución Nacional, que establece el “trato digno”, de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales. Se aplican normas que tratan de proscribir prácticas abusivas estableciendo los requisitos de trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

También se sugiere la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores; se define la publicidad ilícita, que incluye las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales, y se especifican las acciones de que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales. Al igual que la norma citada, se establece que la publicidad integra el contrato.

Todos estos caracteres son propios y exclusivos de la regulación del contrato de consumo.

A ello debe agregarse, por supuesto, el régimen de control de cláusulas abusivas, que se aplica integralmente a las relaciones de consumo, con las particularidades del extremo carácter tuitivo que las caracteriza.

#### **9.4. MODALIDADES ESPECIALES**

Finalmente, además de la formulación de los principios generales referidos a la relación de consumo, la Comisión propone incluir en el Código Civil algunas normas relativas a modalidades especiales de dicha relación. No se trata de tipos contractuales, en el sentido de esquemas predefinidos que organicen derechos y obligaciones de modo de reducir los costos de transacción de las partes, sino de categorías de contratos construidas a partir de una característica común, que es el celebrarse por medios no tradicionales, propios de la sociedad posmoderna, particularmente de las modernas técnicas de *marketing* y de publicidad, y de la utilización de medios electrónicos, que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo.

De este modo son regulados los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, los celebrados a distancia y los celebrados por medios electrónicos. Respecto de

estos contratos, se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que habitualmente ejerce el proveedor, y que son las siguientes:

1. El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado.
2. La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación.
3. El derecho a la revocación.
4. El lugar de cumplimiento es aquel en el que el consumidor hubiera recibido la prestación, y fija la jurisdicción.

## **9.5. PECULIARIDAD TUITIVA DEL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO**

### **9.5.1. Elevado umbral tuitivo**

En suma, la regulación de los contratos paritarios y de los contratos de consumo en dos títulos separados determina un régimen totalmente diferente.

En los contratos paritarios, existe consentimiento contractual y se respeta la autonomía de la voluntad. Existe un ámbito de protección en el caso de cláusulas abusivas, que refiere a la forma de manifestación del consentimiento. La cláusula abusiva puede ser anulada porque existe una *gradación menor* de la autonomía de la voluntad que hace presumir que el adherente no consentiría la cláusula abusiva; pero si contra esa presunción el adherente ha negociado y aceptado la cláusula, esta es válida. En los contratos de consumo, en cambio, prevalece la función tuitiva, de modo que la cláusula podrá ser declarada abusiva aun cuando el consumidor la apruebe. Lo mismo ocurre con la aprobación administrativa: nada impide la declaración de abuso. Esta regla se aplica si el contrato de consumo es de adhesión o si no lo es, porque la adhesión es indiferente; lo que importa es que sea de consumo.

Como se observa, el nivel de protección en los contratos de consumo, disciplinados en el título tercero, es muy elevado; podríamos decir que presenciamos un caso de paternalismo; pero ello queda reducido a los contratos de consumo, sin posibilidad de que estas normas tuitivas extremas sean extrapoladas al ámbito de los contratos que no son de consumo, sean o no de adhesión, lo que implica también excluir la posibilidad de aplicación analógica de este régimen especialmente tuitivo a los contratos entre empresas, aunque estas sean pequeñas o medianas.

### 9.5.2. Exclusión del consumo empresarial

Consecuentemente, junto con este elevado nivel de protección, el segundo carácter de los contratos o relaciones de consumo es su definición estricta; queda fuera de este ámbito especialmente tuitivo el denominado *consumo empresarial*.

En la definición se utilizan dos elementos: el consumo final y la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. De este modo, el elevado nivel de protección del contrato de consumo no resulta aplicable a ningún contrato entre empresas.

En cuanto a este tema del llamado *consumo empresarial*, la Comisión ha detectado correctamente que la gran discusión del momento actual en la doctrina general del contrato es si los principios protectores del derecho del consumo son aplicables a las relaciones entre empresas, cuando una empresa grande contrata con una pequeña o mediana empresa. En el régimen propuesto, queda claro que toda empresa queda excluida de la definición de consumidor y, por tanto, no se le aplicarán las normas sobre relación de consumo. Sin embargo, las pequeñas y medianas empresas podrán obtener una tutela que surgirá del carácter de adhesión de los contratos celebrados.<sup>64</sup>

El derecho argentino vendría así a coincidir con el brasileño, en tanto el Supremo Tribunal Federal ha considerado que no es aplicable el Código de Defensa del Consumidor a una relación entre empresas, y la doctrina ha comentado favorablemente esta interpretación señalando que lo contrario borraría toda distinción entre comercio y consumo, lo que terminaría en una generalización que perjudicaría a los más débiles y conduciría a lo que Claudia LIMA MARQUES ha denominado *banalización* del derecho de las relaciones de consumo, que abarcaría tanto que finalmente quedaría sin proteger a quienes realmente merecen la tutela.

Más allá de la discusión teórica sobre si el contrato de adhesión debería ubicarse dentro del concepto de contrato discrecional o paritario (lo cual no parece muy congruente con la idea de que una de las partes posee mayor poder negocial) o junto con el contrato (o *relación*) de consumo, lo cierto es que el Anteproyecto resuelve desde el punto de vista legislativo las dudas sobre el estatuto del consumo empresarial aportando una solución que parece compartible: por un lado, dotar a la pequeña y mediana empresa de un régimen tuitivo en torno a la cuestión de las cláusulas abusivas; por otro, dejar en claro que no le es aplicable al mundo empresarial (grandes, medianos o pequeños sean los agentes) la disciplina tuitiva extrema de las relaciones de consumo.

---

<sup>64</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 164.

### 9.5.3. Restricción del consumidor expuesto o bystander

Otro perfil en el que la Comisión ha propuesto una interpretación restrictiva es el concepto de *consumidor expuesto* o *bystander*. El concepto de *bystander* es incorporado en el Anteproyecto, pero únicamente en referencia a las prácticas abusivas.

Entienden los autores que incluir lisa y llanamente al *bystander* en el concepto de consumidor —que es la solución vigente en este momento en Argentina, según el tenor de la ley 25361—, al “carecer de restricciones, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud”. Entiende la Comisión que la incorporación del consumidor expuesto en la definición general de consumidor es producto de “una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general”. En consecuencia, el Anteproyecto toma esta noción amplia de consumidor, comprensiva del *bystander*, únicamente en relación con la cuestión de las prácticas abusivas.

Esta restricción de la aplicación de normas protectivas de la figura del consumidor expuesto, comúnmente denominado *bystander*, es de las cuestiones más polémicas y ha desatado tempranamente críticas al Anteproyecto. En reciente ponencia,<sup>65</sup> SOBRINO sostuvo que la víctima de un accidente de tránsito es un consumidor, dado que “sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia [...] utiliza [...] servicios [...] como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar”, como decía el artículo 1 de la ley 24240 y ahora ratifica en forma expresa el artículo 1092 del Anteproyecto de Código Civil de 2012.<sup>66</sup> Según SOBRINO, la víctima de un siniestro o el tercero beneficiario, “también deben ser considerados consumidores (de seguros), dado que el Art. 42 de la Carta Magna, es sumamente explícito, dado que —por un lado— menta a consumidores y ‘usuarios’, y —por otro lado— no solo habla de ‘contratos de consumo’ sino que con gran amplitud se refiere a la ‘relación de consumo’”.<sup>67</sup> En igual sentido se manifiesta la Ley de Defensa del Consumidor, que no solo hace referencia a la relación de consumo, sino que también —derechamente— sostiene que esta normativa tuitiva se aplica a aquellos que “sin ser parte de una relación de consumo” utilizan los servicios en su beneficio propio o social, y agrega asimismo a “quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Waldo SOBRINO, “El Anteproyecto de Código Civil de 2012. Las víctimas de accidentes de tránsito siguen siendo consideradas consumidores en relación al seguro de responsabilidad civil”, ponencia para las X Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro (Buenos Aires), abril de 2012.

<sup>66</sup> Waldo SOBRINO, *Consumidores de Seguros*, Buenos Aires: La Ley, 2009, pp. 441 ss.

<sup>67</sup> Waldo SOBRINO, “Ley de Seguros Comentada. Art. 1.º”, en *La Ley Online*, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

<sup>68</sup> Fulvio SANTARELLI, “El nuevo régimen de defensa del consumidor”, publicado en *Síntesis Forense. Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, n.º 124, febrero-abril de 2008, p. 18, cit. en SOBRINO, “El Anteproyecto...”, cit.

Así pues, según SOBRINO, las pautas introducidas por la ley 26361, de Relaciones de Consumo, realizan —a grandes rasgos— una división tripartita de los consumidores, a saber:

- quien es parte en una relación de consumo (artículo 1.º, primer párrafo, de la ley 24240);
- quien no es parte, pero como consecuencia de una relación de consumo utiliza bienes o servicios (artículo 1.º, segundo párrafo, primera parte, de la ley 24240);
- quien no es parte de una relación de consumo, pero “de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” (artículo 1.º, segundo párrafo, *in fine*, de la ley 24240).<sup>69</sup>

Según el autor:

[...] ello avala lo que claramente venía exponiendo Ricardo Lorenzetti (incluso, antes de la reforma de la Ley 26.361), cuando enseñaba que el “tercero beneficiario” de un “contrato de seguro” también debe ser considerado como “consumidor”.<sup>70</sup>

Por ello concluye:

[...] son consumidores de seguros, tanto los tomadores y asegurados, como —asimismo— los damnificados de los seguros de responsabilidad civil (ora de seguros obligatorios, ora de seguros no obligatorios).<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> En contra: Domingo LÓPEZ SAAVEDRA, quien con referencia al artículo 1.º de la ley 26.361 afirma: “[...] este artículo, si lo aplicáramos literalmente, abriría la posibilidad de que los terceros en los seguros de responsabilidad civil pudieran ser considerados como consumidores, con todos los derechos que la Ley de Defensa del Consumidor le pudiera otorgar a estos últimos, más allá de lo que la Ley de Seguros establece en su normativa, específicamente, en su artículo 118, con toda la distorsión normativa que resultaría de la aplicación de una ley que no ha sido prevista para ser aplicada en el campo del seguro [...]”. Y luego, en la nota 12, agrega: “[...] sostiene ya esta tesis Sobrino, en su reciente trabajo ‘La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios’, en *La Ley*, 2009-D, 1078 [...]”. Domingo LÓPEZ SAAVEDRA, “El Seguro frente a la Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, en *La Ley*, Buenos Aires, 10 de junio de 2009, p. 2, citado en SOBRINO, “El Anteproyecto...”, cit.

<sup>70</sup> LORENZETTI afirma: “[...] el tercero beneficiario: en estos casos también hay discusión, ya que un contrato puede establecer un beneficio a favor de un tercero. Por ejemplo: un contrato de seguro se celebra entre dos partes y hay un tercero beneficiado que no ha intervenido en la celebración [...]”. Y agrega: “[...] es un contrato a favor de terceros, en el que el consumidor tiene acciones directas basadas en ese beneficio aceptado, el que, al ser accesorio de la relación base y siendo esta de consumo, también lo es”. Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 89, citado en SOBRINO, “El Anteproyecto...”, cit.

<sup>71</sup> ÁLVAREZ LARRONDO sostiene con referencia a la reforma establecida por la ley 26361: “[...] ahora, el colisionado en un accidente vial podrá cuestionar la validez de un contrato de seguro pactado por el agente activo del accidente, invocando sin más el texto de las cláusulas abusivas contempladas en el artículo 37 de la ley 24.240 y normas reglamentarias [...]”. Federico M. ÁLVAREZ LARRONDO, “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el derecho de consumo”, en Roberto VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Abril de 2008, p. 32, citado en SOBRINO, “El Anteproyecto...”, cit.

#### **9.5.4. Régimen positivo**

La relación de consumo dispara una disciplina diferente en determinadas áreas específicas. En primer lugar, el principio protectorio determina que se imponga el principio de interpretación a favor del consumidor. En segundo lugar, en cuanto al régimen general de la obligación de informar por parte del proveedor, y de la publicidad, cuyo contenido integrará el contrato. En tercer lugar, en referencia a las prácticas abusivas: el proveedor está especialmente obligado a tratar dignamente al consumidor y no efectuar discriminación. Por último, en cuanto al derecho de revocación o desistimiento, pero esto únicamente en cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial del proveedor; de modo que esta última característica no corresponde como nota de la categoría general del contrato de consumo, pero sí como peculiaridad de un tipo de tales contratos, no constituido por la reunión de las notas de una especie contractual, sino por la característica de haberse celebrado fuera del establecimiento, por lo general —pero no necesariamente— mediante mecanismos electrónicos.

## **10.**

### **FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO: LIBERTAD Y JUSTICIA CONTRACTUAL**

Resulta de interés referir, por último, a las consideraciones que hace el Anteproyecto sobre la inclusión genérica de una norma similar al artículo 421 del Código Civil de Brasil, que reconoce la *función social del contrato*. Al respecto, se hace referencia a:

[...] la doctrina italiana, que comenzando por Scialoja, en el siglo XIX, sigue vigente en la concepción de Betti (“Teoría general del negocio jurídico”, pág. 87), para quien el contrato debe satisfacer una finalidad económico-social. Sin perjuicio de otras corrientes, como la impulsada por Giovanni Battista Ferri, Pietro Rescigno o Enrico Gabrielli, para quienes el contrato debe cumplir una función socialmente digna, la cual está determinada por el interés de los propios contratantes, la cuestión de la función social es retomada por autores como Galgano (“El negocio jurídico”, pág. 109), para quien esa función económico social del contrato debe responder a la protección de los contratantes, especialmente del más débil.

Los autores optaron pues, conscientemente, por no incluir una referencia genérica a la función social del contrato, por entender preferible dejar que esta se manifieste en los institutos particulares que la involucran, como el abuso del derecho, la lesión, la buena fe,



etcétera. Ha entendido la Comisión que la *función social* como tal se superpone en gran medida con estos estándares y no está claro qué se agregaría y cuál sería la diferencia que justificara incorporar una definición general que demandaría una enorme tarea jurisprudencial y doctrinal para determinar su contenido, por lo que ha considerado que es mejor mantener el sistema de varias disposiciones antes que crear una sola comprensiva de todas ellas.<sup>72</sup>

De ello deriva lo que consideramos uno de las notas más destacables del Anteproyecto: la conciencia que revelan sus autores del proceso de crisis del derecho privado contractual, del denominado *proceso de descodificación*, de la pérdida de centralidad del Código Civil, sobre todo de su parte general, de la cuestión planteada por las relaciones de los denominados *microsistemas* con la parte general, y particularmente por la posibilidad de extensión analógica de soluciones vigentes dentro de los microsistemas hacia la parte general del derecho de los contratos.

En ese sentido, una nota clara del Anteproyecto es su cuestionamiento de la extensión genérica del denominado principio protectorio o *favor debilis* como principio general del derecho privado. En la visión de la Comisión, dicho principio reconoce un supuesto general, que es que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etcétera. Han entendido los autores que si se incluyera una norma que se refiriera solo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con gran perjuicio general del sistema.<sup>73</sup>

Se plasma así el modo especial en el cual los autores han vivenciado la confrontación entre los valores de la igualdad y la libertad. Reconocen perseguir una igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables, pero también les preocupa promover un código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

En nuestro concepto, esta compleja articulación de equilibrios entre, por una parte, el principio de igualdad y, por otra, el principio de libertad y de seguridad en el respeto por la autonomía de la voluntad constituye uno de los puntos donde las soluciones propuestas por el Anteproyecto se revelan como un aporte sustantivo al derecho privado contractual contemporáneo.

---

<sup>72</sup> *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 155.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 22.



# El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo

International Arbitration: Presence and  
evolution in the Uruguayan legal field

*Cecilia Fresnedo de Aguirre\**

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay,  
<ceciliafresnedo@gmail.com>

**RESUMEN.** El arbitraje comercial internacional es reconocido y regulado en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de un siglo. Si bien este mecanismo alternativo de solución de controversias encuentra su base en la autonomía de la voluntad, ello no plantea contradicción alguna con las normas del ordenamiento jurídico uruguayo restrictivas de esta. Resulta fundamental el control de cumplimiento de las condiciones de validez del acuerdo arbitral, en especial el consentimiento, así como la determinación de hasta dónde es posible flexibilizar dichos requisitos dentro del marco normativo vigente. Asimismo, se estudian las particularidades que plantea la cláusula arbitral inserta en las condiciones generales, en los contratos de adhesión, contratos tipo y demás modalidades afines. Se analiza también la jurisprudencia estatal uruguayo en materia arbitral, referida a la validez o no del acuerdo arbitral y del laudo arbitral.

---

\* Profesora titular (grado 5) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesora agregada (grado 4) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretaria académica del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

**PALABRAS CLAVE.** Arbitraje comercial internacional. Autonomía de la voluntad. Acuerdo arbitral. Cláusula arbitral. Convención de Nueva York de 1958. Principios de Unidroit. Ejecución laudo.

**ABSTRACT.** International commercial arbitration is recognized and ruled in our legal system since more than a century ago. Although this alternative mechanism of dispute resolution is based on party autonomy, this does not raise any contradiction with the restrictive legal rules on this area in the Uruguayan legal system. Controlling the fulfillment of the validity conditions of the arbitral agreement, especially the consent, is basic, as well as determining the possible margin of flexibility regarding those conditions, within the legal frame in force. The particularities raised by the arbitration clause included in general conditions, adhesion contracts, contract forms and other similar types are also studied. The Uruguayan state's jurisprudence regarding arbitration, referred to the validity or not of the arbitral agreement or the arbitral award is also analyzed.

**KEY WORDS.** International commercial arbitration. Party autonomy. Arbitral agreement. Arbitration clause. 1958 New York Convention. Unidroit Principles. Enforcement of award.

## 1.

# EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO

## 1.1. CRONOLOGÍA NORMATIVA

El arbitraje internacional es reconocido en Uruguay desde hace más de 120 años, cuando en 1889 se aprobó el Tratado de Derecho Procesal Internacional en ocasión del Primer Congreso Sudamericano, celebrado en Montevideo, a instancias de Gonzalo Ramírez.<sup>1</sup> El artículo 5 del referido Tratado reconoce que los fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, siempre que reúnan los requisitos mínimos que enumera.<sup>2</sup> La solución de 1889 se mantuvo en el Tratado aprobado en el Segundo Congreso Sudamericano, también celebrado en Montevideo, en 1939-1940.<sup>3</sup>

En 1976 se aprobó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP-I, Panamá, 1975), por ley n.º 14.534, del 2 de julio. En 1979 se aprobó la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP-II, Montevideo, 1979), por ley n.º 14.953, del 18 de diciembre.

---

<sup>1</sup> Se incorpora positivamente a nuestro ordenamiento jurídico por la ley n.º 2.207, del 3 de octubre de 1892, por la que Uruguay aprobó el referido Tratado de Derecho Procesal Internacional, junto con los demás tratados internacionales aprobados en el Primer Congreso Sudamericano de Montevideo, en materia civil, comercial, penal, propiedad literaria y artística, profesiones liberales, patentes de invención, marcas de comercio y de fábrica, y el Protocolo Adicional.

<sup>2</sup> Véase *Actas y tratados celebrados por el Congreso Internacional Sudamericano de Montevideo*, Montevideo: Tipografía Oriental, 1889, pp. 395-398.

<sup>3</sup> Véase *Actas de la Reunión de Jurisconsultos, Editadas como Documentación Provisoria de la Reunión*, Montevideo, 1940; Comisión de Derecho Procesal Internacional, Actas n.ºs 2 y 3, pp. 12-18. Por decreto-ley n.º 10.272 del 12 de noviembre de 1942, Uruguay aprobó el referido Tratado de Derecho Procesal Internacional, junto con los demás tratados internacionales aprobados en el Segundo Congreso Sudamericano de Montevideo, en materia civil, comercial terrestre, de navegación comercial, propiedad intelectual, ejercicio de profesiones liberales, penal, asilo y refugio político, y el Protocolo Adicional.

En 1981 se aprobó la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), por ley n.º 15.229, del 11 de diciembre. La adhesión se produjo el 30 de marzo de 1983 y la entrada en vigor para Uruguay el 28 de junio de 1983.

En 1988 se aprobó el Código General del Proceso, por ley n.º 15.982, del 18 de octubre, cuyos artículos 502 y 543 refieren expresamente a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

En 1998 se aprobaron en el ámbito del Mercosur los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional (CMC/Decs. 3 y 4/98). El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, Bolivia y Chile (CMC/Dec. 4/98) fue aprobado por Uruguay por ley n.º 17.751, del 26 de marzo de 2004. Por su parte, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (CMC/Dec. 3/98) fue aprobado por Uruguay por ley n.º 17.834, del 23 de setiembre de 2004.

El 25 de mayo de 2004 se presentó al Parlamento un proyecto de ley nacional de arbitraje comercial internacional, basado en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada el 21 de junio de 1985 por Uncitral, con su correspondiente exposición de motivos, donde se dejó expresa constancia de que “Nuestro país ha tenido invariablemente una posición favorable a la institución del arbitraje tanto interno como internacional”. A continuación se hizo referencia a los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 y a las demás fuentes normativas vigentes en Uruguay en materia de arbitraje.

En estos días se estará presentando una versión del referido proyecto de ley, ajustado conforme a las modificaciones que aprobara la CNUDMI en el año 2006.

La anterior reseña cronológica de las normas referidas al arbitraje comercial internacional vigentes en Uruguay muestra que se trata de un mecanismo alternativo de solución de controversias reconocido y aceptado en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de un siglo.

## **1.2. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958<sup>4</sup>**

La Convención de Nueva York (CNY) —que cumplió 50 años el 10 de junio de 2008— conserva una destacable importancia entre todas las otras normas referidas. Debe su relevancia práctica a su amplio ámbito espacial o geográfico de aplicación,<sup>5</sup> que comprende

<sup>4</sup> Muchos de los conceptos aquí vertidos ya fueron expuestos en mi trabajo titulado “La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958: análisis de la jurisprudencia uruguaya”, publicado en la *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año III, n.º 3, pp. 141-157.

<sup>5</sup> Al 10 de abril de 2012 (último ingreso) la Convención tiene 146 Estados parte, según surge de [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

países con diversos sistemas legales, políticos y económicos. Además, su calidad y vigencia técnica se desprende del hecho de que sus soluciones han sido incorporadas en diversas convenciones (por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Panamá, 1975) y en la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985,<sup>6</sup> así como en los Acuerdos del Mercosur de 1998.

Si bien la CNY refiere en principio solo al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, según surge de su propio título y se especifica en su artículo I, sus normas de derecho uniforme que regulan las condiciones de validez de la cláusula arbitral han sido aplicadas por la jurisprudencia no solo en la etapa última de reconocimiento y ejecución del laudo, sino también en el momento anterior al procedimiento arbitral, en que se discute en sede judicial<sup>7</sup> si la cláusula es válida y por tanto surte efectos obligatorios entre las partes, o si no lo es.

El fundamento de esta interpretación amplia de la Convención puede encontrarse en el artículo II.3, que establece la obligación del juez “al que se someta un litigio respecto del cual las partes han concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo”, de remitir a las partes al arbitraje “a instancia de una de ellas”, salvo que la cláusula sea nula, ineficaz o inaplicable.

Es decir que si el actor entabla acción en sede judicial y el demandado interpone excepción de incompetencia alegando la validez de la cláusula arbitral, el juez deberá analizar si esta es o no válida, conforme las reglas materiales uniformes de la propia Convención. Si concluye que la cláusula es válida, remitirá a las partes al arbitraje. Si concluye que es nula, ineficaz o inaplicable —en los términos del artículo II—, asumirá competencia, siempre que sus respectivas normas (de fuente nacional o internacional) le asignen jurisdicción en la esfera internacional.

### **1.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL ARBITRAJE Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO**

Si bien el derecho internacional privado (DIPr) uruguayo, así como la doctrina y la jurisprudencia nacionales, ha sido contrario a la admisión amplia de la autonomía de la

---

<sup>6</sup> Jernej SEKOLEC, “Uncitral Model Law on international commercial arbitration: background and salient features”, p. 7, en en Ana I. PIAGGI (coord.), *Uncitral y el Futuro Derecho Comercial*, Buenos Aires: Depalma, 1994.

<sup>7</sup> Ello sin perjuicio de la competencia de los propios árbitros para pronunciarse acerca de la validez o invalidez del acuerdo arbitral.

voluntad conflictual, siempre reconoció algunas excepciones a dicho criterio restrictivo.<sup>8</sup> El arbitraje comercial internacional constituye un ámbito donde esa autonomía se manifiesta de forma más amplia y clara,<sup>9</sup> y, como se reseñó en la sección 1.1, está recogido en el derecho uruguayo desde hace más de un siglo.

No obstante, “si bien el arbitraje encuentra su base en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, no puede olvidarse que estamos ante una institución aceptada y regulada por las leyes de los Estados y que estos son los que, mediante Convenio internacional, incorporan las normas que rigen el arbitraje en su vertiente externa”.<sup>10</sup> Son los Estados —y no los particulares— los que, a través de la incorporación de normas nacionales o internacionales a su orden jurídico, admiten o no la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo arbitral y fijan los límites dentro de los cuales estas podrán actuar.<sup>11</sup> Al menos ello es necesaria e ineludiblemente así cuando las partes no cumplen voluntariamente con el convenio arbitral y comparecen ante jurisdicción estatal (hipótesis regulada en el artículo II.3 de la CNY, entre otras), o cuando la parte perdedora no cumple voluntariamente con el laudo arbitral (hipótesis regulada en los artículos III ss. del mismo texto) y es necesario recurrir a mecanismos coactivos para su ejecución.

---

<sup>8</sup> En el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, el artículo 40, referido a las capitulaciones matrimoniales, constituye un conocido ejemplo de la admisión de la autonomía de la voluntad. El artículo 5 *in fine* del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 es un ilustrativo ejemplo al respecto y tiene un alcance general, y no particular como el de 1889. Lo mismo cabe señalar con relación al DIPr uruguayo autónomo, concretamente en el artículo 2403 *in fine* del Apéndice del Código Civil, que dispone que la voluntad de las partes “podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente”. Posteriormente, la aprobación del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (CMC/Dec. 1/94), por ley n.º 17.721 del 24/12/03, ratificada el 29/7/04, constituye otro ejemplo de admisión expresa de la autonomía de la voluntad en las hipótesis y condiciones establecidas en el propio texto convencional.

<sup>9</sup> En virtud del artículo II.1 de la CNY, así como del artículo 1 de la Convención Interamericana, las partes —en ejercicio de su autonomía de la voluntad conflictual— pueden pactar someter sus diferencias a un tribunal arbitral, en vez de al tribunal judicial estatal internacionalmente competente, siempre que se ajusten a las condiciones y los requisitos exigidos por la propia Convención. Véase también Acuerdo sobre Arbitraje (MS/CMC/DEC n.º 4/98), en especial los artículos 2, 3, 9 y 11.

<sup>10</sup> Juan Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio internacional*, Madrid: Eurolex, colección Estudios Internacionales, 1996, p. 472, n.º 750.

<sup>11</sup> En este sentido, Elena ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional* (prólogo de José Carlos Fernández Rozas), Madrid: Eurolex, 1997, pp. 159-176, realiza un pormenorizado análisis de la polémica planteada acerca de la autonomía del convenio arbitral internacional respecto de toda ley estatal, y la tesis de un sector de la doctrina sobre la validez del acuerdo basada exclusivamente en la voluntad de las partes en someter sus diferencias a arbitraje. Concluye, con diversas e importantes referencias doctrinarias en su apoyo, que “el límite está siempre en las normas de orden público de los Estados implicados, tanto el del lugar del arbitraje como el de ejecución, aunque solo sea por un deber de prudencia”; que “las partes no hacen de su convenio su propia ley rectora, lo que ocurre es que no siempre es necesario traer a colación la ley que rige cada uno de los aspectos de la validez”. Y por último: “No es necesario alcanzar formulaciones como la francesa en el caso español y, creemos, tampoco conveniente; pero sí ubicar el principio de autonomía en un adecuado dualismo y aplicar las normas de que dispone el juez español, de acuerdo a su función. Siendo así, la sustitución de las normas por principios generales y conceptos marco no supone ningún avance y deja la calificación e interpretación de las cuestiones controvertidas en manos de una amplísima discrecionalidad judicial”.



El reconocimiento del arbitraje comercial internacional y de la autonomía de la voluntad que está en su esencia misma no plantea contradicción alguna con la norma general de nuestro derecho internacional privado (artículo 2403 del Código Civil) que prohíbe a las partes modificar las reglas de competencia legislativa y judicial establecidas en dicho cuerpo normativo, ni con su similar artículo 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. Por el contrario, su coexistencia es armónica y pacífica, ya que los referidos artículos 2403 y 5 admiten la autonomía de la voluntad de las partes “dentro del margen que les confiere la ley competente”. En materia de arbitraje, “la ley competente” será la norma interna o convencional que resulte aplicable en el caso, la cual establecerá las condiciones y los requisitos que deberán cumplir el acuerdo y el laudo para ser reconocidos como válidos y eficaces.<sup>12</sup>

Debe tenerse presente, además, que las normas que regulan el arbitraje son normas especiales, que se aplican estrictamente a los supuestos de aplicación previstos en ellas. No modifican por tanto el sistema general de DIPr uruguayo (al respecto, artículos 2399, 2401 y 2403 del Código Civil), precisamente por ser soluciones de excepción, de aplicación exclusiva a los supuestos en ellas previstos, excepcionales además desde el punto de vista de la política legislativa.<sup>13</sup> Y aun dejando de lado la calificación de “especiales o excepcionales”, se llega exactamente a la misma conclusión, porque las convenciones sobre arbitraje, como cualquier convención, se aplican estrictamente a los supuestos que encuadran en su ámbito de aplicación material, espacial y temporal.

Las normas del Apéndice del Código Civil<sup>14</sup> siguen plenamente vigentes y se aplican, en materia de contratos internacionales, siempre que la situación no sea objeto de regulación especial de fuente interna o internacional. Así por ejemplo, cuando las partes no han pactado válidamente someter sus diferencias a arbitraje, y la situación no está comprendida en los ámbitos de aplicación del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual u otra norma especial, rigen las soluciones legales preceptivas vigentes.

---

<sup>12</sup> Véase el desarrollo de este tema en FRESNEDO DE AGUIRRE, artículo cit. (nota 4), pp. 142 a 144

<sup>13</sup> Cf. Ronald HERBERT, opiniones vertidas en clase en su curso de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de 1987; en contra Ruben SANTOS BELANDRO, *Arbitraje Comercial Internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, p. 301.

<sup>14</sup> Incorporadas al Código Civil por ley n.º 10.084, de 4/12/41 (arts. 2393 al 2405), no fueron modificadas en la última reforma del Código, aprobada por ley n.º 16.603 del 19/10/1994 y en vigencia desde el 19/10/1995. En consecuencia, la plena vigencia del texto de 1941 fue confirmada por el Parlamento nacional en 1995, es decir, con posterioridad a la aprobación legislativa de la CNY y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje.

## 2.

# CONDICIONES DE VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL Y DERECHO APLICABLE

### 2.1. PLANTEO INICIAL

La cuestión de la validez del acuerdo arbitral —de su existencia misma— resulta un punto clave que deberá ser analizado siempre, a veces en más de una oportunidad, a lo largo de las distintas etapas del negocio con respecto al cual se optó por el arbitraje. En palabras de Paula ALL,<sup>15</sup> el convenio arbitral es la “piedra angular del arbitraje”. Y agrega esta autora: “[...] el arbitraje comercial internacional descansa sobre la base de la validez y eficacia del convenio arbitral”. Es por ello que sin acuerdo válido no hay arbitraje. Por tanto, es de fundamental importancia ocuparse de la validez y eficacia del acuerdo arbitral, en distintos niveles y en momentos diversos.

Las partes, preventivamente, en el momento de negociar y acordar someter sus eventuales y futuras diferencias a arbitraje, deberán formular una cláusula compromisoria que sea luego considerada válida y eficaz por los árbitros o jueces que deban pronunciarse al respecto. Lo mismo corresponde cuando, una vez surgidas las diferencias, las partes buscan llegar a un compromiso arbitral.

La existencia, validez y eficacia del acuerdo arbitral puede discutirse ante los propios árbitros<sup>16</sup> o ante el juez al que se plantea la cuestión litigiosa, al plantearse la reclamación por la parte actora o al comparecer la demandada cuestionando la competencia. También es analizada en ocasión de solicitarse una medida cautelar o en oportunidad del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.

Varios y de distinta naturaleza son los requisitos que debe cumplir el acuerdo arbitral para ser válido y eficaz. Nos limitaremos al análisis de alguno de ellos,<sup>17</sup> en especial a los que condicionan la existencia misma del acuerdo —sobre todo el consentimiento libre y válido de ambas partes— y a los de forma destinados a garantizar y acreditar los anteriores.

---

<sup>15</sup> Paula María ALL, “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”, en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades (DeCITA)*, n.º 2, 2004, Zavalía, pp. 27-50, p. 29.

<sup>16</sup> El principio de la competencia-competencia es analizado en todas las obras que tratan del arbitraje. No se analizará aquí porque excede los límites de este trabajo.

<sup>17</sup> Con respecto al requisito de la capacidad de las partes para pactar válidamente el arbitraje y la exigencia de que la materia objeto del litigio sea arbitrable, nos remitimos a las múltiples obras citadas en este trabajo, entre muchas más que se ocupan de estos y otros temas relativos al arbitraje.

## 2.2. “ACUERDO ESCRITO”

### 2.2.1. Las normas clásicas

El artículo II.2 de la CNY define en forma contundente e inequívoca lo que se entiende por *acuerdo escrito* a los efectos de la Convención:

La expresión “acuerdo escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Esta es una norma material —en cuanto a la técnica normativa empleada—, especial para el tráfico externo, de origen convencional y de carácter imperativo.<sup>18</sup> Es una norma de derecho uniforme, que busca evitar la aplicación de una técnica conflictual sobre la forma.<sup>19</sup>

Tanto la CNY (artículo II.1) como la Ley Modelo de Uncitral de 1985 y la enmendada en 2006 (artículo 7.2) exigen que el convenio arbitral conste por escrito.

[Ello] responde a un criterio estricto de necesidad jurídica: *si el convenio arbitral tiene la virtualidad de crear una competencia específica a favor de los árbitros a la que las partes deben someterse, es necesario que quede determinada claramente su existencia.*<sup>20</sup> El escrito, en este sentido, es la prueba misma de la posibilidad del arbitraje y de su extensión.<sup>21</sup>

También la Convención Interamericana de 1975, en su artículo 1, y el Acuerdo de Buenos Aires de 1998, en su artículo 6.1, contienen la exigencia de acuerdo “escrito”.

Se trata de una “exigencia mínima imposible de reducir a menores formalidades”, en palabras de SANTOS,<sup>22</sup> quien señala, citando a VAN DEN BERG, que “un tribunal no puede exigir más, pero tampoco aceptar menos de lo dispuesto en el artículo II.2 para la forma del acuerdo arbitral”. Concluye que se trata de un requisito *ad solemnitatem* y no *ad approbationem*.

---

<sup>18</sup> LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, y ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional. Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, pp. 289-290.

<sup>19</sup> SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid: La Ley, 1992, p. 152.

<sup>20</sup> Destacado añadido.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), pp. 483-484, n.º 770.

<sup>22</sup> RUBÉN SANTOS BELANDRO, *Arbitraje comercial internacional*, 3.ª ed., México: Oxford University Press, 2000, p. 60-61. El autor compatriota señala que no podría exigirse que los acuerdos arbitrales regidos por la Convención tuvieran que cumplir con los requisitos más exigentes que pudiera imponer el derecho interno, como ocurre por ejemplo con el artículo 473.2 del Código General del Proceso de Uruguay, que exige que el compromiso arbitral se otorgue en escritura pública.

### **2.2.2. El necesario ajuste de la Ley Modelo en el año 2006 no modifica lo sustancial**

En la versión de la Ley Modelo enmendada en 2006, las disposiciones de la versión 1985 se ajustan “a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo arbitral”, entre otras cuestiones,<sup>23</sup> lo cual sin duda resulta necesario luego de más de veinte años de existencia de la versión 1985, durante los cuales el avance tecnológico superó las previsiones.

En cuanto al tema que nos ocupa, el artículo 7 enmendado no elimina por cierto la exigencia de acuerdo escrito (inciso 2), aunque sí ajusta su definición, la que desarrolla en el inciso 3 siguiente. Considera que el acuerdo es “escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma”. También admite —curiosamente— como “escrito”, “el acuerdo de arbitraje o contrato que se haya concertado verbalmente”, cuando haya sido confirmado “mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.<sup>24</sup>

El inciso 4 de la versión 2006 del artículo 7 acepta expresamente diversos medios tecnológicos modernos como hábiles para cumplir con la exigencia de que el acuerdo sea “escrito”. Establece que esta se cumple “con una comunicación electrónica si la comunicación en ella consignada es accesible para su ulterior consulta”. Y agrega:

[...] por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.<sup>25</sup>

La norma recoge así todas las vías tecnológicas modernas que pueden cumplir la misma función que la hoja de papel firmada de puño y letra por las partes, prevista en 1958 por

---

<sup>23</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453).

<sup>24</sup> Véanse, en este sentido, los comentarios de José Luis STQUEIROS, “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, a publicarse en el *Boletín Informativo Pauta* <[www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc](http://www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc)>, pp. 3 y 4.

<sup>25</sup> Rubén SANTOS BELANDRO, “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del Acuerdo de Arbitraje Internacional en América Latina?”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 15, abril de 2004, pp. 81-91, p. 85, realiza un análisis comparativo entre varias leyes de arbitraje aprobadas en la región y señala que en ellas “se hace referencia a los intercambios de cartas, telegramas, télex o cables, telefax o facsímil, correo electrónico o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje” (destacado añadido). Existe, por tanto, en las referidas legislaciones americanas sobre arbitraje, “un reconocimiento no taxativo de los soportes posibles del acuerdo arbitral”. Asimismo, en la *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, n.º 6, octubre de 2005, pp. 95-105, bajo el título “¿Es posible un acuerdo de arbitraje oral en el derecho positivo latinoamericano?”, p. 99. Véanse también las flexibilizaciones necesarias en el arbitraje virtual, donde se mantiene, sin embargo, cierto formalismo, y los problemas que la tecnología plantea respecto de algunas cuestiones, en James A. GRAHAM, *El derecho internacional privado del comercio electrónico*, México: Themis, 2003, en especial pp. 31-36.

la Convención de Nueva York en su artículo II.2. Pero no altera la razón esencial que está en la base del requisito de que el acuerdo sea “escrito”: acreditar la voluntad, el consentimiento de las partes (cuestión esta que se desarrollará en la sección siguiente). Simplemente se actualizan las formas técnicas de manifestar y acreditar dicho consentimiento. En suma, la modificación al texto del artículo 7 de la Ley Modelo de Unictral es de forma y no de fondo.<sup>26</sup>

El mantenimiento de estos requerimientos, que constituyen estándares internacionales, resulta deseable por cuanto, como afirman REDFERN y HUNTER,<sup>27</sup> existen buenas razones para asegurar la existencia del acuerdo arbitral y que este fue claramente establecido. La mejor forma de hacerlo es mediante prueba escrita, sin perjuicio de las flexibilizaciones ya analizadas y —agregamos nosotros— siempre que no se desvirtúe la finalidad misma de la institución arbitral. Además, apartarse de los estándares internacionales previstos en toda la normativa existente en la materia tendría como consecuencia que ni el acuerdo arbitral ni el laudo recaído con base en él fueran pasibles de reconocimiento y ejecución internacional.<sup>28</sup>

### 2.3. “ACUERDO” PRESUPONE —NECESARIAMENTE— CONSENTIMIENTO VÁLIDO

El “acuerdo” arbitral, como cualquier acuerdo susceptible de producir efectos jurídicos, presupone la existencia de *consentimiento válido prestado por cada una de las partes involucradas en el negocio*. Ello es de principio, aunque no lo especificaran las normas, que sí lo hacen. Constituye no solo una condición de validez, sino de la existencia misma del “acuerdo” arbitral.

Del propio texto de todas las normas convencionales en la materia<sup>29</sup> se desprende claramente que debe haber un acuerdo de voluntades específico respecto de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral.

La afirmación planteada encuentra apoyo en doctrina diversa, tanto nacional como extranjera. Veamos, a vía de ejemplo y como sustento de la posición adoptada, algunas de estas manifestaciones doctrinarias, que coinciden en que el acuerdo entre las partes de someter sus diferencias, presentes o futuras, a arbitraje constituye la *pedra fundamental* del arbitraje comercial internacional.<sup>30</sup> El papel clave de ese acuerdo es registrar el consentimiento de las

<sup>26</sup> Véanse también los incisos 5 y 6 del artículo 7, en su versión 2006.

<sup>27</sup> Alan REDFERN y Martin HUNTER, *Law and Practice of Internacional Comercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 4.ª ed. (Student Version), 2004, p. 159.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>29</sup> Véanse, en especial, aunque no exclusivamente, artículo II de la CNY, artículo 1 de la Convención de Panamá, artículos 2.e, 3.e, 4.2, 6.1 del Acuerdo de Buenos Aires.

<sup>30</sup> REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), p. 155.

partes a someterse al arbitraje, “consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de solución de controversias fuera de los tribunales nacionales”.<sup>31</sup> En otras palabras: “no puede haber arbitraje sin acuerdo de las partes de someterse a este método de solución de controversias”.<sup>32</sup>

Sostiene FERNÁNDEZ ROZAS<sup>33</sup> que “la autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta en su consentimiento en someter sus controversias a arbitraje”. Y agrega:

La voluntad de las partes debe quedar claramente expresada, siendo de estricta aplicación que sin voluntad no puede haber arbitraje; al revés, esta voluntad fundamenta el efecto positivo del convenio arbitral, de manera que las partes están obligadas a someterse al juicio de árbitros y a cumplir la decisión que recaiga.

Asimismo, NOODT TAQUELA<sup>34</sup> afirma:

[...] si el acuerdo arbitral es el fundamento para excluir la actuación de los tribunales estatales y abrir la jurisdicción privada, la voluntad de las partes debe expresarse de un modo indudable.

En el mismo sentido, ARTUCH IRIBERRI<sup>35</sup> hace especial hincapié en “la importancia de la indagación acerca de la voluntad real de las partes” con respecto al convenio arbitral. Concluye que “la ausencia de la voluntad de las partes priva al arbitraje de la consideración de ‘arbitraje’, de su sentido y de su legalidad”,<sup>36</sup> Y agrega: “[...] el arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad y el convenio arbitral, su instrumento”, pero “el arbitraje llega a donde las partes quisieron, nada más”. Por eso “es preceptivo impedir que las partes se vean vinculadas por un convenio que nunca buscaron”.<sup>37</sup>

En el ámbito nacional cabe destacar la opinión de OLIVERA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA,<sup>38</sup> cuando afirman:

---

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, por Leo D'ARCY, Carole MURRAY y Barbara CLEAVE, Londres: Sweet & Maxwell, 10.ª ed., 2000, p. 475.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 481, n.º 766.

<sup>34</sup> María Blanca NOODT TAQUELA, *El arbitraje en Argentina*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, p. 134.

<sup>35</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 98.

<sup>36</sup> Cita en su apoyo: TC, sentencia 75/1996, de 30 de abril, en el recurso de amparo 540/1994, contra el laudo dictado por la Junta Arbitral de Transporte del País Vasco, en que dicho arbitraje obligatorio fue declarado inconstitucional por el propio TC (o. cit., p. 98, nota al pie n.º 4).

<sup>37</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 98 y nota al pie n.º 5.

<sup>38</sup> Ricardo OLIVERA GARCÍA y Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El arbitraje en Uruguay*, Montevideo: por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, p. 64.

[...] la ratio legis que inspira a todas las normas referidas (de fuente interna e internacional)<sup>39</sup> es básicamente la misma: garantizar que efectivamente ha existido un acuerdo de voluntades en el cual las partes han consentido libre y válidamente en someter sus diferencias a arbitraje.

## 2.4. EL ACUERDO ESCRITO DEBE ESTAR FIRMADO POR AMBAS PARTES O CONTENIDO EN UN CANJE DE CARTAS O TELEGRAMAS

El requisito de la firma de ambas partes impuesto por los textos convencionales<sup>40</sup> se mantiene plenamente vigente, desde que estos no han sido denunciados por los Estados parte en la forma establecida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.<sup>41</sup> Apunta —como ya se dijo— a garantizar el consentimiento de aquellas respecto del acuerdo arbitral. Más aún, como afirma HERBERT,<sup>42</sup> la exigencia de un documento firmado por ambas partes en la CNY constituye “una verdadera forma *ad-solemnitatem* al haber sido definida con precisión en una norma material supranacional”. Ello es válido y extensible a los demás textos sobre arbitraje que contienen la misma exigencia.<sup>43</sup> Afirma HERBERT:<sup>44</sup>

La firma de *ambas* partes, es requerida en el documento escrito habiéndose desechado la validez de las cláusulas “semifirmadas” como proposición hábil que pueda ser aceptada tácitamente

La exigencia de “acuerdo por escrito” implica indubitablemente la concurrencia de dos o más voluntades, que indique claramente su obligación de someter a arbitraje sus diferencias. La firma de las partes es la forma de aceptación y expresión del consentimiento de las personas físicas y jurídicas con relación al respectivo documento escrito. Las normas convencionales<sup>45</sup> también admiten, cabe reiterar, la validez del acuerdo cuando este se desprende claramente de un “canje de cartas o telegramas” u otros medios tecnológicos, siempre que se tenga la certeza de que existió una “manifestación suficiente del consentimiento en forma adecuada”.<sup>46</sup>

---

<sup>39</sup> Los autores refieren a la Convención de Nueva York de 1958, a la de Panamá de 1975 y al Código General del Proceso uruguayo.

<sup>40</sup> Véanse los artículos II.2 de la CNY, 1 de la Convención de Panamá y 6.1 del Acuerdo de Buenos Aires.

<sup>41</sup> Ratificada por Uruguay por ley n.º 16.173, de 30/3/1991.

<sup>42</sup> Ronald HERBERT, “La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque”, en *Revista de Transporte y Seguros*, n.º 2, pp. 111-113, p. 111.

<sup>43</sup> En especial, el artículo 1 de la Convención de Panamá.

<sup>44</sup> HERBERT, o. cit. (nota 42), p. 111.

<sup>45</sup> Véanse los artículos II.2 de la CNY, 1 de la Convención de Panamá, 6.1 y 6.3 del Acuerdo de Buenos Aires.

<sup>46</sup> Esta última expresión pertenece a ARTUCH IRIBERRI (o. cit., nota 11, p. 176-177), quien agrega, citando a GAILLARD, que “hasta en las formulaciones más audaces del principio de autonomía se reconoce la posibilidad de que en cuestiones de capacidad o consentimiento la formulación quiebre”.

Tanto del texto claro del artículo II.2 de la CNY como de los antecedentes de la Convención se infiere que el silencio no puede equipararse a la aceptación; esta debe ser expresa y escrita; la fórmula del artículo II.2 no comprende la mera aceptación tácita.

Durante el proceso de elaboración de la Convención, la delegación holandesa propuso establecer que, a los efectos del artículo II.2, se entendiera también por acuerdo por escrito “la confirmación escrita dada por una de las partes y no contestada por la otra”. Esta propuesta fue rechazada y se aprobó el texto vigente, que además, dada su claridad, no deja dudas en cuanto a su interpretación.<sup>47</sup> Cabe recurrir a los trabajos preparatorios de la Convención para interpretar el sentido de sus normas en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.<sup>48</sup>

Como señala FERNÁNDEZ ROZAS,<sup>49</sup> la cuestión de evaluar si la voluntad de las partes en someterse a arbitraje ha quedado claramente formulada es más fáctica que jurídica:

[...] la comprobación del consentimiento se reduce al contenido del convenio arbitral o de la cláusula compromisoria. Basta, con carácter general, que las partes indiquen que, en caso de controversia acerca de la ejecución, desarrollo, terminación o resolución de la relación jurídica de fondo, se someterán al juicio de árbitros. La práctica arbitral considera suficiente una redacción similar a la expuesta.

Pero a continuación reconoce el referido profesor español:

[...] sin embargo, la experiencia demuestra que esta cuestión, sencilla en apariencia, provoca serios inconvenientes en la práctica, puesto que, *en ocasiones, la inclusión de un convenio arbitral dista de ser tan clara.*<sup>50</sup>

Y añade:

La única apreciación que es posible hacer en un plano teórico es que la ineficacia del convenio arbitral de la que habla el artículo II.3 CNY depende del grado de gravedad del defecto del convenio, de forma que no sea posible deducir de su enunciado que las partes hayan querido someterse a arbitraje.

Podría agregarse que no solo debería tenerse en cuenta el “enunciado” de la cláusula, sino también las circunstancias que la rodean.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, o. cit. (nota 18), p. 291.

<sup>48</sup> HERBERT, o. cit. (nota 42), p. 113.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 482, n.º 768.

<sup>50</sup> Destacado añadido.

<sup>51</sup> Las patologías referidas “solo se producen en la modalidad de convenio arbitral que se incluye en el contrato a que se refiere como una cláusula más. Como es obvio, el convenio arbitral pactado surgida ya la controversia presenta un



No obstante lo dicho, el requisito de la firma ha generado algunos problemas prácticos, derivados de los cambios tecnológicos en las comunicaciones, entre otras cuestiones. Ello ha dado lugar a diversas reacciones en doctrina, jurisprudencia, e incluso en algunas leyes “modernas” sobre arbitraje, que han dejado de lado o flexibilizado el requisito de la firma.<sup>52</sup> No obstante, como reconocen REDFERN y HUNTER,<sup>53</sup> se requiere prueba escrita del acuerdo de someterse a arbitraje.

## 2.5. ¿ES POSIBLE, DENTRO DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE, FLEXIBILIZAR LOS REQUISITOS DE VALIDEZ FORMAL DEL ACUERDO ARBITRAL?

Para responder dicho interrogante es necesario tener en cuenta, como punto de partida, el fundamento y la función que cumplen los requisitos formales de validez exigidos por las normas en cuestión. Y este es, como sostienen FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA,<sup>54</sup> la doble exigencia de probar la existencia del convenio arbitral y de “proteger a las partes, asegurándose de que existe una *voluntad consciente, libre e inequívoca de recurrir al arbitraje como medio de arreglo de diferencias entre ellas*”.<sup>55</sup>

En este mismo sentido y con relación a las funciones de las formas exigidas al acuerdo arbitral, manifiesta SANTOS BELANDRO<sup>56</sup> que ellas son, entre otras, la de “poner en evidencia la existencia de un negocio o acto”, la de “fomentar la reflexión en los partícipes acerca de la importancia de lo que están celebrando” y la de “proteger a través de ella a la parte débil de la relación jurídica”. Menciona a continuación, a vía de ejemplo, lo dispuesto en el artículo 4.2 de la ley brasileña n.º 9307, de 1996,<sup>57</sup> y el artículo 10.3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, de 1995.<sup>58</sup>

---

riesgo muy bajo de ser defectuoso, desde el momento en que las partes lo pactan por separado y específicamente para la función que debe cumplir de inmediato” (FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit., nota 10, p. 482, n.º 768).

<sup>52</sup> REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), p. 161.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, o. cit. (nota 18), p. 288.

<sup>55</sup> Destacado añadido.

<sup>56</sup> SANTOS BELANDRO, “¿Hasta qué punto puede diluirse...”, artículo cit. (nota 25), pp. 81-91, p. 83, y en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, n.º 6, octubre de 2005, pp. 95-105, bajo el título “¿Es posible un acuerdo de arbitraje oral en el derecho positivo latinoamericano?”, p. 97.

<sup>57</sup> Establece la referida norma que “en los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria solo tendrá eficacia si el adherente tomare la iniciativa de instituir el arbitraje o lo acordare expresamente, en la sustitución a su favor, desde que se pacte por escrito, en documento anexo o en negrita, con la firma o el visto bueno otorgado especialmente para esta cláusula”.

<sup>58</sup> Dicho artículo dispone que “si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: ‘ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE’” (destacado en el original).

Asimismo, OLIVERA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA<sup>59</sup> afirman que “la solemnidad es una forma de garantizar que la parte ha prestado libremente su consentimiento y que el mismo no fue producto de una decisión irreflexiva o impulsiva”.

Es por eso que, aunque la tendencia general del derecho convencional sea la de simplificar las exigencias de forma, como señala MATTEO,<sup>60</sup> no parece conveniente descuidar los aspectos formales en cuanto sirven para constatar si existió o no libre consentimiento de ambas partes.

Claro que ello no impide ajustar el funcionamiento de los textos positivos a las nuevas realidades tecnológicas —como, por ejemplo, el correo electrónico<sup>61</sup> y la firma digital—. Ello ha sido recomendado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/Uncitral) el 7 de julio de 2006, en su 39.º período de sesiones, en los siguientes términos:

1. Recomienda que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.

Ello significa, obviamente, que cuando la norma exige que el acuerdo escrito esté “firmado(s) por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”, dichas circunstancias “no son exhaustivas”, por lo que podría admitirse también la validez de la cláusula arbitral propuesta y aceptada a través del correo electrónico, por ejemplo, o en “otro medio equivalente”,<sup>62</sup> como podría ser el intercambio de mensajes de texto a través de celulares.

Pero no significa —y esto constituye un principio fundamental— obviar el consentimiento de una de las partes, porque ello sería tanto como *inventar* un acuerdo cuando este no existe. Y eso sin duda no está ni en la letra ni en el espíritu de ninguno de los textos normativos referidos al arbitraje.

La evaluación de la admisibilidad o no de las “circunstancias” no previstas en el texto convencional —cuyo reconocimiento recomienda la CNUDMI— o de los medios equivalentes previstos en el Acuerdo de 1998, queda necesariamente en manos del decisor, sea este el propio árbitro o tribunal arbitral, o el juez al que se le haya planteado el asunto.<sup>63</sup> El

<sup>59</sup> OLIVERA GARCÍA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit. (nota 38), p. 66.

<sup>60</sup> Vivien MATTEO, “Arbitraje comercial internacional”, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, n.º 20, pp. 245-270, p. 258.

<sup>61</sup> Véase por ejemplo el artículo 6 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur de 1998, en especial el numeral 3 cuando refiere al “correo electrónico o medio equivalente”, y el artículo 7.4 de la Ley Modelo de Uncitral en su versión 2006, ya analizado *supra*.

<sup>62</sup> Véase la nota anterior.

<sup>63</sup> Véase el artículo II.3 de la CNY.

análisis respectivo deberá hacerse no solo teniendo en cuenta el texto positivo, que es bien claro, sino a la luz del principio fundamental que subyace a la norma: garantizar que existió consentimiento válido de las partes.

*En suma*, y en las palabras de ARTUCH IRIBERRI:<sup>64</sup>

[...] el arbitraje es solo posible allá donde hay voluntad de las partes, expresa o tácita, pero cierta, en resolver de esta forma sus disputas. La conveniencia de resolver mediante el arbitraje los litigios del comercio internacional no puede convertirse en la obligación de hacerlo a cualquier precio porque, sencillamente, no estaríamos hablando ya de arbitraje.

No obstante, en el contexto mundial se encuentran algunas flexibilizaciones que pueden calificarse, al menos, de curiosas. Así, en la ley inglesa de arbitraje de 1996 se establece que un acuerdo arbitral oral se considerará “escrito” (sic) si se realiza por referencia a términos escritos, o si el acuerdo oral es grabado por una de las partes o por un tercero, con la autorización de las partes del acuerdo.<sup>65</sup>

Sin perjuicio de estas supuestas “innovaciones modernas”, creemos, con REDFERN y HUNTER,<sup>66</sup> que es necesario cierto grado de cautela, ya que incluso jurisdicciones familiarizadas con el arbitraje internacional se niegan a veces a hacer valer el acuerdo arbitral que no consta en un documento escrito y firmado por las partes, o contenido en un canje de cartas o telegramas. Además, el acuerdo arbitral considerado válido por un tribunal arbitral o estatal en un Estado puede no serlo en otro donde se pretende luego el reconocimiento y la ejecución del laudo. Pero, más allá de las razones expuestas por los autores ingleses citados, de tipo pragmático, y por tratarse de una cuestión de principios fundamentales, creo que por encima de todo deben tenerse en cuenta las razones de fondo ya expuestas: *no se le puede atribuir a una parte un consentimiento que no existió o fue viciado*.

Por lo tanto, *el límite a la posible flexibilización debe estar en la efectiva garantía de la existencia de consentimiento válido de las partes involucradas*. Y ello porque la falta de consentimiento es causal de nulidad del acuerdo, en los términos del artículo II.3 de la CNY.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 107. Véanse también pp. 176 y 177.

<sup>65</sup> REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), p. 161. Véase asimismo: *Schmitthoff's Export Trade*, o. cit. (nota 32), p. 481, donde se afirma que, si bien la ley de arbitraje inglesa admite esa “ficción” del acuerdo arbitral oral considerado escrito, los acuerdos arbitrales orales son raros en la práctica. Reconocen además que dicho acuerdo presenta siempre incerteza, por lo que es preferible que conste por escrito.

<sup>66</sup> REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), p. 161.

<sup>67</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 180, quien refiere más adelante (p. 192, nota al pie n.º 375), que en el laudo CCI n.º 5721/1990 se concluyó que el convenio arbitral no era oponible al dirigente social, porque su voluntad no había quedado probada.

## **2.6. EL CONVENIO ARBITRAL TIENE EFICACIA OBLIGATORIA SOLO PARA LAS PARTES QUE LO PACTARON Y CONSINTIERON**

Además de determinar la validez de la cláusula arbitral, es necesario precisar a quiénes obliga dicha cláusula. Parece indudable que solo obliga a aquellos que han celebrado un acuerdo arbitral válido en los términos de la normativa aplicable (CNY, Convención de Panamá u otro). Al respecto sostiene FERNÁNDEZ ROZAS<sup>68</sup> que los efectos de la cláusula arbitral válida “solo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de una forma u otra; en este sentido, la cuestión, en ocasiones, se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral”.<sup>69</sup> Y agrega que el problema pertenece al ámbito del consentimiento.

El problema de la oponibilidad de la cláusula arbitral a terceros se ha planteado en casos de derecho marítimo, con la pretensión de extender al destinatario de la mercadería los efectos de una cláusula arbitral incluida en las condiciones generales impresas al dorso del conocimiento de embarque. Esto ha sido rechazado no solo en la jurisprudencia uruguaya, como se verá más adelante, sino también en la extranjera, que considera:

[...] para ser oponible al destinatario, una cláusula compromisoria incluida en un conocimiento de embarque debe haber sido puesta en su conocimiento y haber sido aceptada por él, a más tardar, en el momento en que, al recibirse de la mercadería, adhirió al contrato de transporte.<sup>70</sup>

En suma, puede concluirse que, siendo de general aceptación en todos los ámbitos que el arbitraje se basa —y debe su existencia misma— en la autonomía de la voluntad de las partes, resulta incuestionable que la existencia y la validez del consentimiento de todas las partes involucradas en el arbitraje debe quedar demostrada en forma clara, cierta e indubitable.

---

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 485, n.º 771.

<sup>69</sup> En el mismo sentido se pronuncia ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), pp. 195 y 196.

<sup>70</sup> Sentencia de casación de 29 de noviembre de 1994 (Corte de Casación, Cámara de Comercio), que casa y anula la sentencia del Tribunal de Apelaciones de París que había resuelto en sentido contrario. Publicada en *Droit Maritime Française*, 1995, pp. 218-219, y en *Revista de Transporte y Seguros*, n.º 11, caso n.º 211, pp. 164-165.

### 3.

## LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LAS CONDICIONES GENERALES, CONTRATOS DE ADHESIÓN, CONTRATOS TIPOS Y FIGURAS AFINES

Las cláusulas impresas en condiciones generales, contratos tipo, contratos de adhesión y demás variantes caracterizadas por el establecimiento unilateral de las condiciones contractuales, que incluyen una cláusula arbitral, plantean problemas específicos con relación a la validez o no de dicha cláusula.<sup>71</sup> Estos se basan, fundamentalmente, en la existencia o no de consentimiento válido dado por las partes entre las que se quiere hacer valer el acuerdo arbitral. En este sentido, GARCÍA HUIDOBRO<sup>72</sup> sostiene:

[...] en los contratos por adhesión se verifica una imposición de voluntad de una de las partes a la otra. Esta imposición de voluntad sobre las condiciones y términos de la contratación es integral, completa y absoluta respecto del contenido literal del contrato. Ante lo anterior cabe la interrogante de si en estas circunstancias se puede entender que haya operado realmente un concurso de voluntades.

La respuesta de la doctrina y la jurisprudencia no ha sido uniforme. Lo que sí parece indiscutible es que la cuestión deberá ser dilucidada por el juez o árbitro actuante, teniendo en cuenta las normas aplicables, los principios generales y las circunstancias del caso. El decisor deberá ser especialmente cuidadoso, porque lo que está en juego es un asunto fundamental, cual es la existencia o no de consentimiento válido.

Comentando la exigencia del artículo II.2 de la CNY, en cuanto establece que el “acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”, FERNÁNDEZ ROZAS<sup>73</sup> sostiene que “la salvedad de la ausencia de firma en la segunda modalidad expresada responde a las necesidades creadas por las nuevas técnicas aplicadas a la contratación, que exigen flexibilizar los requisitos formales en los pactos a larga distancia”. Y agrega que el artículo 7.2 de la Ley Modelo de Uncitral se acerca más “al estado actual de la cuestión en lo relativo a la forma del convenio arbitral”, ya que “además de recoger el pacto

<sup>71</sup> Véase, sobre el punto, José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, “Las cláusulas predisuestas y el arbitraje en el Paraguay” (capítulo III, pp. 49-70), en *El arbitraje en Paraguay*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, en especial p. 49.

<sup>72</sup> Cristián GARCÍA HUIDOBRO, *El arbitraje en Chile*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, p. 49.

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 484, n.º 770.

entre ausentes, no firmado por ambas partes, reconoce la validez de las cláusulas pactadas por referencia”, que son aquellas “que se aceptan en relación a otro contrato o a condiciones generales de la contratación”.

Pero por cierto no comprende, en esta interpretación de las normas referidas, las cláusulas incluidas en condiciones generales impresas en contratos de adhesión, en la medida en que el consentimiento de la cláusula arbitral no haya sido claramente expresado.<sup>74</sup> Aquí no se trata por cierto de un problema de forma, sino de consentimiento, como se ha analizado *ut supra*.

Los Acuerdos del Mercosur sobre Arbitraje de 1998 hacen especial referencia a los contratos de adhesión y disponen en su artículo 4:

1. La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe.
2. La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado.

Si bien es cierto que, como sostiene NOODT TAQUELA,<sup>75</sup> “la sola circunstancia de que el acuerdo arbitral integre un contrato con cláusulas predispuestas no significa que el acuerdo sea abusivo”, debemos reconocer que el riesgo de que sí lo sea es mayor que en los contratos libremente negociados por partes con igual poder de negociación. Por eso resulta muy acertada la introducción de esta herramienta normativa en el artículo 4.1 de los Acuerdos, la que sin duda puede resultar de gran utilidad para el decisor —juez o árbitro— que deba pronunciarse acerca de la validez y eficacia de un acuerdo arbitral.

Con respecto al segundo inciso, como ya se dijo, no parece suficiente el mero conocimiento de la existencia de la cláusula por quien adhiere o se aviene a contratar aunque no haya tenido posibilidad de negociar los términos del contrato, en especial en cuanto al arbitraje. Es necesario que exista consentimiento expreso y válido, porque de lo contrario no habrá acuerdo arbitral alguno sino una cláusula arbitral unilateralmente emitida, lo cual no es de recibo en ninguno de los textos convencionales vigentes.

Con respecto a esta hipótesis, “algunos autores consideran que estrictamente sería abusivo el acuerdo arbitral que imponga condiciones imposibles para acceder al proceso

---

<sup>74</sup> Sobre este tema, afirman OLIVERA GARCÍA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit. (nota 38), p. 73, que “la cláusula compromisoria incluida en un contrato de adhesión se debe presumir conocida y consentida, si el mismo fue suscrito por las dos partes”. *A contrario sensu*, se debe presumir que si dicha cláusula no está firmada por las dos partes, ella no fue ni conocida ni consentida por la parte no firmante.

<sup>75</sup> María Blanca NOODT TAQUELA, *Arbitraje internacional en el Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 71.

arbitral o de muy difícil acceso para la parte débil. Por ende no toda cláusula compromisoria incluida en contratos celebrados por adhesión es abusiva”.<sup>76</sup>

Serán por tanto los propios árbitros —o el juez, en su caso— los que, al decidir acerca de la validez o nulidad de la cláusula arbitral, deberán evaluar cuidadosamente todas estas cuestiones.

### 3.1. CONTROL DE LA VALIDEZ Y DEL CONTENIDO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Si bien los contratos de adhesión y otras modalidades similares son una realidad y —en muchos casos— una necesidad en la contratación internacional,<sup>77</sup> no es menos cierto que, por sus particularidades, sería deseable que fueran objeto de regulaciones especiales que contemplaran los problemas específicos que estas modalidades de contratación plantean. Así, y en particular con respecto a las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión, BOGGIANO<sup>78</sup> reconoce la conveniencia de regular las condiciones en las cuales la cláusula arbitral podría considerarse incorporada al contrato cuando este se celebra mediante condiciones generales de contratación, y propone exigir que se le dé al adherente la oportunidad de conocer la referida cláusula.<sup>79</sup>

No parece suficiente el mero conocimiento de la existencia de la cláusula en las condiciones generales por parte del adherente, sino que resulta necesario garantizarle la posibilidad de oponerse a su inclusión, ya que de lo contrario no podría hablarse de *acuerdo* en los términos de la CNY. Es necesario ser especialmente cuidadoso al analizar si la cláusula es válida o no, dado que, como sostiene REZZÓNICO,<sup>80</sup> “la exclusión por las partes de la jurisdicción estatal para la decisión de sus controversias es un hecho trascendente; lo sería en el contrato individual negociado; más aún tratándose de CNG [condiciones negociales generales]”. Y cita el artículo 1341, § 2.º, del Código Civil italiano, que considera cláusula onerosa, y por tanto sujeta a aprobación escrita, la que instituye la cláusula compromisoria por medio de

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>77</sup> Claudio VIANNA DE LIMA, *A arbitragem no Brasil*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, p. 66, refiere a que los contratos de adhesión constituyen una imposición de los tiempos modernos.

<sup>78</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 1313.

<sup>79</sup> Guillermo AGUILAR ÁLVAREZ, “Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y las Cortes”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 15, abril, 2004, pp. 63-80, analizando la jurisprudencia nacional relativa al artículo II (2) de la CNY, afirma en la p. 74: “[...] en prácticamente cada instancia, las jurisdicciones nacionales fueron guiadas por la necesidad de reconciliar una corriente muy fuerte a favor del arbitraje, con el *requisito crucial de que las partes estén plenamente conscientes de que están acordando un arbitraje*” (destacado añadido).

<sup>80</sup> Juan Carlos REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 560.

CNG, y la recomendación n.º 3 de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, de 1981, en el mismo sentido.

BOGGIANO<sup>81</sup> señala también, aunque refiriéndose a la cláusula de elección de la ley aplicable, que es necesario garantizar el debido proceso de elección por ambas partes, dada la importancia que tiene dicha cuestión.

Igual o más importante es la elección del arbitraje, en desmedro de la jurisdicción estatal, ya que este tema tiene que ver con el *acceso a la justicia*. Si se valida una cláusula arbitral unilateralmente impuesta, que remite a las partes a un tribunal arbitral con sede en un punto inaccesible para el reclamante —por razones económicas u otras—, este no tendrá acceso a la justicia, ni arbitral ni estatal. Parece por tanto más trascendente aún, en este caso, garantizar que la cláusula arbitral haya sido consentida válidamente por *ambas* partes.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa, que para reconocer el efecto derogatorio de la competencia judicial de una cláusula compromisoria exige que las partes se hayan obligado inequívocamente.<sup>82</sup>

Afirma también BERLIOZ<sup>83</sup> que la jurisprudencia norteamericana ha recibido dicho principio y ha decidido:

[...] que la cláusula de arbitraje no es oponible cuando se ha utilizado un contrato formulario y la disparidad de poder económico hace ilusoria la elección: una regla que priva a los justiciables de su acceso a los tribunales es inquietante [...], habiéndose propuesto, para salvaguardar las posibilidades de control judicial, la facultad del juez para negar la validez de la cláusula de arbitraje cuando los poderes de negociación desiguales o la utilización de formularios arrojan dudas sobre la existencia de un consentimiento libre.

Sin perjuicio de las escasas normas específicas sobre el punto, en cualquier caso corresponde que el juez o árbitro actuante controle no solo la validez formal del acuerdo arbitral, sino también su validez intrínseca —en especial con relación al consentimiento de ambas partes— y la de su contenido. Ese control, como afirma LE PERA,<sup>84</sup> “no se efectúa analizando las modalidades de su formación, sino a través de una estimación de la equidad y equilibrio del negocio total, de sus cláusulas en especial y el uso de ciertos estándares comunes aplicables a toda el área contractual”.

<sup>81</sup> ANTONIO BOGGIANO, *International standard contracts. A comparative study*, Recueil des Cours, 1981-I, p. 41.

<sup>82</sup> BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, pp. 76 ss., citado por REZZÓNICO, o. cit. (nota 80), p. 561, n. 1610.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> SERGIO LE PERA, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires: Astrea, 1974, p. 281, citado por NOODT TAQUELA, *El arbitraje en Argentina*, o. cit. (nota 34), p. 109.



En el mismo sentido, NOODT TAQUELA<sup>85</sup> afirma que “el control del contenido de los acuerdos arbitrales predispuestos ha de apuntar a mantener el equilibrio entre las partes”, y que, aun cuando ambas partes hayan prestado su consentimiento al acuerdo arbitral, “las modalidades actuales de la contratación internacional hacen necesario que se ejerza cierto control sobre el contenido de los acuerdos arbitrales incluidos en contratos por adhesión”. Y concluye: “En primer lugar, ese control está en manos de los árbitros y en última instancia de los tribunales estatales”. Compartimos plenamente sus afirmaciones.

### **3.2. EL CASO PARTICULAR DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE**

En cuanto a las cláusulas arbitrales incluidas en las condiciones generales impresas al dorso de conocimientos de embarque, debe tenerse en cuenta que son emitidas unilateralmente por una de las partes del contrato de transporte, no firmadas, y por ende no consentidas por la parte contra la que se pretende hacer valer la cláusula arbitral. En consecuencia, en esos casos no existe defecto grave del convenio,<sup>86</sup> sino sencillamente ausencia de convenio, por lo cual la cláusula es absolutamente nula, en los términos del artículo II.3 de la CNY.

Y esto no tiene que ver con aspectos formales, de contenido o de redacción de la cláusula. Aunque la fórmula incluida en las condiciones generales sea una cláusula tipo de las que recomiendan la mayor parte de las instituciones arbitrales, será nula porque no hay acuerdo de voluntades, no existe consentimiento libre de ambas partes, sino una mera pretensión de imposición unilateral.

Sostiene ÁLVAREZ GONZÁLEZ<sup>87</sup> que la práctica se ha encargado de pulir la solución del artículo II.2 de la CNY en relación con las condiciones generales de contratación, “*incidiendo no en la necesidad de proteger a una determinada parte contractual, sino en la existencia real del pacto de sometimiento a arbitraje*”.

Precisamente, dado que la base misma y fundamental del convenio arbitral es la autonomía de la voluntad de las partes, la manifestación clara e inequívoca del consentimiento de ambas partes (no de una sola de ellas) a someterse al arbitraje debe quedar claramente establecida.<sup>88</sup>

En el mismo sentido, afirma ARTUCH:<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> NOODT TAQUELA, *El arbitraje en Argentina*, o. cit. (nota 34), p. 135.

<sup>86</sup> Como señala FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 483, n.º 769.

<sup>87</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, o. cit. (nota 19), p. 150.

<sup>88</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 196.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 107. Véanse también las pp. 176 y 177.

[...] el convenio arbitral solo conoce un tipo de eficacia positiva contractual y es, en sentido estricto, inter partes. De ahí que se insista con frecuencia en que las cláusulas de arbitraje solo conocen una interpretación estricta, principio asentado en la práctica arbitral y judicial en la materia.

Cita al respecto un pronunciamiento del Tribunal supremo español, que desestima un recurso de casación por abuso o exceso en la jurisdicción “a causa de que la sumisión a arbitraje no afecta ni a la actora ni a la demandada, porque no fueron directamente las firmantes del contrato de fletamento”.<sup>90</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya.<sup>91</sup>

Por último, cabe señalar que el caso de los conocimientos de embarque es diferente al de los de transmisión o cesión del conjunto contractual, de contratos coligados o grupos contractuales, o de grupos societarios, todos ellos analizados por la doctrina<sup>92</sup> y la jurisprudencia.<sup>93</sup> Su consideración aquí excedería los límites de este trabajo. Lo que sí puede afirmarse categóricamente es que, al igual que en los demás casos, lo que debe estar claro es la existencia misma del consentimiento, el cual no puede ser sustituido por el mero “conocimiento” de la cláusula arbitral.

### **3.3. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES (2010)<sup>94</sup> Y LAS CLÁUSULAS ESTÁNDAR**

Los Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales; conforme su Preámbulo (§ 5), “*pueden ser utilizados para interpretar o suplementar*

---

<sup>90</sup> Sentencia TS de 30/12/1992, Unión de Seguros Marítimos y Generales Amaya SA c. H. Cansen Co. y Assuranceforeningen Gard, R.A.J., 1992, n.º 10566, citada por ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 196, n. 6.

<sup>91</sup> Véanse los siguientes casos, ya citados: “Royal Insurance c/ Montemar S.A., buque Sudelmar II, JLC-1, sentencia 72 del 20/3/85; TAC-81 del 14/4/86”. RTYS 1, caso 4, p. 37, y LJU, T.XCIV, caso 10.771; “The British and Foreign Marine Insurance c/ Montemar, buque Estrella del Mar, JLC 13, Sent. 14.279 del 30/10/87; TAC 2, Sent. 293, del 19/9/88”. RTYS 2, caso 17, p. 39; “La Mannheim c/ Montemar, buques Estrella del Mar y Lucero del Mar, JLC 6, Sent. 10.624 del 26/9/88; TAC 5, Sent. 59, del 31/3/89”. RTYS 2, caso 18, p. 43; “Royal Insurance c/ Montemar, buque Venus del Mar, JLC7, Sent. 7508 del 14/8/87; TAC 5, Sent. 147, del 24/5/88”. RTYS 2, caso 19, p. 47; “Royal Insurance c/ Montemar, buque Estrella del Mar, JLC7, Sent. 7510, del 14/8/87; TAC 2, Sent. 246, del 3/8/88”. RTYS 2, caso 20, p. 50; “La Mannheim c/ Montemar, buque Ocean Express, JLC-14, Sent. 452 del 6/3/92 (consentida). RTYS 6, caso 87, p. 30, todos citados y comentados en FRESNEO DE AGUIRRE, o. cit. (nota 4), pp. 141-157.

<sup>92</sup> Véanse, entre otros autores, REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), en especial pp. 175-181, y ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), pp. 131 ss.

<sup>93</sup> Véase, por ejemplo, la *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 4, n.º 96, octubre-diciembre de 2007, pp. 798-807.

<sup>94</sup> Se manejó aquí la edición de los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, publicada en México en 2007, por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), Roma, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Centro Mexicano de Derecho Uniforme (ISBN: 88-86449-15-1), la versión *on line* de la versión 2010 de los Principios (<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>) y la tabla de correspondencia de los artículos de 1994, 2004 y 2010 (<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/tableofcorrespondence.pdf>).

*textos internacionales de derecho uniforme*”, como es la Convención de Nueva York de 1958. Toda norma internacional “puede plantear interrogantes respecto al significado preciso de cada una de sus disposiciones y puede presentar lagunas”. Hoy día, los jueces y los tribunales arbitrales tienden a dejar de lado los métodos tradicionales de interpretación y efectuarla “en base a criterios y principios autónomos e internacionalmente uniformados”. Hasta ahora correspondía a cada juez o árbitro buscar esos principios; a partir de la elaboración por Unidroit de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, estos “podrían facilitar esta tarea de manera considerable”.<sup>95</sup>

El artículo 2.1.19, sobre contratación con cláusulas estándar, las somete a las normas generales sobre formación del contrato, aunque sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.1.20 al 2.1.22. El comentario n.º 3 al artículo 2.1.19 elimina toda posibilidad de interpretaciones divergentes, ya que establece que “*las cláusulas estándar propuestas por una parte obligan a la otra parte solamente en caso de aceptación*”. Y más adelante agrega:

[...] las cláusulas estándar incorporadas al contrato escrito obligan a las partes por la simple firma del documento contractual entendido en su conjunto, por lo menos siempre que dichas cláusulas sean reproducidas en la parte superior de la firma y no, por ejemplo, si se encuentran al reverso del documento [...].

En consecuencia, la cláusula arbitral incluida en las condiciones generales impresas al dorso de un conocimiento de embarque —o cualquier otro documento de adhesión de características similares—, no firmada por todas las partes involucradas, no vale, porque no hubo aceptación de los no firmantes.

El artículo 2.1.20 (cláusulas sorpresivas) dispone:

Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiere podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

Y el respectivo comentario n.º 1 aclara:

[...] el motivo de esta excepción es el de evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas.

Parece lógico suponer que ningún importador uruguayo al que le es entregada su mercadería —por la cual ya pagó el precio— con daños o faltante, o al que se le dice que aquella “se perdió” (sic) durante el trayecto, haya previsto razonablemente que debe ir a

<sup>95</sup> Comentario n.º 5 al Preámbulo de los Principios de Unidroit.

reclamar ante un tribunal arbitral en Londres, lo cual en muchos casos le podría insumir gastos superiores a los daños sufridos.

Por eso no basta con el mero conocimiento de la cláusula; es necesario darle al adherente la posibilidad de oponerse a ella, cosa que en general no existe en esta modalidad contractual.

## 4.

### LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA Y EL ARBITRAJE: OCASIONES EN QUE LA JUSTICIA ESTATAL PUEDE INTERVENIR EN MATERIA ARBITRAL

Son básicamente tres las ocasiones en que la justicia estatal puede intervenir en materia arbitral: cuando se discute la validez del acuerdo arbitral, cuando se pretende que se decreten y/o ejecuten medidas cautelares durante un proceso arbitral o con anterioridad a él,<sup>96</sup> y cuando se pretende la ejecución del laudo arbitral. Veremos a continuación algunos casos jurisprudenciales relativos a la primera y a la tercera situación.

#### 4.1. CUANDO SE DISCUTE LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL Y LA JURISDICCIÓN DEL JUEZ ESTATAL

##### 4.1.1. Soluciones adecuadas con fundamentos erróneos

En algunos casos jurisprudenciales uruguayos de los años ochenta<sup>97</sup> y alguno posterior,<sup>98</sup> en los que el demandado interpuso excepción de falta de jurisdicción de los tribunales uruguayos con base en la existencia de una cláusula arbitral impresa al dorso del conocimiento de embarque respectivo, no firmada por ninguna de las dos partes, tal excepción de incompetencia fue rechazada. Si bien en esa jurisprudencia se invocaron fundamentos a nuestro criterio erróneos (la contravención del artículo 2403 del Código Civil, entre otras

<sup>96</sup> Sobre este punto véase NOODT TAQUELA, *Arbitraje internacional en el Mercosur*, o. cit. (nota 75), pp. 115-126.

<sup>97</sup> Véanse, en especial, *Royal Insurance c/ Montemar S.A.*, buque *Sudelmar II*, JLC-1, sentencia 72, del 20/3/85 (Malherbe); TAC-81 del 14/4/86 (Pereira Núñez de Balestrino [r], Marabotto, Parga Lista), RTYS 1, caso 4, p. 37, y LJU T.XCIV, caso 10.771 y *The British and Foreign Marine Insurance c/ Montemar*, buque *Estrella del Mar*, JLC 13, sentencia 14.279, del 30/10/87 (Bermúdez); TAC 2, sentencia 293, del 19/9/88 (Varela de Motta [r], Brito del Pino), RTYS 2, caso 17, p. 39, comentados en FRESNEDO DE AGUIRRE, o. cit., pp. 141-157, pp. 153-154.

<sup>98</sup> Banco de Seguros del Estado c. K. Group Shipping Inc. Triton Maritime Co. Ltd. y otros, buque *Karema* (1998, 1999 y 2000), JLC 11.º, sentencia interlocutoria 374, del 20/3/1998 (Casanova) y sentencia definitiva 3, de 21/2/2000 (Klett, Minvielle, Chalar); TAC 3.º, sentencia 90 del 23/7/1999 (Klett [r], Minvielle, Chalar), RTYS 13, caso 240, p. 20. Véase el comentario en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, "El estado de situación del arbitraje comercial internacional en la jurisprudencia uruguaya", en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades (DeCITA)*, n.º 2, 2004, pp. 420-435, en especial pp. 426-427.

normas),<sup>99</sup> cabe destacar enfáticamente que el resultado a que arriban los fallos es plenamente compartible, ya que ninguna de las cláusulas arbitrales cuestionadas cumplía con los requisitos exigidos por el artículo II de la CNY, norma material supranacional que resultaba aplicable en ambos casos. Por tanto, correspondía que nuestros tribunales, actuando conforme a derecho, rechazaran la pretensión de hacer valer las cláusulas arbitrales respectivas.

#### **4.1.2. Soluciones adecuadas con fundamentos ajustados a derecho**

El error en la fundamentación de los fallos referidos fue subsanado en fallos posteriores,<sup>100</sup> en que los tribunales uruguayos identifican correctamente a la CNY como fuente normativa aplicable y rechazan la excepción de falta de jurisdicción por no cumplir la cláusula arbitral en cuestión con los requisitos del artículo II de la CNY. Resulta ilustrativo citar nuevamente aquí las siguientes manifestaciones del TAC 5.º, en cuanto a que si hubiera estado firmada “la pretendida estipulación de arbitraje sería válida entre las partes que convinieron el contrato de transporte, no así frente a un tercero —como en el caso lo es el importador— ajeno a la misma”. El tribunal agrega:

[...] pero es de destacar que tal cláusula no obliga tampoco al transportista que no la suscribiera, siendo claramente una cláusula IMPRESA en un formulario apócrifo pese a emanar presumiblemente del propio transportador. En tanto la legislación nacional no sea modificada, las obligaciones entre las partes, cualquiera sea su origen, emanan de su expresión de voluntad expresada con la firma del documento del caso o documento anexo debidamente individualizado. Los impresos por sí solos, a nadie obligan.<sup>101</sup>

Estos argumentos son incuestionables a la luz de las normas vigentes en materia de arbitraje, así como de la Ley Modelo de 1985 con su correspondiente enmienda 2006, analizadas *supra*.

---

<sup>99</sup> Véase *supra* I.3

<sup>100</sup> Véase *La Mannheim c/ Montemar*, buques Estrella del Mar y Lucero del Mar, JLC 6, sentencia 10.624 del 26/9/88 (Piatniza); TAC 5, sentencia 59, del 31/3/89 (Almirati [r], Rochón), RTYS 2, caso 18, p. 43 y *Royal Insurance c/ Montemar*, buque Venus del Mar, JLC7, sentencia 7508 del 14/8/87 (Gutiérrez); TAC 5, sentencia 147, del 24/5/88 (Almirati [r], Rochón), RTYS 2, caso 19, p. 47, *Royal Insurance c/ Montemar*, buque Estrella del Mar, JLC7, sentencia 7510, del 14/8/87 (Gutiérrez); TAC 2, sentencia 246, del 3/8/88 (Brito del Pino [r], Fernández Rey), RTYS 2, caso 20, p. 50, *La Mannheim c/ Montemar*, buque Ocean Express, JLC-14, sentencia 452 del 6/3/92 (consentida) (Salvo), RTYS 6, caso 87, p. 30, comentados en FRESNEDO DE AGUIRRE, “La Convención...”, artículo cit., pp. 154-157. Asimismo, *Aromas S.R.L. c. Montemar S.A. y otra*, buque *Bilbao Express* (1996, 1997, 1999 y 2001), JLC 20.º, sentencia interlocutoria 186, del 1/3/1996 (consentida) (Couto); sentencia interlocutoria 1136, del 6/8/1996 (consentida) (Couto); sentencia definitiva 51 del 4/11/1997 (Couto); TAC 5.º, sentencia 122 del 16/6/1999 (Rochón [r], Barcelona, Larriex); SCJ, sentencia 233 del 26/10/2001 (Guillot [r], Cairoli, Alonso de Marco, Parga), RTYS 15, caso 283, p. 23, comentado en FRESNEDO DE AGUIRRE, “El estado de situación...”, o. cit. (nota 98), pp. 420-435, en especial pp. 427-428.

<sup>101</sup> *Royal Insurance c/ Montemar*, buque Venus del Mar, JLC7, sentencia 7508 del 14/8/87 (Gutiérrez); TAC 5, sentencia 147, del 24/5/88 (Almirati [r], Rochón), RTYS 2, caso 19, p. 47.

Más recientemente, en la sentencia n.º 275/2005 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8.º Turno,<sup>102</sup> el juez afirmó:

[...] sostener que las partes no pueden convenir someter sus conflictos a un tribunal arbitral porque viola la norma contenida en el artículo 2401 del Código Civil, es negar la jurisdicción arbitral en el ámbito internacional, lo que no parece poder admitirse, correspondiendo advertir en este momento la plena vigencia de la Convención de Nueva York de 1958, de la que nuestro país es firmante.

Comparto plenamente la afirmación judicial precedente. Corresponde no obstante efectuar las siguientes precisiones:

1. La violación sería, en todo caso, al artículo 2403 del Código Civil, que es el que prohíbe en principio la autonomía de la voluntad conflictual, y solo la admite cuando la ley competente lo autoriza. Ya manifestamos *supra* y en trabajos anteriores aquí citados nuestra posición al respecto: no hay ninguna contravención a la norma, porque precisamente el pacto arbitral, siempre y cuando cumpla con las exigencias de forma y fondo que impone la normativa convencional aplicable, se inscribe en ese margen autorizado por el propio artículo 2403 a la autonomía conflictual.
2. La Convención de Nueva York de 1958 está plenamente vigente desde el 28 de junio de 1983.<sup>103</sup>
3. Lo que vincula a Uruguay con la Convención —incorporándola a nuestro ordenamiento jurídico positivo con fuerza imperativa— no es la mera firma, sino su aprobación legislativa y su posterior ratificación (artículos 85.7 y 168.20 de la Constitución de la República).

Asimismo, en la sentencia n.º 1848/2008 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14.º Turno,<sup>104</sup> la magistrada actuante estimó —acertadamente en mi opinión— que era competente la justicia arbitral en virtud de la cláusula arbitral incluida en el

---

<sup>102</sup> Citada por Andrés CERISOLA, “La jurisprudencia sobre arbitraje internacional en contratos comerciales”, en *Revista de Derecho Comercial*, n.º 1, 2008, 3.ª época, pp. 133-151, p. 139, quien señala que se trató de un caso de distribución en que el juez “remitió a una compañía comercial americana y a su distribuidor uruguayo a arbitraje en Argentina, bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio Argentina-Estados Unidos”. No indica el colega, en cambio, los datos de publicación del fallo.

<sup>103</sup> Véase el dato en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

<sup>104</sup> Sentencia de fecha 25 de junio de 2008 (firme) (Venturini), inédita a la fecha de entrega del presente trabajo.

contrato de compraventa internacional de mercaderías en cuestión, y que “tal voluntad de las partes es la que debe prevalecer”.

#### **4.1.3. Soluciones discutibles con fundamentos que se apartarían de la norma y su ratio**

En un fallo de 2005 citado en la reciente publicación referida, el juez uruguayo habría entendido que, si bien la parte demandada “no era parte del contrato de distribución que incluía la cláusula compromisoria”, “las alegaciones de las partes remitían al contrato original, por lo que existía una conexión suficiente para aplicar la cláusula”.<sup>105</sup> En otro del año 2003, en igual fuente, el juez habría remitido a las partes a arbitraje por entender que “no obstante la ausencia de una cláusula compromisoria entre las partes específicas en litigio, existía conexión suficiente porque un modelo del contrato de trabajo se había anexo al contrato de compraventa de acciones”.<sup>106</sup>

En ambos casos estaríamos ante lo que la doctrina llama *transmisión de la cláusula e incorporación por referencia*.<sup>107</sup> Más allá de las denominaciones utilizadas por la doctrina y de los detalles de los casos citados, creo de fundamental importancia señalar que al evaluar la existencia, validez y eficacia de un acuerdo arbitral, así como al determinar quiénes están obligados por él, debe tenerse presente que ello se basa en la existencia de consentimiento libre y válido. Eso es lo que surge clara e indubitablemente de las normas y de su ratio. Lo demás son flexibilizaciones doctrinarias o jurisprudenciales que llegan al extremo de apartarse del texto normativo y de su ratio, que es lo más grave.

Es por lo anterior que comparto plenamente las fundadas apreciaciones de ARTUCH IRIBERRI<sup>108</sup> cuando, con relación a este tema, afirma que “la eficacia del convenio arbitral hacia los terceros es nula”; que en los casos de transmisión “la eficacia del convenio no está en discusión, pero sí la eficacia del acto translativo”; que “cualquier extensión de efectos del convenio arbitral por razones extrañas a la firma y mención expresa requiere una interpretación estricta”, ya que “la base consensual del arbitraje no permite otra apreciación, sin voluntad de las partes no hay convenio arbitral”; que debe actuarse con “la necesaria prudencia en

---

<sup>105</sup> Sentencia n.º 3652/2004 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17.º Turno, caso *Sharp*, cit., p. 138.

<sup>106</sup> Sentencia n.º 3619/2003 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 10.º Turno (caso *Soluziona*), cit., pp. 139-140. La cita no es del fallo sino del comentario del autor del trabajo citado. Como se dijo, no se cuenta con los textos completos de los fallos por no estar indicada su publicación.

<sup>107</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 197, con cita de VAN DEN BERG.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 198-210.

la extensión de la validez y eficacia a quienes no consintieron”; que “lo realmente importante es la interpretación de la voluntad de las partes”.

Ante la supuesta existencia de una “norma material propia del arbitraje internacional que implica la validación de los convenios arbitrales”, concluye que “lo cierto es que la comprobación del consentimiento es necesaria siempre [...]”. “Si no es así, no hay sumisión válida al arbitraje”. Y concluye —con relación a los grupos de sociedades—, que “la extensión se sitúa en un delicado balance entre la certeza y la buena fe, que impide que el demandado que pactó el arbitraje se sustraiga a sus obligaciones, utilizando el ‘velo’ que le concede el grupo social, pero también exige que un no-parte se vea implicado solo por su pertenencia al grupo social”. Estos conceptos son trasladables a otras situaciones —no societarias— de extensión de la eficacia del acuerdo arbitral.

#### **4.2. CUANDO SE DISCUTE LA VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL O SE PRETENDE LA EJECUCIÓN DE ESTE**

En el comentado caso *Pérez Companc*,<sup>109</sup> los tribunales uruguayos rechazaron la acción de nulidad interpuesta contra el laudo arbitral recaído en el caso.<sup>110</sup> La cláusula arbitral había sido pactada válidamente por las partes, grupos societarios con equivalente poder de negociación contractual, que habían manifestado su voluntad de someterse a arbitraje a través de una cláusula inserta en su contrato internacional, lo cual se vio refrendado por el hecho de haber ambas concurrido a la Corte de Arbitraje de la CCI, sin hacer ninguna impugnación en ese momento con respecto a dicha cláusula. Se trataba por tanto de un acuerdo arbitral perfectamente regular en cuanto a su forma, por haber cumplido con los requisitos materiales mínimos exigidos por las convenciones internacionales aplicables a este arbitraje internacional.

Las principales cuestiones resueltas en el fallo que se comenta<sup>111</sup> fueron:

Con respecto a la fuente normativa aplicable al caso, la internacionalidad del arbitraje y la validez del compromiso arbitral, el tribunal entendió que las normas internas referidas

---

<sup>109</sup> Se planteó una acción de nulidad del laudo arbitral emitido en Montevideo el 2 de setiembre de 2002 en un arbitraje internacional (caso 11046/KGA). La referida acción fue rechazada por sentencia n.º 161/03 del TAC 2.º (Sosa [r], Sassón, Chediak), del 18/6/03. En el referido caso tuve oportunidad de intervenir como consultante, y me pronuncié enfáticamente a favor de la validez del laudo en cuestión, por ajustarse este a derecho. Véase el comentario jurisprudencial de Paul F. ARRIGHI, “Un fallo de gran trascendencia nacional e internacional en materia de Arbitraje”, en *Tribuna del Abogado*, n.º 134, agosto-setiembre 2003, pp. 8-10. Véase también el comentario en FRESNEDO DE AGUIRRE, “El estado de situación...”, artículo cit. (nota 100), pp. 420-435, en especial pp. 430-433.

<sup>110</sup> Un desarrollo exhaustivo sobre el caso puede verse en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, “Cuestiones de derecho internacional privado vinculadas al recurso de nulidad planteado contra un laudo arbitral”, en *Revista Uruguaya del Derecho Internacional Privado*, año VII, n.º 7 (en prensa).

<sup>111</sup> Sentencia n.º 161 TAC 2.º, 18-06-20003 (Chediak-Sassón-Sosa [r]).



al compromiso arbitral resultaban inaplicables en arbitrajes internacionales, y fundó su decisión en la ratificación por Uruguay de las convenciones relativas a la materia arbitral.<sup>112</sup>

Dejó sentado claramente el carácter subsidiario de las normas sobre procedimiento arbitral del país sede del arbitraje, con relación a las elegidas por las partes, en virtud de lo dispuesto por los tratados mencionados y en particular por el artículo 3 de la Convención de Panamá. Si bien la sentencia del tribunal no invocó al respecto las normas vigentes que expresamente regulan el punto —a saber, el artículo 524 del CGP, el artículo 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados (Viena, 1969) y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, CIDIP II—, entendemos que resolvió adecuadamente la cuestión.

Asimismo, el tribunal se fundó en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional. Resulta incuestionable que las partes pueden elegir las reglas de procedimiento que regularán el procedimiento arbitral, lo cual es universalmente admitido y recogido en todos los textos internacionales vigentes en la República.<sup>113</sup> Esta solución autonomista no contraviene la prohibición de modificar las reglas de competencia legislativa y judicial, establecida por el legislador uruguayo en el artículo 2403 de nuestro Código Civil.<sup>114</sup> En definitiva, el tribunal se pronunció a favor de la validez del acuerdo arbitral.<sup>115</sup>

Con respecto a la competencia de los jueces patrios para entender en la acción de nulidad planteada, el tribunal la reconoce, lo cual surge ineludiblemente de la aplicación de los artículos VI y V.1.e de la Convención de Nueva York, conforme a los cuales son competentes para entender en el recurso de nulidad los jueces del país donde se dictó el laudo (en este caso Uruguay).

En cuanto al orden público internacional, la sentencia maneja adecuadamente el concepto restringido y excepcional, y recoge “el principio de la libre circulación del laudo internacional con la sola limitación del orden público internacional”.<sup>116</sup> Asimismo, afirma que “el único control que puede realizar este Tribunal es el de la afectación del orden público internacional”.<sup>117</sup> Toma la declaración interpretativa respecto del alcance que la República le otorga al orden público, formulada por el Estado uruguayo al firmar la Convención

---

<sup>112</sup> En especial, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975, CIDIP-I, ambas aplicables en el caso.

<sup>113</sup> Así lo establecen expresamente los artículos 3 de la Convención de Panamá y V.1.a de la Convención de Nueva York.

<sup>114</sup> Véase sobre este punto: FRESNEDE DE AGUIRRE, “La Convención...”, o. cit. (nota 4), pp. 141-157.

<sup>115</sup> Considerando V *in fine*.

<sup>116</sup> Considerando VIII, p. 26.

<sup>117</sup> Considerando IX, p. 28.

Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado —Montevideo, 1979, CIDIP II—, que contiene una perfecta caracterización del orden público internacional, con cita de OPERTTI.<sup>118</sup> También analiza el tribunal el orden público desde la perspectiva verdaderamente internacional, siguiendo a FOUCHARD. Concluye la sentencia:

[...] el orden público internacional del Estado uruguayo [...] no fue afectado en grado alguno y menos aún con las características requeridas de grave y manifiesta violación requerida para en su caso amparar la pretensión de nulidad que ocurre a postularse.<sup>119</sup>

Con respecto a la recurribilidad del laudo arbitral, el tribunal entendió que debía proclamarse la invalidez de cualquier renuncia anticipada al ejercicio de la acción de nulidad, por lo que se admitió el recurso, en un sentido procesal, y, una vez analizados los extremos sobre los que aquel se sustentaba, el tribunal rechazó —en forma acertada— los argumentos del recurrente, habida cuenta de que ni el debido proceso ni el derecho de defensa se habían visto vulnerados durante el desarrollo del procedimiento arbitral.

En suma, los sentenciantes realizaron un adecuado análisis de los hechos y una correcta aplicación e interpretación del derecho al pronunciarse a favor de la validez del laudo arbitral impugnado.

En el caso *VAO Techmashexport* (2004),<sup>120</sup> la Corte por mayoría hizo lugar a la ejecución solicitada. Sostuvo que el “marco normativo aplicable” era la Convención de Nueva York de 1958, aprobada en Uruguay por la ley 15.229, del 11 de diciembre de 1981, y también por Rusia. Hizo referencia además a las convenciones interamericanas de 1975 y de 1979 sobre la materia y al artículo 543 del Código General del Proceso. Concluyó:

Conforme lo entiende la unanimidad de nuestra doctrina y lo establece también la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr (Ley 14.953) en su artículo primero, cuando exista tratado sobre la materia de que se trata con determinado país, debe aplicarse el mismo. En defecto de tratado deben aplicarse las normas nacionales de DIPr.

---

<sup>118</sup> Didier OPERTTI (con la cooperación de Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE), “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”, en *Los principios de Unidroit: Un derecho común de los contratos de las Américas. Actas*, Congreso Interamericano, Valencia (Venezuela), noviembre de 1996, pp. 29-75, pp. 57-58. La sentencia no hace referencia a la declaración interpretativa, sino que la transcribe con cita de Opertti.

<sup>119</sup> Considerando IX, p. 32.

<sup>120</sup> Sentencia n.º 41 de 18/2/2004, Suprema Corte de Justicia (Uruguay), Rodríguez Caorsi (r), Van Rompaey, Troise; Parga Lista y Gutiérrez Proto —discordes—. En este caso (en que nos tocó patrocinar a la peticionante), se promovió ante la Suprema Corte de Justicia de Uruguay —en noviembre de 2001— la ejecución del laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral Comercial Internacional ante la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa el 22 de enero de 2001 contra la empresa Antigrad Latinoamericana S.A., con domicilio contractual en Uruguay. Véase el comentario en FRESNEDO DE AGUIRRE, “El estado...”, o. cit. (nota 100), pp. 420-435, en especial p. 434.

Y agrega:

[...] todas las normas y principios que derivan de dicha Convención, como los que derivan de toda la normativa referida a la materia, son en esencia similares y se traducen en la necesidad de comprobación del cumplimiento de algunos requisitos básicos para que se reconozca la sentencia arbitral dictada.

A continuación reseña dichos requisitos y concluye:

[...] según opinión de la mayoría de los integrantes de la Corporación, se han cumplido en el caso todos los requisitos exigidos por la normativa internacional vigente, por lo que debe hacerse lugar al reconocimiento impetrado.<sup>121</sup>

## 5.

### **A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL O RESPUESTAS DISTINTAS FRENTE A SITUACIONES DIFERENTES?**

Limitándonos a los últimos veintitrés años, los fallos reseñados *supra* muestran sin duda una evolución positiva en cuanto a su fundamentación técnico-jurídica. Pero nótese que los casos relevados son diferentes y han merecido soluciones acordes a las circunstancias de cada uno. Cuando la cláusula o el laudo eran conforme a derecho, nuestros tribunales los validaron, pero cuando se apartaban de los preceptos normativos aplicables, les negaron validez y eficacia. Y ello es lo que corresponde y resulta esperable de una justicia estatal seria y calificada como la uruguayana.

Es precisamente la correcta identificación de la fuente normativa aplicable (convención internacional cuando el caso es internacional y aquella resulta aplicable al caso; en su defecto, las normas de DIPr internas, o normas nacionales cuando el arbitraje es doméstico), interpretación del texto normativo (su tenor literal gramatical y su ratio) y su consecuente aplicación, lo que debe hacer el juez.

Se percibe a veces, tanto en el ámbito académico como profesional, una tendencia hacia la flexibilización de las exigencias normativas —convencionales o legales—, invocando

---

<sup>121</sup> Las discordias, siguiendo al fiscal de Corte, se basaron en que, si bien existía domicilio contractual de la demandada en Uruguay, al momento de practicarse la notificación la funcionaria dio cuenta de que la empresa accionada no se domiciliaba más allá. Sobre este punto existen en Uruguay opiniones doctrinarias y jurisprudenciales tanto a favor como en contra de la preferencia del domicilio contractual frente al real con respecto a los actos procesales correspondientes al contrato en cuestión.

doctrina y jurisprudencia local y extranjera. En ocasiones aparece de manera evidente una ponderación especial de las soluciones más recientes, así como de las extranjeras.

Estoy plenamente de acuerdo con que a veces es necesario “aggiornar” ciertas soluciones normativas, como es el caso de la admisión de medios tecnológicos no previstos en 1958 para acreditar la existencia de un acuerdo arbitral válidamente consentido por ambas partes.

También considero adecuado y deseable que los jueces recurran a una interpretación “teleológica” o “materialmente orientada”, forzando en cierta medida la letra pura y dura de la norma, cuando ello es acorde a la *ratio legis* y así lo requiere la justicia en el caso concreto. Porque esa es en definitiva la misión del juez: llevar la norma general y abstracta a cada caso particular, realizando en cada uno de ellos el valor supremo de la justicia sustantiva. Y el marco formal no tiene valor en sí mismo sino para alcanzar dicha meta.

Es por eso que discrepo radicalmente con las posiciones doctrinarias y las soluciones jurisprudenciales, nacionales o foráneas, que se aparten de dicho proceder, mediante propuestas de flexibilización normativa que sencillamente dejen de lado el mandato del legislador e incluso distorsionen los principios fundamentales en juego, alegando finalidades que, en mi concepto, no constituyen un valor en sí mismo. Es el caso, por ejemplo, de la pretendida “modernidad”, y por ello supuestamente deseable tendencia a validar cualquier acuerdo arbitral y de ejecutar cualquier laudo, aunque no cumpla con los requisitos de la normativa aplicable.

La errónea interpretación y aplicación de las normas, e incluso su ignorancia, no son fenómenos propios de una época u otra. Son la patología del sistema de derecho que aparece en todas las épocas y en todas las sociedades. Lo deseable es evitar que ello ocurra, cosa que solo se logra mediante procesos adecuados y permanentes de enseñanza-aprendizaje del derecho y la transmisión de valores éticos fundamentales, sin los cuales todo lo demás deviene insuficiente.

Y concluyo citando una vez más a ARTUCH IRIBERRI<sup>122</sup> en su excelente obra, cuando afirma:

La utilización de las normas relativas al arbitraje es, cuando menos, desconcertante, y pudiera parecer en demasiadas ocasiones que se está dando aplicación a un único principio general, nunca expresamente formulado, que consiste en favorecer un arbitraje tan extenso como sea posible, sin que importen demasiado otras cuestiones de técnica jurídica. Tal tendencia, con independencia de la desconfianza que pueda llegar a crear, desconoce un pilar

---

<sup>122</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), pp. 209-210.

básico del convenio arbitral que es el consentimiento de los que en él participan. De acuerdo que la determinación del consentimiento prestado responde más a criterios fácticos que jurídicos, pero no puede admitirse que casi todos los comportamientos contractuales impliquen, de una u otra forma, la asunción de arbitraje, desconociendo la esencia y finalidad mismas de las instituciones.

Frente a la precisión y contundencia de tal formulación, que comparto plenamente, no cabe agregar más nada.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALL, Paula María, “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”, en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades (DeCITA)*, n.º 2, 2004, Zavalía, pp. 27-50.
- AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, “Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y las cortes”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 15, abril, 2004, pp. 63-80.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid: La Ley, 1992.
- ARRIGHI, Paul F., “Un fallo de gran trascendencia nacional e internacional en materia de Arbitraje”, en *Tribuna del Abogado*, n.º 134, agosto-setiembre 2003, pp. 8-10.
- ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional* (prólogo de José Carlos Fernández Rozas), Madrid: Eurolex, 1997.
- BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1983.
- *International standard contracts. A comparative study*, Recueil des Cours, 1981-I.
- CERISOLA, Andrés, “La jurisprudencia sobre arbitraje internacional en contratos comerciales”, en *Revista de Derecho Comercial*, n.º 1, 2008, 3.ª época, pp. 133-151.
- D’ARCY, LEO, CAROLE MURRAY Y BARBARA LLEAVE, *Schmitthoff’s Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, Londres: Sweet & Maxwell, 10.ª ed., 2000.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, y ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional. Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, 2.ª ed., Madrid: Tecnos, 1993.

- FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, *Derecho del comercio internacional*, Madrid: Eurolex, colección Estudios Internacionales, n.º 750, 1996, p. 472.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958: análisis de la jurisprudencia uruguaya”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año III, n.º 3, pp. 141-157.
- “Cuestiones de Derecho internacional privado vinculadas al recurso de nulidad planteado contra un laudo arbitral”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VII, n.º 7 (en prensa).
- “El estado de situación del arbitraje comercial internacional en la jurisprudencia uruguaya”, en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades (DeCITA)*, n.º 2, 2004, pp. 420-435.
- GARCÍA HUIDOBRO, Cristián, en *El arbitraje en Chile*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.
- GRAHAM, James A., *El Derecho internacional privado del comercio electrónico*, México: Themis, 2003.
- HERBERT, Ronald, “La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque”, en *Revista de Transporte y Seguros*, n.º 2, pp. 111-113.
- MATTEO, Vivien, “Arbitraje comercial internacional”, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, n.º 20, pp. 245-270.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Las cláusulas predisuestas y el arbitraje en el Paraguay” (capítulo III, pp. 49-70), en *El arbitraje en Paraguay*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.
- NOODT TAQUELA, María Blanca, *El arbitraje en Argentina*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.
- *Arbitraje internacional en el Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.
- OLIVERA GARCÍA, Ricardo, y Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El arbitraje en Uruguay*, Montevideo: por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.
- OPERTTI, Didier (con la cooperación de Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE), “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”, en *Los principios de Unidroit: Un derecho común de los contratos de*

- las Américas. Actas*, Congreso Interamericano, Valencia (Venezuela), noviembre de 1996, pp. 29-75.
- REDFERN, Alan, y Martin HUNTER, *Law and Practice of Internacional Comercial Arbitration*, Londres: Sweet & Maxwell, 4.<sup>a</sup> ed. (Student Version), 2004.
- REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires: Astrea, 1987.
- SANTOS BELANDRO, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988.
- *Arbitraje comercial internacional*, 3.<sup>a</sup> ed., México: Oxford University Press, 2000.
- “¿Es posible un Acuerdo de Arbitraje Oral en el Derecho Positivo Latinoamericano?”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, n.º 6, octubre de 2005, pp. 95-105.
- “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del acuerdo de arbitraje internacional en América Latina?”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 15, abril de 2004, pp. 81-91.
- SEKOLEC, Jernej, “Uncitral Model Law on international commercial arbitration: background and salient features”, en Ana I. PIAGGI (coord.), *Uncitral y el Futuro Derecho Comercial*, Buenos Aires: Depalma, 1994, pp. 3-29.
- SIQUEIROS, José Luis, “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, en *Boletín Informativo Pauta*, <[www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc](http://www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc)>.
- VIANNA DE LIMA, Claudio, *A arbitragem no Brasil*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.





# Programas de computación: responsabilidad civil por violación a los derechos de autor\*

*María de Monserrat Guitart Piguillém\*\**

Bussines Software Alliance, EUA,  
<mariademonserrat@hotmail.com>

**RESUMEN.** El derecho de autor es un derecho reconocido en la mayoría de las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos como un derecho íntimamente vinculado a la personalidad de su creador, quien por tal calidad tiene ciertas prerrogativas jurídicas. Una de ellas, consecuencia del principio *alterum non laedere*, es la de perseguir civilmente a quien con su actuación vulnera alguno de los derechos del autor. Sin embargo, no basta dicha tutela para realizar el valor justicia. Se requiere además que ella sea efectiva y que el juez en uso de la virtud de prudencia determine lo justo para el caso concreto. En nuestro ordenamiento eso significará buscar en la normativa vigente, aun recurriendo a la analogía o los principios generales del derecho, la solución del caso planteado. En este trabajo se analiza la cuestión referida a los programas

---

\* El presente trabajo es un extracto con modificaciones de la tesina de la carrera de Especialización en Derecho de los Negocios, de la Universidad Nacional de Córdoba, aprobada con la calificación diez sobresaliente.

\*\* Abogada, graduada con Medalla de Oro en la Universidad Católica de Cuyo Sede San Luis y profesora en Ciencias Jurídicas. Especializada en Derecho de los Negocios de la Universidad Nacional de Córdoba. Es árbitro en temas de tecnología de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y LATAM Legal Counsel de la Bussines Software Alliance, con sede en Washington.

de computación, buscando en el derecho vigente, con especial referencia al derecho argentino, algunas soluciones a los problemas que se derivan del ejercicio de la acción de reparación civil.

**PALABRAS CLAVE.** *Copyright. Software. Usuario. Autor. Licencia de uso. Copia. Piratería. Daños. Acción civil. Fair use.*

**ABSTRACT.** As a right recognized in almost all national Constitutions and International Human Rights treaties, *copyright* is closely linked to the personality of the author, who as the right holder has certain legal privileges. One of these and consequence of *non laedere alterum* principle, is the right to claim damages against anyone whose behavior violates the author's intellectual property. However to solve the case and to serve justice, the judge should be prudent and take into account every single details which made the case unique. In our legal systems that means search for the solution in the current regulations even traveling to the analogy or the general principles of law. Some of the problems arising from civil action exercises resulting from the violation of *software copyrights* are explained in this paper with special reference to the Argentinian law as well comparative law and foreign case law.

**KEYWORDS.** *Copyright. Software. End user. Author. End User License Agreement. Copy. Piracy. Damages. Civil action. Fair use.*

## 1.

### INTRODUCCIÓN

Y delante del bloque pétreo, inconcebiblemente joven y desvalido, yo, el oscuro y pequeño poeta. Y Dios que habla con la voz impasible de las estrellas y me dice: Es con piedra que tienes que trabajar, con ese basalto informe que tienes que elaborar tu obra, que construir las criaturas de tu corazón y las formas de tu alma.

Antonio Esteban Agüero

Entre muchas otras cosas, la creatividad le permite al ser humano transformar la piedra en una pieza artística, la hoja en blanco en palabras y colores, el silencio en música y un conjunto de números cargados en una computadora en instrucciones concretas. Todas estas obras, de las que se nutre nuestra cultura, suponen un esfuerzo y una dedicación que ha sido tenida en cuenta por el Estado al reconocer los derechos de propiedad intelectual, en sus dos formas, *propiedad industrial* y *derechos de autor*.

De la importancia que reviste proteger estas expresiones intelectuales se dejó por primera vez constancia en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1883, y en el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886, de cuya administración se ocupa la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

En el reconocimiento de estas prerrogativas jurídicas, consideradas un derecho humano, subyacen dos ideas principales. La primera, propia de nuestro sistema, se apoya en la íntima vinculación entre el autor o inventor y su obra. La segunda, común a nuestro sistema y al del *common law*, procura el progreso científico y tecnológico de un país mediante la concesión de derechos exclusivos a los autores e inventores, quienes de ese modo tendrán un incentivo mayor para la creación.

Ahora bien, dado que el autor o inventor no ha creado *ex nihilo*, sino apoyándose en su entorno social y cultural, es que estos derechos son limitados temporal y funcionalmente, con el objeto de asegurar los derechos de la sociedad a acceder a ellos. Es el derecho de autor

un sistema de pesos y contrapesos que, según la postura ideológica a la que se adscriba, se inclinará en uno u otro sentido.

Si bien hoy en día y con más fuerza que nunca se alzan voces que cuestionan los monopolios de explotación que generan los derechos de propiedad, también nunca como hoy se ha comprendido el valor que ellos tienen para la generación de riqueza económica, pero, por sobre todas las cosas, cultural.

El problema de la violación de los derechos de autor no es un asunto sectorial, que solo afecte a autores e inventores, sino que proyecta sus consecuencias a toda la sociedad.

La infracción generalizada y sistemática de derechos de autor es signo de una realidad mucho más grave, ya que evidencia un desprecio generalizado por el cumplimiento de las normas. Así, la despreocupación por la observancia de la ley y la no consideración de los derechos del otro son el sustrato común de la mayoría de las conductas infractoras de la propiedad intelectual.

Además, lejos de generar solo daños individuales, estas conductas tienen impacto negativos en el desarrollo económico, social y cultural de las naciones. La copia ilegal y la falsificación producen la pérdida de ingresos derivados de impuestos, el descenso de los puestos de trabajo debido a la ausencia de un mercado legítimo y la paralización de las industrias locales, que no pueden resistir la competencia con productos apócrifos o copiados con costo cero.

En el ámbito de los programas de computación, la tasa de piratería de *software* de Latinoamérica es la segunda más alta del orbe, con un 61 %. Ello arrojó el último año pérdidas por USD 7,4 billones, y se considera que si esta tasa se redujera en diez puntos en los próximos cuatro años, se crearían 3.900 nuevos puestos de trabajo e ingresarían 80 millones de dólares por impuestos.

Reducir estos alarmantes índices es en parte tarea del derecho. Un sistema legal efectivo de protección de la propiedad intelectual brinda el ambiente necesario para fomentar las inversiones y sirve de estímulo para la actividad local.

Por otro lado, los sistemas jurídicos actuales, aun los más efectivos, son puestos a prueba por los avances tecnológicos y se exige de ellos que, sin coartar las libertades de los usuarios de internet, respeten los derechos de los creadores, desalentando el uso indebido de contenidos creativos mediante normas específicas, que también contemplen la compensación a sus autores.

Es precisamente en este último tema, el de la reparación de los daños, en el que centraremos el presente trabajo. Indagaremos en la legislación vigente en Argentina y en el

derecho comparado, sobre los mecanismos de reparación civil ante hipótesis de violación a los derechos de los autores o titulares de obras de programas de computación. Para ello utilizaremos un método inductivo, en el que partiremos siempre de lo particular —el programa de computación— para elevarnos, si es pertinente, a lo general —teoría general de los derechos de autor.

En ese plan de trabajo comenzaremos por repasar el régimen jurídico de los programas de computación, los derechos de los titulares y usuarios y las posibles infracciones a los derechos del autor o titular. Por último, nos referiremos a los sistemas de reparación civil y analizaremos las normas aplicables en Argentina y la suficiencia de estas para la protección del derecho que nos ocupa, lo que será concretado en las conclusiones junto con una propuesta superadora.

## 2.

### **EL CAMINO HACIA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN**

La historia de las creaciones humanas y su correlato jurídico, la propiedad intelectual, transcurrió sin mayores sobresaltos prácticamente desde que se concibió la noción de que quien expresara de un modo original alguna idea obtendría el estatus jurídico de autor y con ello las prerrogativas morales y patrimoniales derivadas de tal calidad.

La tecnología insufló un dinamismo impensado a este devenir histórico, que en poco menos de un siglo vio nacer la radio, la televisión, los fonogramas y finalmente las computadoras y todos los desarrollos que estas últimas dispararon, los cuales pusieron a disposición de la humanidad herramientas antes impensadas, salvo por algunas mentes febriles como la de Julio Verne. Este disparo también se hizo sentir, como cualquier conducta humana intersubjetiva, en el ámbito del derecho, y es que de la mano de las computadoras apareció una nueva manifestación de las obras intelectuales: los programas de computación.

Y así se plantearon algunos desafíos para su encuadre jurídico ya que, a diferencia de otras obras protegidas por derecho de autor, en innumerables oportunidades tenían aplicación industrial y casi siempre carecían de finalidad artística, pero a pesar de ello satisfacían los requisitos de creatividad y originalidad.

Durante los años setenta y la primera mitad de los ochenta se sucedieron numerosas discusiones en foros internacionales acerca de cuál debía ser la naturaleza jurídica de la

protección del *software*. Allí se debatía entre incluir al *software* en el régimen de patentes o en el de derechos de autor, y existía también una postura que proponía otorgar una protección específicamente diseñada para la novedad que conmovía al mundo y distinta de las categorías de la propiedad intelectual ya conocidas.

En febrero de 1985 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se pronunció a favor del sistema de derechos de autor, lo que ya había sido receptado por numerosos países en sus normas locales, señalando el camino que transitó luego la mayoría de la legislación.

Desde entonces, los programas de computación se encuentran protegidos como obras literarias en el artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en coincidencia con el apartado 1 del artículo 10 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, denominado comúnmente *Tratado de Internet* por referirse a la vigencia de los derechos de autor en el entorno digital.

Esta decisión se basó en que el programa de computación era otra clase de obra literaria y como tal podía encuadrarse en el derecho de autor y consecuentemente aplicársele las reglas que durante cientos de años se habían acuñado, aun cuando el *software* estuviera escrito en lenguaje específico, en algunos casos ininteligible para el lector humano. Se entendió que no era otra cosa que una obra literaria escrita en un lenguaje especial y técnico.

Sin embargo, la protección universal bajo el régimen de derechos de autor no debe hacer pensar que es este el único encuadramiento legal posible:

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el *software* está protegido de diversas maneras. Así tenemos los derechos de autor (*copyright*), los secretos comerciales, las patentes, las marcas y alguna que otra protección realizada por contratos de diversa índole.

Pocos programas de computación pueden obtener protección por patentes, lo que se debe principalmente a dos razones:

[...] la primera es que la mayoría de los regímenes institucionales del mundo no lo permiten; la segunda, que el trámite de patentes es engorroso, lento, tedioso y largo. En muchos casos, la utilidad práctica de un producto de *software* es mucho más efímera que el tiempo que tarda el titular de los derechos en adquirir un certificado de patente.

Sin embargo, la discusión sobre la patentabilidad de programas de computación goza hoy de una atención privilegiada en los medios especializados, toda vez que implicaría poder

apropiarse de las “ideas” que subyacen a ellos, ampliando sensiblemente el espectro de derechos exclusivos del creador.

Estos distintos modos de protección son acumulativos y no excluyentes uno de otros, y deben ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar las infracciones que darían origen a la reparación civil.

### 3.

## EL PROGRAMA DE COMPUTACIÓN COMO OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR

Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el programa de computación, también llamado programa de ordenador o *software*, es “un conjunto de instrucciones que controlan el funcionamiento de una computadora a los fines de que pueda realizar una tarea específica, como el almacenamiento y la consulta de información”.

Por su parte, la sección 101 de la Copyright Act de 1976, legislación vigente en materia de *copyright* en Estados Unidos, define al programa de computación como “un conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en una computadora en orden de obtener algún resultado”, según el texto de la enmienda realizada a la Copyright Act en 1980.

En la Argentina el artículo 1 de la ley 11723 no brinda un concepto del programa de computación; simplemente indica que “a los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto”, lo que hace necesario adentrarnos en el estudio de estas dos nociones.

Para traducir el lenguaje humano a un lenguaje comprensible por la computadora, es necesario escribir las instrucciones que se le darán en lenguaje de programación, que las expresa de una manera más precisa, observando estrictas reglas sintácticas y gramaticales que evitan la ambigüedad del lenguaje humano común. Este programa, hecho en lenguaje comprensible por los humanos y que todavía no puede ser leído ni entendido por una computadora, se denomina *programa fuente* o *código fuente*.

Cuando el proceso de desarrollo de *software* se encuentra en su estado de programa fuente, los seres humanos pueden entender lo que se pretende de la máquina, la forma en que se le dan las instrucciones y el resultado buscado. Este programa es el que revela los

conocimientos y la experiencia del programador. Esta es la razón por la que la mayoría de las empresas resguardan celosamente sus programas fuente y el motivo por el cual acceder a ellos sin autorización es normalmente una infracción.

Para que la computadora entienda las órdenes que le damos, es preciso compilar el programa fuente de modo tal que se genere el *programa objeto*, compuesto por una extensa combinación de unos y ceros, carentes de sentido para el ser humano.

Al respecto se ha precisado:

El código fuente está escrito en un lenguaje de alto nivel comprensible por el ser humano pero no por el ordenador, mientras que el código objeto está expresado en un lenguaje que puede ser comprendido por el ordenador pero no por el ser humano, ya que es el resultado de la compilación del código objeto. En el caso de los programas de ordenador, es habitual comercializar solo el código objeto, de manera que el usuario no accede al código fuente del programa sino solamente a la versión del programa capaz de funcionar en el ordenador pero inhábil para ser modificada o adaptada a las necesidades del usuario.

Una definición legal puede encontrarse en el decreto 165/2004:

Se entenderá por obras de *software*, incluidas entre las obras del artículo 1.º de la ley 11.723, a las producciones constituidas por una o varias de las siguientes expresiones:

1. Los diseños, tanto generales como detallados, del flujo lógico de los datos en un sistema de computación;
2. Los programas de computación, tanto en su versión “fuente”, principalmente destinada al lector humano, como en su versión “objeto”, principalmente destinada a ser ejecutada por el computador;
3. La documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de *software*.

A diferencia de la ley 11723, la enumeración que hace el decreto 165/2004 extiende la protección a los diseños generales y detallados del flujo lógico de los datos, elementos que, como veremos, por su cercanía con las ideas normalmente se encuentran excluidos de protección en el derecho de autor.

Consideramos que este decreto ha sido derogado por la ley 25036 en lo que a esta parte respecta, ya que en virtud del artículo 31 de la Constitución Nacional la ley del Congreso de la Nación tiene mayor jerarquía que el decreto del Poder Ejecutivo Nacional, que en este caso contradice, ampliándolo, el texto legal.



## 4.

### **LOS DERECHOS DEL AUTOR O TITULAR DE LA OBRA**

Como paso previo al estudio de la responsabilidad por infracciones al derecho de autor precisaremos cuáles son las prerrogativas que el autor tiene, pues estas sirven como límite de actuación de los terceros. En otras palabras, intentaremos describir la zona de exclusividad del autor, para de ese modo identificar los posibles hechos generadores del daño.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho respecto a los derechos derivados de la creación de la obra:

[Tales derechos] comprenden aspectos materiales o patrimoniales que confieren al autor la facultad de obtener los beneficios económicos de sus obras, y aspectos de carácter extrapatrimonial que configuran los derechos morales de autor originados en la necesidad de proteger la personalidad creativa.

En Argentina las facultades patrimoniales del autor están enumeradas en el artículo 2 de la ley n.º 11723, que indica que el derecho de propiedad de una obra comprende la facultad del autor de, por sí mismo o autorizando a terceros:

- a. disponer de la obra;
- b. publicarla;
- c. ejecutarla, representarla y exponerla en público;
- d. enajenarla;
- e. traducirla o adaptarla;
- f. reproducirla de cualquier forma.

Nuestra ley no contiene un catálogo específico de los derechos del autor para los programas de computación, por lo que algunos de los derechos concedidos en el artículo 2 no resultan aplicables a este tipo de obras, como ocurre con la representación de la obra.

La disposición equivalente en el derecho de autor estadounidense es la de la sección 106, considerada “tal vez la previsión más significativa de [la] Copyright Act, en tanto establece los derechos exclusivos del titular del copyright”. Allí se consigna que, en lo aplicable a los programas de computación, el autor tiene el derecho de, por sí mismo o autorizando a un tercero:

- a. reproducir la obra sujeta a *copyright* en copias;
- b. preparar obras derivadas basadas en las obras sujetas a *copyright*;
- c. distribuir copias de la obra sujeta a *copyright* mediante venta, transferencia de la propiedad, alquiler, leasing o préstamo.

Esta facultad patrimonial exclusiva es lo que hace que cualquier persona que pretenda utilizar una creación protegida deba contar, salvo las excepciones legales, con la autorización del titular de la propiedad intelectual, quien puede en uso de sus atribuciones señalar jurídicamente cuál es el alcance de ese permiso. Solo así el uso de la obra será legal.

Por su parte, la legislación de la Comunidad Europea, según consta en la directiva 91/250/CEE, considera actos reservados al autor o titular de la propiedad intelectual los siguientes:

- a. la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria;
- b. la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa;
- c. cualquier forma de distribución pública, incluido el alquiler.

En el ámbito de los instrumentos internacionales, el artículo 7 del WCT establece que los autores de programas de ordenador gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras, salvo cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler.

Según ordena el artículo 11 del ADPIC, los países miembros pueden, al menos respecto de los programas de computación y de las obras cinematográficas, conferir a los autores y sus derechohabientes el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento de los originales o copias de su obra amparadas por el derecho de autor.

De las distintas legislaciones, ha derivado el principio general de que todo lo que no está expresamente autorizado por el autor al usuario se encuentra prohibido, lo que ante la duda sirve de regla interpretativa para determinar el límite respecto del cual puede un usuario disfrutar de la obra.

La ley nos dice en pocas palabras que, como ocurre con las cosas materiales —y también con otras categorías de bienes—, las obras están protegidas a favor de su titular respecto de todas las demás personas (*erga omnes*). Solo pertenecen a su titular; son derechos exclusivos y excluyentes. Y cuando se prescinde de la voluntad del titular del derecho se entra en el terreno de los actos ilícitos,

a excepción de un *numerus clausus* de casos en que la ley establece excepciones que permiten que la obra sea utilizada sin autorización.

#### **4.1. DERECHOS RECONOCIDOS A LOS USUARIOS**

Existen legislaciones que, además de establecer cuáles son los derechos del autor o titular, determinan cuáles son los derechos de los usuarios de *software*. La zona de exclusividad de la que hablábamos se encuentra definida, entonces, no solo por los derechos expresa o tácitamente reconocidos al autor, sino también por los derechos otorgados a los usuarios por ley.

Un claro ejemplo de ello es la directiva 91/250/CEE, que confiere las siguientes atribuciones a los adquirentes legítimos de los programas:

- a. utilización normal por parte del adquirente legítimo y corrección de errores;
- b. realización de copias de salvaguardia;
- c. observación, estudio o verificación del funcionamiento de un programa.

Para países miembros de la Comunidad Andina, se ha indicado en la decisión andina 351, de 1993, que el usuario puede:

- a. hacer una fijación del programa en la memoria del computador;
- b. hacer una copia de seguridad o de *backup*;
- c. hacer una adaptación del programa para su exclusiva utilización.

En el Perú, al dar los “Lineamientos sobre el uso de los programas de ordenador”, el INDECOPI señala actos permitidos y prohibidos respecto de un programa de computación, perfilando los derechos del usuario y limitando los del autor:

- a. El usuario lícito está facultado para reproducir el programa de ordenador en la memoria interna del computador para su efectiva utilización.
- b. Las computadoras que se venden con el *software* incorporado tienen que ser entregadas con las licencias respectivas, manuales de uso y soportes que contengan el programa incluido en ellas.
- c. El *software* no puede ser utilizado en un número mayor de computadoras que el autorizado en la licencia respectiva.
- d. En el caso de redes se requiere contar con la licencia para todas las máquinas que utilicen el *software*.

- e. Es ilícito alquilar *software* sin la autorización del titular del derecho de autor.
- f. Es lícita la reproducción del *software* encontrado en Internet siempre que el titular del derecho de autor lo autorice expresamente.
- g. Es lícito utilizar *software* traído del extranjero con la licencia correspondiente, pero no puede ser comercializado sin la autorización del titular del derecho de autor.

La autorización para utilizar el *software* en un territorio determinado y no en otro es una de las prerrogativas del autor que, por la norma en comentario, es desconocida, ampliando las libertades del usuario.

## 4.2. SITUACIÓN EN LA ARGENTINA

La ley 11723 no concede expresamente derechos a los usuarios, salvo en lo que a copia de salvaguardia se refiere, por lo que la exclusividad de los derechos del autor se encuentra elevada a su máxima expresión y las partes deberán guiarse por los términos de la licencia de uso y, en ausencia de ella, por el principio general de que, salvo las facultades expresamente concedidas al usuario, el resto se reservan al autor.

La jurisprudencia ha receptado esta postura al sostener:

No existiendo convenio sobre utilización del *software* y mientras la legislación no contemple una excepción expresa, su uso está circunscripto a la ejecución en una única unidad central del proceso por vez. Por lo que se está ante la reproducción ilegítima de una obra intelectual (art. 72, inc. a, ley 11.723) si se comprueba que la empresa obtuvo una cantidad determinada de *software*, cuando necesitaba un número mayor, por lo que habría copiado programas sin autorización, con el consiguiente menoscabo económico de quienes patentaron su obra intelectual y la comercializan [...].

En ausencia de estipulación contractual, y mientras la legislación no contemple una excepción expresa, debe colegirse que el uso del *software* está circunscripto al que por su naturaleza se presta la obra; dicho de otro modo, a su ejecución en una única unidad central de proceso por vez.

Como se mencionó, la única excepción la constituye la copia de salvaguardia, que abrevia su génesis en la posibilidad tecnológica de que el soporte de almacenamiento de la obra se dañe y el usuario no pueda acceder nuevamente a ella, a pesar de ser un adquirente legítimo.

Sobre este derecho, reconocido también en otras legislaciones, se ha dicho:

[...] solamente se permite una copia y que su objetivo no puede ser otro que de salvaguarda, la excepción de copia de salvaguardia se limita a garantizar que la utilización normal del programa

no se vea interrumpida en caso de pérdida o defecto del original. Debe ser realmente necesaria para la utilización del programa de ordenador. Cuando deje de existir el derecho de utilizar un programa de ordenador, o si este derecho no ha existido nunca, esta excepción no es aplicable. La realización de copias de salvaguardia para un uso no autorizado no esta permitida, sino que constituye un acto de piratería de programas informáticos.

### 4.3. LAS LICENCIAS DE USO

De origen contractual, las licencias de uso definen el alcance de los derechos de los usuarios y resultan una expresión del carácter exclusivo que el autor tiene sobre la obra y que conserva a pesar de conceder algunas prerrogativas al usuario. No son más que el convenio por el cual el autor confiere autorización para la utilización de la obra bajo las condiciones que impone.

Los dos grandes modelos de licenciamiento actuales son el de *software libre* y el de *software propietario*. Si bien con una concepción muy distinta sobre el valor y la regulación de la propiedad intelectual, consideramos que uno y otro se apoyan en el sistema de derecho de autor, en tanto solo quien es titular de una obra puede conceder o renunciar a algunas de sus facultades (*copyleft*).

Básicamente, en el *software libre* el usuario es equiparado al autor, pues tiene la libertad de usar, distribuir copias, estudiar cómo funciona el programa y adaptarlo a sus necesidades y mejorar el programa, y puede hacer públicas dichas modificaciones. Para el ejercicio de estas dos últimas libertades es requisito que el código fuente sea accesible por el usuario, lo que obliga además a que la transferencia de esta nueva obra se haga respetando las libertades esenciales antes enunciadas, en lo que se denomina *viralidad* de la licencia.

El tipo de licencia que estudiaremos y sobre el cual desarrollaremos nuestro trabajo y conclusiones es el correspondiente al *software propietario*, al que mediante un análisis de las licencias vigentes en el mercado pueden asignársele los siguientes alcances:

- a. El titular se reserva todos los derechos que no se conceden expresamente.
- b. Autoriza solo el uso del programa, vedando todo otro acto.
- c. Los usos de los programas deben circunscribirse a los autorizados expresamente en el contrato de licencia de uso.
- d. La licencia debe encontrarse vigente al momento de la utilización de los programas.
- e. En el ejemplar licenciado solo se incluye el código objeto, mientras que el código fuente permanece en secreto, lo que impide lícitamente realizar modificaciones y adaptaciones al *software*.

- f. El *software* se otorga como un elemento único; sus componentes no pueden instalarse por separado.
- g. Conceden derecho de *back up*.
- h. Es solo después de la aceptación que el usuario adquiere los derechos para la instalación y el uso del programa licenciado.
- i. La licencia no es una venta y no otorga ningún derecho distinto de los concedidos expresamente, por lo que la propiedad o titularidad del *software* permanece en cabeza del autor o titular.
- j. Las condiciones de la licencia se extienden a las actualizaciones, suplementos, componentes suplementarios, ampliaciones, salvo que al lanzar esas versiones se establezca lo contrario.
- k. Puede otorgar derecho a las actualizaciones, según cada esquema comercial.

La descripción que hemos hecho al reseñar los derechos del autor y los derechos de los usuarios sirve para definir la zona de exclusividad que resulta el límite jurídico de las prerrogativas de unos y de otros. Cualquiera que traspase ese límite ha violentado el deber general de no dañar (*neminem laedere*) y deberá, según las reglas generales de la responsabilidad civil, dar cuenta de sus actos reparando el daño causado.

A la tarea de identificar las infracciones más comunes al derecho de autor de programas de computación y la responsabilidad por ellas nos abocaremos a continuación.

## 5.

### LA REPARACIÓN CIVIL DE LOS DAÑOS EN MATERIA AUTORAL

“Un derecho sin protección no es un derecho del todo.” Esta máxima es rescatada por Kamil IDRIS al reflexionar sobre la vigencia de los derechos de propiedad intelectual en el mundo entero. Reflexión que parte de un principio para él evidente, que es el de que las leyes no son cumplidas por todos y que existen personas que no son respetuosas de los derechos ajenos. Entonces, como la ley debe ser cumplida y los derechos respetados, aparece el derecho con su poder coercitivo, pero también con su función pedagógica y modeladora de las conductas. Señala IDRIS que todo el esfuerzo internacional realizado para reconocer a autores e inventores sus derechos y para asegurar a las sociedades el acceso al conocimiento

es aniquilado por la falta de *enforcement*, entendiéndolo por ello el efectivo cumplimiento y ejecución de las normas.

La tendencia centrífuga a la universalidad de la obra sumada a su inmaterialidad hacen al *software* potencial y masivamente apropiable no solo para su utilización sino también para su transformación, lo que conlleva mayores posibilidades de sufrir un perjuicio injusto que en otras áreas del derecho.

Ante estas particularidades, y dado que no es posible un reaseguro físico de las obras, como en el caso de la propiedad sobre las cosas, la protección jurídica que pueda dárseles cobra una importancia excepcional. Son estas las características que exacerban la finalidad tuitiva del derecho de autor, en su acepción de derecho objetivo, y hacen que un sistema de reparaciones eficaz sea una parte vital de él.

Trataremos a continuación de estudiar cómo se resuelve en el derecho comparado la reparación de los daños en materia autoral, para luego centrarnos en cómo lo hace el ordenamiento jurídico argentino. A tal efecto, identificaremos en primer lugar las normas aplicables, para luego conceptualizar el daño, identificar algunos de los hechos dañosos más frecuentes y adentrarnos en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil y sus presupuestos, tratando por último lo relativo a la cesación del daño.

## 5.1. SISTEMAS DE REPARACIÓN

Para los países miembros de la Organización Mundial del Comercio, el artículo 45.1 del ADPIC establece la obligación de brindar a los autores un marco legal que asegure una “compensación adecuada” de los daños sufridos por el autor, como consecuencia de la actividad de un infractor que conoce la ilicitud de su conducta o tiene motivos razonables para conocerla.

Según esa directiva y dependiendo de la tradición jurídica de cada uno, los Estados brindan sistemas de reparación de los daños que pueden ser específicos para la materia o enmarcarse en el derecho privado en general.

Al respecto, Delia LIPSZYC señala:

[...] en algunos países, como Estados Unidos, República Dominicana, España, Alemania y Finlandia, el derecho a exigir la indemnización de los daños materiales y morales derivados de una actividad ilícita en infracción a los derechos de autor y conexos se encuentra previsto en las leyes sobre derechos intelectuales que establecen pautas específicas al respecto, mientras que en otros, como Hungría, dichas leyes remiten expresamente al derecho común y finalmente, como ocurre en la Argentina, hay sistemas con carencia de normas que resuelvan directa o indirectamente el problema del daño, por lo que también, en principio, se considera que debe aplicarse el derecho común.

Las conclusiones reseñadas sobre nuestro país se ligan a la norma del artículo 12 de la ley 11723, que dispone: “La propiedad intelectual se registrará por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley”. Por ello, ante cualquier cuestión no resuelta específicamente en la ley de la materia se nos remite al derecho común, en el cual, entre otras cuestiones, deberemos buscar las pautas legales para la reparación de los daños causados.

La directiva del artículo 12 nos obliga a encontrar en el derecho civil las soluciones vinculadas a la reparación de los daños y contiene además una instrucción concreta de tener en cuenta “la naturaleza de las cosas y los principios generales de la materia”, brindando así al juez una pauta de interpretación de las leyes civiles que resulten aplicables, por la remisión que la misma norma realiza.

Cuando el juzgador se encuentre ante la tarea inexcusable de decir el derecho en el caso concreto, deberá recurrir a las normas del derecho común pero aplicándolas de modo tal que respeten la naturaleza de la obra intelectual y los principios generales del derecho de autor, que han sido consagrados en la propia ley 11723 y en la jurisprudencia.

Se aplicará a la materia autoral el derecho que rige el resarcimiento del daño en la responsabilidad civil:

En principio, a la materia autoral se le aplican, por expresa remisión del art. 12 de la ley 11.723, las normas y la doctrina que rigen el resarcimiento del daño en la responsabilidad civil. Esta conclusión es válida en cuanto también se consideren y apliquen, interdisciplinariamente, los principios y la temática propia del derecho autoral.

Como ya se ha dicho “la propiedad intelectual ofrece características que la diferencian de la común”, por lo que el reenvío al derecho civil coloca al operador jurídico ante la ardua tarea de encuadrar la reparación, basándose en normas que pueden no contemplar las particularidades de la obra intelectual y menos aún de los programas de computación.

Esta idea ha sido claramente sintetizada por CIFUENTES:

La falta de reglas claras y aplicables al preciso encuadre de las figuras jurídicas sobre los hechos ilícitos que se cometen en su violación coloca a los estudiosos, a sus defensores y juzgadores en verdaderas encrucijadas en las que, cuando no hay de parte de ellos —y no es raro ni excepcional que así ocurra— verdadero conocimiento de la sutil proyección de los especiales aspectos que están en juego, al hacerse tabla rasa de tales singularidades, se comete el muy frecuente desliz de tratar lo



diferente como si fuera lo igual, lo diverso como si fuera lo común y corriente. Cuando el derecho objetivo y sus aplicaciones no distinguen lo diferente, se distancia del concepto de lo justo. De donde aparecen las soluciones que muy poco solucionan al equiparar cualquier daño material o moral de un hecho ilícito general, con el específico de la violación a los derechos de autor.

## 6.

### EL DAÑO EN EL DERECHO DE AUTOR

La cláusula contenida en el artículo 17 de la Constitución Nacional —inspirada en el artículo 1, sección 8, de la Constitución de los Estados Unidos de América— procura enriquecer el caudal de cultura y de información disponible en una sociedad, otorgando para ello un incentivo consistente en el derecho de exclusividad sobre la obra a quienes alimentan ese caudal con su esfuerzo.

Su antecedente inmediato es el Estatuto de Ana, que concedió a los autores un derecho exclusivo de publicación que duraba veintiún o catorce años, según la obra ya estuviera publicada o fuera a publicarse con posterioridad a la promulgación del Estatuto. Esta norma, madre de todas las dictadas en las colonias británicas y de la ya mencionada cláusula de la Constitución de Estados Unidos, entrelazó para siempre la noción de que el progreso cultural se incentivaba concediendo derechos exclusivos sobre las creaciones a sus autores. El *progreso de las ciencias y las artes útiles* se conseguiría concediendo a *cada autor o inventor el derecho exclusivo sobre su obra o invento por el tiempo que las leyes acordaran*.

Estas facultades reconocidas al autor forman una zona de exclusividad, cuya incolumidad depende de la no injerencia de terceros no autorizados. En esta zona de señorío del autor sobre la obra solo podrá entrar aquel a quien el autor o la ley habiliten y, tratándose de un derecho exclusivo, toda intromisión no autorizada generará un daño.

Concebiremos al daño en el derecho de autor como el *menoscabo en los derechos del autor o titular sufrido por el ejercicio de sus facultades exclusivas por un tercero no autorizado por el propio autor o titular o por la ley*, en consonancia con el artículo 1068 del Código Civil, que señala que “habrá daño siempre que se acusare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. Podríamos decir entonces que el daño en el derecho de autor implica un “perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria [...] por el mal hecho [...] a sus derechos o facultades”.

Quien se irroge alguno o todos los derechos del autor genera un daño que deberá ser reparado, no solo porque transgrede normas o principios generales del derecho de autor, sino y principalmente porque se trata daños injustos que “una valoración axiológica rechaza que sean soportados por la víctima sin compensación”.

Repugna a la esencia de derecho de autor que quien ha dado origen a una obra que nutrirá los bienes culturales de una sociedad dada deba tolerar que sus derechos exclusivos y limitados en el tiempo por motivos sociales puedan ser ejercidos por quienes no tienen derecho alguno para ello, y obtengan además una ventaja, sea económica o de disfrute personal, a costa del damnificado.

Con acierto, en materia de derechos de autor ya se ha elevado a principio general aquello de que el daño surge de la sola transgresión a la norma legal o contractual. En el hecho dañoso se encuentra el daño mismo, in *re ipsa locuitur*.

El derecho del autor a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce a aquel para vender y distribuir la obra.

El razonamiento que informa este principio general es que, siendo por esencia el autor el único autorizado a ejercer las prerrogativas, cualquiera que se irroge sin autorización esas prerrogativas causa un daño. Ingresar de modo indebido en la zona de derechos exclusivos del autor y ese hecho en sí es dañoso. A ello debe sumarse que no existe norma en nuestro derecho que autorice a aprovecharse sin autorización del trabajo intelectual ajeno y enriquecerse sin causa.

## 7.

---

### CONDUCTAS ILÍCITAS GENERADORAS DE DAÑOS

La ilicitud o antijuridicidad de un hecho de una persona reside en la contradicción entre este y el derecho objetivo considerado en su totalidad, esto es, no con relación a determinada norma sino al ordenamiento jurídico como tal, comprensivo de normas generales, normas particulares, valores y principios jurídicos, por lo que basta en definitiva que se viole el principio general de no dañar a otro.

Al respecto se ha precisado: “El acto ilícito consiste en una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de

imputación o atribución legal del perjuicio”. Se incluye en la definición apuntada la directiva del artículo 1109 del Código Civil, relativa a la obligación de indemnizar a la víctima por las consecuencias atribuibles jurídicamente al autor del hecho.

Cuando esta contradicción entre las conductas esperables y realizadas se relaciona con una norma general o particular de derecho de autor, porque alguien se ha irrogado algunas de las prerrogativas jurídicas que la ley asigna al autor o titular de la propiedad intelectual, nos encontramos ante un ilícito autorial.

Determinadas las facultades del autor o titular de un programa de computación y del usuario, como así también los alcances habituales de las licencias de uso, identificaremos, con apoyo en la jurisprudencia, hechos antijurídicos en relación con los programas de computación, sin pretender agotar dicha enumeración puesto que una de las características de la antijuridicidad es su atipicidad.

La zona de exclusividad que hemos trazado más arriba servirá como elemento de demarcación entre las conductas prohibidas y permitidas.

## **7.1. LA REPRODUCCIÓN O COPIA INDEBIDA**

El autor o titular de una obra es quien tiene, en los términos del artículo 2 de la ley 11723, la facultad exclusiva de reproducir o autorizar la reproducción de la obra, lo que incluye la de hacer o autorizar la realización de copias: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de [...] reproducirla en cualquier forma”, y es ese el derecho que se encuentra vulnerado cuando alguien reproduce sin licencia del autor un programa de computación.

Cada vez que el autor pone una obra en el comercio, existe la posibilidad de que esta sea copiada sin su autorización. Evitar estas prácticas que desalentaban la creatividad fue precisamente el objetivo del ya citado Estatuto de Ana.

A diferencia de lo que ocurre hoy, en esa época existían dos fronteras que de algún modo complicaban la actividad de quienes copiaban las obras: una primera de índole material, que implicaba disponer de una imprenta para hacer los ejemplares, y otra de tipo territorial, que tenía que ver con el grado de desarrollo de las comunicaciones en ese momento y que impedía que una obra copiada cruzara las fronteras rápidamente.

La digitalización de las obras derribó la primera frontera, pues ya no se requiere siquiera un esfuerzo económico importante para obtener una copia; basta una computadora personal, un teléfono celular o cualquier dispositivo de almacenamiento para hacerla.

La segunda frontera fue destruida por Internet, a la que actualmente tienen acceso 2.200 millones de personas. La tecnología, que paradójicamente está alojada en los derechos de autor, ha aumentado de manera exponencial la vulnerabilidad de las obras intelectuales.

La copia sin autorización, por lo general denominada *piratería*, es quizás la más común de las violaciones al derecho de autor, cualquiera sea la naturaleza de la obra reproducida.

El término *piratería* es comúnmente empleado en inglés para designar los delitos que afectan a la propiedad intelectual, como surge de las segundas acepciones que a continuación se transcriben: “*Piratería*, sustantivo 1. la práctica de atacar y robar naves en el mar. | 2. el uso no autorizado de la obra de otro”, y “1. El delito de atacar naves en el mar en orden a robarlas. | 2. El acto de hacer copias ilegales de videos, programas de computación, libros para su venta: *piratería de software*”.

Su origen histórico parece remontarse a *The True-Born Englishman*, de Daniel Defoe, publicado en 1701, un *bestseller* de la época, del cual se hicieron 80 mil copias ilegales. En el prefacio de la última edición, el autor escribió en forma satírica: “Debería estar preocupado porque ha sido impreso una y otra vez por piratas, como ellos se llaman...”.

La palabra *piratería* tiene dos acepciones en el ámbito de los derechos de autor. La primera alude a cualquier violación a los derechos exclusivos que las leyes reconocen a los autores o titulares de la propiedad intelectual, y parece coincidir con la descripción típica del artículo 71: “Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley”.

La segunda, más acotada, hace referencia a la violación de estas facultades mediante la realización de copias sin autorización del autor, y se adscribe a las siguientes figuras típicas del artículo 72 en sus incisos *a* y *d*, respectivamente: “El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes”, y “El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados”.

En el artículo 72 *bis* encontramos previsiones similares pero referidas a fonogramas.

En la ley 11723 no existe ninguna mención del vocablo *piratería*, por lo que utilizaremos, por rigor metodológico, los términos *reproducción o copia indebida*. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia frecuentemente utilizan la primera palabra para referirse a la copia ilegal de obras intelectuales, como en estos antecedentes:

Los perjuicios ocasionados a los autores con la copia doméstica, resultan tan gravosas como los ocasionados por la piratería, pues si bien la primera obedece a una acción individual, la reiteración constante trasunta una seria reducción del mercado con la consabida pérdida de beneficios.

Los problemas que trae la piratería del *software* son quizás los más destacables, por el volumen al que ascienden los daños sufridos por los titulares de los derechos sobre el *soft* y la dificultad de la prueba de la extensión del daño.

Nuestra ley de la materia no contiene una definición de *copias*, la que puede sin embargo encontrarse en el derecho estadounidense, que las define como:

[...] objetos materiales, distintos de los fonogramas, en los cuales una obra puede ser fijada por cualquier método conocido o a conocerse en el futuro y desde el cual una obra puede ser percibida, reproducida o de cualquier modo comunicada, sea directamente o con el auxilio de una máquina o aparato.

La noción de copia transcrita ha ido ampliando su alcance para adaptarse a las nuevas tecnologías, y así la reproducción de la obra en un disco duro, una memoria portátil o en un sitio web genera una copia que eventualmente puede constituir una infracción, postura que se coronó en 1996 con el WCT, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de aquel año, por cuanto equipara los derechos que los autores tienen en el entorno físico y en el entorno digital en los siguientes términos:

El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna.

Lo expuesto significa que el almacenamiento digital, provisional o permanente se incluye en el concepto de copia.

La copia de programas de computación se encarna en diversas acciones tales como realización de copias adicionales de un programa en un soporte físico o lógico, copia de disco duro a disco duro, carga en el disco duro de equipos puestos a la venta con *software* ilegal, *download* de *software* disponible en Internet sin autorización del autor o titular de la propiedad intelectual y falsificación.

La ilicitud de estas conductas se reflejó ya en la primera jurisprudencia sobre el tema, tanto para casos en que existía una reproducción a escala de las obras como para aquellos en que la reproducción se limitaba al ámbito hogareño:

La reproducción no autorizada de un único ejemplar es tan ilícita como la practicada en múltiples ejemplares, autorizándose únicamente la anotación manual en oportunidad de una comunicación pública de la obra, y no la multiplicación de ejemplares por medios mecánicos.

Si bien son muchas las personas que, para evitar la compra más onerosa de un programa original, recurren a la copia “casera” de la información contenida en un diskette, vale decir el *software*, ello no impide entender *per se* dicha actividad como no delictiva.

A los efectos de la tipificación penal se exige el dolo, requisito subjetivo que desaparece cuando nos encontramos en el ámbito de la reparación civil, por lo que podemos afirmar que en el derecho argentino cualquier copia o reproducción que no cuente con la debida licencia de uso implica una infracción a los derechos de autor. La conclusión se basa además en el texto del artículo 71, que dispone genéricamente la responsabilidad por cualquier defraudación, conclusión que se apoya en este fallo:

Con ajuste a lo dispuesto por los arts. 71 y 72 inc. c) ley 11723, el dolo es requisito indispensable para la tipificación del delito penal de defraudación, pero no ocurre lo mismo respecto de la procedencia de la acción civil.

Uno de los indicios que tiene en cuenta la justicia al resolver en supuestos de copia es la repetición de los números de serie de los productos o las claves adulteradas. Así, en un caso en el que se discutía la responsabilidad penal del titular de un ciber por tener reproducciones de sistemas operativos y juegos en treinta PC, el juez estimó que la repetición del ID de producto era un indicativo de la copia, aun cuando tuviera en su poder un CD original, el que finalmente no se tomó en cuenta porque había sido adquirido en violación a las disposiciones del fabricante sobre productos OEM, ya que estos productos pueden solo ser vendidos preinstalados en equipos nuevos, cosa que no había ocurrido.

Idénticamente, esta vez en sede civil y en una causa por reproducción indebida, el juez consideró un fuerte indicio de la copia el hecho de que “algunas computadoras tenían instalado *software* de la actora con número de Licencia ‘1111111111’ [...] en el que se adulteró el verdadero número de Licencia”.

Resumendo, diremos que la reproducción indebida en el ámbito civil tiene los siguientes rasgos:

- a. Supone generar una copia física o digital de la obra.
- b. La copia puede ser permanente o temporal.
- c. No interesa la finalidad de la copia; puede ser doméstica o a escala.
- d. No se requiere ánimo de lucro en quien copia.
- e. No se requiere dolo.
- f. La repetición o adulteración de códigos y claves es un indicio de la copia indebida.

Como cualquier otro derecho, en tanto ninguno es absoluto, el derecho de autor está sujeto a limitaciones, cuyo fin práctico es garantizar la circulación de los bienes culturales y el derecho de los ciudadanos a acceder a ellos, mediante excepciones que permiten utilizar una obra sin autorización expresa y normalmente sin el pago de una remuneración. Veremos a continuación cómo operan estas restricciones en el derecho argentino a los efectos de precisar en qué casos la copia está permitida y por ende la ilicitud de la conducta excluida.

## 7.2. LA COPIA DE SALVAGUARDIA

Quien ha adquirido una autorización del titular de la propiedad intelectual para utilizar un programa de computación puede reproducir “una única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo”, en virtud del artículo 9 de la ley 11723, texto según reforma de la ley 25036. Esto consagra una limitación a los derechos del titular, limitación que no cede aun en caso de que este lo haya prohibido expresamente.

Esta cláusula, pensada para las épocas en que el *software* se ejecutaba directamente de numerosos disquetes, cuya fragilidad era un padecimiento cotidiano y cuya vida útil era escasa, limita los derechos del autor en tanto es a él a quien le cabe la facultad de autorizar la ejecución de la obra. La *ratio legis*, común a todas las legislaciones, es que el usuario original tenga el permiso para reinstalar la obra, aun cuando el soporte físico primigenio se haya deteriorado por cualquier acontecimiento.

En el ámbito de la Unión Europea las pautas dadas por la Comisión al analizar el grado de adaptación de la directiva 91/250 permiten ahondar en el fundamento de la norma argentina:

La excepción de copia de salvaguardia se limita a garantizar que la utilización normal del programa no se vea ininterrumpida en caso de pérdida o defecto del original. Debe ser realmente necesaria para la utilización del programa de ordenador. Cuando deje de existir el derecho de utilizar un programa de ordenador, o si este derecho no ha existido nunca, esta excepción no es aplicable. La realización de copias para un uso no autorizado no está permitida sino que constituye un acto de piratería de programas informáticos.

Ante esta última situación y para distinguir si se trata de “copias indebidas” o de “copias de salvaguardia”, siguiendo los parámetros del artículo 9, el juzgador deberá realizar un examen que implica verificar:

- a. que quien realiza la copia sea un usuario original ya que quien no reviste esta calidad no posee este derecho;

- b. que se haya realizado una *única copia*;
- c. que la copia se encuentre identificada con fecha y nombre de la persona que la realizó;
- d. que su finalidad sea el reemplazo del original cuando este deviene inútil.

Solo posee esta facultad el usuario legítimo del programa de computación y exclusivamente ante el hecho de que la copia provista por el titular del derecho de autor se haya dañado de tal modo que se pierde o inutiliza, lo que implica que en ningún caso pueden ejecutarse simultáneamente ambas copias, hipótesis que puede ser corroborada por un perito en la especialidad mediante la verificación del ID de producto.

En el caso *Anselmi*, en el que se discutía la reproducción ilícita de *software* por carecer el usuario de las licencias correspondientes, el juez realizó este examen y al respecto indicó:

La defensa no acreditó debidamente que [...] se tratara de las copias de salvaguardia de los programas originales (*back up*). No se presentó las debidas identificaciones con indicación del Licenciado que realiza las copias de salvaguardia y la fecha de la misma (artículo 9 de la ley 11.723).

Excluida esta causal de justificación y no acercadas licencias que avalaran la instalación, el juez concluyó que las copias eran ilegales.

Un problema que nuestra legislación no resuelve es el de los *backups* generales, aconsejables por las mejores prácticas de seguridad informática, por medio de las cuales se realizan imágenes de los discos con el objeto de poder restaurar, en caso de pérdida de la información, el estado anterior a la fecha de este procedimiento. En esa imagen habrá reproducciones completas de los programas de computación que esa computadora tiene instalados. Muchas veces se realiza un *back up* diario, por lo que al cabo de un año un usuario original podría tener muchísimas reproducciones de la obra.

Ante esta situación, deberá el juez realizar una interpretación finalista de la norma, verificar cuál ha sido la intención del usuario y comprobar que dicho programa no se encuentra en uso en dos dispositivos al mismo tiempo, pero sin duda que la referencia legal a una “única copia” será un escollo a superar.

### **7.3. LIBRE UTILIZACIÓN CON FINES DE REPRODUCCIÓN (FAIR USE)**

La libre utilización con fines de reproducción se encuentra contemplada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna y en el artículo 13 del ADPIC. Estos autorizan a los países



a establecer excepciones al derecho exclusivo del autor en determinados casos especiales, siempre que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los derechos del autor. Por ello:

En un gran número de leyes se estipula la facultad de que gozan las personas a título particular para reproducir una obra exclusivamente para su utilización personal, privada y no comercial. Ahora bien, dada la facilidad para copiar y la calidad de los ejemplares obtenidos gracias a los progresos tecnológicos, en algunos países se ha limitado el alcance de esas disposiciones, en particular, por conducto de sistemas que permiten la copia hasta cierto punto pero cuentan con un mecanismo de pago a los titulares de derechos de los perjuicios de que sean objeto sus intereses económicos debido a los actos de copia.

Algunas legislaciones nacionales europeas admiten el derecho de copia privada, pero esta excepción no resulta aplicable a los programas de computación en virtud del artículo 5.1 de la Directiva.

En Estados Unidos la doctrina del *fair use* o uso leal es consecuencia de un desarrollo jurisprudencial que comenzó a mediados del siglo XIX, por el que se preservó, en ciertas circunstancias, el derecho de reproducir una obra, que de otro modo hubiese sido considerado infracción al *copyright*.

Con el objeto de cumplir el mandato constitucional de promover el progreso de las ciencias, la doctrina del *fair use* entiende que una aplicación literal del derecho de reproducción atentaría contra la circulación y el acceso a los bienes culturales, y que en pos de ello ciertas copias deben ser toleradas, en tanto y en cuanto no signifiquen un perjuicio económico para el autor.

La doctrina del uso leal implica:

[...] el poder de utilizar obras sin obtener autorización del titular de los derechos, partiendo de factores como la naturaleza y la finalidad de la utilización, en particular, si la misma tiene fines comerciales; la cantidad de la parte utilizada en relación con todo el conjunto de la obra; y las repercusiones de la utilización en el valor comercial potencial de la obra.

Sobre este derecho del usuario, la doctrina argentina se pronuncia aseverando en modo categórico:

En la legislación argentina no hay excepciones al derecho de reproducción para uso personales o privados.

Esta afirmación, con base en la inexistencia de una disposición expresa que autorice la excepción, se apoya en la premisa largamente acuñada de que las limitaciones al derecho

de autor están sujetas a *numerus clausus*, y eso es lo que coloca prácticamente a cualquier copia no autorizada en el carácter de indebida, con la salvedad hecha al explicar la copia de salvaguarda.

A pesar de la meridiana claridad de nuestra ley, ha existido jurisprudencia que considera que en Argentina el usuario de un programa de computación tiene el derecho de realizar copias privadas:

La reproducción o copia ilícita no debe confundirse con la copia privada que no afecta el derecho de explotación del autor del *software*. Resulta excesivo exigir la autorización del titular del derecho de explotación para la reproducción del programa para uso privado, hecho que no constituye el delito del art. 72 inc. a ley 11.723.

En conclusión, en el país no se elimina la ilicitud del acto por la alegación del derecho de copia privada, toda vez que tal excepción no se encuentra contemplada en la legislación.

#### **7.4. PLAGIO**

La atribución jurídica de la expresión de la idea a su creador liga la obra a la voluntad de este, quien en ejercicio de sus derechos morales y patrimoniales puede exigir que cualquier reproducción incluya su nombre, como así también que sea respetada su individualidad, oponerse a cualquier modificación a ella y a cualquier apropiación por un tercero.

El eje de una obra intelectual es su originalidad. Sin ella, cualquiera sea el grado que se exija en la legislación y la jurisprudencia, no habrá protección válida aun cuando los órganos administrativos hayan procedido a inscribir y catalogar a la obra como trabajo intelectual protegible por derechos de autor. Por ello para la Corte Suprema de la Nación es obra intelectual toda “expresión personal, original y novedosa de la inteligencia”.

La originalidad supone un grado de distinción entre las obras y establece una separación entre los derechos de uno y otro autor. Retomando la idea de la zona de exclusividad, es la originalidad la que separa a una obra de otra y a un autor de otro. La falta de originalidad en alguna de ellas implica una injerencia indebida en el espacio de exclusividad del autor de la primera obra.

El plagio consiste precisamente en la apropiación de todos o algunos elementos originales de la obra de otro autor, presentándolos como propios.

Para la Suprema Corte de Estados Unidos la originalidad tiene dos elementos: la creación independiente (opuesta a la copia de otro autor) y un grado mínimo de creatividad. Por ello, para determinar si una obra ha sido copiada, con lo que pierde el requisito de

originalidad que califica a todo trabajo intelectual como tal, se utiliza el *test* generado en el precedente *Arnstein v. Porter* de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito en 1946, que dio origen al denominado *Arnstein test for infringement*.

No se encuentran en la jurisprudencia nacional antecedentes de métodos similares, y determinar el grado de similitud u originalidad de una obra es para los tribunales argentinos “una cuestión de hecho librada al prudente arbitrio judicial”.

Según el test *Arnstein*, la prueba de la copia puede hallarse en la admisión del propio demandado o, en la mayoría de los casos, por evidencia circunstancial de que el posible infractor tuvo acceso a la obra y que existen similitudes entre ambas, con lo que dejan de ser creaciones independientes. Existe una proporción inversa entre la prueba de acceso y la similitud: cuanto más débil sea la prueba de acceso, más fuertes deben ser las similitudes; cuanto más fuertes sean las similitudes, menor deberá ser la convicción del tribunal en cuanto al acceso a la obra.

En cualquier caso, la prueba de la copia y el acceso no es suficiente para considerar que existe infracción; se requiere que sea sustancialmente similar, y ello se examina en algunos casos a los ojos de expertos y en otros a los del observador común. Pero, aun cuando exista similitud sustancial, si la copia se hizo sobre elementos no protegibles por *copyright*, como las ideas o escenas comunes, tampoco habrá infracción, aun cuando se haya probado el resto de los elementos, lo que se ha resumido en otro test, denominado *abstraction-filtration-comparison*, que abordaremos más adelante.

## **7.5. LA CUESTIÓN DE LOS ELEMENTOS PROTEGIBLES DEL PROGRAMA DE COMPUTACIÓN**

La irrupción de los programas de computación en el ámbito de la propiedad intelectual plantea dos interrogantes centrales al considerar un posible plagio: el primero se refiere a cuál es el grado de originalidad exigible para un programa de computación, que no tiene fines estéticos sino utilitarios, y el segundo se relaciona con la determinación de los elementos protegibles de este tipo de obras por aplicación de la dicotomía *idea-expresión* contenida en el artículo 1 de la ley 11723.

Materialmente el plagio de un programa de computación, atendiendo a la naturaleza literaria que Berna les asigna, consiste en la copia textual del código fuente o el código objeto. Lo cierto es que, tal como lo deja entrever el decreto 165/2004, hay en el *software* muchos elementos que denominaremos *no literales*, entre ellos la estructura general y la organización, los que aun siendo originales podrían ser copiados sin que se genere responsabilidad para el

infractor, simplemente porque algunos de ellos no son material protegible por derecho de autor.

Los *elementos literales* de un programa de computación se identifican con la expresión del código en un lenguaje de programación determinado, que fue elegido por el programador para arribar al resultado deseado con el *software*, conforme a los requerimientos del *software* que está desarrollando y del *hardware* en el que se ejecutará.

Aun cuando el catálogo de operaciones de donde elegir la programación es escaso, debido a que no se trata de lenguajes con una riqueza como la del uso cotidiano, la programación implica un grado de creatividad y una impronta personal en estilos y forma de plasmación de las ideas, por lo que cabe la posibilidad de obtener los mismos resultados con códigos *literalmente* distintos; por ejemplo, porque hay secuencias de comandos cuyo orden de escritura no altera el resultado final.

Por ello, si se demuestra la coincidencia de la programación de las obras que están siendo comparadas, lo más probable es que se haya tenido acceso al código y se lo haya copiado, lo que da derecho a la reparación civil, como así también configura la acción típica prevista en el artículo 72, inciso c, de la ley 11723.

Ahora bien, tanto con los elementos literales como con los elementos no literales, será necesario determinar si nos encontramos ante una expresión original o ante la idea o sistema subyacente, ya que el artículo 1 de la ley 11723 dispone:

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.

En la sección 102.b de la Copyright Act se encuentra una noción similar:

En ningún caso la protección por copyright de una obra original se extenderá a la idea, procedimiento, método de operación, concepto, principio o descubrimiento, sin perjuicio de como el sea descripto, explicado o incorporado en dicha obra.

Estas cláusulas delimitan los campos de actuación de las diferentes categorías de la propiedad intelectual. Bajo el derecho de autor solo se protegerá la forma en que se expresa una idea o concepto, pero no esa idea en sí misma. Si la intención es proteger el sustrato de la expresión, debe acudir al régimen de patentes, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos de patentabilidad.

Por esta razón, cuando se pone en tela de juicio la independencia en la creación de una obra, debe en primer término verificarse cuáles son los elementos protegidos por el

derecho de autor y cuáles no. El modo de expresión debe separarse de la idea, disección que no siempre resulta fácil.

La originalidad de una obra intelectual debe darse en la forma de expresión, y la idea subyacente puede ser común. Esta es “la manera principal en que el *copyright* promueve el progreso de las ciencias y las artes útiles”, formando un caudal de conocimiento e información libremente accesible, que de ese modo logra la transferencia de conocimientos de una generación a otra y de una sociedad a otra.

Las ideas forman parte del *background* común y funcionan como peldaños para el desarrollo del conocimiento, y esto es así, aun en el régimen de patentes, que prevé siempre la publicación de las descripciones del invento para que quien desee utilizarlas, previa autorización del titular, pueda hacerlo.

Para determinar qué parte de la obra es idea o proceso y cuál expresión, y por ende qué parte está protegida por derechos de autor y qué parte no, se ha utilizado un método analítico de tres pasos, originado en el precedente *Baker v. Selden*. En este fallo se sostuvo que la obra protegida por *copyright* que describe un método práctico, un sistema o un proceso no previene que otros pongan ese método práctico, sistema o proceso en uso, puesto que este no es protegible por *copyright*.

Respecto de los programas de computación, este método permite determinar si los elementos del *software* —y cuáles— se encuentran en la órbita del derecho de autor. Ha sido utilizado, entre otros, en los casos *Computer Associates International Inc. v. Altai Inc.*, *The Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries Ltd.* y *Engineering Dynamics, Inc. v. Structural Software*.

En el primer paso, de *abstracción*, el juez debe diseccionar la estructura del programa de computación según cada nivel de abstracción, comenzando por el código hasta llegar a la articulación de la función última del programa. En el segundo paso, de *filtrado*, deben removerse los elementos no protegibles por el *copyright*: ideas, formas de expresión necesariamente ligadas a la idea (*scenes a faire*), requisitos externos al programa o elementos en el dominio público, dejando un núcleo de material protegible (*core of protectable material*). El tercero, denominado de *comparación*, supone contrastar aquello que ha quedado del material anterior como protegido (*the golden nugget*), lo que el presunto infractor ha copiado y su importancia en el conjunto de la obra.

Con base en la jurisprudencia de Estados Unidos —ya que en la Argentina no se han encontrado precedentes judiciales que traten este tema—, es posible afirmar que los siguientes elementos se consideran exceptuados de la protección por derechos de autor:

- a. El propósito principal o función de un programa o un módulo.
- b. Las tareas que cumplirá un programa de computación, sea que tengan por finalidad hacer funcionar el *hardware* o lograr efectos exteriores, como crear los sonidos y vistas de un *videogame*, o procesar textos.
- c. Los procesos o métodos incorporados al programa que forman parte de la arquitectura del sistema, los módulos operacionales y los algoritmos.
- d. Hechos que normalmente forman parte de la estructura de datos o del código objeto no resultan protegibles, pero sí lo es la originalidad en su selección y arreglo.
- e. Elementos del dominio público.
- f. Las expresiones fundidas o inseparables de una idea que por sus propias características no puede expresarse de otro modo (*the merger doctrine*).
- g. Expresiones que son comunes o estándar a un tema en particular o que son necesarias por criterios de eficiencia, lo que hace que esa forma de expresión no pueda separarse de la idea.
- h. Expresiones que son consecuencia de factores externos (*scenes a faire*), tales como requerimientos de *hardware* y especificaciones mecánicas, requerimientos de compatibilidad con el *hardware*, estándares de diseño del fabricante de la computadora y prácticas comunes de programación de la industria.
- i. Constantes que comprimen parte de las fórmulas usadas para los cálculos del programa.
- j. Menús y comandos de teclado.
- k. Factores que determinan cómo se organiza la información del programa.
- l. Formatos de entrada de los datos.

En disonancia en el caso *Whelam Asoc. v. Jaslow Dental Laboratories*, la corte extendió la protección a la estructura, secuencia y organización aun cuando no se había producido la copia de elementos literales. Este fallo ha sido criticado extensamente en los fallos antes citados.

Los programas de computación, normalmente con un fin utilitario o práctico, persiguen la realización de tareas o el cumplimiento de objetivos concretos y encarnan en sí mismos claramente la idea de proceso o método, por lo que siempre habrá que evaluar según la dicotomía idea-expresión si nos encontramos ante material protegible por el derecho de autor o no.

## **7.6. MODIFICACIÓN DE LA OBRA**

A diferencia del resto de las obras protegidas por el derecho de autor, el *software* responde a necesidades prácticas y no estéticas. Se ha creado para cumplir objetivos

determinados y, desaparecidos estos, desaparece la utilidad. Las obras de arte y de literatura nacen para perpetuarse; esa es precisamente una de las comunes aspiraciones de su creador: la transcendencia temporal. Muchas veces reflejan o captan momentos únicos o estados de ánimo que a través de ellas se intenta inmortalizar. Normalmente el espíritu de un diseñador de *software* es otro, y por ende también el de su obra.

La capacidad de procesamiento de los computadores aumenta vertiginosamente y los programas de computación deben adecuarse a tales cambios tecnológicos, lo que da origen a nuevas versiones y ediciones que reemplazan en el mercado a sus predecesoras. Este constante devenir se realiza usualmente sobre obras ya existentes, que sirven de escalón tecnológico para nuevos programas.

Otras tantas veces, es necesario adecuar los programas a ciertas necesidades de los clientes o a normas legales, como es el caso de los programas de gestión contable, que deben reflejar las disposiciones de los organismos impositivos, las leyes laborales o los estándares de calidad certificados por las empresas. Todo ello supone actualizaciones y *updates* de los programas de computación. ¿Quién es la persona autorizada para realizarlos?

Entre los derechos patrimoniales del autor se encuentra, en la mayoría de las legislaciones reseñadas, el de *transformar* la obra o autorizar a otro sujeto para que lo haga; por lo tanto, es solo el autor quien tiene originariamente ese derecho.

Recordemos que todo lo que no está expresamente autorizado en el contrato de licencia está prohibido para quien no sea titular de los derechos. Dicho positivamente, el licenciatario tiene la obligación de respetar la integridad de la obra, tal como le fue entregada por el titular, idea que campea en todo el plexo normativo de la ley 11723.

El negocio de una empresa de productos y servicios de *software* que arriesga e invierte en desarrollar obras de propiedad intelectual se relaciona no solamente con la venta de licencias, sino con todo el cúmulo de conocimientos generados alrededor de ellas, que se concretan en los servicios de mantenimiento y actualización que presta el desarrollador.

Si el usuario accede ilegítimamente —por ejemplo, por la obtención ilegal de los programas fuente—, desequilibra la ecuación económica en su favor y en contra de quien tiene los legítimos derechos sobre dicho producto.

## 8.

### EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Si se encuentran reunidos los presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad civil, “la víctima se convierte en acreedor y el autor del perjuicio en deudor de una obligación de reparación, exigible judicialmente a falta de cumplimiento voluntario por el responsable”.

La acción de responsabilidad civil se rige por las disposiciones de fondo y de forma aplicables al ejercicio de las acciones judiciales; sin embargo, y como se advertirá ya a esta altura del desarrollo del presente trabajo, llenar algunos de los requisitos necesarios para el ejercicio exitoso de aquellas puede resultar algo difícil cuando en el terreno campean las infracciones al derecho de autor.

El ejercicio de la acción de reparación pone a prueba la pertinencia de la teoría general de la reparación civil en casos derivados de violaciones al derecho de autor. Es en este momento, el de poner en la práctica normas ideadas para otro tipo de daños, cuando el sistema se somete a examen. Y así la tensión entre lo general de la norma y lo particular del derecho a tutelar alcanza su dimensión más importante, en tanto una aplicación de las normas sin respetar la pauta interpretativa del artículo 12 de la ley 11.723 puede conducir a la negación de los derechos del damnificado.

#### 8.1. EXISTENCIA DEL DAÑO Y FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Dado que la procedencia del resarcimiento deriva del derecho común, es menester acreditar los extremos que hacen a la configuración de la responsabilidad civil: el daño, la violación de un deber jurídico impuesto por la ley, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la imputabilidad del autor.

Habiendo tratado el tema de la antijuridicidad en la sección referida a las más frecuentes conductas ilícitas y la relación de causalidad al abordar la legitimación pasiva, nos centraremos ahora en la demostración del daño y el factor de atribución.

Al respecto y sobre ambos elementos, CIFUENTES ha hablado de la *teoría objetivizadora* de la responsabilidad en el derecho de autor, en el que no se requiere ni la prueba del daño ni del factor de atribución para hacer nacer la responsabilidad, tal como lo hizo notar en un fallo de su autoría.

Sobre tal postura existe aquiescencia en que:



En caso de plagio o reproducción indebida de una obra intelectual, la existencia del daño —como ha expresado Satanowsky— resulta del solo hecho de la reproducción o la impresión ilícita. En consecuencia, dado que el perjuicio surge de la sustracción y uso de la obra intelectual ajena, el damnificado no debe probar que se le ha ocasionado un perjuicio, ya que nadie tiene derecho a enriquecerse con el trabajo intelectual ajeno.

En lo concerniente a la atribución de la responsabilidad existen supuestos, como el del derecho de autor, en que basta para tener por acreditada la culpabilidad con probar el hecho ya que “la sola situación fáctica torna evidente la culpa del agente: prueba de la culpa *in re ipsa* o por la fuerza de los hechos mismos”, y a ello parece referirse CIFUENTES cuando habla de responsabilidad objetiva:

Ahora bien, la responsabilidad por actos ilícitos en el área autoral, ¿es solo subjetiva o puede ser también objetiva? Parece que la respuesta se inclina indefectiblemente por la primera por cuanto no enmarca en las normas que tratan el riesgo y el vicio, de donde habría que acreditar no solo el hecho sino también la culpa del responsable que lo cometió. Sin embargo, es *jus receptum* en nuestros tribunales, aquello de que el solo hecho de la violación del derecho exclusivo del autor, causa un daño susceptible de apreciación pecuniaria.

Se trataría de un caso de culpa presumida ante la sola transgresión a los derechos de autor, sin que se requiera prueba al respecto más que la del hecho que lo origina, fundada tal atribución en que en materia de derechos intelectuales el daño resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce a aquel para decidir sobre la obra.

Actualmente, y dado que el derecho de daños se centra principalmente en la víctima, no es extraña la conclusión de que no se requiere la prueba de la culpabilidad, por cuanto:

Son tantas las hipótesis en que la culpa se presume, sea por imperio legal, sea por elaboración jurisprudencial, que bien puede decirse que la carga de probar la culpa ha dejado de ser una regla para convertirse en una excepción.

En otros casos, al analizar el hecho, la conclusión sobre la culpabilidad del infractor nos acercará a la noción de *dolo*. Ejemplo de ello son los casos en que para modificar el código se ha realizado ingeniería inversa, todo lo que supone el conocimiento de que el acceso estaba vedado y por ello se realizaron maniobras tendientes a develarlo; o aquellos en que para realizar más copias que las permitidas o para instalar un *software* sin licencia se craquean claves o se generan fraudulentamente, y por último, aunque sin agotar las hipótesis, aparecen

casos en que expleados desarrollan programas idénticos a los de su expleador, sin poder alegar que el resultado de la programación ha sido azarosamente similar.

Determinar si el accionar ha sido doloso, lo que incide en la extensión de resarcimiento, exigirá que los jueces se adentren en cuestiones técnicas que muchas veces escapan al común de los magistrados y de los abogados, por lo que los planteos deberán centrarse en la explicación de la complejidad técnica o de las barreras que hay que cruzar para realizar las actividades mencionadas.

Resumiendo, el autor o titular de la propiedad intelectual deberá probar la intromisión en su zona de exclusividad, y el daño y su atribución culpable se inferirán de dicha prueba, por lo que su efectividad y suficiencia cobra suma importancia, como veremos a continuación.

## **8.2. MEDIDAS NECESARIAS PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA**

El primer elemento a tener en cuenta al momento de obtener pruebas sobre violaciones a los derechos del productor de *software*, sea ante sospechas de copia indebida, modificación o plagio, es que el objeto sobre el que recaerá es un intangible y que como tal puede ser alterado o borrado rápidamente sin dejar rastros. En ese estado de cosas, la notificación a la contraparte de la pretensión de verificación judicial de estos extremos atentaría contra la función procesal de aseguramiento que tiene la prueba.

La mera noticia que pudiera tener el infractor de las intenciones del proceso tornaría ineficiente la constatación, ya que el *software* normalmente se encuentra almacenado en los discos rígidos de las computadoras, cuya operatoria de borrado es extremadamente sencilla, veloz y puede no dejar registros. Para frustrar los derechos del titular de la propiedad intelectual, la contraparte podría no solo borrar, sino guardar el *software* instalado en otros discos para que no se aprecie su instalación o directamente ocultar el *hardware*.

El segundo elemento a tener en cuenta es el temporal. Por las mismas razones antes apuntadas, no habrá efectividad en la obtención de la prueba si esta es producida en la etapa procesal de prueba posterior a la demanda.

Ambas razones justifican la utilización de diligencias preliminares o de prueba anticipada, según el ordenamiento aplicable. Estas han de tener por objeto “asegurar o conservar elementos de convicción que podrían desaparecer o resultar de muy difícil producción”, y tratar de evitar que se frustre la posibilidad de ejercer los derechos jurisdiccionalmente, procurando la incorporación o conservación de elementos probatorios que de otro modo podrían perderse o deteriorarse.

Por este tipo de diligencias, puede solicitarse a un perito especialista en informática que verifique la reproducción de los programas de computación, que obtenga copias de ellos a los efectos de compararlos con las inscripciones ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor en un supuesto de plagio, que verifique la modificación de la obra, etcétera. El perito informático, tras analizar las computadoras del posible infractor, establecerá una situación fáctica que es la que se requiere para acreditar el daño.

Como ya se dijo, la noticia a la contraparte debería ser obviada, recurriendo a la noción de *urgencia* que contienen la mayoría de los códigos procesales.

La urgencia contempla no solo aquellos casos en que esta surge del transcurso del tiempo, sino aquellos, como es este, en que la medida se podría frustrar “a raíz del mismo hecho del hombre (v. gr., su destrucción o deterioro)”. En esa inteligencia se sostiene:

[Se entiende] por razones de urgencia también a las que tienen que ver con la posibilidad del desbaratamiento de la prueba por hechos del hombre, pues la finalidad de la medida de prueba anticipada contempla también el supuesto de que el futuro actor o demandado o un tercero pueda alterar las cosas o lugares objeto de aquella.

La jurisprudencia ha receptado esta posición y sostuvo:

La finalidad de la medida de prueba anticipada contempla el supuesto de que el futuro demandado o un tercero alterare las cosas o lugares objeto de aquella y, por tal razón, se prevé que el juez la disponga inaudita parte.

Para que medidas de este tipo sean eficaces, el Tribunal deberá munir al diligenciante de facultades suficientes para allanar domicilios y hacer uso de la fuerza pública, para los casos en los que medie resistencia física o lógica —por ejemplo, porque las computadoras poseen claves— y subsidiariamente autorizar el secuestro de los equipos sobre los que recaerá la pericia. De no contarse con dichas facultades, la simple negativa del requerido implicará la desobediencia de la orden judicial de constatación, lo que conllevará seguramente a la frustración de los derechos del autor, que ya no podrá obtener la prueba de los ilícitos de los que sospechaba.

Por su parte, el artículo 50 del ADPIC faculta a las autoridades judiciales para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces inaudita parte destinadas a: “a) evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquellas, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana, y b) preservar la pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción”.

También el autor podrá solicitar al posible infractor los documentos que se encuentren en su poder destinados a demostrar la reproducción o utilización de los programas de computación —por ejemplo, las licencias de uso—, con fundamento en el artículo 43 del ADPIC, que dispone:

Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que, cuando una parte haya presentado las pruebas de que razonablemente disponga y que basten para sustentar sus alegaciones, y haya identificado alguna prueba pertinente para sustanciar sus alegaciones que se encuentre bajo el control de la parte contraria, esta aporte dicha prueba, con sujeción, en los casos procedentes, a condiciones que garanticen la protección de la información confidencial.

Es por ello que usualmente los tribunales intiman, en el mismo acto de constatación, a la presentación de la documentación que avale el uso del *software* instalado.

### **8.3. LA PRETENSIÓN RESARCITORIA**

El sistema de reparación de nuestro Código Civil está contenido en el artículo 1083 y “consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior; salvo cuando por la índole del mismo ello resulte imposible, o si el damnificado opta por la indemnización pecuniaria”. Esta alternativa del acreedor es ponderada por la doctrina en tanto “es justo que tenga esta opción quien ha sufrido, en su persona o bienes, las consecuencias del hecho ilícito”.

Siendo la regla la reparación en especie, nos preguntamos en qué medida esta es aplicable a los daños derivados del derecho de autor.

Explica claramente ALTERINI:

La ley 17.711 establece, en cambio, que el resarcimiento consistirá en la reposición al status quo ante. Esta procede si el acreedor elige de tal modo reparar, salvo: a) que no se trate de cosas, en los términos del art. 2311, según lo que expresamente dispone el nuevo art. 1083; b) que la reposición al estado anterior sea imposible; c) que promedie abuso del derecho por parte del acreedor, ahora expresamente vedado por el art. 1071 del Cód. Civil (art. 1º, inc. 54º de la ley 17.711); d) que sea de aplicación la facultad judicial consagrada por el párrafo agregado por aquella al art. 1069.

Las obras protegidas por el derecho de autor no son cosas, sino “objetos inmateriales susceptibles de valor”. Esto las excluye de la posibilidad de reparación en especie, lo que resulta relevante a la hora de computar las licencias de uso adquiridas con posterioridad al hecho dañoso como parte del resarcimiento. Por otra parte, aunque a veces parezcan confundirse, la indemnización encuentra su causa jurídica en el hecho ilícito.

La indemnización constituye una obligación autónoma cuando se trata de reparar los daños y perjuicios originados por la ejecución de un acto ilícito, y tiene en este su fuente directa.

En cuanto a la licencia de uso en la voluntad de las partes, si alguien desea, luego de haber sido demandado, utilizar el *software*, debe adquirir las licencias, lo que no puede confundirse con una indemnización, que reconoce una causa distinta.

#### **8.4. VALUACIÓN DEL DAÑO**

Entre las precisiones que debe contener una demanda, y a efectos de que el demandado pueda ejercer su derecho de defensa, se encuentra la estimación del monto de la indemnización que se reclama, en ejercicio del derecho conferido por el artículo 1083 del Código Civil.

Cuando el hecho ilícito se refiere a casos de piratería a escala industrial, como la falsificación, copia o instalación en equipos para su posterior venta, conocer la cantidad de ejemplares editados y vendidos permitiría probar cuáles son los beneficios que se obtuvieron aprovechándose del esfuerzo creativo del autor. En estos supuestos, nos encontramos ante la ardua tarea de determinar cuál es la cantidad de ejemplares que se han reproducido y cuántos de ellos se encuentran ya en el mercado. No habrá rastros en la contabilidad del infractor, salvo algún grado de torpeza rayano con lo patológico; tampoco habrá adquirentes de productos pirateados dispuestos a alegar su propia torpeza, y si los hubiera, no serían todos, lo que coloca al damnificado frente a una prueba prácticamente imposible.

Esta realidad es reflejada por la doctrina:

En los casos de piratería de discos, videos, *software* u otros ilícitos análogos, como el alquiler de discos, esta relación (entre la edición legítima y la forma que esta afectó o pudo haber afectados las ediciones de la obra legítima) es muy difícil de establecer y los jueces carecen de pautas tangibles para mensurar los daños, por lo que la indemnización muchas veces puede no guardar relación con el perjuicio causado por la explotación ilícita de las obras.

En igual orden de ideas, en el fallo *Anselmi* se enseña:

[...] los problemas que trae la piratería del software son quizás los más destacables por el volumen al que ascienden los daños sufridos por los titulares de los derechos sobre el soft y la dificultad de la prueba de la extensión del daño.

Las mismas dificultades acaecen ante hipótesis de copias domésticas o utilizadas en ámbitos empresariales. Aun cuando normalmente en estos casos podemos determinar la

cantidad de productos instalados o que estuvieron instalados con una prueba anticipada, no será fácil medir las ganancias que la empresa obtuvo de su uso ilegítimo y que, como tales, podrían corresponder al titular de la propiedad intelectual.

Hoy existe además un efecto multiplicador de los daños que complica aún más las cosas y que deriva del *upload* de la obra a Internet, ya que cuando una copia ilegal de un archivo digital, como el *software* o la música en formato MP3, es puesta a rodar, nada tendrá su andar, ya que su disponibilidad en Internet colocará la obra al alcance de millones de personas. Las responsabilidades por este acto pueden ser compartidas por el titular del sitio y los proveedores del servicio (*Internet service provider*), pero ¿cómo medir la cantidad de copias para cuantificar el daño?, y ¿cómo medir las ganancias que se obtuvieron cada vez que alguien hizo uso del sitio?

Pensemos ahora en casos de plagio. La visión romántica del autor creando en su soledad ha sido en muchos casos sustituida por la de las grandes industrias, como las de la música, el cine o el *software*. Para desarrollar un programa de computación se ha invertido tiempo y dinero en investigación y desarrollo. Quien plagia, evita toda esa inversión y utiliza el conocimiento ajeno como un *start up* para su negocio sin ninguna erogación al respecto. ¿Cómo puede medirse este aprovechamiento? ¿Cuánto dinero ahorró el plagiarlo por no investigar ni desarrollar su programa? ¿La referencia al valor de la obra tendrá alguna utilidad?

La cifra se torna aún más inasible si nos referimos a algún caso de acceso indebido al código fuente del programa, *core business* de una empresa de *software* propietario y normalmente resguardado bajo la figura del secreto comercial.

Si la infracción se refiere a la modificación de la obra por el usuario, normalmente el daño económico o patrimonial que la modificación ha producido estará calculado con base en la pérdida de la compensación dineraria por los servicios que dejó de prestar el autor, como consecuencia directa de la conducta ilegítima del infractor, ya que realizando las modificaciones por cuenta propia no paga los servicios por actualizaciones y/o correcciones, lo que implica que no ingresan al patrimonio del autor ganancias que este podía esperar. ¿Cómo medir esos servicios? ¿En horas de programación? Y ¿cómo medir el daño por violación de la integridad de la obra? Y si la empresa no presta usualmente estos servicios, ¿no tiene derecho a percibir nada?

El problema radica en que la ausencia o falta de prueba impacta negativamente en los derechos de la víctima, tal como registra este antecedente:

Si bien la sola violación de la propiedad intelectual puede considerarse como determinante de la existencia de daño material, lo cierto es que acreditado de tal modo el desmedro, pero no su cuantía de modo categórico, la falta o insuficiencia probatoria gravita en perjuicio del damnificado.

### **8.4.1. Sistemas de cuantificación**

Básicamente existen, según la OMPI, cuatro sistemas para determinar la cuantía del daño.

#### ***Daño real y beneficios del demandado***

En este sistema se utilizan dos parámetros para medir el daño: el lucro cesante y las ganancias del infractor. Corresponde al actor determinar sobre cuál de ellos pretende el resarcimiento y probar su extensión.

No es posible acumular ambos conceptos, por lo que quien demanda debe escoger uno de los parámetros, tal como lo determina la sección 502 de la Copyright Act:

El titular del copyright tiene derecho a recuperar las pérdidas que haya sufrido como resultado de la infracción y cualquier ganancia del infractor atribuible a la infracción y que no haya sido tomada en cuenta al computar el lucro cesante. En la determinación de las ganancias del infractor, el titular del copyright solo requiere presentar prueba de las ganancias brutas del infractor, y a este corresponde probar los gastos deducibles y los elementos de las ganancias atribuibles a otros factores distintos de la obra protegida por copyright.

Tomando como presupuesto que resultará difícil demostrar cuáles son las ganancias que el infractor ha obtenido, la ley estadounidense establece que corresponde al autor solo probar cuáles fueron las ganancias netas del infractor y a este, si quiere desvirtuar tal extensión, probar que sus ganancias se derivaron de otras actividades o elementos que no guardaban relación con la obra infringida o que no tuvo ganancias.

Dado que estos cálculos resultan a veces imprecisos o muy dificultosos, se ha acuñado el principio de que *cualquier duda en el cálculo de los costos o ganancias se resolverá a favor del demandante*.

#### ***Analogía con las licencias***

En este sistema, el factor a tener en cuenta para determinar el daño sufrido es una hipotética licencia que el autor concedió al infractor, aun cuando no hubiesen existido tratativas entre las partes o intención de concederla.

En la Argentina es generalmente esta la unidad de medida del daño, y su utilización se apoya en el razonamiento de que el precio de esa licencia es la base sobre la cual debe calcularse el daño, con el objeto de que el infractor no quede en mejor posición económica que la que habría tenido de obtener la autorización para utilizar la obra.

Para estimar el valor los tribunales recurren a licencias para obras similares y con los mismos usos, a aranceles preestablecidos y al valor en el mercado de una licencia del tipo de la infringida.

### ***Daños morales o inmateriales***

La existencia de facultades morales del autor es extraña al derecho estadounidense, que bajo la concepción del *common law* considera al *copyright* un derecho de exclusivo corte patrimonial:

El derecho de autor en Estados Unidos concede derechos económicos, más que morales. Su primer propósito es promover la creatividad y la diseminación de los trabajos creativos, de tal manera que el público pueda beneficiarse de la labor de los autores [...] Esta situación legal no se modificó cuando Estados Unidos se adhirió a la Unión de Berna, en 1989, al ratificar la Convención de Berna. Esta Convención requiere que los Estados miembros reconozcan ciertos derechos morales, pero no es autoejecutiva bajo la Constitución y las leyes de Estados Unidos.

Sin embargo, procederá este resarcimiento cuando según las reglas generales de la responsabilidad se haya afectado el honor o la reputación del autor, pero no ya sobre la base del derecho de autor, sino de los derechos personalísimos que están en juego.

Por el contrario, en los países que no pertenecen al *common law*, el derecho de autor posee una faz moral íntimamente vinculada a la personalidad de su creador, quien por tal calidad tiene ciertas prerrogativas jurídicas inalienables e imprescriptibles.

Por ejemplo en la directiva 2004/48 de la Unión Europea se dispone que las autoridades judiciales al establecer indemnizaciones pueden tener en cuenta otros elementos que no sean los económicos, tales como el perjuicio moral causado al autor o titular de la propiedad intelectual.

### ***Daños y perjuicios preestablecidos / daños y perjuicios establecidos por ley***

En casos de piratería o falsificación en los que no es posible determinar las ganancias que el demandado pudo obtener por la conducta apropiadora, resulta sumamente útil cuantificar de antemano el daño de la víctima, lo que además tiene un efecto disuasorio de las infracciones.

Este sistema de cuantificación puede encontrar resistencia en aquellos países en que los daños punitivos no se encuentran admitidos, puesto que se considera que conceptualmente son dos figuras afines.



En otros países, sin embargo, no se consideran predominantemente punitivos, sino un remedio que apunta a proveer reparaciones plenas por el daño sufrido por el titular del derecho de autor. Este tipo de daños cumple este objetivo incluyendo los gastos adicionales del titular (por ejemplo, gastos administrativos destinados a determinar la infracción y su origen).

Usualmente se encuentran calculados con base en la multiplicación por un número equis (dos, tres o más veces) el valor que la obra tiene en el mercado o con base en montos mínimos y máximos establecidos en la ley y dentro de los cuales el juez, atendiendo a las circunstancias y el valor de la obra, puede escoger la suma a pagar.

Es este el parámetro que, como una alternativa al sistema del lucro cesante, brinda la sección 504 de la Copyright Act, otorgando al autor la posibilidad de solicitar en cualquier momento anterior a la sentencia un resarcimiento basado en la tarifa legal que dicho artículo contiene. Este se refiere a la totalidad de los daños causados por la infracción y resulta de suma utilidad para aquellos casos en que la prueba de las pérdidas y las ganancias resulta insuficiente o de muy difícil producción. Cuando nos encontremos ante un hecho doloso, lo que requerirá la prueba de que el infractor conocía que estaba violando la ley, el tribunal podrá ampliar hasta cinco veces el monto mayor contenido en la ley. Por el contrario, cuando el demandado demuestre una infracción inocente, derivada de que no tenía razones o motivos para conocer que su actuar estaba prohibido, la suma puede ser reducida, en lo que constituye un armonioso juego de daños tarifados y equidad, entendida esta como la rectificación de la solución legal ante el caso concreto.

Esta es la razón por la cual los autores y titulares de la propiedad intelectual colocan noticias sobre el *copyright* en sus obras, en las que se cumple no solo con la Convención Universal, sino también se informa sobre los derechos del autor y las limitaciones de los derechos del usuario.

Son comunes en la práctica jurídica estadounidense las *cease and desist letters*, por las cuales se pone en aviso a una persona de su posible infracción y se le solicita que cese y desista de tales conductas. En Internet esta función la cumplen las *take down notices*, en las que se indica al titular de un sitio web que en dicha página se encuentra alojado material protegido por *copyright* sin la debida autorización de sus autores o productores, todo lo que implica poner en *conocimiento* del infractor la ilicitud de su conducta.

#### **8.4.2. La situación en Argentina**

De la lectura de la jurisprudencia en la materia pueden extraerse principios generales relativos a la valuación del daño y que deberán aplicarse teniendo en cuenta las

particularidades del caso concreto, so pena de arrasar con las diferencias entre un tipo de obra y otra y, consecuentemente, alejarnos del ideal de la indemnización adecuada.

En primer lugar, la *unidad de medida del daño* es, según la jurisprudencia argentina, el beneficio que el autor habría podido obtener de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que el autor habría obtenido de haber autorizado la reproducción o adaptación de la obra, combinando el sistema del lucro cesante y de la analogía con las licencias, De tal modo se señala:

Las particularidades de los derechos inmateriales exigen que se valoren todas las circunstancias que tengan incidencia sobre el monto del resarcimiento. El titular del derecho de autor tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones.

El autor tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita de la obra o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación.

Este valor está relacionado usualmente con el valor de comercialización de la obra —en el caso del *software*, de la licencia de uso—, que servirán como parámetro para calcular el daño inferido al autor y encuadran en el concepto de “remuneración que el autor hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación”.

El valor a tomar en cuenta no es un valor histórico, lo que en el *software* reviste gran importancia pues las obras son reemplazadas constantemente por versiones más actualizadas, sino que es el *valor actual* de la obra; en el caso que nos ocupa, de la licencia de uso:

Se debe indemnizar al autor de acuerdo al valor actual de los ejemplares de la obra sin tener en cuenta el costo, y que la indemnización debe estar condicionada a las circunstancias que imperan en el momento en que se la fija, puesto que en la determinación del monto de la reparación por daños y perjuicios no corresponde ceñirse a fórmulas rígidas sino que deben valorarse todas las circunstancias que tengan incidencia sobre el asunto.

Esta fórmula de la mejor remuneración o beneficio a valores actuales fue la utilizada en el fallo *Anselmi* y toma como valor de referencia el de las licencias de uso, lo que surge de la relación realizada en el considerando IV.

Aun cuando el valor de referencia de la obra son las licencias, aranceles o tarifas usuales para su uso, el infractor debe pagar una suma mayor. Aquellas solo sirven de base sobre la que calcular, como indican estos precedentes:

Por esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones.

En consecuencia encontramos en la jurisprudencia argentina y en conformidad con la doctrina de la materia tres principios generales que han de guiar la tarea del juzgador y del abogado litigante al solicitar una indemnización dineraria: la unidad de medida del daño calculada con base en el beneficio que el autor habría podido obtener de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que el autor habría obtenido de haber autorizado la reproducción, calculada a valores actuales, y que la indemnización debe superar ese monto con el objeto de que no se especule con la utilización ilegítima de las obras.

### **8.5. CESE DEL DAÑO**

Claramente apunta MOSSET ITURRASPE que “el desmantelamiento de la obra ilícita solo se logra con la supresión de los efectos pasados, presentes y futuros; la reparación, en particular la dineraria, logra parcialmente ese objetivo. La complementación se logra con la cesación de la acción antijurídica y la vuelta de las cosas “al mismo o igual estado en que se hallaban antes”.

El principio de no dañar incluye, entonces, el de evitar un daño aún no producido pero que seguramente nacerá, y el de hacer cesar el daño ya causado. Para lograrlo se cuenta con numerosas herramientas de fondo y procesales que permiten ejercer la tutela sustancial inhibitoria, cuyo objeto directo es:

[...] la prevención del daño mediante una orden para impedir que se cause (en caso de amenaza de lesión) o bien, para que cese su producción (si la actividad ofensiva ya se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración).

Esta petición no excluye la reparación dineraria y es independiente de ella, pues la simple cesación de los efectos del hecho ilícito no es una reparación, y se intenta, además, evitar que el infractor continúe en el disfrute de aquello que obtuvo en violación a los derechos de la víctima.

Es útil recordar, ante todo, que el ordenamiento procesal permite el dictado de medidas innovadoras, con carácter precautorio, cuando la interferencia en la situación de hecho existente es requerida como el medio adecuado, oportuno y eficaz para el ejercicio de la tutela jurisdiccional.

Nuevamente en el artículo 79 de la ley 11723, encontramos un instrumento idóneo para una defensa efectiva de los derechos del autor dañado, quien podrá solicitar al juez el dictado de medidas “que sirvan para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley”. En similar sentido el artículo 50 del ADPIC dispone:

[...] las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual.

Esta cautelar innovadora se encontrará normalmente precedida por una medida de prueba anticipada que servirá como elemento de convicción del juez acerca de la verosimilitud del derecho, y para que proceda deben cumplirse los otros requisitos típicos de este tipo de tutela.

Su finalidad puede ser diversa cuando nos encontramos ante una infracción a los derechos de un titular de programas de computación, cuyo contenido no está sujeto a *numerus clausus* sino solo al cumplimiento de los presupuestos de procedencia. Así, por ejemplo, puede pretenderse:

- a. El cese de uso de las obras de titularidad de la actora que no cuenten con las debidas licencias de uso.
- b. La destrucción o el borrado del código fuente de cualquier soporte en el que se encuentre almacenado, incluidos discos rígidos, cuando el usuario no haya sido autorizado a su posesión por el autor.
- c. La destrucción de todos los programas que se desarrollaron con base en los códigos fuentes o las obras del autor y respecto de los cuales se ha acreditado *prima facie* la existencia de plagio, con apoyo en el artículo 46 del ADPIC, por el que se autoriza a las autoridades judiciales “para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean [...] destruidas [...]”.
- d. El cese de la prestación de servicios de mantenimiento sobre programas que no son propios, cuando dicha actividad suponga la modificación del código fuente y ello estuviera prohibido.
- e. La interrupción de tareas de ingeniería inversa o desarrollo de un programa que infringe derechos de autor de terceros, aun cuando todavía no se encuentre en el mercado sino en etapa de desarrollo.
- f. El retiro del comercio y/o secuestro de ejemplares falsificados.
- g. Que se ordene la abstención de comercializar programas desarrollados en infracción a los derechos de otro titular, etcétera.

La justicia, cuando se dan los presupuestos necesarios para ello, debe dismantelar los efectos del acto ilícito lo antes posible. Una solución contraria puede ser un incentivo más para las infracciones.

## 9. SÍNTESIS

Existe una relación entre el desarrollo cultural, científico y tecnológico de la humanidad y los derechos de propiedad intelectual. Fue a través de estos que se reconoció jurídicamente la creatividad humana mediante un sistema de incentivos para autores e inventores que también procura garantizar los derechos de la sociedad para acceder a ellos. Existe una tensión autor-sociedad que el derecho debe equilibrar constantemente y que hoy es fuente de encendidas polémicas y cuestionamientos.

Cabe a los sistemas jurídicos, para reducir los índices de infracción y para lograr mejoras económicas y sociales, establecer medios eficaces de protección de estos derechos, que por su propia naturaleza son altamente vulnerables. Esa fragilidad ha aumentado geométricamente desde la aparición de Internet y los medios digitales y hoy resulta sumamente fácil, violentar su zona de exclusividad. Pero no por ello esta deja de existir. Son sus límites traspasados los que nos indican que estamos ante una infracción a los derechos de autor y que consecuentemente se ha generado un daño que debe ser reparado según el principio general de no dañar a otro.

La reparación civil de estos daños puede estar prevista en las leyes específicas de la materia o puede encontrarse en el derecho común de los Estados, como es el caso de Argentina. Sobre la conveniencia de esta remisión al derecho civil, hacemos nuestras las palabras de CIFUENTES:

La ausencia de directivas en el repertorio legal no parece lo más aconsejable, sobre todo frente a la necesidad de una adecuada protección de estos derechos que tienen aristas acusadamente propias. La falta de reglas claras y aplicables al preciso encuadre de las figuras jurídicas sobre los hechos ilícitos que se cometen en su violación, coloca a los estudiosos, a sus defensores y juzgadores en verdaderas encrucijadas las que, cuando no hay de parte de ellos —y no es raro ni excepcional que así ocurra— verdadero conocimiento de la sutil proyección de los especiales aspectos que están en juego, al hacerse tabla rasa de tales singularidades, se comete el muy frecuente desliz de tratar lo diferente como si fuera lo igual, lo diverso como si fuera lo común y corriente. Cuando el derecho objetivo y sus aplicaciones no distinguen lo diferente, se distancian

del concepto de lo justo. De donde, aparecen las soluciones que muy poco solucionan al equiparar cualquier daño material o moral de un hecho ilícito general, con el específico de la violación a los derechos de autor.

Existen numerosos casos en los cuales no resulta fácil acreditar los extremos exigidos para el ejercicio de la acción civil, especialmente en lo relativo a la extensión del daño y a la prueba de los hechos. Existen además zonas grises, producto de la protección del *software* como obra literaria, en las que el autor no sabrá a ciencia cierta qué partes de su obra están protegidas, lo que ha sido graficado por la jurisprudencia de los Estados Unidos citada en este trabajo.

En ese estado de cosas, la tensión dialéctica entre lo general y lo particular, presente desde siempre en el derecho, parece alcanzar una magnitud aún más evidente, y sin duda es posible afectar el derecho a una indemnización justa.

Ante la ausencia de normativa específica, el juez deberá adecuar su razonamiento no solo a las circunstancias del caso, con base en la directiva del artículo 16 del Código Civil, sino que tendrá que tener en cuenta los principios específicos de la materia conforme a la directriz interpretativa del artículo 12 de la ley 11723.

Estos principios específicos en torno a la reparación civil derivada de ilícitos autorales han sido esbozados, algunas veces de modo vacilante, por los jueces de la República. Entre ellos pueden mencionarse las pautas para la cuantificación con base en la unidad de medida *remuneración o beneficio actual del autor* y la relativa a la interpretación restrictiva de los derechos de los usuarios de *software*.

Sin duda alguna, la mayor conquista en este terreno es la consagración de la responsabilidad con independencia de la culpabilidad de la víctima y la prueba del daño, que también como principio evidente se presume por el solo hecho de la intromisión en la zona de exclusividad del autor. Tenemos un derecho de autor centrado en el daño y la víctima y no en la culpabilidad, y eso allana en gran medida la defensa de los derechos en sede judicial.

Sin embargo, en un sistema legalista como el nuestro, donde las sentencias constituyen derivaciones razonadas del derecho vigente, la ausencia de un régimen especial aumenta el grado de incertidumbre sobre los resultados de las incursiones judiciales de los autores y titulares y no amedrenta a los infractores.

A ello debe sumarse la ausencia de tribunales especializados y órganos administrativos con poder de policía en la materia.

La jurisprudencia de Estados Unidos podría ser una fuente en la que abreviar para encontrar las soluciones. Siendo este el mayor productor de *software* del mundo y un acérrimo

defensor de la propiedad privada dentro de la cual se encuentra el *copyright*, la experiencia de sus tribunales podría ser aprovechada, por ejemplo, para determinar el alcance de la protección de los programas de computación respecto de algunos de sus elementos literales y no literales.

Este desarrollo, sus conclusiones y las propuestas realizadas tienen como fundamento una fuerte convicción de que en el solo cumplimiento de las normas hay un valor positivo y que su transgresión, a esta altura del siglo, no solo debe ser reparada sino que debe ser prevenida, y un sistema de derecho de daños más adecuado es un buena herramienta para ello.

Solo así aquellos que con esfuerzo y creatividad obtienen arte de la piedra, palabras de la hoja en blanco, música del silencio y soluciones técnicas de un conjunto de números cargados en una computadora encontrarán estímulo suficiente para seguir alimentando la cultura que define a nuestras sociedades.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 3.<sup>a</sup> ed., 1992.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- BESANDON, Martín, *Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8.<sup>a</sup> ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos*, Buenos Aires: Heliasta, 1985.
- CARRANZA TORRES, Martín, *El derecho de la innovación tecnológica. Una historia del tecnotropismo capitalista*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- *Problemática jurídica del software libre*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- CAZEAUX, Pedro N., y F. A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires: Librería Platense, 1976.
- CIFUENTES, Santos, “Los daños en materia de propiedad intelectual”, [http://www.cadra.org.ar/upload/Cifuentes\\_Danos\\_Propiedad\\_Intelectual.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Cifuentes_Danos_Propiedad_Intelectual.pdf).

- CINQUALBRE, Pedro R., “El resarcimiento como consecuencia de los ilícitos civiles y penales. Modo de calcular los daños y perjuicios. El daño emergente, el lucro cesante y el daño moral”, en *Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*, Buenos Aires: Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, 1981.
- DÁVILA, Jorge, “Igualdad, equivalencia y plagios en *software*”, [www.revistasic.com/revista69/pdf\\_60/sic69\\_enconstruccion.PDF](http://www.revistasic.com/revista69/pdf_60/sic69_enconstruccion.PDF).
- EMERY, Miguel Ángel, “La indemnización de los daños causados a los derechos de propiedad intelectual sobre la obra audiovisual”, [http://orglac\shared\reuniones\2005\argentina\audiovisual\ompi\\_da\\_bue\\_05\\_4.doc](http://orglac\shared\reuniones\2005\argentina\audiovisual\ompi_da_bue_05_4.doc).
- *Propiedad intelectual. Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, Buenos Aires: Astrea, 1999.
- FERNÁNDEZ DELPECH, H., *Internet: su problemática jurídica*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- GOLDSTEIN, M., *Derecho de autor*, Buenos Aires: La Rocca, 1995.
- GORMAN, Robert, *Copyright Law*, 2.ª ed., Washington: Federal Judicial Center, 2006.
- IDRIS, K., *Intellectual Property - A Power Tool for Economic Growth*, Ginebra: WIPO, 2004.
- JAVIER RIBAS, Alejandro, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Madrid: Aranzadi, 1999.
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo Perrot, 2.ª ed. ampliada, 2005.
- LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: CERLALC-UNESCO y Zavalía, 1993.
- MILLE, Antonio, “Los programas de computación en el régimen argentino de derecho de autor”, <http://www.mille.com.ar/mille-imagenes/programas-de-computacion.pdf>.
- MOISSET DE ESPANES, L., *Curso de Obligaciones*, Córdoba (Argentina): Advocatus, 1993.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires: EDIAR, 1980.
- OMPI, *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, Ginebra: WIPO, 2007.
- *Secrets of Intellectual Property. A guide for small and medium-sized exporters*, Ginebra: WIPO, 2004.
- WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Laws and Use*, Ginebra: WIPO, 2004.
- ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba (Argentina): Marcos Lerner, 1992.
- PÁEZ, Nora, “Reseña en materia informática”, en *Jurisprudencia Argentina*, suplemento, 2 de abril de 1997, pp. 74-76.



- PALAZZI, Pablo A., “La protección jurídica de los programas de ordenador”, en *Revista de Derecho Informático, Alfa Redi*, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?=228>.
- “Delitos relacionados con la informática, Internet y las nuevas tecnologías”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, 2004.
- PARISE Agustín, “Responsabilidad por violación de *Copyright* en la Jurisprudencia de los Estados Unidos de América”, en *La Ley*, 2007-A, 1057.
- PEIRETTI, Graciela, y Carlos A. VILLALBA, “La propiedad intelectual - El derecho de autor. Concepto de obra protegida. Enumeración y análisis. El registro en la DNDA”, [http://www.cadra.org.ar/upload/Peiretti\\_Registro\\_DNDA.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Peiretti_Registro_DNDA.pdf).
- STORY, Allan, “Intellectual Property and Computer *Software*, a battle of Competing Use and Access Visions for Countries of the South”, <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/description.htm>.
- VILLALBA, Carlos A., y Delia LIPSZYC, *El derecho de autor en la Argentina, Ley 11.723 y normas complementarias y reglamentarias, concordadas con los tratados internacionales, comentadas y anotadas en jurisprudencia*, Buenos Aires: La Ley, 2001.
- WEGBRAIT, Pablo, “La patentabilidad de los programas de computación”, en *La Ley*, 2002-F, 1400.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños*, tomos 3 y 4, Buenos Aires: Hammurabi, 1997-1999.
- ZUCCHERINO, D. R., y C. O. MITELMAN, *Marcas y patentes en el GATT*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

## DOCUMENTOS

- “Copyright Basics”, United States Copyright Office, [www.copyright.gov](http://www.copyright.gov).
- “Estudio de la Legislación Nacional sobre sistemas de registro voluntario de derechos de autor y los derechos conexos”, XIII Sesión de Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, Ginebra, 21 a 23 de noviembre de 2005, [http://www.kipo.ke.wipo.net/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_13/sccr\\_13\\_2.pdf](http://www.kipo.ke.wipo.net/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_13/sccr_13_2.pdf).
- “How technology Sectors Grow. Benchmarking IT Industry competitiveness 2008”, The Economist Intelligence Unit y BSA, <http://global.bsa.org/2008eiu/index.html>.
- “Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, sobre la transposición y los efectos de la Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de programas de ordenador”, Bruselas, 10/04/2000, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:ES:PDF>.

“Quinto estudio anual sobre piratería de software”, IDC-BSA, (<http://global.bsa.org/idcglobalstudy2008/>), mayo de 2008.

“The economics benefits of lowering PC Software Piracy”, IDC-BSA, 2008, ([http://www.bsa.org/upload/idc-findings\\_summary.pdf](http://www.bsa.org/upload/idc-findings_summary.pdf)).

# Retórica del discurso jurídico

## Rhetoric of legal discourse

*Gerardo Ribeiro\**

Universidad de Guanajuato, México,  
<gerardoribeiro@hotmail.com>

**RESUMEN.** Se construye como definición de retórica jurídica a las acciones del lenguaje sobre el lenguaje legal. Desde esta premisa se exploran las relaciones y fronteras que se establecen entre el discurso jurídico entendido como competencia lingüística legal y la enunciación del discurso, el punto de vista del hablante jurídico y su eficacia procesal ante el auditorio legal.

**PALABRAS CLAVE.** Retórica. Discurso legal. Lingüística. Argumentación.

**ABSTRACT.** Is constructed as a definition of legal rhetoric to the actions of legal language about language. From this premise explores the relationships and boundaries that exist between legal discourse understood as legal proficiency and the enunciation of speech, the speaker's point of view of legal and effective legal proceedings before the audience.

**KEYWORDS.** Rhetoric. Legal discourse. Linguistics. Argument.

---

\* Graduado en Derecho por la Universidad Iberoamericana (Ciudad de México), cursó el Doctorado en Filosofía en la Universidad de Guanajuato (México), en la cual es profesor de tiempo completo. Ha publicado libros y artículos sobre retórica y argumentación jurídica en revistas jurídicas arbitradas nacionales e internacionales.



## 1.

### RETÓRICA JURÍDICA Y COMPETENCIA LINGÜÍSTICA

Hay una línea de relación entre retórica y filosofía que va desde Platón<sup>1</sup> hasta Cicerón<sup>2</sup> y una línea de relación entre retórica y persuasión que va de Gorgias<sup>3</sup> a Quintiliano.<sup>4</sup> En la primera secuencia la retórica es la estructura que facilita la “enseñanza” de la idea de lo justo; sin embargo, en la segunda secuencia, la estructura y las figuras retóricas ocupan el lugar del argumento persuasivo en aras del fin procesal. En la primera secuencia, la retórica es la estructura del discurso al servicio del argumento; en la segunda secuencia, la estructura retórica es el argumento. El problema planteado aquí es, en última instancia, la relación entre pensamiento y lenguaje. O el lenguaje es la estructura del pensamiento o el lenguaje es un modo de presentarse el pensamiento.

Esta disyuntiva coloca al *logos* por un lado y a *mythos* por otro. El primero apela a la razón y el segundo apela a la persuasión. El *logos* se instituye en el discurso filosófico desde categorías tales como racionalidad, verdad, identidad, sujeto y modelos de referencia tales como método, objetividad, objeto. Al *mythos* solo le queda la narración para ofrecerse. Lo que está en juego ahora es la verdad. Ese es el problema real: o es el discurso del *logos* el que puede dar cuenta de la verdad o es el discurso persuasivo el que *también* puede narrar un modo de presentarse la verdad. La relación entre retórica y filosofía se presenta en la pretensión de verdad que se deriva de la razón, de la persuasión o de la seducción: o la palabra nombra al mundo o la palabra crea al mundo.

Denominar el mundo es describirlo y hacer un argumento analógico entre descripción y conocimiento como si fueran iguales porque comparten ciertos predicados: el predicado

<sup>1</sup> PLATÓN, *Diálogos*, México: Porrúa, 2012, pp. 143 ss.

<sup>2</sup> Marco Tulio CICERÓN, *De la invención retórica*, México: UNAM, 1997, y *De la partición oratoria*, México: UNAM, 2000.

<sup>3</sup> Citado por PLATÓN, o. cit.

<sup>4</sup> QUINTILIANO, Marco Fabio, *Institución oratoria*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999.

compartido es la aceptación de la descripción como pertinente a la cosa. De ahí se desprende la premisa de que la verdad está asociada al conocimiento: solo será verdad aquello que se describe como inherente a la cosa. Sin embargo, crear el mundo por medio de la narración es dar cuenta de un modo de ser de la existencia, de un modo particular de presentarse la existencia. No tiene la pretensión de dar cuenta del ser de la cosa, sino solo dar cuenta del modo particular de presentarse la cosa en relación con las narraciones comunitarias como paradigma de identidad con esa narración.

La relación entre retórica y filosofía no es moral, como lo quiere plantear PLATÓN, sino epistemológica. Es decir, la retórica o es un medio de expresión, o es un modo de comprender la realidad. Y la retórica es un medio de expresión y es un modo de comprender la realidad entendida esta como el modo en que se construye discursivamente la existencia. La realidad se refiere a la materialidad del mundo, mientras que la existencia se refiere a las diversas discursividades que las comunidades construyen acerca del modo de relacionarse del sujeto con otros sujetos y con la materialidad. A ese modo de comprender lo denominamos *verdad comunitaria* dado que no tiene la pretensión de describir al ente como una verdad probada, sino que tiene la voluntad de narrar al ente en relación con la comunidad y por lo tanto comprender la existencia. Al concepto de realidad (la materialidad del mundo) le corresponde un discurso construido desde el convencer, desde el ofrecer verdaderas razones. Al concepto de existencia (la discursividad comunitaria acerca de la relación entre el mundo material y la comunidad) le corresponde un discurso construido desde la persuasión y la seducción: el concepto de existencia es una construcción retórica.

El argumento sustancial deriva de la concepción del lenguaje. Las descripciones que el *logos* hace del ente parten del supuesto de que la palabra nombra los objetos. Detrás de esta concepción se encuentra la idea de que el lenguaje tiene como función primordial la de representar la realidad. Si esto es así, entonces el enunciado es el soporte material por medio del cual la verdad se expresa predicando uno o varias propiedades del mundo objetual. La teoría semántica de la verdad de TARSKI es un ejemplo claro de esta concepción. Sin embargo, esta concepción del enunciado como “verificable” lleva a AUSTIN<sup>5</sup> a afirmar que se “ha llegado a advertir que muchas palabras especialmente desconcertantes, incluidas en enunciados que parecen ser descriptivos, no sirven para indicar alguna característica adicional, particularmente curiosa o extraña, de la realidad, sino para indicar (y no para registrar) las circunstancias en que se formula el enunciado o las restricciones a que está sometido, o a la

---

<sup>5</sup> John L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas con las palabras*, Barcelona: Paidós Ibérica, 1996, p. 43.

manera en que debe ser tomado, etcétera. Pasar por alto estas posibilidades, tal como antes era común, es cometer la llamada falacia ‘descriptiva’.

Aunque AUSTIN descalifique la concepción descriptiva del lenguaje, su concepción representacional de este lo lleva a platear la siguiente distinción: cuando alguien dice algo, ¿qué está haciendo? El acto de decir, de emitir sonidos con cierta entonación es denominado por AUSTIN como *acto locucionario* y lo describe como “un acto que en forma aproximada equivale a expresar cierta oración con un cierto sentido y referencia, lo que a su vez es aproximadamente equivalente al ‘significado’ en el sentido tradicional”.<sup>6</sup> El acto que llevamos a cabo al decir algo tal como informar, ordenar, advertir, comprometernos, etcétera, esto es, actos que tienen una cierta fuerza son los *actos ilocutorios*. Por último, los actos que llevamos a cabo porque decimos algo son los *actos perlocutorios* y estos son los que producimos o logramos porque decimos algo, tales como convencer, persuadir, disuadir e incluso, digamos, sorprender o confundir.

De lo anterior se deriva que el nivel pragmático del enunciado es recuperado por AUSTIN como uno de los elementos de la significación al afirmar que “normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio [...] al decir algo lo [hacemos] con el propósito, intención o designio de producir tales efectos”.<sup>7</sup> Sin embargo, esta afirmación de AUSTIN está centrada en el nivel informativo del lenguaje (prometer, advertir, afirmar, felicitar, insultar, etcétera) que se expresa en el nivel pragmático.

SEARLE,<sup>8</sup> por su parte, lleva este nivel pragmático hasta la redefinición de lengua (en el sentido de *parole y langue* saussureanos) y afirma que “hablar un lenguaje consiste en realizar actos de habla, actos tales como hacer enunciados, dar órdenes, plantear preguntas, hacer promesas [...] y en segundo lugar, que esos actos son en general posibles gracias a, y se realizan con, ciertas reglas para el uso de los elementos lingüísticos [...]; la producción de una oración-instancia bajo ciertas condiciones constituye un acto de habla y los actos de habla [...] son las unidades básicas o mínimas de la comunicación lingüística”. Esta concepción que prioriza el nivel pragmático de la lengua le lleva a SEARLE a proponer que una teoría del lenguaje forma parte de una teoría de la acción simplemente porque hablar un lenguaje es una forma de conducta gobernada por reglas. A esas reglas las denominaré, de aquí en adelante, *recursos retóricos en general*.

---

<sup>6</sup> Ibídem, p. 153.

<sup>7</sup> Ibídem, p. 145.

<sup>8</sup> John SEARLE, *Actos de habla*, Barcelona: Planeta-Agostini, 1994, p. 26.

Con VAN DIJK<sup>9</sup> se puede resumir que los actos de habla “son realmente acciones: hacemos algo, a saber, producimos una serie de sonidos o signos ortográficos que, como enunciado de una lengua determinada, tiene una forma convencional reconocible, y además ejecutamos este hacer con una intención correspondiente, determinada, dado que normalmente no nos pronunciamos en contra de nuestra voluntad y sabemos controlar nuestra lengua”.

Desde la concepción que sostengo, sin embargo, se recupera la concepción pragmática del lenguaje como actos de habla pero la palabra no nombra los objetos sino que los evoca. La palabra no nombra los objetos porque no hay una relación de pertinencia entre la palabra (significado) y el objeto, sino que existe una evocación que refiere la relación entre el significado y los múltiples objetos posibles de ser designados. El universo semántico de la palabra es un conjunto de significados (evocaciones posibles), por lo que la palabra no tiene una garantía ontológica en la relación entre palabra y realidad. Es el propio modo de ser polisémico de la palabra el que invalida su pretensión de descripción objetiva. El conjunto de significados solo nombra al ente cuando el oyente construye el sentido de la oración, es decir, cuando relaciona uno de los significados posibles de la palabra con otro significado posible de la otra palabra que le sigue y que posee muchos significados más que el relacionado. Los significados están en la palabra, el sentido está en el espacio en blanco que hay entre palabra y palabra: los significados son propios del vocablo, el sentido se construye en el espacio en blanco que hay entre palabra y palabra. Por lo tanto, es narrando como se construye el sentido de la verdad y no describiendo al ente por la imposibilidad de nombrar de la palabra. Una fundamentación ontológica del lenguaje desde el *logos* cancela toda posibilidad polisémica del lenguaje.

La concepción de lenguaje que propongo y desde la cual se construye la reflexión sobre la neorretórica consiste en reconocer que el sentido del enunciado se construye desde las estrategias discursivas que se presentan como recursos retóricos. “Hablar un lenguaje —dice SEARLE—<sup>10</sup> consiste en realizar actos de habla, actos de habla como hacer enunciados, dar órdenes, plantear preguntas, hacer promesas [...] y, en segundo lugar, que esos actos son en general posibles gracias a, y se realizan de acuerdo con, ciertas reglas para el uso de los elementos lingüísticos”. En este mismo sentido del lenguaje como construcción, afirma SEARLE que “la producción de una oración-instancia bajo ciertas condiciones constituye un acto de habla y los actos de habla [...] son las unidades básicas o mínimas de la comunicación

---

<sup>9</sup> Teun A. VAN DIJK, *La ciencia del texto*, Barcelona: Paidós, 1978, p. 90.

<sup>10</sup> SEARLE, o. cit., p. 26.



lingüística”. Por lo anterior, concluye SEARLE,<sup>11</sup> “una teoría del lenguaje forma parte de una teoría de la acción, simplemente porque hablar un lenguaje es una forma de conducta gobernada por reglas”.

El modo de presentarse ese sentido construido por el hablante y que se encuentra gobernado por una serie de reglas retóricas (fónicas, sintácticas y semánticas) es la descripción que dicho sentido (enunciado) hace de su propia enunciación. El lenguaje se entiende, entonces, como autorreferencial: el referente de las palabras del sentido son las palabras del enunciado. Por el simple hecho de remitirse a sí misma por medio de su función de metalenguaje, la lengua es autorreflexiva y autorreferente y, por ello, las concepciones descriptivas, representacionales o veritativas de la lengua quedan excluidas.

La escritura de la argumentación jurídica se ha liberado del referente y no se refiere más que a sí misma: es un conjunto organizado de signos (argumentos) que se refiere a otro conjunto organizado de signos (ley). La diferencia entre uno u otro es que uno de esos sistemas organizados de signos se erige en realidad y el otro sistema organizado de signos se refiere a él al construir su nivel expresivo. Son, pues, formas hablando de formas o, simplemente, sistemas autorreferenciales que se desarrollan en un espacio lingüístico denominado *discurso jurídico*.

La retórica jurídica vista desde esta perspectiva personal es, a un tiempo, una técnica de argumentación y un modo de construir la verdad. Y esto es posible dado que la preocupación no radica en el ente sino en la relación que la comunidad establece con el ente en sí y esta relación se expresa en las prácticas discursivas comunitarias. La palabra en la retórica pierde la supremacía de la función denotativa en el *logos* y asume la función poética, emotiva, metalingüística y fundamentalmente metafórica. La neoretórica jurídica concibe al lenguaje como un proceso de construcción del que la competencia lingüística, entendida como la capacidad de actuar lingüísticamente del sujeto, constituye el eje fundamental de las prácticas discursivas jurídicas, dejando de lado la idea del lenguaje como un estado de cosas preestablecidas. El lenguaje del discurso es una construcción en permanente dándose, opuesta a la idea del lenguaje como algo dado. Ese dándose del discurso es posible en, y gracias a, la competencia lingüística.

Las figuras retóricas son formas de construcción del sentido que argumentan la verdad del hablante desde los más variados horizontes lingüísticos tales como la intertextualidad, la metatextualidad, la hipertextualidad, etcétera.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

## 2.

# RETÓRICA JURÍDICA Y ENUNCIACIÓN LINGÜÍSTICA

Una de las condiciones que hacen posible la construcción del sentido es la enunciación, que para BENVENISTE<sup>12</sup> consiste en “poner a funcionar la lengua por un acto individual de utilización” que se materializa sencillamente en el habla, en el acto de emitir el enunciado. Para BENVENISTE este fenómeno puede ser estudiado desde tres aspectos:

1. La realización vocal de la lengua y los problemas fonéticos derivados de la enunciación particular de los hablantes.
2. Enunciación y sentido. De esta relación se derivan los problemas de semantización de la lengua.
3. La enunciación en el marco formal de su realización.

El aspecto que es objeto de estudio en el presente trabajo es la relación entre enunciación y creación de sentido o, dicho de otra manera, la relación entre la realización del habla y la producción de sentido del enunciado.

Para ARISTÓTELES<sup>13</sup> existen tres modos de presentar los argumentos a efecto de persuadir al auditorio: por el *ethos*, el *pathos* y el *logos*. El *ethos* consiste en el carácter del orador, el *pathos* consiste en la emoción del orador y el *logos* es la razón del orador. Son los dos primeros modos de argumentar a los que se refiere la enunciación.

En lo particular, entiendo por *enunciación* la puesta en escena (emisión y actuación) del discurso que permite que las evocaciones del signo adquieran sentido al ser actualizadas por el hablante cuando enuncia el discurso.

Por *pragmática retórica* entiendo los actos de habla que se realizan con el enunciado. Siendo entonces el acto de habla (la enunciación y la pragmática) la disciplina que estudia la enunciación en relación con las estructuras textuales, o sea, entre el usuario de la lengua y la estructura del enunciado. Por lo tanto, la valoración de la enunciación siempre deberá hacerse con relación a un contexto dado porque su razón de ser es argumentativa. La pragmática, en el contexto de la neoretórica jurídica, debe ser entendida como los recursos idóneos para la enunciación de una oración en un contexto determinado con la intención de argumentar,

<sup>12</sup> Emile BENVENISTE, *Problemas de lingüística general*, México: Siglo XXI, 1995, p. 83.

<sup>13</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid: Gredos, 1990. Véase en particular el Libro I.

fónica y físicamente, una afirmación. La pragmática valora lo idóneo, lo apropiado, lo oportuno, lo aceptable, lo necesario y lo eficaz de la enunciación de una afirmación ante un auditorio determinado. Esta enunciación tiene una gran variedad de sonidos y una gran variedad de posturas físicas que la reafirman o la contradicen: el uso adecuado de sonidos y ademanes pertinentes forma parte de la construcción del sentido del enunciado.

Así como el signo posee un conjunto de significados que forman su universo semántico, también el signo posee intencionalidad fónica y ademanes físicos que refuerzan o contradicen el universo semántico. Este universo pragmático de la enunciación (sonidos y ademanes) cumple funciones argumentativas adecuadas o inadecuadas, mismas que serán valoradas por el interlocutor como eficaces o ineficaces. Entre lo adecuado de la enunciación y lo eficaz del argumento o entre lo inadecuado de la enunciación y lo ineficaz del argumento se desarrolla la valoración de la pragmática retórica.

Desde la filosofía del lenguaje (WITTGENSTEIN, SEARLE y AUSTIN) el estudio de los usos del lenguaje y el lenguaje como acción son puestos de relieve como inherentes al sentido de la oración. Sin embargo, desde otras perspectivas se afirma que la enunciación debe describirse desde las condiciones de uso, no desde el uso mismo del lenguaje. La falsa oposición entre semántica y pragmática se resuelve, desde la perspectiva retórica, en el sentido de que las condiciones de uso de la lengua no son inmanentes a ella sino pragmáticas, es decir, son actualizadas por la necesidad del hablante y su punto de vista. El enunciado por sí solo —lo he afirmado con anterioridad— posee únicamente un conjunto de signos con una pluralidad de significados: es solo con relación al contexto y a las intencionalidades (procesales, personales, institucionales, etcétera) del hablante así como la enunciación del discurso mismo como el sentido se construye y se ofrece a la relación dialógica. A la retórica lo que le interesa, pues, son las condiciones en que se produce la enunciación (pragmática) y, para ello, recupera las condiciones de uso inmanente del lenguaje para poner en escena el sentido de las evocaciones del signo.

## **2.1. EL CONTEXTO**

Se entiende por contexto, desde el punto de vista de la retórica jurídica, la situación argumentativa en la que se encuentran los hablantes del proceso judicial. Lo anterior significa que hay tres espacios jurídicos en los cuales se presenta la argumentación: 1) el contexto de la creación de la ley, 2) el contexto de la aplicación de la ley y 3) el contexto de la construcción del saber jurídico.

Cada uno de los contextos tiene sus propios elementos inherentes. Así, desde el punto de vista de los hablantes, el contexto de la creación de la ley se construye entre los que

ostentan la calidad jurídica de representantes (diputados y senadores), reconociendo que cada fracción parlamentaria reivindica y por lo tanto entiende el mundo de acuerdo a sus concepciones morales, ideológicas y culturales. El contexto en el proceso legislativo también debe ser entendido como los diferentes grupos y sectores sociales que de una u otra forma se encuentran involucrados y aludidos por la discusión legislativa: la capacidad de movilización, de crítica o respaldo a la discusión parlamentaria forma parte, también, del contexto.

El contexto de la aplicación de la ley se construye entre el abogado defensor, su contraparte o el fiscal y el juez. Estas tres instancias reivindican, en su discursividad, un universo informativo que los caracteriza y los identifica: dirigirnos a cada uno de ellos significará dirigirnos a sus contextos teóricos, morales e ideológicos. Es el contexto el que permite decodificar el discurso del otro y, por ende, es gracias al contexto del oyente como este puede ser convencido y persuadido.

El contexto de la creación del saber jurídico se construye entre el autor y los demás autores, en el entendido de que el autor representa una formación académica determinada y su lector *es* un contexto igual, diferente o indiferente.

Ahora bien, tanto la comunidad y su tiempo coyuntural como la comunidad en su historicidad, así como el discurso teórico sobre el problema jurídico a tratarse, son el gran espacio en el que los contextos procesales anteriormente mencionados se despliegan.

Sin embargo, habría que decir que pertenecen al contexto todos aquellos elementos que hacen posible una u otra interpretación de los argumentos que los hablantes proponen; así, forman parte del contexto desde la filiación ideológica del hablante, pasando por su condición social, hasta las costumbres sociales y lingüísticas del contexto. Ningún elemento se debe dejar pasar sin valorarlo como adecuado o inadecuado para hacerlo valer al momento de la enunciación del discurso. Algunos elementos que pueden ser banales para nosotros no lo son para el auditorio, por lo que se debe valorarlos pensando en el auditorio, nunca pensando en quien habla: el contexto es un instrumento para la construcción argumentativa del sentido del enunciado, pero quien decide su eficacia es el auditorio. Por lo tanto, conocer los valores, los deseos, las costumbres y los gustos del auditorio es la condición para el éxito pragmático del argumento.

GORGAS desarrolla el concepto multidimensional de *Kairos*, traducido como 'decoro', para dar cuenta de esta relación entre el orador y su contexto que consiste en la capacidad de adaptación del discurso retórico a las condiciones y variables externas tales como el estado de ánimo del público, la ocasión que propició la reunión y la situación emocional, política, económica, etcétera, en la que se encuentra el público. El decoro es la capacidad

de percepción que el orador debe aprender a desarrollar dado que no se puede enseñar: es la experiencia y la necesidad la que desarrolla esta percepción, este modo de evaluar al auditorio y, por ende, de organizar el discurso persuasivo.

## **2.2. EFECTOS DE LA PERSUASIÓN SOBRE EL AUDITORIO**

Las condiciones que hacen posible la persuasión de un discurso en el auditorio son, entre otras:

A. El discurso persuasivo es aceptado por el auditorio cuando el orador (y su discurso) pertenecen al mismo grupo social, cultural, político, etcétera. La aceptación no es por lo que dice, sino por quién lo dice. La identidad radica en el orador, no en el contenido de su discurso.

B. El discurso es aceptado por el auditorio ante la emergencia contextual. Es el acuerdo sobre ciertos valores ante el contexto de emergencia el que facilita la aceptación del discurso persuasivo. Ante una emergencia climatológica (inundaciones, terremotos, otros) el discurso persuasivo, el que busca la modificación de una conducta, se acepta en términos generales, aunque no se acepten de manera racional, o ideológica, o pragmática ciertas partes del discurso. Las prioridades en las tareas son un ejemplo de aceptación general, aunque el uso político y faccioso de la tragedia por parte de las autoridades no se acepte racionalmente, la solidaridad inmediata hace dejar de lado la crítica que paralizaría la ayuda. Es la emergencia contextual la que condiciona la eficacia del discurso retórico. La inexistencia de la amenaza inminente nos lleva a otro tipo de discursos retóricos más eficaces.

C. El discurso persuasivo solo es posible cuando el otro, el auditorio, comprende su nivel semántico. Sin comprensión informativa no hay persuasión. El auditorio comparte, generalmente, las mismas ideas e informaciones sobre el hecho que los ha llevado a reunirse, con independencia de los grados académicos que pueda tener cada uno de ellos o lo diverso de sus formaciones académicas. Hay un denominador común informativo acerca del tema que los congrega; este denominador común informativo es el referente desde el cual el orador debe hablar para que sea entendido por su auditorio, por lo que si introduce nuevas informaciones deberá explicarlas.

D. La persuasión tiene como fin el mover a la acción a un auditorio: si se logra el propósito (la acción) se habrá persuadido; por lo tanto, el discurso persuasivo solo modifica las opiniones personales y, por ende, modifica la conducta del sujeto. Lo que está en juego no solo es la opinión personal, porque el objetivo de la persuasión es moverlo a realizar una acción. Que el discurso persuasivo alcance a muchas personas no quiere decir que se dirija al grupo como un todo, sino que se construye hacia un solo sujeto que es *todos* los presentes.

E. El discurso persuasivo ante auditorios claramente diferenciados por sus intereses —como el judicial: juez y contraparte— debe *elegir* a quién se dirige. Ahora ya no es a *todos*, sino a uno en particular que se quiere persuadir: los buenos argumentos, en este caso, son aquellos que son compartidos por el sujeto a persuadir. La persuasión radica en la propuesta de identidad de ideas entre quien persuade y el persuadido: *no es que yo te quiera convencer de algo, sino que repito tus ideas que me han convencido a mí* (aunque en verdad las ideas sean mías).

VAN DIJK<sup>14</sup> describe dos condiciones que hacen posibles los efectos del discurso persuasivo en la mente, ellas son:

### Condiciones cognitivas

Las personas antes de cambiar de opinión o de conducta ya poseen creencias o ideas que al interactuar con su comunidad se vuelven creencias socialmente compartidas. Estas personas están aprendiendo que otras personas, en circunstancias similares, tienen las mismas o similares creencias o viceversa que las comparten con otros. Lo que están haciendo es compartir esas creencias y los cambios se producen sobre ideas ya adquiridas. La persuasión está facilitada por la falta de conocimiento social y político y, por el contrario, encuentra dificultades ante ambientes ricos y bien desarrollados social y cognitivamente.

### Condiciones sociales

Las personas han comprendido que las opiniones no solamente son personales sino que están relacionadas con los intereses del grupo, con las categorías dentro del grupo (niño, adulto, mujer, etcétera) y con situaciones sociales. Por lo tanto, las ideas del discurso persuasivo, al igual que otras representaciones sociales, son una construcción tanto cognitiva como social: no solo son mentalmente compartidas con otros como formas de cognición social, sino también producidas socialmente con otros miembros de la comunidad.

Otra perspectiva se encuentra en SEARLE, que caracteriza la argumentación como un acto de habla. Por ello dice que argumentar, acto de habla elocutivo, es presentar el propio discurso como coherente y justificable, con una fuerza perlocutiva que estriba en convencer al receptor de lo que afirmamos o de persuadir al receptor para que se mueva a la acción.

Las condiciones del discurso persuasivo, entonces, se presentan:

- A. Como el contenido propositivo del discurso persuasivo.
- B. Como la condición esencial. El conjunto de proposiciones sirve como un intento del hablante para justificar la conclusión propuesta al oyente.

---

<sup>14</sup> Teun A. VAN DIJK, *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Barcelona: Gedisa, 1999, p. 309.

- C. Como las condiciones preparatorias:
  - C.1. El hablante cree que el oyente no aceptará de entrada su opinión.
  - C.2. El hablante cree que el oyente aceptará, tarde o temprano, las proposiciones expresadas.
  - C.3. El hablante cree que el oyente aceptará las proposiciones expresadas.
- D. Como las condiciones de aceptabilidad.
  - D.1. El hablante cree que la conclusión es aceptable.
  - D.2. El hablante cree que el contenido de las proposiciones es aceptable.
  - D.3. El hablante cree que las justificaciones son aceptables.

Los efectos perlocutivos mínimos que debemos esperar del oyente son la aceptación de lo que expresamos en los siguiente grados: en todo, en parte, algunos. El oyente es quien decide acerca de la eficacia del acto de habla perlocutivo, pero no decide el acto de habla ilocutivo, que pertenece enteramente al hablante.

### 3.

## RETÓRICA JURÍDICA Y PUNTO DE VISTA NARRATIVO

La pregunta ahora es saber quién habla dentro del enunciado y quién realiza el conjunto de operaciones sobre el lenguaje para construir el sentido del enunciado con intenciones argumentativas. A simple vista parece ser que el hablante del enunciado es quien emite el enunciado. Sin embargo, desde el texto de PROPP sobre la estructura de los cuentos fantásticos rusos, donde propone el concepto de *actante*, se puede concebir al relato soportado ya no por actores que narran sino por funciones que facilitan la acción. Así, los actantes se definen por las esferas de acción en las cuales participan, y estas esferas están constituidas por las funciones predeterminadas.

FOUCAULT<sup>15</sup> se pregunta ante la Société Française de Philosophie ¿qué es un autor? En primer lugar define al autor no como un sujeto sino como una función que es característica “del modo de existencia, circulación y de funcionamiento de ciertos discursos en el interior de una sociedad” cuando este se entiende en relación con la propiedad de la obra y sus consecuencias jurídicas de protección.

---

<sup>15</sup> Michel FOUCAULT, *Entre filosofía y literatura*, Barcelona: Paidós, 1999, p. 38.

Sin embargo, cuando la función de autor se relaciona con la textualidad de la obra, esta función conlleva una pluralidad de ego, una pluralidad de *yo* que hablan. Así, afirma FOUCAULT,<sup>16</sup> el “ego que habla en el prefacio de un tratado de matemáticas —y que indica las circunstancias de su composición— no es idéntico ni por su posición ni por su funcionamiento al que habla en el curso de una demostración y que aparece bajo la forma de un ‘concluyo’ o ‘supongo’: en un caso el ‘yo’ remite a un individuo sin equivalente que, en un lugar y en un tiempo determinados, ha cumplido un cierto trabajo [...]”. Luego agrega FOUCAULT: “En el segundo, el ‘yo’ designa un plan y un momento de demostración que cualquier individuo puede ocupar, siempre que haya aceptado el sistema de símbolos, el mismo juego de axiomas, el mismo conjunto de demostraciones previas”. FOUCAULT continúa diciendo que, en este ejercicio de caracterizar los egos hablantes dentro de un discurso, podría reconocerse un tercer emisor dentro del ejemplo del tratado de matemáticas: “aquel que habla para decir el sentido del trabajo, los obstáculos encontrados, los resultados obtenidos, los problemas que todavía se plantean; este ego se sitúa en el campo de los discursos matemáticos ya existentes o aún por venir”.

Pero habría otra posibilidad de abordar el problema de los *autores* dentro del propio enunciado. Así, se puede afirmar que la construcción retórica es diversa del enunciado retórico, por ello no son el mismo sujeto hablante de una u otra acción. La construcción retórica es el acto mediante el cual el hablante construye la intencionalidad argumentativa por medio de enunciados retóricos. Estos enunciados retóricos se expresan en figuras retóricas específicas, determinadas y creadas con anterioridad a la enunciación por otros autores. La formalidad de los enunciados retóricos fue creada y, por ende, emitida por un sujeto hablante, en la mayoría de los casos, anónimo; sin embargo, se puede rastrear la creación de las figuras retóricas en la obra de hablantes determinados. Muchas de esas figuras retóricas fueron emitidas originalmente por un sujeto hablante, y un segundo sujeto hablante las retoma y las usa de manera particular. Ese uso particular de la figura la vuelve una nueva figura. Por lo tanto, el *hablante pragmático* es aquel que realiza la construcción retórica entendida como el acto mediante el cual un sujeto hablante construye lingüísticamente la intencionalidad argumentativa de su discurso por medio de los enunciados retóricos.

El *hablante histórico* es aquel sujeto que construyó los enunciados retóricos (las figuras retóricas), mismos que son utilizados por el sujeto hablante pragmático para la construcción del discurso argumentativo. El hablante histórico se presenta como anónimo en muchos casos, pero también personalizado en otros casos: ARISTÓTELES es creador de varias figuras

---

<sup>16</sup> Ibídem, p. 343.



retóricas, pero QUINTILIANO, al hacerlas suyas, las modifica en su uso; por lo tanto, son nuevas figuras las propuestas por QUINTILIANO a las propuestas por ARISTÓTELES. QUEVEDO resemantiza y reutiliza varias figuras a su modo y genio de manera diferente a sus contemporáneos. Un estudio comparado del uso de las figuras retóricas en la poesía del Siglo de Oro español puede revelar con claridad esta afirmación.

Estos dos sujetos hablantes (pragmático e histórico) están determinados como emisores externos del enunciado, uno que lo construye (hablante pragmático) y el otro que ha creado las figuras (hablante histórico) utilizadas por el primero. *Sujetos*, en este caso, debe ser entendido como persona: persona que construye y emite el discurso retórico y persona que ha creado históricamente las figuras retóricas. Sin embargo, dentro del enunciado retórico se encuentran otros sujetos hablantes. Y ahora la palabra *sujeto* no tiene la connotación de persona física sino de persona gramatical. Debe ser entendido este sujeto en el sentido gramatical que se expresa lingüísticamente como pronombre. Así, la enunciación del discurso retórico tiene dos sujetos emisores: el sujeto físico hablante y el sujeto físico creador de las figuras retóricas. Pero el enunciado retórico, es decir, el producto de la enunciación, tiene otros sujetos gramaticales diferentes a los sujetos físicos de la enunciación. Los sujetos contenidos en el enunciado retórico no son quienes hablan (quienes emiten el enunciado) sino que son aquellos de quienes se habla en el enunciado dado que el sujeto gramatical, dentro del enunciado oracional, tiene esa condición. En el enunciado oracional el sujeto es aquel de quien se habla, el verbo es lo que realiza el sujeto, los complementos (directo, indirecto y circunstancial) informan sobre la condición del sujeto, mientras que los adverbios informan sobre la acción verbal.

Las variadas formas de presentarse en el enunciado el sujeto gramatical (omitido, expreso, en la desinencia verbal, etcétera) no obstan para que siempre podamos identificar el pronombre, es decir, reconocer la persona sobre quien se habla en el enunciado. Por lo tanto, el *hablante gramatical* es aquel de quien se habla en el enunciado, es aquel de quien se informa sobre la acción que realiza y el modo de esa acción. Este sujeto hablante gramatical tiene el mayor universo de significación dado que abarca cada una de las personas del pronombre: yo, tú, él, nosotros, ustedes y ellos. El sujeto gramatical no solo se coloca en diversas personas indicando su identidad, sino que su mayor riqueza radica en la expresión verbal asociada a él, dado que ella informa directamente sobre la acción que realiza el sujeto (verbo) y el modo de esa acción (adverbios).

Este *hablante gramatical* en el enunciado retórico es aquel que narra la argumentación a nombre del sujeto hablante histórico como lo he definido, es decir, a nombre del

autor empírico que es el responsable del discurso y es denominado como el *enunciador* por DUCROT<sup>17</sup> quien afirma que “el enunciador es al locutor lo que el personaje es al autor”.

La diferencia de nomenclatura entre autor, hablante pragmático, y el narrador, hablante gramatical, radica en que mi nomenclatura está asociada a la enunciación pragmática del discurso retórico argumentativo, mientras que para DUCROT y GENETTE (en quien se basa DUCROT) la nomenclatura está asociada a la enunciación sintáctica.

GREIMAS,<sup>18</sup> por su parte, en una lectura crítica a los trabajos de Vladimir PROPP, afirma que el actante no es solo la manera en que se denomina un valor axiológico dentro de la narración, sino que es, también, una clasificación que se instituye como una posibilidad de proceso dado que el actante se construye a partir de un haz de funciones. Esto permite que un modelo actancial, independientemente de la clase de narración que se esté estudiando, se obtenga gracias a la estructuración paradigmática del inventario de los actantes.

Por lo tanto, el enunciado jurídico (me refiero al texto de la ley) tiene varios actantes hablantes (no sujetos) que podemos identificar desde diversas perspectivas. Quien realiza las operaciones en el lenguaje jurídico con el lenguaje es el autor pragmático, pero por esas acciones se construyen varios actantes, es decir, valores axiológicos, colocados en perspectivas totalmente diferentes unos de otros; por lo tanto, la argumentación no es lineal sino enormemente rica. El enunciado remite a varias personas físicas y gramaticales y a varios actantes; por lo tanto, a variados y polisémicos sentidos del enunciado. El enunciado legal es el espacio formal en el que las operaciones del lenguaje con el lenguaje construyen diversos sujetos y actantes y, por ende, diversas perspectivas de abordaje argumentativas. La contraargumentación tiene varias “puertas” para entrar y la argumentación varias “puertas” para salir.

La ley, como enunciado, tiene diversos sujetos y actantes:

1. El hablante pragmático de la ley se presenta en dos sentidos: formalmente se denomina *legislador*. Este es un sujeto que adquiere personalidad por virtud del mandato de la ley, pero realmente el legislador no es un sujeto sino un conjunto de personas que tiene personalidad legal que lo faculta para narrar algo; por ello es un actante y no un sujeto. Por otra parte, el actante hablante pragmático de la ley es un producto, es un resultado. El hablante pragmático de la ley es el acuerdo consensuado en el diálogo parlamentario que da como resultado un enunciado denominado *ley*, o es el producto de un acto de imposición en el que una mayoría se impone sobre una minoría. Ese acto de imposición es el sujeto hablante pragmático de la ley. En resumen, el emisor de la ley es un actante (un valor) existente por

<sup>17</sup> Oswald DUCROT, *El decir y lo dicho. Polifonía de la enunciación*, Barcelona: Paidós Comunicación, 1986, p. 229.

<sup>18</sup> A. J. GREIMAS, *Semántica estructural*, Madrid: Gredos, 1987, p. 284.

virtud de la ley con función narrativa disciplinadora y obligatoria, es un actante con función de acuerdo construido en diálogo o es un actante con función de imposición por medio de una votación. Cualquiera que sea el hablante pragmático que se elija para la argumentación, es posible construir operaciones del lenguaje con el lenguaje para construir el sentido del enunciado de acuerdo a las intencionalidades procesales. La argumentación se puede desarrollar desde cualquiera de las tres concepciones anteriores.

2. El hablante histórico es el que construyó las variadas formas del enunciado legal, pero el sujeto hablante pragmático que las utilizó y las modificó es un referente que las operaciones del lenguaje harán valer para construir el sentido del enunciado. Es sobre el discurso formal del hablante histórico sobre el que el enunciado retórico argumentativo construirá las operaciones del lenguaje para reivindicar un sentido determinado del enunciado legal desde su contemporaneidad. Desde las formas construidas por el hablante histórico se realizan las operaciones del lenguaje para proponer un sentido contemporáneo al enunciado. La manera de redactarse la ley o los modelos de redacción del tipo penal son un ejemplo de lo anterior.

3. El hablante gramatical de la ley es el sujeto al que se refiere el verbo del enunciado legal. Son, pues, los sujetos regulados por la ley. El sujeto hablante gramatical se presenta de manera abstracta bajo las formas de: *todos, aquel, quien...* También se presenta de manera concreta: *los pueblos indígenas, las mujeres, los menores de edad...* Pero nunca se presentará en pronombres del singular: *yo, tú, él.*

La significación, es decir, las relaciones de presuposición que se establecen entre el significante y el significado dentro del enunciado, se presenta desde varios sujetos dentro de la misma frase. Así, se pueden establecer diversos puntos de vista desde quien emite el enunciado y diversos puntos de vista desde quien “habita”, es decir, de quien es regulado, el enunciado. El enunciado legal hace referencia a varios sujetos; por lo tanto, yo puedo tomar uno u otro de los sujetos para desde él construir el sentido argumentativo. De esta afirmación se deriva la hipótesis que hemos venido sustentando: la argumentación se realiza con los recursos retóricos dentro del enunciado.

En la ley se pueden, entonces, reconocer tres sujetos hablantes:

1. El hablante pragmático:
  - 1.1. el legislador como sujeto legal;
  - 1.2. la unanimidad de los legisladores;
  - 1.3. el consenso dialógico entre los legisladores;
  - 1.4. la mayoría de los legisladores que se impone a la minoría parlamentaria.

2. El hablante histórico:
  - 2.1. el creador de las formas del lenguaje del enunciado legal; por ejemplo, el tipo penal;
  - 2.2. el creador de nuevas formas de presentarse el enunciado legal; por ejemplo, los criterios de racionalidad económica, legal y lingüística del enunciado legal;
  - 2.3. el creador de nuevas maneras de crear el enunciado legal a partir de la resemantización de las dos indicaciones anteriores.
3. El hablante gramatical:
  - 3.1. los pronombres: *nosotros, ellos*;
  - 3.2. el sujeto explícito: *las mujeres, los niños, los pueblos indígenas*, etcétera;
  - 3.3. el sujeto universal: *todos*;
  - 3.4. el sujeto colectivo: *quien, aquel*.

De esta descripción que propongo acerca del autor de la ley, queda prácticamente descartado el autor físico entendido como el legislador como si este existiera físicamente. La frase *el legislador*, como autor, quiere decir cada uno de los momentos que he descrito con anterioridad. *El legislador* es el producto de un proceso legislativo constituyente: el autor de la ley no es una persona física sino que el *legislador* es el producto de un proceso discursivo, dialógico, argumentativo y, también, autoritario y coyuntural. Al decir de BAJTIN “el autor no puede ni debe ser definido por nosotros como persona, porque nosotros estamos en él, vivenciamos su visión activa; y solo al término de la contemplación [...], o sea, cuando el autor deje de dirigir activamente nuestra visión, objetivamos nuestra actividad vivida bajo su orientación [...]”.<sup>19</sup>

El autor de la ley no es una persona porque él actúa en función de los proyectos ideológicos, éticos, etcétera, de sus representados; por lo tanto, es un actante (en el sentido de GREIMAS): el acuerdo o la imposición como autores de la ley son la expresión mayoritaria o minoritaria del electorado. El autor de la ley es, en extrema instancia, la ritualidad legal y, además, la legitimidad social que el enunciado alcanza en la comunidad, de ahí que *cuando el autor deje de dirigir activamente nuestra visión, objetivamos nuestra actividad vivida bajo su orientación* a modo de argumentación retórica.

En resumen, no hay un solo sujeto hablante en el enunciado sino que están presentes una variedad de sujetos con estatus gramaticales diferentes que dan por resultado una

---

<sup>19</sup> M. M. BAJTIN, *Estética de la creación verbal*, México: Siglo XXI, 1982, p. 180.

estratificación de sentidos: desde cada uno de esos sujetos se puede desarrollar un sentido del enunciado.

La argumentación retórica jurídica (neorretórica) eficaz consiste en hacer uso de:

1. la condición polisémica de la palabra;
2. la característica de generalidad y abstracción de la ley en relación con el caso concreto y particular: de lo abstracto de la ley a lo concreto de su aplicación;
3. la presencia de diversos sujetos hablantes contenidos en el enunciado;
4. el privilegiar uno u otro sentido proveniente de los diversos sujetos hablantes en el enunciado.

#### 4.

### RETÓRICA JURÍDICA Y AUDITORIO

Esta multiplicidad de hablantes se presenta ante un auditorio determinado y específico con un objetivo: convencerlo, persuadirlo o simplemente lograr su adhesión a las premisas del orador. Esta es la función única de la argumentación: dirigirse a una persona o a un conjunto de personas para modificar sus ideas y comportamientos.

Se denomina *auditorio*, de manera descriptiva, a la persona o conjunto de personas a los que se dirige el orador con el fin de modificar tanto sus ideas como sus sentimientos o acciones. Expresado de esta manera pareciera que el auditorio tiene un comportamiento pasivo, sin embargo no es así. Solo es posible la persuasión si el auditorio interactúa activamente con el orador. Esta interacción consiste en ir completando, agregando y corrigiendo los enunciados del orador desde la cultura comunitaria del auditorio, desde las ideas creadas y compartidas socialmente. El auditorio no se convence de lo que le dice el orador, sino que el auditorio construye su convencimiento desde las palabras del orador pero otorgándoles un sentido pertinente a sus deseos. El orador ofrece las palabras y el auditorio les adjudica un sentido coherente a sus necesidades. Deseo y necesidad construyen el sentido de las palabras del orador con los cuales se identificarán. Las palabras del orador son “cajitas” sintácticas que serán llenadas con el deseo y la necesidad del auditorio. El discurso del orador, por lo tanto, es pertinente o impertinente al deseo y la necesidad del auditorio. La característica demostrativa y lógica del discurso como valor argumentativo primordial es indiferente como valor de convencimiento.

Si el derecho se presenta ante nosotros en tres espacios, a saber, la creación de la ley, la aplicación de la ley y la construcción del saber jurídico, entonces el auditorio del orador jurídico deberá ser caracterizado a partir de esta premisa.

En primer lugar, el auditorio del orador legislativo es, de manera manifiesta, sus pares, el pleno de las Cámaras parlamentarias; sin embargo, de manera real, el orador legislativo no tiene como auditorio a sus pares, sino a la comunidad. El orador legislativo le habla a la comunidad toda (discurso amplificado por los medios masivos de comunicación) con la clara intención de persuadirla a ella, no a sus pares, dado que sus pares responden fundamentalmente a su organización política y por ello sus ideas, y por ende su voto, son institucionales, salvo escasas y extrañas excepciones. El auditorio a ser convencido en la construcción de la ley es la comunidad; por ello, el auditorio real del orador legislativo es la misma comunidad. La persuasión, en este caso, no es sobre la conveniencia de votar a favor o en contra de la ley, sino algo más eficaz que un voto: la legitimidad o ilegitimidad de la ley. Ese es el objetivo real del orador legislativo: no convencer a sus pares de la bondad del proyecto, sino persuadir a la comunidad de que, si bien la ley es legal porque ha cumplido con la ritualidad constitucionalmente establecida, no es legítima por la razón que ofrezcan, o, por el contrario, demostrar que la validez de la norma no radica en su legalidad sino en su legitimidad.

El auditorio inmediato del orador legislativo va desde sus pares reunidos en comisiones hasta sus pares reunidos en pleno. Este auditorio formal se divide en: a) compañeros de partido, b) aliados a su partido y c) adversarios políticos. Este auditorio inmediato es formal dado que el discurso que ante él se pronuncia no tiene la intención de modificar sus ideas: se les habla a ellos pero no se dirige el discurso a ellos. Los compañeros de su partido comparten sus ideas, los aliados comparten sus ideas y los adversarios no comparten sus ideas *a priori*; es decir, no aceptarán sus ideas no porque no estén de acuerdo con ellas (en algunos casos podrían estar de acuerdo) sino porque su aceptación implicaría no solo abdicar de sus ideas sino perder lo más importante, que son sus bases políticas, al abdicar ante las ideas del otro. Por lo tanto, el discurso argumentativo del orador legislativo tiene como auditorio formal a sus pares pero como auditorio real a la comunidad; es a ella a quien se dirigen y es a ella a quien desean convencer, persuadir y buscar la adhesión a sus ideas. Técnicamente es un error del orador legislativo dirigirse sus pares como fin último de su discurso.

En segundo lugar, el auditorio del orador dentro del litigio judicial es más sofisticado. A simple vista se puede describir que el auditorio es a un tiempo tanto la contraparte procesal como el propio juez. Sin embargo, a pesar de que generalmente se describe al auditorio como la persona o el conjunto de personas a los que se dirige el orador, el auditorio dentro

de la triada procesal, a mi juicio, no son personas sino funciones lingüísticas o, mejor dicho, son funciones lingüísticas que representan personas. La contraparte del orador dentro del procedimiento judicial representa los intereses del adversario; aceptar los razonamientos del orador o dejarse persuadir por sus ideas significaría, lo menos, una traición a los intereses de su representado; en última instancia que sea el juez quien decida, dada su función formal dentro del procedimiento. Si es verdad esta afirmación, aunque sea en parte, entonces es verdad que es irrelevante para el orador dentro del proceso judicial el tomar a la contraparte como auditorio.

Se presenta el juez, entonces, como el auditorio idóneo a convencer, persuadir y, fundamentalmente, para que adhiera a nuestras ideas interpretativas de la ley en la sentencia. Es falsa e inocente la idea de que el discurso del orador puede convencer al juez. Si ello fuera así, supondría la existencia del juez como simple receptor de argumentos que posteriormente valora y decide a favor de uno u otro. Los jueces no están a la espera de los argumentos interpretativos de la ley que realizan las partes; los jueces litigan, los jueces son parte del proceso. Pensar lo contrario es un error inocente. Los jueces, siempre, son parte del proceso porque reivindican intereses institucionales. Los intereses de las partes siempre están asociados o a su libertad, o a su patrimonio, o a cualquier otra reivindicación de sus intereses particulares. Los intereses de los jueces están siempre asociados a sus preinterpretaciones de la ley. Los jueces no tienen, ni deben tener, intereses personales en los juicios, pero los jueces tienen y deben tener intereses institucionales en los juicios. Esos intereses institucionales son las interpretaciones legales, son los modos de entender y argumentar los enunciados jurídicos. Esto es, los jueces no tienen intereses en los hechos, solo tienen intereses interpretativos de la ley, uno de los cuales es evidentemente la ponderación de los argumentos de las partes.

La interpretación de las normas jurídicas no está ligada a la cultura, a la formación o a los intereses personales de los jueces de forma manifiesta, sino que la interpretación del corpus jurídico por parte del juez está sujeta a las preinterpretaciones institucionales que las cortes nacionales o los tribunales constitucionales realizan del corpus jurídico de una nación. Cuando el juez valora una argumentación del orador lo hace desde los intereses institucionales que se encuentran claramente establecidos en la jurisprudencia, en las tesis, en los criterios judiciales, en los votos particulares de los magistrados y ministros, en las doctrinas aceptadas y, simplemente, en la reiteración de las sentencias. El juez es, fundamentalmente, una parte dentro del proceso judicial dado que reivindica argumentativamente un modo de interpretar el corpus jurídico, se lo impone a las partes en la sentencia a modo de argumentación. Por lo tanto, el auditorio del orador dentro del proceso es formalmente el juez, pero

su auditorio real es el conjunto de interpretaciones de la corte superior: jurisprudencias, tesis, votos particulares y reiteración de sentencias con las cuales se discute.

El argumento fuerte de que esta premisa es verdadera radica en que la ley reconoce diversas instancias procesales para convencer, persuadir o buscar la adhesión a las ideas del orador. Estas instancias procesales para continuar la discusión con el auditorio formal (los jueces) son, en México, la apelación, el juicio de amparo, y cuando la discusión es sobre un precepto constitucional la ley reconoce que es la Corte Federal, en su función de tribunal constitucional, la que debe atraer la discusión, siempre y cuando no exista previa interpretación jurisprudencial al respecto, porque si existe, el juez de amparo debe hacerla valer en su sentencia. Por lo tanto, el auditorio del orador dentro del proceso judicial es formalmente el juez, pero realmente la discusión (de las interpretaciones del enunciado jurídico) se establece entre los argumentos del orador y los argumentos preinterpretados de la institución jurisdiccional. El convencimiento, o persuasión, o adhesión del juez a las ideas del orador consiste en demostrar que el argumento del orador es el mismo argumento preinterpretado del órgano jurisdiccional que se expresa materialmente en una jurisprudencia, una tesis, etcétera, determinada.

Si el auditorio formal del orador en el proceso jurisdiccional es el juez y el auditorio real es el contexto preinterpretativo del corpus jurídico que realiza la corte, el auditorio del juez, entonces, formalmente, son las partes del proceso. Sin embargo, el auditorio real del juez, el auditorio al que hay que convencer, persuadir o buscar su adhesión a nuestras ideas no son las partes del proceso, dado que el discurso argumentativo del juez se impone por mandato de ley. La sentencia es obligatoria y vinculante para las partes y pone fin a una etapa del proceso. Las partes pueden recurrir la sentencia, es decir, puede apelar el fallo, pero será una instancia jerárquicamente superior la que decida, no el juez de primera instancia. La decisión de la revisión de la sentencia no recae en las partes, sino en un superior; por lo tanto, el auditorio del juez de primera instancia es el juez de apelación, porque es su jerárquico superior. Es él quien decide, ante una apelación, si los argumentos del juez de primera instancia se convalidan, se modifican o se revocan. Esa capacidad decisoria del juez de apelación sobre los argumentos del juez de primera instancia vuelve al primero el auditorio del segundo. El auditorio, por lo tanto, del juez de primera instancia es el juez de apelación, al que hay que convencer, persuadir o buscar su adhesión a los argumentos de la sentencia dado que él tiene la capacidad de convalidar, modificar o revocar los argumentos del orador judicial.

Si lo anterior es verdad, entonces todos los auditorios jurisdiccionales siempre serán los órganos judiciales de mayor jerarquía. Sin embargo, a las cortes nacionales y a los



tribunales constitucionales que no tienen un órgano jerárquicamente superior que decida sobre sus sentencias no se les puede aplicar esta hipótesis. El auditorio de las cortes nacionales y los tribunales constitucionales, es decir, aquellos a los que habrá que convencer, persuadir o buscar su adhesión a los argumentos propuestos en las interpretaciones de la ley no son los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores, ya que por mandato de ley estos deberán aplicar las interpretaciones de la Corte federal de manera obligatoria. Por lo tanto, las cortes nacionales y los tribunales constitucionales tienen como auditorio a la comunidad. Decir *comunidad* es decir mucho, demasiado: habrá que precisar. El auditorio de la corte es la comunidad, es verdad, pero es una parte de la comunidad total de una nación, es la comunidad racionalmente actuante. Por *comunidad racionalmente actuante* quiero decir la comunidad organizada de acuerdo a sus intereses, que actúa en conjunto y que tiene ideas, proyectos o simples modos de concebir la realidad de un modo determinado. A ese discurso de sus ideas, deseos y necesidades expresadas en un discurso público coherente lo denomino *racional*. Son los grupos reales de poder que tienen la capacidad de movilizar personas pero fundamentalmente que tienen la capacidad de difundir ampliamente sus ideas y así convencer, persuadir o buscar la adhesión de los operadores políticos a sus ideas. La corte tiene a esa comunidad racionalmente actuante como auditorio y, como todo auditorio, es heterogéneo.

El discurso de la corte tendrá, a su vez, que ir eligiendo, en cada caso concreto, a cuál de las comunidades racionalmente actuantes se está dirigiendo. Y esa elección tiene que ver con la pertinencia o impertinencia de su discurso, tiene que ver con la identidad entre su discurso institucional y el discurso de la comunidad elegida. El discurso argumentativo de la Corte es un discurso en búsqueda de legitimidad comunitaria y no solamente de legalidad. La legalidad del discurso de la Corte se alcanza simplemente al cumplir con la ritualidad procesal establecida por la ley, pero la legitimidad del discurso de la corte solo se alcanza cuando este es pertinente al discurso ya establecido, sistematizado y hecho suyo por una o varias comunidades racionalmente actuantes.

La eficacia del discurso del orador del proceso judicial radica en que su discurso es pertinente al discurso institucional de las cortes. La eficacia del discurso del juez es la pertinencia de la sentencia en relación con las preinterpretaciones institucionales a las que pertenece. La eficacia del discurso de la Corte Federal es la pertinencia entre su discurso y el discurso de una o varias comunidades racionalmente actuantes. La eficacia, pues, del discurso jurídico radica, entre otras cosas, en la clara elección del auditorio al cual dirigirse para convencerlo, persuadirlo o buscar su adhesión a nuestras ideas. Esta elección significa,

en primera instancia, el conocimiento total del auditorio a convencer, lo que permitirá que los argumentos ofrecidos por el orador sean adecuados, pertinentes y adaptados.

En tercer lugar, el auditorio en el espacio de la construcción del saber jurídico, una vez más, no es una o varias personas contra las cuales se argumenta, aunque se pueda ejemplificar la discusión en una o varias personas. El auditorio al que se busca convencer, persuadir o buscar la adhesión a nuestras ideas es quien nos lee o quien nos escucha, no aquel contra quien o quienes argumentamos. En la construcción del saber jurídico se desmontan las ideas de otros teóricos a fin de construir nuestras propias ideas, pero este proceso no tiene como objetivo convencer o persuadir a los otros teóricos, sino convencer, persuadir y, fundamentalmente, buscar la adhesión a nuestras ideas del lector a quien va dirigido el texto.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid: Gredos, 1990.
- AUSTIN, John L., *Cómo hacer cosas con las palabras*, Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.
- BAJTIN, M. M., *Estética de la creación verbal*, México: Siglo XXI, 1982.
- BENVENISTE, Emile, *Problemas de lingüística general*, México: Siglo XXI, 1995.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De la invención retórica*, México: UNAM, 1997.
- *De la partición oratoria*, México: UNAM, 2000.
- DUCROT, Oswald, *El decir y lo dicho. Polifonía de la enunciación*, Barcelona: Paidós, 1986.
- FOUCAULT, Michel, *Entre filosofía y literatura*, Barcelona: Paidós, 1999.
- GREIMAS, A. J., *Semántica estructural. Investigación metodológica*, Madrid: Gredos, 1987.
- PLATÓN, *Diálogos*, México: Porrúa, 2012.
- QUINTILIANO, Marco Fabio, *Institución oratoria*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999.
- SEARLE, John. *Actos de habla*, Barcelona: Planeta-Agostini, 1994.
- VAN DIJK, Teun A., *La ciencia del texto*, Barcelona: Paidós, 1999.
- *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Barcelona: Gedisa, 2000.

# Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos familiares

About Family Law and the family legal business

*Mabel Rivero de Arhancet\**

Universidad de la República, Uruguay,  
<rivarace@adinet.com.uy>

**RESUMEN.** Nos proponemos referirnos brevemente al derecho de familia con la finalidad de identificar los elementos sustanciales que lo constituyen, distinguiendo, dentro de las relaciones jurídicas que se originan en él, aquellas reguladoras de las relaciones personales entre sus miembros y aquellas reguladoras de las relaciones patrimoniales que derivan de la situación familiar. Tales relaciones patrimoniales se referirán a las que regulan los derechos de los progenitores en cuanto administradores de los bienes de sus hijos, así como a aquellas que regulan el régimen de bienes entre los cónyuges —o sea, lo que se denomina *sociedad conyugal*— y al régimen de bienes entre las personas a quienes se aplica la Ley de Unión Concubinaria, con el propósito de vincular las normas del derecho de familia con las del derecho civil que entendemos aplicables.

**PALABRAS CLAVE.** Familia. Derecho de familia. Negocio jurídico familiar.

---

\* Profesora titular (grado 5) de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

**ABSTRACT.** We propose to refer briefly to the family law in order to identify the substantial elements constituting it, distinguishing within the legal relationships arising therein, those regulating personal relations between its members, those regulating economic relations that derive from the family situation. Such economic relations relate to which regulate the rights of parents in the stewards of their children, such as those governing the regime of property between spouses or what is called community property, as well as the regime of goods between those persons to whom the union law applies cohabitation with the purpose of linking standards to those of the Civil law family law I understand applicable.

**KEYWORDS.** Family. Family Law. Business legal family.

## 1.

### FAMILIA

Como su designación lo indica, el derecho que tratamos está íntimamente vinculado a la familia, a pesar de las dificultades con las que tropieza el intérprete a la hora de dar una respuesta clara e indiscutida en cuanto al concepto *familia*.

La importancia de la familia dentro del ordenamiento jurídico uruguayo se encuentra como punto de partida en el artículo 40 de la Constitución, que declara que la familia es la base de nuestra sociedad y que el Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

## 2.

### DERECHO DE FAMILIA

No parece desacertado visualizar el derecho civil como un océano dentro del cual un continente importante lo constituye el derecho de familia, el que, de acuerdo a lo reflexionado por CESTAU, está constituido por el conjunto de normas que regulan la constitución, la vida y el fin de la familia.

Hablamos exclusivamente de derecho civil, a pesar de los intentos de unificar el derecho civil y el derecho comercial, como lo ha señalado ALTERINI,<sup>1</sup> pues es nuestro propósito vincular las normas del derecho de familia con las del Código Civil.

Entendemos que surge del texto constitucional la idea de que familia apareja también presencia de hijos, pero aceptamos que no lo es como elemento sustancial —en cuanto a que

---

<sup>1</sup> Atilio Aníbal ALTERINI, “Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 3, Montevideo, 2006.

la falta de estos no impide la idea de conformación de familia—, sino que usualmente los hijos son parte de la familia.

Sociológicamente ello ha sido así en la medida en la que la presencia de hijos ha sido habitual en las familias, pero al día de hoy ha descendido notablemente el número de hijos, como surge de un informe de la consultora Wanda Cabella publicado por el Instituto Nacional de Estadística (INE) en el año 2009.<sup>2</sup>

Según expresa la autora, son conocidos los profundos cambios en la dinámica de formación de familias y la convivencia familiar, la reducción de la cantidad de matrimonios, el aumento de las uniones consensuales, el hecho de que las mujeres tienen menos hijos y cada vez más lo hacen fuera del contexto del matrimonio legal.

Indica que los cambios en la familia se han acompañado de un descenso muy importante en el nivel de la fecundidad, que ha tendido a situarse muy por debajo del nivel de reemplazo en la mayoría de los países de Europa occidental. Añade que los autores nórdicos Ronald LESTHANGHE y Dirk VAN DE KA fueron los primeros que en 1986 adoptaron el término *segunda transición demográfica* para dar cuenta de los grandes cambios que estaban ocurriendo en el ámbito de la vida familiar.

A pesar de todos los cambios que presenciamos, y que toma en cuenta el INE, en cuanto a las distintas estructuras familiares, es del caso señalar que bajo distintos ropajes las personas siguen uniéndose para vivir en el cobijo que presta la familia.

Cuando hablamos del *cobijo familiar* nos referimos a que las personas comparten un proyecto de vida con la colaboración mutua, ya sea material como espiritual, y con el ánimo de proyectarse en el futuro en su descendencia, a quien transmiten sus valores. Ello se mantiene más allá del pasaje de la familia patriarcal a la familia nuclear, a pesar de los cambios que refiere MEDINA.<sup>3</sup>

Estos elementos que señalamos permiten distinguir otras formas de convivencia que también el INE tuvo en cuenta, al referirse a personas que conviven con otra finalidad, compartiendo sus gastos, y ello en atención a distintos intereses de sus integrantes —razones laborales, religiosas, de salud, etcétera—. FANZOLATO<sup>4</sup> las identifica como *convivencias de ayuda mutua*.

Es decir que, en definitiva, las personas prosiguen conviviendo, en el matrimonio o fuera de él; convivencia de la que por lo general nacen hijos (en una progresión descendente,

---

<sup>2</sup> Informe de UNIFEM sobre hogar y familia, disponible en <www.ine.gub.uy/censos 2011>.

<sup>3</sup> Graciela MEDINA, *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

<sup>4</sup> Eduardo Ignacio FANZOLATO, *Derecho de familia*, Córdoba: Advocatus, 2007.

como hemos señalado), con lo que se crean relaciones de parentesco entre los integrantes, anudados sí por una red vinculatoria que les origina distintos derechos y deberes.

Dicha red vinculatoria estuvo en un primer momento originada en el matrimonio, pero con el transcurso de los años se desechó la exigencia del vínculo matrimonial, como sucedió con la ley 15855, del 25 de marzo de 1987, que modificando sustancialmente el régimen sucesorio reconoció iguales derechos hereditarios a los parientes del causante, abstracción hecha de la naturaleza del parentesco que hayan tenido con él.

Finalmente, con el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA, ley 17823, del 7 de setiembre de 2004) el legislador reconoció a texto expreso la existencia de una familia no originada en el matrimonio, a la que denominó *familia de hecho*.

Ello estuvo previsto en el artículo 51.3, cuando dispuso el deber alimentario del concubino o la concubina respecto a los hijos del otro integrante de la pareja que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho.

### 3.

## EL DERECHO DE FAMILIA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

Nos referiremos someramente a los principios generales de derecho y en especial a los específicos del derecho de familia, en virtud de la importancia que todo el ordenamiento jurídico nacional y los instrumentos internacionales les otorgan.

### 3.1. CONCEPTO DE PRINCIPIOS JURÍDICOS

Enseña CASTÁN TOBEÑAS<sup>5</sup> que los problemas relativos a la naturaleza y el sentido de los principios generales del derecho han sido y siguen siendo objeto de acaloradas discusiones.

Las distintas posiciones que se han dado pueden referirse a dos grandes corrientes: una filosófica o iusnaturalista y otra positiva o histórica, sin perjuicio de la existencia de algunas doctrinas eclécticas que combinan ambas.

La posición jusnaturalista ha considerado que los principios generales de derecho son aquellos principios de justicia, revelados por la razón y la conciencia, que encierran una verdad jurídica universal.

---

<sup>5</sup> José CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid: Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1947.

Por su parte, MESSINEO<sup>6</sup> identifica los principios generales como el tejido conjuntivo del entero ordenamiento jurídico, principios cuya reconstrucción es posible mediante un procedimiento lógico que arranca de lo particular y va hacia una progresiva y cada vez más amplia generalización (procedimiento inductivo).

CASTÁN TOBEÑAS,<sup>7</sup> en posición que compartimos, entiende que, si bien las exigencias de la unidad del sistema obligan a suplir los vacíos y deficiencias de una legislación con los propios principios que la informan, siempre podrán servir los principios del derecho natural, en primer lugar, de elemento auxiliar para indagar y esclarecer los del derecho vigente, y, en segundo término, de elemento complementario para suplir sus lagunas cuando se agote la potencia normativa del sistema jurídico positivo.

La importancia de los principios generales de derecho en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra no solamente en la referencia que hace de ellos el Código Civil cuando trata de la interpretación de la ley (artículo 17), también en el texto constitucional encontramos tal referencia en el artículo 332, y lo mismo en el Código General del Proceso al referirse también a la interpretación de las normas procesales (artículo 14).

### **3.2. PRINCIPIOS GENERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO**

En la medida en que el derecho tiene como finalidad regular las relaciones de las personas entre sí, entendemos que el reconocimiento de sus derechos sustanciales en tanto personas, y aquellos reguladores de su relación, serán los principios orientadores a la hora de dar una respuesta a las interrogantes generadas en distintas situaciones.

Así, el principio de dignidad de las personas —derecho que da cobijo a múltiples derechos humanos—, el derecho a la igualdad, a la diferencia, a la convivencia ordenada y fundada en la buena fe, y a la solidaridad, creemos que son principios invocables para las distintas situaciones en las que se encuentren las personas.

### **3.3. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS EN EL DERECHO DE FAMILIA**

En trabajo que hemos hecho con la escribana Beatriz RAMOS<sup>8</sup> nos hemos referido a este tema, cuyos lineamientos se siguen en esta parte.

---

<sup>6</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

<sup>7</sup> CASTÁN TOBEÑAS, o. cit.

<sup>8</sup> MABEL RIVERO DE ARHANCET y BEATRIZ RAMOS CABANELLAS, "Principios aplicables en las relaciones de familia", en *Revista de Derecho*, n.º 4, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, 2009.



Si bien entendemos que son aplicables al derecho de familia la mayor parte de los principios generales de derecho —algunos de ellos con distinto peso en el derecho de familia personal que en el patrimonial—, también entendemos que existen principios jurídicos específicos para el derecho de familia.

Al tratar este punto nos referiremos a aquellos principios que entendemos fundamentales, admitiendo que algunos de ellos no son específicos del derecho de familia pues lo trascienden, como lo son aquellos que tienen que ver con la persona en cuanto tal.

### **3.3.1. Principio básico esencial: el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad**

Ya ha señalado MESSINEO que la familia es una unidad orgánica y está regida por principios unitarios.

En Uruguay y en lo referido a la familia, la Constitución Nacional en el artículo 40 le reconoce a esta un rol fundamental al decir que es la base de nuestra sociedad. En el mismo artículo dispone que el Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Consideramos que de este artículo y de los subsiguientes del texto constitucional surge un principio general: *el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad*.

Ello no significa, sin embargo, reconocer a la familia en tanto institución un derecho prioritario que permita desconocer los derechos de sus integrantes, en especial de los más vulnerables.

### **3.3.2. Respeto a la identidad personal**

Si bien el tema *identidad* trasciende el derecho de familia, no es posible desconocer la importancia que supone para él, en la medida en que la familia está integrada por personas que deben encontrar su protección primaria y esencial dentro de ella.

Cuando hablamos de *identidad* lo hacemos partiendo de la identidad biológica, que, como ha dicho LLOVERAS, es el derecho que tiene toda persona de:

[...] conocer su propia génesis, su procedencia, aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que, aprehendido, permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal) [...].<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Nora LLOVERAS, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*, Buenos Aires: Depalma, 1998.

Es decir que todas las personas tienen derecho a conocer su origen, principio que ya encontramos en el Código del Niño de 1934 (hoy derogado), cuando disponía que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres, y ello sin perjuicio de su reconocimiento en el Código de la Niñez y la Adolescencia, inspirado a su vez en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

### **3.3.3. Respeto a su identidad sexual**

Sin duda el sexo es de gran importancia para la persona, pues tiene que ver con su propia y más íntima identidad.

FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>10</sup> distingue entre *identidad sexual estática y dinámica*. La primera refiere al sexo que tiene una persona al nacer (varón o mujer). La segunda refiere al género con el cual la persona se identifica. En general las dos facetas coinciden en una persona; sin embargo, hay sujetos en los cuales esto no sucede, como es el caso de los transexuales, que son personas que nacieron con un sexo pero se sienten como pertenecientes al sexo opuesto. Es decir, se identifican con un género distinto al de su nacimiento.

La ciencia ha dado cierta respuesta a estas personas, y en determinadas situaciones y luego de muchas pruebas se han realizado las usualmente conocidas como *operaciones de reasignación de sexo*. Estas intervenciones quirúrgicas han generado en los sujetos intervenidos la lógica inquietud por rectificar su partida de nacimiento para adecuarla a la nueva realidad social que les toca vivir, esto es, vivir la vida desde un nuevo sexo.

Al respecto debe mencionarse la ley 18620, que admitió la posibilidad de modificar la documentación de aquellas personas cuya identidad de género no coincidía con su identidad sexual adjudicada.

En este sentido, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno<sup>11</sup> se ha referido a un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia que expresó:

Entre esos derechos esenciales o humanos, propios de la dignidad de toda persona, figuran los derechos de la personalidad, entre los cuales es posible distinguir nítidamente el de su propia identidad. [...] una persona debe ser una sola desde el plano físico y desde el plano síquico. Debe estar integrada y no, diríase, desgajada en dos [...] Porque ello supone una disociación inadmisibles que rompe esa integridad existencial a la que tiene derecho toda persona humana en tanto su dignidad lo requiere para reconocerse a sí misma.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1994.

<sup>11</sup> Sentencia 207/004 (Maggi [r], Cantero y Pérez Manrique).

<sup>12</sup> Sentencia 139/97 (Marabotto [r], Cairoli, Torello, Alonso de Marco y Mariño).

### **3.3.4. Principio de solidaridad**

El principio de solidaridad trasciende claramente el derecho de familia, pero es dentro de las relaciones de familia un principio esencial.

Tal principio ha sido recogido por diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico; por ejemplo, entendemos que el CNA lo ha formulado en su artículo 45 cuando refiere a la asistencia familiar, o el Código Civil al disponer la obligación alimentaria en favor de determinados integrantes de la familia (artículos 116 a 119) y entre los cónyuges (artículo 129).

También múltiples fallos judiciales lo han receptado, especialmente en materia de alimentos.

Es difícil definirlo, pero entendemos que significa un recíproco involucramiento de los integrantes de la familia que los lleva a ayudarse mutuamente a solventar sus necesidades materiales y espirituales.

### **3.3.5. Principio de interés superior del niño y adolescente**

También este principio trasciende el derecho de familia pues no es exclusivo de ella, pero no por eso deja de ser específico de este derecho.

Este principio está consagrado en instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño y en nuestro derecho expresamente previsto en el artículo 6.º del CNA, que lo identifica como el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana, el que no podrá ser invocado para menoscabar tales derechos.

Más allá de la definición que realiza el CNA, entendemos que el interés superior del niño es un derecho subjetivo. Este derecho subjetivo le debe permitir lograr su plena capacidad corporal, intelectual y social, como surge del artículo 41 de la Constitución de la República.

### **3.3.6. Principio de derecho del menor de edad a vivir en familia**

Esto se observa en el CNA, y surge de las normas correspondientes que el derecho debe gozarse en primer lugar en la familia de origen, y si eso no es posible, en familias sustitutas.

#### 4.

### INGRESO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR

Ahora bien, a la hora de preguntarnos cuáles son las vías por las que las personas ingresan entonces originariamente en las distintas formas de convivencia, podemos aceptar que lo hacen, o por actos naturales, como es el caso en que comienzan a convivir sin más atadura que las voluntades al respecto, sin reconocimiento de vínculos jurídicos entre sus integrantes, o mediante negocios jurídicos de naturaleza familiar, como es el caso del matrimonio.

Cuando decimos que el ingreso a esas distintas formas de convivencia familiar se origina en actos naturales sin trascendencia jurídica expresamente prevista por el legislador, debemos señalar que ello fue así hasta que en diciembre del año 2007 se sancionó la Ley de Unión Concubinaria, n.º 18246, que a nuestro entender permite referirnos a un concepto restringido de familia de hecho, en la que la convivencia cumple un papel fundamental.

Hasta entonces, el ingreso al estado legal de familia tenía lugar solamente recurriéndose al negocio jurídico matrimonio.

#### 5.

### MATRIMONIO NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR

Identificamos el matrimonio como negocio jurídico familiar, acto jurídico cuya definición ha sido dada por distintos juristas, pero todas ellas están caracterizadas por tratarse de manifestaciones de voluntad en busca de una finalidad legalmente aceptada.

Así CARIOTA FERRARA<sup>13</sup> expresa que los negocios jurídicos son manifestaciones de voluntad dirigidas a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado BARASSI,<sup>14</sup> luego de decir que de las disposiciones del Código Civil italiano surge la equivalencia entre las expresiones *negocio jurídico* y *acto jurídico*, expresa que en el negocio jurídico es necesaria no solamente la voluntad del acto, sino también de su contenido.

PLANIOL y RIPERT,<sup>15</sup> al referirse a la teoría general de los actos jurídicos, expresan que se da el nombre de *actos jurídicos* a los actos realizados únicamente con el objeto de producir uno o varios efectos de derecho, pero lo hacen sin referirse a los negocios jurídicos.

<sup>13</sup> Luigi CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid: Aguilar, 1956.

<sup>14</sup> Ludovico BARASSI, *Istuzioni di Diritto Civile*, Milán: Giuffrè, 1946.

<sup>15</sup> Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, *Derecho civil*, México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.

Al respecto CARIOTA FERRARA<sup>16</sup> distingue entre actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos, entendiendo que en estos últimos se requiere una *voluntad dirigida* a un fin tutelado por el ordenamiento jurídico, en cuanto voluntad del contenido y del fin de la manifestación.

Aceptando, pues, que el matrimonio constituye un negocio jurídico de naturaleza familiar, será necesario referirnos a las relaciones jurídicas, que ALBADALEJO<sup>17</sup> define como aquellas situaciones en las que se encuentran varias personas entre sí, reguladas orgánicamente por el derecho partiendo de un determinado principio básico.

Cuando hablamos de las relaciones jurídicas originadas en el matrimonio es necesario distinguir su naturaleza, según se trate de relaciones personales entre cónyuges, o entre cónyuges e hijos, o se trate de relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio.

### **5.1. RELACIONES PERSONALES EMERGENTES DEL ESTADO MATRIMONIAL**

Las relaciones personales entre los cónyuges o entre estos y sus hijos, o sea, entre progenitores e hijos, están enmarcadas dentro de lo que se denomina *derechos y deberes*, a diferencia de las que se originan cuando se trata de derechos y obligaciones.

Esto ha dado lugar a discrepancias en la doctrina, y podemos comprobar que el propio codificador empleó indistintamente los términos *obligaciones* y *deberes*, ya que al capítulo IV del libro I lo identifica como “De las *obligaciones* que nacen del matrimonio”, y a continuación, en la sección I, refiere a los *deberes* de los esposos para con sus hijos y de su *obligación* y la de otros parientes a prestarse recíprocamente alimentos.

En el artículo 127 del Código Civil el codificador declara que los esposos *deben* fidelidad mutua y auxilios recíprocos, y en el último inciso (en redacción derivada de la ley 18246) dice que la *obligación* de fidelidad cesa si los cónyuges no viven de consuno.

La diferencia fundamental entre deber y obligación radica en que la relación jurídica que se crea entre los sujetos conlleva la posibilidad de que el acreedor de una obligación pueda exigir al obligado a que cumpla con su obligación, pero ello no puede exigirse al sujeto pasivo de un deber.

Así, un cónyuge no puede obligar al otro a que cumpla con el deber de fidelidad que le impone el artículo 127 del Código Civil, sin perjuicio de las consecuencias legalmente

---

<sup>16</sup> CARIOTA FERRARA, o. cit.

<sup>17</sup> Manuel ALBADALEJO, *Compendio de derecho civil*, Barcelona: Bosch, 1954.

derivadas del incumplimiento de tal deber que afectarán al incumplidor, pero no existe la posibilidad de obligarlo al cumplimiento de su deber.

El deber de respeto de los hijos hacia sus padres a que hace referencia el artículo 256 del Código Civil, independientemente de la edad de aquellos, podrá traer como consecuencia la posibilidad de desheredación de tales hijos, como dispone el artículo 900 del Código en caso de que la falta de respeto sea calificada como injuria. Pero no puede obligarse al cumplimiento del deber de respeto.

Por el contrario, tratándose de obligaciones, el acreedor podrá exigir y accionar contra el deudor para lograr el cumplimiento de la obligación, ya se trate de obligaciones de dar (artículo 1333 del Código Civil) como de hacer o no hacer (artículo 1338), y su falta de cumplimiento podrá dar lugar a reclamar los correspondientes daños y perjuicios.

Lo expresado no deja de tener validez por el hecho de que el legislador hable impropriadamente de *obligación* de alimentos, tema específico del derecho de familia personal. Entendemos que lo que existe es un *deber* genérico de alimentos declarado por el legislador respecto de aquellas personas que se encuentren en las situaciones previstas por el propio legislador.

Es interesante tener en cuenta lo que al respecto ha dicho HUSSAREK, mencionado por Giorgio Bo,<sup>18</sup> en cuanto a que tanta es la influencia de los elementos morales que presiden el surgimiento de los vínculos alimentarios en el derecho de familia que esta obligación se configura no como una obligación patrimonial, sino como un deber familiar cuyo cumplimiento implica un sacrificio económico.

La extrapatrimonialidad del deber de alimentos surge además de los textos legales al respecto, que permiten la prescripción de los alimentos atrasados, como surge del artículo 1222 del Código Civil, es decir, de aquellos que se patrimonializaron, pero tal prescripción no impide solicitar los alimentos futuros a que tenga derecho el acreedor alimentario, en la medida en que se está reclamando el derecho a la vida por medio de ellos.

## 5.2. RELACIONES PATRIMONIALES EMERGENTES DEL ESTADO MATRIMONIAL

Distinguimos *relaciones personales* de *relaciones patrimoniales*, pero es del caso tener en cuenta que tanto unas como otras son relaciones jurídicas de naturaleza familiar.

Tal naturaleza, más allá de la aplicación de los principios y normas reguladoras de los negocios jurídicos en general, tienen con un matiz muy especial aquellas que son de

---

<sup>18</sup> Giorgio Bo, *Il diritto degli alimenti*, Milán: Giffè, 1935.

naturaleza familiar, aun cuando se trate de relaciones patrimoniales emergentes del estado matrimonial.

En estos casos, en principio, el legislador ha limitado la autonomía de la voluntad de los cónyuges en lo que tiene que ver con los bienes que conforman la denominada *sociedad conyugal*. La mantendrán en la medida en que otorguen capitulaciones matrimoniales que lleven a la no aplicación de las normas reguladoras de lo que el codificador ha denominado *sociedad conyugal*.

Lo contrario sucede, por ejemplo, en el caso en que, aplicable el régimen legal de bienes, uno de los cónyuges quiera enajenar o gravar con derechos reales determinados bienes gananciales. Necesita para ello la intervención del otro esposo, como lo requiere expresamente el Código Civil en su artículo 1971, a diferencia de lo que sucedería si el titular del bien fuese soltero.

Incluso es del caso señalar que el propio codificador, en el artículo 1965.6 (último inciso), en norma que entendemos debe derogarse, lleva a que uno de los esposos pierda la propiedad del terreno en el cual se edifique durante el matrimonio, con la consecuencia de que se ganancialicen terreno y construcción, norma que lleva actualmente a resultado adverso a aquel que motivó el texto.

Ciertamente, nadie va a querer que se construya en su terreno propio si ello conlleva perder la propiedad, aun con la expectativa de reclamar una recompensa al disolverse la sociedad conyugal, recompensa que puede ser ilusoria de acuerdo al conjunto de bienes gananciales y deudas sociales que afecten la masa ganancial.

Así, una norma que pretendió fomentar la construcción, como refiere VAZ FERREIRA,<sup>19</sup> explicable cuando el marido era quien administraba todos los bienes, tanto los gananciales como los de la esposa, se torna en norma que la desalienta, ya que, como decimos, es de pensar que no se quiera construir en terreno propio si ello significa perder la propiedad del terreno y de lo que en él se construya.

## 6.

### ESTADO MATRIMONIAL

Al tratar el tema referido a los negocios jurídicos familiares, tomaremos como punto de partida el estado matrimonial, ya que este es una usina en cuanto productor de derechos

<sup>19</sup> Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de la sociedad conyugal*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

y deberes en las relaciones personales entre sus miembros, o derechos y obligaciones en las relaciones patrimoniales derivadas de él.

Es así que en ese estado matrimonial se originan derechos y deberes entre cónyuges, y entre cónyuges respecto a sus hijos.

El legislador, en los artículos 127 y siguientes, se ha referido esquemáticamente a los derechos y deberes entre los esposos, y sin perjuicio de ello, en el articulado referido a las causales de separación y divorcio (artículo 148 del Código Civil) podemos encontrar implícitamente los deberes que impone el estado matrimonial. Ello en la medida en que las causales llevan implícitamente comprendidos aquellos derechos afectados por la conducta del cónyuge que legitiman al otro a pretender la disolución del vínculo conyugal (por ejemplo, la injuria como causal de divorcio lleva implícito el deber de respeto que se deben los cónyuges, aunque este no aparezca declarado expresamente en los textos correspondientes).

Los derechos y deberes de los padres respecto a sus hijos aparecen enunciados en el articulado del Código Civil correspondiente a patria potestad —artículos 252 y siguientes—, sin perjuicio de tener en cuenta los derechos de niños y adolescentes a que refiere el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Estos nuevos textos legales han llevado a que se discuta si dicha institución jurídica ha sobrevivido luego de la vigencia del código mencionado. Al respecto entendemos que es indudable la presencia de la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico, ejercida desde los derechos de los hijos y los deberes de los padres.

Es más, siempre hemos entendido que los deberes de los padres hacia sus hijos no devienen del ejercicio de la patria potestad, sino del hecho de la procreación, habiendo dado respuesta el artículo 41 de la Constitución al tema referido a los deberes de cuidado y protección de los padres hacia sus hijos, estén estos o no bajo la potestad de sus padres.

Entendemos por lo tanto que, cuando el legislador regula los derechos y deberes de los padres hacia sus hijos o entre los cónyuges, lo hace aplicando los principios fundamentales que informan el derecho de familia: el reconocimiento del rol fundamental de la familia, el principio de solidaridad entre sus miembros, la protección de sus integrantes más vulnerables, la dignidad de sus miembros en tanto personas con todas las consecuencias derivadas de ello, por mencionar simplemente aquellos que entendemos prioritarios.

Cuando los integrantes de la familia viven en armonía, más allá de las desinteligencias ocasionales e inevitables que surjan entre sus miembros, no será usual el recurrir a la justicia.



## 7.

### CONVENCIONES REFERIDAS A SITUACIONES DE FAMILIA

Al contrario, cuando surgen desavenencias entre los cónyuges, es usual reclamar la intervención del juez letrado de Familia a los efectos de dar una respuesta a tales desavenencias, o, al contrario, los propios esposos pueden regularlas mediante convenciones que usualmente son sometidas a la aprobación judicial, entendiéndose que esta confiere valor de sentencia a lo convenido.

En la *Revista de Derecho de Familia*<sup>20</sup> tratamos el tema vinculado al negocio jurídico familiar, aceptando que a él se aplican todas las normas reguladoras de los negocios jurídicos, sin perjuicio de tener en cuenta la especificidad derivada del derecho de familia.

Más allá de ese estudio referido al negocio jurídico familiar, en la *Revista de Derecho de Familia* n.º 4, CAUMONT, con su brillo habitual, emite conceptos que no compartimos en su totalidad, por cuanto entiende que, aceptándose que “los asuntos de menores y de familia están calificados por una naturaleza social especial —aserto para cuya concepción se aplican valores ordenados en determinada escala conformada también por criterios axiológicos técnicamente relativos— las normas y conceptos que deben aplicarse para dilucidar las cuestiones conflictuales en tales materias no deben provenir [de] áreas externas dispuesta[s] para el tratamiento de problemáticas insusceptibles de asimilación con aquellos”.<sup>21</sup>

Más allá de la confusión derivada de la redacción equívoca no atribuible al autor, entendemos que no es criticable la intervención de áreas externas en la dilucidación de conflictos en las que se ven envueltos los niños, y que el tan mentado interés superior del niño o de la familia no se agota, como reclama el autor, “en el cumplimiento de las leyes del país del cual son componentes personales al extremo de ser asimismo responsables de instrumentar los cambios que se crean convenientes”.<sup>22</sup>

La propia redacción del Código de la Niñez y la Adolescencia permite una interpretación distinta a la reclamada por nuestro brillante profesor, sin que ello signifique validar el desorden procesal que efectivamente reprocha CAUMONT a los referidos procesos de familia

<sup>20</sup> Mabel RIVERO DE ARHANCET, “Aproximación al negocio jurídico familiar”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 6, Montevideo, 1991.

<sup>21</sup> Arturo CAUMONT, “Introducción al estudio de la teoría general del negocio jurídico como marco referencial de los convenios respecto de menores”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 4, Montevideo, 1989.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

y menores, desorden que no es inusual, que dificulta la actividad procesal de las partes y la recurribilidad de los pronunciamientos judiciales.

En el mencionado estudio de CAUMONT en la *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, el autor afina su investigación sobre la naturaleza de los convenios respecto de menores.

Cuando MESSINEO<sup>23</sup> califica los negocios jurídicos desde el punto de vista de su contenido, lo hace refiriéndose a los negocios dispositivos con sus distintas variaciones, a los negocios meramente obligatorios y finalmente a los negocios de declaración de certeza.

Estos últimos tienen la finalidad de eliminar la falta de certeza respecto a la consistencia y el alcance de una relación jurídica o de una situación ya existente, o aun con la finalidad de determinar la parte material que corresponde a cada titular de un derecho, como es el caso de la división (partición), pero sin modificar un derecho ya existente.

Al respecto y en forma similar, señala CAUMONT en la revista mencionada, en posición que no tenemos inconveniente en compartir, que en el extremo final de la categoría de los negocios jurídicos se encuentran aquellos de accertamiento o fijación, con naturaleza declarativa pero no obstativa a la creación de su propio marco insusceptible de no ser respetado y cumplido.

## 8.

### ESPECIFICIDAD DE LOS CONVENIOS REFERIDOS A MENORES DE EDAD

Ciertamente que lo acordado debe ser cumplido y no queda librado a la voluntad exclusiva de uno de sus componentes (artículo 1253 del Código Civil), y de acuerdo al artículo 1291 lo acordado es ley entre las partes.

Debemos sin embargo recordar que lo acordado en el negocio jurídico constituido por los convenios referidos a menores tiene la particularidad de que su cumplimiento estricto queda sujeto a que no haya variaciones en las situaciones que originaron tales acuerdos, lo que es ampliamente tratado y conocido en doctrina como la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, que permite entonces la no aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

Tal principio, aplicable sin discusión a situaciones vinculadas a guarda, tenencia y alimentos de menores, está vinculado a la buena fe exigible a quienes acuerdan.

---

<sup>23</sup> MESSINEO, o. cit.

Al respecto tenemos normas especiales referidas a los alimentos que permiten su modificación en función de las necesidades del acreedor y la variación en la situación económica del deudor, como surge de los artículos 123 del Código Civil y 55 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

También la modificación de lo acordado o resuelto en lo referido a la tenencia y visitas de los menores de edad surge de las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia, ya que las referencias al interés del niño abren la puerta a una posible modificación de lo acordado.

CAUMONT ubica entonces los convenios celebrados respecto a los hijos menores en esa identificación de los negocios jurídicos de accertamento, los que en definitiva permiten que las obligaciones familiares originadas en la ley puedan ser reguladas por vías extralegislativas en cuanto no existan normas legales que lo prohíban.

Deberán por lo tanto respetarse las normas que específicamente regulan las relaciones de progenitores e hijos, y ello en convenios que no pueden dejar de cumplirse inmotivadamente, negocios jurídicos en definitiva a los cuales deben aplicarse los principios y normas reguladoras de tales negocios. Entre ellos el de buena fe —aplicable a todos los negocios jurídicos—, el de reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad, el de solidaridad familiar —específico para las relaciones de familia—, el de la protección de los componentes más vulnerables de la familia y, en fin, aquellos que previamente hemos mencionado.

Respecto a la buena fe, en España, DE LOS MOZOS ha dicho que la buena fe juega en el derecho fundamentalmente como un principio general y tiene como objeto alcanzar la justicia en el plano de las relaciones humanas, preservando la libertad de los sujetos que en ella intervienen, principio impregnado de moral o ética.

En sentencia del Tribunal Supremo de España del 11 de mayo de 1992 se dijo que la buena fe constituye una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento con la propia conciencia, que contrasta debidamente con los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas normas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente, y por último que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad.

En las distintas sentencias que hemos podido apreciar dictadas por el Tribunal Supremo de España, aparece como una constante el comportamiento justo, legal, honrado y lógico como elementos identificatorios del principio de buena fe.

También en Uruguay, y refiriéndonos a la jurisprudencia respecto al tema *buena fe*, es interesante mencionar el trabajo de GAMARRA,<sup>24</sup> el cual identifica distintos comportamientos que fueron calificados por nuestra jurisprudencia en función de la buena fe.

Aunque el trabajo de GAMARRA se refiera a la buena fe contractual, entendemos que, en la medida en que los negocios jurídicos puedan ser identificados como tales —sea como contratos o como convenciones—, es posible aplicar su estudio de la buena fe también a las convenciones o acuerdos.

Refiere GAMARRA que existen distintas especies de buena fe:

1. La buena fe excluye que las partes contratantes puedan ejercer sus poderes de un modo formalmente lícito pero sustancialmente desleal (se refiere al denominado sabotaje contractual).
2. No se acepta que haya buena fe cuando se trata de una conducta de tolerancia asumida por un contratante que recibe una prestación inexacta o deforme y continúa cumpliendo el contrato como si no existieran tales irregularidades.
3. La buena fe solidaria se manifiesta a través de la conducta de dar aviso, suministrar información y colaboración salvaguardando el interés ajeno.

En las dos primeras especies referidas vemos que es la deslealtad el elemento identificatorio de la falta de buena fe, lo que en definitiva condice con los señalamientos que previamente hicimos al referirnos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España.

Más allá de los textos legales que previamente hemos mencionado —o sea, los artículos 1253 y 1291 del Código Civil—, debe tenerse en cuenta la existencia de normas específicas del derecho de familia, como sucede para el caso de los alimentos (al que ya nos hemos referido). De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 123 del Código Civil y 55 del Código de la Niñez y la Adolescencia, es posible solicitar la reducción, el cese o el aumento de las pensiones alimenticias en función de las necesidades del beneficiario o de las posibilidades de quien está obligado a servirlos.

Al respecto hemos observado que en sentencias dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia, una de ellas publicada en *CADE Doctrina y Jurisprudencia*,<sup>25</sup> un criterio tenido en cuenta por el Tribunal para no hacer lugar a la solicitud de rebaja de los alimentos es el referido a que las variaciones en la situación del deudor que justifiquen su pretensión deben ser imprevisibles.

<sup>24</sup> Jorge GAMARRA, “Buena fe contractual”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 7, 2010.

<sup>25</sup> Tomo XIV, de diciembre de 2011.

En tal caso puede entenderse que ha existido buena fe por parte del obligado, quien posteriormente solicita una reducción de los alimentos que acordó servir, en la medida en que el cambio de su situación haya sido imprevisible al acordarlos. La previsibilidad, al contrario, no permite solicitar la reducción de los alimentos.

Más allá de parecernos justa la sentencia referida en el caso en sí, haciendo abstracción de él, parece exagerado que el tema *previsibilidad* sea el elemento tenido en cuenta a la hora de aceptar la rebaja de los alimentos.

¿Hasta dónde es posible reclamarle a una persona que prevea su situación futura para resolver en definitiva si puede o no solicitar la reducción de los alimentos que convino? Máxime cuando las personas se encuentran inmersas en situaciones ajenas a su posibilidad de incidir en ellas, cuando las variaciones en la economía de un país no pueden ser previstas por simples ciudadanos.

Es un principio aplicable a todos los casos en que se trate el tema buena fe, que esta se presume y, por lo tanto, es necesario probar claramente su inexistencia, y que, al contrario, no se debe presumir la mala fe.

## 9.

### CONVENIOS USUALES

Como decimos, la especificidad del derecho de familia, la aplicación del principio de protección de sus integrantes más vulnerables, puede también dar lugar a que, cuando los padres, en ejercicio de la patria potestad, realicen un convenio que afecte los derechos o el interés del hijo, tal convenio pueda ser observado por el Ministerio Público.

Sobre este tema es necesario ser muy cuidadoso, pues al ejercer la patria potestad los progenitores pueden realizar acuerdos sobre temas que no siempre ha sido fácil encarar. Por ejemplo, en caso de padres que tienen distintas creencias religiosas, celebrar acuerdos respecto a la educación religiosa de sus hijos, a la concurrencia a distintas festividades, etcétera.

El desacuerdo sobre lo convenido puede originarse en uno de los progenitores, o puede surgir por la propia voluntad del hijo que pueda expresarse.

Si ello origina un pronunciamiento judicial, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 350.2 y 350.4 del Código General del Proceso, que reiteran los mencionados principios de promoción de la familia y de sus integrantes, y la tutela del interés del menor o incapaz por parte del Tribunal.

En algunos casos se han hecho convenios por los cuales un progenitor renuncie a solicitar alimentos para su hijo menor de edad si el otro autoriza la salida del país y la radicación del hijo en el extranjero. Creemos entonces en la nulidad del acuerdo, ya que no puede negociarse el derecho a la vida.

También entendemos que no podría ser objeto de convenio la aceptación de la infidelidad de uno o de ambos cónyuges, ya que razones de moral y orden público lo impedirían, con la correspondiente anulación de lo acordado.

En definitiva, para validar los acuerdos referidos al ámbito del derecho de familia será necesario tener en cuenta que estos no afecten la moral o el orden público.

En cuanto a los convenios de los esposos, referidos a los bienes gananciales, es importante tener en cuenta la buena fe requerida para todo negocio jurídico.

Así, el caso más emblemático es el del cónyuge que solicita la separación judicial de bienes (artículo 1985 del Código Civil) ante el temor de que sus acreedores afecten los bienes que administra, como dispone el artículo 1975 del Código Civil. En tal caso, y de acuerdo con el otro, se realiza una partición en la cual se adjudican al cónyuge deudor aquellos bienes más fácilmente negociables.

La aplicación del principio de que el fraude todo lo corrompe legitimará a los acreedores perjudicados a impugnar el negocio jurídico *partición*, aun cuando se sostenga que por ella no tiene lugar el negocio *enajenación* requerido por el artículo 1296, referido a la acción pauliana.

Esta situación está prevista en el Código francés (artículo 1397), en la medida en que autoriza la modificación o el cambio total del régimen de bienes en el matrimonio, al cabo de dos años de aplicación del régimen matrimonial, pero a texto expreso prevé la situación de los acreedores en caso de que hayan sido fraudulentamente perjudicados en sus derechos.

Si nos apartamos del estado matrimonial e indagamos en los acuerdos hechos por dos convivientes no protegidos por la ley 18246, los convenios que puedan hacer estarán regidos en cuanto a su validez por las normas referidas a la validez de los contratos (artículos 1261 y siguientes del Código Civil).

En ese caso se trata de dos personas que se encuentran en una relación no regulada legalmente y podrán realizar los acuerdos que estimen convenientes.

Si posteriormente tales convivientes continúan viviendo juntos y cumpliendo las exigencias de la ley 18246 se obtiene el reconocimiento de la unión concubinaria, esta les impide, luego de tal reconocimiento, celebrar las contrataciones vedadas a los cónyuges.

En caso de que, previamente al reconocimiento de la unión concubinaria, ambos convivientes quisieran sustraerse a la aplicación de las normas que la regulan, entendemos

que podrían acordar la no aplicación de la normativa reguladora de tal unión, especialmente en el ámbito de las relaciones patrimoniales.

Entendemos que no podrían acordar no reclamarse los alimentos que la ley les acuerda, también en este caso por tratarse del derecho a la vida.

Si incursionamos en el ámbito del derecho sucesorio, que también es derecho familiar, es posible que negocios jurídicos simulados —mediante un contrato de compraventa que realmente encierra un contrato de donación entre un padre y un hijo— puedan ser impugnados por estar agrediendo los derechos de otro legitimario.

Dicha impugnación traerá como consecuencia que, comprobada la existencia de la donación encubierta por la compraventa, el donatario se vea obligado a colacionar, en la sucesión de su progenitor, lo recibido por donación, y si para evitarlo repudia la herencia, en definitiva por aplicación del artículo 1103, la donación se resolverá y el repudio le hará perder su calidad de heredero.

En conclusión, mediante negocios jurídicos que pueden revestir distintas formas, es posible regular las relaciones de las personas vinculadas por lazos de familia.

A estos negocios será necesario aplicarles las normas que regulan la validez de los contratos en los artículos 1261 y siguientes, y el límite estará dado, además, por no vulnerar normas de interés público. También la aplicación del principio *res sic stantibus* permitirá pretender modificar lo acordado cuando varían las situaciones existentes al momento en que se realizaron los respectivos acuerdos.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, Manuel, *Compendio de derecho civil*, Barcelona: Bosch, 1954.
- ACOSTA TELADO, Patricia, y Cristina ACOSTA TELADO, “La partición y el principio ‘fraus omnia corrumpit’”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 13, Montevideo, 1998.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, “Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 3, Montevideo, 2006.
- BARASSI, Ludovico, *Istuzioni di Diritto Civile*, Milán: Giuffrè, 1946.
- BO, Giorgio, *Il diritto degli alimenti*, Milán: Giffirè, 1935.
- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, t. I, Buenos Aires: Depalma, 1987.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, Madrid: Aguilar, 1956.

- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid: Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1947.
- CAUMONT, Arturo, “Introducción al estudio de la teoría general del negocio jurídico como marco referencial de los convenios respecto de menores”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 4, Montevideo, 1989.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio, *Derecho de familia*, Córdoba: Advocatus, 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1994.
- GAMARRA, Jorge, “Buena fe contractual”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 7, 2010.
- LARROUMET, Christian, *Droit civil*, t. 3 (“Les obligations. Le contrat”), París: Economica, 1984.
- LLOVERAS, Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*, Buenos Aires: Depalma, 1998.
- LLOVERAS, Nora, y Marcelo SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Editorial Universidad.
- MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
- PLANIOL, Marcel, y Georges RIPERT, *Derecho civil*, México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “Aproximación al negocio jurídico familiar”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 6, Montevideo, 1991.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, y Beatriz RAMOS CABANELLAS, “Principios aplicables en las relaciones de familia”, en *Revista de Derecho*, n.º 4, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, t. II, vol. II, Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967.



# Familia y responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de los terceros, en Italia

Family and civil liability: reflections on the  
responsibility of parents for their children,  
and with respect to third parties, in Italy

*Flavio Tovani\**

Scuola Superiore Sant'Anna, Italia,  
<flaviotovani@tiscali.it>

**RESUMEN.** En la tradición jurídica italiana, el derecho de la familia y el derecho de la responsabilidad civil fueron siempre distintos. Pero ahora la jurisprudencia, y también el legislador, están introduciendo los remedios *aquilianos* en la familia misma, entre marido y mujer y entre padres e hijos. El artículo analiza si es posible buscar para esta nueva responsabilidad de los padres una base común con la responsabilidad de estos respecto a los daños que los niños hacen a terceros.

**PALABRAS CLAVES.** Responsabilidad civil. Padres. Responsabilidad por hecho ajeno.

**ABSTRACT.** In Italian tradition, family and liability law always were separated. But now, judges, and even the Parliament, introduced liability in the family, between husband and wife and also between parents and children. This article would like to verify if it is

---

\* Doctorando en Persona e Tutela Giuridiche en la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa (Italia).

possible to find a common basis for this new type of parents' liability with their liability for the damages due to the fact of their children

**KEY WORDS.** Liability. Parents. Vicarious liability.

## 1.

### FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

En palabras de A. C. JEMOLO, en la tradición jurídica italiana la familia era vista como una isla que las aguas del derecho de la responsabilidad no pueden invadir. Dicho en pocas palabras, en las relaciones internas entre los miembros de la familia solo se podían aplicar las normas establecidas en el derecho de familia, con exclusión de toda otra forma de protección, en primer lugar el derecho de daños. En efecto, en el código 1865, que a su vez se estructuró sobre la base del Código de Napoleón, la familia aparece, en sus relaciones con terceros, como un bloque compacto, donde los padres son llamados a responder por el delito cometido por sus hijos, y estos siempre están sometidos al padre a través de la institución de la patria potestad.

La reciente evolución de la legislación y de la sociedad ha llevado a cambiar aquella antigua concepción.<sup>1</sup> Las sentencias de la Corte Suprema de Casación n.ºs 9801, de 2005,<sup>2</sup> para las relaciones entre los cónyuges, y 7713, de 2000,<sup>3</sup> para las relaciones entre padres e hijos, sancionaron la aplicabilidad de las reglas generales de derecho de daños en la isla de la familia. La introducción del artículo 709 *ter* del Código de Procedimiento Civil consagró definitivamente este logro. Con respecto a la responsabilidad de los padres respecto de terceros, que a pesar de la jurisprudencia sigue manteniendo una penalización importante, no se

<sup>1</sup> Paolo CENDON, "Introduzione", a Giuseppe CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padua: CEDAM, 2006, p. 2; Pietro RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna: Il Mulino, 1966, p. 414.

<sup>2</sup> En *Corriere Giuridico*, Milán: IPSOA, 2005, p. 921, con nota de Giuseppe DE MARZO, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2006, p. 37, con nota de Federica GLAZZI, en *Diritto e giustizia*, Gruppo 24 Ore, Milán: 2006, 22, p. 12, con nota de Gianfranco DOSI, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2006, p. 365, con nota de Michele SESTA, y Giovanni FACCI, en *Familia*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 875, con nota de Cristina CARICATO, en *Giurisprudenza italiana*, Turín: UTET, 2006, p. 691, con nota de Adalgisa FRACCON, y Emilio CARBONE, in *Giustizia civile*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 98, con nota de Arnaldo MORACE PINELLI, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2005, p. 670.

<sup>3</sup> En *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2001, p. 159, con nota de Massimo DOGLIOTTI, y con nota de Marco BONA, en *Il Foro Italiano*, Roma, 2001, t. I, p. 187, con nota de Alessandro D'ADDA.

puede ver un contraste entre la racionalidad que subyace a este tipo de responsabilidad (para que los padres pueden controlar a sus hijos y evitar así sus actos ilegales) y una realidad social que deja a los niños espacios de libertad cada vez más grandes.

## 2.

---

### LOS REMEDIOS TRADICIONALES

Con respecto a las relaciones internas entre los familiares, el sistema tradicional previsto por el Código Civil (CC) ofrece, como se mencionó, los recursos específicos, que excluyen todos los demás. En principio, se puede decir que el remedio para la violación de los deberes matrimoniales ha sido siempre la separación (artículo 151 CC), y para el incumplimiento de un deber hacia los hijos, la suspensión o la pérdida de la patria potestad (artículo 330 CC), a los que se han añadido recientemente remedios más específicos y más eficaces, tales como, por ejemplo, las medidas cautelares contra el abuso en la familia (artículo 342 *bis* y 342 *ter* CC).

## 3.

---

### EL DAÑO NO PATRIMONIAL

Sin embargo, este sistema, especialmente antes de la introducción de las medidas cautelares, no era suficiente, al menos en los casos graves, porque terminaba legitimando, o sometiendo a un tratamiento menos riguroso, la misma conducta perjudicial para los derechos de la persona perpetrada contra una persona perteneciente a la familia que la cometida contra extraños, la que podría ser reprimida con mayor eficacia mediante el uso de las reglas generales de responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, por supuesto, la teoría general de la responsabilidad habla de un daño patrimonial y no patrimonial. En el derecho italiano, la definición de *daño patrimonial* nunca ha creado ningún problema en particular, contrariamente a la definición de daño no patrimonial. A la luz de las cuatro sentencias clave de 11 de noviembre de 2008,<sup>4</sup> podemos decir que, desde un punto de vista ontológico, este daño es uno solo, pero, desde un punto

---

<sup>4</sup> Cassazione Civile, 26972-26973-26974-26975/2008, in *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2009, 19, con notas de Antonino PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Sara LANDINI y Caterina SGANGA.

de vista lógico, revela tres conceptos diferentes: se habla así de daño moral, daño a la salud y daños por lesión de los derechos constitucionales. El Tribunal Supremo ha aclarado definitivamente que, si bien algunos daños no patrimoniales deben ser compensados solo en los casos previstos por la ley (artículo 2059 CC), no se puede pensar que la infracción de los derechos constitucionales pueda permanecer sin sanción. Por lo tanto, si bien en algunos casos la indemnización por daño moral tiene su fundamento en el artículo 185 del Código Penal (CP), en otros casos esta base estará dada por los requisitos constitucionales mismos, en particular, entre otros, el artículo 32, por el daño a la salud, y el artículo 2, que habla de los derechos humanos fundamentales.

#### 4.

### EL DAÑO NO PATRIMONIAL EN FAMILIA

La jurisprudencia sobre responsabilidad civil en la familia está de acuerdo con estos supuestos: en el caso del atentado a los derechos humanos fundamentales consagrados en la Constitución, debe existir una indemnización por el daño moral sufrido. Y esto independientemente de si el agresor es familiar o no: la familia debe dejar de ser la isla que las aguas del derecho pueden solo rodear; las víctimas de agresión dentro de la familia no son “menos iguales” que otras. Por lo tanto, para el caso de las relaciones entre los cónyuges, si bien la violación “simple” da lugar al reconocimiento de la separación matrimonial, una violación “grave” y repetida implicará la violación de los derechos humanos fundamentales de la esposa, de los cuales habla el artículo 2 de la Constitución y, por tanto, podrá dar lugar a una indemnización por daño moral.<sup>5</sup>

Para el caso de las relaciones entre padres e hijos, se aplicará el mismo principio, por el cual se entenderá que la mala conducta parental puede provocar en el niño daños a sus derechos fundamentales en virtud del artículo 2 de la Constitución, y también a sus derechos como hijo previstos en el artículo 30 de la Constitución. Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de manutención y educación, conforme a los artículos 30 de la Constitución y 147 del Código Civil, y otros derechos “implícitos”, como la atención y el decoro de la vivienda, tendrá como resultado no solo la aplicabilidad de los remedios de derecho de familia y la indemnización del daño patrimonial, sino incluso la compensación del daño moral y

---

<sup>5</sup> Cf. Tribunale di Messina, 31/08/09, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2010, 506, con nota de Denis AMRAM, y en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2010, p. 150, con nota de Alessandra ARCERI.

del daño a los derechos fundamentales de la persona, cuando la violación es grave y da lugar a un deterioro significativo de las condiciones de vida (aludiendo, por supuesto, no solo a las necesidades materiales, sino también, y sobre todo, a las necesidades emocionales de los niños).<sup>6</sup>

## 5.

### LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES HACIA SUS HIJOS

Más aún, la jurisprudencia es interesante no solo por la afirmación del principio de la responsabilidad extracontractual de los padres hacia sus hijos, sino también porque acaba de crear nuevos derechos de los niños respecto de sus padres. Se puede hablar así, por ejemplo, del “derecho al amor”, o de la admisión de los daños y perjuicios en un caso de reconocimiento de paternidad no verdadero, con lo que implícitamente se reconoce el derecho del niño a conocer su origen real (Tribunal de Turín, 31 de marzo de 1992). Y se consagra también el derecho a obtener la compensación por la violación de los deberes de asistencia y visitas, en el caso de separación o divorcio de los padres, o incluso a obtener la compensación por la lesión sufrida por un padre o un abuelo que se ha visto perjudicado en su relación con su hijo o nieto debido a la conducta de la madre.<sup>7</sup>

## 6.

### EL ARTÍCULO 709 TER DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El alcance de la responsabilidad entre padres separados ha dado lugar a una importante innovación legislativa: la introducción, en el Código de Procedimiento Civil, del artículo

---

<sup>6</sup> Tribunale di Lecce, Sezione di Maglie, 03/09/2008, en *Famiglia, persone e successioni*, Turín: UTET, 2009, p. 785; Tribunale di Venezia, 30/06/2004, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2005, p. 548, con nota de Roberto DE STEFANIS, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2005, p. 297, con nota de Giovanni FACCI, en *Giurisprudenza italiana*, Turín: UTET, 2005, p. 1630, con nota de Paolo PORRECA.

<sup>7</sup> Tribunale di Monza, 05/11/2004, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2005, pp. 851 ss., con nota de Giulio RAMACCIONI, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2005, p. 79, con nota de Giuseppe DE MARZO, en *Famiglia*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 584, con nota de Alessandra CORDIANO, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2005, p. 171, con nota de Giovanni FACCI, Tribunale di Roma, 13/09/2011, en <http://www.altalex.com/index.php?idi=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&idnot=54280>, con nota de Cesira CRUCIANI.

709 *ter*, que representa la primera confirmación, en un texto legislativo, del itinerario jurisprudencial del cual hablamos, diseñado para eliminar la inmunidad del mundo de la familia. Vale la pena detenerse en él.

Dice el texto de la norma:

En caso de infracciones graves o actos que sean perjudiciales para el niño o dificulten el buen funcionamiento del modo de custodia de los niños, [el juez] podrá modificar las disposiciones vigentes y podrá, por separado o conjuntamente: 1) advertir a los padres incumplidores, 2) condenar a una compensación por daños, en contra de uno de los padres a favor del niño, 3) condenar a una compensación por daños, en contra de uno de los padres a favor del otro, y 4) condenar a los padres a pagar una multa administrativa, a partir de un mínimo de 75 y un máximo de 5.000 euros con destino al Fondo de Multas.

Como es evidente, se habla, por último y explícitamente, de una compensación en favor del niño o del otro padre, y este artículo se aplica en casos de separación (o divorcio) y de disputas entre los padres naturales. Si bien la advertencia, el cambio del modo de la custodia y el pago de la sanción administrativa se consideran medidas sancionatorias, el debate sobre la cuestión de la responsabilidad está abierto, en la doctrina y la jurisprudencia, a partir de la posibilidad de la compensación mencionada en la norma. Una primera tesis<sup>8</sup> habla de daños punitivos: la indemnización no tendría, por tanto, la función clásica de la reparación del daño sufrido, sino la de castigar al culpable, disuadiendo el incumplimiento a través de la amenaza de un daño mayor que el que se deriva del incumplimiento mismo. Este argumento, sin embargo, choca con una sentencia anterior de la Corte de Casación, en 2007,<sup>9</sup> la que definitivamente negó que bajo la ley italiana puedan encontrar un espacio los daños punitivos.

<sup>8</sup> Denise AMRAM, “Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto della famiglia”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2008, p. 966; Giuseppe CASSANO, “In tema di danni endofamiliari: la portata dell’art. 709-ter, 2° comma, c.c. ed i danni prettamente ‘patrimoniali’ tra congiunti”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2008, p. 498; Giuseppe DE MARZO, “Responsabilità civile e rapporti familiari”, en Giuseppe DE MARZO, Cecilia CORTESI y Antonella LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, II ed., Milán: Giuffrè, 2007, p. 722; Giuseppe FACCI, “La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008, p. 225; Bettina LENA, “La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull’affidamento”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008, p. 269; Maurizio LUPOI, “Comentario all’art. 709 ter”, en Federico CARPI y Michele TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile. Complemento giurisprudenziale*, Padua: CEDAM, 2008, p. 3138; Consuelo MIGHELA, “Il risarcimento del danno derivante dal c.d. illecito endofamiliare”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2010, pp. 74 s.; Giuseppe PAGLIANI, “La riforma sull’affido condiviso - Ragioni e contenuto della riforma”, en Paolo CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza - Famiglia e persone - III - Tomo primo*, Turín: UTET, 2008, p. 259; Giorgia Anna PARINI, *La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli*, en <http://paduaresearch.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitesidotorato.pdf>, pp. 252 ss.; Ignazio ZINGALES, “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell’art. 709 ter c.p.c.”, en *Diritto di famiglia e delle persone*, Milán: Giuffrè, 2009, p. 416.

<sup>9</sup> Cass. 1183/2007 (v. LENA, o. cit., p. 273 y Ferruccio TOMMASEO, “L’adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell’affidamento: l’art. 709 ter c.p.c.”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2010, p. 1065).

Esto no es un problema puramente teórico, sino que tiene importantes consecuencias en la carga de la prueba: si este artículo establece daños punitivos, no requiere prueba de que sufrió una lesión, y si, en cambio, es una hipótesis “clásica” de reparación de daños, estos tienen que ser demostrados, al menos por presunciones. Aunque la jurisprudencia de mérito se encuentra, como dije, en movimiento, mientras no haya una evolución de la jurisprudencia de la casación, el artículo 709 *ter* no puede ser considerado, en mi opinión, nada más que como una regla que hizo explícita en la familia la reparación de los daños y perjuicios prevista en los artículos 2043 y siguientes del Código Civil (que se dedican a la responsabilidad civil).

## 7.

### LOS ARTÍCULOS 2047 Y 2048 DEL CÓDIGO CIVIL

Pero hay un campo, referente a la familia y la responsabilidad civil, que desde los tiempos del Código de Napoleón dio lugar a un marco legal determinado, al artículo 1384, y que tiene sus raíces en el derecho romano (acciones noxales):<sup>10</sup> es la responsabilidad de los padres por el hecho de los niños. Mientras que el desarrollo de la responsabilidad civil endofamiliar —es decir, en las relaciones dentro de la familia— nació de una idea de la familia adecuada a la Constitución, en la que se subordina el interés del grupo en favor del desarrollo de la personalidad de sus miembros, modificando la visión monolítica de la familia, la responsabilidad de los padres frente a los terceros se basa precisamente en el principio opuesto: la idea es que el padre, gracias a la potestad, a su autoridad sobre los hijos, puede controlar su comportamiento. Por lo tanto, si combinamos este principio con otro principio básico, esta vez el de la responsabilidad civil, tenemos un resultado híbrido, una responsabilidad por negligencia en el ejercicio del poder de supervisión sobre el niño, como lo señaló la observadora más aguda de los orígenes de la norma, Francesca GIARDINA.<sup>11</sup> El resultado de este proceso es, precisamente, el artículo 2048 del Código Civil italiano, que prevé la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos cometidos por sus hijos a menos que aquellos prueben que no pudieron evitar el daño.

<sup>10</sup> Matteo MARRONE, *Lineamenti di diritto privato romano*, Turín: Giappichelli, 2001, p. 52.

<sup>11</sup> Francesca GIARDINA, *La situazione giuridica del minore*, Nápoles: Jovene, 1984, *passim*.



Sobre esta fórmula, y sobre la base de la responsabilidad conforme a lo dispuesto de la norma, se han elaborado diferentes teorías, agrupadas, en mérito a la simplificación, entre los partidarios de una responsabilidad directa<sup>12</sup> y los que, en cambio, hablan de una responsabilidad objetiva o indirecta.<sup>13</sup> Para los primeros, los padres responden de su propia negligencia (por no ejercer un control efectivo sobre un niño). Para los últimos, en cambio, los padres responden, en esencia, en virtud de su propia situación de padres, independientemente de la actual culpabilidad: ellos serían, en esencia, el *bolsillo profundo*, tomando prestada una frase del análisis económico del derecho.

Se ha dicho *los padres*, pero en realidad la norma es más amplia y refleja, una vez más, una concepción autoritaria de la familia. De hecho, si hablamos en el primer párrafo de padres que cohabitan con el hijo menor, el segundo párrafo habla de tutores y profesores de arte; en otras palabras, de los continuadores de la autoridad paterna, aquellos a los que el niño es confiado para ser educado o para aprender un oficio, y a los cuales se trasladan por un tiempo limitado los poderes que el padre (y ahora la madre) tiene sobre los niños.

Hay todavía otra regla de la responsabilidad de los padres y maestros de arte: el artículo 2047, que habla de la responsabilidad del supervisor. Por lo tanto, en esta disposición, los padres y los profesores responden por el hecho del niño no como tales, sino solo como supervisores. La distinción entre la aplicabilidad del artículo 2047 y el artículo 2048 es la capacidad de los niños: el primero se refiere al niño que no es capaz (o, incluso más, incapaz por razón de edad), el segundo, al niño capaz, y esta capacidad tiene que ser evaluada caso por caso.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Guido ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 301; Id., *Trattato di diritto civile. IV. La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1999, p. 665; Riccardo CAMPIONE, "Il fatto dannoso del minore incapace", en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino: UTET, 2008, p. 610; Massimo DOGLIOTTI, *La potestà del genitore e l'autonomia del minore*, Milán: Giuffrè, 2007, p. 502; Alfredo FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milán: Giuffrè, 2008, p. 34; Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1998, p. 138; Angelo VENCHIARUTTI, "Commento all'art. 2047", en Paolo CENDON, *Commentario al codice civile*, vol. IV, *Artt. 1655-2059*, Turín: UTET, 1991, p. 2057.

<sup>13</sup> Roberta BARBANERA, "La responsabilità dei genitori", en Gilda FERRANDO (trattato diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. 2, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna: Zanichelli, 2008, p. 207; A. COCCHI, "Art. 2048 c.c.: orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità da illecito cagionato da minore 'capace'", en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 1976.

<sup>14</sup> Alessandra AMBANELLI, "La responsabilità dei genitori e dei tutori (art. 2048 c.c.)", en G. BONILINI, G. CARNEVALI y M. CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, Turín: UTET, 2.ª ed., 2006, p. 305; BARBANERA, o. cit., p. 201; CAMPIONE, o. cit., p. 598; Maria Luisa CHIARELLA (a cura di), "Minore danneggiante e responsabilità vicaria", en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2009, p. 974; COCCHI, o. cit., p. 1973; DOGLIOTTI, o. cit., p. 501; Giuseppe FAZIO, *La responsabilità civile dei genitori verso i terzi*, en <http://www.tribunale.varese.it/UserFiles/File/giurisprudenza/Responsabilita%20civile%20dei%20genitori%20verso%20i%20terzi%20Torino.pdf>, p. 3; Rosamaria FERORELLI, "La responsabilità extracontrattuale dei genitori verso i terzi (art. 2047-2048 c.c.)", en Paolo CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, vol. II, o. cit., p. 1338; Pier Giuseppe MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3, *La Responsabilità Civile*, Turín: UTET, 1998, p. 930; PATTI, o. cit., p. 248; Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1998, p. 130.

## 8.

### EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Vamos ahora a investigar el tipo de responsabilidad establecido por las dos normas. Ambas hablan de la responsabilidad “a menos que pruebe que no ha podido evitar el daño”. Pero, en realidad, la carga de la prueba requerida es diferente: en el artículo 2047 se habla de “*culpa in vigilando*”, es decir, en el ejercicio del deber de vigilancia; en el artículo 2048 los profesores solo responden por culpa en la supervisión, los padres también por culpa en la educación, es decir, en el ejercicio del deber de la educación.

Por lo tanto, si se opta por aceptar la tesis del carácter directo de la responsabilidad prescrita en los artículos 2047 y 2048, se puede trazar un paralelo entre la responsabilidad de los padres hacia sus hijos y la responsabilidad frente a terceros. La educación es, en efecto, como hemos visto, uno de los deberes parentales previstos al artículo 30 de la Constitución y el artículo 147 del Código Civil; la supervisión de los niños es una de las llamadas *obligaciones implícitas*, las que no están expresamente previstas en la norma, pero existen. Por lo tanto, el fundamento de la responsabilidad parental es el mismo en ambos casos: la violación de los deberes hacia sus hijos. El padre de familia que no educa a su hijo correctamente, o no cuida de él, incurre, en primer lugar, en una responsabilidad hacia el propio niño. Pero puede incurrir también en una responsabilidad hacia los terceros en caso de que el hijo, grosero o mal educado, cometa un delito.

Esto si se acepta la tesis de la responsabilidad directa.

Sin embargo, si se acepta la tesis de la responsabilidad objetiva, la base de responsabilidad prescrita en los artículos 2047 y 2048 será el estatus mismo de los padres, el hecho de ser padres. Aun así, se puede trazar un paralelo con la responsabilidad de los padres hacia sus hijos. De hecho, una reciente sentencia de la Casación, n.º 22909, de 2010, dejó en claro que entre los deberes de los padres y la potestad, la correlación, aunque por lo general exista, no es necesaria: los deberes siguen existiendo, en forma independiente de las vicisitudes de la potestad, y están vinculados exclusivamente al estatus de los padres, al hecho biológico por el cual los padres son tales. Así, una vez más, el fundamento de los dos tipos de responsabilidad es el mismo: el hecho biológico de la paternidad implica una responsabilidad hacia los niños y hacia los terceros.

Ahora bien, elegir cuál es el mejor argumento sobre la naturaleza de la responsabilidad prescrita en los artículos 2047 y 2048 es extremadamente difícil, y quizás la única

solución sea hablar de *responsabilidad objetiva de hecho*, como sostiene Ferrante.<sup>15</sup> Uno debe, por el momento, limitarse a afirmar que, si la solución basada en los datos literales de las dos normas sugiere la posibilidad de la exoneración por la prueba de la ausencia de culpa, y por tanto excluye la responsabilidad objetiva, la jurisprudencia es muy estricta, y ha reconocido la responsabilidad de los padres en casos en que era prácticamente imposible evitar que se produjera el daño y no hubo negligencia de los garantes, si no fuera por una especie de ficción jurídica.

## 9.

### LA JURISPRUDENCIA

Ofreciendo una visión general de la jurisprudencia, podemos decir, primero, que la evidencia negativa de que no pudo evitar el hecho se ha transformado, en la práctica, en la prueba positiva de que ha tomado todas las medidas razonables para impedirlo.<sup>16</sup> Los juicios, sin embargo, evalúan caso por caso la idoneidad de estas medidas, sobre la base de circunstancias objetivas (tiempo, lugar, medio ambiente) y subjetivas (edad y grado de discapacidad de los heridos), y excluyen la responsabilidad del supervisor solo cuando existe prueba de que no ha dejado permanecer un peligro y, en general, cuando el caso era tan repentino que no era ni previsible ni evitable. Y esto en una evaluación que se hace caso por caso, de modo que, cuanto mejor se porta el niño y parece capaz de autodeterminación, y cuanto menos real es el riesgo de que pueda provocar un daño, sobre la base de una evaluación *ex ante*, el deber de vigilancia es menos intenso, en una especie de proporcionalidad inversa con el deber de la educación. Educación que también se evaluará de acuerdo a las condiciones concretas, económicas y sociales, de la familia.<sup>17</sup>

De hecho, sin embargo, la apreciación de la prueba para la exoneración tiende a ser extremadamente estricta, tanto que algunos jueces, aplicando el punto de vista de la responsabilidad indirecta, creen que el supervisor es responsable, a menos que pueda demostrar el accidente o la fuerza mayor. El daño mismo, y su modo, si es de especial gravedad, puede

<sup>15</sup> FERRANTE, o. cit., p. 49 ss.

<sup>16</sup> Corte d'Appello di Milano, 29/02/1955 (resumen), en Ettore BONVICINI, *La r.c. per fatto altrui*, Milán: Giuffrè, 1976, p. 645; Cassazione Civile, 9815/1997, en *Guida dir.*, 44, p. 76, resumen de FINOCCHIARO.

<sup>17</sup> Corte d'Appello di Firenze, 652/1965 (resumen); Cassazione Civile, 2397/1966 (resumen); en BONVICINI, cit., p. 654; Cassazione Civile, 4481/2001, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, 498, con nota de Vincenzo CARBONE.

ser sintomático y, por lo tanto, constituir prueba *in re ipsa* de una mala educación:<sup>18</sup> de esta manera, como afirma DE CIOMMO, se termina por descartar por completo cualquier posibilidad de exoneración, y la responsabilidad, nacida como fundada en la culpa, termina siendo, de hecho, objetiva.

Es, obviamente, una posición que termina siendo demasiado onerosa para los padres, tanto que alguna jurisprudencia dice que, por el contrario, puede haber circunstancias que revelen *in re ipsa* la bondad de la educación y de la supervisión (piénsese, por ejemplo, en las lesiones accidentales durante la actividad deportiva).

## 10.

### LA COMPARACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD EN FAMILIA Y LA RESPONSABILIDAD HACIA LOS TERCEROS

Ahora bien, al examinar de forma sintética, y ciertamente no exhaustiva, las bases de los dos tipos de responsabilidad, podemos sacar algunas conclusiones o, mejor dicho, delinear algunos problemas abiertos.

En cuanto a la posibilidad de establecer un paralelismo entre los dos tipos de responsabilidad, puede decirse que existe una clara asimetría entre el rigor de la responsabilidad de los padres hacia los terceros y la responsabilidad de los padres hacia los niños.

En primer lugar, la responsabilidad hacia los terceros depende de una idea jerárquica de la familia; por el contrario, la responsabilidad hacia los hijos tiene su fundamento en el abandono de esta idea.

En segundo lugar, estos dos tipos de responsabilidad, aunque tengan un paralelo, como hemos visto, tienen también diferencias profundas. Una decisión del Tribunal de Messina (31 de agosto de 2009<sup>19</sup>) puede ser considerada como una eficaz síntesis del *estado del arte* en el área de responsabilidad dentro de la familia: por un lado hay pequeñas violaciones —es decir, violaciones menores de los deberes conyugales y de los padres— que encuentran su remedio en las normas específicas del derecho de familia; hay en cambio otras violaciones graves o reiteradas que afectan los derechos de la familia consagrados en la

---

<sup>18</sup> Cassazione Civile, 12501/2000, con nota de Francesco DI CIOMMO, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 257 ss.; Cassazione Civile, 7270/2001, in *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 1211, resumen de BATA' y SPIRITO.

<sup>19</sup> Tribunal de Messina, cit.

Constitución (como persona, artículo 2, tanto como niño, artículo 30), las cuales dan lugar a la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, para evitar, como se ha dicho, que se convierta en permisible, o en más tolerable, lo que fuera de la familia está prohibido. Pero de esto se deriva una asimetría: porque para que el padre sea responsable de los daños causados por el hijo menor —responsabilidad que tiene su raíz, si se acepta la tesis de la responsabilidad directa, en la violación de los deberes explícitos de los padres (educación) e implícitos (supervisión)—, no es necesario que la violación sea grave. Por lo tanto, una violación que no da lugar a una responsabilidad extracontractual hacia los niños (y tampoco a la aplicación de medidas *especiales* en el marco del derecho de familia) puede dar lugar a una responsabilidad hacia los terceros.

No es una cuestión en absoluto teórica. De hecho, por un lado, aceptando el argumento de los padres (o maestros, pero con ciertos límites) “garantes” del niño y, por lo tanto, de una responsabilidad objetiva o de otra manera indirecta, se puede hablar de un derecho de repetición total del supervisor hacia el niño (siempre que sea capaz, mientras que en el caso de un niño incapaz el artículo 2047 habla de una compensación justa); si se acepta la tesis de la responsabilidad directa, el problema será el de compartir la culpa entre los padres (o el maestro) y el niño. De acuerdo con la teoría de la responsabilidad directa, la causa del evento no solo es el comportamiento del niño, sino también la falta de supervisión o de la educación por los padres, que es concausa. Entonces existe el problema de la distribución de la indemnización en las relaciones internas (teniendo en cuenta que en la faz externa son responsables tanto el padre o maestro como el niño). Y la situación de hecho puede ocurrir no solo en las relaciones entre el profesor y el niño, sino también en las relaciones entre los padres y los niños, ya que, sin embargo, los padres no convivientes con el niño por su culpa no pueden eximirse de ciertas responsabilidades, de modo que podría haber una separación de intereses y bienes de uno sobre otro.

La pregunta, sin embargo, no es simple, aunque parece que la doctrina y la jurisprudencia no se dan cuenta de ello. Si bien es posible, aun al precio de mirar para el costado, mantener un sistema donde, por un lado, los padres deben pagar a sus hijos solo en el caso de violaciones particularmente graves de sus funciones, pero tienen que indemnizar al tercero por daños que revelan violaciones menores de tales funciones, es mucho más difícil que convivan en la misma disposición, el artículo 2048 (o en el artículo 2047), ambos tipos de responsabilidad. ¿Cómo resolver el problema? ¿Qué parte de la responsabilidad, neta del derecho de repetición permanecerá en el padre? ¿Solo la consecuencia de una violación grave de ella, que daría lugar a una responsabilidad hacia el niño, o la más mínima responsabilidad,

por la cual se respondió respecto del tercero? Es una pregunta que la doctrina y la jurisprudencia ni siquiera se han formulado, y que, por lo tanto, no han respondido todavía.

Es una pregunta que no debemos hacernos si aceptamos el argumento de que el artículo 2048 (y su *duplicado*, para usar la expresión de GIARDINA, el artículo 2047) constituye un caso de responsabilidad objetiva, en la que los padres responden por virtud de su condición, independientemente de la culpa. Pero es una solución que no convence. Aunque la jurisprudencia es especialmente dura para los padres, no podemos callar la diferencia radical entre los artículos 2047 y 2048, por un lado, y el artículo 2049, la responsabilidad del empleador, por el otro, la cual no ofrece la oportunidad de exonerarse de responsabilidad si se prueba que no pudo evitar el hecho. Este último, por lo tanto, constituye, sin lugar a dudas, un verdadero caso de responsabilidad objetiva,<sup>20</sup> y la diferencia con los dos artículos anteriores no se puede eliminar por el intérprete. Por otra parte, tampoco la jurisprudencia lo hace, de modo que hay sentencias que excluyen la responsabilidad de los padres.<sup>21</sup>

## 11.

### CONCLUSIONES Y PROBLEMAS ABIERTOS

De todos los modos en que se mire la cuestión, los problemas siguen existiendo. Probablemente no hay una solución, o al menos una solución congruente, porque la contradicción inherente al artículo 2048 nace, como se ha dicho con las palabras de GIARDINA, por el contraste entre la culpa como criterio general de la responsabilidad de los actos y la idea de la potestad como control efectivo sobre los hijos, una idea que está sufriendo una erosión por la evolución social de la familia.

Pero la estructura codicística es siempre la misma: no se puede, por tanto, sino esperar que una acción legislativa, resolviendo el conflicto entre la idea de familia autoritaria del Código Civil y la concepción personalística nacida de la Constitución con la reforma del derecho del familia del 1975, sepa solucionar los nuevos problemas derivados de la misma evolución. Pero parece que en el área de responsabilidad de los padres frente a terceros no hay nada nuevo en el horizonte, al menos en el plano legislativo. Por lo tanto, no podemos sino esperar que los jueces, una vez captados los problemas que hemos resumido, sepan suavizar las curvas peligrosas.

<sup>20</sup> FERORELLI, o. cit., p. 1341.

<sup>21</sup> Cassazione Civile, 4481/2001, cit.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna: Il Mulino, 1991.
- *Trattato di diritto civile. IV. La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1999.
- AMBANELLI, Alessandra, “La responsabilità dei genitori e dei tutori (art. 2048 c.c.)”, en G. BONILINI, G. CARNEVALI y M. CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, Turín: UTET, 2.<sup>a</sup> ed., 2006.
- AMRAM, Denise, “Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto della famiglia”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2008.
- BARBANERA, Roberta, “La responsabilità dei genitori”, en Gilda FERRANDO (trattato diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna: Zanichelli, 2008.
- BONVICINI, Ettore, *La r.c. per fatto altrui*, Milán: Giuffrè, 1976.
- CAMPIONE, Riccardo, “Il fatto dannoso del minore incapace”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008.
- CASSANO, Giuseppe, “In tema di danni endofamiliari: la portata dell’art. 709-ter, 2° comma, c.c. ed i danni prettamente ‘patrimoniali’ tra congiunti”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2008.
- CASSAZIONE CIVILE, 4481/2001, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 498, con nota de Vincenzo CARBONE.
- 7270/2001, in *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 1211, resumen de BATA’ y SPIRITO.
- 7713/2000, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2001, p. 159, con nota de Massimo DOGLIOTTI y con nota de Marco BONA; en *Il Foro Italiano*, Roma, 2001, I, p. 187, con nota de Alessandro D’ADDA.
- 9801/2005, en *Corriere Giuridico*, Milán: IPSOA, 2005, p. 921, con nota de Giuseppe DE MARZO; en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2006, p. 37, con nota de Federica GIAZZI; en *Diritto e giustizia*, Milán: Gruppo 24 Ore, 2006, p. 22, pp. 12 ss., con nota de Gianfranco DOSI; en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2006, p. 365, con nota de Michele SESTA y Giovanni FACCI; en *Famiglia*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 875, con nota de Cristina CARICATO; en *Giurisprudenza Italiana*, Turín: UTET, 2006, p. 691, con nota de Adalgisa FRACCON y Emilio CARBONE; en *Giustizia civile*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 98, con nota de Arnaldo MORACE PINELLI; en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2005, p. 670.

- 9815/1997, en GUIDA dir., 44, 76, resumen de Alfio FINOCCHIARO.
  - 12501/2000, con nota de Francesco DI CIOMMO, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 257.
  - 26972-26973-26974-26975/2008, in *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2009, p. 19, con notas de Antonino PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Sara LANDINI y Caterina SGANGA.
- CENDON, Paolo, “Introduzione”, a Giuseppe CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padua: CEDAM, 2006, p. 3.
- CHIARELLA, Maria Luisa (a cura di), “Minore danneggiante e responsabilità vicaria”, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2009, p. 973.
- COCCHI, Alice, “Art. 2048 c.c.: orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità da illecito cagionato da minore ‘capace’”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 1969.
- DE MARZO, Giuseppe, “Responsabilità civile e rapporti familiari”, en Giuseppe DE MARZO, Cecilia CORTESI y Antonella LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, II ed., Milán: Giuffrè, 2007.
- DOGLIOTTI, Massimo, *La potestà del genitore e l'autonomia del minore*, Milán: Giuffrè, 2007.
- FACCI, Giuseppe, “La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008, 203.
- FAZIO, Giuseppe, “La responsabilità civile dei genitori verso i terzi”, en <http://www.tribunale.varese.it/UserFiles/File/giurisprudenza/Responsabilita%20civile%20dei%20genitori%20verso%20i%20terzi%20Torino.pdf>.
- FERORELLI, Rosamaria, “La responsabilità extracontrattuale dei genitori verso i terzi (art. 2047-2048 c.c.)”, en Paolo CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, vol. II, Padua: CEDAM, 2004.
- FERRANTE, Alfredo, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milán: Giuffrè, 2008.
- GIARDINA, Francesca, *La situazione giuridica del minore*, Nápoles: Jovene, 1984.
- LENA, Bettina, “La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008, p. 247.



- LUPOI, Maurizio, “Commento all’art. 709 ter”, en Federico CARPI y Michele TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile. Complemento giurisprudenziale*, Padua: CEDAM, 2008, p. 3136.
- MARRONE, Matteo, *Lineamenti di diritto privato romano*, Turín: Giappichelli, 2001.
- MIGHELA, Consuelo, “Il risarcimento del danno derivante dal c.d. illecito endofamiliare”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 44.
- MONATERI, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3. *La responsabilità civile*, Turín: UTET, 1998.
- PAGLIANI, Giuseppe, “La riforma sull’affido condiviso - Ragioni e contenuto della riforma”, en Paolo CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza - Famiglia e persone*, vol. III, t. 1, Turín: UTET, 2008, p. 157.
- PARINI, Giorgia Anna, “La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli”, en <http://paduaresearch.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitiesidottorato.pdf>, p. 52 ss.
- RESCIGNO, Pietro, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna: Il Mulino, 1966.
- SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1998.
- TOMMASEO, Ferruccio, “L’adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell’affidamento: l’art. 709 ter c.p.c.”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2010, p. 1057.
- TRIBUNALE DI LECCE, SEZIONE DI MAGLIE, 03/09/2008, en *Famiglia, persone e successioni*, Turín: UTET, 2009, p. 785.
- TRIBUNALE DI MESSINA, 31/08/09, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2010, p. 506, con nota de Denis AMRAM, y en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2010, p. 150, con nota de Alessandra ARCERI.
- TRIBUNALE DI MONZA, 5 noviembre 2004, en *Danno e responsabilità*, 2005, p. 851, con nota de Giulio RAMACCIONI; en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2005, p. 79, con nota de Giuseppe DE MARZO; en *Famiglia*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 584, con nota de Alessandra CORDIANO; in *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2005, p. 171, con nota de Giovanni FACCI.
- TRIBUNALE DI ROMA, 13/09/2011, en <http://www.altalex.com/index.php?idu=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&cidnot=54280>, con nota de Cesira CRUCIANI.
- TRIBUNALE DI VENEZIA, 30/06/2004, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2005, p. 548, con nota de Roberto DE STEFANIS; en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA,

2005, p. 297, con nota de Giovanni FACCÌ; en *Giurisprudenza Italiana*, Turín: UTET, 2005, p. 1630, con nota de Paolo PORRECA.

VENCHIARUTTI, Angelo, “Commento all’art. 2047”, en Paolo CENDON, *Commentario al codice civile, vol. IV, Art. 1655-2059*, Turín: UTET, 1991, p. 2041.

ZINGALES, Ignazio, “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell’art. 709 ter c.p.c.”, en *Diritto di famiglia e delle persone*, Milán: Giuffrè, 2009, p. 404.

## RECENSIONES

---



**JOHN FINNIS,**  
*Natural Law and Natural Rights,*  
**Oxford: Oxford University Press,**  
**2.<sup>a</sup> ed., 2011, 499 pp.**

Al cumplirse veinte años de la aparición de *Natural Law and Natural Rights*,<sup>1</sup> que hizo historia en el pensamiento jurídico internacional, su autor, John FINNIS, aceptó revisarlo para una segunda edición (el libro había tenido múltiples reimpresiones y ha sido traducido a varios idiomas).<sup>2</sup> Mas no retocó nada en el cuerpo mismo del libro, sino que agregó un “Postscript” en el que da cuenta de los cambios producidos en él mismo, de la evolución de su pensamiento desde que el libro fue editado, así como de la gestación de su obra más conocida.

*NLNR* le fue pedido en cuanto llegó a Oxford por H. L. A. Hart, editor de Clarendon Law Series y su colega como *fellow* en la universidad británica. Al inicio de su “Postscript”, FINNIS destaca dos cosas: la primera, que el título le fue sugerido por el propio Hart, para indicar así claramente el asunto sobre el cual le pedía que investigara; la segunda, que en ningún momento Hart le sugirió nada respecto al contenido de la obra o a la orientación que esperaba. Le dio plena libertad intelectual. Y cuando el joven *professor* señaló que intentaría tenerlo listo pronto, Hart le dijo: “*Don’t hurry!*”.

Quizás en parte por este consejo, en parte por la propia seriedad intelectual del autor, el libro le llevó 14 años. Pedido en el otoño de 1966, fue concluido en 1979 y publicado en 1980. Él había pensado terminarlo para la Navidad del 70, pero recién entre 1972 y 1973 estuvo en condiciones de comenzar a escribir, luego de haber leído buena parte de la bibliografía que había reunido para profundizar sobre el tema.

En el “Postscript” a la segunda edición, el autor aclara algunos puntos importantes:

1. Desde su formación analítica y como profesor en un ambiente iuspositivista, él escribe para sus pares, no para los iusnaturalistas. De allí que su lenguaje no siempre resulte claro a estos, pues les es ajeno. Esta fue una causa de que muchos

---

<sup>1</sup> En adelante, *NLNR*.

<sup>2</sup> Al castellano fue traducido por Cristóbal Orrego, catedrático chileno, quien también escribió un estudio preliminar. Edición realizada por Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 455 pp.

pensadores iusnaturalistas encontraran “errores” en su exposición de la doctrina homónima. Pero no la única causa.

2. En su estudio, FINNIS comprobó que las críticas al iusnaturalismo e incluso muchas afirmaciones hechas desde el propio iusnaturalismo desconocen las fuentes de este pensamiento, o las conocen *de oídas* —podríamos decir—, a través de comentarios de terceros, pero no han incursionado en los textos de ARISTÓTELES y, mucho menos, en los de TOMÁS DE AQUINO.

El “Postscript” es un relato del propio camino intelectual del autor en busca de la verdad acerca del tema que le fue propuesto: la ley natural y los derechos naturales; camino que, como él mismo confiesa, se inicia a finales de sus estudios de derecho y durante su tesis doctoral, que es cuando toma conciencia de la falta de habilidad de los iusnaturalistas para “conectarse” con los estudiantes actuales, que traen una carga de prejuicios provenientes del escepticismo moderno, en todas sus facetas, acerca de nociones tales como “bien y mal, derecho y erróneo en la acción humana” y la capacidad de la razón humana para conocerlas y distinguirlas con claridad.<sup>3</sup>

Para escribir su libro, FINNIS se adentró en el estudio de ARISTÓTELES y de SANTO TOMÁS, haciendo una lectura a la luz de las críticas usuales al pensamiento de aquellos y, al mismo tiempo, teniendo presentes las diversas respuestas a dichas críticas, desde el lado iusnaturalista. De este modo, pudo constatar lo mencionado *ut supra*, en el apartado 2.

Para superar estas dificultades, su trabajo es una relectura de los textos originales, que los explica en un lenguaje entendible y en un contexto iusfilosófico de base humeana, kantiana, analítica.

De allí que el tema clave sea la relación entre *ser* y *deber ser*, si bien a medida que avanzaba en el libro FINNIS fue incorporando otros. Es el tema clave, pues la crítica más fuerte al iusnaturalismo es que pretende derivar el deber ser del ser, lo cual es lógicamente erróneo y, por lo tanto, inadmisiblemente científico. Pero también porque la afirmación es falsa. Ni ARISTÓTELES ni el Aquinate sostienen esto, aunque no desconozcan que hay una relación entre la naturaleza del hombre y aquello que constituye un bien para él (que FINNIS llamará *valor*, para hablar en un lenguaje contemporáneo), así como se puede establecer una relación entre lo que es bueno y lo que es debido. Pero esto no implica derivar de lo que es, lo que debe ser.

---

<sup>3</sup> “Reading my way into the natural law tradition, as a final year law student and then during my doctoral studies, I was disconcerted by the inability or unwillingness of the modern writers in that tradition to meet modern secular students as and where they are —equipped by schoolteachers and journalists with views derivative from Hume and Russell or other varieties of modern skepticism about good and bad, right and wrong in human action, and with scientist determinism, materialism, and conceptions [e.g. Logical Positivist] of the limitations of reason” (p. 415).

El trabajo intelectual del profesor australiano no concluyó cuando publicó *NLNR*; por el contrario, muchos de los puntos que fueron objeto de crítica (por su escaso tratamiento) los abordó en forma específica en subsiguientes publicaciones: *Fundamentals of Ethics*,<sup>4</sup> dedicada específicamente a los temas morales, particularmente la relación entre bienes y virtudes; *Aquinas*,<sup>5</sup> donde profundiza el conocimiento del pensamiento de Tomás y traduce sus principales tesis en un lenguaje actual, sin traicionar al Doctor Común; *Collected Essays*, cinco volúmenes que recogen diversos escritos (ensayos, conferencias, artículos) publicados durante los años sucesivos, sobre temas que mencionó o tocó solo de paso en *NLNR*. De estos cinco volúmenes, los que se conectan más estrechamente con la obra madre son el I, sobre razón y acción; el III, sobre derechos humanos y bien común, y el IV sobre filosofía del derecho.<sup>6</sup>

A partir del punto 3 del “Postscript”, FINNIS va develando las cuestiones oscuras en su texto original, capítulo por capítulo, si bien no en el orden numérico de estos, sino atendiendo a un orden de ideas. Su exposición es una guía certera para quienes —por primera vez— se acerquen a su lectura; pero también para quienes ya lo hemos leído. Lo suyo es —podría decirse— una “interpretación auténtica” de la letra y del espíritu de su texto. Su objetivo es poner de manifiesto los malentendidos y aclararlos.

Para ello, en el punto 5 ofrece una suerte de *synoptic*<sup>7</sup> que supla o corrija omisiones o, al menos, explique la razón de ellas. En su reciente visita a Sudamérica, FINNIS expresó que hay una serie de cosas sobre las cuales su libro probablemente habría tratado si hubiera sido escrito en otro momento histórico. Tampoco las aborda en el “Postscript”, precisamente por ello. El apéndice se refiere directamente al libro que escribió a lo largo de casi dos décadas, durante la Guerra Fría.<sup>8</sup>

Cinco son los puntos que toca: 1) libre elección e intención; 2) virtudes y principios; 3) inconmensurabilidad; 4) justicia, *ius* y derechos;<sup>9</sup> 5) la naturaleza de Dios. En ellos está presente la idea de la razonabilidad práctica.

Para hallar el primero en el texto de *NLNR* hay que buscar en el índice las referencias a “libertad” y “autodeterminación”, así como la nota en la p. 27. Pero libre elección e

<sup>4</sup> *Fundamentals of Ethics*, Washington: Georgetown University Press, 1983, 163 pp.

<sup>5</sup> *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2004, 385 pp.

<sup>6</sup> *Philosophy of Law. Collected Essays*, vol. IV, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2011, 509 pp.

<sup>7</sup> La expresión es suya (cf. p. 420).

<sup>8</sup> John FINNIS, “*Ley natural y derechos naturales* 30 años después”, conferencia inaugural del Congreso Internacional sobre el Pensamiento de John FINNIS, a propósito de la publicación de la 2.ª ed. de *NLNR* y de sus *Collected Essays*. Traducción de Pilar Zambrano, Buenos Aires, 24 de noviembre de 2011. “There are a number of things which the Postscript does not mention, but about which the book would probably have had something to say, had it been written 20 or 30 years later” (p. 36).

<sup>9</sup> *Justice, ius and rights* es el título en inglés. Conservo *ius*, que el autor destaca, precisamente por eso.

intención no es un tema que el autor haya querido abordar directamente en su obra prima, sino solo tocar tangencialmente, en cuanto era preciso para el tema que desarrollaba. Lo profundizará más tarde, en *Fundamentals of Ethics*. También volverá sobre el tema en *CDJF II*. La afirmación del hecho de que somos sujetos libres y por ello capaces de elegir entre dos o más alternativas prácticas, elección de la cual somos responsables y juega un papel fundamental en el hacernos a nosotros mismos, es incompatible con el principio de razón suficiente de LEIBNIZ y con cualquier determinismo contemporáneo. Pero, además, es un punto clave en la comprensión del obrar humano.<sup>10</sup>

Virtudes y principios están poco tratados en *NLNR*. Y “esto fue deliberado”,<sup>11</sup> porque no era el objetivo del libro. Será tratado en forma más acabada en *Aquinas*, 124, libro en el que dedica especial atención a las virtudes tanto intelectuales como morales, en particular la que llama “*the master virtue*” de lo razonable, esto es, la prudencia.<sup>12</sup>

Inconmensurabilidad: contra todas las formas de utilitarismo, FINNIS sostiene la condición “inconmensurable” de los bienes humanos. Hace referencia a ello expresamente en su libro: “pero las diferentes formas de bienes, como las diferentes clases de cantidades, son objetivamente inconmensurables”.<sup>13</sup> Sin embargo, tampoco este es un asunto estrictamente jurídico y, por lo mismo, no lo aborda de lleno en *NLNR*. Lo hará en *Fundamentals of Ethics*, donde destacará que el bien humano básico no es una entidad abstracta sino el ser mismo del hombre, el cual nunca puede ser visto o tomado como medio para otra cosa.<sup>14</sup>

Justicia, *ius* y derechos: el autor destaca que el tema de la justicia, tratado en el capítulo VII de *NLNR*, tomando la célebre definición del Digesto que luego haría suya TOMÁS DE AQUINO, habría merecido mayor atención y desarrollo. El significado de tener un derecho no se agota en el contenido que le atribuye GROCCIO —tener un poder o una libertad de—, sino que debe incluir el ser beneficiario de deberes (negativos y positivos) respecto a otros o de otros.<sup>15</sup> Esto será tratado con mayor profundidad en *Aquinas V*, 1-2 y en 2002c.

La naturaleza de Dios es el quinto y último tema que menciona; será objeto del “Ensayo V” (13 a 193). Por el contrario, *NLNR* tiene “una muy austera, minimalista vista acerca de lo que se puede afirmar, en base a la sola razón, sobre la naturaleza de Dios”.<sup>16</sup> El

<sup>10</sup> Cf. “Postscript”, pp. 420-421.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 422.

<sup>13</sup> “But the different forms of goods, like the different kinds of quantities, are objectively incommensurable” (cf. p. 115 de la versión inglesa; la traducción es de la autora de la recensión).

<sup>14</sup> Cf. *FoE*, p. 89; *Essays IV*, 17-357 (1990d), citados por el autor.

<sup>15</sup> Cf. “Postscript”, p. 423.

<sup>16</sup> Cf. *ibidem*, p. 424. “*NLNR* takes a very austere, minimalist view of what can be affirmed on the basis of reason alone about the nature of God”.



argumento que demuestra la existencia de Dios es racional, no de “mera” fe. Esta naturaleza de Dios es personal, es la causa incausada de todos los bienes, de todas las cosas buenas, siendo Él mismo bueno y la bondad, tal como lo entrevieron PLATÓN y ARISTÓTELES.<sup>17</sup> Pero no es una verdad a la que se accede de modo inmediato. Por ello, el autor afirma: “No he presentado la ley natural o los principios de razonabilidad práctica como expresiones de la voluntad de Dios”,<sup>18</sup> para poder sacar el tema de la discusión religiosa y llevarlo al ámbito jurídico.

Más tarde, trabajando en los argumentos presentados en *Aquinas*, ha vuelto sobre el tema.<sup>19</sup>

Tras más de 30 años revisando su obra el autor considera que esta conserva intactos sus propósitos y la posición asumida. Fue el punto de partida personal para una investigación académica que ha fructificado en sus obras posteriores.

El “Postscript” pasa revista a continuación a los 13 capítulos del libro, aclarando puntos que pudieron suscitar dudas o puntos sobre los que el autor quiere agregar algo. En todo caso, el “Postscript” es la mirada del académico que, tras un paréntesis de 30 años, vuelve a leer su obra prima (al menos en el sentido de haber sido la que lo ubicó entre los grandes iusfilósofos contemporáneos y uno de los mayores exponentes del iusnaturalismo del siglo XX), para retocarla allí donde alguna oscuridad pudiese entorpecer la comprensión de su pensamiento, el cual ha evolucionado con el movimiento circular del vuelo del águila, teniendo siempre presente el foco, girando a su alrededor, en círculos cada vez más pequeños, cada vez más cercanos, cada vez más certeros.

## GLOSARIO

**Aquinas.** *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2004, 385 pp.

**CDJF II:** *Philosophy of Law. Collected Essays*, vol. IV, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2011.

**FoE:** *Fundamentals of Ethics*, Washington: Georgetown University Press, 1983.

**NLNR:** *Natural Law and Natural Rights*, se indica si se trata de la 1.<sup>a</sup> edición en castellano (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), o de la 2.<sup>a</sup>, de Oxford University Press, en inglés.

<sup>17</sup> NLNR 405, 372, 405.

<sup>18</sup> Traducción de C. Orrego, NLNR, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 427. “I have not presented natural law or the principles of practical reasonableness as expressions of God’s will”, p. 403.

<sup>19</sup> *Aquinas* X, 1-4.

**Milagros OTERO PARGA  
y Roberto IBÁÑEZ MARIEL (editores),  
*Los argumentos de la argumentación jurídica,*  
México: Porrúa, 1.ª reimpresión, 2012, 267 pp.**

La argumentación jurídica es un tema de gran actualidad, al tiempo que es también de gran utilidad. Por otro lado, es un asunto sobre el que hay poco material actual. Para llenar ese vacío, la Dra. Milagros OTERO PARGA y el Dr. Roberto IBÁÑEZ MARIEL coordinaron un volumen colectivo que abordase la materia desde diversos ángulos. Los autores que hicieron posible la obra son:

**Dra. Milagros OTERO PARGA**, Universidad de Santiago de Compostela (España).

**Dr. Francisco PUY MUÑOZ**, Universidad de Santiago de Compostela (España).

**Dr. Juan Abelardo HERNÁNDEZ FRANCO**, Universidad Panamericana (México D. F.).

**Dr. Luis María BANDIERI**, Universidad Católica de los Buenos Aires (Argentina).

**Dr. Joaquín RODRÍGUEZ-LUGO BAQUERO**, defensor de derechos humanos de Tlanepantla de Baz' (México D. F.).

**Dr. Héctor LÓPEZ BELLO**, Universidad Panamericana (México D. F.).

**Dr. Jorge GUILLERMO PORTELA**, Universidad Católica Nuestra Señora de los Buenos Aires (Argentina).

**Dr. Ângelo ABRUNHOSA**, Instituto Politécnico de Leiría (Portugal).

**Dr. Roberto IBÁÑEZ MARIEL**, Universidad Panamericana (México D. F.).

**Dr. José Daniel HIDALGO MURILLO**, Universidad Panamericana (México D. F.).

La Dra. OTERO, tal como lo anuncia ya en el prólogo de la obra, destaca que la argumentación “es una actividad antes que un arte o una teoría”. Con ello no pretende desmerecer ni al arte ni a la teoría, puesto que ambas —cada una por su parte— son hábitos mentales (virtudes dianoéticas, en el lenguaje clásico) prácticos que inclinan a la realización de determinados actos, de un modo connatural.

De allí que se hayan previsto sendos capítulos donde estudiar las relaciones que existen entre la argumentación y diferentes artes y ciencias, tales como la dialéctica (capítulo 2), la lógica (capítulo 3), la retórica (capítulo 4), la tópica (capítulo 5), la hermenéutica (capítulo 6) y la teoría del lenguaje (capítulo 7).

La actividad argumentativa tiene una finalidad: convencer o llevar a otro al convencimiento de la verosimilitud —al menos— de lo afirmado por el que argumenta. No importa si este se ubica entre quienes sostienen que el hombre es capaz de conocer las cosas tal cual son o no; no interesa si es realista, si es empirista, si es escéptico o lo que quiera. Cualquiera sea su postura filosófica frente al conocimiento y a la verdad, cuando argumente intentará convencer de que lo que está diciendo es algo que goza de verosimilitud.

En el capítulo 1, de su autoría, la Dra. OTERO analiza lo que da título a su obra:<sup>20</sup> “Los argumentos de la argumentación jurídica”. Su objetivo es prestar a los operadores del derecho una herramienta útil para el desempeño de sus funciones.

La autora define a la argumentación jurídica como “el tipo de argumentación que se produce cuando los hechos en relación con los cuales queremos explicar nuestra posición, alegando razones o argumentos que convengan al otro de su pertinencia y consecuente conveniencia de imitación, se refieren a una experiencia jurídica”.<sup>21</sup>

La definición es por demás interesante puesto que, perteneciendo el derecho al orden práctico, su conocimiento no puede reducirse a lo meramente especulativo o teórico, sino que requiere de una insoslayable referencia a la experiencia (en este caso, jurídica). Lo cual no significa que se trate de una argumentación sin fundamento racional en valores y en normas; al contrario.

A continuación, trata de los pilares en los que entiende se funda o apoya la técnica de la argumentación jurídica, a saber: la estructura, el contenido y la forma.<sup>22</sup>

Los argumentos, contenido o materia de la argumentación establecen “el punto de conexión entre la lógica, la retórica, la tópica, la hermenéutica, la analítica y la dialéctica”.<sup>23</sup> La Dra. OTERO —siguiendo el orden lógico clásico— primero define y luego divide el concepto, analizando los tipos de argumentos, según varios criterios. En el primer capítulo lleva a cabo un estudio de ellos, tanto de los legítimos como de los ilegítimos, y aporta tres modelos de argumentaciones legítimas en derecho. El capítulo de la Dra. OTERO es una síntesis acabada e instructiva acerca del tema.

En cada uno de los capítulos subsiguientes los otros coautores analizarán lo que la argumentación jurídica recibe de otras ciencias y artes (lógica, retórica, dialéctica, etc.) y

---

<sup>20</sup> Aunque el título parezca reiterativo, no lo es, pues es evidente que nadie argumenta sin utilizar razones, motivos, fundamentos, esto es: argumentos ordenados a persuadir al oyente o al lector; estas razones son el contenido o materia de la argumentación.

<sup>21</sup> Cf. p. 10.

<sup>22</sup> Cf. pp. 10-13.

<sup>23</sup> P. 13.

lo que aporta, en particular su relación con el discurso descriptivo, los valores y el discurso decisorio.

La obra posee un interés científico incuestionable, no solo para la gente de derecho, sino incluso para docentes y para quienes —cualquiera que sea su profesión— deban hacer uso de la palabra para convencer, usando para ello argumentos o razones, y no meras pasiones ni presiones. Su ámbito de lectura supera al del derecho y su tema viene a llenar un vacío significativo, particularmente en tiempos en que se habla mucho y se piensa poco.

Por si lo anterior no fuera suficiente, el libro trae ejercicios para argumentar y cuenta con una muy completa, actual y variada bibliografía (son 122 libros de autores de distintas corrientes cognitivas), lo cual es también un muy valioso aporte.

Dra. Marta HANNA DE ROSA

**A. PÉREZ RAMOS, C. PONS-ESTEL TUGORES  
y M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ,**  
*Patología del consentimiento matrimonial.*  
*Rota Romana: Jurisprudencia 1990-2005,*  
**Granada: Comares, 2011, 177 pp.**

El presente libro es el resultado de un estudio sobre la jurisprudencia de la Rota Romana con relación a la patología del consentimiento matrimonial, en el período comprendido entre los años 1990 y 2005. Queremos destacar que el hecho de abordar la investigación de la temática tal como ha sido considerada en las decisiones emanadas por el Tribunal de la Rota Romana ya, en sí mismo, representa un valor. Esta afirmación quizás no sea suficientemente comprendida por quienes no están interiorizados del funcionamiento de la justicia eclesiástica, pero resulta obvia para quienes tienen conocimiento sobre la potestad jurisdiccional en la Iglesia.

Para unos y otros transcribimos las palabras con que AZNAR GIL describe la indiscutible trascendencia de este tribunal romano:

Ya es conocida la importancia que nuestra legislación concede a la potestad judicial no solo en la aplicación de las leyes (ca. 16, 3), sino también en su interpretación, especialmente allí donde se presentan o parecen existir “lacunae legis” (canon 19). Ya que, entre otras fuentes supletorias, se encuentra la praxis de la Curia Romana y la Jurisprudencia: “si se aplica el significado de esta expresión a las causas de nulidad matrimoniales, parece evidente que se debe entender por jurisprudencia, en este caso, exclusivamente la que emana del Tribunal de la Rota Romana”, teniendo por ello mismo un peculiar valor doctrinal. De hecho, la constitución apostólica *Pastor bonus* atribuye a este Tribunal la función de “unitati iurisprudentiae consulit et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio est”.<sup>24</sup>

Realizada esta precisión, que consideramos pertinente, advertimos que estamos ante un estudio de significativa importancia, por el tema en cuestión y por la fuente a partir de la cual se analiza. En ese sentido, no es un dato menor lo referente a los años que abarca este estudio, tal como los mismos autores lo expresan en la introducción:

---

<sup>24</sup> F. R. AZNAR GIL, “El ‘error in qualitate personae’, can. 1097, 2, en la jurisprudencia rotal romana, 1984-1994”, en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 12, Salamanca, 1996, p. 195.

Esta investigación aborda un conjunto de sentencias de nulidad, dictadas por la Rota Romana entre los años 1990-2005. Por lo tanto, nos movemos en una horquilla de quince años, lo suficientemente holgada, a nuestro juicio, para constituir una jurisprudencia consolidada, específica y muy a tener en cuenta en el campo de la variopinta patología jurídica del consentimiento matrimonial.

Como vemos, la función de unidad y ayuda a los tribunales inferiores que tiene la jurisprudencia rotal romana —tal como antes referimos y también los autores lo señalan en la presentación—, junto con el período elegido, justifican sobradamente el presente trabajo.

Para un ordenado tratamiento del tema, los autores dividen la obra en tres partes. La primera, la más breve de las tres, luego de una presentación y una introducción general, aborda un escueto pero muy preciso análisis sobre la doctrina de los cánones 1055 y 1057, referidos a la esencia del matrimonio, es decir, el matrimonio en cuanto consorcio para toda la vida y la naturaleza de su causa eficiente, el consentimiento matrimonial, respectivamente. Una vez definido el matrimonio canónico y el consentimiento como su elemento creador constitutivo, finaliza esta primera parte con una visión de conjunto sobre las patologías que pueden verificarse en el consentimiento matrimonial. Patologías que se encuentran comprendidas entre los cánones 1095 y 1103 del Código de Derecho Canónico y constituyen la materia de este estudio de acuerdo al tratamiento que de ellas ha realizado la Rota Romana, al evaluar los casos que allí han llegado.

La parte segunda, sin duda la más extensa y central del estudio, reúne más de doscientas cincuenta sentencias. Ellas no se transcriben en su totalidad, ni mucho menos, sino que de cada una se presenta una muy bien elaborada síntesis donde se muestran los criterios y razonamientos manejados por los respectivos jueces ponentes, tanto se trate de sentencias cuya decisión haya resultado *pro nullitate* como *pro vinculo*. Siguiendo el orden de los motivos de nulidad presentes en el Código —cánones 1095 a 1103—, se ubican las sentencias de acuerdo a su correspondiente grupo. A saber: patología de la *incapacitas* (canon 1095), donde se encuentran los principales trastornos de tipo psíquico; patología del no conocer o conocer mal (cánones 1097-1100), con sus supuestos de error; patología de la simulación o del no querer (canon 1101), tanto parcial —con sus casos de exclusión—, como total; patología del matrimonio bajo condición (canon 1102), y patología de la violencia y miedo (canon 1103). Se cierra el capítulo con un apartado con tres casos atípicos referentes a los cánones 1095.2; 219 y 1096.

La parte tercera comienza con una referencia a la autoridad doctrinal del Card. Navarrete, extractando lo que el “Maestro de Canonistas” señala como problemática relativa

al consentimiento matrimonial, existente, principalmente, en dos grandes sectores jurisprudenciales: el campo de las incapacidades psíquicas (canon 1095) y, dentro del ámbito de los vicios del consentimiento, el error (cánones 1097 y 1099) y la simulación (canon 1101.2). Continúa un título que reúne un conjunto de casi medio centenar de sentencias y decretos rotales llamados *de mérito* y otras cinco que constituyen decisiones rotales *de ritu*. Estamos ante casos procesales especiales cuyo razonamiento y resultado constituye una novedad. Finaliza esta parte con decisiones referentes al defecto de forma matrimonial, fundamentalmente por falta de delegación del sacerdote que en cada caso autorizó la boda.

Termina la obra con un anexo que merece destacarse, pues se trata de la reproducción de las alocuciones del papa Juan Pablo II a la Rota Romana, desde 1984 a 2005. Sabemos que estas alocuciones tienen lugar cada año con ocasión de la apertura del año judicial, momento en que el Papa se dirige a los miembros de este tribunal. Estos discursos del legislador, con un muy importante contenido doctrinal y disciplinar, adquieren una relevancia especial en Juan Pablo II, quien se mostró siempre muy atento y estricto con los procesos de nulidad matrimonial. Nos parece muy acertada la decisión de ubicar al final de la investigación dichas alocuciones, y hacerlo a partir no del inicio del pontificado de Juan Pablo II, sino a partir de la entrada en vigor del Código vigente.

No podemos dejar de mencionar los índices finales, que ordenan la materia en todos sus aspectos: índice de ponentes, cronológico de sentencias y decretos, sistemático de capítulos y resoluciones judiciales, cronológico de sentencias y decretos de mérito, cronológico de jurisprudencia *de ritu*, cronológico de jurisprudencia de defecto de forma; todo lo cual facilita enormemente la ubicación del abundante material expuesto.

En vista del plan general del libro, advertimos que estamos ante un trabajo muy valioso. En primer lugar por el hecho de plantear de forma concisa y ordenada una profusa muestra de la jurisprudencia rotal romana sobre las patologías del consentimiento matrimonial, lo que, por tratarse de dicho tribunal, como decíamos al inicio, constituye un repertorio jurisprudencial de gran valor en sí mismo. Pero, además, por el tratamiento serio y riguroso sobre el contenido que realizan los autores.

Todo lo que acerque la jurisprudencia y haga más práctico su manejo constituye una gran contribución a la ciencia canónica, dado que en muchos lugares —como sucede en Uruguay— no se tiene fácil acceso a las publicaciones de las decisiones de la Rota Romana. Y en caso de tenerlo, no siempre se maneja con fluidez la lengua en la que se presentan, el latín. Si pensamos, entonces, en los profesores y estudiantes de los cursos universitarios, en los miembros de los tribunales eclesiásticos y en los operadores jurídicos en general (no solo

canonistas, también eclesiasticistas, etcétera), comprendemos la trascendencia del aporte que se nos ofrece a través de la presente obra.

Lo dicho no hace más que confirmar que la tarea emprendida con este estudio ha cumplido con un muy buen objetivo, ya que poner la jurisprudencia rotal romana al alcance de todos es un modo de contribuir —en palabras de la constitución apostólica *Pastor bonus*, citada por los autores en la primera página— “para que todos, uniendo sus fuerzas, se esfuercen por cumplir la suprema ley que es la salvación de las almas”.

Gabriel GONZÁLEZ MERLANO



# 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.<sup>a</sup>  
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, UCU, Montevideo, 2001, pp. 146-165.

4. **Evaluación de los artículos.** Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos como requisito imprescindible para la publicación de todo artículo académico.

5. **Calidad de árbitro.** Solo podrán ser árbitros aquellos docentes que tengan el grado de Profesor Titular en las materias que correspondan, y los especialistas notorios que designe a tales efectos el Consejo Editorial.
6. **Lista de árbitros.** El Consejo Editorial elaborará y actualizará regularmente una lista de árbitros. No podrá ser árbitro quien sea miembro de alguno de los consejos de la revista.
7. **Proceso de evaluación.** Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial designará al menos dos árbitros de la lista, considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad de los árbitros. Cada árbitro contará con un plazo de treinta días para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en esta *Revista*. Si el árbitro formula observaciones, se le podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas. En casos excepcionales en que el Consejo Editorial lo juzgue conveniente, podrá solicitar una tercera evaluación de un mismo artículo.  
El Consejo Editorial podrá, en casos especiales, recurrir a un árbitro no incluido en la lista, pero que presente una notoria idoneidad en su materia.
8. **Principio de reserva.** El proceso de evaluación de los artículos se llevará a cabo bajo la más absoluta reserva y confidencialidad, amparándose en un proceso de revisión anónimo.  
En este sentido, el Consejo Editorial procurará eliminar del trabajo que se remite al árbitro la información que permita identificar al autor. De la misma forma, si el evaluado solicita ver la evaluación, no se le comunicará quién la ha realizado.
9. **Publicación.** La incorporación a la *Revista* de cualquier trabajo académico será resuelta por el Consejo Editorial con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo Editorial decidirá en qué número se publicarán los trabajos evaluados positivamente.
10. **Responsabilidad.** Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejarán necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo será responsabilidad exclusiva de su autor.
11. **Publicación on-line.** Al enviar su artículo, los autores deberán acompañarlo de una carta en la que autorizan que, luego de la edición de la revista, el texto sea incluido en la sección Publicaciones de la página web de la Universidad Católica

del Uruguay o en bases de datos nacionales o extranjeras de acceso gratuito o pago, a juicio del Consejo Editorial.

12. **Ejemplares.** Publicada la *Revista*, cada uno de los autores tiene derecho a recibir veinte (20) separatas de su artículo por su participación en la edición. Esta será la única retribución que corresponderá al autor por cada trabajo publicado o incluido en bases de datos.
13. **Aceptación del presente reglamento.** Cuando los autores remitan un trabajo a la *Revista*, deberán acompañarlo de una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. **Consejos.** La *Revista* contará con dos Comités Científicos: uno nacional y otro internacional. Los consejeros serán designados por el Consejo Editorial de la *Revista de Derecho*.

Los miembros del Comité Científico Nacional se reunirán una vez al año para evaluar el último número de la *Revista*, y recibirán un ejemplar cada uno, para su evaluación. Esta evaluación deberá ser presentada en forma escrita, una por cada número.

15. **Publicación.** El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).

Montevideo, 2012.