

Interpretación del derecho.

Buscando una visualización más amplia: Título preliminar, reglamento contractual y en materia de testamento.

Capítulo I. Delimitación.

1- Punto de partida.

1.1. Me resultó una complicada labor, elegir el tema a desarrollar, en ocasión de cumplir con exponer mi tesis como docente aspirante de Derecho Privado I y VI, ya que siento que de algún modo, debe representarme y demostrar, en forma resumida este trayecto de carrera en la docencia universitaria.

1.2. Repasando –mentalmente- las innumerables opciones a mi disposición, triunfa mi apasionamiento y notoria predilección por el tópico de la interpretación jurídica. Y decido pues, sobre interpretación escribiré.

1.3. Muchas veces las decisiones se decantan de manera inesperada. Creo recordar que trabajaba en un caso concreto, que implicaba el estudio pormenorizado de temas de propiedad horizontal, y pensé en esta propiedad especial, es menester una doble interpretación por parte del jurista. Por supuesto de la Ley Nº 10.751 y sus vastísimas modificativas, con el plus de que cada copropiedad cuenta con su reglamento de copropiedad que es ley entre las partes que integran dicha propiedad horizontal. Podría afinarse más, con un reglamento interno que sigue aterrizando las cuestiones más triviales y cotidianas de esos vecinos y copropietarios. (Mucho material a interpretar).

1.4. Esto derivó en considerar el tema de la interpretación jurídica, pero con una mirada más abarcadora y en conjunto que la que nos brinda la enseñanza tradicional. Para ello, reviso como no puede ser de otra manera, el título preliminar del Código Civil; las normas que el citado cuerpo normativo dedica a la interpretación de los contratos; visualización de las normas no sistemáticas de interpretación de actos de última voluntad. Todo ello, con una pequeñísima puesta a punto de los nuevos derroteros que

persigue el derecho argentino, con su codificación de derecho privado del siglo XXI.

1.5. Me gustó la idea, y comienzo a plasmarla –no exento de tropiezos– apoyado en la invalorable ayuda de mi tutor y amigo: Walter Howard (Gurú jurídico a esta altura).

Sería injusto no agradecer a todos mis colegas docentes, y el alumnado en general que desde 1996 me ha acompañado, y compartido momentos buenos y malos en las aulas. Los destinatarios últimos de los esfuerzos teóricos, son los que vienen. Perder eso de vista, significa perder el eje de la cuestión.

1.6. Creo que con mejores palabras, hace notar una similar inquietud a la mía, el profesor Brum: “...la interpretación de las normas jurídicas es la tarea esencial del jurista, sin embargo, no existe en los programas de Derecho de las universidades más importantes del mundo una asignatura específica dedicada al estudio del tema...”¹

1.7. Teniendo por norte dar muestras de lo trascendente que resulta asignar la importancia de interpretar, me valdré de una imagen que esboza un autor de derecho público italiano, Temistocle Martines, amalgamada a mi visión del asunto. (No es una traducción literal). El texto normativo queda asimilado a una partitura musical, al que no conoce una pizca de música, al ver la partitura musical la misma no le dirá nada al profano en materia de música. Siguiendo con esta visión, para quien ignora la escrituración musical, no sacará al referido texto provecho alguno.

En diferente situación se encuentra aquel que estudió música, en tanto podrá del cifrado extraer los sonos equivalentes, asignarles el valor de quienes profesan el arte, y si se acompañan de algún instrumento que ejecuta, le dará vida a los sonidos, siguiendo una interpretación que podríamos tildar de propia².

1.8. Perseguiré pues la faena, de buscar puntos de contacto y acercamiento para unificar o acercar la tarea interpretativa sea que se trate de legislación,

¹ BRUM. “*Interpretación e integración del derecho*”. Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008, pág. 11.

² Cfme. I diversi modi di interpretare la legge: una piccola goccia nel “mare magnum” (www.altalex.com/document/news/200504/26)

contratos (que es ley entre partes) y testamentos (disposición de última voluntad).

1.9. Por mentar algunas constataciones diferenciales, nuestro título preliminar diferenciaba en forma tajante: la interpretación de la integración. Ello no ocurre en los ordenamientos privados modernos, en tanto se centran más en la búsqueda de soluciones. Otros elementos que por razones históricas, nuestra codificación no pudo tomar en cuenta: los derechos humanos, y la incidencia cada vez mayor de los tratados internacionales con el fenómeno de la globalización.

1.10. El modelo de interpretación de los contratos de 1868, partía de la base de la igualdad entre las partes contratantes. Ello conlleva un fortísimo hincapié en la autonomía de la voluntad. En pocas palabras, poca injerencia del Estado.

Esta visión es vetusta y se encuentra superada, en tanto abunda una enormidad de contratos con cláusulas predisuestas. La incidencia de la voluntad del “contratante débil”, es muy menor. De esta forma muy poco puede hablarse de la común intención de las partes, por solo mencionar una sola arista que repercute en nuestro objeto de estudio. En los contratos de adhesión falta a la cita, la intención común, y por eso el Estado legisla de forma tuitiva, por ejemplo en defensa del consumidor.

1.11. Intento analizar la manera de interpretar el acto de última voluntad. Viendo los puntos de contacto con los contratos, habida cuenta que son pocas las disposiciones tendientes a esclarecer la voluntad del difunto, y no aparecen para colmo en forma sistemática en nuestro cuerpo normativo de referencia. No obstante, persigo la idea que hay un perfil común en el trabajo interpretativo, y sería buena cosa propender a una mirada o “teoría unificadora”.

1.12. Básicamente sobre las circunstancias precitadas versará la obra que decido acometer, y la someto al juzgamiento del Tribunal.

Capítulo segundo. Dificultades a la hora de interpretar.

2- Problemas o escollos inherentes al tema.

El intérprete se encuentra con dificultades que lo ponen a prueba, en la dilucidación de los problemas jurídicos.

El estado actual del desarrollo de nuestra civilización, nos coloca en un escenario de predominancia de derecho escrito (válido para países del civil law), y fuerte omnipotencia legal, y el derecho civil en su núcleo más fuerte viviendo en Códigos.

Desde un plano teórico, se puede pensar en grupos humanos que aún sin haber desarrollado el lenguaje se dieron normas de convivencia. Pero alcanzado el estadio de la escritura, parecería apriorísticamente que deberían terminarse los problemas. Nada más lejos de la realidad.

2.1- Vaguedad.

Potencialmente el texto jurídico se preocupa de regular las acciones humanas, y lo hace de una forma ansiosa, de forma que lo hacen los padres cuando quieren que su ejemplo sea seguido por los hijos³.

Al igual que en los sistemas de corte continental-europeo, se parte de la base que la ley es la única fuente (dogma); y que el aparato judicial da respuesta a todo (segundo dogma).

Si por vaguedad se entiende la indeterminación del precepto para un caso concreto, en mayor o menor medida todas las normas tienen algún grado de vaguedad. Claro que, ante casos cruciales, la vaguedad atenta contra la seguridad jurídica, y por ende se encarama como un gran defecto de la ley escrita. Sobre todo si se tiene en cuenta que un Estado debe transmitir tranquilidad y paz social a los ciudadanos.

Intentaré dar ejemplos de la vaguedad que se viene estudiando, a fin de visualizar la labor interpretativa, esto es la ciencia del derecho aplicada a la vida.

Si soy el vendedor de una mansión en la isla Di Capri, se plantean los autores italianos, para cumplir con el actuar de buena fe en los contratos, ¿ello

³ Cfme. VALLAURI LOMBARDI. "Norme vague e teoria generale del diritto".

implica que estoy obligado a avisarle al incauto comprador, que en la misma se afincó el fantasma de un viejo capitán que naufragó por esas costas?

Adaptando el caso concreto a nuestro derecho, el art. 1291 CC., preceptúa que todos los contratos deben ejecutarse de buena fe. Debe avisar el vendedor que en esa casa hay presencias o apariciones fantasmagóricas, si no lo hace ¿viola la buena fe contractual?

Otro ejemplo del área contractual, Alemania luego de la primera guerra mundial debió afrontar la horrorosa devaluación del marco, su moneda oficial cayó por el piso. Para los contratos que se ejecutaban, ¿actuar de buena fe implica actualizar los valores conforme a la inflación?

La doctrina vernácula se ha ocupado del tema, destacándose en este punto, las claras enseñanzas del profesor Mariño: “Se denomina vago a un concepto que tiene un único significado, pero el mismo es cierto (posee certeza) en los casos centrales y dudoso en los marginales. Por ejemplo, el concepto de bosque es vago: un conjunto de 200 árboles situados en un espacio determinado es un bosque, el grupo de tres árboles de mi jardín no lo es, pero existen muchos casos intermedios que resultan problemáticos...”⁴

Siguiendo en la línea de darle forma a la vaguedad se ha dicho: “...Supongamos que nuestro amigo, el verdulero, sólo una vez, allá por su juventud, escribió un poema, y que ese poema, bastante malo, no es conocido más que por nosotros y por él mismo. ¿Seguiríamos dispuestos a llamarlo poeta?...”⁵

La palabra libro, pareciera denotar un conjunto de muchas hojas impresas, encuadernadas juntas y con cubierta. Imaginemos las contrariedades que pueden suscitarse: cuantas son muchas: dos hojas no. ¿Diez?

Doscientas es un libro. Pero, ¿cincuenta hojas es un libro o un folleto?

Siempre habrá un número en que parecerá dudoso.

⁴ MARIÑO. “Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra, FCU., 2001, pág. 298.

⁵ GUIBOURG, GHIGLIANI, GUARINONI. “Lenguaje” Introducción al conocimiento científico”, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

¿Necesariamente deben ser impresas? Si el destino es un diario íntimo parecería que no.

Encuadradas, implica que sean cosidas. ¿Sin son hojas sueltas pero numeradas? ¿Qué pasa con los libros electrónicos?

Para cada palabra existirá casos que no se duda, otros que se descartan, y una zona llamada de penumbra que es la que nos plantea los problemas interpretativos ocasionados por la vaguedad del lenguaje. Debemos aprender a vivir con ello los juristas⁶.

2.2. Ambigüedad.

Como ya lo expresé en ocasión de realizar otro trabajo jurídico: “El tema de la ambigüedad en las palabras tuvo previsión en el Código Civil, cuando se expide sobre normas de interpretación de los contratos en el art. 1298, pero el problema no se circunscribe a los contratos sino a toda la tarea interpretativa, por cierto más amplia.

Lo que si queda claro es que la solución del art 1298 CC., rige solo en materia de los contratos, y es buscar la intención común de las partes (contratantes), antes que lo literal, apartándose del art. 17 CC...⁷”

Revisando el punto creo detectar, un grado de desconfianza en lo que pueda resultar de la expresión de la autonomía de la voluntad de los contratantes, pero que ello no le ocurriría al legislador. De cualquier modo, sería muy difícil encontrar una intención común en el legislador, seguramente son disposiciones que no resultan parificables.

En oportunidad de realizar otro trabajo jurídico en calidad de coautor –con el beneficio de trabajar en equipo-, intentando ejemplificar el asunto dije: “...Para tomar como ejemplo una expresión reiteradísima por magistrados, abogados y operadores jurídicos en general, suele usarse como “latiguillo” en los escritos forenses la palabra libelo. Etimológicamente –del latín libellus- quiere decir libro breve. En otra acepción se usa como un escrito que denigra o infama a alguien. Históricamente era la escritura por la que

⁶ Cfme. Guibourg, Ghigliani y Marinoni. Op. cit.

⁷ GONZÁLEZ PIANO, HOWARD, VIDAL, BELLIN. “Manual de Derecho Civil”, Comisión Sectorial de Enseñanza (CSE) Universidad de la República, pág. 29.

el marido antiguamente el marido repudiaba a la mujer y dirimía el matrimonio. Actualmente entre entendidos del derecho, suele ser sinónimo de escrito de demanda u otras veces aludir a todo el expediente judicial⁸.

En forma inigualable NINO, indica la ambigüedad semántica de algunas palabras: “...Si se dice el cabo de Hornos es muy frío, se puede dudar si se alude al clima de una determinada región austral o a la falta de sensibilidad de un militar que se apellida de Hornos...”⁹

Avanzando en este camino de marcar los escollos que encuentra el intérprete relacionado con las limitaciones que ofrece el lenguaje, conviene mencionar: “...La condición de una palabra con más de un significado se llama polisemia o, más comúnmente ambigüedad. “Vela”, por ejemplo, puede designar un cilindro de cera con un pabilo en su interior que sirve para iluminar, un lienzo que se ata a un mástil de una nave para aprovechar la fuerza del viento, o bien la actitud de alguien que cuida a una persona o cosa durante la noche...”¹⁰

Siguiendo a los destacados autores citados, estos problemas se van sumando en forma exponencial, ya que a un concepto vago, puede sumarse que sea ambiguo, lo que termina multiplicando los problemas del operador jurídico muchísimo.

Muchas veces la raíz de las disyuntivas son por evolución del lenguaje, verbigracia: corte como acción de cortar con una herramienta.

Otra acepción Corte como séquito del rey, y luego pasó a los tribunales de Justicia. Digamos por evolución idiomática.

Sin embargo no debe exagerarse en cuanto a la importancia de estos escollos que venimos señalando en estos desarrollos.

“...Y en cuanto a la vaguedad, habría incluso preguntarse si se trata de un defecto del lenguaje, o de unas de sus virtudes. Supongamos que citamos a

⁸ BELLIN. “Introducción al Derecho. Temas introductorios de Derecho Privado”, La Ley Uruguay, Montevideo, 2017.

⁹ NINO. “*Introducción al análisis del derecho*”, Astrea, 2° edición 5° reimpresión, Bs- As. 1992, pág. 260.

¹⁰ Guibourg, Ghigliani, Guarinoni. Op. cit.

un amigo en la esquina de Suipacha y Tucumán, y nos pregunta a cuál de las cuatro esquinas nos referimos. Algo sorprendidos, aclaramos: en la esquina sudeste. Entonces nos pregunta cuáles son los límites de lo que entendemos por esquina, y nos explica que, dado que los ángulos de las aceras son redondeados, la proyección exacta del cordón de la acera de Suipacha en su proyección del cordón de Tucumán queda sobre la calzada. Señalamos que puede esperarnos sobre la acera, e insiste: ¿A qué distancia del centro de la ochava, sobre la línea diagonal de la manzana? El juego puede prolongarse indefinidamente, hasta que una de las preguntas de nuestro amigo sea respondida con una inamistosa referencia a sus antepasados...”¹¹

Afortunadamente el lenguaje se construye en función de necesidades de la vida cotidiana, tanta precisión atenta contra toda lógica, practicidad y evitar inútiles complicaciones.

En la labor de la ciencia, o palabras técnicas el cantar es otro.

Es claro que todo legislador –mencionado en forma abstracta- persigue el objetivo de evitar las ambigüedades. Dicho de otro modo intenta ser diáfano en lo que expresa. Una herramienta o antídoto consiste en las definiciones legales.

“...Así, por ejemplo, el art. 1296 (acción pauliana) incluye en su 1 er. Inciso la palabra fraude y en el 2º inciso la define como conocimiento de la insolvencia del deudor. De ese modo y en ese ámbito la palabra fraude tiene un único y claro significado (evitándose posibles vaguedades) y constituye, a la par, la simplificación de una expresión más extensa, simplificación útil al propio legislador y a los prácticos...”¹²

Términos del lenguaje jurídico, aparecen definidos por el legislador. El art. 18 CC. Indica, que cuando el legislador las define a las palabras, debe estarse al significado legal.

¹¹ Guibourg, Ghigliani, Guarinoni. Op. cit.

¹² Caffera, Mariño. “Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil”. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol 81 Nº 1-6, ene-jun 1995, Mdeo.

Ejemplo de ello constituye el art. 366 CC., el mismo se encuentra en sede de tutela, en el capítulo que se dedica a las formalidades: “Toda tutela debe ser discernida.

Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor para ejercer su cargo.”

Existe en el caso pues, un concepto legal que alude al decreto del Juez que autoriza al representante legal a ejercer el cargo. Así debe interpretarse. Al decir de Mariño, se trata de una definición normativa de discernimiento¹³.

Respecto de las definiciones con las que nos manejamos los operadores jurídicos, iré a compartir el pensamiento de Atienza, el profesor español recalca, que de ninguna manera –refiriéndose a las definiciones – son procedimientos válidos para arribar a la esencia de las cosas, esto es la realidad¹⁴.

2.3. Imprecisiones.

Técnicamente se habla de otro obstáculo, pero la imprecisión a mi juicio está muy emparentada con la vaguedad.

“...Es muy probable que resulta imposible eliminar del todo la vaguedad de nuestros conceptos, en especial cuando el vehículo de los mismos es el lenguaje natural y no un lenguaje artificial construido a propósito para eliminar la vaguedad y, en general, las imprecisiones, tal y como ocurre con el lenguaje de la física, de la matemática o de la lógica. El lenguaje del Derecho y la ciencia del Derecho es un lenguaje natural tecnificado en el que existen amplios márgenes para la vaguedad, aunque siempre cabe hacer algo para reducirla a límites tolerables: además de ser conscientes del problema, las definiciones de los términos encaminadas a eliminar en lo posible las imprecisiones...”¹⁵

Otras veces los malos entendidos lo acarrearán, matices en el uso geográfico o regional de determinados términos.

¹³ Código Civil de la República Oriental del Uruguay, comentado, anotado y concordado por Mariño y colaboradores. 2ª edición, La Ley Uruguay, Montevideo, 2017.

¹⁴ Atienza. “El sentido del Derecho”. Ariel Derecho, Barcelona, 2013, pág. 60.

¹⁵ Atienza. Op. cit. pág. 64-65.

Aconteció en un caso concreto de accidente automovilístico, en que en el lenguaje coloquial de la zona fronteriza con Brasil (Rivera), *dar carona* significa aprovechar un viaje carretero que hace alguien con su vehículo, y unírsele en forma gratuita. Por tanto los testigos declaran en juicio: “Fulanito me dio carona”. Una forma de traducir es *aventón*, palabra desusada para estas tierras. Otra chance sería usar *autostop*, no se ajusta porque el *autostop* es azaroso y en carretera. Quizás más elegante sea recurrir a transporte benévolo.

“La interpretación es un reflejo de la imperfección esencial de los medios humanos, ya que existe una inevitable deficiencia terminológica, nacida de la dificultad para hallar el vocablo que represente indubitavelmente una idea...”¹⁶

2.4. La aparente claridad no inhibe la labor interpretativa.

Rodríguez Russo indica, que la interpretación es una operación necesaria aun cuando las palabras no sean obscuras ni ambiguas. Cita una opinión de Grasseti, que califica de mendaz la máxima: la norma clara no debe ser interpretada (*in claris non fit interpretatio*), atribuyendo la falacia a una equivocada generalización de un texto doctrinario de Paolo, que se dirigía expresamente a la interpretación testamentaria¹⁷.

Por este camino transita Brum: “...Resulta obvio señalar, por otra parte, que determinar si el precepto es claro u oscuro presupone su interpretación, ya que las palabras no tienen un significado propio –intrínseco-, es el que las usa o interpreta el que les atribuye sentido. Para decirlo de otra manera: la verdadera claridad es la que resulta de la interpretación y nunca la que precede a esta. El aforismo latino *in claris non fit interpretatio –o interpretatio cessat in claris-* tomado literalmente, no es, entonces de recibo...”¹⁸

Con estas opiniones a la vista, procedo a compartir la visión, y quizás dar un paso más en pos de una mirada integral, y tentar que para poder decir

¹⁶ VIDELA ESCALADA. “La interpretación de los contratos civiles”, Editorial Abeledo Perrot, 1964, pág. 7.

¹⁷ RODRÍGUEZ RUSSO. “La interpretación del contrato”, 2ª edición, FCU., Montevideo, 2008, pág. 67.

¹⁸ Brum. Op. cit. pág. 24.

si determinada legislación, pauta contractual, o disposición testamentaria es clara u oscura, necesariamente al responder esa interrogante, la estamos catalogando, esto es interpretando.

La jurisprudencia vernácula parece acompañar ese parecer: “...Al respecto, esta Corte ha afirmado reiteradamente: la no vigencia del aforismo “in claris non fit interpretatio”, pues todas las normas jurídicas, incluyendo las contractuales, son objeto de interpretación. Toda cláusula contractual debe interpretarse dentro del proceso de negociación, procurando establecer la voluntad de las partes resultante de los elementos textuales y extratextuales aprobados; la interpretación de los contratos no puede limitarse a su tenor literal porque su objeto es la manifestación de voluntad de los mismos...”¹⁹

¹⁹ Tomada de: Ordoqui. “Tratado de Derecho de los Contratos” Tomo VI, AMF., Editores Uruguay, Ediciones del Foro, Montevideo, 2016, pág. 167.

Capítulo tercero. Abordando nuevas concepciones.

3. Modernas codificaciones, incorporando nuevos enfoques.

A propósito de la interpretación, vista en la óptica del siglo XXI, resulta cita obligada los desarrollos de nuestros vecinos: argentinos.

Concretamente me refiero al Código Civil y Comercial de la Nación²⁰.

“Artículo 2°.- 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.”

Los doctrinarios del país vecino, se preguntan y enseguida se contestan, que no se trata de un listado jerárquico de pautas hermenéuticas las que edicta el artículo precedentemente transcripto. Más bien por una cuestión lingüística algunas variables se mencionan antes que otras.

Es sumamente tentador para quien escribe estas líneas, alcanzar un primario análisis comparativo entre el decimonónico Código Civil uruguayo, y el siglo XXI de la Argentina. Todo lo dicho, sin dejar de tener claro que todo lo acontecido, este *tsunami* de cambios: sociales, tecnológicos, políticos, económicos, y por supuesto jurídicos; tornan la empresa un poco disparatada. De todos modos, emprendo el camino.

3.1. Diferencias cuantitativas respecto al número de artículos.

Salta a la vista que en nuestro título preliminar se dedica cinco artículos del Código patrio, del 16 al 20 para regular la interpretación y la integración.

El cuerpo normativo argentino propone un solo artículo, el número 2°, nos presenta pues, un “producto” más concentrado.

3.2. Adentrándonos en el contenido.

²⁰ Código Civil y Comercial de la Nación, Directores Herrera, Caramelo, Picasso, Infojus, 2015.

Aparece en la normativa más moderna elementos que al menos a texto expreso no fueron tenidos en cuenta por Narvaja. Verbigracia: aparece la mención a los derechos humanos, por tanto no puede soslayarse los pactos internacionales a la hora de interpretar el derecho privado argentino.

En el nuestro pueden suscitarse dudas sobre la aplicación directa sobre los tratados internacionales.

Otra incorporación son los principios y los valores jurídicos, los comentaristas argentinos asignan que se tratan de valores de carácter no moral.

3.3. Desaparición de la alusión al espíritu de la ley.

En forma intencional el Código más moderno, se separa del giro espíritu de la ley, renunciando a buscar u obtener cual es la historia y como se llega a su promulgación.

Uruguay mantiene en los textos dicha búsqueda, y para este autor no viene nada mal, ya que en ocasiones de la vida práctica permite resolver litigios en que actúa como operador jurídico.

3.4. No hay una distinción tajante entre interpretar e integrar.

Todas estas herramientas que proporciona el art. 2 ° sirven tanto a la hora de que la norma cuesta aplicar, como cuando aparenta existir un vacío normativo.

El Código uruguayo, mantiene la tradicional distinción, y por supuesto que está muy reglado los mecanismos a que debe acudir el juez en materia de vacío legal: leyes análogas, principios generales del derecho y doctrinas más recibidas. (art. 16 CC.)

Justo es decir que a nivel doctrinario, el profesor Ramírez se ha pronunciado por enseñar que entre interpretación e integración, solo existe una diferencia de grado. Concretamente expresa: "...La diferencia entre interpretación e integración tampoco tiene sustento lógico. No hay, antinómicamente, por un lado terreno firme y por el otro, lagunas; quizás

sea más apropiado decir que el terreno de investigación jurídica –los signos– es siempre pantanoso...²¹”

Mi visión es confirmatoria de este encare descripto, en los hechos el operador jurídico no se enfrenta de regla con textos claros, siempre interpretar implica una tarea previa de esclarecimiento, y por tanto la tajante separación que hacía Narvaja, hoy está claramente superada, y debe considerarse un avance la óptica de tratar en forma semejante la tarea de interpretar con la de integrar, obtenido por el reciente cuerpo de normas civiles y comerciales de Argentina.

3.5. Interpretación activista.

Llegan los comentaristas y juristas del vecino país a detectar una intención activista a la hora de interpretar, en tanto el nuevo cuerpo normativo, parece seguir los lineamientos interpretativos seguidos o consagrados por organismos como: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su similar europeo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Indican pues que la interpretación debe hacerse de forma adecuada a los criterios de estas cortes que las consideran de rango superior.

Creo que no puede deducirse esta idea para el juez u operador jurídico uruguayo, que debe seguir el camino que le marca el art. 16 complementado con el 15 del CC. Uruguayo. Debe trabajar el juez en un marco más acotado del que propone argentina, al menos teóricamente.

3.6. Reconocimiento del proceso de descodificación.

El reciente cuerpo normativo argentino admite y reconoce, además de que valora la existencia de leyes especiales, dando por sentado que no pretende el nuevo Código regular todas las incumbencias del derecho privado. Claro ejemplo de ello resultan las normas sobre derechos de los consumidores. Intenta alcanzar desde una perspectiva sistémica, se alcanza una relectura

²¹ RAMÍREZ. “La analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración”. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXXVI, FCU., Montevideo, año 2006, pág. 684.

más realista, humana y contemporánea con la consigna de propender a un diálogo de fuentes.

Si bien numerosas leyes complementan la materia civil, nuestro Código sigue rindiendo culto a la completitud, y eso hace poco probable la coexistencia con las leyes particulares, que muchas veces hacen impracticables las disposiciones generales.

Esta inquietud ha tenido tratamiento doctrinario en Uruguay, pero no se atisba -desde mi punto de vista- hacia dónde vamos.

“...El decurso del proceso de regulación normativa de Derecho Privado, a través del tiempo en diferentes comunidades jurídicas, ha marcado de manera ostensible una propensión a la diseminación legislativa como resultado de la cual se erigieron, progresivamente, subsistemas y microsistemas que significaron un distanciamiento, en Principios y en Reglas, respecto del sistema central constituido por el Código Civil y por el Código de Comercio.

Ese proceso de alejamiento, gradual y sostenido, fue gestado multicausalmente por la hiperactividad legislativa, no organizada de manera criteriosa y llevada a cabo con desconsideración de las imprescindibles miradas reflexivas así como con perentoria necesidad de regular situaciones específicas a las que se entendió necesario dedicar un conjunto normativo también específico pero, transitivamente, carente de vasos comunicantes de coordinación y de sincronización con las normas dimanadas de sistema central, y axial, del cual se apartó...²²”

Se ha notado desde el derecho de familia la proliferación de multiplicidad de normas, descoordinadas e incongruentes, verbigracia los temas filiales no se coordinan con la ley de reproducción asistida; la de unión concubinaria es de difícil acople con el sistema, la de matrimonio igualitario produce lo suyo, etc.

²² CAUMONT-MIRANDE. *“Neocentralismo y recodificación contemporánea del Derecho Privado. El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación”* Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XLV, FCU., Montevideo, año 2006, pág. 877.

No está exento de estos problemas el aparentemente milenario e intocable sistema de derechos reales.

Acerca de la incidencia de la descodificación en derecho uruguayo, el Instituto de Derecho Civil Salas I y IV nos invitó y alentó junto con la Dra. Olga Tallac a realizar una ponencia enmarcada en el tema de la discapacidad, optando nosotros por comentar el derecho real de habitación del hijo discapacitado. Todo ello en el marco de las Jornadas que realiza el Instituto, tuvieron lugar en el salón 26 de la querida Facultad de Derecho en 2016.

Al reflexionar al respecto como preámbulo disparador yo aseveraba: DEL CAMPO plasmaba en su obra: existe el usufructo legal; pero no el uso ni habitación impuesta por la ley²³. Estas opiniones vertidas desde el profundo estudio de la rama jurídica, tenían su apoyo en la larga estabilidad de la disciplina del usufructo legal, y la aparente fijeza de los derechos reales de uso y habitación. Así lo aprendí en mi calidad de estudiante de derecho.

La dinámica legislativa sobre fines de la década de los 80 del siglo pasado, viene a modificar ese paradigma, y produce legislación creadora de derechos reales de uso y habitación de carácter legal. Le Ley 16.081, siguiendo normas argentinas e italianas reguló esta temática, estando a su exposición de motivos para proteger a la familia modesta.

Es una nueva asignación forzosa la que crea la ley 16.081, pero no llega a ser descodificación, ya que se incorpora al art. 881 CC., con la técnica de agregarle guiones: 881-1 a 881-9.

La primera ley que descodifica estos derechos, es la ley 16.095 (hoy derogada) preveía un derecho de habitación para el hijo discapacitado fuera de la esfera del CC. Uruguayo.

Se refuerza este influjo legislativo, con la previsión del art. 11 de la ley 18.246 de unión concubinaria, estos derechos de uso y habitación del concubino supérstite tampoco forman parte del CC.

²³ Cfme. Del Campo. "Bienes", Vol. I, FCU., Montevideo 1987, pág. 101.

Última en el tiempo es la previsión del art. 23 de la ley 18.651, prevé el derecho de habitación para el hijo discapacitado, y deroga la ley 16.095. Estas normas son muy poco conocidas por los operadores jurídicos.

Siguiendo con los derechos reales, la descodificación toca también en materia de superficie, la ley 18.308 regula la superficie en el art. 36. Acerca de este punto nuestra doctrina ha dicho: “...Adviértase en este último sentido que mientras el CC. destina 48 artículos al derecho real de usufructo, 9 a los derechos de uso y habitación –dentro de los que existen remisiones al usufructo- y 95 a las servidumbres, un solo precepto (y no demasiado extenso) existe en la ley 18.308 con pretensiones de regular la superficie...”²⁴

Claramente el Código argentino, mixtura en un solo cuerpo normativo la rama civil y la comercial, por dicho sendero pues centraliza; pero ello sin perjuicio de dar prioridad a leyes extra código, señalando como caso paradigmático la de derechos de consumidor.

²⁴ Howard. “El derecho real de superficie” En Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo I, FCU., 2013, pág. 123-124.

Capítulo cuarto. Interpretación testamentaria.

4- La interpretación en los negocios *mortis causa*.

Básicamente la interpretación testamentaria brinda un abanico de funciones, persiguiendo esclarecer la voluntad del testador. Es una aseveración muy básica decir que el emisor de voluntad por definición es un fallecido –pero debe hacerse notar-, por tanto a mi criterio requiere una cuota de sagacidad, y en la tarea de respetar la voluntad del causante se vuelve imprescindible la tarea sutil del intérprete. Por ende, es buena cosa determinar si el instituido lo es a título universal o singular, quién es el verdadero instituido, cuál es la cosa legada, establecer una relación lógica entre diversas disposiciones testamentarias, etc.

4.1. Carencia de reglas interpretativas.

Si me atengo al capítulo de nuestro cuerpo normativo civil que refiere a Testamentos, no ubicamos allí reglas generales respecto a cómo se debe interpretar dicho negocio jurídico, por lo que en muchos casos es preciso recurrir a las normas de interpretación contractual previstas por los artículos 1297 a 1307 CC.

En honor a la verdad, el Código Civil patrio solo contiene algunas reglas aisladas y desperdigadas, que me limitaré a enunciar su ubicación y dar una minúscula reseña: En el capítulo de naturaleza y efectos del testamento encontramos: art. 780 inc. 2º CC. que indica que no hay sacralidad en el tema de que se mencione la palabra heredero; art. 785 CC. no se puede disponer a favor de persona incierta, esto se salva si existe modo de saber el beneficiario; art. 786 CC. Si se dispone a favor de los parientes se entienden los llamados por la ley; art. 787 CC. la designación falsa no inhibe que reciba si no hay duda sobre quien fue instituido; art. 788 CC. el motivo falso no impide recibir.

Luego en el capítulo de capacidad emergen tres normas interpretativas: art. 836 CC. si se dispone por el testador a favor de un establecimiento de beneficencia sin designarlo, resuelva el Presidente de la República; art. 837 CC. si lo hace a favor de su alma ídem solución que el caso anterior; art. 838 CC. a favor de los pobres, pobres del domicilio del testador.

En el capítulo de las mandas o legados: (solo se mencionaran artículos correspondientes) art. 928, 929, 930,931,932 y 935.

En el capítulo de condiciones emerge que se tiene por no puesta la condición de no contraer primero o ulterior matrimonio (art. 952 CC.)

En sede de revocación de testamento, cabe analizar el art. 1004 CC.

Lo que viene de decirse a mi parecer, resulta insuficiente para dar un respaldo serio al operador jurídico llamado a aplicar la voluntad del testador.

La doctrina vernácula tiene una visión mayoritaria en el sentido, que debe prevalecer la voluntad del testador. En dicho camino se entiende que no hay términos sacramentales, a diferencia de los romanos. Aunque no se haya utilizado la palabra heredero, vale la institución si queda clara la misma, art. 780 inc. 2°.

Claramente el art. 1297 en materia contractual no aplica, y todo ese capítulo debe ser tenido en cuenta con muchísimo cuidado y reparos si se trata de testamentos.

4.2. Potencialmente todas las normas generan conflictos para el aplicador de derecho.

El artículo más inocente y claro puede desatar tsunamis interpretativos en terrenos testamentarios. El art. 795 prescribe que el testamento debe ser firmado por el testador.

Siguiendo a Hart, cabría preguntarse: ¿Qué pasa si el testador usó un seudónimo al firmar? ¿o acaso si alguien le guió la mano? ¿si sólo estampó

sus iniciales? ¿puede asegurarse que en todas las opciones propuestas resultó firmado el negocio de última voluntad?²⁵

4.3. Algunos caracteres distintivos de interpretar testamentos.

Los problemas interpretativos que surgen con más frecuencia, al operador jurídico que se sumerge a desentrañar la voluntad del “de cuius”, tiene que ver en la radiación del conflicto en estado de latencia. Debe tenerse presente que la problemática nunca guarda relación con lo que interpreten los sujetos de la relación sucesoria; sino más bien que el partido se juega en cancha de sacar a luz la voluntad real, versus lo que se estampa y declara en el texto del documento testamentario.

Seguidamente me propongo denotar los matices que distinguen la interpretación contractual con la testamentaria.

Partimos de la base que tanto contrato como testamento son actos jurídicos. No obstante lo expresado, se vislumbran miradas disímiles a la hora de interpretar unos y otros. La del contrato es más activa y dinámica dicen los expertos, ya que se debe estar atento a los cambios del marco legal, y yo diría las tendencias en boga; la del testamento más estática, debe concentrarse más en el pasado, sobre todo al momento y ocasión de la disposición de última voluntad.

En la contractual cobra primacía el lenguaje común; en el testamento se verifica el lenguaje y personalidad del estipulante.

En los contratos las cláusulas oscuras juegan contra el que la redactó; en el testamento debe buscarse la intención del causante.

4.4. Visiones concretas de algunos autores.

Existen autores que se han ocupado en profundidad de estos tópicos, y destacan que son fenómenos muy contrapuestos entre sí. La interpretación de los contratos (negocios *inter vivos*), y el testamento (negocio *mortis causa*)²⁶.

²⁵ HART. “El concepto de Derecho” Traducción Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, tercera edición, Buenos Aires, 2012, pág. 15

²⁶ Cfme. Jordano Barea. “Interpretación del Testamento” Casa Bosch, Barcelona, 1958, pág 13.

Consecuentemente se nos presenta el manido problema: ¿Si las reglas legales de interpretación dictadas para los contratos son aplicables al negocio de última voluntad?

Juzgo evidente que para responder la precitada interrogante, al menos hay consenso que no puede hacerse a la ligera. Debe hacerse en forma sumamente medida, en tanto dichos artículos tienen como destino final los contratos. (Artículos 1297 a 1307 CC. Uruguayo).

Seguidamente sería de orden preguntarse, en vinculación con el Título Preliminar de nuestro Código Civil: ¿Resulta viable acudir al recurso de los fundamentos de las leyes análogas, que propone el artículo 16?

La diferencia entre los actos *inter vivos* y los unilaterales *mortis causa* “debe poner en guardia al jurista frente a los riesgos de una apresurada e inmediata aplicación analógica...”²⁷

Es constatable que el CC. Uruguayo, no contiene un capítulo de normas como preveía el proyecto Acevedo, sobre reglas para la interpretación de últimas voluntades²⁸.

Considero que sería muy útil para la tarea del jurista, revisar la aplicabilidad o no de la posible traspolación de normas interpretativas si previstas para los contratos, pero no para el testamento.

Como grandes líneas orientadoras –y admitiendo la opinabilidad de esta gradación- parecen a primera vista más factible hacer la importación de normas cuando se trata de criterios de interpretación subjetivos. Esto es, para graficarlo en forma concreta, creo puede tener cabida el art. 1301 CC. Por cuanto, los actos posteriores del testador, podrían dar un complemento u orientación de su voluntad. Claramente atiende al criterio subjetivo, buscar en la *mens testantis*.

Otras veces, la puerta de entrada viene quizás por cuestiones históricas, y porque no decirlo por cuestiones pragmáticas. El principio de conservación, que abrea en antecedentes romanos, inunda también la cuestión a la hora

²⁷ ROYO MARTÍNEZ, citado por Jordano Barea, OP. cit, pág. 57.

²⁸ VAZ FERREIRA. “Tratado de las Sucesiones”, Tomo I, volumen 1, FCU., Montevideo, 1998, pág. 214.

de interpretar el testamento. A nuestro parecer torna altamente aplicable lo dispuesto por el art. 1300 CC.

Si se presenta la posibilidad de conservar la disposición testamentaria, así debe interpretarse.

De esta afirmación se desprende, ¿siempre y en forma irrestricta?

Opto por la respuesta negativa, sino valdría cualquier cosa en materia testamentaria.

¿Hasta dónde llega? Ha dicho Trabucchi, que dicho principio no se traduce en salvar el acto a toda costa²⁹.

Por el contrario, algunas normas previstas para los contratos parecen descartables o inaplicables al testamento.

La palabra aglutinadora sería los criterios objetivos de interpretar.

El uso general de las palabras que propone el art. 1297 CC., no debería considerarse ya que, en la subjetividad del testador la usaba en otros sentido. En esta línea es repetido el ejemplo del testador que decía legar su “biblioteca”, cuando era sabido por el círculo de familiares y amistades que era la forma graciosa que el testador mentaba a su bodega. De aplicar dicho criterio, no se respetaría su última voluntad.

En caso de ambigüedad, no es posible desentrañar una intención común, por obvias razones. Es decir, el art. 1298 se torna inaplicable.

No resulta de utilidad lo dispuesto por el art. 1304 CC, habida cuenta que no tiene sentido sancionar al testador (*in dubio contra stipulatorem*) ya falleció y poca mella le puede hacer. Tampoco guarda factibilidad usar la regla de favorecer al deudor en la interpretación del testamento (*in dubio pro debitore*).

Detecto pues, salvando las diferencias del caso, así como guarda diferencias entre la actuación del demente (sea interdicto o no) en materia de contratos, véase al respecto artículos 438 y 439 CC.; con la incidencia de la

²⁹ Trabucchi. Citado por Jordano Barea, Op cit. pág. 68.

demencia y situaciones afines a la hora de la capacidad para testar (art. 831 y siguientes CC.).

4.5. Depuración de pautas o consejos para el intérprete de testamentos.

Los testamentos como actos de última voluntad deben ser interpretados, “mirándolos” solamente desde el ambiente y punto de vista del testador.

Clarifica mucho el punto tratado, la jurisprudencia inglesa cuando se aboca a resolver casos concretos de interpretación testamentaria. La idea es, que en forma expresa el juez debe reconstruir la voluntad del difunto. Los más radicales sostenedores de este punto indican: “resucitar al testador como a Lázaro”.

Para la operatividad del testamento, destacada doctrina vernácula propugna: “...La interpretación del testamento ha sido un problema espinoso. Sobre todo en el cerrado donde el testador suele carecer de conocimientos o de asesoramiento técnico, como ya lo dijimos.

Hay dos principios muy importantes a tomar de la interpretación de los contratos.

En primer lugar, dadas las características esencialmente unipersonales, no hay duda de que se tiene que estar a la voluntad interna, es decir, a la voluntad real, la voluntad querida por el testador. Eso a su vez, nos plantea el problema de desentrañarla, sobre todo cuando el testamento es cerrado y el testador escribe demasiado. Cada palabra se suele pagar, entonces, con pleitos. Un testamento de más de diez líneas es altamente riesgoso y más valdría no hacerlo, dejando en manos de la ley la distribución de bienes...”³⁰

Otro tema hartamente debatido, implica analizar la cuestión desde el punto de vista temporal. O bien se interpreta a la luz del momento de la muerte del testador; o a la fecha de instrumentación y redacción del documento. No podemos pasar por alto, siguiendo las ideas de Arezo, que una persona que hizo testamento a los treinta años de edad, y fallece a los 80, puede haber variado mucho su entorno, afectos, pareceres, etc.³¹. Pensemos que a los

³⁰ Arezo Piriz. “Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria” Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, volumen 73 (1-6), 1987, pág. 33.

³¹ Cfme. Arezo. Op. cit. pág. 33-34.

treinta años el hombre testó beneficiando a su esposa, y a los ochenta está casado en terceras nupcias, y existen dos divorciadas vivas. Resulta imprescindible armonizar el problema jurídico.

Ante ese entuerto de derecho, el mentado doctrinario se pronuncia decididamente por la fecha del testamento. Es evidente para su visión, que el testamento refleja el querer de un determinado momento de esa persona (testador).

Toda vez que no se ajuste a la realidad, no queda otro camino que modificar el testamento.

Las cosas podrían verse con otros matices, en dicho sendero: "...El caso analizado por Lange y citado clásicamente por la doctrina que lo comenta es muy interesante. Se trata de un testador que dispuso sea instituyendo heredera o legataria a favor de su "esposa" (sin designarla por el nombre). Luego de testar se divorcia y contrae nuevo matrimonio, falleciendo casado con esta segunda mujer. Conforme la posición de Lange, la referencia del testamento a la esposa debe ser interpretado conforme a la voluntad del causante en el momento más próximo a su muerte, siempre que ello sea compatible con la voluntad formalmente declarada. La beneficiaria sería entonces conforme a esta posición, la segunda esposa.

Conforme se expresó discrepamos con la posición de Lange en cuanto a que voluntad debe ser indagada. Ello no significará en todos los casos que la beneficiaria sea la primer esposa, sino que deberá entenderse la voluntad manifestada en el acto, indagando de ser necesario la voluntad real recurriendo a elementos extrínsecos..."³²

4.6. El Código argentino respecto a la interpretación de testamentos.

En el nuevo enfoque del derecho privado argentino, el art. 2470 del C. C.y C. de la Nación (Argentina) emprende el camino de regular este tópico, que en su predecesor ocurría como en Uruguay, no se regulaba.

Comentaremos algunos de los principios cardinales, sin proponernos hacer una exégesis normativa.

³² Carozzi. "Manual de Derecho Sucesorio", FCU., Montevideo, 2004, pág. 73.

La búsqueda primordial sigue siendo, encontrar que quiso disponer el testador, punto clave del asunto.

Los comentaristas entienden: que el juez no es un corrector, debe aceptar el testamento tal como está redactado y extraer su posible contenido y sentido³³.

Otra idea rectora a destacar implica analizar, que entre dos posibles interpretaciones, debe preferirse aquella que otorgue la validez y permita la conservación del testamento.

Sobre la posibilidad de tomar en cuenta elementos externos al acto jurídico unilateral testamento, los doctrinarios se cuidan bastante de que no se cometa un atropello. Es interpretación con elementos externos debe posibilitarla al menos en forma mínima la disposición de última voluntad del testador. No se trata pues de admitir cualquier cosa, en pos de tergiversar la voluntad del testador.

En definitiva en mi evaluación, resultan muy positivas las expresiones de la ley por el moderno Código. Pone en forma compartible como primer parámetro el respeto de la voluntad real del causante.

El punto reflejo de la voluntad es el acto jurídico unilateral: testamento.

Las palabras que lo instrumenten deben entenderse en sentido corriente, salvo que aparezca evidente que el estipulante le dio diverso sentido. Por último da cabida a las reglas interpretativas del contrato, en cuanto sean compatibles. Por tanto, a mi juicio esta disposición recibe una visión unitaria del fenómeno interpretativo, que es la forma preferible de encarar este tema.

4.7. Discrepancias doctrinarias en Uruguay sobre el modo de suceder sustitución, cuando se trata de sustitución recíproca la que utiliza el testador, y existen partes designadas.

³³ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Tomo VI. Comentarios a cargo de Nora Lloveras, Olga Orlandi y Fabián Faraoni.

Se conjugan en el apartado que trataré, problemas de interpretar lo que quiso decir el legislador, cuando el testador realiza este tipo de sustitución, conocida como sustitución recíproca, art. 862 CC.

Transcribo el texto: “Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes designadas, tendrán estos, si no apareciere claramente haber sido otra la voluntad del testador”.

Existen entre los profesores de sucesiones, dos visiones de interpretación de esta norma jurídica (art. 862), que llevan a resultados muy diferentes, y que tienen consecuencias relevantes a la hora de repartir la herencia o los legados. (Art. 869 CC., hace extensivo lo dispuesto a los legados).

Considero que la mejor forma de visualizarlo es poniendo casos concretos.

A será el testador del caso, que deja 200 de patrimonio, habiendo testado con designación de parte de la siguiente forma: B $\frac{2}{10}$; C $\frac{3}{10}$; D $\frac{4}{10}$ y E $\frac{1}{10}$ de la herencia. Utilizando la sustitución recíproca del precitado art. 862 CC., para el caso que alguno de ellos no pueda o no quiera aceptar.

Para que aplique nuestra forma de suceder, supongamos que D repudia.

A continuación describiré como sería el cálculo que proponía el Dr. Enrique Arezo.

$$B = \frac{2}{10} \text{ de } 200 = 40$$

$$C = \frac{3}{10} \text{ de } 200 = 60$$

$$D = \frac{4}{10} \text{ de } 200 = 80 \quad \text{Repudia.}$$

$$E = \frac{1}{10} \text{ de } 200 = 20$$

$$\text{Por tanto B lleva sus } 40 + \left(\frac{2}{10} \text{ de } 80\right) = 56.$$

16

A esta conclusión llega el mentado doctrinario, respetando el giro legal que indica que lleva en la sustitución las mismas partes que en la institución. Esto es los $\frac{2}{10}$ de 80 que fue lo que repudió D. En el caso partes implica la fracción que le asigna el testador, en el caso de B, $\frac{2}{10}$.

Para el caso de C, obtiene sus $60 + (3/10 \text{ de } 80) = 84$

24

El restante E recibe sus $20 + (1/10 \text{ de } 80) = 28$

Nótese que sumando los montos repartidos efectivamente a los herederos queda una porción sin asignar.

$$56+84+28= 168$$

$$200-168= 32$$

Según la posición del Dr. Enrique Arezo, por el art. 893 N° 3 CC., esa suma aumenta a los legitimarios.

Con el mismo supuesto aplicaremos la interpretación del Dr. Eduardo Vaz Ferreira.

A deja 200. $B2/10=40$, $C3/10=60$ $D4/10= 80$ repudia, $E1/10=20$

Según Vaz Ferreira hay que guardar las proporciones pero repartir entre los sustitutos todo lo dejado, en el caso los 200.

Una forma de lograrlo es sumar todos los numeradores de los sustitutos, es decir 2 (B), 3 (C), 1 (E)= 6 **[este criterio es el que sigue el profesor Howard en sus clases]**

La suma repudiada 80 se divide entre 6=13.33. Este coeficiente se dará en función de las partes asignadas.

$$\text{Así B tiene } 40 + 13.33 \times 2 = 66,66$$

$$\text{C tiene } 60 + 13,33 \times 3 = 99,99$$

$$\text{E tiene } 20 + 13,33 \times 1 = 33,33$$

Aparece claro que en esta posición se reparten los 200 dejados en forma íntegra. No hay remanente como en la posición de Arezo.

La Dra. Carozzi ha dicho refiriéndose a la postura de Arezo: "...conforme a esta interpretación el testador que dispuso del 100% de su patrimonio al

instituir herederos, al tener la precaución de sustituirlos recíprocamente, cambiaría implícitamente su voluntad, dejando una cuota de dicho patrimonio sin distribuir...”³⁴

Evidencia su preferencia por la postura de Vaz Ferreira indicando sus razones: “...Conforme con esta interpretación la sustitución cubre el 100% de la cuota del instituido que no quiso o no pudo suceder. Entiendo que esta interpretación propuesta por Messineo, Puig Brutau y Vaz Ferreira ante disposiciones de redacción casi idéntica, es sin lugar a dudas la que mejor se adecua al instituto en estudio...”³⁵

Teniendo la visión panorámica del tema. Me pronuncio decididamente por la interpretación del Dr. Arezo. Fundo mi preferencia en primer término, porque respeta lo que prescribe el art. 862 CC. Además el testador tiene la posibilidad de expresar otra cosa, si tuviera una voluntad distinta que la que presume la norma. (Giro final del art. Citado).

Siguiendo una mirada unitaria del tema interpretativo, esta solución es la más respetuosa de la ley, y por otro lado da cabida al testador de disponer lo contrario, o sea respeta la voluntad del que dispone por testamento.

No me convencen, y no parecen trasladables los argumentos esgrimidos por Messineo y Puig Brutau, sin desconocer la enorme figura de los juristas extranjeros referidos.

Se amalgama y constituye la mejor respuesta jurídica al problema, interpretar la ley respetando su tenor literal (no desatenderlo), siendo que el testador tiene chance de no quedar encorsetado en lo dispuesto, por el sencillo expediente de disponer otra cosa en su acto de última voluntad.

4.8. La entrada a la equidad por el acervo imaginario especial.

“...En cambio, con el sistema que propiciamos, el porcionero sólo se verá favorecido por las donaciones posteriores al matrimonio del “de cujus”. Pero eso se debe a que la integración analógica que creemos aplicable,

³⁴ Carozzi. Op. cit. pág. 391.

³⁵ Carozzi. Op. cit. pág. 391-392.

debe circunscribir su extensión analógica al campo estricto del instituto que debe proteger: en este caso la porción conyugal íntegra o teórica y, además, al contexto de normas que gobiernan el instituto, y, en especial, a su fundamento que, siempre lo hemos repetido a lo largo de esta obra, es alimentario.

Todo lo dicho, y en gran parte, adelantado nos lleva a admitir el cálculo de la porción conyugal íntegra o teórica cuando no hay descendencia legítima, sobre lo que hemos denominado, sin pretender originalidad alguna, y por designar con un nombre propio este acervo: el acervo imaginario especial...”³⁶

Esta construcción doctrinaria –realizada por dos grandes de la cátedra- el Dr. Arezo y el Dr. Vaz Ferreira, la propiciaron para proteger al porcionero/a, de donaciones del premuerto en perjuicio de la asignación forzosa del supérstite: porción conyugal.

La argumentación seguida por Arezo, tiende a expresar que se trata de una función integradora del derecho, invocando el art. 16 CC.

Sin que implique menoscabar la autoridad docente y doctrinaria del destacado civilista, estimo que en realidad existe en el fondo una búsqueda de equidad. Considero de muy alto valor moral la protección del viudo/a, pero creo detectar que se trata de recurrir al expediente de la fuente equidad, como fuente de derecho. Desde mi modestísimo parecer no se trata de un tópico que no se pueda resolver por la ley, sino de practicar justicia o equidad.

Similar camino transita Vaz Ferreira. Con la nota diferencial, que para la confección del acervo imaginario especial, este doctrinario computa todas las donaciones hechas por el difunto. No importa si son anteriores o luego de que contrajo matrimonio con quien resulte porcionero/a.

“...Entendemos en síntesis, que en todos los casos, aún no existiendo descendientes legítimos ni legitimarios de ninguna clase, la porción conyugal debe calcularse sobre el acervo imaginario, y que si de tal cálculo resulta que la porción conyugal ha sido vulnerada por donaciones,

³⁶ Arezo. “Porción conyugal” 3ª edición, AEU., Montevideo, 1987, pág. 308.

corresponde al cónyuge la acción de reducción. Fundamos nuestra opinión (aceptada en una sentencia de Rochón) principalmente en la regla del art. 1626 que prohíbe donar entre vivos más de aquello de que pudiera disponerse por última voluntad, entendiendo que para decidir si esta prohibición ha sido violada es necesario calcular la porción conyugal sobre el acervo imaginario; y que si este cálculo muestra que las donaciones vulneraron la porción conyugal, desde que el Código contiene una laguna en cuanto no aclara que acción corresponde al cónyuge, tal laguna debe llenarse por analogía concediéndole la acción de reducción de las donaciones. La fundamentación analógica es en este caso doble: en primer lugar, analogía entre la situación del cónyuge sobreviviente a la del legitimario, a quien el Código concede acción; y en segundo lugar, analogía de la acción de reducción de las donaciones, con la reforma del testamento, que el Código concede al cónyuge para defender su porción...”³⁷

³⁷ Vaz Ferreira. “Tratado de las Sucesiones” Tomo segundo volumen I, FCU., Montevideo, 1993, pág. 155.

Capítulo quinto. Interpretación en los contratos.

5. Interpretación de los contratos.

Modernas tendencias, nos dan pautas de cómo dilucidar la interpretación de los contratos. Recalo nuevamente en Argentina, revisando la normativa y tomando en cuenta los primeros comentarios al respecto de la doctrina del cercano país.

El artículo 1061 del C.C. y C. de la Nación expresa: el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y el principio de buena fe.

Aclaran sus comentaristas, que el presupuesto de este precepto es que se trate de contratos paritarios, esto es en clara exclusión de los de adhesión y los contratos conexos.

El arte de cumplir con esta norma radica, en encontrar el recto sentido del contrato, para ello desentrañar porque se obligaron las partes, limitando con esa acción voluntariamente su libertad original.

Para describir en un solo giro la polisemia, oscuridad, vaguedad e indeterminación del lenguaje, se manifiesta una metáfora estupenda: las palabras son caballos de Troya de las ideas³⁸.

No puede descuidarse la buena fe, que se interpreta desde “la vecina orilla” como aquel contratante cuidadoso y previsor.

En lo que guarda relación con los consumidores, vale la pena mostrar un enfoque diferente a lo que se pregona en Uruguay.

Art. 1094 C.C. y Com. de la Nación. *“Interpretación y prelación normativa.*

Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

³⁸ Código Civil y Comercial de la Nación, Op. Cit. pág. 456, comentarios de Gustavo Caramelo.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

Al decir de los doctrinarios argentinos, desde la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (1993) y la protección constitucional de 1994 (art. 42), claramente el derecho argentino se pronuncia a favor del consumidor.

Se trata de orden público protectorio, **indisponible** entre las partes.

La regla de interpretación *pro consumidor*, funciona en caso de duda. (Es similar a la implementación en nuestro país del *in dubio pro operario* del derecho del trabajo).

Se manifiesta en hechos como resolver por la menor onerosidad de la prestación para el consumidor; o brindarle el mayor contenido a la prestación debida por el proveedor, etc.³⁹

5.1. Enfoques.

Un enfoque más tradicional, y más frecuente vuelve un lugar común señalar las diferencias por contraposición entre: interpretación de la ley e interpretación del contrato. Se marca el carácter abstracto y general de la ley, y que las reglas del contrato constituyen una singular composición de intereses⁴⁰.

Desde mi óptica, no debe transitarse el camino de secesión sino antes bien, resulta preferible aplicar unicidad a la disciplina, eso sí respetando especificidades.

Me recuesto en destacada doctrina italiana. Grasseti traza una clara analogía entre interpretar la ley e interpretar el contrato, en ambos casos se trata de determinar el contenido jurídico relevante, de la voluntad que se exterioriza en una manifestación de la misma. Por este sendero parece justificada la exigencia puesta de manifiesto, acerca de una teoría unitaria de la interpretación⁴¹. (Traducción libre del autor de este trabajo)

³⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo 3, comentado por Rubén Stiglitz, pág. 494-495.

⁴⁰ Cfme. Rodríguez Russo. Op. cit. pág. 104.

⁴¹ Grasseti. Interpretazione dei Negozi giuridici inter vivos. Novissimo Digesto Italiano, Volumen VIII, UTET, Torino, 1980. Citado por Rodríguez Russo, Op. cit. pág. 104.

5.2. Peculiaridades y cuestiones más recientes.

Los contratos no son los de antes, claramente existe una evolución de los desarrollos, y ello repercute también en el tema eje de nuestra preocupación, la interpretación de los mismos.

Los autores que se ocupan del derecho del consumidor han expresado: que sería bueno acudir a una “interpretación curativa” para el derecho de consumo, secuela de que el consumidor no participa en la confección del tipo contractual. Esto viene a traducirse en una interpretación *ventajosa* para quien no tuvo ocasión de influir en el contenido del contrato⁴².

5.3. Problemas interpretativos que generan nuevas formas de contratos.

Responsabilidad civil de centros comerciales e hipermercados.

En un trabajo para el curso de metodología de la investigación jurídica, analicé el tema de la responsabilidad civil de los centros comerciales, o hipermercados de grandes superficies, en relación a los hurtos de vehículos de sus estacionamientos. Vale la aclaración que no hay originalidad de mi parte, ya que ha despertado mi curiosidad un caso concreto, y he podido visualizar en Uruguay dos opiniones divergentes, de autores que me merecen mi mayor respeto por su autoridad intelectual y desempeño docente. Me refiero al trabajo de la Dra. Szafir en coautoría con Labandera; y en el otro polo: Dr. Mantero en coautoría con la Dra. Chalar.

5.3.1. Lejos de ser un fenómeno nuevo, la aparición de los centros comerciales data de la década de los 50 del siglo pasado. Concretamente se produjo en Estados Unidos en 1956, obteniendo un auge lucrativo tan importante que, en el año 1995 existían más de 39.000 centros de esta índole⁴³.

⁴² Cfme. Benítez Caorsi. “La interpretación de los contratos con cláusulas predisuestas”, Temis, Bogotá.

⁴³ Picasso- Vázquez Ferreyra (Dir.) “Ley de defensa del consumidor comentada y anotada” LL-2009. T. II, parte especial- pág. 583.

Con la restauración democrática de Uruguay, cobra impulso y concreción este tipo de emprendimiento comercial, y en 1985 abre sus puertas Montevideo Shopping, en el barrio Buceo

Atendiendo a los aspectos lingüísticos, no es casual ni neutral la utilización del idioma inglés. El gerundio shopping, denota la acción de comprar, extremadamente representativo del mayoritario estilo de vida norteamericano, que en forma evidente se traslada a denominar el lugar físico donde se hacen o realizan las compras. Así lo recibimos los americanos del sur, pretendiendo imitar esa idiosincrasia⁴⁴.

5.3.2. Tanto los shopping como los hipermercados, claramente tienen por norte incentivar el consumo de productos a como dé lugar. Para eso, se eleva a la enésima potencia: la concentración de funciones y multiplicidad y versatilidad de servicios en una sola planta territorial. Consecuentemente, esto trae aparejado un aumento considerable de la tasa de ganancia, efecto preponderante en este tipo de negocio⁴⁵.

5.3.3. De ningún modo puede verse como casual o accidental, el fenómeno de las grandes playas de estacionamiento de estas grandes superficies comerciales. Claramente responde a una lógica de incentivo y propagación de la afluencia de clientes, potenciales consumidores. Tampoco es un secreto, el enorme aumento del parque automotor uruguayo, hecho que padece todo el que conduce como usuario por las calles de la querida ciudad de Montevideo.

Este punto se ve corroborado por los entendidos de algunos jueces Camaristas argentinos: "...Considerando sus dimensiones y magnitud de ofertas que son visiblemente desproporcionadas a la densidad de la población que los rodean, es claro que no sobrevivirían sin la masiva afluencia de compradores en automóviles particulares. Por ello, el estacionamiento no es una cortesía ni un fruto de la generosidad, sino de la

⁴⁴ Cfme. Mascheroni-Lemes, Jorge. "Shopping Centers. Aspectos jurídicos". FCU., 1998.

⁴⁵ Cfme. Picasso- Vázquez Ferreira. Op. cit. pág. 584.

necesidad empresaria; de allí que resulte una prestación accesoria y complementaria de la actividad principal...”⁴⁶

5.3.4. Existen visiones de destacados doctrinarios, que entienden al centro comercial, como una especie de ciudad ideal. En la que el individuo puede caminar con seguridad, todo resulta un entorno: limpio, ordenado y acogedor. Goza de aire climatizado. Es pues, una ciudad sin ciudadanos, puesto que quien ingresa allí carece de toda “identidad” personal (historia, familia, profesión, amistades) y solo interesa su identificación” (los datos de una tarjeta de crédito), produciéndose una igualación extraña: todos los individuos se despojan de su pasado, de sus experiencias y compran más o menos las mismas cosas, igualándose en el gusto. El shopping es una fábrica de personas “termino medio”. La concepción del shopping como ciudad y la igualación de los transeúntes en base a un consumo basado en grandes símbolos es, en gran parte, la clave del éxito que ha tenido esta forma de comercialización⁴⁷.

5.3.5. Haciendo foco en autores uruguayos se ha dicho: “Entendemos en primer lugar, sin temor a equívocos, que la utilización del estacionamiento tanto del Shopping Center como del Supermercado es una relación de consumo en los términos del artículo 4 de la ley 17.250. El beneficio que se ofrece al consumidor forma parte de la relación de consumo en la medida en que el comercio arrienda el local con dicha prestación para sus clientes, prestación que es incluida en el precio del arriendo...”⁴⁸

5.3.6. En las antípodas jurídicas, se sitúan Mantero y Chalar. Dicha postura que aquí comento parte de un caso concreto⁴⁹, en el que hurtan un vehículo del Punta Carretas Shopping.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno interviniente en la *litis*, hace encuadrar el asunto dentro de una disciplina contractual que

⁴⁶ Juncal Cía. De Seguros de Autos y Patrimonio v/ Cencosud SA. CCiv, y Com. San Isidro- Sala 2ª- 19/12/2002, ed. LexisNexis, -sumarios- 8/8/2004.

⁴⁷ Lorenzetti, Ricardo. “Tratado de los Contratos”, Ed. Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fé, 1999, T. I, pág. 698.

⁴⁸ Szafir y Labandera. “Hurto de vehículo estacionado en un shopping”. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLVI, FCU., Montevideo., 2016, pág. 822.

⁴⁹ Sent. 171/2012 TAC 5º. Visible en: Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.gub.uy>.

considera compleja, catalogando al estacionamiento de marras en un comodato (préstamo de uso), con más una obligación de vigilancia a cargo del centro comercial. Ese deber de vigilancia respecto de los vehículos estacionados en el lugar establecido a tales efectos, es una obligación de medios para el centro⁵⁰.

En resumidas cuentas, el comerciante no responde si prueba que utilizó medios de vigilar prudentemente el estacionamiento, salvo que se demuestre culpa grave de su parte, no responde civilmente.

Mucho apoyo ostenta esta forma de ver las cosas, en el gran tratadista de Derecho Civil, Jorge Gamarra. En tanto para el mentado autor, no sería de aplicación la responsabilidad objetiva de la garajista, habida cuenta de la falta de precio por la prestación⁵¹.

5.3.7. La falta de un número de casos significativos que se hayan judicializado, no permite hablar en forma acabada de la existencia de una jurisprudencia en la materia de carácter firme. Por supuesto que esta importantísima fuente material de derecho, nos otorga pistas a seguir, pero a mi criterio no resulta determinante en la solución al embrollo jurídico.

5.3.8 Las discrepancias doctrinarias vernáculas –desde mi óptica- son tributarias de tomar diversos criterios de primacía de normas aplicables, allí me parece que radica un punto determinante de la puja intelectual bien entendida. Utilizando una terminología más depurada siguiendo a Nino en su comentario de Alf Ross, es encontrar la solución a problemas de contradicción normativa⁵².

Una posición doctrinaria prioriza el criterio de la *lex posterior*, esto es involucrar a la ley de relaciones de consumo en la contienda, por considerarla más adecuada *aggiornada* y justa.

⁵⁰ Cfme. Mantero y Chalar. “Sobre la responsabilidad del Shopping Center por hurtos acaecidos en su estacionamiento”. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo II, FCU., Montevideo, 2014, pág. 221-225.

⁵¹ Gamarra. Responsabilidad Contractual, T. II, citado por Mantero y Chalar. Op. cit, pág. 222.

⁵² Nino, Carlos. “Introducción al análisis del derecho”, 2ª edición, 5ª reimpresión, editorial Astrea, Bs.As., 1992, pág. 275-276.

El otro modo de ver las cosas, aplica el principio de que la ley general es la indicada cuando la posterior no se ocupa del tema. Esto es régimen general del Código Civil en materia de responsabilidad.

5.3.9. Habría que dar cabida mayor, a la fuente de derecho equidad.

Los resultados hasta ahora obtenidos, *prima facie* no se muestran como equilibrados. Es muy probable que nunca ocupe cargo en la magistratura, pero si me hubiera tocado decidir alguno de estos casos, apreciaría a fondo la posibilidad de aplicar como ley análoga la responsabilidad del hotelero (en clara tarea de integración del derecho), y si eso no fuere suficiente agregaría una pizca de equidad, para concluir que el estacionamiento no es gratuito.

El juez no puede desconocer la realidad económica.

Por dicha línea: "...destacando que el ofrecimiento de estacionamiento en forma gratuita a los clientes se asociaba a una técnica de marketing que estimulaba el consumo, generando al prestador la necesidad de brindar dicho servicio en forma segura y eficiente..."⁵³ Este tipo de argumentación indica que debe tenderse a una responsabilidad del proveedor en la adecuada guarda y restitución de vehículos a los usuarios.

5.4. Interpretación de las normas de consumo. Doctrina uruguaya.

Ordoqui es de la opinión que en Uruguay, se rige la interpretación del derecho de consumo por las normas generales del Código Civil⁵⁴.

Considera asimismo una omisión importante de la ley 17.250, no consagrar en forma expresa que en caso de duda, las cláusulas se interpreten a favor del consumidor.

Similares consideraciones refiere Rodríguez Russo: "...La única referencia de nuestra Ley de Relaciones de Consumo es la contenida en el inc. 2° del art. 13, para el caso que existan dos o más informaciones contradictorias en la oferta.

⁵³ Wierzba, Sandra. Responsabilidad por guarda y custodia de automotores en estacionamientos de centros comerciales. La Ley Uruguay. Doctrina extranjera. Cita Online: UY/DOC/704/2014

⁵⁴ Ordoqui. Op. Cit. pág. 279.

En consecuencia, en esa materia deben aplicarse las mismas reglas de interpretación de los contratos previstas por el Código Civil, no obstante las particularidades que presentan los contratos de consumo, especialmente cuando son concluidos por adhesión...”⁵⁵

5.5. Intermediación de futbolistas. Aplicación de Ley 17.250.

En el caso: Orta, Mario y otro c/ Urretavizcaya, Jonathan y otros, Cobro de pesos”⁵⁶. Emerge la cuestión de los contratos celebrados entre los “agentes” (intermediarios) de fútbol y los jugadores o futbolistas. El caso contiene una reclamación económica de los agentes por rescindir el contrato el futbolista, pendiendo una multa onerosa que es objeto de la discusión jurídica.

La jueza de primera instancia, desestimó la demanda de los agentes por considerarla abusiva. Estos apelaron.

El Tribunal considera que los mencionados agentes son personas físicas que según la reglamentación FIFA, cobran honorarios para negociar con los clubes la contratación de los futbolistas que ellos representan.

Resumiendo y concretando, la cláusula quinta, dispone una multa de U\$S 200.000 por rescisión solo, puniendo al futbolista no al contratista.

El Tribunal concluye que se trata de una relación de consumo, conforme a los primeros artículos de la Ley 17.250. Claramente los agentes son proveedores según la referida ley, se trata de un contrato de adhesión art. 28, y considera que la multa es abusiva conforme al art. 30, en tanto se hace patente el desequilibrio entre los contratantes. (Todos los artículos que refiero son a la ley 17.250).

Por tanto, he mostrado como aplican la interpretación de nuestros jueces, respecto de las cláusulas abusivas.

⁵⁵ Rodríguez Russo. Op.cit. pág- 279.

⁵⁶ Disponible en [www. Base de jurisprudencia Nacional del Poder Judicial](http://www.Base.de.jurisprudencia.Nacional.del.Poder.Judicial)

Capítulo sexto. Interpretar los casos jurisprudenciales difíciles.

6. Enfoque. Intentaré hacer una reseña ilustrativa, de casos que ponen a prueba la pasión de nuestros jueces –o extranjeros-, la lucha por seguir la ley, ser equitativos y hacer justicia. Todo ello involucra, desde mi parecer la labor de interpretación judicial. El aderezo en este capítulo consiste que no se trata de cualquier tipo de casos, sino aquellos que contienen intrínsecamente un grado de dificultad importante, y siguiendo la terminología acuñada por Dworkin, denominaré casos difíciles. (En términos más criollos, decimos que se trata de los casos grises, no es fácil ubicarlos en los polos: blanco y negro).

6.1. Parto anónimo.

El primer debate intrincado que quería plantear, se da fuera de fronteras, y lejos de estas tierras. Apunto al análisis del instituto jurídico denominado: parto anónimo. El mismo no es moneda común por Latinoamérica, pero sabemos cómo nos influencia el Derecho de Europa. Otro punto a favor, es que la distancia del fenómeno, nos permite adoptar una perspectiva interesante, por no tenerlo legislado en Uruguay.

A modo de aclaración, se revisará más que nada Francia, y alguna opinión de Italia, sin llegar a los dispositivos legislativos, sino más bien depurando valores y fundamentos inspiradores.

6.1.1. Manifiesto desde ya, mi ignorancia absoluta sobre el tópico, hasta la aparición de un trabajo del profesor Ramírez⁵⁷. A partir de allí, me quedó rondando en el pensamiento, y porque no decirlo padecí cierto grado de perplejidad ante el camino legislativo emprendido por los estados europeos, y sobre todo ¿qué generaba esta opción?

6.1.2. En la práctica funciona así, el Estado y la ley garantiza a la madre que así lo quiera, **preservar su secreto** y que su identidad quede en el anonimato, no obstante contar con las ventajas de ser atendida en el sistema de salud correspondiente, a la hora de parir, controlarse, etc.

⁵⁷ Ramírez. “Parto anónimo”. Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, T. II, FCU., Montevideo, 2014, pág. 161-172.

6.1.3. El mencionado secreto del parto, conlleva dos consecuencias principales, sumamente trascendentes para el Derecho de Familia. La persona engendrada no puede iniciar acción de filiación; y además le queda impedido o vedado saber quién es su madre⁵⁸.

6.1.4. ¿Sobre qué argumentos fundantes o favorables reposa esta legislación? Suele expresarse: el secreto del anonimato, protege vida y salud tanto de la madre y el niño, ya que evita un eventual aborto o parto clandestino, el abandono en una situación insalubre, configurándose una necesidad social, a la hora de prevenir el infanticidio y el aborto tardío⁵⁹.

6.1.5. En forma parificable actúan los magistrados italianos a la hora de argumentar. La Corte Costituzionale, interviniendo en un caso de parto anónimo, interpreta que la ley italiana responde a una lógica de preocupación por tutelar la salud de la madre, así como la del menor durante el período de gravidez. En una búsqueda a texto expreso, de evitar abortos clandestinos, o abandonos de infantes en situaciones “salvajes”⁶⁰.

6.1.6. Emanan pues los conflictos de intereses a flor de piel.

Claramente el hijo de conocer su origen en muchísimas ocasiones.

Un poquito más, el padre que pierde toda chance de establecer vínculos paterno-filiales.

¿Qué debe primar?

El resultado dependerá de la ponderación por parte del magistrado o jurista actuante, para dar una respuesta a esa difícil situación.

En la visión propugnada por Ramírez, teniendo en cuenta que el anonimato no es un imperativo, sino que lo elige la madre que su situación emocional lo requiera, prefiere el derecho a la vida por sobre el derecho a conocer los

⁵⁸ Kemelmajer. “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “Odièvre c/ France”.

⁵⁹ Kemelmajer. Op cit.

⁶⁰ Granelli, Carlo. “Il C.D. parto anónimo ed il Diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di dialogo fra Corti. JUS CIVILE N 6/2016. Novembre- Dicembre. Giappichelli Editore.

orígenes. Apoya el anonimato en función de los intereses en juego. No cree que la interrupción del embarazo sea mejor opción.

6.1.7. Kemelmajer llega a una conclusión que ella cataloga de provisoria, diversa de la precitada de Ramírez. No niega la triste realidad de muchos chicos latinoamericanos, que conocen sus orígenes, y tienen penosas condiciones de vida. Pero atendiendo a los criterios de los jueces latinoamericanos, está muy arraigado el derecho subjetivo a conocer la identidad biológica, y siempre exigible al Estado, más allá de toda legislación restrictiva.

6.1.8. El fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Sra. Odièvre, cercana a los 40 años. Se sabe adoptada y busca sus orígenes en Francia.

La autoridad administrativa le da algunos datos, pero sin levantar el secreto, ya que su madre había optado por el parto anónimo. Plantea el reclamo a nivel de Europa, y por 10 votos contra 7 los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sopesan más importante la libertad de la mujer por no ser nominada, que el saber de dónde proviene de la reclamante.

6.1.9. Me cuesta mucho dar una opinión personal. Afortunadamente es teórico el problema, ya que Uruguay no recibe a la fecha el parto anónimo.

He conocido gente en este sendero de mi vida, que busca su padre, que busca su nieta. Hablando humana y emocionalmente, me quiebra y me emociona hasta el punto de derramar alguna lágrima al respecto.

Es muy importante poder garantizar, a aquel que quiera saber de dónde proviene, munirlo de posibilidades jurídicas de hacerlo.

He podido constatar que ese deseo de saber, derriba barreras, obstáculos. La interrogante genera desasosiego e inquietud que no encuentra su fin.

Pero a una madre que le ofrecieron las reglas de juego, de que será secreto su parto, con garantía Estatal y con rango legal. Sería un gran descreimiento para el sistema jurídico no acatarlo. Escamotearle una regla de derecho, y en definitiva lo que propició que el chico naciera. Yo haría respetar el anonimato, con muchísimo dolor y piedad por los que quieren saber...

6.2. Jugadoras de la lotería de Palencia.

Sigo pues el derrotero por tierras europeas. Este caso, lo refiere Atienza⁶¹, analizando el pensamiento de Alejandro Nieto en una peculiar decisión judicial. Me parece de mucha utilidad, ya que por Uruguay, no suele expresarse abiertamente el recurso de los jueces hacia el axiologismo.

6.2.1. Los hechos en sí, sumamente trasladables a nuestro país, en donde pululan los juegos de azar. El caso es que dos amigas compran juntas regularmente un décimo de la lotería de Palencia. Indiferentemente a lo largo de años, compran billetes y se repartían pacíficamente los premios menores que eventualmente ganaran. Hasta que un día tocó el premio gordo, y tratándose de un título al portador, la jugadora que lo adquirió se negó a compartirlo con su compañera. Rota la vieja amistad, reclama judicialmente la mitad de lo que le correspondía.

6.2.2. El juez que se ocupó del caso, entendió que la portadora del billete obró de mala fe, hizo lugar a la reclamación, y buscó argumentación jurídica en la figura de la gestión de negocios.

6.2.3. El análisis de Nieto apunta a indicar, que el juzgador podría haberse fiado más de la otra amiga, desestimando cómodamente la demanda invocando la reglamentación de loterías. Aludiendo en forma clara a una posición formalista, ya que casi todas las loterías entienden que el billete es un título al portador.

6.2.4. Atienza le critica a Nieto, que un Juez pueda basarse solo en cuestiones de instinto jurídico a la hora de resolver.

6.2.5. A mi juicio, en la ponderación el juez español hace primar un juicio de valor: no premiar la mala fe. Luego justifica con alguna herramienta jurídica ocasional que lo saque del paso. Eso suele hacerse pero no se expresa abiertamente, está mal visto. En casos límite creo que es válido, ya que el Juez no puede dejar de fallar, y no siempre hay una única respuesta. Debe combatirse el formalismo estricto.

6.3. Caso Picardo.

⁶¹ Atienza. "Curso de argumentación jurídica", editorial Trotta, Madrid, 2013, pág. 582-583.

Nos muestra la incidencia de los fenómenos económicos en la órbita del Derecho. Denotando a mí parecer los efectos nocivos que conlleva el formalismo interpretativo estricto, al decir de Gamarra⁶².

6.3.1. En 1965 se estipula una promesa de enajenación de inmuebles a plazos, documentada en escritura pública, que tenía por objeto un campo de 950 hectáreas.

El contrato se inscribe, el promitente comprador paga regularmente el precio. Por tanto cabía la entrega en la fecha pactada el 2 de julio de 1968. El promitente vendedor nunca entregó el campo, alegando que el negocio no estaba inscripto. Que solo debía la liquidación anticipada de daños y perjuicios.

6.3.2. ¿Qué ocurrió en el transcurso de tiempo?

Una inflación galopante. En el año 1965 (fecha de celebración) rondó el 88% anual. En 1968 año de la entrega del inmueble, se situó en 182% anual.

Con eso buscaba el promitente vendedor, no desprenderse del bien, que al pagarse en pesos uruguayos, la suma recibida no le alcanzaba para comprar nada. Era preferible el algo taimado camino, de pagarla la multa por incumplimiento, que en moneda depreciada era una bicocha.

6.3.4. Debemos preguntarnos, toda esa maniobra elusiva de cumplir con el contrato, ¿es una conducta arreglada a derecho? ¿No se perciben rasgos de deshonestidad, deslealtad e inmoralidad implícitos?⁶³

6.3.5. Los jueces del Tribunal de Apelaciones, pagaron excesivo tributo a la enseñanza universitaria formalista. No otorgaron la ejecución forzada del contrato. El litigio terminó de la siguiente manera, el deudor se quedó con el campo. A cambio abonó una multa a pesos con casi nulo poder adquisitivo, devaluados por la inmensa inflación de la época.

A mi criterio escaso favor se hizo al Derecho y a la justicia, en aras de respetar la ley.

⁶² Gamarra. "El pensamiento formalista en la jurisprudencia uruguaya". DJC, T.III, FCU., Montevideo, 2015, pág. 125-131

⁶³ Cfme. Gamarra. Op. cit. pág. 126.

El camino era admitir la ejecución forzada, y suplir la negativa del deudor.

6.4. Caso Banco de Galicia.

Nuevamente juega su partido grandemente, la economía y sus crisis cíclicas a la hora del reclamo, mezclados con graves problemas de salud de la accionante que ve retenidos sus depósitos de dinero a plazo fijo, en virtud de la crisis financiera del año 2002 en Uruguay.

6.4.1. Una persona aquejada de cáncer con una gravedad inusitada peticiona el retiro de su depósito que ronda los U\$S 123.000, a fin de costear costosos tratamientos y medicación para calmar intensos dolores. Existe respecto al Banco en cuestión un procedimiento concursal, y el Banco Central como interventor en dicho proceso judicial, se opone a la solicitud en tanto, al igual que los demás acreedores le corresponde respetar el plazo de 9 años dispuesto para el cobro⁶⁴.

6.4.2. Dilemas jurídicos a resolver por los jueces en este asunto. El fundamento de la pretensión de la parte actora radica: en el inminente peligro de perder su vida en condiciones insoportables, esto es derecho a la vida como bien absoluto reconocido en el art. 7 de la Constitución, y Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 22/12/1969. Se aplique este derecho, y no las normas concursales.

En el otro polo se refiere; que la suspensión del Banco Galicia tiene como finalidad intentar una solución para la situación de crisis, y ello implica un tratamiento igualitario para los créditos de sus depositantes. El acreedor reclamante tiene derecho a cobrar en las mismas oportunidades y en los mismos porcentajes que el resto.

Si se viola la Constitución, no es el Juez de Concurso, sino la Suprema Corte de Justicia quien puede dirimir esa cuestión.

6.4.3. Los fallos de primera y segunda instancia hacen lugar al reintegro parcial⁶⁵. En la controversia instalada entre tratar con igualdad a los acreedores de una misma clase (*par conditio creditorum*), y el derecho a la

⁶⁴ Cfme. Gamarra. "Triunfo del neoconstitucionalismo en la jurisprudencia. El caso Banco de Galicia" DJC., T V, 2017, FCU., Montevideo, 2017, pág. 79.

⁶⁵ La Justicia Uruguaya. Casos 14.616 y 15.281.

vida, los magistrados prefirieron la aplicación de la Constitución, es decir en situaciones excepcionales como la de autos, sería injusto aplicar una igualdad estricta.

6.4.4. Este particular modo de ver los asuntos jurídicos, interpretar y resolver, no se ha salvado de apoyos, y de críticas en la construcción de los argumentos, y resultados a que se arriba.

6.4.5. En la posición crítica desde la doctrina escriben Jorge Gamarra y Oscar Sarlo. Este último menciona como un exceso retórico calificar el caso como derecho a la vida, ya que a su juicio los juzgados concursales no fueron credos para tutelar el derecho a la vida. Con este criterio casi todo podría quedar subordinado al derecho a la vida, con lo cual se disuelve todo el entramado institucional⁶⁶.

También pone reparos a la mentada igualdad, ya que si se introduce por vía jurisdiccional otras categorías de privilegios, debiera definirse la categoría de enfermos terminales, ancianos, etc., llamados al beneficio. Deberían incluirse todos los que ostentan esa categoría⁶⁷.

Quizás donde arrecia con más severidad la crítica y el reproche de Sarlo a la solución jurisprudencial, tiene que ver con el plano moral. Desde su parecer, la ahorrista tomó la decisión de depositar a plazo fijo con libertad; la institución pagaba mejores tasas de interés, por lo que juega con ese riesgo; todos saben que las empresas financieras pueden quebrar y la consecuencia de ello es el concurso.

“...Por consiguiente, ¿con qué fundamento quien libremente especuló de manera egoísta, puede luego pedir amparo que le libere de los riesgos por él asumidos? ¿por qué razón debe agravarse el riesgo de los demás acreedores a favor de quien no tiene ningún merecimiento especial? ¿es la sola circunstancia involuntaria de padecer una enfermedad grave o ser anciano merecedora de amparo o cargo de otros particulares?...”⁶⁸

⁶⁶ Cfme. Sarlo. “Derechos fundamentales y proceso concursal”. ADCU. T. XXXIX, FCU., Montevideo, 2009, pág. 871.

⁶⁷ Sarlo. Op. cit. pág. 874.

⁶⁸ Sarlo. Op. cit. pág. 882.

6.4.6. Jorge Gamarra entiende que el debate consiste: si deben aplicar los jueces el art. 55 de la ley concursal, o el principio constitucional que prevé el art. 7. Gamarra se inclina por la norma legal, y que la demanda debió ser rechazada. La regla no puede ser desaplicada por un principio⁶⁹.

6.5. Caso Riggs vs. Palmer.

Este caso es el principal disparador de la disputa filosófica entre Dworkin y Hart. El libro de Hart –The Concept of Law- del año 1961, pareció destinado a ser tesis dominante y bastión del positivismo jurídico por largo tiempo. Si se me permite el comentario con gran justicia, por lo valioso de su obra.

No obstante en 1967, un desconocido profesor de Yale –Ronald Dworkin- publicó un artículo en Chicago Law Review, objetando y haciendo tambalear dicha precitada concepción. Tanto es así, que por 1977, cuando aparece su libro Taking Right Seriously, Dworkin era tan conocido e influyente como Hart⁷⁰.

6.5.1. Noticias del caso. En 1880 Francis Palmer hizo testamento, instituyendo como principal heredero a su nieto que vivía con él. Alguien le indicó que el abuelo podía mudar su voluntad mientras estuviera con vida. El nieto tomó una temeraria resolución, Elmer Palmer que así se llamaba decide envenenar al abuelo, utilizando el envenenamiento como herramienta para llegar al execrable fin. Fue condenado en sede penal, y por tanto privado de su libertad.

Las dos hijas de la víctima reclamaron en materia civil, fundándose que el homicida no podía ser beneficiario del testamento. El tribunal –por mayoría- les dio la razón a las hijas del difunto.

6.5.2. Líneas argumentativas. Los jueces alineados en el voto mayoritario dijeron: a) de la interpretación literal de normas testamentarias, la propiedad claramente correspondía al nieto homicida; b) no obstante esa no puede ser la intención del legislador, de ninguna manera beneficiar al envenenador asesino; c) invocan la fuente equidad para reconstruir el acto

⁶⁹ Cfme. Gamarra. Op. cit. pág. 81.

⁷⁰ Farrell. “Positivismo Jurídico: dejen que herede Palmer”. En Lecciones y Ensayos Nº 93, 2014, buscado en palabras claves: positivismo- derecho natural- reglas- principios- Riggs vs. Palmer.

legislativo, d) elevan a principio de derecho, que nadie puede aprovecharse de su proceder fraudulento.

Los jueces de la minoría destacan: a) el caso no se resuelve por conciencia; b) las reglas son rígidas, y no hay duda sobre la norma aplicable; c) las disposiciones testamentarias no pueden ser alteradas por los jueces; d) se le añade otro castigo al demandado al privarlo de la propiedad de la herencia. El castigo viene dado por la privación de la libertad.

6.5.3. Visión positivista. La ley testamentaria le otorgaba la propiedad principal de la herencia a Palmer (nieto). No existía ambigüedad, no cabía discrecionalidad jurisdiccional en la cuestión. En definitiva no hubo ni una pizca de caso difícil o dudoso. Los jueces tienen la obligación jurídica de fallar a favor del demandado.

Un positivista diría que el caso fue mal resuelto.

6.5.4. Así como se le atribuye a Jorge Luis Borges haber indicado: que los cuentos se basan en no más de tres historias, a las que incesantemente se les cambia la escenografía, los matices, detalles pero es la misma historia...

En materia jurídica, la cosa parece resumirse (para mí en forma similar a lo precitado) a la puja entre el derecho y la moral. Un conflicto territorial inacabable e inmemorial.

Observa Shapiro con justeza: "...la estrategia básica de Dworkin consistió siempre en argumentar que la legalidad está determinada últimamente, no sólo por hechos sociales, sino también por hechos morales..."⁷¹

6.5.5. Repercusiones y ecos de los problemas de indignidad para heredar por nuestras tierras. El primer diálogo importante entre posiciones jurídicas ocurrió – como refiere Carozzi⁷²- en sendos casos publicados en La Justicia Uruguaya⁷³. Los mismos reflejaban la situación de un individuo, que padecía una enfermedad psiquiátrica, y dio muerte a su esposa. Consecuentemente

⁷¹ Shapiro. "The Hart- Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", en Ripstein, A 8ed), Ronald Dworkin, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, citado por Farrell Op. cit.

⁷² Carozzi. "Manual de Derecho Sucesorio" Tomo I, FCU., Mdeo., 2004, pág. 133-134.

⁷³ LJU., casos 10.850 y 10.926.

fue declarado incapaz en sede civil, y penalmente inimputable en la órbita penal.

Los familiares de la causante promovieron declaración de indignidad.

El Dr. Gelsi Bidart, sostenía que resultaba moralmente inaceptable, que recibiera bienes siendo el victimario enfermo psiquiátrico.

La consulta del Dr. Vaz Ferreira, transitó otro camino. Consideró que no se puede responsabilizar de una pena civil como lo es la indignidad, a una persona que carece de discernimiento, y no es consciente de sus actos. En resumen no puede responsabilizarse a quien carece de capacidad.

6.5.6. Segundo diálogo impostergable por los acontecimientos de nuestra sociedad. Entiendo cabe tomar en cuenta muy seriamente, una reflexión interesantísima realizada en la doctrina vernácula, acerca de la factible indignidad de un adolescente (sin enfermedades psíquicas que lo aquejen) por haber privado de la vida a uno de sus padres⁷⁴.

El derecho uruguayo reclama, que el indigno sea condenado en juicio por homicidio intencional. Ello no cabe en un adolescente, que es inimputable desde el punto de vista penal.

Con el mentado texto legal a la vista, refiere Arana: "...Por ello, y aún cuando se hubiera acreditado la condición psíquica, física e intelectual del autor como madura; si se hubiera probado intencionalidad del adolescente, y aún premeditación o saña con la que pudo haber ejecutado los actos, el Juez de la causa no estaría nunca habilitado por la norma, para hacer lugar a la pretensión de declaración de indignidad⁷⁵.

Seguidamente se plantea si esa solución legal no colide con la normativa que se ocupa de los niños y adolescentes.

Desde mi óptica redoblo la inquietud del colega.

Lamentablemente por nuestras latitudes –y va a sonar a crónica policial amarillista- el consumo problemático de sustancias estupefacientes, hace

⁷⁴ Arana. "La causal de indignidad prevista en el art. 842 numeral 1 CC., y su aplicación a los adolescentes" RUDF N° 21, FCU., Mdeo., 2009, pág. 56 y sgts.

⁷⁵ Arana. OP. cit. pág. 57.

que se desvalijen los bienes familiares por parte de los adictos. No pocas veces esos problemas se dirimen a los tiros, o con agresiones. Muchas veces son ultimados los padres a manos de esos adolescentes. Esto es la cruda realidad. Como premio a todas esas andanzas y disgustos a la familia, todavía lo dejamos heredar al homicida. Creo que la respuesta debe ser no. La aplicación de las normas de indignidad con un formalismo estricto, llevan a una inmoralidad intolerable.

Con acierto califica la doctrina comentada, al art. 842 N°1, como un verdadero corset para el intérprete⁷⁶. Desde el punto de vista civil, existen sanciones para los adolescentes, todo ello claro en función de la progresividad del entendimiento.

En toda esta lucha, yo propugno aún sin modificación de las normas del CC., atinentes a la indignidad, que se declare indigno de heredar al adolescente (hipotético), de 17 años que ultima con saña a su padre.

Debe romperse ese corset jurídico a como dé lugar.

6.6. Contrato con la Intendencia de Maldonado.

A continuación miraremos la parte interna, o la cocina de la aplicación interpretativa. Esto es el tratamiento que nuestros jueces uruguayos dispensan al tema interpretativo. Muchas veces aparece entremezclada, en la aplicación al caso concreto, cuestiones normativas, cuestiones contractuales, expresiones de voluntades. Cuestión que nos refuerza la idea personal que debe tenderse a un acercamiento o estudio unitario de la tarea interpretativa, y no tan disgregado como lo concebimos en la actualidad.

6.6.1. Comienzo por un asunto que se introduce en el problema de la vaguedad de lenguaje, conllevando una indeterminación normativa. Sintéticamente, la Intendencia de Maldonado no renueva un contrato a una doctora en Medicina y tecnología veterinaria. Esta reclama por ilegítima la actitud, ya que no se cumplió por parte de la Administración con el preaviso

⁷⁶ Arana. Op. cit. pág. 60.

que requiere el art. 16 Ley N°16.226. “En las contrataciones de función pública para funciones permanentes, la *reválida*

operará en forma automática al vencimiento del plazo contractual y en las mismas condiciones del contrato original, salvo resolución contraria del Poder Ejecutivo.

6.6.2. Si mediara el propósito de la Administración de no renovar el contrato, deberá comunicárselo al contratado con una antelación de por lo menos dos meses antes del referido vencimiento”.

6.6.3. Dicen los jueces del caso: “...puesto que el vocablo *reválida*, empleado por el legislador, no tiene un sentido técnico-jurídico establecido normativamente (es decir, una definición estipulativa) y resulta, por lo tanto, vago en el contexto del art. 16...”⁷⁷

“...Además del problema lingüístico indicado, se plantea la cuestión de que el legislador no estableció derechamente una consecuencia para los casos en que se omitiera el preaviso- El enunciado normativo que establece el deber de conferir el preaviso no establece la consecuencia para el supuesto de que se configure, precisamente, una omisión. Dicho enunciado no tiene una estructura condicional que enlace el presupuesto de hecho con su consecuencia o sanción...”⁷⁸

Por dicho sendero citan a Van Rompaey, bajo la idea que el magistrado tiene el deber de acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su fuente de legitimidad.

“...Por ello, en opinión de la Sala, es claro que la Administración goza de la potestad de prescindir de los servicios de la persona contratada, en las condiciones impuestas por la Ley N° 16.226, y que esta solo goza de una mera expectativa de que así sea...”⁷⁹

Para cerrar el caso los jueces toman como preaviso la comunicación del cese, es decir asignan una pequeña compensación económica, y no el monto que solicitaba la doctora.

⁷⁷ ADCU. Tomo XLI., caso 69. Pág- 166-171-

⁷⁸ ADCU. T XLI, CASO 69

⁷⁹ Op. Cit. pág. 170-

Este caso práctico es una clara muestra del margen que existe: “cuando los cocineros se ensucian las manos aplicando los ingredientes que provee el Poder Judicial”

Al respecto concuerdo con la visión de la comentarista del fallo: “...La discrecionalidad es, en sede de interpretación judicial de los matices normativos, en cierta medida, inevitable...”⁸⁰

6.7. Repouille vs. United States.

Con esto quiero mostrar, cuando los jueces son llamados a tener en cuenta dimensiones morales por sobre toda las cosas.

Claramente no están cómodos a la hora de ponderar conductas, casi exclusivamente en el rango de lo ético.

Ciertamente tiene una conexión con el sistema de jurados, al decidir un tema penal, que incide y repercute en el tema, si reúne las cualidades para nacionalizarse como estadounidense.

6.7.1. Repouille quería hacerse nacional de Estados Unidos. Una Corte le objeta que no demostró tener “buen carácter moral”⁸¹.

Efectivamente en el año 1944 pedía el precitado individuo naturalizarse en USA., cuando en 1939, deliberadamente mató a su hijo de trece años. Esa trágica decisión la tomó en función de que su menor hijo, había sufrido una lesión cerebral, que lo había convertido en un idiota. Por si ello fuera poco, tenía monstruosidad física y malformación en los cuatro miembros. No controlaba esfínteres, y pasaba en un pequeño pesebre su vida. Repouille tenía otros cuatro hijos, siempre fue un padre responsable. La familia dependía de su trabajo.

Se pidió clemencia al cargo de homicidio involuntario, y se le concedió la libertad condicional.

⁸⁰ Bardazano. “La discrecionalidad del Juez en la interpretación de la ley ante la vaguedad de los enunciados normativos” ADCU. T XLI, caso 69, pág. 521. FCU., Montevideo.

⁸¹ law.justicia.com/cases/federal/appelate-courts/7f2/165/152/1499405/

Emerge con claridad que para el jurado interviniente en el caso descrito, los miembros no sentían ninguna repulsión moral por su crimen.

No cabe duda que fue homicidio intencional, y lo trataron como involuntario, y recomendaron exculpar al ofensor.

6.7.2. La argumentación de los jueces sobre el punto de la nacionalización, contiene más preguntas que respuestas.

Seguramente hubiere por esa década de los 40 del siglo pasado, personas intachables que pensarán que era justificable poner fin a una vida de padecimientos, carga para los demás, y peligrando la crianza de los otros cuatro hijos.

Otros tantos lo considerarían inmoral.

¿Cómo se mide ese buen carácter moral?

¿Podría medirse de alguna forma fiable la aceptación de la eutanasia en dicho período histórico?

El Juez Hand, parece deducir que la sociedad en general expresaría con más fuerza la condena por la eutanasia practicada por un particular. Sin embargo no se indignaría tanto, como para negarle la ciudadanía norteamericana.

Confiesa lo dificultoso que resulta aprehender la moral pública.

El Juez Frank sugería reunir un grupo consultivo de líderes éticos, para echar luz sobre el dilema.

No se sintieron en su salsa los magistrados, y me da la impresión que no se la jugaron.

Esto muestra la aridez de la moralidad, las pautas morales y su ponderación.

6.7.3. Greenawalt entiende que el sistema del *common law*, justamente de donde es el caso comentado, es más proclive a involucrar temas de moral social, moral cultural y objetivos de eficiencia económica⁸².

⁸² Greenawalt. *Law and Objectivity*. Citado por Atienza. Op cit. pág. 614-617.

Esto corre por mi cuenta, pero se deja la ley un poco a un lado.

¿En qué debían basarse los jueces para decidir la moralidad de Repouille?

Revisar normas; analizar la eutanasia en función de la moralidad cultural dominante; hacer un test de eficiencia económica.

“...Así, concluyo que no sólo después de una mirada superficial, sino también después de un examen más en profundidad, nuestro Derecho contiene estándares que requieren que los jueces y los jurados hagan referencia a fuentes más amplias para interpretar y aplicar el Derecho...”⁸³

6.8. Caso Banco de Previsión Social (B.P.S.) contra hija de un anciano que recibe pensión a la vejez.

Se debatía en dicho litigio judicial, el tan recurrente tema de la obligación alimentaria legal en los tribunales de familia. Lo que si no es tan usual, que el actor era el ente previsional uruguayo, y fundamentaba su presentación en el art. 44 del Acto Institucional N°9 (norma de la dictadura militar) que según el BPS. Mantiene vigencia de acuerdo a la Ley 15.841 de 28/XI/1986. Amparado en esos dispositivos normativos, el ente estatal demanda a una hija trabajadora de la salud, a fin de que sirva pensión alimenticia a su padre con más de setenta años, habida cuenta que el BPS. paga al anciano pensión a la vejez. Por supuesto que no surge de la demanda, pero si del expediente. Ese anciano había abandonado a su familia en sus años mozos. Nunca iniciaría demanda, así lo declaró en la instancia judicial pertinente. Su comportamiento anterior lo hacía ponderar que no era merecedor de la ayuda familiar.

6.8.1. En su momento, comentando el caso expresé: “Al estudiar el art. 45 del Acto Institucional N° 9, se comprueba con asombro como trastoca el equilibrio en la relaciones familiares, y como se produce una invasión injustificada del organismo previsional, ya que en pos de aminorar la carga económica y las correspondientes pasividades que debe servir, existen casos que dicha demanda se plantea con la negativa del beneficiario, y se

⁸³ Grennawalt. Op. cit. pág 616.

produce un avasallamiento en las relaciones familiares, que terminan con resultados injustos en los juicios planteados⁸⁴.

6.8.2. En el fallo, la hija fue condenada a abonar pensión alimenticia. Por lo que se aplicó la normativa al pie de la letra. Desde mi modesto punto de visto no hubo adecuación al ideal de justicia.

6.8.3. Ubicado en una interpretación totalmente diferente, destaco la opinión de mi amigo Howard en su profunda obra sobre el tema alimentos: “...Empero, la ley es clara en cuanto a la posibilidad del citado ente público para impetrar una demanda tendiente a reclamar la contribución alimentaria. Por consiguiente, el B.P.S. puede accionar contra familiares obligados al pago de alimentos a fin de no sufragar pensión por invalidez o vejez. Se le atribuye una legitimación activa directa al organismo a efectos de obtener la contribución de los familiares obligados a servir una pensión, de modo que el necesitado de la contribución estatal deje de ser una carga para el Estado y sus necesidades sean solventadas por sus parientes...”⁸⁵

6.8.4. Contrastan dos visiones opuestas.

Predominancia de la norma aunque sea injusta, o buscar caminos alternativos.

El argumento que menos me convence del pasaje citando al Dr. Howard, es que trasluce que todo lo que se haga para que el pasivo deje de ser una carga para el Estado, cumple con el imperativo legal. Disiento con esa opinión, de un estudiosísimo profesor (quien tiene mucha responsabilidad en que yo me encuentre dando clase), ya que el derecho de familia está impregnado de principios y reglas morales.

Soy consciente que se me podría decir, para atacar la posible debilidad de mi argumentación, que lo que está ante todo es la solidaridad familiar. Lo que a mí no me cierra –calculo que a otros individuos que manejen mi escala- es que un padre abandonador y con rasgos que se acercan a un cretino, se le aplique el beneficio. El propio sujeto entendía que no era

⁸⁴ Bellin. “Legitimación activa del BPS. Para solicitar pensión alimenticia al obligado legalmente cuando este no cumple su obligación y el ente sirve pensión a la vejez”. RUDF. Nº 21, FCU., Montevideo, 2009, pág. 64.

⁸⁵ Howard. “Alimentos” FCU., Montevideo, 2016, pág. 585.

merecedor de ese sacrificio familiar. Se produce una extralimitación del poder del Estado, cuando anula la voluntad del acreedor alimentario.

6.8.5. Me queda claro la opinabilidad del tema. Por eso lo sumo a este elenco de casos difíciles.

Al que le interese ahondar, la sentencia N° 382/2007, de 21/12/2007. Del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, puede consultarse en el trabajo referido en la nota al pie de página 62.

Otra jurisprudencia relacionada da a conocer Howard, a saber: TAF 2º, Sentencia N° 232/2011 de 15/8/2011; TAF. 2º N° 57/2013.

TAF. 1º, Sentencia N° 258/2007 19/9/2007; TAF. 1º, Sentencia N° 461/2010; TAF 1º, Sentencia 4/2012 de 1/2/2012.

CONCLUSIONES.

Luego de este repaso o visita incompleta a las galerías de arte más antiguas y las de pintura más moderna –mala metáfora en alusión a nuestro viejo Código, y el más moderno- y a otros sitios de interpretación jurídica. Me queda claro que no se abordan en este trabajo innumerables puntos de interés. Por razones laborales, estoy analizando un reglamento de copropiedad regulando, las intrincadas relaciones entre copropietarios en régimen de propiedad horizontal.

Primera conclusión, el tema de la interpretación del derecho, atraviesa la disciplina jurídica de punta a punta, (en un corte longitudinal si ello pudiera hacerse).

Segunda conclusión, debería tenderse a una teoría unitaria de la interpretación, ya que cumple una misma función: interpretar la legislación, un contrato, y un testamento. Salvando puntos de enfoque o *approach* peculiares, luego tienen muchísimos lugares comunes. Esta tendencia parece ponerse bastante de manifiesto en la codificación argentina derecho privado (ej: art. 2470 C.C. y Com.), a la luz de una visión siglo XXI, la que me parece compartible. Por supuesto respetando especificidades.

Tercera conclusión. El tira y afloje entre derecho y moral, está latente y marca e impregna toda la interpretación de los jueces. Los casos difíciles, son las “partituras musicales complejas”, que requieren de intérpretes con más experiencia, mayor estudio, pero que sin duda se pueden ejecutar y llegar a buen puerto, y cumplir con el fin de impartir justicia.

Cuarta conclusión. Hemos rendido excesivo y desmedido tributo a la sabiduría legislativa. En algún punto, es menester dar una posición más protagónica a los jueces de nuestro país. El hecho de que en la escuela europea continental la figura del legislador haya sobrepujado a la del juez, es uno de los más graves errores⁸⁶.

Es bastante más preferible para un pueblo tener malas reglas legislativas, con buenos jueces; que no malos jueces con buenas reglas legislativas⁸⁷.

⁸⁶Cfme. Carnelutti. “Arte del Derecho” Buenos Aires, 1956, citado por Ordoqui en “Abuso de Derecho”.

⁸⁷ Carnelutti. Op. cit.

Quinta conclusión. Nuestra doctrina cuando le ha interesado ser justa o equitativa, ha reposado en la equidad (le ha echado mano). Muestra de ellos es la elaboración de un acervo imaginario especial para, mitigar inequidades en el cobro de la porción conyugal cuando hay donaciones, y el porcionero/a concurra o no con descendencia o personas con derecho a representar a los descendientes del causante.

Sexta conclusión. El derecho de consumo y los contratos de adhesión, vienen complicando la interpretación de los contratos, donde en algunos casos concretos las pautas del Código Civil del siglo XIX, no se presentan como soluciones más adecuadas para los problemas actuales.

BIBLIOGRAFÍA

- Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XLI, CASO 69.

- ARANA, Pablo. “La causal de indignidad prevista en el art. 842 numeral 1 CC. y su aplicación a los adolescentes”. Revista Uruguaya de Derecho de Familia Nº 21. FCU., Montevideo, 2009.

- AREZO PIRIZ, Enrique.

“Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria” Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, V. 73 (1-6), Montevideo, 1987.

Porción conyugal. 3ª edición, AEU., Montevideo, 1987.

-ATIENZA, Manuel.

-El sentido del Derecho. Ariel Derecho, Barcelona, 2013.

-Curso de argumentación jurídica, editorial Trotta, Madrid, 2013.

-BARDAZANO, Gianella. “La discrecionalidad del Juez en la Interpretación de la ley ante la vaguedad de los enunciados normativos” ADCU. T. XLI., FCU., Montevideo, 2011.

- BASE DE JURISPRUDENCIA NACIONAL. <http://poderjudicial.gub.uy>. Sentencia 171/2012. TAC.5º.

Sentencia 19/2011. TAC. 7º.

- BELLIN, Carlo.

- Introducción al Derecho. Temas introductorios de Derecho Privado. La Ley Uruguay, Montevideo, 2017.

- “Legitimación activa del BPS. Para solicitar pensión alimenticia al obligado legalmente cuando este no cumple su obligación y el ente sirve pensión a la vejez”. Revista Uruguaya de Derecho de Familia, Nº 21, FCU., Montevideo, 2009.

- BENÍTEZ CAORSI, Juan José. La interpretación de los contratos con cláusulas predisuestas. Temis

-BRUM, Ricardo. “Interpretación e integración del Derecho”- Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2008.

- CAFFERA, Gerardo y MARIÑO, Andrés. “Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil”. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol 81 Nº 1-6, ene-jun 1995, AEU., Montevideo.
- CARNELUTTI, Francisco. “Arte de Derecho” Buenos Aires, 1956. Citado por Ordoqui, Gustavo. Abuso de Derecho.
- CAROZZI, Ema. Manual de Derecho Sucesorio. FCU., Montevideo, 2004.
- CAUMONT, Arturo y MIRANDE, Santiago. Neocentralismo y recodificación contemporánea del Derecho Privado. El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación. En Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XLV. FCU., Montevideo, año 2015.
- Código Civil y Comercial de la Nación, comentado. Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Infojus, Sistema Argentino de información jurídica, Buenos Aires, 2015.
- FARRELL, Martín Diego. “Positivism Jurídico: dejen que herede Palmer” Lecciones y ensayos, Nº 93, 2014.
- GAMARRA, Jorge.
- “El pensamiento formalista en la jurisprudencia uruguaya”. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo III, FCU., Montevideo, 2015.
- “Triunfo del Neoconstitucionalismo en la Jurisprudencia. El caso Banco de Galicia” Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo V, FCU., Montevideo, 2017.
- Responsabilidad Contractual” T. II, citado por Mantero y Chalar.
- GONZÁLEZ PIANO- HOWARD- VIDAL- BELLIN, “Manual de Derecho Civil”, Comisión Sectorial de Enseñanza, Universidad de la República, Montevideo, 2011.
- GRANELLI, Carlo. “Il C.D. parto anónimo ed il Diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblemático di Dialogo fra corti. JUS CIVILE N 6/2016, Novembre- Dicembre. Giappichelli editore.

- GREENAWALT, Kent. Law and Objectivity, OUP, Oxford. (1992)
- GUIBOURG, GHIGLIANI, GUARINONI. “Introducción al conocimiento científico”, Eudeba, Buenos Aires, 1987.
- HART. H. L. A. El concepto de Derecho. Traducción Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012.
- HOWARD, Walter.
- Alimentos. FCU., Montevideo, 2016.
- “Derecho Real de superficie”. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo I, FCU., Montevideo, 2013.
- JORDANO BAREA, Juan B. Interpretación del testamento. Bosch, casa editorial, Barcelona, 1958.
- Juncal Cía. De Seguros de Autos y Patrimonio c/ Cencosud SA. C.Civ y Com. San Isidro- Sala 2ª 19/12/2002, ed. LexisNexis –sumarios- 8/8/2004.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida. “El derecho a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “Odièvre c/ France”. Documento digital.
- La Justicia Uruguaya. Casos 14.616 y 15.281.
Casos 10.850 y 10.926.
- “ law.justicia.com/cases/federal/appelate-courts/F2/165/152/1499405/”
- LORENZETTI, Ricardo. “Tratado de los Contratos”. Ed. Rubinzal- Culzoni editores, Santa Fé, 1999.
- MANTERO, Elías y CHALAR, Laura. “Sobre la responsabilidad del Shopping Center por los hurtos acaecidos en su estacionamiento” Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo II, FCU., Montevideo, 2014.
- MARIÑO, Andrés.
- “Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. La Constitución del sistema de fuentes de derecho y de reglas para la

interpretación e integración de las normas en el orden jurídico uruguayo” en Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra, Coordinadores: Carlos López Fernández, Arturo Caumont, Gerardo Caffera, FCU., Montevideo, 2001.

- CÓDIGO CIVIL De La República Oriental del Uruguay. Cometado, anotado y concordado. Andres Mariño López, colaboración de Santiago Mirando, Marcelo Plada, Hugo Díaz y José Nicola. 2ª edición, La Ley Uruguay, Montevideo, 2017.

-MASCHERONI LEMES, Jorge. “Shopping Centers. Aspectos jurídicos”. FCU., 1998.

-NINO, Carlos. “Introducción al análisis del derecho”. 2ª edición 5ª reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

-ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Tomo VI. Amalio Fernández, Editores Uruguay, Ediciones del Foro, Montevideo, 2016.

- PICASSO- VÁZQUEZ- FERREYRA (Dir.) “Ley de defensa del consumidor comentada y anotada” LL- 2009, T. II, parte especial.

-RAMÍREZ, Juan Andrés.

-“La analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración” Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXXVI, FCU., Montevideo, año 2006.

- “Parto anónimo”. Anuario uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, T. II, FCU., Montevideo, 2014.

-RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge. La interpretación del contrato. 2ª edición, FCU., Montevideo, 2008.

-SARLO, Oscar. “Derechos fundamentales y proceso concursal” Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXXIX. FCU., Montevideo, 2009.

- SHAPIRO, Scott J. “The Hart- Dworkin Debate: A short Guide for the Perplexed” en Ripstein, A. (ed), Ronald Dworkin, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Citado por Farrell, Op. cit.

- SZAFIR, Dora y LABANDERA, Joaquín. “Hurto de vehículo estacionado en un shopping”. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLVI, FCU., Montevideo, 2016.

-VALLAURI LOMBARDI. “Norme vague e teoría generale del diritto”.

-“I diversi modi di interpretare la legge: una piccola goccia nel mare magnum”

www.altalex.com/document/news/200504/26.

- VAZ FERREIRA, Eduardo.

Tratado de las Sucesiones. Tomo I volumen 1, 3ª edición. FCU., Montevideo, 1988.

Tratado de las Sucesiones. Tomo segundo volumen I, 3ª edición, FCU., Montevideo, 1993.

- VIDELA ESCALADA, Federico. La interpretación de los contratos civiles, editorial Abeledo Perrot, 1964.

- WIERZBA, Sandra. “Responsabilidad por guarda y custodia de automotores en estacionamientos de centros comerciales.” La Ley Uruguay. Doctrina extranjera. Cita Online: UY/DOC/704/2014.

Contenido

Capítulo I. Delimitación

1 Punto de partida	1-4
Capítulo II. Dificultades a la hora de interpretar	
2 Problemas o escollos inherentes al tema	5
2.1 Vaguedad	5-7
2.2 Ambigüedad	7-10
2.3 Imprecisiones	10-11
2.4 La aparente claridad no inhibe la labor interpretativa	11-12
Capítulo III Abordando nuevas concepciones	
3 Modernas codificaciones incorporando nuevos enfoques	13
3.1 Diferencias cuantitativas respecto al número de artículos	13
3.2 Adentrándonos en el contenido	13-14
3.3 Desaparición de la alusión al espíritu de la ley	14
3.4 No hay distinción tajante entre interpretar e integrar	14-15
3.5 Interpretación activista	15
3.6 Reconocimiento del proceso de descodificación	15-18
Capítulo IV Interpretación testamentaria	
4 La interpretación de los negocios mortis causa	19
4.1 Carencia de reglas interpretativas	19-20
4.2 Potencialmente todas las normas generan conflictos para el aplicador del derecho	20
4.3 Algunos caracteres distintivos de interpretar testamentos	20-21
4.4 Visiones concretas de algunos autores	21-23
4.5 Depuración de pautas o consejos para intérpretes de testamentos	23-25
4.6 El Código argentino respecto a la interpretación de testamentos	25-26

4.7 Discrepancias doctrinarias en Uruguay sobre el modo de suceder sustitución, cuando se trata de sustitución recíproca la que utiliza el testador, y existen partes designadas.	26-29
4.8 La entrada a la equidad por el acervo imaginario especial	29-31
Capítulo V Interpretación de los contratos	
5. Interpretación de los contratos	32-33
5.1 Enfoques	33-34
5.2 Peculiaridades y enfoques más recientes	34
5.3 Problemas interpretativos que generan nuevas formas de contratos	34-38
5.4 Interpretación de las normas de consumo. Doctrina uruguaya	38-39
5.5 Intermediación de futbolistas. Aplicación de Ley 17.250	39
Capítulo VI Interpretar los casos jurisprudenciales difíciles	
6. Enfoque	40
6.1 Parto anónimo	40-43
6.2 Jugadoras de la lotería de Palencia	43-44
6.3 Caso Picardo	44-45
6.4 Caso Banco de Galicia	45-47
6.5 Caso Riggs vs. Palmer	47-50
6.6 Contrato con la intendencia de Maldonado	50-52
6.7 Repouille vs. United States	52-54
6.8 Caso Banco de Previsión Social (B.P.S.) contra hija de un anciano que recibe pensión a la vejez	54-56
Conclusiones	57-58
Bibliografía	59-63

