

# CONTRATOS Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS. UNA LECTURA CRÍTICA A LA LUZ DE LA OBRA DE GIUSEPPE VETTORI

Di Freddy Andres Hung Gil

| 47

**SOMMARIO:** *1. Efectividad y justicia. De la vocación del Derecho por la efectividad. - 2. Efectividad de la norma y derecho a una tutela efectiva. - 3. Lenguaje y efectividad en el pensamiento filosófico jurídico. - 4. Hermenéutica contractual y efectividad de los derechos. Glosas al pensamiento de G. Vettori.*

*ABSTRACT. Traendo spunto dagli scritti di Giuseppe Vettori, il presente contributo illustra i caratteri ed i contorni del principio di effettività delle tutele, vero e proprio antidoto all'astrazione delle situazioni giuridiche soggettive e dei sistemi rimediali in un mondo caratterizzato dalla continua trasformazione delle relazioni sociali ed economiche e che vede l'emersione di nuove aree di protezione legale. Aspetti che inducono ad una rivisitazione delle conoscenze consolidate sul rapporto tra lingua e diritto e che reclamano un ruolo di centralità per l'interpretazione giuridica.*

*Drawing inspiration from the writings of Giuseppe Vettori, this contribution illustrates the characteristics and outlines of the principle of effectiveness of safeguards, a real antidote to the abstraction of subjective legal situations and remedial systems in a world characterized by the continuous transformation of social and economic relations and which sees the emersion of new areas of legal protection. Aspects that lead to a review of consolidated knowledge on the relationship between language and law and that claim a central role in legal interpretation.*



## 1. Efectividad y justicia. De la vocación del Derecho por la efectividad.

El fenómeno jurídico, puede afirmarse sin temor a dudas, hunde sus raíces en una vocación de tutela concreta y efectiva de los intereses dignos de protección y, de forma particular, de la persona, razón en la que se fundamenta la existencia misma del Derecho<sup>1</sup>. Aunque el fenómeno jurídico puede ser apreciado como reflexión y como modo de ordenar la realidad – aspectos que indudablemente forman parte de su esencia – desde su concepción originaria en Occidente es un grito en busca de la tutela efectiva frente a la ruptura del orden. Así, Hesíodo invoca a la justicia para intentar reparar el quebrantamiento (*hybris*) de una decisión judicial inicua en el caso de su herencia paterna<sup>2</sup> y Sófocles pone en labios de Antígona la severa admonición por la que se cuestiona la legitimidad de una norma sancionada desde el poder pero que desconoce la justicia<sup>3</sup>. El genio romano, de este modo, concibe a la justicia como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*<sup>4</sup>.

Lo jurídico, visto desde la perspectiva de los juristas romanos, dista mucho de ser una reflexión, en la que teoría y praxis a veces se encuentran en posiciones irreconciliables. Es, para los juristas romanos, la concreción efectiva de un ideal de justicia aplicado al caso en estudio y urgido de solución. Dice al respecto Savigny: “Cuando tienen que considerar un caso de derecho parten de la viva intuición de este, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica se ve siempre elevada a la altura del proceso científico”<sup>5</sup>.

La noción de efectividad – si se siguen de cerca las consideraciones de Giuseppe Vettori – se refiere a una palabra “densa” en cuanto hace alusión a hechos que pueden hacer surgir ciertas posiciones jurídicas subjetivas<sup>6</sup>. El principio de efectividad – sigue diciendo este autor – contenido en una pluralidad de normas, contribuye a la conversión del hecho en derecho, con una función peculiar. El mismo tiene la función específica de hacer coincidir la forma con el fondo en la garantía de los derechos y en la realización de los deberes, para dar respuestas adecuadas a las lesiones de los intereses, tanto patrimoniales como no patrimoniales<sup>7</sup>.

El principio de efectividad, de modo general, tiende a la plena aplicación de las normas jurídicas y a la realización del Derecho. Como se tendrá ocasión de estudiar, más allá de sus fundamentos iusfilosóficos, encuentra ámbitos privilegiados de aplicación en la interpretación de las normas jurídicas y en la jurisprudencia de los tribunales. Puede afirmarse que es uno de los principios sobre los que descansa la atribución misma a una realidad política de la condición de Estado constitucional de Derecho<sup>8</sup> y la interrelación del principio estudiado y la justicia es evidente<sup>9</sup>.

El mundo de hoy, caracterizado no solo por la transformación continua de las relaciones sociales y económicas, la aceleración del ritmo vital, la eclosión de nuevos derechos – y la extraña limitación de otros, piénsese en la *privacy*, por solo citar un ejemplo – amenazan con arrastrar al Derecho por el mismo camino que transita lo que Bauman denominara con acierto modernidad líquida<sup>10</sup>. En una realidad en la cual no se logra encontrar en muchos casos moldes y soluciones preestablecidos en el Derecho histórico y en la que valores como los de certeza y previsibilidad del orden jurídico pueden encontrarse en entredicho, el nexo entre efectividad y justicia se revela en su forma más evidente. Se trata no de una noción

<sup>1</sup> D.1, 5, 2: “Hominum causa omne ius constitutum est”.

<sup>2</sup> HESÍODO, *Los Trabajos y los días*: “Oh Perses! retén esto en tu espíritu: acoge el espíritu de justicia y rechaza la violencia, pues el Croniónha impuesto esta ley a los hombres. Ha permitido a los peces, a los animales feroces y a las aves de rapiña devorarse entre sí porque carecen de justicia; pero ha dado a los hombres la justicia, que es la mejor de las cosas”.

<sup>3</sup> SÓFOCLES, *Antígona*: “No era Zeus quien me la había decretado, ni Diké, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron”.

<sup>4</sup> D. 1, 1, 10.

<sup>5</sup> Cfr. F.C. SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la Ciencia del Derecho*, Madrid, 2015 (reimprimir), p. 44. V.M. ERRÁZURIZ EGUIGUREN, *Manual de Derecho Romano*, I, *Historia Externa de Roma. Del acto*

*jurídico. De las personas*, Santiago, 1989, p. 59 ss. Al respecto comenta C. DE CASTRO CAMERO, en *Persona y derecho*, 2016, 1 (74), p. 128: “El juristaromano captaba lo justo de la realidad, lo que dotaba al derecho de carácter casuístico y lo conectaba con la auténtica naturaleza de las cosas. De esa manera, adquiría concreción no sólo por tener en cuenta las circunstancias del supuesto que había generado la cuestión, sino porque se alejaba de la tentación de limitarse a ser una mera reflexión abstracta sobre lo justo o lo injusto”.

<sup>6</sup> G. VETTORI, *Effettività*, en *Le parole del Diritto. Scritti in Onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, p. 639.

<sup>7</sup> G. VETTORI, *La efectividad de los derechos y de su protección en la Constitución cubana* (traducción de Freddy Hung Gil), en *Revista Cubana de Derecho*, no. 56, 2020, IV Época, p. 243.

<sup>8</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 66.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 17-23.

<sup>10</sup> Z. BAUMAN, *Modernidad Líquida*, Buenos Aires, 2004; V. FRANCESCHELLI, *Diritto*, Milano, 2019, p. 68-74.



abstracta sin efectiva concreción en las relaciones sociales, ni de las elucubraciones de algún teórico, más o menos cercanas a la realidad. Es un cruce de caminos desde la hermenéutica de las normas y hasta la realización plena del Derecho entre las nociones de *nomos*, *logos* y justicia<sup>11</sup>.

## 2. Efectividad de la norma y derecho a una tutela efectiva

El análisis de las instituciones jurídicas y de las normas que las disciplinan desde la perspectiva del principio de efectividad se revela como una forma holística de comprender el fenómeno jurídico<sup>12</sup>. El discurso sobre la efectividad, si bien encuentra ámbitos privilegiados de atención en las reflexiones sobre el estado constitucional de derecho, la soberanía popular, la hermenéutica de las normas y la producción jurisprudencial, tiene un desarrollo particular en lo que la doctrina denomina efectividad de las formas de tutela<sup>13</sup>.

A través de una producción conceptual creciente que se ha manifestado en el ámbito procesal y en las sentencias de los tribunales, hasta obtener un reflejo normativo en instrumentos internacionales y en diversas constituciones nacionales, se ha generado un conjunto de nociones que tributan directamente al concepto de efectividad. Así, las nociones de debido proceso y tutela judicial efectiva remarcan la interconexión entre la actuación judicial y la tutela de los derechos inviolables de la persona<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 150 ss.

<sup>12</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Milano, 2002.

<sup>13</sup> G. VETTORI, voz “*Effettività delle tutele*”, en *Enc. dir., Annali*, X, 2017, Milano, p. 381 ss.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 382. Sobre la noción de debido proceso comentan los autores en materia procesal en F.A. HUNG GIL, J PEREIRA PÉREZ (coordinadores), *Glosario de términos esenciales del Derecho Civil*, La Habana, 2021: “...el debido proceso se instituye como garantía y derecho fundamental de todos los justiciables, en tanto les permite, una vez incoado el proceso, defender sus derechos e intereses legítimos durante la tramitación de un proceso que cuente, al menos, con los estándares mínimos que permitan la eficacia del resultado procesal, que en definitiva no es otro que alcanzar la justicia.” De igual forma, refieren dichos autores sobre el concepto de tutela judicial efectiva: “La tutela judicial efectiva constituye un concepto jurídico indeterminado, no solo por su carácter de derecho fundamental y garantía jurisdiccional de los derechos, sino por la extensa relación categorías que lo integran. La tutela judicial efectiva se manifiesta desde la etapa previa al proceso, a través de mecanismos efectivos que posibiliten el acceso a la justicia de las personas, de ahí que comenzaremos esta parte del análisis por la delimitación conceptual del acceso a la justicia y sus posteriores consecuencias, siendo este el primero de los elementos conformadores del supra concepto que analizamos. Un segundo elemento, y quizás el más trascendente al concepto de tutela judicial efectiva, lo constituye – precisamente – el

Aunque por razones de espacio no es posible abordar en el presente estudio a profundidad la acogida del principio de efectividad en los instrumentos internacionales y las constituciones nacionales, se hará referencia a los hitos más significativos. Así, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, reconoce el derecho de toda persona “a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”<sup>15</sup>. El Convenio europeo de Derechos humanos en su artículo 13 establece el derecho a un recurso efectivo y extiende la tutela a los casos en que “la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”<sup>16</sup> y la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea en su artículo 47 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juez imparcial y la garantía de la efectividad del acceso a la justicia<sup>17</sup>.

La Constitución italiana, que ha sido precursora de la noción de efectividad, establece en su artículo 24: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*”. La Constitución cubana de 2019, superando en precisión y técnica legislativa al texto constitucional precedente, establece en su artículo 13 inciso d) como uno de los fines del Estado “garantizar la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos”, consagra el derecho a la justicia *ex* artículo 46 y establece en su artículo 92 que “el Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos”<sup>18</sup>.

La acogida del principio de efectividad en las sentencias de los tribunales se presenta como un afán sistematizador que supera ampliamente los

debido proceso, o el derecho a un proceso con todas las garantías, como prefiera llamarse. Por último, la tutela judicial solo puede apellidarse como efectiva si se llega a cumplir el mandato jurisdiccional, para lo cual se ha de contar con efectivos mecanismos de ejecución”.

<sup>15</sup>

[https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf).

<sup>16</sup> [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf).

<sup>17</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=DE>.

<sup>18</sup> V., E. TORRES-CUEVAS, R. SUÁREZ, *El libro de las Constituciones*, I-III, La Habana, 2018.



modestos objetivos del presente estudio. A pesar de ello, serán analizadas brevemente algunas sentencias referidas al principio aplicado a las figuras contractuales y al ámbito del consumo (vid. IV).

Puede afirmarse, concluyendo la exposición de las ideas anteriormente analizadas, que la efectividad –como acertadamente expresa el maestro florentino – contribuye a establecer la juridicidad de un interés en consonancia con la misma función que tiene la relevancia jurídica. Expresa una evaluación, no de la existencia del hecho material o de sus consecuencias, sino de la esencia jurídica del hecho, es decir, su relevancia para el derecho, la cual debe distinguirse de la eficacia. Esta esencia jurídica – sigue diciendo el autor – orienta y delimita la protección sustantiva de la situación subjetiva y el principio de efectividad puede servir para dar relieve a intereses no comprendidos literalmente en la figura en cuestión, pero compatibles con su *ratio*, expresada por la confrontación entre normas y principios<sup>19</sup>.

Estas nociones reconducen, por último, a la de *nomofilaquia* o *nomofilaxis*, entendida como protección de la norma jurídica o como “*garanzia dell’uniforme interpretazione della legge e dell’unità del diritto oggettivo nazionale; è in particolare il termine con cui viene indicata la funzione attribuita dalla legge alla Corte di cassazione*”<sup>20</sup>. Podría decirse, entonces, que la efectividad tributa, por tanto, a una función nomofiláctica a través de lo que el profesor Vettori siguiendo a Reich, ha denominado “test de efectividad”, pues el principio es un antídoto a la abstracción del sistema de tutelas y de las situaciones subjetivas, enriquece su contenido y amplía las obligaciones positivas de los estados, así como favorece la actuación jurisprudencial a fin de dotar de una protección efectiva a los intereses jurídicamente tutelados<sup>21</sup>, sin que ello suponga el olvido de la certeza y la previsibilidad como valores esenciales del discurso jurídico<sup>22</sup>.

### 3. Lenguaje y efectividad en el pensamiento filosófico jurídico

<sup>19</sup> G. VETTORI, *La efectividad de los derechos y de su protección en la Constitución cubana*, cit., p. 244.

<sup>20</sup> “*Nomofilachia*”, en *Vocabolario online Treccani*, <https://www.treccani.it/vocabolario/nomofilachia/>.

<sup>21</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 83.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 86. Véase, además, L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, p. 715-736; EAD., *Algoritmi ed effettività delle tutele*, en *Pers. merc.*, 2019, 1, p. 24 ss. Per omnia D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, en *Pers. merc.*, 2016, 3, p. 62 ss.

La relación que existe entre lenguaje y Derecho es un tópico clásico<sup>23</sup>. Así, la existencia de una lengua en que debía inexorablemente expresarse el Derecho – como el Latín en el mundo romano – de fórmulas rituales fijas y peestablecidas para la validez de un acto o el ejercicio de una acción, la técnica legislativa para la redacción de una norma y la teoría de la interpretación, son aspectos clásicos que se deben asumir desde las ciencias básicas (Historia y Teoría) del Derecho; pero que irradian sus efectos a la aplicación misma de este desde una perspectiva dinámica. Pese a ello, situaciones de signo diverso aconsejan hoy visitar nuestros conocimientos sobre la relación entre lenguaje y Derecho, pues se trata de problemas nuevos que no pueden ser resueltos a través de las soluciones ancestralmente admitidas como válidas. Es un problema que existe en el pensamiento filosófico<sup>24</sup> y en la reflexión jurídica desde hace siglos pero que se enriquece de forma exponencial en la realidad actual.

La lengua del Derecho, superada la etapa en que para la tradición europea continental – e incluso anglosajona – el Latín fungía como *lingua franca* de las leyes y, sobre todo, de la doctrina contenida en tratados, puede ser vista como aquella acogida por cada una de las manifestaciones nacionales al interno de una tradición jurídica. Pero ello, lejos de tender a la comprensión universal, conduce a un fraccionamiento que eventualmente puede ser superado a través de la adopción de una nueva lengua franca o vehicular, y resulta válido preguntarse: ¿lo será a caso el *business english*?

El lenguaje jurídico no es, ni por asomo, un asunto marginal. El Legislador, por ejemplo, al asumir categorías y eventualmente desechar otras, marca los derroteros de la exégesis normativa y de la aplicación de la misma. Así, al adoptar el Legislador del Código Civil cubano las nociones de “propiedad personal” y “herederos especialmente protegidos”, por ejemplo, rompe con la tradición legislativa precedente y, en un ejercicio arduo de comparación jurídica, el investigador foráneo deberá resolver la interrogante sobre si

<sup>23</sup> A. GUARNIERI, *Lineamenti di Diritto Comparato*, Padova, 2012, p. 43-73, introduce la temática con un ya sugestivo título: *La lingua e il diritto, ovvero le insidie del linguaggio giuridico*. Vid. F.A. HUNG GIL, *Lenguaje y Derecho. Ideas para un debate*, en *Revista CubaLex*, no. 39, 2019, III Época, p. 268 ss.

<sup>24</sup> “...y habiendo a la simonía manifiesta puesto el nombre de «mediación» y a la gula el de «manutención», como si Dios, no ya el significado de los vocablos, sino la intención de los pésimos ánimos no conociese y a guisa de los hombres se dejase engañar por el nombre de las cosas” (G. BOCCACCIO, *Decamerón. Novela segunda: Conversión del judío Abrahán*).



efectivamente en el Derecho civil codificado en Cuba son regulados la propiedad privada y los legitimarios, o bien se trata de figuras autóctonas con escaso paralelismo con otras existentes en ordenamientos extranjeros. Otro ejemplo podría ser la actual reticencia de algunos ordenamientos hacia el término patria potestad. Como se sabe, el contenido actual de tal institución difiere notablemente de la *patria potestas* romana, pese a ello la tendencia es a su sustitución por otros términos que giran en torno a la noción de responsabilidad paterna y materna. Ello abre el cuestionamiento sobre si se trata de la sustitución de una denominación por otra, dejando intacto el contenido de la institución o si, por el contrario, desde una formulación jurídica diversa, se intenta condicionar la transformación del instituto.

Otra de las características del lenguaje – de los lenguajes jurídicos – es su tendencia a cierta permanencia de las formas tradicionales, evidente en la persistencia de expresiones y estilos, por otra parte no siempre justificados; y en general al anquilosamiento. Así, la pervivencia en la oratoria forense y en la redacción de sentencias de expresiones e incluso tiempos verbales en desuso en el español hablado, de tautologías en la doctrina, contribuyen al oscurecimiento del lenguaje y abren paso a la necesaria interpretación del discurso en aras de su efectiva comprensión.

A la relación entre lenguaje y Derecho podría aplicársele, congruentemente, el aserto que sobre el nuevo quehacer del Derecho Civil expusieran Díez Picazo y Gullón: “El Derecho Civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida y de las instituciones tradicionales. Tiene que ser el Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente”<sup>25</sup>. En el sentido anteriormente acotado, los últimos decenios del pasado siglo y lo que va del presente, han asistido a la dilatación del entorno de lo jurídico a partir de ámbitos completamente nuevos, v. gr., las ciencias biomédicas y su impacto sobre el inicio y el fin de la vida del hombre, las tecnologías de la información, las redes sociales, la protección cada vez más específica de los derechos de los consumidores, por solo citar algunas manifestaciones de un vasto elenco en crecimiento continuo. Esta realidad justifica el término Derecho en expansión, para significar un fenómeno que, aunque conserva en buena medida el núcleo duro tradicional, tiende inexorablemente a diversificarse y expandir su radio de acción hacia otras realidades emergentes urgidas de tutela.

El surgimiento de nuevos ámbitos de protección jurídica – e incluso de disciplinas como el Bioderecho, el Derecho Informático, el Derecho de Consumidores, entre otros, genera una aparente entropía en el lenguaje jurídico, a partir del recurso a las categorías tradicionales, la expansión semántica de las mismas para dar cobertura a nuevos supuestos, la adopción de términos provenientes de otras lenguas – en ocasiones traducidos y en otras en su forma original – la recepción de neologismos e incluso la transformación misma del discurso jurídico a partir de concepciones nuevas como las que derivan de la tutela de las personas con discapacidad y del lenguaje inclusivo y de género<sup>26</sup>.

A la interrelación entre lenguaje y efectividad en el pensamiento filosófico jurídico dedica el profesor Vettori no pocas páginas<sup>27</sup>. Dice este autor: “*Dalla casistica esaminata si trae la necessità di un dialogo fra legislazione e giurisdizione, entrambe consapevoli dell’esigenza di un nuovo ordine fondato su norme, concetti e argomenti. L’ermeneutica e la dogmatica hanno un ruolo preciso nel «cogliere il momento in cui il pensiero giuridico organizza il suo mondo» e nella comprensione dei nessi impliciti ed espliciti capaci di esprimere la «cultura di un’epoca»*”<sup>28</sup>.

De este modo, recorriendo el pensamiento filosófico-jurídico de los últimos dos siglos, el maestro florentino concluye afirmando que el principio estudiado conduce a frenar la subordinación del Derecho a la política, a partir de la apreciación de la realidad desde una visión de sistema que debe animar al ordenamiento jurídico en su totalidad. Pues la efectividad implica un orden según el cual el principio sería aplicado en la complejidad del ordenamiento jurídico<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> La aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías – biomédicas y de la información, por ejemplo – suponen la entrada al entorno jurídico de términos que, tras ser acuñados o recepcionados por las distintas legislaciones nacionales, la jurisprudencia o la doctrina, adquieren carta de ciudadanía como conceptos jurídicos. Así, las nociones sobre la transexualidad, las técnicas de reproducción humana asistida, la maternidad subrogada, los delitos informáticos, el derecho al olvido, dejan expuesto un ámbito nuevo al que el jurista deberá adecuar sus conocimientos y su praxis misma, so pena de quedar atrapado en un Derecho inoperante basado en las formas estrictamente tradicionales.

<sup>27</sup> G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, en *Riv. dir. civ.*, 2017, 3, p. 666 ss.; ID., voz “*Effettività delle tutele*”, cit., p. 401 ss.

<sup>28</sup> *Op. ult. cit.*, p. 401.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>25</sup> Cfr. L. Díez PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, I, Introducción, Derecho de la persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica*, Madrid, 2016, p. 41.



#### 4. Hermenéutica contractual y efectividad de los derechos. Glosas al pensamiento de Giuseppe Vettori.

| 52

La interpretación jurídica, como afirma sin dejar espacio a la duda Llamas Pombo, es absolutamente necesaria, pues la ciencia del Derecho es interpretativa y la función del jurista consiste, esencialmente, en interpretar, una ley, un contrato, un testamento, una sentencia, un principio jurídico, un concepto indeterminado...<sup>30</sup>. La interpretación de la ley, desde finales del siglo XIX, ha ocupado una parte importante de los debates doctrinales. Es clásico el elenco de teorías que enunciaba De Castro Y Bravo en su Derecho Civil de España<sup>31</sup>. Pero la interpretación jurídica no se agota en la exégesis de la norma, se extiende a todo el Derecho e incluso es válido el cuestionamiento sobre si resulta siempre necesario interpretar.

A esta última pregunta parece responder negativamente y de forma categórica el brocardo *In claris non fit interpretatio*. Este axioma, aparentemente, excluye la interpretación cuando de la lectura del texto se desprenda su claridad. Del mismo – dicen Perlingieri y Femia – se podría concluir, en primer lugar, que si el texto es claro, no debe ser interpretado. En segundo lugar, se podría colegir que si el resultado de la interpretación literal del texto produce una norma no absurda, no es necesario llevar adelante la interpretación. La primera conclusión, dicen esos autores, es falsa, la segunda, inaceptable. No existe posibilidad alguna de aplicar una norma sin interpretar el texto que la contiene. La claridad, por otra parte, es el resultado de la interpretación y no una premisa de la misma<sup>32</sup>.

La interpretación del contrato, si bien no han faltado voces autorizadas que la equiparen con la de las normas jurídicas e incluso propugnen una teoría general de la interpretación, posee caracteres que permiten distinguirla de aquella<sup>33</sup>. En la

interpretación del contrato el punto de partida ha de ser la exégesis gramatical del mismo, con lo cual queda al descubierto la estrecha relación entre lenguaje y actividad hermenéutica. Afirman al respecto Caumont y Mariño López: “...toda tarea de interpretación de un contrato no debe disociarse del campo rigurosamente lingüístico, en el cual se erige su pilar fundamental, desde que la manifestación intencional de voluntad que configura la esencia del consentimiento, se construye con actos expresados oralmente o por escrito mediante palabras que constituyen, tanto una expresión sígnica, como, al mismo tiempo, una expresión discursiva”<sup>34</sup>.

Es doctrina consolidada, en materia de interpretación del contrato, la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva. La primera apunta hacia la búsqueda de la intención o voluntad común de los contratantes, la segunda, en cambio, se enfoca en un criterio objetivo, a partir de la eliminación de dudas o ambigüedades de la declaración contractual<sup>35</sup>. De igual forma, se acepta mayoritariamente por la doctrina que exista una jerarquía entre estos tipos de interpretación – que Franceschelli denomina relación de subordinación lógica – pues el exégeta solo podrá recurrir a las reglas de interpretación objetiva cuando no pueda determinarse sin espacio a la duda, la común intención de las partes<sup>36</sup>.

La labor interpretativa del contrato parte del análisis de la común intención de los contrayentes y su comprensión deriva, *prima facie*, de la exégesis del contrato, de su letra. El punto de partida es pues la interpretación literal del texto. La posible claridad

1996, p. 394-395: “...es posible y a caso útil una teoría general de la interpretación. Debe propugnarse una aproximación de la interpretación del contrato a la interpretación de la ley. Pero no puede llegarse a una absoluta equiparación. El contrato y la ley son reglas jurídicas, pero mientras la ley es una regla abstracta y general, el contrato, es un precepto concreto; y mientras la ley es un precepto heterónimo, el contrato es un precepto de autonomía privada. En tema de interpretación, ello lleva a la conclusión de que mientras la interpretación de la ley debe estar orientada en orden a su *ratio* general, la interpretación de la regla contractual debe hacerse en una conexión mayor con el propósito de sus autores, entre quienes va a surtir su efecto obligatorio”. Véase además, *per omnia*, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1996.

<sup>34</sup> Cfr. A. CAUMONT, A. MARIÑO LÓPEZ, *La interpretación del contrato en los principios latinoamericanos de derecho de los contratos (PLDC)*, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 15, 2018, p. 124-125. F.A. HUNG GIL, *Lenguaje e interpretación de los contratos. Ideas para un debate*, en L.B. PÉREZ GALLARDO (coordinator), *Interpretación, calificación e integración contractual*, Santiago de Chile, 2020.

<sup>35</sup> Cfr., L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 395.

<sup>36</sup> V. V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, Milano, 2018, p. 446 ss.

<sup>30</sup> Cfr., E. LLAMAS POMBO, *Una riflessione retrospettiva e presente sull'interpretazione giuridica*, en *Scritti in onore di Vito Rizzo, I, Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, p. 1063 ss. Enfatiza este autor: “Etimologicamente, interpretare evoca un compito di mediazione che implica adottare una posizione tra il testo e la realtà, tra il linguaggio e la norma”. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 111 afirman en un sentido similar: “La comprensione dei testi giuridici è un processo che mira a giungere ad una forma di conoscenza: senza tale processo conoscitivo (interpretazione) non v'è diritto”.

<sup>31</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 496 ss.

<sup>32</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 115-116.

<sup>33</sup> Dice al respecto L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, I, Introducción. Teoría del Contrato*, Madrid,



del mismo es el resultado de su interpretación por parte de uno o varios de los sujetos de tal actividad (las partes conjuntamente, el juez, un tercero) de modo que resulte innecesario el recurso a ulteriores cánones hermenéuticos<sup>37</sup>. La exégesis, en este sentido, puede privilegiar la literalidad del texto pero, en todo caso, la interpretación histórica o subjetiva busca reconstruir la voluntad negocial de las partes al momento de la formación del contrato<sup>38</sup> de modo que no se agota aquella, necesariamente, con la comprensión gramatical y lógica del mismo<sup>39</sup>. Pero la búsqueda del sentido literal del texto – como afirma acertadamente Vettori – no se contrapone necesariamente a la indagación sobre la común intención de las partes, ambas se dirigen a datos objetivos, tales como las palabras empleadas, los comportamientos de los contrayentes y sus fines<sup>40</sup>.

La interpretación sistemática del contrato es otro de los pilares sobre los que se levanta tal construcción dogmática. No es posible centrarse en el sentido de las palabras, frase o cláusulas individualmente vistas o, en un mismo esquema negocial, atribuir significados diversos a estas. El contrato funciona como un todo y no como la sumatoria aislada de sus cláusulas. Esta organicidad del contrato, el carácter sistemático de su interpretación, es predicable no solo de los contratos singularmente vistos sino, como asevera Díez Picazo, se aplica también a los diversos contratos que forman parte de una unidad negocial compleja, con una finalidad económica y social unitaria<sup>41</sup>.

La interpretación contractual se ve impactada de forma particular por la aplicación del principio de

buena fe<sup>42</sup>. Más allá de su aplicación al entero ámbito de las relaciones jurídicas civiles, en materia de hermenéutica contractual, se debe presumir que las partes, al redactar el contrato, lo hicieron según las normas sociales imperantes en un momento histórico concreto, de acuerdo a estándares conductuales que tiendan a la evitación de palabras o expresiones tendencialmente oscuras, ambiguas o que puedan generar conflictos interpretativos. Una de las manifestaciones de la buena fe en materia de hermenéutica contractual es la llamada *interpretatio contra stipulatorem*<sup>43</sup>, según la cual no podrá beneficiarse en la interpretación de un contrato la parte que ha causado la oscuridad o ambigüedad de una cláusula.

Como se ha expresado *supra*, el recurso a las reglas de interpretación objetiva del contrato depende del hecho que de la exégesis no pueda desprenderse, sin la sombra de la duda, la común intención de las partes contratantes. Se está en una situación en que la duda interpretativa es el denominador común<sup>44</sup> de las normas que disciplinan la materia e intentan despojar al texto de la oscuridad o ambigüedad presentes, mediante reglas objetivas. Tales dudas interpretativas, en cuanto a la relación entre lenguaje y hermenéutica contractual, giran en torno a: cláusulas que admiten diversos sentidos<sup>45</sup>, palabras con distintas acepciones<sup>46</sup>, e incluso la omisión de cláusulas que comúnmente se incorporan en un tipo contractual determinado<sup>47</sup>. De

<sup>42</sup> Artículo 1366 del *Codice Civile* italiano: “*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*”. Vid per omnia, F. PIRAINO, *Buona Fede, Ragionevolezza e efficacia immediata dei principi*, Napoli, 2017.

<sup>43</sup> Cfr., artículo 1288 del Código Civil español, según el cual: “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad*”. Véase, además, el artículo 1. 370 del *Codice Civile* italiano.

<sup>44</sup> Cfr., V. FRANCESCHELLI, *Diritto*, cit., p. 447.

<sup>45</sup> V. Artículo Art. 1.284 del Código Civil español, según el cual: “*Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*”. Véase, además, el artículo 1368 del *Codice Civile* italiano, que preceptúa: “*Le clausole ambigue s’interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso. Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore (2082), le clausole ambigue s’interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell’impresa*”.

<sup>46</sup> V. Artículo Art. 1.286 del Código Civil español, que establece: “*Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*”. Así como artículo 1369 del *Codice Civile* italiano: “*Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all’oggetto del contratto*”.

<sup>47</sup> Cfr., Art. 1.287 del Código Civil español: “*El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*”.

<sup>37</sup> Cfr. Artículo 1281, primer párrafo del Código Civil español, que establece que: “*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas*”.

<sup>38</sup> Cfr., V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, cit., p. 446.

<sup>39</sup> Establece el artículo 1. 362 del *Codice Civile* italiano que: “*Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*”.

<sup>40</sup> Cfr., G. VETTORI, *Contratto e Rimedi*, Milano, 2017, p. 220. Véase, además, del Código Civil español sus artículos 1282: “*Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*”; y 1283: “*Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar*”.

<sup>41</sup> Cfr. L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 400. Establece el artículo 1. 363 del *Codice Civile* italiano que: “*Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell’atto*”.



este modo, la aplicación de los principios de búsqueda de la intención común de las partes, buena fe y conservación del contrato deben presidir la interpretación contractual, fijando sus derroteros. Si pese a los esfuerzos del intérprete y la aplicación de las normas de interpretación objetiva, resultaren aún dudosas u oscuras las cláusulas, las soluciones admitida por la doctrina mayoritaria y por algunas legislaciones toman como criterio a seguir el principio de conservación del contrato y, en última instancia, su ineficacia<sup>48</sup>.

Un tópico de medular importancia al que no siempre los estudios en materia de interpretación han prestado la necesaria atención gira en torno a la exégesis de las llamadas cláusulas generales. Se trata, en palabras de Perlingieri y de Femia, de fragmentos de disposiciones normativas caracterizadas por un especial tipo de vaguedad de la cual se debe recabar un significado aplicable, que se refieren a nociones como las de buenas costumbres, orden público, buena fe<sup>49</sup>. Una parte de la doctrina, al tratar este tópico, asocia esta noción a las de principios, conceptos jurídicos indeterminados, *legal standards*, fórmulas elásticas o normas en blanco. Como acertadamente afirma Patti, siguiendo a la doctrina germana, se trata de normas que carecen de un núcleo conceptual pero que realizan un reenvío a conceptos no jurídicos, fundamentalmente de naturaleza moral<sup>50</sup>. La interpretación de las cláusulas generales, presentes en la normativa de Derecho de Contratos y en la letra de los contratos singularmente vistos, por sí sola ameritaría un análisis que no es posible realizar en los estrechos marcos de la presente investigación. Su exégesis es un ejercicio arduo pero necesario y ha de advertirse que el abuso de las mismas – como sentenciaría Franz Wieacker – entraña una injustificada transferencia de

<sup>48</sup> V. Artículo 1. 289 del Código Civil español, según el cual: “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”. Y artículo 1. 371 del Codice italiano: “Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (1362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligo, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.

<sup>49</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 19.

<sup>50</sup> V. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016, p. 66-67.

responsabilidad del legislador hacia el intérprete, fundamentalmente el juzgador<sup>51</sup>.

La interpretación del contrato, tal y como ha sido analizada anteriormente, se enfoca en la construcción tradicional de este negocio jurídico, visto como acuerdo de voluntades entre sujetos que se hallan en un plano de igualdad. Pero esa construcción – y obviamente el canon hermenéutico de la figura – sufre los embates de las fuerzas que tienden a la evolución a un ritmo exponencial de la disciplina contractual mediante la admisión de contratos por adhesión, de acuerdos celebrados en el marco de relaciones de consumo, *smart contracts*, fundamentalmente. Cada una de estas figuras revela la existencia de numerosos cuestionamientos a resolver por la ciencia jurídica – a caso parangonable con mundos paralelos – que en todo caso serán brevemente esbozados a continuación, pues su análisis exhaustivo supera con creces los objetivos de una investigación como la presente.

Se seguimos el enunciado del artículo 1 de la Ley española número 7/1998, de 13 de abril, se entiende por condiciones generales de la contratación, “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”<sup>52</sup>. Su ámbito de acción por excelencia es el de los contratos en masa o por adhesión en los que la libertad contractual de una de las partes se limita a aceptar las condiciones impuestas por la otra (adherirse) o eventualmente rechazarlas. En materia de interpretación de las condiciones generales de la contratación<sup>53</sup>, la doctrina reciente<sup>54</sup>, previa elaboración jurisprudencial, ha desarrollado cuatro reglas hermenéuticas aplicables a las mismas, a saber: regla de la prevalencia<sup>55</sup>, regla *contra proferentem*, regla de la condición más importante y regla de la condición más beneficiosa<sup>56</sup>. La

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Cfr., Legislación española Consolidada sobre condiciones generales de la contratación, actualizada el 16 de marzo de 2019.

<sup>53</sup> Cfr., Per omnia, V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983.

<sup>54</sup> Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 411-414.

<sup>55</sup> El artículo 6.1 de la Legislación española Consolidada sobre condiciones generales de la contratación establece al respecto: “1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

<sup>56</sup> *Ibid.*





formulación doctrinal de la regla *contra proferentem*<sup>57</sup> se acerca notablemente a las consideraciones expuestas anteriormente sobre la *interpretatio contra stipulatorem*, aunque se abandone la formulación negativa, en aras de significar el canon hermenéutico aplicado a favor del adherente. Las condiciones generales de la contratación, por su parte, están sometidas a un régimen diverso cuando el adherente ostente la condición de consumidor<sup>58</sup>.

La interpretación de las condiciones generales de la contratación en los casos en que el adherente ostente la condición de consumidor, presenta algunos caracteres propios que la separan, en principio, de la hermenéutica contractual clásica. Probablemente la aportación más significativa sea la configuración doctrinal y normativa de las llamadas cláusulas abusivas<sup>59</sup>. Pero a ello se suma, sin ánimo de exhaustividad, otros caracteres tales como la pérdida de centralidad del texto<sup>60</sup> frente a la valoración de circunstancias externas al momento de concertación del contrato como las asimetrías informativas<sup>61</sup> y la aplicación, en clave exegética, del principio de *favor consummatoris*.

El derecho de contratos, apreciado desde la óptica del principio de efectividad, ha sido largamente tratado en la obra del profesor Vettori. Así, el maestro florentino dedica una parte importante de su producción científica de los últimos años al estudio de la jurisprudencia como fuente del derecho privado<sup>62</sup>, al control judicial del contrato, al equilibrio de esta figura, a la nulidad del mismo y la efectividad como obstáculo para las interpretaciones formalistas, la responsabilidad civil

y los daños, la carga de la prueba en la disciplina de la competencia, los derechos sociales y el contrato de trabajo, por solo citar los tópicos más importantes<sup>63</sup>. En su obra, además, existen numerosas referencias a lo que el autor denomina actuación del principio de efectividad, que podría traducirse como la aplicación concreta y efectiva del principio a un sinnúmero de materias – expuestas fundamentalmente a partir de las soluciones jurisprudenciales – que en la totalidad de los casos se refieren a instrumentos jurídicos con un impacto notable en la doctrina que estudia la efectividad y su huella en el fenómeno jurídico<sup>64</sup>.

Quizás uno de los aportes más significativos del maestro Giuseppe Vettori en la materia en estudio, a juicio del autor de esta breve reseña, sea la apreciación de la efectividad como principio valorativo, integrativo y correctivo. Dejemos que sea el propio autor, como colofón de este análisis, quien nos lo explique: “*Le finalità e le potenzialità sono insomma chiare. Eliminare le restrizioni nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica e individuare i rimedi più adeguati alla lesione. Tutto ciò nella pluralità di ordinamenti che esigono tutele diversificate per fatti conoscibili attraverso la decostruzione delle regole (giustizia) e la verità giuridica del fatto (effettività). Attività proprie del giudice, ma non solo. L’ermeneutica deve coniugarsi con la dogmatica e ciò esige un altro tipo di riflessione*”<sup>65</sup>.

<sup>57</sup> Artículo 6.2 de la citada legislación Española que establece: “*Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales*”.

<sup>58</sup> Para el Derecho comunitario europeo la noción de consumidor se refiere a una persona física que actúa alejada de su actividad profesional o de empresa. *Vid.*, Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a). *Cfr.*, VELA TORRES, Pedro José, “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”, en *Revista de estudios jurídicos* n° 18/2018 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España), Versión electrónica: rej.ujen.es.

<sup>59</sup> Dice al respecto A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 241: “un intervento...che va al cuore del diritto dei contratti toccando per la prima volta la teoria generale del contratto in quanto tale e introducendo un controllo giudiziario di merito di carattere generale sulle clausole convenzionali”.

<sup>60</sup> *Cfr.*, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 230-233.

<sup>61</sup> V. Artículo 34 del *Codice di consumo* italiano.

<sup>62</sup> G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 869 ss.

<sup>63</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., *passim*.

<sup>64</sup> Véase, entre otros, L. BREGGIA, *Algoritmi ed effettività delle tutele*, cit.; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, en *Pers. merc.*, 2015, 3; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, cit.

<sup>65</sup> G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, cit., p. 896.

