

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede - Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención en Derecho Internacional Económico

**Los Conceptos Jurídicos Indeterminados: El Término Mercadería en la
Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de
Mercaderías**

Melissa Daniela Núñez Pacheco

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas del centro universitario.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis, dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la “Universidad Andina Simón Bolívar” la publicación de esta tesis o parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

Melissa Daniela Núñez Pacheco

Quito, 12 de noviembre de 2010

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede - Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención en Derecho Internacional Económico

**Los Conceptos Jurídicos Indeterminados: El Término Mercadería en la
Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de
Mercaderías**

Melissa Daniela Núñez Pacheco

Tutor: César Montaña Galarza

Tesis realizada en la ciudad de San Francisco de Quito

2010

RESUMEN

Esta investigación versa sobre el estudio de los conceptos jurídicos indeterminados y la Convención de Viena de 1980, sobre “Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, y tiene como propósito establecer la significación explícita o implícita podría tener el término ‘mercadería’, desde el análisis crítico de la teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados. En primer lugar, a través del estudio y análisis de esta teoría, fundamentada en los principales criterios de los expertos en el tema.

La indeterminación es un rasgo definitorio del propio concepto de derecho, por lo que a veces puede pasar por un problema de simple interpretación, o un simple caso de argumentación jurídica, sin general interés por un estudio minucioso de sus causas, motivos y efectos. Posteriormente nos remitiremos al estudio de la Convención de Viena de 1980 desde su aspecto histórico y su innegable trascendencia frente al comercio internacional, así como a la “mercadería” y su presencia como concepto jurídico indeterminado en ella contenido.

Y, terminamos el presente trabajo con el análisis del término ‘mercadería’ ya desde los diversos significados que este puede generar, a partir de su uso en el tráfico jurídico, a partir de la doctrina vertida por expertos en el tema y la jurisprudencia que emanan los órganos capaz de generar criterios vinculantes para determinar pautas o significados puntuales sobre términos vagos o lagunas en el derecho. Como último punto abarcaremos el estudio de las opciones de resolución en la teoría jurídica: la tesis de la respuesta correcta y la discrecionalidad judicial y teoría de la norma como marco.

AGRADECIMIENTO:

A la Universidad Andina Simón Bolívar: solera y bastión de la cultura integracionista latinoamericana y de sus libertades esenciales.

Al doctor César Montaña Galarza: guía y amigo, por ser un apoyo incondicional, certero en sus indicaciones y un pilar fundamental en nuestra querida Universidad Andina.

Mi reconocimiento especial al profesor español, Alberto del Real Alcalá, maestro sapiente y cordial, quien guió mi esfuerzo abiertamente, con generosa y espontánea dedicación.

La autora.

DEDICATORIA:

A Ruth y Bolívar, por el esfuerzo de toda una vida;

A Raisa y Bolito, por creer fervientemente en mí;

A Francisco, por su apoyo y amor incondicional;

A David, mi viejito, por cuidarme y ampararme en el difícil y apasionante camino que decidí recorrer.

Melissa Daniela
P.P.F.

INTRODUCCIÓN

La indeterminación en el Derecho es sin duda una de sus principales características, la cual se encuentra presente sea por voluntad del legislador como técnica legislativa o como una acción involuntaria del mismo, aceptada ya por el Derecho como situación inevitable y hasta cierto punto necesaria; así no existiría entonces rama del Derecho que no la contenga o no haya sido afectada por la vaguedad o indeterminación dada por la presencia de lagunas o conceptos jurídicos indeterminados.

Sin duda la fuerte evolución, transformación y crecimiento de los mercados internacionales y el interés de las empresas que los sustentan se evidencia a nivel mundial, razón por la cual los esfuerzos de unificación para normar estas relaciones comerciales por parte de los diferentes bloques de países son grandes, debido a la necesidad de instituir a nivel internacional una regulación específica y generalizada para este tipo de contrataciones. Encontramos así a la Convención de Viena de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o CISG por sus siglas en inglés - Convention for the International Sale of Goods - la cual aporta un contexto imparcial en las relaciones comerciales internacionales y se ha convertido en el principal ordenamiento aceptado y elegido como ley aplicable, tanto por los Estados suscriptores cuanto los aún no lo han hecho, a fin de regular la contratación comercial privada.

Es la Convención de Viena de 1980 el instrumento internacional o tratado más importante, entre diversas regulaciones, para contratación internacional de mercaderías y no podemos ignorar su texto un tanto ambiguo en ciertas partes, y la indeterminación jurídica de algunos de sus términos. Así por ejemplo encontramos: compraventa, establecimiento, plazo razonable, 'mercadería', entre otros, los cuales podrían o han

causado confusión y problemas entre quienes se someten a ella, tanto para solucionar conflictos como para regular la relación contractual entre las partes.

El término “mercadería”, es inequívocamente un concepto que adolece de vaguedad, porque, ¿qué es mercadería? Es la mercancía de bienes muebles como lo define expresamente la acepción idiomática, en forma general y que al incorporarse en el convenio adquiere las más variadas o diversas interpretaciones. Podría causar más de un problema en el ámbito de aplicación de los tratantes o vinculantes.

Básicamente el motivo de analizar el tema no es otro que el de configurar el término en la teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados, presente o vigente en un instrumento internacional del que es signatario el Ecuador, y pretendemos solamente sugerir pautas para la resolución de eventuales casos que sobre esta indeterminación pudieren presentarse, a nivel nacional o internacional, para resolución o interpretación de los operadores jurídicos.

Es evidente que esta investigación teórico-jurídica se enfoca específicamente en el estudio pormenorizado de la teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados, en particular la teoría de H.L.A Hart, debidamente apoyada por Alberto del Real Alcalá. Nos fue indispensable estudiar y entender los alcances de la Convención de Viena de 1980, en los aspectos más relevantes del comercio internacional.

En cuanto a los métodos de este estudio, partimos de la dogmática jurídica entendiéndola como el camino más adecuado para llegar al conocimiento del tema. Nos apoyamos además en la hermenéutica y el análisis lógico para acercarnos a la verificación, con datos tomados de criterios oportunos y pertinentes, del concepto indeterminado “mercadería”.

Este trabajo se fundamenta en documentos, bibliografía y trabajo de campo. Como se trata de una investigación de carácter jurídico utilizamos textos y material relacionados con los conceptos jurídicos indeterminados desde el punto de vista filosófico, científico y jurídico. Recurrimos también a la doctrina especializada propuesta por expertos en la teoría general del derecho, del derecho internacional privado y el derecho comercial internacional. Para la realización del estudio de casos utilizamos la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre textos de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, es decir las *Clout* o resoluciones sobre los diferentes casos de interpretación del término “mercadería” y su campo de aplicación.

Esta investigación consta de tres capítulos. El primero tiene el principal objetivo de analizar la teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados, desde el ámbito y determinación de la indeterminación jurídica, para entender en qué consiste dicha indeterminación (parcial o total) y cómo encajan ahí los conceptos jurídicos indeterminados, así como establecer con claridad lo que es un concepto jurídico indeterminado, desde la dimensión de la filosofía del derecho, a partir de la teorización de H.L.A. Hart. Para finalizar este capítulo nos adentramos en el estudio de los casos de aplicación de un concepto indeterminado que ya ha sido precisado por los mecanismos de determinación del derecho, así como de aquellos casos dudosos y difíciles de aplicación de un concepto jurídico indeterminado normativamente.

En el segundo capítulo abarcamos el estudio de la Convención de Viena de 1980 desde su aspecto histórico y su innegable trascendencia frente al comercio internacional, así como analizamos la “mercadería” y su presencia como concepto jurídico indeterminado en ella contenido; esbozamos sus disposiciones con el fin de establecer la

indeterminación de este término y los tipos de mercaderías que ocupan su ámbito de aplicación. En este capítulo recurrimos primordialmente al análisis normativo de la CISG para llegar a una conceptualización sobre la mercadería y los tipos de mercadería sobre los cuales aplican o no sus disposiciones.

Para finalizar esta investigación analizamos básicamente la conceptualización que se le puede dar al concepto jurídico indeterminado ‘mercadería’ desde sus significaciones, usual o aplicativa, la cual se enmarca en el estudio de casos de conceptualización de aquellos organismos o instancias inferiores incapaces de generar jurisprudencia, doctrinal a través de la concepción de profesores, juristas o académicos más relevantes y, jurisprudencial en la que hemos establecido la efectiva significación con la que los tribunales que tienen capacidad para crear jurisprudencia (y que concluyen unificando el significado usual/aplicativo de los tribunales inferiores) determinan el concepto normativo “mercadería”. Con el resultado de estos tres enunciados hemos realizado una comparación y discurrido en la significación explícita del concepto. Así también abarcaremos el estudio de las opciones de resolución en la teoría jurídica: la tesis de la respuesta correcta y la tesis de la discrecionalidad judicial.

ÍNDICE

Introducción general.....	7
---------------------------	---

CAPÍTULO I

LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

INDETERMINADOS

1.1 Introducción.....	13
1.2 ¿Cuándo existe indeterminación en el derecho?.....	14
1.3 ¿Qué es un concepto jurídico indeterminado?.....	19
1.4 La estructura interna de un concepto jurídico indeterminado y los ‘mecanismo generales’ de atribución de significado.....	28

CAPÍTULO II

LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 Y EL CONCEPTO JURÍDICO

INDETERMINADO ‘MERCADERÍA’

2.1 Introducción: Convención de las Naciones Unidas de 1980, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convention for the International Sale of Goods.....	34
2.2 Conceptos jurídicos indeterminados en la Convención de Viena de 1980.....	37
2.3 El término ‘mercadería’ en la Convención de Viena de 1980.....	40
2.4 Tipos de mercadería objeto de la Convención de Viena de 1980, para los efectos de la compraventa internacional de mercaderías.....	43
2.5 Argumentos jurídicos sobre la conceptualización de “mercadería” en el campo ecuatoriano.....	47

CAPÍTULO III

MECANISMOS GENERALES Y MECANISMOS ESPECÍFICOS JUDICIALES PARA LA ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO AL TÉRMINO JURÍDICO INDETERMINADO ‘MERCADERÍA’

3.1	Introducción.....	49
3.2	Significado usual o aplicativo del término ‘mercadería’ en el tráfico jurídico de los organismos internacionales, de los estados y de los particulares.....	50
3.3	Significado doctrinal más relevante a nivel internacional del Término ‘mercadería’.....	51
3.4	Significado jurisprudencial del concepto ‘mercadería’.....	55
3.5	Mecanismos específicos judiciales de atribución de significado al término ‘mercadería’.....	57
3.5.1	La atribución de significado a un concepto jurídico indeterminado en los casos claros de aplicación.....	58
3.5.2	La atribución de significado a un concepto jurídico indeterminado en	
3.5.3	los casos claros de no aplicación.....	62
3.5.4	La atribución de significado a un concepto jurídico indeterminado en los casos dudosos y difíciles.....	63
	A. El mecanismo específico judicial de la única respuesta correcta.....	66
	B. El mecanismo específico judicial de la discrecionalidad: discrecionalidad ‘débil’ y discrecionalidad ‘fuerte’.....	68
	Conclusiones.....	73
	Bibliografía.....	78

CAPÍTULO I

LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

INDETERMINADOS

“No podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas”¹.

1.1 INTRODUCCIÓN.

La indeterminación es un estado de cosas en el derecho, y prácticamente una característica del derecho mismo, que se genera tanto por lagunas involuntarias del legislador como a veces por intención voluntaria de éste, a modo de técnica legislativa o forma de normar y establecer estándares de conducta abiertos para los destinatarios de las normas jurídicas. De hecho, la no-precisión la encontramos tanto en textos jurídicos nacionales como internacionales. Habitualmente, es la doctrina del positivismo jurídico contemporáneo la que acepta de forma expresa que la indeterminación es algo inevitable en el derecho y que tal dato genera ciertas consecuencias jurídicas, tales como la necesidad de incluir la tesis de la discrecionalidad judicial² en el modo de resolver el derecho indeterminado, tal como lo sustenta y apoya H.L.A. Hart³.

¹ H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 160.

² Alberto del Real Alcalá, “¿Certeza del derecho vs. indeterminación jurídica? El debate entre positivistas y antipositivistas”, *Revista Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, ARSP Beiheft, n° 2106, Vol. I, (*Legal Theory/Legal Positivism and Conceptual Analyst*, Ed. Moreso, J.J, Franz Steiner Verlag, Stuttgart/Hannover-Germany, 2007, p. 94.

³ H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Este trabajo, que trata sobre la indeterminación en el derecho, se centra en mayor medida en los “conceptos jurídicos indeterminados” incluidos por el legislador a modo de técnica legislativa. En rigor, no existe estudio alguno dentro de la doctrina ecuatoriana sobre esta cuestión, aun cuando debemos destacar que no se ha creado ley o generado norma alguna que no los contenga, debido a que sin duda, la indeterminación es, además, un rasgo definatorio del propio concepto de derecho⁴, por lo que a veces puede pasar por un problema de simple interpretación, o un simple caso de argumentación jurídica, sin generar interés por un estudio minucioso de sus causas, motivos y efectos.

1.2 ¿CUÁNDO EXISTE INDETERMINACIÓN EN EL DERECHO?

Uno de los principales problemas de las normas jurídicas, discutido desde la Teoría General del Derecho y desde la filosofía jurídica, es que por lo general adolece de vaguedad e imprecisión y por ello incluye con frecuencia conceptos o términos jurídicos indeterminados. Esta indeterminación se configura a partir del lenguaje que se utiliza en la norma escrita y por ende en la lógica de exégesis que no es sino la interpretación o explicación de la misma. Hasta la actualidad no se ha conocido ordenamiento jurídico que no sufra o que no contenga tal indeterminación, y si “la vaguedad es un problema de la teoría jurídica, ciertamente es un problema serio. En rigor, el problema trasciende

⁴ Cabe destacar que “la indeterminación como característica del derecho está respaldada por la teoría jurídica de Hans Kelsen, a través de la idea de la ‘estructura dinámica’ de los sistemas jurídicos; por la de H.L.A. Hart, con la tesis de la ‘textura abierta’ del derecho, o aprehendida por Norberto Bobbio a través del concepto de ‘sistemas jurídicos abiertos’ frente a los sistemas cerrados”. Véase, Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *Revista de derecho ‘Foro’*, Universidad Internacional Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, n° 2, segundo semestre 2003/I semestre 2004, Quito-Ecuador, p. 128.

al ideal del imperio de la ley y a la misma idea de derecho...”⁵ Este concepto doctrinario resume, en sí, el aserto anteriormente manifestado.

El principio de indeterminación jurídica se ha desarrollado por la necesidad de que “La ‘mecánica jurídica’ muestra que la indeterminación es un carácter que acompaña al derecho. Muestra la limitación impuesta por un par de variables, tales como los primeros patrones bien definidos (acta anterior) y el momentum (cualquier momento en el orden jurídico existente). Como en física, la determinación de uno afecta la determinación de otro.”⁶

El derecho es indeterminado, según afirma Timothy Endicott⁷, cuando una cuestión del derecho, o de cómo el derecho se aplica a los hechos, no tiene una “única” respuesta correcta. Sólo entonces hay indeterminación jurídica. Y esto ocurre, entre otras causas⁸, cuando la indeterminación se debe a la inclusión de un término jurídico que no es concretado por el derecho y, por tanto, admite un “marco de posibilidades” de sentido a la hora de ser aplicado y/o interpretado. María Yolanda Fernández Cueva, nos trae a consideración los «vague» standard o estándares vagos de Dworkin, “este profesor relaciona dichos estándares con conceptos que fueron elegidos de manera deliberada por

⁵ Timothy A.O. Endicott, “El derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *derechos y Libertades*, revista N° 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, p. 179; traducción del inglés: Endicott, T.A.O.: “Law is Necessarily Vague”, *Legal Theory*, 7 (2001), 379-385, *Cambridge University Press*.

⁶ Jorge Malem y otros, *Filosofía del derecho, La función Judicial, Ética y Democracia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, p. 77.

⁷ Timothy A.O. Endicott, *La vaguedad en el derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 34-35.

⁸ Además de por la presencia de términos indeterminados en las normas jurídicas, surge indeterminación jurídica: en los supuestos en los que hay dudas de si una norma es aplicable al caso a causa de la vaguedad con la que está redactada, o cuando el derecho no tiene respuesta concreta para un caso, ya sea porque no ha previsto ninguna respuesta para él (laguna normativa) o ha previsto una pluralidad de respuestas opuestas.

sus redactores en lugar de normas más específicas y más limitadas”⁹, y que podría advertirse como técnica normativa voluntariamente usada por el legislador. Repararnos que en cierto grado el derecho nunca podrá tener una precisión exacta, debido a su carácter “típico” y también a su carácter “evolutivo”, y sería aventurado pensar que el lenguaje jurídico puede abarcar todos los puestos que pretende contemplar si fuera excesivamente preciso, o que dicho lenguaje se entenderá de una misma forma en lugares distintos, con situaciones jurídicas diferentes y con pretensiones dispares.

Si bien Endicott afirma que “el derecho es necesariamente vago” también nos presenta un criterio importante sobre la posibilidad de formular leyes precisas y así la vaguedad se convertiría en una eventualidad del derecho, consideramos que hasta cierto punto lo que se pretende es evitar que el imperio de la ley pueda ser asaltado por la discrecionalidad de los administradores y que la mencionada precisión conlleve a la certeza de encontrar seguridad jurídica a partir de las normas y posterior aplicación.

Lo anterior quiere decir que “en todo sistema jurídico habrá ciertos casos previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para lo que ningún tipo de decisión es dictada por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, (en los que) el derecho es parcialmente indeterminado incompleto”¹⁰. Se trata del tipo de casos que Hart acepta como “casos difíciles” (“hard cases”), cuya constatación le lleva lógicamente a afirmar

⁹ Véase, María Yolanda Fernández Cueva, “El concepto jurídico indeterminado de ‘servicio especial’ en la Constitución española”, en *Revista de Administración Pública*, Vol. 170, Universidad Complutense de Madrid, mayo – agosto, 2006, p. 327.

¹⁰ H.L.A Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, en Alberto del Real Alcalá, “¿Certeza del derecho vs. Indeterminación jurídica? *ob. cit.*”, p. 95.

que a veces el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto¹¹. Aunque aquí, cabría hacer la siguiente matización:

El derecho es necesariamente vago porque necesariamente utiliza (o puede ser enunciado en) términos abstractos [...] Pero debemos tener presente que el hecho de que el derecho pueda ser formulado con estos términos vagos no significa por sí mismo que no existan casos claros –e incluso en algunas áreas reguladas por estándares vagos pueden haber únicamente casos claros–.¹²

Con este criterio podemos afirmar que el derecho es enunciado a veces en términos precisos y a veces en términos vagos y abstractos, sin embargo en ambos casos el operador jurídico tratará de buscar su correcta aplicación e interpretación.

La indeterminación jurídica, es sin duda mayormente una cuestión de “indeterminación semántica o vaguedad”¹³. Y esta indeterminación puede referirse al hecho condicionante como a la consecuencia condicionada, es decir, recae no únicamente sobre el cómo resolver el caso, sino también en el qué del acto a realizar. Hans Kelsen nos indica que en un caso indeterminado, por una palabra imprecisa o una frase expresada en la norma, que el sentido gramatical de la norma no es unívoco¹⁴. Ocurre que ese sentido gramatical genera varios significados o arriba a una variedad de conclusiones, según el contexto de la experticia y el criterio del administrador. La ambivalencia, estimamos, no puede existir en la norma porque se correría el riesgo de que el operador jurídico (administrador, juez, funcionario judicial,...etc.) podría aplicar a su criterio o conveniencia la norma así escrita.

¹¹ Alberto del Real Alcalá, “¿Certeza del derecho vs. Indeterminación jurídica?, op.cit, p. 95.

¹² Timothy A.O. Endicott, “El derecho es necesariamente vago”, *ob. cit.*, p. 188.

¹³ José Juan Moreso, *La indeterminación en el derecho y la interpretación de la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 89.

¹⁴ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría Pura del derecho*, Ed. Colofón, México D.F., 1994, p. 58-59.

Por otro lado, aunque la indeterminación jurídica puede ser causal de varias interpretaciones sobre un mismo caso, y por ende producir variada jurisprudencia, no siempre las resoluciones, decisiones, sentencias, laudos, etc., serán el criterio definitivo sobre el que se podrán resolver casos posteriores. Y de hecho:

Los problemas más frecuentes que plantea la indeterminación se plantean en relación con la aplicación de las normas a casos concretos (reales o ficticios): aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, pueden surgir –y a menudo surgen– dudas acerca de su aplicabilidad a un caso o situación concreta dada. Se llama vaguedad a esta característica del lenguaje. Y como todos los términos de un lenguaje tienen uso empírico, es decir, que se usa para referirse a objetos de la experiencia, son de mayor o menor medida vagos, siempre cabe la posibilidad de que surjan problemas de este tipo.¹⁵

Tal como se presenta, la vaguedad parece convertirse en una ‘dolencia’ jurídica que conduce a que se den interpretaciones variadas en un mismo caso no sólo por los operadores jurídicos, sino también por las partes inmersas en una misma controversia jurídica. Como la labor de interpretar y argumentar un concepto indeterminado o vago recae sobre los operadores jurídicos, será a ellos a quien corresponde la tarea de distinguir los dos sentidos siguientes en un concepto indeterminado: establecer qué es lo que dice una expresión jurídica cualquiera o aclarar lo que dice dicha expresión, o escoger entre significados enfrentados¹⁶, y en ambos casos la interpretación, aunque utilice las ciencias ajenas para su concreción final, deberá tener un fundamento de carácter legal, es decir ser realizada “conforme a derecho”. Claro está, esto podría conducir a que la interpretación haya de ser estimada todo el tiempo y para todo caso planteado como una tarea siempre necesaria.

¹⁵ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, “Definiciones y normas”, en Eugenio Bulygin, y otros, *El lenguaje en el derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 6.

¹⁶ J. Wroblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pp. 129-157.

En todo caso, se puede afirmar que la indeterminación no siempre es tan compleja como en un principio pudiera parecer. Por ejemplo, una buena parte de la indeterminación jurídica de que la que adolecen los ordenamientos jurídicos nacionales o la normativa internacional puede ser resuelta a través de las fuentes implícitas del derecho en el momento de la interpretación, y no siempre dicha indeterminación debe ser vista como una laguna o un defecto del derecho, sino como una característica habitual que el derecho utiliza para normar situaciones que deja “abiertas” en el momento de la normación y que desea que sean concretadas por los operadores jurídicos que con posterioridad apliquen el derecho en cada contexto más particular.¹⁷

Evidentemente, aplicar una norma indeterminada a un caso concreto significa ya de por sí llegar, por el mecanismo que sea, a su imprescindible determinación en ese caso particular, y esto con frecuencia tiene lugar desde criterios que son más bien imputables a los operadores jurídicos que aplican las normas que a quienes las originaron. Aquí hablaríamos entonces de una manera de crear derecho a partir de lo preexistente y con fundamento en los principios generales del derecho y las ciencias auxiliares.

1.3 ¿QUÉ ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO?

Para comenzar este apartado nos permitimos señalar que si bien el derecho se compone de conceptos determinados¹⁸ y delimitados en su aplicación, así también contiene aquellos con carácter indeterminado. David Ortega Gutiérrez nos indica que “la diferencia principal entre ambos, es que en los primeros el ámbito de realidad se

¹⁷ Alberto del Real Alcalá, “¿Certeza del derecho vs. Indeterminación jurídica? El debate entre Positivistas y Antipositivistas”, *ob. cit.* p. 105.

¹⁸ Cfr. David Ortega Gutiérrez, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009; donde se establece que en el ámbito de los conceptos jurídicos, los puede haber determinados o “también denominados cerrados, que obviamente conllevan una mayor seguridad jurídica”, p. 18-19.

delimita de una manera precisa e inequívoca, mientras que en los segundos no.”¹⁹ Y siendo la indeterminación una característica habitual del derecho, como habíamos mencionado, habrá que aceptar la presencia frecuente de conceptos jurídicos indeterminados en el mismo.

Ocurre que en los conceptos jurídicos indeterminados “La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”.²⁰

Desde nuestro análisis, los conceptos jurídicos indeterminados son precisamente los que se consignan en los diferentes cuerpos normativos, formulados sin distinguir o fijar los parámetros de aplicación, y pueden considerarse concepciones jurídicas que tienen en algún nivel ambigüedad e imprecisión, y por tal, que pueden admitir aplicaciones diferentes, o ser perfilados de forma distinta, lo que llevará a generar incertidumbre e incluso confusión y, consecuentemente, motivos de duda a la hora de fijar su significado jurídico.

Es preciso destacar que, en cualquier caso, ante la presencia de un concepto indeterminado en una ley, los operadores jurídicos pueden sin restricción alguna, acudir a otra norma o inclusive a otra rama, que lo contenga con carácter determinado, para subsanar las dudas o incertidumbre, si, tal como indican García de Enterría y Fernández Rodríguez, para cada caso es admisible “una unidad de solución justa’ a la que se llega

¹⁹ David Ortega Gutiérrez, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 17.

²⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Cívitas, Madrid, p. 443.

a través de una actividad de cognición, objetivable y no de volición”²¹ –cuestión de la que nos ocuparemos en el Capítulo 3–.

Norberto Bobbio aporta un interesante e importante criterio para el presente estudio, haciendo referencia a la presencia en el derecho de sistemas cerrados y sistemas abiertos, siendo “aquel en el que la mayor parte de las reglas están o vienen consideradas en estado fluidos y en continua transformación.”²² De esta manera, podemos relacionar esta concepción con la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, pues, sin duda alguna, éstos se presentan como una forma de perpetuar las normas jurídicas, con análisis y criterios que se acoplen a la situación actual de una sociedad y según las circunstancias de indeterminación, sean propias del derecho o partan de la voluntad del legislador para conseguir la interacción y participación del administrador con la creación del derecho. Ante lo cual, nos aventuramos a establecer una relación que nos permite identificar los conceptos jurídicos indeterminados como “conceptos abiertos” en el derecho. En esta dirección, los conceptos jurídicos indeterminados no son sino términos jurídicos abiertos que han de ser precisados en los actos de aplicación del derecho que los contiene y, por consiguiente, perfilados por un operador jurídico que es distinto al de su creación.

Alberto del Real Alcalá²³ hace una impecable exposición sobre las razones de la ubicación de conceptos indeterminados en el lenguaje de los textos jurídicos, afianzado en los estudios de Hart:

²¹ *Ibidem*, p. 457.

²² Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del derecho*, Ed. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, 1980, p. 228.

²³ Cfr. Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El término

La textura abierta²⁴ que presenta la naturaleza del derecho, que necesariamente obliga a incorporar conceptos jurídicos indeterminados para poder tipificar todas las posibilidades que puede abarcar un hecho o acto jurídico, se la ha estudiado siempre como una “característica general del lenguaje humano y la falta de certeza en la zona marginal, viene a ser el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho.”²⁵

La textura abierta que tiene el derecho fue definida por Waismann²⁶, encaminada a establecerse como una condición diferente a la vaguedad como tal, cercana más bien a una ‘posibilidad de vaguedad’; y posteriormente fue recogida de éste por Hart, que es quien hace popular a este concepto, desde el que la teoría de la interpretación jurídica pretende superar una teoría jurídica de carácter mecánico, sustituyéndola por una elección entre alternativas abiertas²⁷ por parte de los operadores jurídicos; y aun cuando el [...] ámbito discrecional que deja el lenguaje puede ser muy amplio, de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas.²⁸ Aquí es importante mencionar que lo que se considera impreciso o indeterminado en materia jurídica, seguramente recibirá las más variadas interpretaciones de fondo y forma,

‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *ob. cit.* pp. 127-136.

²⁴ Este término fue introducido en la Filosofía del derecho por Hart para referirse a un núcleo de certeza y de penumbra de incertidumbre en la aplicación de las palabras generales, es decir, buscaba un término para referirse a la vaguedad en sentido amplio, Cfr. Timothy A.O. Endicott, *La vaguedad en el derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 73.

²⁵ H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, *ob. cit.*, p. 159.

²⁶ Cfr. Friederich Waismann, en Timothy A.O. Endicott, *La vaguedad en el derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 73.

²⁷ H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, *ob. cit.*, p. 158.

²⁸ *Ibidem*, p. 159.

precisamente porque esa indeterminación es abierta en su estructura y susceptible de una descripción premeditada, relacionada al caso concreto.

Dicho lo anterior, lo que es muy importante enfatizar es que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados es en numerosas ocasiones una “técnica legislativa” utilizada intencionalmente por la autoridad normativa, según lo establece Del Real Alcalá²⁹. La razón es la imposibilidad de definir de modo exacto y en el momento de creación de la ley, un término jurídico en el que no hay consenso doctrinal, regional, jurisprudencial en todos los posibles contextos (por ejemplo, sistemas jurídicos de diferentes países) en los que es susceptible de aplicación e interpretación.

Con estos antecedentes, consideramos que este tipo de técnica se presta particularmente para lograr la aplicación de una norma en la generalidad de casos en los que sea pertinente ser aplicada. Además, lo que pretende el legislador es lograr que el operador jurídico encuentre un punto central entre su intención inicial y el contexto en el que el derecho acaba aplicándose, sea por sus características o por sus antecedentes en la jurisprudencia. Esto lleva a que cuando existe un concepto jurídico indeterminado, un operador jurídico como el juez habrá de tener una participación mucho más sustancial si tiene que resolver una controversia jurídica originada al calor de un término indeterminado. Y, por supuesto, la tarea judicial será absolutamente determinante en la construcción de la solución que resuelve dicha controversia,

²⁹ Esta técnica se enmarca entre las fuentes de indeterminación jurídica que Del Real Alcalá ha manejado con certeza, en todo caso esta indeterminación voluntaria incrementa el lenguaje jurídico de estas características. Hacemos referencia, como fuentes de indeterminación, al uso limitado con el que utilizamos las palabras y a la distancia en el tiempo que aleja el momento de la creación del derecho. Cfr. Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *ob. cit.* pp. 128-130.

atribuyendo, a través de unos u otros mecanismos (de determinación del derecho) un significado preciso (y no otro/s) a ese concepto indeterminado para ese caso particular.

Por consiguiente, legislar utilizando conceptos jurídicos indeterminados evita tener que definir un término jurídico en el momento de creación de la norma, sea por causa de que dicho término es controvertido –por ejemplo– en su significado semántico y/o en relación a los casos de aplicación que se contemplan. Tiene como gran ventaja posibilitar sacar adelante una legislación que, de lo contrario, difícilmente hubiera recibido aprobación. Ahora bien, lo anterior no es sino trasladar el problema del significado/aplicación de un término indeterminado a la doctrina jurídica y a los órganos jurisprudenciales, sean nacionales o internacionales, que son los operadores jurídicos que tendrán que concretar *cuál el significado semántico* de un concepto jurídico indeterminado y, en función de lo anterior, *en qué casos* de aplicación tendrá lugar su presencia y en cuáles no.

Esta utilización del derecho, tal como también estima Eduardo García de Enterría, se considera como una “técnica de normación”³⁰, que consiste en implementar en las leyes, aquellos conceptos jurídicos que advierten una cualidad de duda, y que pueden generar una precisa significación (por parte, por ejemplo, de la Administración) en el momento en que sean adaptados a la realidad del caso concreto. Asunto que analizaremos posteriormente.

En verdad, los conceptos jurídicos indeterminados como técnica legislativa son muy utilizados en el ámbito del derecho Administrativo³¹, pero también en la legislación de

³⁰ Cfr. Eduardo García de Enterría, *Curso de derecho Administrativo*, ob. cit. p. 444.

³¹ “La rama del derecho que antes se ha ocupado de esta cuestión”, Véase Alberto del Real Alcalá, “Sobre

carácter internacional cuyas normativas abarcan una pluralidad muy diferente de contextos de aplicación, tal como es el caso que nos compete. De este modo, por ejemplo, la Convención de Viena de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida también como CNUCCIM, aunque ofrece garantías para las partes contratantes, en cuanto a la seguridad y efectividad en su aplicación, dentro de su normativa incluye varios conceptos jurídicos indeterminados, siendo entre los más comunes: compraventa, **mercadería**, establecimiento, persona razonable, incumplimiento esencial, plazo razonable, falta de conformidad, duración razonable, antelación razonable, plazo más breve posible, etc.³²

Como ha manifestado ya Alberto del Real, la discusión no se encuentra entre si existen o no conceptos jurídicos indeterminados y, por ende, si hay indeterminación en el derecho, dado el uso frecuente de términos vagos y abstractos en las normas jurídicas, sino más bien, cuál es el grado de esa indeterminación que presenta la normativa jurídica y cómo debe solucionarse. En todo caso, a la hora de esta solución, una de las tesis a tener en cuenta (la tesis de la única respuesta correcta como mecanismo de determinación del significado de un concepto jurídico indeterminado, que analizaremos

la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *ob. cit.* p. 129.

³² Los conceptos jurídicos indeterminados detallados constan en los siguiente artículos de la Convención: “Art. 1.- 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de **compraventa** de **mercaderías** entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes.

Art. 8.- 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una **persona razonable** deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Art. 25.- El **incumplimiento** del contrato por una de las partes será **esencial** cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Art. 33.- c) en cualquier otro caso, dentro de un **plazo razonable** a partir de la celebración del contrato.

Art. 47.- 1) El comprador podrá fijar un plazo suplementario **de duración razonable** para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.” (Lo resaltado nos pertenece).

en el Capítulo 3) es el punto de vista según el cual “la ley utiliza este tipo de conceptos porque las realidades que contempla no admiten otro tipo de determinación más precisa [...] [pero] la indeterminación del enunciado no se traduce a una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso”.³³

De cualquier forma, se escoja esta tesis u otra como mecanismo para concretar el significado de un término indeterminado en un caso concreto, esto viene a poner de manifiesto que la precisión de un concepto jurídico indeterminado queda al menos en cierta medida a discrecionalidad del operador de justicia, dado que será él quien lo valore e interprete según el caso concreto –una realidad que sí está determinada–; y que la fijación del mismo siempre se hará tanto con instrumentos externos (hechos, pruebas, etc.) o con elementos propiamente jurídicos (jurisprudencia, doctrina, etc.), debiendo quedar siempre el *resultado* dentro del marco normativo en cuestión, esto es, que la solución sea siempre de acuerdo a derecho. Y, por supuesto, en el campo internacional, la situación no es diferente.

Además de lo que aquí se ha dicho, Del Real también advierte que entre las causas de indeterminación del lenguaje se encuentra asimismo la “distancia en el tiempo”³⁴ entre el acto de creación de la norma y el acto de su aplicación a un contexto dado. Cuando una normativa incluye un concepto jurídico indeterminado, el paso del tiempo y la evolución social no impiden que aquella normativa creada para una

³³ María Dolors Torregrosa Carné, “Técnicas Procedimentales Alternativas en los supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, en *Alternativas Convencionales en el derecho Tributario*, Teresa Armenta, María Dolors Torregrosa y otros, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 241.

³⁴ Cfr. Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *ob. cit.* p. 131.

determinada época y para unos determinados supuestos, pueda ser ahora también extendida a los casos nuevos que surgen en épocas sucesivas. El efecto inmediato es que la indeterminación, de una u otra forma, ayuda al derecho a tener continuidad en el tiempo, es decir, aun cuando debe ser precisado en cada momento y cada contexto, le proporciona estabilidad como criterio que guía las conductas de los ciudadanos y de los operadores jurídicos a la hora de aplicarlo.

Pues bien, después de este estudio, podemos ya afirmar que un “concepto jurídico indeterminado” es un término jurídico que, debido a la textura abierta del derecho, está presente en toda estructura y rama de lo jurídico, y puede adoptar forma de valor jurídico, de principio jurídico, de derecho subjetivo, de deber u obligación jurídica, o simplemente estar incluido como una palabra más –sin definir de una manera concreta– en la norma, sea ésta de carácter nacional o internacional, y cuya presencia en el derecho tiene por causa o las características propias de vaguedad y ambigüedad que presenta el lenguaje común, a las que no es ajeno el lenguaje jurídico, o la intención premeditada del legislador de redactar de esta manera imprecisa la norma a modo de técnica de normación. Siendo una de las grandes ventajas de su presencia en el derecho el hecho de vincular a una determinada normativa con los futuros casos de aplicación e interpretación que puedan surgir y ahora no es necesario –o no es posible– prever, y por consiguiente, el alargar la vigencia de las normas en el tiempo, dejando abierta su adaptación al contexto del caso concreto de cada momento.

Sin duda, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados incluidos como parte de las normas jurídicas nacionales o internacionales exige una intensa vinculación de los operadores jurídicos a la doctrina, la jurisprudencia, la tradición jurídica, la ciencia jurídica, e inclusive a otras ciencias, adquiriendo aquí un gran relieve la tarea

interpretativa de los decisores, pues la construcción del significado preciso de un término indeterminado en el caso concreto tendrá lugar por éstos en cada uno de los futuros actos de su aplicación e interpretación.

1.4 LA ESTRUCTURA INTERNA DE UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y LOS ‘MECANISMO GENERALES’ DE ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO.

Lo primero que debemos resaltar es que en este epígrafe y siguientes nos centraremos en la necesidad de dibujar la estructura interna de un concepto jurídico indeterminado. Para ello, nos vamos a valer de la metáfora tan popular entre los juristas con la que Hart imaginara la estructura abierta del derecho, que consiste en la zona del derecho donde se sitúan los conceptos jurídicos indeterminados.

La metáfora de Hart es muy útil en los dos siguientes sentidos:

i) Es muy útil para establecer el “nivel de significación” general de todo concepto contenido en una norma del derecho, inclusive los conceptos jurídicos indeterminados. Veremos que los términos jurídicos indeterminados se sitúan en la zona intermedia o “zona de penumbra”, que es una zona de duda o ambigüedad del significado de las normas (y de los términos que incluyen).

ii) También es muy útil para representar cómo es la “aplicación de las normas del derecho”, incluidas las normas que contienen términos indeterminados.

La teoría jurídica de Hart describió una “zona de certeza” en la significación y (al mismo tiempo) en la aplicación precisa positiva o negativa (es decir, positiva como clara aplicación y negativa como clara no-aplicación) de los términos jurídicos en general; también distinguió una “zona de incertidumbre” en la significación y en la

aplicación de los términos jurídicos, estudiadas hondamente por Alberto del Real Alcalá³⁵, pudiéndose distinguir de este modo tres zonas en la significación (y asimismo en la aplicación) de todo concepto o término incluido en una norma jurídica³⁶. Veamos cuáles son dichas zonas:

1. La zona de “núcleo fijo” o “zona de certeza” del significado de cualquier concepto jurídico, formada por los datos previos, seguros y ciertos acerca de cuál es el contenido conceptual de un término jurídico. Se trata, pues, de una zona de significado conceptual seguro y claro, que el operador jurídico tendrá que utilizar para contrastar si se corresponde con alguno de los términos incluidos en la norma, y ver si dicho significado puede asignarse a alguno de esos términos.

Si el operador jurídico atribuye ese significado seguro a un término de la norma que ha sido juridificado (sea explícita o implícitamente) en modo indeterminado, entonces habrá de “catalogar” la realidad del caso concreto que juzga con ese significado de ese término jurídico de la norma, y aplicarle las “consecuencias jurídicas” que la normativa nacional o internacional (si viene al caso) hayan previsto para cuando se presenta dicho término en el derecho.

2. “Zona de incertidumbre”, de “penumbra” o “imprecisa” del significado de un concepto jurídico, en donde la significación de un término jurídico es no-clara, dudosa, indeterminada. Precisamente en esta zona es donde situaremos a los

³⁵ Alberto del Real Alcalá, “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, en Revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del derecho* (bilingüe inglés-español) del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 1, 2007, México DF, pp. 355-417.

³⁶ Cfr. David Ortega Gutiérrez, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, ob. cit. p. 21.

conceptos jurídicos indeterminados: porque son términos del derecho que ofrecen duda sobre cuál es su contenido conceptual y cómo han de comprenderse y en qué casos aplicarse.

3. “Zona de certeza negativa” del significado de un concepto jurídico, que al igual que la primera zona (núcleo de certeza de su significado) es una zona clara (o no-confusa), en la que es muy claro que el contenido del término jurídico incluido en una norma no se corresponde con el significado que estamos contemplando. Y, por tanto, dicho significado no debe asignarse a ese término jurídico ni, por supuesto, tampoco las consecuencias que de catalogar el caso de la realidad con él llevaría aparejadas.

¿Qué ocurre con los conceptos jurídicos indeterminados incluidos en las normas?

Precisamente porque no se corresponden con un núcleo de significado seguro (ni positiva ni negativamente), sino que pertenecen a la estructura o textura abierta del derecho, que es donde se sitúan, a la hora de aplicar normas que contienen términos indeterminados el operador jurídico siempre tendrá un margen de apreciación para decidir cómo fijar (a través de los mecanismos que elija para determinar el derecho, según veremos en el Capítulo 3) un significado preciso para aquellos términos que se han juridificado en la norma de modo incierto.

En estos supuestos, el operador jurídico deberá precisar en cada caso concreto de aplicación e interpretación, y a través de esos mecanismos jurídicos que crea pertinentes para solucionar la indeterminación, cuál es el significado conceptual que atribuye a un concepto normativamente indeterminado. Para ello, llevará a cabo, en síntesis, las dos siguientes operaciones: 1) fijar por los mecanismos pertinentes seleccionados el

significado jurídico del concepto indeterminado contenido en la norma aplicable al caso concreto en cuestión y, 2) decidir posteriormente cuál es la catalogación jurídica (y las consecuencias jurídicas de ello) que hace el operador jurídico del caso particular de la realidad que se juzga, una vez que ya se ha precisado el contenido conceptual del término inicialmente indeterminado³⁷.

Y cuando el operador jurídico consiga fijar un significado en el caso concreto que juzga, aplica o interpreta, de una u otra manera, lo más probable es que dicha precisión vaya a permanecer en el tiempo como “criterio-parámetro” de aplicación para nuevos casos futuros específicos en los que se entienda que el contexto de aplicación es aproximadamente similar al ahora estimado³⁸; aunque, bien es verdad, que quedará a discrecionalidad del operador jurídico decidir si esa variación ha tenido lugar o no.

Debido a lo anterior, es porque se le ha otorgado al operador jurídico una especie de valor agregado, ya que su análisis se reconoce “...como un trabajo de continua reconstrucción del significado de los conceptos indeterminados cada vez que estos vuelven a ser aplicados.”³⁹ Esto rompe, siguiendo a Hart, con la errada idea de que el derecho ha de ser absolutamente determinado siempre para que resultar imparcial, racional y e imperar en todos los campos que regula.

¿Cuáles son los mecanismos que puede utilizar el operador jurídico para atribuir significado a un término que se ha formulado normativamente indeterminado? En

³⁷ Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *ob. cit.* p. 132.

³⁸ David Ortega Gutiérrez, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, *ob. cit.* p. 22.

³⁹ Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *ob. cit.* p. 132.

realidad cuenta con varios “mecanismos generales” de determinación del derecho, siendo los más relevantes los siguientes:

- a) El mecanismo usual/aplicativo: el significado que usualmente le atribuyen los operadores jurídicos al concepto cuando lo aplican (significado usual/aplicativo habitual del término). Este mecanismo consolida como uso y costumbre la aplicación de un término indeterminado en un determinado sentido (con un concreto significado), y no en otro.
- b) El mecanismo doctrinal: el significado que fija la doctrinal local, regional, nacional o internacional sobre dicho término jurídico (significado doctrinal).
- c) El mecanismo jurisprudencial; el significado que han perfilado los tribunales locales, regionales, nacionales y/o internacionales sobre un término indeterminado situado en la zona de penumbra (significado jurisprudencial). El mecanismo jurisprudencial puede actuar por varias vías, siendo las dos principales: la “tesis de la única respuesta correcta” y la “tesis de la discrecionalidad judicial”.
- d) Una mixtura de algunos de estos mecanismos o de los tres mecanismos en conjunto. En el Capítulo 2 vamos a analizar el concepto jurídico indeterminado “mercadería”. Y en el Capítulo 3 abordaremos cómo obtener el “significado jurisprudencial” de un concepto jurídico indeterminado en el ámbito de las distintas clases de controversias jurídicas (casos claros y casos difíciles) que han de ser resueltos por los jueces y tribunales, refiriéndome particularmente a los dos “mecanismos judiciales específicos” más perfilados en este sentido por la comunidad de juristas: la “tesis de la única respuesta correcta”, representada por la versión paradigma R. Dworkin y de

E. García de Enterría; y la “tesis de la discrecionalidad judicial”, representada en su versión “débil” por Hans Kelsen y en su versión “fuerte” por Herbert Hart.

CAPÍTULO II

LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 Y EL CONCEPTO JURÍDICO

INDETERMINADO ‘MERCADERÍA’

“El Derecho es necesariamente muy vago. El derecho no debería (y no puede) ser reformado para perseguir precisión – ni incluso para eliminar vaguedades significativas”⁴⁰.

2.1 INTRODUCCIÓN: CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1980, SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CONVENTION FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS).

Luego de haber tratado y analizado la teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados, es menester en el presente capítulo realizar el estudio respectivo sobre la Convención de Viena de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida como CNUCCIM por sus siglas en español o como CISG por sus siglas en inglés (Convention for the International Sale of Goods)⁴¹, materia de nuestra investigación, misma que es reconocida como la norma internacional más importante de los últimos años, en cuanto a regulación referente a los negocios del comercio internacional de mercaderías, en primer lugar por su texto que claramente es el resultado de la búsqueda de unificación de varios principios, usos, costumbres y otros tratados o convenios previos sobre compraventa internacional.

⁴⁰ Timothy A.O. Endicott, “El Derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, ob. cit. p. 184.

⁴¹ Dentro del presente estudio utilizaremos, por motivos de practicidad y cuando consideremos necesario, las siglas CISG que son las que se conocen internacionalmente como referencia a la Convención de Viena de 1980.

En la actualidad son 76 los países, entre los que se encuentra el Ecuador que la ratificó en 1992⁴², que han suscrito y ratificado la Convención, lo cual la torna definitivamente trascendente y de proyección mundial innegable. En el presente acápite nos encargaremos de ofrecer un estudio sobre la Convención de Viena de 1980, referencias sobre su historia y trascendencia en el comercio internacional actual así como la innegable presencia en su texto de conceptos jurídicos indeterminados.

Entre los primeros puntos relevantes a exponer, encontramos las palabras de Luis Fernando Álvarez Lodoño, sobre la CISG, en su discurso de instalación de las jornadas académicas ‘Compraventa Internacional de Mercaderías’, realizadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, el 01 de agosto de 2002:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en la serena capital austriaca en la primavera de 1980, representa uno de los avances de mayor relieve en el concierto jurídico mundial, en la medida en que, tal como lo prevé su preámbulo, conjugando los diferentes sistemas económicos, sociales y jurídicos, logró adoptar normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, con la finalidad primordial de promover el desarrollo del comercio internacional.⁴³

Sin duda alguna la Convención de Viena constituye el esfuerzo de unificación de normas para la contratación internacional más importante. Sus orígenes se dan cuando

⁴² Véase, Registro Oficial del Ecuador No. 822 de 28 de Noviembre de 1991, su adhesión se produjo mediante Decreto Ejecutivo No. 2906-A, publicado en Registro Oficial 837 de 20 de Diciembre de 1991 y su ratificación ocurrió el 27 de enero de 1992. Su entrada efectiva en vigencia se produjo, de acuerdo a la información que proporciona la Organización de las Naciones Unidas, el 1 de febrero de 1993. Información: Convención de la Organización de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, información disponible en :

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

⁴³ Cristian Larroumet y otros, *Compraventa Internacional de Mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Ed. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas -Javegraf -, Bogotá, 2003, p. 29.

entre 1968 y 1978 en el seno de la UNCITRAL se forma el Grupo de Trabajo No. 2 encargada de estudiar y analizar los temas relacionados con la compraventa internacional de mercaderías; el mismo grupo redactó dos proyectos basados en las Leyes Uniformes que terminaron fusionándose en uno solo y dieron lugar al denominado Proyecto de 1978.

En 1980 se convocó a la Conferencia Diplomática que tomando como base este Proyecto, aprobó en ese mismo año la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o Convención de Viena de 1980.⁴⁴

Hemos considerado necesario explicar brevemente su contenido, así la CISG se encuentra integrada por cuatro partes, en la primera encontramos las regulaciones en cuanto al ámbito de aplicación, autonomía de la voluntad de las partes, interpretación tanto de la Convención como del contrato así como la forma del contrato (disposiciones generales); en la segunda parte se determinan ya las normas que rigen la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías; la tercera parte detalla todos los derecho y obligaciones sustantivos tanto del comprador como del vendedor derivados del contrato así como las disposiciones en cuanto a la transmisión del riesgo, derechos y acciones en cuanto al incumplimiento del contrato por parte del comprador, la exoneración de pagar daños y perjuicios, conservación de mercaderías, entre otras; y la cuarta parte contiene las disposiciones finales (vigor, reservas, declaraciones, etc.).

De esta manera, la Convención permite garantizar la tutela efectiva de las relaciones contractuales, tomando en cuenta que “el contrato es el sistema nervioso de la

⁴⁴ José Vicente Troya y Carme Amalia Simone Laso, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: su regulación en la Convención de Viena de 1980 y su aplicación en el Ecuador*, Quito, 2009, pp. 6-7.

economía”⁴⁵, así esta Convención, nos muestra una singular forma de regir la contratación en estos campos, aunque en nuestro país, desde su ratificación, no ha sido referida como ley aplicable para la solución de conflictos.

2.2 CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA CONVENCION DE VIENA DE 1980.

Para iniciar el presente enunciado hacemos referencia a T. Endicott⁴⁶, el cual luego de un profundo análisis, sustenta que por lo general el imperio de la ley se ha vinculado siempre con la claridad de las normas y la certeza de cada uno de sus términos, pero no siempre es deseable tanta precisión, para regular a través del Derecho siempre se deberán establecer conceptos vagos, la duda estará siempre presente para poner al alcance de todos la aplicación de aquellas normas, sin importar si estas son de carácter nacional o internacional. Se entiende entonces que todo sistema jurídico contiene estándares vagos o conceptos oscuros (casos marginales⁴⁷) que acarrearán duda al momento de interpretarlos, pero que luego de un análisis profundo se pueden identificar y conceptualizar para el caso concreto.

La fuerte evolución, transformación y crecimiento de los mercados internacionales y el marcado interés de las empresas que los sustentan, se evidencia a nivel mundial, por lo que los esfuerzos de unificación para reglar estas relaciones comerciales se ha buscado en los diferentes bloques de países, la necesidad de instaurar a nivel internacional una regulación igual para este tipo de contratación se ve reflejada en diferentes acuerdos o

⁴⁵ Carlos Gilberto Villegas; *Contratos mercantiles y bancarios*, Tomo I, Ed. Carlos Gilberto Villegas, Buenos Aires, 2005, p. 47.

⁴⁶ Timothy A.O. Endicott, “El Derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, ob. cit. pp. 180-181.

⁴⁷ Timothy A.O. Endicott, “El Derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, ob. cit. p. 180.

convenciones, tenemos por ejemplo: los principios de la UNIDROIT (UNCITRAL), el Convenio de México, el Estatuto de Roma, los incoterms, la Convención de Nueva York, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, la *lex mercatoria*⁴⁸, etc.; todos ellos se desenvuelven, se auxilian y se relacionan en el orden internacional de este tipo de contrataciones, siendo de apoyo tanto al momento de llenar vacíos como al amparar nuevos tipos de relaciones comerciales. Así, al existir multiplicidad de leyes, tratados y convenios por la evolución de las diferentes formas de contratación internacional de mercaderías y por la necesidad de las partes de someterse no a la ley interna de sus países⁴⁹, sino a un contexto imparcial han convertido a la Convención de Viena en el principal ordenamiento aceptado y elegido como ley aplicable tanto por Estados suscriptores cuanto por aquellos que aún no lo han hecho.

La doctrina vertida por algunos especialistas⁵⁰ sobre materia de la CISG, coincide en que es la norma internacional más relevante en cuanto a contratación internacional, pero

⁴⁸ Sobre los orígenes de la *lex mercatoria*, encontramos: “Los comerciantes, actuando automáticamente, con independencia de los Estados a los que pertenecían, fueron elaborando esas reglas sobre la base de las prácticas de los antepasados en el comercio internacional, de esta forma tuvo origen un incipiente Derecho mercantil internacional fundando en esas reglas autónomas y corporativas, sobre la base de lo que se denominó *Lex mercatoria*[...] evidente desde finales del siglo XI y principios del XII al siglo XIV, relacionado con el ejercicio del comercio por mercaderes procedentes de diversos países, que regularmente contrataban entre sí en ferias a las que acudían con periodicidad” en Carlos Gilberto Villegas; *Contratos mercantiles y bancarios, ob. cit.* pp. 65-66.

⁴⁹ Consideramos que generalmente las leyes internas de cada Estado adolecen de lagunas y contradicciones en cuanto a temas de contratación internacional de mercaderías así como a la solución de conflictos, lo que representa inseguridad tanto para las partes como para el cumplimiento efectivo del contrato.

⁵⁰ Cfr. Juan Caro Nieto, *La Formación del Contrato bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003; Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, Ed. Thomson, Navarra, 1997; José Vicente Troya y Carme Amalia Simone, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: su regulación en la Convención de Viena de 1980 y su aplicación en el Ecuador*, inédito, Quito, 2009; John O. Honnold, *Derecho Uniforme sobre Compraventa Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1987; Rafael Illescas Ortiz y Pilar Perales Viscasillas, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces Universidad Carlos III, Madrid, 2003; Cristian Larroumet, y otros, *Compraventa Internacional de Mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas -JAVEGRAF-, Bogotá, 2003.

eso ya lo hemos mencionado, además es aquella que se aplica con mayor frecuencia como ley aplicable en la solución de conflictos, por su fluido contenido y por ser compiladora de varios usos y costumbres utilizados en el comercio, alrededor del mundo. Sostienen además, que el mundo cambia rápidamente en todos los sentidos, sea poblacionalmente como geográficamente, la situación económica de los países, etc., siendo así cómo no se daría un cambio en las relaciones contractuales del comercio internacional, por lo que la CISG es el instrumento que facilita realizar estas actividades sin la necesidad de ocasionar controversias al momento de determinar el foro y la ley aplicable.

Sin duda alguna, por ser parte del Derecho, dentro de sus normas se ha evidenciado la presencia de algunos conceptos jurídicos indeterminados, lo que de alguna manera ha generado una serie de problemas en torno a la determinación o significación de un término vago contenido tanto en la norma como en el contrato de compraventa. Recordemos que ante todo “las leyes pueden ser precisas, pero un sistema jurídico sin leyes vagas es imposible.”⁵¹

Si bien dicha Convención ofrece garantías a las partes contratantes, en cuanto a la seguridad y efectividad en su aplicación, los conceptos jurídicos que esta consigna, algunos sin determinación, son aquellos que se formulan precisamente sin distinguir o fijar los términos de esa concepción o criterio, siendo concepciones jurídicas vertidas de tal forma que pueden tener un carácter de ambigüedad y admitir interpretaciones distintas, dar incertidumbre o confusión y consecuentemente motivos de duda; siendo así “la seguridad jurídica es hoy en día una condición esencial para el desenvolvimiento

⁵¹ Timothy A.O. Endicott, *La vaguedad en el Derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 21.

de las relaciones económicas entre las personas[...]Todo importador, exportador, inversor, ahorrista, consumidor o usuario, requiere y exige seguridad jurídica como valor necesario para realizar sus operaciones.”⁵²

En el capítulo anterior hicimos breve referencia sobre algunos de estos conceptos indeterminados en el campo de la contratación internacional, específicamente dentro de la CISG, así el concepto mercadería se encuentra entre los más relevantes y de mayor interés, puesto que tal como sustenta H.L.A Hart “...en algún punto en que su aplicación se cuestione, las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una textura abierta.”⁵³ La claridad de las normas y los conceptos contenidos en ellas siempre se vincularán con la seguridad jurídica y la certeza de la justicia, pero como ya hemos estudiado, no siempre las normas deben ser claras para ser efectivas, el legislador o generador de la norma puede tener el interés de que el concepto se conciba vagamente para que, por tratarse de un convenio internacional, se aplique a diferentes realidades de los Estados parte.

2.3 EL TÉRMINO ‘MERCADERÍA’ EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980.

La CISG en su Art. 1 determina que su normativa se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando dichos Estados sean miembros de Convención -aplicación directa- o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante -aplicación indirecta-, si bien ha establecido cuando y a qué tipo

⁵² Carlos Gilberto Villegas; *Contratos mercantiles y bancarios*, ob. cit. p. 61.

⁵³ H.L.A. Hart, *El concepto del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 159.

de compraventa se aplicará, no determina claramente qué es mercadería y a qué tipo de mercadería se refiere.

Al plasmarse sin determinación o formulación precisa, ‘mercaderías’, sin distinguir o fijar los términos de su concepción o criterio, como ya se ha mencionado, se convierte en un concepto ambiguo, lo que permitiría admitir interpretaciones distintas sobre su significado así como confusión y consecuentemente motivos de duda en el momento de tanto de establecer el ámbito de aplicación de la Convención, así como para la resolución de conflictos que se originan por su indeterminación.

La Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a través de su Compendio sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de fecha 08 de junio de 2004, explica en el punto número 8:

La Convención no contiene una definición de “mercaderías”. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7, el concepto de “mercaderías” debe interpretarse autónomamente, teniendo en cuenta el “carácter internacional” de la Convención y “la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”, más que remitiéndose al derecho interno para buscar una definición.⁵⁴

El desarrollo jurisprudencial al respecto ha sido abundante, los tribunales arbitrales europeos, por lo general, han utilizado aquella interpretación autónoma del término, pero sobre este asunto lo trataremos en el desarrollo de nuestro último capítulo. Mas, consideramos que dentro de este punto, es de importancia capital el discernir cuándo el

⁵⁴ Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Explicación sobre indeterminación del concepto mercadería, en <http://daccess-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?OpenElement>.

contrato es internacional⁵⁵, y éste será considerado como tal cuando concurren las características de internacionalidad como la intervención de empresas con sedes en Estados distintos, que manejen diferentes jurisdicciones para resolución de conflictos y que por tal motivo se encuentran obligados al momento de suscribir el contrato a determinar la ley aplicable así como el foro en donde se resolverá la controversia.

Por su parte Pedro F. Silva Ruiz, explica que la Convención de Viena no define al término mercadería, sin embargo determina que no comprende este: “(a) Las compradas para uso personal, familiar o doméstico (con cierta matización); las adquiridas “(b) En subastas; (c) Judiciales; (d) De valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; (e) Buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) y Electricidad.”⁵⁶

Además, dicho autor, termina indicando que “mercadería equivale a cosa (bien) mueble corpórea.”⁵⁷ Consideramos importante hacer referencia a un antecedente histórico en la Convención de la Haya de 1964, como antecedente de la Convención de Viena, que si determinaba que la compraventa internacional de mercaderías, esta la refería a todos los bienes corporales muebles.⁵⁸ Generalmente, se puede conceptualizar a la mercadería (sinónimo de mercancía) como: “Bien mueble, corporal y con valor patrimonial propio manufacturado o no, que se encuentra en alguna fase o momento de

⁵⁵ José Vicente Troya y Carme Amalia Simone Laso, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: su regulación en la Convención de Viena de 1980 y su aplicación en el Ecuador*, inédito, Quito, 2009, p.20.

⁵⁶ Pedro F. Silva-Ruiz, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en Atilio Aníbal Alterini y otros, *Contratación Contemporánea*, Temis-Palestra, Lima-Bogotá, 2000, p.148.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 148.

⁵⁸ Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, en http://hcch.e-vision.nl/index_es.php?act=conventions.text&cid=31 .

la circulación en el mercado⁵⁹. Como podemos advertir, volvemos a la definición de mercadería como bien mueble corporal.

La argumentación doctrinaria sobre el concepto ‘mercadería’ se realizará con detalle en el capítulo III, con el objetivo de ofrecer una significación doctrinal del término, apoyado en criterios de profesores, academia y libros más relevantes a nivel internacional sobre los alcances del concepto, misma que luego se contrastará con los significados usual y jurisprudencial.

2.4 TIPOS DE MERCADERÍA OBJETO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980, PARA LOS EFECTOS DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

Hasta aquí hemos referido algunos aspectos importantes sobre la CISG, a continuación haremos referencia sobre los tipos de mercadería que abarca y básicamente serían de dos categorías: bienes muebles o corporales y los bienes electrónicos.

Por su parte, Francisco Oliva Blázquez⁶⁰, determina la necesidad de destacar la presencia de dos elementos básicos en la definición y determinación de mercaderías, objeto de la Convención, encontramos en primer lugar si éstas se tratan de bienes muebles y en segundo lugar si se trata de bienes corporales. Al respecto, en cuanto al primer punto determina que la CISG ha incluido en su texto el término mercaderías con el objeto de excluir de su ámbito a todos los contratos sobre bienes inmuebles y que este tipo de compraventa estarían regulados por los ordenamientos jurídicos internos de cada

⁵⁹ Diccionario Jurídico Espasa, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1999, p. 536

⁶⁰ Cfr. Francisco Oliva Blázquez, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de Aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 454-458

Estado, todo esto evidenciado en artículos propios de la Convención relativos, por ejemplo, a la entrega de mercaderías envasadas, sustitución de mercaderías no conformes, transmisión del riesgo en transporte, conservación de mercaderías, etc.; más, lo que sí se puede realizar es aquella compraventa separada de bienes que forman parte de un inmueble. La Convención de Viena de 1980 sólo regula los contratos de ventas internacionales (u otros contratos internacionales que la CIM considera que los contratos de venta) sobre bienes muebles⁶¹.

El segundo punto manifiesta explícitamente que las mercaderías deben ser tangibles, es decir, cosas corporales. Conforme a lo expuesto, se puede decir que las mercaderías reguladas por la Convención de Viena de 1980, deben ser bienes muebles y corporales; además, la jurisprudencia indicada anteriormente, resuelve o trata casos únicamente sobre este tipo de bienes, con lo cual se excluye, como es evidente a los servicios. He aquí la importancia del desarrollo jurisprudencial, pues en principio podría entenderse que todo aquello que no está excluido entraría bajo la regulación de la Convención; sin embargo hay que ver más allá y considerar a la naturaleza del tráfico internacional de mercaderías, que históricamente, con la Lex Mercatoría se restringía a cosas muebles y corporales.

Por su parte la jurisprudencia ha pronunciado que la Convención no es aplicable a los contratos de distribución internacional, pero sí al contrato de compraventa concluido sobre la base del acuerdo de distribución; así mismo no puede aplicarse la Convención a un contrato por el cual una empresa se comprometía a realizar un estudio de mercado, ya que éste no puede conceptuarse como un objeto mobiliario corporal. La doctrina por

⁶¹ Franco Ferrari, *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>.

su parte entiende que los contratos de leasing, aunque incluyan una cláusula de opción de compra, no les sería aplicable la Convención.⁶²

Ahora bien, en cuanto a los bienes electrónicos encontramos aquel inconveniente que se da con la compraventa de equipo informático, que en principio corresponde claramente al ámbito de aplicación de la Convención, por ser un bien mueble y corporal sin embargo hay que tomar en cuenta que la compraventa internacional de hardware adquirida para el consumo doméstico se encuentra excluida de la aplicación de la Convención de Viena de 1980; además, se debe notar que muchas veces este hardware es distribuido con cláusulas que prevén su mantenimiento, sustitución de piezas, control periódico, la renovación o modificación del mismo hardware, situación en la cual la Convención tampoco tendría aplicación en el caso que dicho mantenimiento control o renovación superan en valor al del equipo informático, según lo determinado por el artículo 3.2 de la Convención.⁶³

Respecto de los programas informáticos o software, por obvias razones genera más debate si se aplica o no la Convención. Para algunos tribunales⁶⁴ sólo los programas informáticos corrientes pueden constituir ‘mercaderías’ en el marco de la Convención, sin embargo, otro tribunal llegó a la conclusión de que cualquier tipo de programa informático podía considerarse “mercadería”, incluso los programas especiales.

⁶² Cfr. María del Pilar Perales, El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980), en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#i14>.

⁶³ Cfr. Francisco Oliva Blázquez, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de Aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 462 y 463

⁶⁴ Referencia de Casos analizados para emitir comentarios en el Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa

Internacional de Mercaderías, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?OpenElement>.

Franco Ferrari⁶⁵ por su parte expone que las aplicaciones informáticas o software, pueden ser objeto de un contrato de compraventa internacional, siempre y cuando pueda ser considerado como un software estándar, es decir, que se comercialice en serie, de lo contrario se estaría hablando de un contrato de prestación de servicios; esto porque la creación intelectual se encuentra agregada en un bien mueble, de la misma forma que sucede con la venta de discos o libros. Mas, se debe tomar en cuenta que el software como tal, la mayoría de las veces no se vende sino que se autoriza su uso a través de las denominadas licencias, caso que escaparía a la regulación de la Convención de Viena de 1980, pues como resulta evidente no estamos hablando de una compraventa sino de una licencia de uso como quedó establecido. Por último, tenemos el caso del libro electrónico, el cual, a pesar de ser un bien intangible sí sería materia de regulación de la Convención, pues de todas formas el contenido en si queda registrado en un soporte físico.⁶⁶

En este punto es importante destacar que los programas informáticos llevan consigo un soporte físico que permite su reproducción por lo que desde dicho punto de vista sería un bien mueble corporal, criterio que ha sido sostenido por una parte de la doctrina.⁶⁷

⁶⁵ Franco Ferrari, Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>

⁶⁶ Para Oliva Blázquez, "...la raíz del problema reside en la propia solución escogida, ya que ni el software es claramente una mercadería, en el sentido de un bien inmueble corporal, ni la mayoría de los contratos de software son de compraventa. La aplicación de la normativa que regula el contrato de compraventa a estas modalidades contractuales responde a la necesidad de dotar de reglas seguras aun importantísimo sector de la realidad jurídica y económica huérfano de un sistema legal propio", Francisco Oliva Blázquez, *ob. cit.*, p.494.

⁶⁷ Cfr., Francisco Oliva Blázquez, *ob. cit.*, p.469.

2.5 ARGUMENTOS JURÍDICOS SOBRE LA CONCEPTUALIZACIÓN DE “MERCADERÍA” EN EL ECUADOR.

Consideramos importante mencionar lo que dispone el artículo 1 de la Ley Orgánica de Aduanas indica: “La presente ley regula las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas que operan en el tráfico internacional de mercancías dentro del territorio aduanero. Mercancías son los bienes corporales muebles de cualquier clase.”

Como podemos advertir, contrario a la Convención, la Ley Orgánica de Aduanas ha delimitando el término mercancía, reduciéndolas al campo de los bienes muebles corpóreos, el legislador ecuatoriano ha querido dejar en claro está definición, seguramente, para evitar cualquier tipo de confusión, sobre la aplicación de la Ley.

Podríamos entender, en cambio, que la Convención no definió al término mercadería a fin de evitar contradicciones de difícil resolución en cuanto al enfrentamiento de dos o más legislaciones que puedan tener ciertos matices respecto a lo considerado como cosa o bien mueble corporal, de ahí que resulta de suma importancia el desarrollo jurisprudencial que alrededor del tráfico internacional de mercaderías pueda existir.⁶⁸

Por otro lado el Reglamento a la Ley Orgánica de Aduanas, en el artículo 2 define: “a) Mercancía nacional: Es la producida o manufacturada en Ecuador; b) Mercancía extranjera: Es la producida o manufacturada en el exterior; c) Mercancía nacionalizada: Es aquella producida o confeccionada en el extranjero cuya importación a consumo se ha perfeccionado legalmente”. La Ley Orgánica de Aduanas no establece excepciones a lo que se considere mercancía, lo que es entendible desde el punto de vista impositivo

⁶⁸ Los términos mercadería y mercancía en estricto sentido legal los hemos tomado como sinónimos.

interno, pues lo que se busca es que la mayor parte de mercancías sean gravadas con los impuestos correspondientes. La Convención, en cambio, busca dar soluciones prácticas y propender a armonizar a la compraventa internacional de mercaderías y quiere al menos indicar que no está incluido dentro de su normativa. Por último el Reglamento no define en sí a la mercadería, sin embargo la clasifica a efectos de la aplicación en el régimen aduanero ecuatoriano.

Así, una vez tratado el término ‘mercadería’ desde su tipificación en la CISG, a continuación realizaremos su necesaria significación para poder concretar su definición, además haremos referencia a algunas teorías que, sobre indeterminación jurídica, se han emitido por estudiosos del derecho, indispensables para comprender este complejo tema.

CAPÍTULO III

MECANISMOS GENERALES Y MECANISMOS ESPECÍFICOS JUDICIALES PARA LA ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO AL TÉRMINO JURÍDICO INDETERMINADO ‘MERCADERÍA’

“La indeterminación no es solucionable de un modo definitivo sino en y para cada caso particular, salvo cuando la indeterminación es salvable –o debe salvarse– acudiendo al sentido preciso que han fijado previamente decisiones judiciales vinculantes como jurisprudencia”⁶⁹.

3.1 INTRODUCCIÓN.

Hasta aquí hemos analizado la teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados, así como a la Convención de Viena de 1980 desde su aspecto histórico y su innegable trascendencia frente al comercio internacional, así como a la “mercadería” y su presencia como concepto jurídico indeterminado en ella contenido. Dentro del presente acápite hemos considerado de importancia capital el analizar el término ya desde los diversos significados que este puede generar, a partir de su uso en el tráfico jurídico, a partir de la doctrina vertida por expertos en el tema y la jurisprudencia que emanan los órganos capaz de generar criterios vinculantes para determinar pautas o significados puntuales sobre términos vagos o lagunas en el derecho. Como último punto abarcaremos el estudio de las opciones de resolución en la teoría jurídica: la tesis de la respuesta correcta y la tesis de la discrecionalidad judicial. La tesis de la única respuesta correcta la observaremos según la ha configurado

⁶⁹ Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *ob. cit.* p. 229.

contemporáneamente Ronald Dworkin⁷⁰, y según la concepción que de ella nos presenta Eduardo García de Enterría⁷¹. La tesis de la discrecionalidad judicial la mostraremos tanto en su versión “débil” (discrecionalidad débil), representada por la doctrina de la norma como marco de Hans Kelsen⁷²; como en su versión “fuerte” (discrecionalidad fuerte), representada por la perspectiva de H.L.A Hart⁷³.

Desde estos puntos de vista se proporcionan soluciones para la concreción al caso particular del contenido indeterminado que a veces presentan las normas jurídicas, tal es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados incluidos en ellas. De esta manera, será posible determinar cuál es el “conflicto de interpretación” que con frecuencia se evidencia en las normas, sean nacionales o internacionales, en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados y la repercusión de las decisiones de los operadores jurídicos para crear una especie de definición o significación para los casos concretos.

3.2 SIGNIFICADO USUAL O APLICATIVO DEL TÉRMINO ‘MERCADERÍA’ EN EL TRÁFICO JURÍDICO DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES, DE LOS ESTADOS Y DE LOS PARTICULARES.

El significado usual o aplicativo de un concepto jurídico indeterminado es aquel significado con el que dicho término está siendo utilizado habitualmente por los operadores jurídicos, cuando éstos aplican e interpretan la norma jurídica de la que forma parte. Este significado puede o no coincidir con el significado que la jurisprudencia atribuye a un concepto indeterminado. De cualquier manera, una vez que

⁷⁰ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Trad. Esp. de M. Guastavino, Ed. Ariel, Barcelona, 1995.

⁷¹ Eduardo García de Enterría, «Potestades regladas y potestades discrecionales», en E. García de Enterría, y T.R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Cívitas, Madrid.

⁷² Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Esp. de R.J. Vernengo, Ed. Porrúa, 7ª ed., México DF, 1993.

⁷³ H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, *ob. cit.*

los tribunales establecen jurisprudencia sobre cuál es el contenido semántico de un concepto jurídico indeterminado, el significado usual/aplicativo del mismo que utilizan los operadores jurídicos tiene que acomodarse a su concreción jurisprudencial.

El significado usual/aplicativo lo podemos observar, por una parte, analizando el sentido con el que determinados organismos públicos o privados (u otros operadores jurídicos en general), sean locales, nacionales o internacionales, han aplicado (o vienen aplicando) un concepto jurídico indeterminado (por ejemplo, en las normativas que producen, o en los actos de aplicación de estas normativas en casos, contratos, u otros instrumentos jurídicos, de carácter concreto). Y también es posible observar el significado usual/aplicativo examinando cuál es el sentido que le están asignando “tribunales inferiores” –esto es, aquellos tribunales de justicia que no tienen capacidad para crear jurisprudencia– cuando resuelven controversias jurídicas cuya normativa aplicable al caso que solventan incluye conceptos jurídicos indeterminados.

En el presente estudio, por tratarse de un tema de carácter internacional, el significado usual/aplicativo lo han dado los operadores de justicia, sean tribunales arbitrales o juzgados nacionales, y por tal motivo el estudio de esas decisiones, se estudiarán en la significación jurisprudencial del término ‘mercadería’. La significación usual, en este caso, se construye con los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre ‘mercadería’.

3.3 SIGNIFICADO DOCTRINAL MÁS RELEVANTE A NIVEL INTERNACIONAL DEL TÉRMINO ‘MERCADERÍA’.

Ahora bien, consideramos trascendente referir aquellos criterios doctrinarios que, sobre el término mercadería, se han originado a partir del análisis de profesores, academia y aquellos libros más relevantes sobre la CISG. Tomaremos la perspectiva de

análisis que parte de los diferentes estudios realizados sobre compraventa internacional de mercaderías a nivel mundial, así hablaremos de la concepción que en algunos países se plantea sobre: mercaderías, goods o marchandises⁷⁴.

Una de las principales características de la Convención es que facilita las relaciones contractuales o la práctica contractual internacional, entre compradores y vendedores con establecimientos en estados diferentes, y esta facilidad radica en que fue constituida por una serie de principios y estándares jurídicos, así como de cláusulas generales en varios aspectos, dotando de esta forma a su redacción de un texto que pueda acoplarse a las necesidades jurídicas de los países⁷⁵, con diferentes sistemas jurídicos y que necesitan resolver y legalizar sus relaciones contractuales ante una legislación imparcial.

Philippe Kahn asevera que “el término mercadería o marchandises responde a dos objetivos: por un lado, aislar la venta de bienes muebles de la venta de bienes inmuebles; y, por otro lado, distinguir las ventas de bienes corporales respecto de las ventas de bienes incorporeales”⁷⁶ pero no se han establecido las diferencias pertinentes al campo de acción de la Convención, sino más bien a lo que no entra como parte de su

⁷⁴ Nos gustaría referir como ejemplo de indeterminación del término ‘mercadería’ que para los francófonos: “El término ‘marchandises’, según Kahn, en realidad es un vocablo profesional que carece de un sentido jurídico preciso en el derecho francés. C’est d’ailleurs une position de principe de la Convention que d’utiliser un vocabulaire courant dont la signification est pevue par tous les utilisateur, quelle que soit leur formation juridique, plutot qu’un vocabulaire plus technique mais aussi plus exact”. Este término puede dar lugar a equívocos e inducir a errores a los juristas por su alcance en cuanto a las mercaderías muebles (objeto de la Convención) y a los servicios (que no son objeto de la Convención). Cfr. Philippe Kahn, “La Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et domaine d’application”, 1989, p. 957, en Francisco Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías, (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, ob. cit., p. 452.

⁷⁵ Carlos Esplugues Mota, “Compraventa internacional de mercaderías: La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías”, en Carlos Esplugues Mota y Daniel Hargain, coord. *Derecho del comercio internacional, Mercosur – Unión Europea*, Ed. Reus, Buenos Aires, 2005, p. 351.

⁷⁶ Philippe Kahn, “La Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et domaine d’application”, 1989, p. 390.

régimen. Así también entre sus líneas no se tiene en cuenta el carácter civil o comercial de la operación contractual, por tal motivo ha de comprenderse que la única actividad que se regirá por la CISG será aquella que verse sobre mercaderías compradas entre personas jurídicas o personas naturales, o entre éstas, que tengan fines eminentemente comerciales.

Los argentinos, Alejandro Miguel Garro y Alberto Luis Zuppi⁷⁷, expertos en materia de comercio internacional privado exponen un estudio del proceso de unificación de la venta internacional de cosas muebles, así como su naturaleza jurídica, estructura e interpretación de la CISG⁷⁸, dentro de su discurso aseveran que el uso del término ‘mercadería’⁷⁹ responde a la necesidad de utilizar un término menos técnico y más llano, sobre entendiéndose que el objeto del contrato serán las ‘cosas muebles o corporales’, al tratarse de acuerdo sobre comercio internacional, pero sin embargo tal acepción es contrariamente causal de confusión por su poca certeza en cuanto a la mercadería como tal y su situación al momento de la suscripción del contrato, el conflicto recae básicamente al tratar de establecer qué es mercadería y qué mercaderías son objeto de contratación bajo estas normas. Para efectos de la Convención, Calvo Caravaca nos indica que las mercaderías o mercancías son las:

⁷⁷ Cfr. Alejandro Miguel Garro y Alberto Luis Zuppi, *Compraventa Internacional de Mercadería*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1990, pp. 10-24.

⁷⁸ La CISG está prevista exclusivamente para negocios internacionales, por lo que carece de relevancia práctica para las transacciones domésticas. Cfr. Burghard Piltz, *Compraventa Internacional, Convención de Viena de 1980*, ob. cit. p. 25.

⁷⁹ Como ejemplo, Garro y Zuppi hacen referencia a las controversias que este término puede acarrear, así “si la compraventa de cosas corporales adheridas a un inmueble al momento de perfeccionarse el contrato cae también bajo el ámbito de aplicación de la Convención. Este problema se podría presentar, para ilustrar el caso, en la compra de madera por parte de una fábrica de papel, cuando al momento de celebrarse el contrato los árboles se encuentran adheridos al suelo.” Cfr. Miguel Garro y Alberto Luis Zuppi, *Compraventa Internacional de Mercadería*, ob. cit. p. 78.

Las cosas corporales de naturaleza mueble de todo tipo, como, por ejemplo, automóviles, maquinaria, programas de ordenador, fruta o libros. Como sucede, por ejemplo en la venta de cosecha futura, las cosas objeto de la misma deben tener naturaleza mueble al tiempo de entrega, no de la conclusión del contrato.⁸⁰

Consideramos que el objetivo de la Convención, al limitar su campo a compraventa de ‘mercaderías’ responde a la necesidad de delimitar su ámbito de aplicación únicamente a bienes muebles, tangibles o corporales, de los que conocemos como inmuebles.

El ecuatoriano Luis Luna Osorio, ha definido para los fines de la compraventa internacional en el campo privado, al término mercancía como aquel “bien o servicio que se oferta o se demanda en el mercado”⁸¹, así nos da ya una pauta para establecer la principal diferencia entre la mercadería contemplada por la CISG y la mercancía que se ha considerado en la legislación ecuatoriana, la cual radicaría en que si bien ambas se refieren a bienes muebles o corporales (sean materias primas o maquinarias), la mercancía también abarca el campo de servicios, los cuales no son materia de la Convención; pero claro esto muy apegado a su concepción personal.

José Vicente Troya por su parte indica “respecto a las mercaderías, comenzaremos señalando que son tales los bienes muebles de naturaleza corporal. Para efectos de la CISG, así se ha de entender, aunque no las haya definido de forma expresa”⁸², de esta forma hemos advertido, una vez más, que el término mercadería se definiría como

⁸⁰ Alfonso-Luis Calvo Caravaca, “Comentario Parte I Ámbito de Aplicación”, en Luis, Díez-Picazo, coord., *La Compraventa internacional de mercaderías, comentario a la Convención de Viena*, Ed. Arandazi S.A., Navarra, 1997, p. 48.

⁸¹ Luis Luna Osorio, *Economía Internacional del Siglo XXI*, Ed. Imprenta Tinta Fresca, Quito, 2007, p. 529

⁸² José Vicente Troya y Carmen Amalia Simone, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: su regulación en la Convención de Viena de 1980*, ob. cit. p. 20.

cualquier bien que se produce y se comercializa dentro de los mercados nacionales e internacionales, de condición mueble o corporal.

3.4 SIGNIFICADO JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO ‘MERCADERÍA’.

Si bien la CISG se ocupa de aquellas lagunas que pueden contener sus enunciados⁸³, no abarca el tema de la indeterminación jurídica de sus conceptos y cómo solucionar aquellas vaguedades que se pueden dar por la carencia de precisión. Conforme a la jurisprudencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁸⁴, encontramos varias decisiones sobre los inconvenientes que la indeterminación ha conllevado.

La jurisprudencia de la CISG nos indica que las mercaderías son aquellas que al momento de la entrega son muebles y materiales⁸⁵, así por ejemplo encontramos laudos arbitrales sobre comercio internacional que toman en cuenta la formas de contratación sobre lo que se considera mercadería y que en su momento fueron causa de indeterminación: compraventa internacional de gas propano (CLOUT No. 176 Oberster Gerichtshof, Austria, 6 de febrero de 1996), compraventa de automóvil usado (CLOUT No. 168 Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996), compraventa de

⁸³ Estas deberán resolverse de acuerdo a los principios sobre los cuales versa la Convención y a falta de estos, de conformidad a la ley aplicable o a los principios generales del derecho internacional privado, por tratarse de un acuerdo general y universal, *Cfr.* Art. 3.2 de la CISG, 1980.

⁸⁴ Referencia de Casos analizados para emitir comentarios en el Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?OpenElement>.

⁸⁵ *Cfr.* Clout No. 328 [Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, 21 de octubre de 1999] (véase el texto completo de la decisión); el caso Clout No. 380 [Tribunale di Pavia, Italia, 29 de diciembre de 1999] (véase el texto completo de la decisión); el caso Clout No. 168 [Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996] (véase el texto completo de la decisión); el caso Clout No. 122 [Oberlandesgericht Köln, Alemania, 26 de agosto de 1994]; el caso Clout No. 106 [Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994] (véase el texto completo de la decisión); Trib. Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002, *Giurisprudenza Italiana* y ss.

corderos vivos (CLOUT No. 100 [Rechtbank Arnhem, Países Bajos, 30 de diciembre de 1993), compraventa de peces vivos (CLOUT No. 280 Oberlandesgericht Jena, Alemania, 26 de mayo de 1998), compraventa de elefantes de circo (CLOUT No. 312 [Cour d'appel París, Francia, 14 de enero de 1998). Si bien

Encontramos además los casos CLOUT No. 106 [Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994, sobre compraventa de pieles de Chinchilla; el caso CLOUT No. 227 Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 22 de septiembre de 1992 sobre compraventa de tocino. Existe además la decisión que considera a los animales como “mercaderías” en el sentido de la Convención: Landgericht Flensburg, Alemania, 19 de enero de 2001.

Podemos afirmar que todos estos casos, hacen referencia a la indeterminación de la Convención sobre ‘mercaderías’ puesto que el sentido que da la Convención sobre el términos éstas son las que, en el momento de la entrega, son “muebles y materiales”, sin tener en cuenta si son sólidas o no, si son usadas o nuevas, están vivas o no lo están. Tales fallos, puede sostener sin duda que los bienes inmateriales, como los derechos de propiedad intelectual, una participación en una sociedad de responsabilidad limitada, o la cesión de una deuda no se ajustan al concepto de "mercaderías" consagrado en la Convención. No obstante, según un tribunal o foro, la Convención resulta aplicable también a los bienes que no son materiales, pues afirma que el concepto de mercaderías debe interpretarse en “en sentido amplio.”⁸⁶

⁸⁶ Clout No. 281 [Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?OpenElement>.

Así hasta el momento existen una serie de laudos arbitrales sobre contratos que tenían por objeto bienes muy diferentes como alimentos, mobiliario, materias primas, cerámica, chocolate, componentes informáticos, etc.⁸⁷, y como afirma Francisco Oliva Blázquez⁸⁸, criterio que compartimos, los operadores jurídicos encargados de decidir se han orientado y han ratificado los criterios doctrinarios vertidos en esta materia y que han conceptualizado a la mercadería como todo objeto o bien mueble o corporal

Ahora bien, una vez referidos los significados usual, doctrinal y jurisprudencial, podemos emitir que en todos los casos, la mercadería es considerada como todo bien mueble o corporal. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina vemos un criterio uniforme, respetable, sobre la conceptualización del término; es hasta cierto punto evidente que los aportes doctrinarios han nutrido o han servido a los operadores de justicia para emitir las definiciones o delimitar el campo de acción de la compraventa internacional de mercaderías, regida por la Convención de Viena de 1980, a los bienes muebles, tangibles.

3.5 MECANISMOS ESPECÍFICOS JUDICIALES DE ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO AL TÉRMINO ‘MERCADERÍA’.

Una vez que el significado de un término normativamente indeterminado ha sido concretado a través de los mecanismos de determinación del derecho mencionados (determinación del significado por los mecanismos usual-aplicativo, doctrinal,

⁸⁷ Además de los casos antes enunciados, “las decisiones jurisprudenciales se han hecho referencia a contratos de compraventa internacional que tenían por objetos a las siguientes mercaderías: aceite, acero, ajo, alambre inoxidable, artículos de moda, bolsos, bosques de piedra, buey, cabinas de duchas, calcetines, caravana, carbón, carpetas, carteles de luces de neón, catálogos electrónicos, cepillos, cerámica, champiñones, chocolate, coches, cocktail de frutas, componentes informáticos, compresores, contenedores de basura, corderos, cuero, depósito de agua con sal, dulce, duraznos, equipos de comunicación electrónica, equipo industrial, escobas, fertilizantes químicos, frambuesas, frigoríficos, fruta, galletas [...]etc.” Cfr. Francisco Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías, (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, ob. cit., p. 458.

⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 458.

jurisprudencial, o mixtura de los anteriores), en los casos futuros de aplicación que se presente al operador jurídico, éste únicamente deberá contrastar en qué medida el significado anteriormente precisado se corresponde con los términos gramaticales que conforman la norma aplicable al nuevo caso surgido.

Y en el establecimiento de esta correspondencia para los casos nuevos que surgen es donde podemos establecer los “casos claros” de aplicación de un término indeterminado y los “casos difíciles” o dudosos. Veamos en qué consisten:

3.5.1 LA ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO A UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO EN LOS CASOS CLAROS DE APLICACIÓN.

Cuando el operador jurídico se encuentra que tiene un término indeterminado que forma parte de una norma jurídica aplicable al caso concreto que maneja, acudirá a constatar si los “mecanismos de determinación” del derecho mencionados (usual/aplicativo, doctrinal o jurisprudencial) han precisado con anterioridad dicho término para el ámbito de aplicación de ese caso específico.

Si constata que dicho significado ya ha sido fijado por alguno de los mecanismos aludidos, sólo tendrá que contrastar si ese significado se corresponde con el término que (implícita o explícitamente) forma parte de la norma aplicable al caso. De ser positivo este juicio de contraste, estamos ante un “caso claro de aplicación” de un concepto jurídico indeterminado. Téngase en cuenta que si una regla de derecho es empleada de manera precisa en el caso, hablamos de certeza positiva, es decir que no existe duda de la aplicación de ésta, de ahí que se hable también de un caso claro de aplicación.

Como es evidente, la mayor aplicación de lo manifestado anteriormente se da en la actividad judicial, pues la tarea del juez es la de aplicar las normas en el caso concreto

con la obligación de resolver siempre, incluso en los casos que se presentan indeterminados (por ejemplo, porque la norma que es pertinente aplicar en el caso concreto contiene un concepto indeterminado). Aún en estos casos, el juez tienen la obligación de resolver siempre el caso, haciendo necesariamente ganadora del litigio a una de las dos partes que se enfrentan en la relación jurídica que él ha de solventar (parte A ó parte B). Pero, parara decidir no tiene más remedio que atribuir al término indeterminado un significado preciso. En los casos claros o ese significado es muy evidente (ocurre, sin embargo, pocas veces) o el operador jurídico se encuentra que ya ha sido fijado de antemano –en otros casos también claros– por el mecanismo usual/aplicativo, el doctrinal o la jurisprudencia. Algo que ocurre con frecuencia en esa clase de casos (casos claros). Siguiendo al Profesor Alberto del Real Alcalá, las características que adquiere la decisión judicial en los casos claros de aplicación son las siguientes:

En primer lugar, los casos claros se caracterizan porque en ellos la decisión judicial es *por reglas*, es decir, *normativa*, cuya singularidad mayor es la *bivalencia*: si la significación de la regla (o norma)⁸⁹, de la que ya hemos precisado el significado de todos sus términos, encaja en el caso de la realidad, dicho caso es catalogado con dicha regla (o norma), y se le aplican sus consecuencias, jurídicas. Si no encaja, la aplicación de esta regla (o norma) es rechazada, y no se aplican las consecuencias jurídicas que lleva aparejadas. Al estar resueltos los casos claros mediante una decisión por reglas (o normas), esto quiere decir que cuando contemplamos la aplicación de una norma a un

⁸⁹ Conviene aclarar que en el ámbito jurídico anglosajón se utiliza mayormente la terminología de “regla” jurídica Y en el ámbito jurídico latinoamericano y europeo-continental la de “norma” jurídica. Pero ambas tienen un significado equivalente en las dos tradiciones jurídicas, oponiéndose a la categoría de “principios”. Posibilitando la distinción entre reglas (normas) y principios en el Derecho. Y así es como se utilizan en este trabajo.

caso concreto la decisión del operador jurídico es bivalente: o es positiva (aplicar la norma al caso) o es negativa (no aplicarla), pero no cabe una tercera opción ni la ponderación, tal como ocurre con la aplicación de valores y principios jurídicos.

En segundo lugar, en los casos claros la decisión judicial está construida por el método de *subsunción*, que parte del hecho de considerar cada caso individual como instancia de un caso genérico, de ahí que, “Como un caso particular se resuelve subsumiéndolo, en un caso genérico que actúa, a modo de paradigma de su aplicación, esto quiere decir que cuando hay reglas, la subsunción puede proporcionar una respuesta precisa unívoca y correcta con la que dirimir el caso”.⁹⁰ En otras palabras, la regla determinada para el caso genérico puede ser perfectamente aplicada al caso concreto en cuestión, esto es, de manera inequívoca.

Y, en tercer lugar, la decisión judicial facilitada por el método de *bivalencia jurídica*. La bivalencia parte del hecho de considerar la regla como o verdadera o falsa, y traduciéndolo al punto que topamos en este apartado, no es más que “observar si el caso en cuestión está situado dentro o fuera del ámbito de certeza aplicativa de la regla”⁹¹, es decir, si la regla se aplica o no se aplica al caso concreto.

Vale aclarar que los métodos de subsunción y de bivalencia son complementarios el uno del otro, pues en lo tocante a los casos claros de aplicación, la decisión judicial tomada luego de la aplicación de los métodos antes descritos, resulta una ‘verdad jurídica’, aplicada individualmente al caso práctico resuelto.

⁹⁰ Alberto del Real Alcalá, “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del derecho* (bilingüe inglés-español) del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 1, 2007, México DF, p. 360.

⁹¹ *Ibidem*, p.361.

Ahora bien, existen “diferentes niveles de certeza jurídica, que pueden ser predicables en las decisiones judiciales. Se trata de diferentes niveles de certeza proposicional, esto es referido a la proposición jurídica en la que se contiene la decisión del juez, y que establece la resolución del caso”⁹².

En este punto, siguiendo siempre al profesor Alberto del Real Alcalá, hablamos de tres niveles de certeza que debemos encontrar en los casos claros de aplicación:

- a) Certeza de *primer nivel* o *básica* del sistema jurídico, que se refiere a la “simple certeza de que se producirá una decisión” (la que sea, aunque sea errónea) que resolverá el caso de aplicación, aunque sea indeterminado. Se trata del deber que tienen los jueces de resolver el caso propuesto a su consideración. La obligatoriedad de resolver el caso por parte del juez da la certidumbre al ciudadano de contar con una decisión jurisdiccional que resuelva la controversia sometida a consideración del juez. Este deber es el revés de un derecho fundamental de los ciudadanos: el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de sus derechos.
- b) Certeza de *segundo nivel*, que se refiere a que el juez ha de “resolver conforme al derecho preestablecido”. Este nivel de certeza judicial lo puede cumplir perfectamente un caso que se presenta ante el juez como un caso claro de aplicación de un término indeterminado que la jurisprudencia (con valor de ley aplicable) ha precisado con anterioridad. Se trata de una certeza que ya va al fondo y contenido mismo de la decisión judicial, pues dicha decisión debe ser conforme a las normas dictadas dentro del ordenamiento jurídico que sean aplicables al caso concreto.

⁹² *Ibidem*, p. 363.

c) Certeza de *tercer nivel*, que se refiere al deber judicial de “resolver el caso impartiendo justicia”. Este nivel de certeza judicial también es susceptible de contenerlo un caso claro de aplicación. En este punto volvemos a la noción de *verdad jurídica*, pues una vez que la decisión judicial fue tomada en base al derecho preestablecido, basado en el método de bivalencia y subsunción, tenemos una decisión jurídicamente correcta, que siendo la justicia el fin general del derecho, hay que suponer que la decisión concreta del juez deriva en una decisión justa.

En definitiva, a pesar de que un concepto jurídico sea normativamente indeterminado, existen casos claros de aplicación de dicho término jurídico si el juez acude a los mecanismos previos de determinación del derecho que hemos referido. Y esto se hace evidente en la actividad lógica valorativa del juez o de cualquier operador jurídico, conforme a las reglas descritas anteriormente.

3.5.2 LA ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO A UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO EN LOS CASOS CLAROS DE NO-APLICACIÓN.

Las precisiones antes anotadas podemos aplicarlas también, en un sentido negativo, por cuanto, el juez puede decidir no aplicar cierta regla (o norma) al caso concreto luego de utilizar los métodos de bivalencia y subsunción, donde la certidumbre sería que tal o cual regla (o norma) *no* se aplica al caso, quedando al juez la opción de buscar otra regla de aplicabilidad.

Si el operador jurídico se encuentra que tiene un término indeterminado que forma parte de una norma jurídica aplicable al caso concreto que maneja, acudirá a constatar si los “mecanismos de determinación” del derecho mencionados (usual/aplicativo, doctrinal o jurisprudencial, o mixtura de los anteriores) han precisado con anterioridad dicho término para el ámbito de aplicación de ese caso específico.

Cuando dicho significado ha sido precisado con anterioridad, si contrastamos que el significado de un concepto indeterminado indagado no se corresponde finalmente con el término que (implícita o explícitamente) forma parte de la norma aplicable al caso, entonces nos encontramos ante un “caso claro de no-aplicación” de un concepto jurídico indeterminado que inicialmente habíamos previsto que contenía la norma pero que finalmente no lo contiene. Esto ocurre cuando los conceptos jurídicos indeterminados son formulados en las normas (o así lo parecen al operador jurídico) de manera implícita, y el operador jurídico ha de llegar a la conclusión, cuando aplica e interpreta la norma, de cuál es el concepto indeterminado en particular (de los contemplados por el derecho nacional o internacional) que contiene la norma, si es que lo contiene, o decidir si se trata de otra figura jurídica.

Por tanto, también es posible hablar de la *certeza negativa* de la aplicación de una regla (norma) del derecho a un caso concreto: esto ocurre cuando el operador jurídico no tiene duda de que –de acuerdo a derecho– no procede la aplicación de esa regla (norma) al caso entre manos, teniendo aquí un caso claro de no-aplicación.

3.5.3 LA ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO A UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO EN LOS CASOS DUDOSOS Y DIFÍCILES.

Un concepto indeterminado tiene la condición de que no es concreto o definido, ni implica o formaliza condición, tiempo u otro argumento específico en la norma que lo contiene. Una norma jurídica (cuyo contenido incluye un concepto jurídico indeterminado) que sea pertinente aplicar a un caso concreto, hace de ese acto de aplicación de la norma al caso un “caso difícil” o dudoso de la aplicación de dicha norma y del término indeterminado que ella incluye. Esto ocurre si el significado de dicho término impreciso:

i) es un término redactado *explícitamente* en la norma de forma indeterminada, cuyo significado no ha sido fijado con anterioridad por los mecanismos de determinación del derecho que se han referido aquí (usual/aplicativo, doctrinal o jurisprudencia, o mixtura de los anteriores). De modo, que el operador jurídico no cuenta con un sentido semántico preciso y previo con el que atribuirle a este término indeterminado un contenido conceptual concreto, y no tiene, por tanto, la posibilidad de que aquellos mecanismos le hubieren proporcionado hacer determinado a lo normativamente formulado como indeterminado.

Ahora bien, de lo que aquí se duda es sólo del alcance de cuál es el significado preciso de un término indeterminado en particular, pero no de su propia existencia en la norma.

ii) es un término indeterminado que hay que deducir de la norma, porque está formulado en ésta de modo *implícito*, pero cuyo significado tampoco ha sido fijado con anterioridad por los mecanismos de determinación del derecho aludidos. Tampoco aquí, de constatar el operador su presencia afirmativa en la norma, éste cuenta con un significado preciso previo con el que atribuirle contenido conceptual para hacerlo determinado para el derecho.

Lo que aquí se duda es no sólo del alcance de cuál es el significado de un término indeterminado en particular, sino también de su propia existencia en la norma a causa de que ha sido formulado en ella de manera implícita.

iii) es un término indeterminado formulado *explícitamente o implícitamente* en la norma, cuyo *significado* previamente fijado por los mecanismos de determinación del derecho aludidos presenta *dudas* de si se corresponde o no con el término entre manos o

debe asignársele a otro concepto jurídico. En estos supuestos, la decisión del operador jurídico debe decidir si el contenido conceptual (fijado por los mecanismos usual/aplicativo, doctrinal y/o jurisprudencial, o mixtura de los anteriores) y las consiguiente consecuencias jurídicas aparejadas, se corresponde o no con la expresión indeterminada que incluye la norma aplicable al caso en que maneja el operador jurídico.

Aquí se duda no únicamente del alcance de cuál es el significado preciso de un término indeterminado en particular, sino también de su propia existencia en la norma, pero no sólo a causa de que haya podido ser formulado de manera implícita, sino también porque el significado fijado en particular por los mecanismos de determinación del derecho puede no corresponderse conceptualmente con la expresión indeterminada que se hace constar en la norma que manejamos.

Pues bien, en estos tres supuestos, nos encontramos ante un caso difícil o dudoso de aplicación de un concepto jurídico indeterminado. En estos casos "...el operador jurídico va a tener 'incertidumbre' sobre qué decisión tomar en relación con la aplicación de la regla; duda de si verdaderamente es un caso que pertenece al ámbito de su aplicación....o si finalmente no pertenece"⁹³

Su resolución exigirá varias decisiones del juez. En primer lugar, decidir si se encuentra o no ante un término indeterminado en la norma; y, en segundo lugar, si concluye que lo está, tendrá asimismo que decidir cómo precisarlo a la hora de resolver

⁹³ Alberto del Real Alcalá, "La decisión judicial según los tipos de casos: 'clear' cases, 'borderline' cases y 'pivotal' cases", en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del derecho* (bilingüe inglés-español) del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N.º 1, 2007, México DF, p. 381.

el caso (dado que el operador jurídico no puede acudir, por ser inexistente, a una precisión previa de su significado). En esta fase el operador jurídico cuenta con el mecanismo de la tesis de la respuesta correcta o con el de la tesis de la discrecionalidad judicial.

Esto hace que sea relevante describir cómo es en conjunto la actividad del juez a la hora de resolver la aplicabilidad de una regla equívoca o indeterminada, para lo cual también daremos cuenta de las características de la decisión judicial en estos casos difíciles, siguiendo al profesor Alberto del Real Alcalá.

A. EL MECANISMO ESPECÍFICO JUDICIAL DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA.

Así, en primer lugar, porque no es pacífica en la doctrina la cuestión de cómo han de resolverse los casos difíciles, uno de los mecanismos que se utilizan para solventarlos es la **“tesis de la única respuesta correcta”**. Según el cual, se afirma que a pesar de las dudas sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad de una regla indeterminada al caso concreto, el juez, por muy complejo que le pueda resultar, tiene siempre una solución a la controversia que ha de resolver, y que la ha de encontrar en el derecho, sea el derecho explícito, el derecho implícito (los principios que sustentan al ordenamiento) o incluso en la tradición jurídica del país. El juez únicamente ha de “buscar” (no inventar) esa solución, encontrarla allí donde esté y aplicarla, porque –se dice– siempre la hay. La máxima que sigue este mecanismo es evitar la discrecionalidad judicial, en base a la idea de que la indeterminación normativa no significa la indeterminación de los actos de aplicación de la norma indeterminada. Ronald Dworkin y E. García de Enterría representan esta vía de determinación de los conceptos jurídicos indeterminados.

Ahora bien, frente al reconocimiento de los casos difíciles de resolución, a propósito de los conceptos jurídicos indeterminados, García de Enterría, explica que estos presentan una disyuntiva de aplicación de la norma para el operador jurídico, el cual podemos ejemplificarlo partiendo del supuesto que existen dos opciones a saber: ser o no ser (bivalencia); frente a las dos opciones, evidentemente, guiados por la lógica una determinada situación no puede ser o no ser a la vez, de aquí que desde el concepto mismo de la disyuntiva propuesta tan solo un camino sea el correcto. Lo que hemos descrito es la denominada teoría de la “única respuesta”, a lo cual el enunciado tratadista indica:

...la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a las que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición [...] Lo que quiere decir (la “unidad de solución justa), exactamente es que en un caso dado, la concreta conducta de objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una apreciación por “juicios disyuntivos”, en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas a la vez.⁹⁴

Siguiendo al mismo tratadista, indicaremos que la solución a la disyuntiva en un caso de difícil aplicación viene dada del Derecho mismo, pues si bien existe una indeterminación en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, no es menos cierto que también existe una categoría preestablecida por el derecho, a la cual debe subordinarse la decisión del operador jurídico, así pues:

...la aplicación de un conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto caso concreto) unas

⁹⁴ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo, ob. cit.*, p. 440.

circunstancias reales determinadas: justamente por ello es un proceso reglado que se agota en el proceso intelectual de comprensión...⁹⁵

Como podemos apreciar, esta teoría determina que existe una sola respuesta correcta, basada en una conclusión lógica, de una disyuntiva, donde se presentan contrarios, donde solo una es la correcta. De lo que podemos indicar que la indeterminación es la disyuntiva misma de estar al menos frente a dos opciones, a lo cual, debemos anotar que la situación puede ser más compleja que elegir entre dos opciones de si una determinada situación, es o no es, situación que no queda clara en esta teoría.

La tesis de la única respuesta correcta transmite la idea de que siempre hay una respuesta correcta en el Derecho a cualquier controversia jurídica que se plantea ante los operadores jurídicos, aun cuando la norma aplicable sea indeterminada. Sólo hay que “buscarla”, por muy difícil que a veces pueda resultar encontrarla. Buscar se distingue aquí de “inventar” o “crear” una solución para un caso dado, que es propio de la discrecionalidad. Desde esta posición, la concreción de un término indeterminado siempre es algo de acuerdo a Derecho, y en ningún caso es un acto discrecional.

B. EL MECANISMO ESPECÍFICO JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD: DISCRECIONALIDAD ‘DÉBIL’ Y DISCRECIONALIDAD ‘FUERTE’.

Las ciencias jurídicas han recorrido un largo camino, desde la oralidad hasta la escritura, *lex non scripta a la lex scripta*, como técnica de control social, que incorpora, ineludiblemente, aquellas creencias, paradigmas, conductas, identidad personal, etc., de cada conjunto humano o cada comunidad generadora de la norma o del tipo legal⁹⁶;

⁹⁵ *Ibidem*, p. 441.

⁹⁶ Cfr. Diego López Medina “Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos

siendo así la interpretación jurídica es quizá una de las prácticas más comunes del derecho. La hermenéutica jurídica moderna o hermenéutica crítica⁹⁷ parte de las críticas que sobre un mismo tema, se pueden emitir en base a al aprendizaje, a la exégesis, la observación, etc. Las líneas jurisprudenciales que actualmente son el paradigma de interpretación, nos dan las pautas para generar criterios pre-establecidos, por así llamarlos, al momento de solucionar casos de vaguedad, lagunas o indeterminación jurídica, por el hecho tener un carácter vinculante entre los operadores de justicia del mismo nivel o de niveles ulteriores.

Ahora pasaremos a revisar la doctrina de la norma como marco expuesta en mayor medida por el profesor Hans Kelsen, en su obra “La teoría Pura del Derecho”.

Para Kelsen la norma es un marco de posibilidades de aplicación y de interpretación, pero estas acciones intelectuales corresponde al órgano jurídico competente, el cual investido de la potestad otorgada por el mismo derecho, en una actividad objetiva técnico-científica, elige concretamente en el caso puesto a su consideración, una de las varias opciones, y no de otra.⁹⁸ Esta actividad como podemos verificar es una elección discrecional entre opciones que la misma norma presenta. Desde esta posición, la concreción de un término indeterminado es algo discrecional del operador jurídico, pero juega dentro de las posibilidades del significado de la norma aplicable al caso concreto, y por tanto, es una elección de acuerdo a Derecho. De ahí que esta *discrecionalidad* sea calificada de “débil”, porque el margen de discrecionalidad del operador jurídico es pequeño: el marco de la norma.

y perspectivas contemporáneas”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, México D.F., 2005, p. 779.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 780.

⁹⁸ Cfr. Hans Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*, *ob. cit.*, p. 356.

Como analizamos anteriormente, la posición de H. Kelsen, en este asunto no prevé a los denominados *borderline cases*, es decir “aquellos casos en los que uno simplemente no sabe si hay que aplicar o no la regla, y el hecho de que uno no sepa no se debe a la ignorancia de los hecho”⁹⁹, pues predica la completitud del derecho y rechaza la teoría de las lagunas en el Derecho.

En segundo lugar, enfatizamos que porque no es pacífica en la doctrina la cuestión de cómo han de resolverse los casos difíciles, otro de los instrumentos que se utilizan para solventarlos es el mecanismo de la “**discrecionalidad judicial**”. La discrecionalidad judicial es una actividad creadora del derecho que no suele ser contemplada de forma explícita en el ordenamiento o si lo hace la contempla de forma muy vaga y abstracta: indeterminada. La razón que fundamenta el uso de este mecanismo para determinar el derecho es que al momento de legislar es imposible prever todos los casos que se pueden dar en la realidad, más aún con la rapidez con que las relaciones sociales mutan dentro del desarrollo social.

Y asimismo, la obligación del juez de resolver siempre y en cualquier caso, aunque se trate de una controversia para la que el sistema jurídico no ha previsto normativamente ninguna solución o si la ha previsto, su redacción abstracta y vaga genera duda de cuáles son sus casos de aplicación. En estos supuestos, el juez no tiene más medio para resolver que acudir a razones/criterios que no le proporciona el derecho.

Ahora bien, si la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad, entonces no puede considerarse regla de determinación y aplicación del derecho en ninguno de los campos del quehacer jurídico. La razón es que la facultad de actuar discrecionalmente como

⁹⁹ H.L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*, *ob. cit.*, p. 31

potestad gubernativa, que sobreviene a arbitrariedad a la hora de decidir sobre asuntos que no están reglados, se convertiría en una suerte de libertinaje jurídico, y sería inaceptable en el derecho y por ende en las cualidades de cualquier operador jurídico.

Y, finalmente, en tercer lugar, si la decisión para determinar el derecho en los casos difíciles es discrecional, el juez resuelve –tal como afirma Hart–, ha de utilizar el mecanismo de la discrecionalidad, “como si” fuera un legislador, aun cuando no lo sea, y cuya actividad es inferida dentro del ordenamiento jurídico para un caso particular¹⁰⁰, dejando a la discrecionalidad limitada por el leal saber y entender del juez, el cual, como afirma Hart, debe actuar en estos supuestos como un legislador “consciente”. Lógicamente, los métodos de la bivalencia y de la subsunción no son aplicables en los casos resueltos por el mecanismo discrecional. Consecuencia de lo cual, la decisión judicial rebasa la tesis de encontrar una única respuesta correcta, la cual no puede ser considerada como verdadera o falsa de acuerdo a derecho tal como en los casos claros de aplicación.

Hay casos o controversias que no ha previsto el Derecho, esto es, cuya respuesta del Derecho es indeterminada, y por tanto, para que el decisor pueda resolver con una respuesta concreta ha de salir fuera del Derecho ejerciendo su facultad discrecional, y ha de hacerlo “como si fuera un legislador”. Desde esta posición, la concreción de un término indeterminado es algo discrecional del operador jurídico, y se trata de una discrecionalidad abierta (discrecionalidad fuerte).

¹⁰⁰ Esta actividad legislativa es más evidente en los sistemas jurídicos del Common Law, donde las decisiones judiciales son consideradas un punto esencial dentro de las fuentes del derecho y las decisiones tomadas en cualquier punto de derecho son de obligatorio cumplimiento para los jueces y tribunales inferiores y de igual categoría del que provino la decisión. Como es conocido en nuestro país únicamente los fallos de triple reiteración dictados por la Corte Nacional de Justicia son de obligatorio cumplimiento para los jueces y tribunales inferiores. Cfr. Ley de Casación, 2004, Art. 19.

De la misma forma de las tres certezas proposicionales, es aplicable la primera, que se refiere a la obligación de resolver con una decisión por parte del juez; la segunda certeza (certeza de acuerdo a derecho) es inaplicable por cuanto la decisión de aplicación de la regla o del concepto jurídico indeterminado está fuera del derecho: en la discrecionalidad del juez. Por último, la tercera certeza (certeza de justicia), tampoco es aplicable porque la decisión adoptada no tiene la consideración de la única respuesta correcta prevista en el ordenamiento y no es, por tanto, la verdad única en relación al derecho.

En definitiva, puede afirmarse que los conceptos jurídicos indeterminados son y existen en la legislación de todos los países, así como en las normas internacionales previstas entre los Estados y con ellos debemos actuar, aún a riesgo de encontrar desavenencias o interpretaciones, entendiendo que debe primar siempre el respeto a la norma y a la institución que sustenta.

CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo investigativo, conforme a la información recopilada y analizada en los capítulos ya desplegados; con atención a los objetivos planteados, nos permitimos exponer las siguientes conclusiones puntuales:

1. La indeterminación es una característica del derecho, considerada como una condición inevitable tanto en textos jurídicos nacionales como internacionales. La indeterminación nace, en otras causas, como una técnica legislativa, hasta cierto punto, como manera de regular y generar patrones de conducta que sirvan al conglomerado para el que se legisla, dándoles posibilidades abiertas de resolución aplicables para casos concretos.
2. Los conceptos jurídicos indeterminados están presente habitualmente en las disposiciones jurídica y hasta el momento ningún ordenamiento jurídico puede negar que los contiene en sus normas. En Ecuador, hasta el momento no se ha realizado una investigación, previa a esta, sobre el tema. Ahora bien, no se puede considerar a los conceptos jurídicos indeterminados como un problema de simple interpretación, su análisis en mucho más complejo y se enmarca dentro del estudio de importantes juristas como: H.L.A Hart, Ronald Dworkin, Timothy Endicott, Alberto del Real Alcalá, entre otros. Los cuales han establecido una serie de ‘soluciones’ a la indeterminación de conceptos jurídicos.
3. Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos que se consignan sin distinguir o fijar los parámetros de su aplicación, se configuran como términos vagos o ambiguos; generadores de apreciaciones y aplicaciones abiertas y, por consiguiente,

son susceptibles de concreción heterogénea, lo que conlleva a que se emitan múltiples interpretaciones, según sea la apreciación de los operadores de justicia que los contemplen, los cuales, para su concreción pueden guiarse por el uso que sobre el término en cuestión se ha utilizado con anterioridad, por ejemplo, por la doctrina, o por los tribunales.

4. La Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería de 1980, es sin duda el cuerpo normativo más importante para los negocios internacionales, constituye el esfuerzo de unificación tanto de usos, normas o costumbres, para mejorar las relaciones comerciales.
5. Sin duda, la CISG, por ser parte del ordenamiento jurídico, se han observado dentro de sus normas la presencia de términos vagos o indeterminados, los cuales se formulan sin fijar sus alcances conceptuales. Por tal motivo, la CISG ha sido objeto de múltiples estudios sobre sus conceptos jurídicos indeterminados y sus diversos conflictos. La ‘mercadería’ o ‘mercaderías’, es un término jurídico indeterminado contenido en la CISG, el mismo que se ha estudiado jurisprudencialmente, principalmente por tribunales europeos, y también doctrinalmente.
6. A un concepto jurídico indeterminado se le puede asignar significado a través de diversos mecanismos: utilizando un análisis usual, doctrinal y jurisprudencial del significado del término en cuestión. En el caso del término ‘mercadería’ este hace su significación a partir de la fluida jurisprudencia que han emitido los operadores de justicia a nivel internacional, y se sustenta por los estudios doctrinarios que se han realizado, podemos concluir que el significado usual, en este caso se traduce en las concepciones doctrinales que se han emitido hasta el momento sobre el concepto.

7. Para fines de la compraventa internacional de mercaderías, regida bajo las normas de la CISG, atendiendo a su significación, el concepto mercadería se define como: todo bien corporal o tangible, de naturaleza jurídica: mueble.
8. Dentro de los múltiples conceptos jurídicos indeterminados, a pesar de su naturaleza, existen casos en que la atribución de su significado para el operador jurídico, es claro; dicha atribución se materializa mediante tres metodologías, a saber, por reglas o normativo, el de bivalencia y el de subsunción, tanto en un sentido positivo, de aplicación; o negativo de no aplicación.
9. Existen casos en los cuales la atribución de significado de un concepto jurídico indeterminado es dudosa o difícil, frente a lo cual existen tres teorías que intentan dilucidar este problema; la de la única respuesta correcta, el mecanismo específico judicial de la discrecionalidad ‘débil’ y el de la discrecionalidad ‘fuerte’.
10. La única respuesta correcta es la conclusión lógica, de una disyuntiva, donde se presentan contrarios, que como es obvio, solo una es la correcta. El operador jurídico, por muy complejo que le pueda resultar, tiene siempre una solución a la controversia que ha de resolver, y que la ha de encontrar en el derecho, sea el derecho explícito, el derecho implícito (los principios que sustentan al ordenamiento) o incluso en la tradición jurídica del país.
11. La discrecionalidad débil indica que la elección potestativa del operador jurídico, es presentado por la norma misma, de acuerdo a derecho y dentro del derecho, de ahí que esta solución sea de discrecionalidad limitada.
12. En la discrecionalidad fuerte, para que el decisor pueda resolver con una respuesta concreta ha de salir fuera del Derecho ejerciendo su facultad discrecional, y ha de hacerlo “como si fuera un legislador”. Desde esta posición, la concreción de un

término indeterminado es algo discrecional del operador jurídico, y se trata de una discrecionalidad abierta (discrecionalidad fuerte).

13. A pesar de la indeterminación de un concepto jurídico finalmente el operador jurídico debe dar una respuesta que lo concrete, pero dicha respuesta no le quita su nota característica de indeterminación al concepto o término jurídico incluido en una norma que observamos, sino que sólo resuelve dicha indeterminación en el caso concreto. Aunque, esa solución en ese caso concreto será contemplada por los juristas cuando éstos hayan de asignar de nuevo significado a aquel término indeterminado en un nuevo caso. De ahí que la jurisprudencia sea el mecanismo que mayormente se utiliza en los conceptos jurídicos indeterminados para la atribución de significado concreto.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, en Eugenio Bulgin, y otros, *El lenguaje en el derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del derecho*, Ed. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, 1980.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, “Comentario Parte I Ámbito de Aplicación”, en Luis, Diez-Picazo, coord., *La Compraventa internacional de mercaderías, comentario a la Convención de Viena*, Ed. Arandazi S.A., Navarra, 1997.
- Carlos Gilberto Villegas; *Contratos mercantiles y bancarios*, Tomo I, Ed. Carlos Gilberto Villegas, Buenos Aires, 2005.
- Caro Nieto, Juan, *La Formación del Contrato bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercancías*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.
- Del Real Alcalá, Alberto, “¿Certeza del derecho vs. indeterminación jurídica? El debate entre positivistas y antipositivistas”, *Revista Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, ARSP Beiheft, n° 2106, Vol I, (*Legal Theory/Legal Positivism and Conceptual Analysis*, Ed. Moreso, J.J, Franz Steiner Verlag, Stuttgart/Hannover-Germany, 2007.
- Del Real Alcalá, Alberto, “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, en Revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del derecho* (bilingüe inglés-español) del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 1, México DF, 2007.
- Del Real Alcalá, Alberto, “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico

indeterminado”, *Revista de derecho ‘Foro’*, Universidad Internacional Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, nº 2, segundo semestre 2003/I semestre 2004, Quito-Ecuador, p. 128.

Diccionario Jurídico Espasa, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1999.

Diez-Picazo, Luis y de León, Ponce, *La Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, Ed. Thomson, Navarra, 1997.

Dwonkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. Esp. de M. Guastavino, Ed. Ariel, Barcelona, 1995.

Endicott, Timothy A.O., “El derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *derechos y Libertades, revista* N° 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, p. 179; traducción del inglés: Endicott, T.A.O.: “Law is Necessarily Vague”, *Legal Theory*, 7, Cambridge University Press, 2001.

Endicott, Timothy A.O., *La vaguedad en el derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

Esplugues Mota, Carlos, “Compraventa internacional de mercaderías: La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías”, en Carlos Esplugues Mota y Daniel Hargain, coord. *Derecho del comercio internacional, Mercosur – Unión Europea*, Ed. Reus, Buenos Aires, 2005.

Fernández Cueva, María Yolanda, “El concepto jurídico indeterminado de ‘servicio especial’ en la Constitución española”, en *Revista de Administración Pública*, Vol. 170, Universidad Complutense de Madrid, mayo – agosto, 2006.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

García de Enterría, Eduardo, «Potestades regladas y potestades discrecionales», en E. García de Enterría, y T.R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Cívitas, Madrid.

- Garro, Alejandro Miguel y Zuppi, Alberto Luis, *Compraventa Internacional de Mercadería*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1990.
- H.L.A., Hart, *El concepto del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Hart, H.L.A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, en Alberto del Real Alcalá, “¿Certeza del derecho vs. Indeterminación jurídica?”
- Honnold, John O, *Derecho Uniforme sobre Compraventa Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.
- Illescas Ortiz, Rafael; Perales Viscasillas, Pilar, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces Universidad Carlos III, Madrid, 2003.
- José Vicente Troya y Carme Amalia Simone Laso, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: su regulación en la Convención de Viena de 1980 y su aplicación en el Ecuador*, inédito, Quito, 2009.
- Kahn, Philippe, “La Convención de Viena de 11 de abril de 1980. Caracteres et domaine d’application”, 1989.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del derecho*, Ed. Colofón, México D.F., 1994.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Esp. de R.J. Vernengo, Ed. Porrúa, 7ª ed., México DF, 1993.
- Larroumet, Cristian y otros, *Compraventa Internacional de Mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Ed. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas -Javegraf -, Bogotá, 2003.
- López Medina, Diego, “Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, México D.F., 2005.
- Malem, Jorge y otros, *Filosofía del derecho, La función Judicial, Ética y Democracia*,

Ed. Gedisa, Barcelona, 2003.

Moreso, José Juan, *La indeterminación en el derecho y la interpretación de la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Oliva Blázquez, Francisco, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de Aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002-

Ortega Gutiérrez, David, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

Silva-Ruiz, Pedro F., “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en Atilio Aníbal Alterini y otros, *Contratación Contemporánea*, Ed. Temis-Palestra, Lima-Bogotá, 2000.

Torregrosa Carné, María Dolores, “Técnicas Procedimentales Alternativas en los supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, en *Alternativas Convencionales en el derecho Tributario*, Teresa Armenta, María Dolores Torregrosa y otros, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

Troya, José Vicente y Simone, Carme Amalia, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: su regulación en la Convención de Viena de 1980 y su aplicación en el Ecuador*, inédito, Quito, 2009.

Waismann, Friederich, en Timothy A.O. Endicott, *La vaguedad en el derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

Wroblewski, J., J., *Sentido y hecho en el derecho*, Universidd del País Basco, San Sebastián, 1990.

Fuentes electrónicas:

Convención de Viena de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida como CNUCCIM por sus siglas en español o como CISG

por sus siglas en inglés: Convention for the International Sale of Goods, disponible en www.cisg.law.pace.edu

Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (cisg): primera opinión del consejo consultivo de la convención (cisg-ac), en <http://vlex.com/vid/viena-mercaderias-cisg-consultivo-212655>

Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, disponible en:

[http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?](http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?OpenElement)

[OpenElement](http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?OpenElement)

Ferrari, Franco, *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>.

Perales, María del Pilar, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#ii14>.

UNCITRAL, página oficial: www.uncitral.org