



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Bueno es estar vigilantes

DOCTRINA

Delpiazzo, Carlos E. y Robaina Raggio, Andrés

Estado de Derecho y ocupaciones

Durán Martínez, Augusto

Importancia política de la defensa nacional
y las Fuerzas Armadas

Fernández Reyes, Jorge

El orden jurídico del Mercosur

Gesta Leal, Rogerio

O controle jurisdiccional de políticas públicas
no Brasil: possibilidades materiais

Mangarelli, Cristina

Acoso laboral, concepto y protecciones

Venturini, Beatriz

¿Y si nos asomamos a la problemática de la
contaminación acústica (Ley 17.852)?

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Fernández de Buján, Antonio

La reforma de la jurisdicción voluntaria:
problemas, interrogantes, soluciones

Ochs, Daniel

La caducidad de los reclamos contra el Estado

Rodríguez Arana, Jaime

Pluralismo y Nacionalismo

JURISPRUDENCIA COMENTADA

3 Sentencia del Tribunal de lo Contencioso
Administrativo N° 467/004 de 11 de agosto de 2004 119

Loaiza Keel, Carlos

7 La responsabilidad tributaria de los socios y Directores
y su interpretación jurisprudencial políticamente
orientada luego de la ley N° 17.930 119

INFORMACIONES

19 Equipo de Derecho debutó en competencia
de argumentación jurídica 135

27 Noticias de la Facultad 137

El Instituto Suizo de Derecho Comparado 139

TESINAS DE MASTERS

Eula, Veigan

53 Contratos concertados fuera del
establecimiento comercial y títulos valores.
67 Protección del consumidor vs. seguridad
del tráfico jurídico en el Derecho uruguayo 143

MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

Bott, Ingo

75 Los errores de tipo y los problemas correspondientes
en el Derecho penal de Alemania y Uruguay 173

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Estudios de Derecho Societario 193

Tratado de Derecho Administrativo 195

Derecho Penal para Escribanos 209

Normas laborales y de seguridad social 211

Derecho aplicable al transporte multimodal
entre Uruguay y los demás países integrantes
del Mercosur 213

MENSAJE DEL DECANO

Bueno es estar vigilantes

Lord Acton decía ya hace tiempo que el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente. Pero algunos gobernantes en la actualidad han aprendido la lección y ya no se muestran como detentando un poder absoluto; son más astutos y sutiles que otrora. Hacen como que gobiernan en democracia, hacen como si los ciudadanos fueran tenidos de vez en cuando en cuenta, mientras que subterráneamente trabajan para mantener a sus gobernados en una idiótica ignorancia. El pan y el circo de los romanos no ha cambiado mucho; sólo se ha tecnificado con nuevas formas de entretenimiento y le han colocado nuevos disfraces a la vieja esclavitud. Esto resulta más palpable en los países llamados del tercer mundo en donde *la corrupción* tiene más posibilidades de florecer. Por eso resultará útil recordar algunos de sus síntomas o manifestaciones más comunes, de acuerdo en parte con la enumeración que hace el profesor Caiden citado en la obra del profesor español Jaime Rodríguez-Arana "Ética, Poder y Estado", y por otra parte con algunos añadidos hechos por quien suscribe:

- a) amplia presencia del Estado (sector público) en la gestión de la economía
- b) reducción del libre mercado
- c) debilitamiento de los sistemas de control
- d) altos índices de presión fiscal con una voracidad impositiva que debilita o anula toda proyección de crecimiento a mediano o largo plazo
- e) inequidad de tratamientos entre los sectores público y privado
- f) ausencia de reglas claras y de largo alcance en materia de inversiones
- g) burocracia excesiva que se torna en un sistema de dificultades y obstáculos para las aspiraciones del ciudadano común
- h) ausencia de información (transparencia) en la gestión tanto pública como privada
- i) sobreabundancia de leyes, decretos y reglamentaciones que paralizan o al menos enlentecen cualquier iniciativa
- j) intervencionismo y corporativismo entendidos como medios para frenar el crecimiento de la persona individual
- k) inseguridad ciudadana cada vez más acosada por delincuentes no sólo en las calles sino también en las oficinas (los delincuentes llamados de cuello blanco...)

Y todo ello sumado a una mentalidad que rinde culto al éxito, la eficacia, el dinero y al poder como únicas metas importantes en la vida.

Hay otro aspecto con el que también se debe estar alerta sobre todo en los tiempos que corren. A poco que observemos la realidad cotidiana que nos transmiten los medios de comunicación, se puede detectar un proceso de confusión, de mixtura, que en algunos países



Revista de DERECHO

Publicación semestral de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Montevideo

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

Dr. Carlos de Cores
Dr. Alberto Faget Prati
Dr. Jorge Fernández Reyes
Dr. Ronald Herbert
Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga
Dr. Pedro Montano Gómez
Dr. Santiago Pérez del Castillo
Dr. Siegbert Rippe

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Juan Manuel Gutiérrez
Dr. Pablo Labandera

*

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho
Universidad de Montevideo
Prudencia de Pena 2440
11600 Montevideo - Uruguay

Impresión

Zonalibro
Gral. Palleja 2478
Tel.: 208 78 19 - Telefax: 208 96 03
Montevideo - Uruguay
E-mail: zonalibro@adinet.com.uy

Deposito Legal 337.657 / 06
Edición amparada en el decreto 218/996
(Comisión del Papel)

ISSN: 1510-5172

Las expresiones y opiniones vertidas
por los autores de cada obra publicada
en esta Revista, son de su exclusiva
responsabilidad

Año V (2006), N° 9

ofrece dos variantes: *la judicialización de la política y la politización de la justicia*. Lo primero se da cuando algunos políticos utilizan sus fueros o los privilegios que les brindan los medios, para influir en la opinión pública acusando a personas o empresas con notoria liviandad y ausencia total de medios probatorios. Esas acusaciones, verdaderos disparos al aire, muchas veces terminan en la nada, se disipan como el aire; pero durante el tiempo que duran siembran dudas, generan sospechas, abren interrogantes nunca antes formuladas y lo que es peor, ensucian a esas personas afectando su buena fama y su nombre, cosa luego muy difícil de reponer. El daño ya está generado y por más que luego vengan enmiendas y retractaciones, el objetivo, la “estrategia política” de afectar y empañar la credibilidad de esas personas ya fue lograda. Contra esto hay que estar prevenido, y en tal sentido, la responsabilidad ética de quienes emiten y transmiten esos comentarios, sean los emisores primarios o sus portavoces, debe complementarse con la responsabilidad civil y penal si correspondiere. Hace poco el Rector Mariano Brito me comentaba que uno de los mejores consejos que recibió en su vida universitaria se lo había dado un profesor de práctica forense, el Dr..... “*Cuando ejerzan la profesión recuerden siempre, y sobre todo en materia penal, de no tipificar nunca las conductas. Uds. limítense a describir los hechos de la forma más completa y objetiva posible; pero no sean Uds. los que catalogan o le ponen etiquetas a esos hechos. Ya se encargarán otros, si correspondiere, de hacerlo*”

En el otro sentido, la otra cara del problema puede ser el de la politización de la justicia. Afortunadamente en los países de arraigada tradición democrática en los que la separación de poderes es una realidad y no mera fachada, el problema difícilmente aparece. Pero como ya veremos, la palabra democracia puede a veces emplearse como un cheque en blanco para que nos induzca a aceptar cualquier modalidad de gobierno. Entonces, so capa “democrática”, pueden urdirse sutiles dictaduras en las que parece existir una formal separación de poderes pero que en el fondo reflejan un control total o parcial de un poder, generalmente el Ejecutivo, frente al Judicial. Ni más ni menos es lo que puede ocurrir en un país en el que se pretenda modificar el número de integrantes del órgano elector de miembros a jueces de la Suprema Corte (v.g. Consejo de la Magistratura) en potencial beneficio de los intereses del Poder Ejecutivo. O ejercer distinto tipo de presiones para que la justicia se dirija hacia donde el Poder Ejecutivo quiera. O llenar los cargos vacantes de la magistratura con designaciones en las que prime la afiliación política y no la capacidad profesional y técnica del designado. Entonces, por más democracia que impere en tal o cual país, la realidad será distinta; tendremos una justicia politizada, ideológicamente atada y por ende sesgada, lo que la tornará potencialmente injusta, una careta o disfraz de justicia.

Nunca estará de más que nosotros – como operadores del derecho y sobre todo como buscadores de la verdadera justicia – estemos vigilantes en torno a estas manifestaciones y si fuera necesario, con fortaleza las denunciemos ante quien corresponda. No siempre será fácil y a veces podremos salir maltrechos; todo dependerá de qué fines tengamos y de qué sentido procuremos darle a nuestra profesión y más allá todavía, a nuestra vida.

Montevideo, marzo de 2006

Nicolás Etcheverry Estrázulas



DOCTRINA

- **Delpiazzo, Carlos E. y Robaina Raggio, Andrés** - *“Estado de Derecho y ocupaciones”*
- **Durán Martínez, Augusto** - *“Importancia política de la defensa nacional y las Fuerzas Armadas”*
- **Fernández Reyes, Jorge** - *“El orden jurídico del Mercosur”*
- **Gesta Leal, Rogerio** - *“O controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”*
- **Mangarelli, Cristina** - *“Acoso laboral, concepto y protecciones”*
- **Venturini, Beatriz** - *“¿Y si nos asomamos a la problemática de la contaminación acústica (Ley 17.852)?”*

ESTADO DE DERECHO Y OCUPACIONES

CARLOS E. DELPIAZZO

Profesor de Derecho Público II, Universidad de la República
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo
Director del Master de Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo

ANDRÉS ROBAINA RAGGIO

Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Constitucional, Universidad de Montevideo
Miembro del Área Académica de Derecho Constitucional y Derechos Humanos,
Universidad Católica del Uruguay

SUMARIO:

- I) INTRODUCCION. II) ALCANCE DEL ESTADO DE DERECHO.
III) REALIDAD DE LAS OCUPACIONES. IV) CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La reciente proliferación de ocupaciones por los trabajadores de sus lugares de trabajo, tanto en el ámbito público como en el privado, ha planteado la cuestión de la regularidad jurídica de tal modo de proceder.

En efecto, en todo Estado de Derecho, es valor entendido que, en palabras del dicho popular, “el derecho de uno termina donde empieza el de los demás”.

Siendo así, corresponde examinar si existe un derecho a ocupar el lugar de trabajo y, en su caso, si el mismo puede ser reconocido por una norma de rango legislativo o reglamentario teniendo en cuenta la limitación -o aún conculcación- que ello puede significar respecto a otros derechos reconocidos y garantizados por la Constitución.

A partir de la constatación de que la situación no presenta igual encuadramiento jurídico cuando es llevada adelante por trabajadores del sector privado y del sector público, se pondrá la atención preferentemente en el primer caso sin perjuicio de algunas referencias al segundo, en el que imperan distintos fundamentos.

II. ALCANCE DEL ESTADO DE DERECHO

A) Noción

El punto de partida para el análisis de la cuestión debe ser la noción misma de Estado de Derecho.

Al respecto, bien se ha dicho que “El origen de los conceptos y principios capitales que se concretan en la fórmula literal germánica *Estado de Derecho* (sumisión de la Administración a la ley y a los Tribunales de Justicia) no es fruto de la creación doctrinal de los juristas alemanes, sino, en gran parte, de la evolución liberal del Derecho público inglés, inspirador de las doctrinas de la separación de poderes y la tutela de los derechos individuales, que fueron consagradas en las Constituciones revolucionarias americanas y francesas, de fines del siglo XVIII y en las que se inspiraron en ellas como modelo”¹.

“La vinculación existente entre las bases ideológicas y el desarrollo histórico del Estado Constitucional contemporáneo, protector de los derechos del hombre, de raíz anglo-franco-americana y el desenvolvimien-

¹ Alberto Ramón REAL – “El Estado de Derecho (Rechtsstaat)”, en “Estudios Jurídicos en Homenaje a Eduardo J Couture” (Montevideo, 1957), pág. 589.

to paralelo y efectivo del Estado de Derecho, constituye una verdad generalmente comprobada y afirmada por la doctrina”².

Entre nosotros, Real caracterizó al Estado de Derecho como “aquel que en sus relaciones con sus súbditos y para garantía de los derechos de éstos, se somete él mismo a un régimen de Derecho, y está sujeto en su acción a reglas que, primero, determinan los derechos que se reservan los ciudadanos (los habitantes en general) y segundo, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado”³, agregando que “el Estado de Derecho, supone, esencialmente, la finalidad estatal tutelar de los derechos humanos”.

Más recientemente, se han señalado como componentes básicos del Estado de Derecho: la sumisión del Estado al Derecho, la existencia de un sistema de control razonablemente efectivo y la regulación de los derechos humanos⁴.

En cuanto a la *sumisión del Estado al Derecho*, la misma se manifiesta en los principios de constitucionalidad, de legalidad, de jerarquía normativa, de descentralización, de publicidad, de irretroactividad y de responsabilidad⁵.

Es que para que el Estado de Derecho sea realmente tal no alcanza con que se proclame el sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico sino que es necesario que se aseguren medios eficaces de que los actos del poder público no se excederán de su cauce, sea llamando a responsabilidad a los gobernantes, sea corrigiendo los actos que hayan sido dictados con apartamiento de la regla de Derecho.

De ahí que la existencia de un *sistema de control* apropiado y efectivo sea básico en todo Estado de Derecho, a fin de evitar que no se traicionen sus fines últimos y el respeto de los derechos fundamentales.

En cuanto a la *regulación de los derechos humanos*, destaca Risso Ferrand que “es preciso que encontremos una regulación constitucional de determinados derechos básicos, normalmente denominados derechos fundamentales o derechos humanos” ya que “no cualquier reconocimiento constitucional de estos derechos es suficiente para coincidir en que estamos frente a un Estado de Derecho, sino que la regulación debe presentar un contenido positivo y operativo”⁶.

Es que el Estado de Derecho no es una obra acabada ni ha permanecido inalterada⁷ sino en construcción para la procura de la finalidad que lo configura: “*concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana*. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la aceptación de una sustancia impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya proyección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela”⁸.

El hoy del Estado de Derecho se caracteriza por las notas de democrático y social, en que no sólo se respetan sino que se garantizan los derechos fundamentales -todos- en equilibrio entre sí⁹.

B) Bases constitucionales

Es valor unánimemente aceptado -tanto por nuestra doctrina constitucional¹⁰ como administrativa¹¹- que la Constitución uruguaya consagra la existencia de un verdadero Estado de Derecho, democrático y social.

Aún cuando la Carta no utiliza tales expresiones -como, en cambio, lo hacen textos comparados más modernos- es evidente que incorpora los rasgos definitorios de tales atributos.

² Alberto Ramón REAL - “El Estado de Derecho (Rechtsstaat)” cit., pág. 593

³ Alberto Ramón REAL - “El Estado de Derecho (Rechtsstaat)” cit., pág. 603

⁴ Martín RISSO FERRAND - “Derecho Constitucional” (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 382.

⁵ Martín RISSO FERRAND - “Derecho Constitucional” cit., pág. 382.

⁶ Martín RISSO FERRAND - “Derecho Constitucional” cit., pág. 390.

⁷ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” (UNAM - Porrúa, México, 2005), pág. 4 y sigtes.

⁸ Mariano R. BRITO - “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), pág. 256.

⁹ Carlos E. DELPIAZZO - “Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo”, en V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Quito, 2006), pág. 105 y sigtes.

¹⁰ Horacio CASSINELLI MÚÑOZ - “Derecho Público” (F.C.U., Montevideo, 1999), pág. 50 y sigtes.; José KORZENIAK - “Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional” (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 313 y sigtes.; y Martín RISSO FERRAND - “Derecho Constitucional” cit., pág. 375 y sigtes.

¹¹ Alberto Ramón REAL - “El Estado de Derecho (Rechtsstaat)” cit., pág. 585 y sigtes.; Daniel Hugo MARTINS - “Introducción al Derecho Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 1982), pág. 96; Mariano R. BRITO - “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” cit., págs. 217 y sigtes., y 249 y sigtes.; y José A. CAGNONI - “Estudios sobre el Estado democrático y social de Derecho” (Barreiro y Ramos, Montevideo, 1989).

En primer lugar, configura un **Estado de Derecho** porque todos los actos del poder público están sometidos al Derecho y se reconocen ampliamente los derechos fundamentales en el marco de un sistema de control efectivo.

Al respecto, en cuanto a la referida *sumisión del Estado a Derecho*, la Constitución consagra un amplio régimen de responsabilidad, tanto patrimonial como política, penal y disciplinaria (arts. 24, 25, 93, 147, 148, 174 y 296), a la vez que contempla la desaplicación de los actos legislativos declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia (arts. 256 a 261) y la anulación de los actos administrativos contrarios a la regla de Derecho por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 309 a 313)¹².

Otro tanto ocurre con el *reconocimiento de los derechos fundamentales*, a cuya tutela efectiva la Carta dedica la Sección II, titulada "Derechos, deberes y garantías".

La disposición que la encabeza, que es el art. 7º, establece que "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad". Quiere decir que la Constitución reconoce como preexistentes dichos derechos y se limita a consagrar el derecho a la protección en el goce de los mismos.

Complementariamente, el art. 72, que cierra dicha Sección II, prevé que "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno". Por lo tanto, confirma que hay derechos que son tales no porque lo diga la Constitución, sino por su condición de inherentes a la personalidad humana¹³.

En materia de *control*, además de la separación de poderes que surge de los arts. 83, 149 y 233, la Constitución regula otras formas de control, tanto jurisdiccional como administrativo¹⁴.

En segundo lugar, que se está ante un **Estado democrático** surge nítidamente del pluralismo social y político (institucionalizado a través de los partidos políticos), de la amplia participación ciudadana a través de la elección periódica de autoridades y de multiplicidad de institutos de gobierno directo (tales como la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito), y del explícito reconocimiento de que "La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación" (art. 4º), la cual "adopta para su gobierno la forma democrática republicana" (art. 82).

En tercer lugar, es posible catalogar al nuestro como un **Estado social** -por oposición al individualista plasmado en la Constitución de 1830¹⁵- en la medida que, a partir de la reforma constitucional de 1934, se reconocen los derechos fundamentales de segunda generación, que implican la protección de bienes tales como la familia, los menores, el trabajo, la salud, la enseñanza y la vivienda (especialmente en los arts. 40 a 71), que implican una reformulación del concepto de igualdad y del rol del Estado.

C) Equilibrio de derechos

La noción de Estado de Derecho se caracteriza no sólo por el respeto y la garantía del conjunto de los derechos fundamentales, sino por el **armónico relacionamiento** de éstos, en atención a la unidad del sujeto humano y en orden a su realización.

En efecto, los derechos humanos no admiten ser considerados exclusivamente como *limitación al poder estatal*, erigiéndose también frente a los demás particulares. Como se ha señalado, "es claro que es el hombre, con su dignidad, con su naturaleza, con su personalidad, el que propone la materia de los derechos humanos, pero la proporciona porque es aquella misma naturaleza la que está inserta esencial y existencialmente en un orbe de relaciones sociales, en una sociedad"¹⁶.

Tal circunstancia de la *limitación frente a los demás* no puede llevar a pensar en la inexistencia de la pretendida armonía entre derechos, afirmando la constante colisión de los mismos, en el marco de las relaciones sociales en que está inserto el hombre.

Es que, "los derechos, a diferencia de los intereses de las personas, son armónicos (...). Los seres humanos tenemos pretensiones y somos capaces de advertir que los demás también las tienen, y que para cada uno la propia pretensión constituye una verdad incontestable. Un orden jurídico se construye al advertir esta igualdad de los diferentes individuos, que es precisamente lo que origina la concurrencia o el conflicto potencial. Si el otro es tratado como un obstáculo, como una cosa, no hay orden jurídico, sino violencia; pero

¹² Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "Derecho Público" cit., págs. 50 a 57

¹³ Carlos E. DELPIAZZO - "Dignidad humana y Derecho" (U.M., Montevideo, 2001), pág. 27 y sigtes.

¹⁴ Carlos E. DELPIAZZO - "Desafíos actuales del control" (F.C.U., Montevideo, 2001), págs. 57 a 68 y 71 a 86.

¹⁵ Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "Derecho Público" cit., pág. 58

¹⁶ Germán BIDART CAMPOS - "Teoría General de los Derechos Humanos" (UNAM, México, 1989), pág. 147.

si es reconocido como un igual, se podrá tratar de armonizar la propia aspiración con las ajenas y, sobre la base de una verdad común, construir una regla de convivencia, esto es, un orden jurídico”¹⁷.

La armonización de los derechos se impone asimismo como consecuencia de una adecuada hermenéutica constitucional, que parte de la necesaria unidad de la Constitución, haciendo compatible internamente su contenido, y evitando la supresión recíproca de disposiciones, al menos en los casos concretos. Como se ha destacado, “se trata, en definitiva, de no admitir más interpretaciones de cada disposición constitucional que aquellas que resultan compatibles con las restantes disposiciones”¹⁸.

Lo antedicho conduce a la constatación de que salvo respecto a la vida -supuesto de todos los demás derechos humanos- **no hay jerarquías rígidas entre los derechos** ya que no hay fundamento alguno de Derecho positivo para atribuir diferente peso a los derechos, pretendiendo dar solución, por esta vía, a los supuestos casos de conflictos o colisiones entre ellos.

Según se ha destacado, “las diferentes jerarquizaciones propuestas suelen depender de criterios y baremos que, aunque gozan de cierta justificabilidad en términos constitucionales, se encuentran fuertemente marcados por condicionamientos ideológicos”¹⁹.

En todo caso, puede ser un método alternativo de interpretación constitucional empleado en la resolución de los supuestos conflictos entre derechos, el denominado *balancing test* o **ponderación de los derechos** aparentemente enfrentados.

“Los expositores de esta tesis procuran sopesar los derechos en juego. El punto de partida radica en considerar que todos los derechos y bienes son iguales y equivalentes entre sí, por lo que se impone una necesaria y casuística ponderación. Por regla general, los partidarios de esta tesis no proporcionan criterios para realizar la ponderación”²⁰.

El problema de los métodos referidos es que llevan implícito “que los dos derechos alegados existen en el caso concreto, pero uno de ellos (...) debe sacrificarse en aras de un contrincante superior en abstracto y a priori -tal es el caso de la categorización o jerarquización- o superior en concreto -como ocurre con el método del balance-”²¹, es la “multiplicación de las falsas oposiciones: derecho de información o derecho al honor..., libertad de empresa o justicia social, ecología o desarrollo. No hay matices ni complementariedad...”²².

Por eso, partiendo de la necesaria interpretación armónica de los derechos, impuesta no sólo por la unidad del sujeto humano, sino también por la regla general de interpretación constitucional sistemática, en casos de concurrencia de derechos, la labor del intérprete se centrará en pensar cada uno de los derechos en juego desde su *contenido esencial*, a efectos de determinar, no el “peso” concreto de los mismos, para determinar cual es más importante o cuál debe rendirse, sino, cual de ellos comparece y cuál no”²³.

Determinar el contenido esencial de un derecho es “mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”. El contenido esencial no es la última valla, que defiende un pequeño reducto inexpugnable para que aún pueda decirse que existe el derecho, sino que implica el amplio ámbito de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexcusable, y no puede ser dejado de lado por razones utilitarias”²⁴.

¹⁷ Pedro SERNA y Fernando TOLLER – “Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales” (La Ley, Buenos Aires, 2000), págs. 38 y 39.

¹⁸ Pedro SERNA y Fernando TOLLER – “Interpretación...” cit., pág. 35.

¹⁹ Pedro SERNA y Fernando TOLLER – “Interpretación...” cit., pág. 7.

²⁰ Eduardo ESTEVA – “Los conflictos entre el derecho a la información y el derecho al honor en el Derecho comparado”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2002), Año 1, N° 1, pág. 92.

²¹ Pedro SERNA y Fernando TOLLER – “Interpretación...” cit., pág. 29.

²² Cfm. Juan CIANCIARDO, cit. por Eduardo ESTEVA – “Los conflictos entre el derecho a la información y el derecho al honor en el Derecho comparado”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo cit., pág. 90.

²³ Pedro SERNA y Fernando TOLLER – “Interpretación...” cit., pág. 30. Según destacan los autores citados, no debe perderse de vista que “en ocasiones, la determinación del contenido esencial puede conducir a un resultado idéntico al que se ha llegado o podría haberse llegado por vía de los métodos de jerarquización y, sobre todo, de la ponderación” (pág. 43).

²⁴ Pedro SERNA y Fernando TOLLER – “Interpretación...” cit., págs. 40 a 49.

III. REALIDAD DE LAS OCUPACIONES

A) Noción

A partir de la realidad, puede decirse que la ocupación de los lugares de trabajo aparece como una medida gremial, de naturaleza colectiva, que se presenta habitualmente como una “modalidad atípica” o “prolongación” del derecho de huelga.

Según se ha señalado, “los móviles que están presentes en el origen de la ocupación de los establecimientos de trabajo son la intención de preservar la fuente de trabajo, el interés de poner obstáculos al empleador para continuar la actividad, el deseo de impedir la contratación de reemplazantes y la oportunidad de agravar la misma acción de protesta”²⁵.

En la práctica se traduce en el ingreso no permitido a los lugares de trabajo, impidiendo el acceso del empleador, proveedores y otros trabajadores con voluntad de trabajar, paralizando el equipamiento disponible o usándolo según pautas propias.

B) Derechos en juego

Siendo que no existe en nuestro Derecho positivo norma expresa que haga referencia a un supuesto derecho a ocupar bienes ajenos, corresponde analizar los derechos que se invocan para fundar y para rechazar tal modo fáctico de proceder, actualmente de moda.

Por un lado, además del derecho de huelga, para la adopción de tal medida se suele invocar el derecho de reunión y la libertad de pensamiento por parte de los ocupantes.

Por otro lado, quienes reaccionan contra dicha práctica, argumentan la afectación de otros derechos, tales como el derecho de propiedad del titular del establecimiento, la libertad de comercio, industria y actividades lícitas, el derecho al trabajo de los trabajadores no ocupantes y del empleador, y el derecho a la seguridad jurídica.

Ante la improcedencia de afirmar la existencia de una solución constitucional que establezca una determinada jerarquización entre los distintos derechos, tomando como pauta hermenéutica la compatibilidad y armonía de los derechos antes que su oposición, la labor del intérprete debe consistir en perfilar hasta dónde, y en qué medida, puede argumentarse el ejercicio de los derechos referidos, a la hora de fundar jurídicamente la ocupación o la oposición a la misma.

Por una parte, comenzando por el **derecho de huelga**, es de ver que, tal como destacaran Couture y Plá, “no hay en el ordenamiento jurídico uruguayo ninguna definición ni caracterización legal, por lo que debemos atenernos al fenómeno de la huelga, tal como se nos presenta en la realidad”²⁶, afirmando que, para que exista huelga, a su entender, se requieren tres elementos:

- a) la omisión de prestar el trabajo;
- b) la voluntad de dar, a esa omisión, significado de reclamación o protesta; y
- c) el carácter colectivo del hecho.

Señalan ambos maestros que “La huelga es, antes que nada, una omisión de trabajo: el dejar de realizar la prestación de tareas a que estaría obligado cada empleado u obrero en virtud del contrato de trabajo. La omisión es el elemento más aparente, más notorio de la huelga. Esta siempre se presenta como una inexecución de la labor”²⁷.

Aún cuando en la huelga no todo es omisión (ya que suele ir acompañada de una actividad demostrativa o exteriorizante de la voluntad inherente a la resistencia), es de ver que se opone conceptualmente a la ocupación que, en esencia, es acción sobre los bienes del empleador.

El art. 57 de la Constitución, incorporado en la reforma constitucional de 1934²⁸, en una redacción que se mantiene inmodificada hasta el día de hoy, dispone que “La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá,

²⁵ Santiago PEREZ DEL CASTILLO – “El Derecho de Huelga” (F.C.U., Montevideo, 1993), pág. 358.

²⁶ Eduardo J. COUTURE y Américo PLÁ RODRIGUEZ – “La huelga en el Derecho uruguayo” (Montevideo, 1951), pág. 81.

²⁷ Eduardo J. COUTURE y Américo PLÁ RODRIGUEZ – “La huelga...” cit. pág. 82.

²⁸ La fuente inmediata de la disposición la constituye el proyecto preparado por una serie de dirigentes nacionalistas en 1931, no pudiéndose mencionar como antecedente ni la Constitución de Weimar de 1919 ni la Constitución española de 1931, principales fuentes de estos capítulos.

asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad”.

La discusión del texto en la Convención Constituyente no fue muy extensa ni muy ordenada, desarrollándose el debate en dos planos: en un plano general, discutiéndose la procedencia o no del reconocimiento del derecho de huelga; y en un plano particular, en referencia a algunas cuestiones vinculadas con el alcance de la disposición ²⁹.

La declaración constitucional de la huelga como derecho gremial significa no sólo que el Estado no puede prohibir las huelgas castigándolas penalmente, sino también que, producidas las huelgas, ellas importan una simple suspensión del contrato de trabajo y no la ruptura del mismo, superándose anteriores etapas verificadas en el marco de la evolución del enfoque jurídico del fenómeno ³⁰.

Por lo que refiere al **derecho de reunión**, el mismo se encuentra garantizado por el art. 38 de la Constitución vigente, según el cual “queda garantido el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley; y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden público”.

Conforme lo definiera Jiménez de Aréchaga, “reunión es el concurso temporario de un conjunto de personas en un mismo lugar, que tiene por finalidad la exposición de ideas, el debate o la exhibición de una fuerza social” ³¹.

Asimismo, se ha destacado que la reunión, para ser tal, requiere de tres elementos básicos: a) agrupamiento organizado (o con un mínimo de organización); b) discontinuo; y c) destinado al intercambio de ideas ³².

En cuanto a la **libertad de pensamiento**, debe destacarse que la misma se encuentra aludida por la Constitución como forma específica de la libertad y garantizada concretamente por la Carta.

Como se ha señalado, “cuando el pensamiento trasciende al mundo exterior, posee consecuencias sociales y jurídicas. Aparece entonces el derecho de expresión o comunicación de pensamientos. De esta manera, la libertad de pensamiento, válidamente entendida, incluye la libertad de exteriorizar creencias y opiniones, como complemento indispensable del librepensador” ³³.

Según dispone su art. 29, “es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren”.

Analizando la referida disposición, y luego de destacar que es el único caso del texto constitucional en donde se califica a la libertad de “entera”, y se usa una fórmula, que permite enmarcar a los futuros medios de comunicación que pudieren irse creando, Cassinelli Muñoz señala que la norma, al hablar de “comunicación” de pensamientos y no solamente de “expresión”, está protegiendo a los dos polos de la relación comunicativa: a quien expresa y a quien percibe el pensamiento comunicado. “Y el que expresa el pensamiento, el que ejerce la libertad de expresión lo hace con un alcance que llega hasta la comunicación al otro, de manera que se viola su libertad si no se permite o se obstaculiza el acceso de sus pensamiento al destinatario” ³⁴.

Por otra parte, el ejercicio del **derecho de propiedad** se concreta en la posibilidad de apropiarse y disponer de determinado bien. Según define el art. 486 de nuestro Código Civil, “el dominio, que se llama también propiedad, es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley ni contra derecho ajeno”.

Aún cuando el uso “arbitrario” de lo propio debe considerarse vedado por la superación de la concepción individualista de la propiedad ³⁵, nuestra doctrina define este derecho señalando que “consiste en usar, gozar y disponer libremente de una cosa, con tal de que no sea contra Derecho” ³⁶.

²⁹ Eduardo J. COUTURE y Américo PLÁ RODRIGUEZ – “La huelga...” cit. pág. 26.

³⁰ Eduardo J. COUTURE y Américo PLÁ RODRIGUEZ – “La huelga...” cit. pág. 107 y sigtes.

³¹ Justino JIMENEZ DE ARÉCHAGA - «La Constitución Nacional» (Cámara de Senadores, Montevideo, 1991), tomo I, pág. 270.

³² Martín RISSO FERRAND – “Derecho Constitucional” cit., pág. 649.

³³ Elbio LÓPEZ ROCA – “La libertad de pensamiento”, en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1996), tomo XII, N° 67-71, pág. 451 y sigtes.

³⁴ Horacio CASSINELLI MÚÑOZ – “Derecho a la información, derecho al honor y la Constitución de la República”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2002), Año 1 N° 1, pág. 76.

³⁵ Carlos E. DELPIAZZO - “El objeto de la expropiación”, en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1990), tomo VI, N° 35, pág. 273 y sigtes.; y Alberto Ramón REAL - “La función social de la propiedad”, en Rev. del Centro de Estudiantes de Derecho, tomo XX, N° 87, pág. 139 y sigtes.

³⁶ Nelson NICOLIELLO – “Elementos de Derecho Civil” (A.M.F., Montevideo, 1980), pág. 140.

Así, a partir de la reforma constitucional de 1934, el referido derecho deja de calificarse como “sagrado” y se regulan en el art. 32 de la Carta dos grandes cuestiones: las *limitaciones* del derecho de propiedad, y el régimen para la *privación* de ese derecho³⁷.

Según dispone el inc. 1º de esta disposición, “la propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

Tal como destaca Cassinelli Muñoz, luego de referir a que la fórmula transcrita muestra la transacción entre la concepción clásica y la conceptualización moderna del derecho en cuestión, “el ejercicio del derecho de propiedad se puede regular por las leyes siempre que se funden en razones de interés general, pero no puede por esta vía llegarse a quitar el derecho de propiedad. La posibilidad de que se quite efectivamente, que se prive de la propiedad sobre determinado bien está rodeada de más garantías que la simple regulación por ley del ejercicio del derecho de propiedad”³⁸.

En efecto, el propio art. 32 establece, en su inc. 2º que “nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una previa y justa compensación”, regulándose posteriormente el procedimiento expropiatorio³⁹.

Como destaca Riso Ferrand, “en la hipótesis de privación ya no estamos frente a limitaciones generales en cuanto a la forma de ejercicio del derecho de propiedad, sino que nos encontramos con casos en los que un bien que forma parte del patrimonio de uno o varios sujetos es sustraído del mismo por la acción estatal”⁴⁰, dándose en consecuencia garantías diferentes y fijándose límites más precisos a favor del derecho⁴¹.

La Constitución también reconoce y garantiza la **libertad de industria, comercio y cualquier otra actividad lícita** cuando dispone en el art. 36 que “toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”.

También en este caso nos encontramos ante un derecho de amplio espectro, sólo limitable mediante ley - no siendo suficiente otro tipo de acto jurídico y menos aún las vías de hecho, aún cuando pretendan fundarse en otros derechos- y por razones de interés general.

Esto significa que la limitación no puede fundarse en cualquier interés sino únicamente en el interés general -que no puede ser el interés de un grupo o parte del colectivo social⁴²- ya que debe ser ampliamente abarcativo, es decir, equivalente al bien común entendido no como la mera suma de bienes particulares sino como “el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman, el logro más pleno de su perfección”⁴³.

Según se ha dicho, la regulación constitucional del interés general entre nosotros autoriza las siguientes premisas principales⁴⁴:

a) encierra el reconocimiento de la necesidad propia de la persona humana y de sus comunidades de la acción de la sociedad políticamente estructurada (el Estado) para afirmar las potencialidades de su naturaleza, acción que se traduce primariamente en seguridad;

b) no exonera al hombre y comunidades intermedias de su protagonismo originario;

c) se define negativamente por la conducta de abstención de la acción estatal directa en cuanto hace a la libertad interior, y positivamente por el respeto de ésta y la creación del entorno protector de su intangibilidad;

d) procura asegurar la participación de todos en los bienes del desarrollo;

e) reclama la limitación de la proyección exterior de la libertad a fin de procurar que cada uno obtenga lo suyo;

f) tiene un carácter preeminente; y

g) debe presidir toda la actuación estatal, aunque el Estado no es el único protagonista del mismo.

³⁷ Justino JIMENEZ DE ARÉCHAGA – ob. cit., pág. 356.

³⁸ Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “Derecho Público” cit, pág. 130.

³⁹ Carlos E. DELPIAZZO - “El objeto de la expropiación” cit., pág. 276 y sigtes.

⁴⁰ Martín RISSO FERRAND – “Derecho Constitucional” cit. pág. 671.

⁴¹ Martín RISSO FERRAND – “El control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el Derecho uruguayo”, en www.ucu.edu.uy/Facultades/Derecho/areasydepartamentos/constitucional_ddhh/trabajos_on_line, págs. 21 y 22.

⁴² Martín RISSO FERRAND – “El control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el Derecho uruguayo” cit., pág. 27 y sigtes.

⁴³ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., pág. 7.

⁴⁴ Mariano R. BRITO - “Principio de legalidad e interés público”, en La Justicia Uruguaya, tomo XC, Sección Doctrina, pág. 11 y sigtes., y en “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” cit., pág. 266 y sigtes.

En cuanto el **derecho al trabajo** de que son titulares no sólo los trabajadores en conflicto sino también el empleador y los demás trabajadores que no estén de acuerdo o no participen de las medidas gremiales, es preciso tener en cuenta que ellos también son beneficiarios del precepto contenido en el art. 53 de la Constitución.

Cuando dicha disposición establece que “El trabajo está bajo la protección especial de la ley” no realiza distinciones, de modo que no es legítimo hacerlas ni a favor de unos ni en perjuicio de otros.

Finalmente, respecto al **derecho a la seguridad jurídica**, a partir de la referencia a la seguridad contenida en el art. 7º de nuestra Constitución, el máximo comentarista de la misma ha dicho que «El derecho a la protección de la seguridad es un concepto muy amplio, que abarca el derecho a ser amparado por todas las normas de garantía relativas a los demás derechos constitucionalmente consagrados, y por las disposiciones legales que se dicten con la misma finalidad, en ejecución de los mandatos del constituyente»⁴⁵.

Según se ha dicho, la *seguridad* “Es un sustantivo que traduce un estado institucional y/o personal. Proviene del latín *securitas* que dice de sus propiedades o de los componentes de lo propio, en tanto se refiere a lo cierto, lo confiable, lo indemne, lo conocido, lo indubitable, lo responsable, lo sólido, lo infalible, lo estable, lo continuo, lo transparente, lo tranquilo, lo protegido, lo amparado, de y en la vivencia y la convivencia»⁴⁶.

La misma se entiende “como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es, por tanto, punto de partida del Estado y puerto de arribo del derecho”⁴⁷.

Apreciada en sus caracteres, la seguridad como indicativa de la calidad de seguro, es decir, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, busca la salvaguarda de la unicidad de la persona humana, es reclamo de su dignidad inherente, y no halla su razón de ser en el Estado ni en la sociedad sino en el hombre como fin⁴⁸.

Dentro de tal concepto genérico de seguridad, la *seguridad jurídica* alude a la certeza, el orden, la firmeza y la confianza en el ordenamiento⁴⁹, no sólo en las relaciones jurídicas entre particulares sino especialmente en las relaciones entre el ciudadano y la Administración y aún frente al legislador⁵⁰.

Según se ha dicho, la seguridad jurídica tiene un componente objetivo fincado en la certeza de la positividad del Derecho y su observancia, y en su aspecto subjetivo tiene en cuenta la confianza puesta por la persona en el comportamiento correcto de quienes deben aplicarlo⁵¹.

C) El equilibrio de derechos aboga en contra de las ocupaciones

Sin perjuicio de la referencia genérica efectuada respecto de cada uno de los derechos involucrados en el caso, debe tenerse presente que la tarea de delimitación del contenido esencial de cada derecho, no puede llevarse a cabo de forma cerrada, abstracta, sino que exige un esfuerzo de concreción en cada caso, perfilando hasta qué punto una determinada situación o actuación importa la expresión de un derecho concreto.

Bajo tal perspectiva, es evidente que *la ocupación de un establecimiento comercial o industrial, tal como se manifiesta actualmente, implica una limitación de derechos no respaldada en norma expresa alguna*, emergiendo de la caracterización desarrollada, la imposibilidad de fundarla en el ejercicio de los derechos invocados por quienes llevan adelante tal medida.

Por una parte, es indudable que los trabajadores, en ejercicio del **derecho de huelga**, pueden suspender colectivamente la prestación de tareas a que están obligados, con una finalidad de protesta o reclamo, complementando tal paralización con medidas que exterioricen el conflicto, desarrollando las asambleas necesarias para poner en funcionamiento e instrumentar el accionar colectivo.

⁴⁵ Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - “La Constitución Nacional” cit., pág. 340.

⁴⁶ Luciano PAREJO ALFONSO y Roberto DROMI - «Seguridad pública y Derecho administrativo» (E.C.A. - Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid, 2001), pág. 201.

⁴⁷ Jorge FERNANDEZ RUIZ - “Apuntes para una teoría jurídica de la seguridad”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo X, pág. 39.

⁴⁸ Mariano R. BRITO - “Seguridad. Visión desde una óptica unitaria”, en Jorge FERNANDEZ RUIZ (Coordinador) - “Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados” (UNAM, México, 2005), pág. 591 y sigtes.

⁴⁹ Federico A. CASTILLO BLANCO - “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho”, en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2002), N° 263-264, pág. 33.

⁵⁰ Trabajos varios en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2002), N° 263-264.

⁵¹ Pedro José Jorge COVIELLO - “La confianza legítima”, en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías (FUNEDA, Caracas, 2004), tomo I, pág. 295 y sigtes.; y libro de igual título (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005).

Sin embargo, no puede sostenerse que, en el pretendido ejercicio de un derecho gremial, pueda afectarse el propio contenido esencial de otros derechos, impidiéndole al titular del establecimiento disponer de su propiedad, imposibilitándole ejercer la actividad lícita propia del objeto de la empresa y bloqueando la posibilidad de que los no huelguistas puedan desarrollar su trabajo.

No obstante, proclamar la irregularidad jurídica de la medida en cuestión, en atención a la afectación de los derechos referidos, no importa desconocimiento del contenido esencial de los derechos invocados por quienes la llevan adelante.

Así, no puede afirmarse que se desnaturalice el derecho gremial de huelga por cuanto la misma podrá llevarse a cabo con todo su alcance natural paralizante pero sin perder de vista que ella es un acto colectivo pero no unánime⁵², de modo que su contenido esencial no se desvirtúa si un grupo de no adherentes desea continuar la actividad (en ejercicio de su derecho al trabajo) o aún manifestarse públicamente en contra (en ejercicio de su libertad de comunicación del pensamiento). En cambio, se desvirtúan tales derechos si se impide ejercerlos.

Asimismo, es claro que la ocupación no es un medio necesario y menos aún imprescindible para ejercer la **libertad de pensamiento**, la cual ordinariamente se realiza a través de carteles, pancartas, altavoces y similares en los casos de conflictos gremiales.

En lo que refiere a la eventual afectación del **derecho de reunión**, debe tenerse presente que en la ocupación la temporalidad de la reunión es, al menos, más prolongada que en un mitin o asamblea y, evidentemente, compromete la seguridad y el orden públicos a que refiere el art. 38 de la Constitución, todo lo cual excede su contenido esencial.

En cuanto a la seguridad, más allá de que está encartada en la noción de orden público, es claro que la ocupación priva de certidumbre acerca de la observancia del Derecho (ya que no existe norma alguna al respecto), al mismo tiempo que agrede la confianza puesta en el comportamiento correcto de los demás.

A su vez, la alteración del orden público en la especie resulta de la propia definición legal del mismo contenida en el art. 2° del texto ordenado de la ley orgánica policial, a cuyo tenor es “el estado de hecho en el que se realizan los valores de tranquilidad y seguridad públicas; la normalidad de la vida corriente en los lugares públicos, el libre ejercicio de los derechos individuales, así como las competencias de las autoridades públicas” (Decreto N° 75/972, de 1° de febrero de 1972).

En este sentido, es a partir del proclamado equilibrio entre derechos y de la necesidad de perfilar su contenido, a efectos de precisar si un determinado accionar importa la expresión de un derecho en concreto o deviene ilegítimo por afectar el contenido esencial de otros, que puede afirmarse la ilegitimidad del eventual accionar de un patrono que impidiera la reunión pacífica de sus trabajadores o la exteriorización de sus reclamos públicamente, o sancionarlos por el ejercicio de tales derechos. Pero tal hipótesis no puede parangonarse a la de quienes, para ejercer su derecho de reunión, pretendan hacerlo con violación de los derechos de otros.

Por otra parte, parece innecesario señalar que en toda ocupación, desarrollada en los términos antes expuestos, se viola el **derecho de propiedad** que el constituyente califica de “inviolable”, afectándose el contenido esencial del mismo desde que se impide al propietario usar, gozar y disponer de su propiedad, sin que tal limitación se ajuste a las previsiones constitucionales y sin que pueda argumentarse la desnaturalización de otros derechos protegidos constitucionalmente.

Del mismo modo, es evidente que el accionar referido importa la afectación del contenido esencial de la **libertad de industria, comercio y cualquier otra actividad lícita** sin que exista respaldo para ello ni desde el punto de vista formal (acto legislativo) ni desde el punto de vista sustancial (atendiendo a razones de interés general).

Otro tanto puede decirse de la privación del **derecho al trabajo** de que son objeto, directamente, el empresario y quienes no acompañan la medida gremial de ocupación e, indirectamente, quienes se relacionan con la empresa de que se trate (principalmente, proveedores y clientes). Todos ellos se ven impedidos de trabajar y, consecuentemente, de aplicar sus energías para ganarse el sustento, lo que constituye el núcleo esencial de su derecho.

La reseñada vulneración de los derechos enunciados, impuesta por la voluntad unilateral de un grupo de personas, determina por su parte la afectación directa del **derecho a la seguridad jurídica**, conmoviendo la certeza de la positividad del Derecho y su observancia, y la confianza en quienes deben aplicar el ordenamiento.

⁵² Santiago PEREZ DEL CASTILLO - “El Derecho de Huelga” cit., pág. 358.

En tal sentido, no puede obviarse la previsión del art. 10 de la Constitución, a cuyo tenor “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”. De dicha norma se desprende que no quedan exentas de dicha autoridad las acciones que atacan el orden público o perjudican a terceros.

Consecuentemente, desde que las ocupaciones atacan el orden público, según lo define la ley, y perjudican los derechos de terceros (no sólo los del empleador sino también los de otros trabajadores, clientes y proveedores), el Estado debe proporcionar la tutela garantista impuesta constitucionalmente⁵³.

IV. CONCLUSIONES

De las consideraciones vertidas en los párrafos que anteceden, pueden extraerse las siguientes conclusiones sintéticas:

a) En el Estado de Derecho “Los derechos personales no admiten ya ser considerados exclusivamente como limitación al poder estatal en aquella conexidad -cierta- con la estructura organizacional del poder, porque ya vimos que la doctrina de su ambivalencia los ha erigido -además- frente a los demás particulares en las relaciones inter privados. *Los particulares quedan también obligados y vinculados por la parte dogmática de la Constitución* y son, a su modo, operadores de ella juntamente con los operadores gubernamentales”⁵⁴.

b) “La doble inserción de los derechos frente al Estado y frente a los particulares no presta margen fácil para seguir interpretando que, en el mejor de los casos, los derechos quedan absorbidos o reclusos en la estructura del poder que los asume como limitaciones estatalmente admitidas frente a sus órganos. La relación de alteridad entre particulares (sujeto activo – sujeto pasivo) se ubica en el tejido de las relaciones dentro de la sociedad, y en ese ámbito *lo que al Estado le incumbe es proporcionar la tutela garantista* para que los particulares también cumplan sus obligaciones constitucionales cuando éstas son recíprocas de derechos de otros particulares a los que deben dar satisfacción con el cumplimiento del débito obligacional correspondiente”⁵⁵.

c) La ocupación es un *fenómeno fáctico* en el que la voluntad unilateral de unos se impone forzosamente a otros, vulnerando sus derechos.

d) La limitación de los derechos por la fuerza de los hechos no es legítima en un Estado de Derecho democrático y social, caracterizado por la sumisión general al ordenamiento jurídico, la plena vigencia del sistema representativo, y donde todos los derechos fundamentales deben realizarse en armónico equilibrio.

e) En nuestro Derecho positivo no sólo no se reconocen límites habilitantes de las ocupaciones, a los derechos de propiedad, de trabajo, de libre aplicación de las energías a cualquier actividad lícita y a la seguridad jurídica, sino que no se consagra ningún otro derecho sobre la base de vulnerar a aquéllos, por lo que no procede invocar los derechos de huelga, de reunión y de libre pensamiento para sacrificar el núcleo esencial de los preindicados derechos.

f) El eventual dictado de una ley que consagrara como derecho la ocupación por los trabajadores de sus lugares de trabajo aparejaría la irremisible *inconstitucionalidad del acto legislativo* por cuanto el contenido esencial de los derechos fundamentales vincula también al legislador⁵⁶ y porque no impera en el caso un interés general en el sentido de la Constitución.

g) El vicio sería mayor si el pretendido reconocimiento aconteciera por vía reglamentaria ya que, de acuerdo a nuestra Constitución, cualquier limitación de derechos sólo puede disponerse “conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general” y las referencias constitucionales a la ley deben entenderse hechas al acto emanado del Poder Legislativo conforme al procedimiento previsto en la Carta⁵⁷.

h) Cuanto viene de decirse vale fundamentalmente para las ocupaciones realizadas por trabajadores de la *actividad privada* en lugares y establecimientos de propiedad particular de sus empleadores.

i) *En el ámbito público*, la ilegitimidad de las ocupaciones parece agravarse no sólo por la afectación del orden público que implica (en la medida que las Administraciones existen para servir a la sociedad y a sus

⁵³ Luis PRIETO SANCHIS - “Constitucionalismo y garantismo”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (editores) - “Garantismo” (UNAM - Trotta, Madrid, 2005), pág. 41 y sigtes.

⁵⁴ Germán BIDART CAMPOS - “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa” (Ediar, Buenos Aires, 1995), págs. 159 y 160.

⁵⁵ Germán BIDART CAMPOS - “El Derecho de la Constitución...” cit. pág. 160.

⁵⁶ Javier JIMENEZ CAMPO - “Derechos fundamentales. Concepto y garantías” (UNAM - Trotta, Madrid, 1999), págs. 21, 66 y sigtes.

⁵⁷ Alberto Ramón REAL - “El concepto de sanción de la ley”, en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año I, pág. 517 y sigtes.

integrantes, que se verán privados de ser atendidos en el área que fuere) sino por la peculiar situación estatutaria en que se encuentra el funcionario público, el cual “existe para la función y no la función para el funcionario” (art. 59 de la Constitución).

j) En la medida que el Estado de Derecho es garante de los derechos fundamentales, el agravio a cualquiera de ellos -en el caso de la ocupación sin permiso, a los derechos de propiedad, libre desenvolvimiento de la actividad empresaria, y trabajo- obliga a la acción estatal tuteladora y la omisión de hacerlo compromete la responsabilidad de los órganos y agentes públicos involucrados en la conducta omisiva.

k) Por lo tanto, aún derogado el Decreto que preveía el ingreso de la fuerza pública a locales ocupados mediando solicitud expresa del titular, debe reputarse legítima la actuación policial siempre que esté comprometido el orden público. Respalda tal aserto la inexistencia de un medio jurisdiccional rápido y específico para la adecuada protección de los derechos en juego, sin perjuicio de la procedencia de la acción de amparo, regulada por la Ley N° 16.011 de 19 de diciembre de 1988.

IMPORTANCIA POLÍTICA DE LA DEFENSA NACIONAL Y LAS FUERZAS ARMADAS *

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

Decano Emérito y Profesor Titular de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay
Profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

I

1. A influjo de concepciones arraigadas en el positivismo jurídico, a menudo se ha ignorado el fin como elemento del Estado.

Da la sensación de que en esta línea de pensamiento se considera al Estado como un fin en sí mismo.

No se ha tenido en cuenta que el Estado -hoy en día, la comunidad política por excelencia- deriva de la esencia misma del hombre. Es que el hombre, por ser un animal racional, es un animal social; y por ser un animal social es un animal político.¹

No se ha tenido en cuenta además que la acción humana tiene un fin; el hombre persigue el bien.² Y el Estado, que deriva de la naturaleza humana, también tiene un fin: persigue el bien común. El fin del hombre es su bien; el fin del Estado es el bien común.

Concibo así al Estado como una institución persona³, política, territorial, soberana⁴, finalizada al logro del bien común.⁵ El Estado no es un fin en sí mismo sino un ser instrumental al servicio del bien común.⁷

2. El bien común es el estado de hecho propicio para el desarrollo de la persona humana. Es algo objetivo, no depende de los agentes de su realización y no coincide exactamente con el fin específico de cada una de las entidades estatales, aunque dichos fines específicos naturalmente se encuentran subordinados a ese bien común.

3. Ese bien común que persigue el Estado no pretende comprender a todas las personas del mundo sino solo a un cierto tipo de personas: las que configuran su población, pueblo, colectividad o nación, tomando estos términos como equivalentes, sin que interese ahora marcar sus matices o las distinciones doctrinarias que se han efectuado.

El bien común, fin del Estado, es el medio o ámbito adecuado para el pleno desarrollo de la persona humana en tanto integrante de su colectividad política, o sea, en tanto nacional de ese Estado. El ser nacional, la nacionalidad, son así aspectos de máxima importancia para nuestro tema.

* Exposición formulada en Montevideo el 25 de mayo de 2005, en el marco del Seminario "La Nación y sus Fuerzas Armadas", organizado por el Instituto Manuel Oribe.

¹ ARISTÓTELES. La Política. Editorial TOR S.R.L. Buenos Aires, 1965, pp.7 y ss.; TOMÁS DE AQUINO. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes, en *TOMÁS DE AQUINO, Tratado de la ley- Tratado de la Justicia- Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. Editorial Porrúa S.A., México, 1975, pp. 257 y ss.; SUÁREZ, F. Selección de DEFENSIO FIDELI y otras obras. El pensamiento político hispanoamericano. Depalma, Buenos Aires, 1966, pp. 31 y ss.

² ARISTÓTELES. Moral, a Nicómaco. Colección Austral. Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1972, pp. 33 y ss.

³ Tomo el término *institución persona* en el sentido de HAURIUO (HARIOU, M. La teoría de la institución y de la fundación. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 40).

⁴ Recojo la expresión *soberana* porque es de uso común en la literatura jurídica y política, pero sin asignarle los atributos que se desprenden de la lectura de BODINO (BODIN, J. *Les six livres de la République*. Editions Confluences, Bègles-France, 1999, pp. 46 y ss.), aceptando los reparos de MARITAIN (MARITAIN, J. El hombre y el Estado. Encuentro Ediciones. Madrid, 1983, pp. 48 y ss.) y reconociendo las limitaciones que imponen a la soberanía los más avanzados procesos de integración.

⁵ Tomo la expresión *bien común* para referirme al *bien común público temporal* como lo hace DABIN (DABIN, J. Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política. Editorial Jus México, 1946, pp. 44 y ss.)

⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A. El papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividades regulatorias, en *La Justicia Uruguaya*, t. 131, enero-febrero 2005, S.D. p. 17.

⁷ DURÁN MARTÍNEZ, A. Principio de eficacia y Estado Subsidiario, en *Liber Amicorum Discipulorumque JOSÉ ANÍBAL CAGNONI*, F.C.U. Montevideo, 2005, p. 159.

4. DABIN reducía a tres los elementos del bien común, los que corresponden a tres clases de necesidades públicas que el Estado debe satisfacer.

Esos elementos son:

- a) orden y paz;
- b) coordinación (que es también orden, pero desde otro punto de vista);
- c) ayuda, aliento y eventualmente -de manera excepcional- suplencia de las actividades privadas.⁸

5. De esos elementos nos interesa ahora los primeros. El orden y la paz son considerados los elementos más urgentes⁹, el presupuesto sin el cual no puede existir todo lo demás.

Para el mantenimiento del orden y la paz, en lo interno y en lo externo, se han desarrollado instituciones como la policía, la defensa nacional, las relaciones exteriores, consideradas, con razón, cometidos esenciales del Estado.¹⁰

La esencialidad de estos cometidos deriva de la tendencia natural de todo ser de procurar su conservación.

A eso apuntan policía, defensa nacional y relaciones exteriores; apuntan a la conservación de la nación. Conservación con orden y en paz, a los efectos de que puedan implementarse los otros supuestos necesarios para el adecuado desarrollo de la persona humana. Conservación con orden y en paz, con el mantenimiento de la individualidad que permite distinguir a esa colectividad política de las otras que cohabitan en nuestro planeta. De ahí la importancia política y jurídica de estos cometidos.

6. Si bien, como se ha visto, estos tres cometidos tienen el mismo objetivo, lo persiguen desde perspectivas distintas y con métodos diferentes. De ahí su diversidad, que hace que los tres sean indispensables, insustituibles, no intercambiables, y que exijan una adecuada coordinación y una estrecha colaboración entre sí.

II

1. Las Fuerzas Armadas -conforme al artículo 1 del decreto-ley N° 14.157, de 21 de febrero de 1974 (ley orgánica de las Fuerzas Armadas) -“son el núcleo básico de la población, organizado para planificar y ejecutar los actos militares que impone la Defensa Nacional.”

2. De esta definición legal se desprende que la Defensa Nacional no compete únicamente a las Fuerzas Armadas.

En efecto, “en caso de ataque exterior o de situaciones excepcionales de conmoción interna (militares, económicas, político-social o de cualquier otro carácter), el artículo 248 de la ley citada impone ‘la contribución personal, material, moral e intelectual de todos los ciudadanos a los efectos de la Defensa Nacional.’

Dicha contribución implica, en tiempo de paz, la planificación, preparación y desarrollo de los recursos nacionales en previsión de su posible utilización coordinada y racional, total o parcial (art. 249) y, en caso de amenaza de ataque exterior o conmoción interior, la Movilización Nacional con el objeto de ‘contemplar los efectivos de guerra, las unidades y servicios de las Fuerzas Armadas existentes en tiempo de paz’, ‘constituir, con las reservas restantes, nuevas unidades encuadradas dentro de elementos ya instruidos’; ‘completar la organización de los Servicios Militares, generales o particulares de cada Fuerza, acorde a las necesidades de las Fuerzas Armadas en cumplimiento de su misión en caso de ataque exterior’; ‘satisfacer las necesidades humanas y materiales, en caso de conmoción interna’ y ‘establecer el funcionamiento de la movilización industrial y económica que el país requiera’ (art. 252).”¹¹

3. Pero si bien es cierto que la Defensa Nacional no compete exclusivamente a las Fuerzas Armadas, conforme a esa misma disposición legal ellas constituyen “el núcleo básico”. De manera que, si esencial es la Defensa Nacional como cometido del Estado, esenciales son las Fuerzas Armadas para la Defensa Nacional.

4. Al ser la Defensa Nacional una cuestión de todos y no exclusivamente de las Fuerzas Armadas, la fijación de la política en la materia corresponde a la Nación y no al cuerpo militar que es su principal ejecutor profesional.

La subordinación del poder militar al civil es señalada constantemente en la literatura jurídico-política.

Así DABIN expresa que el papel del militar, soldado o gendarme, se reduce a servir. A los que ejercen el poder político corresponde el mando, no a los técnicos del instrumento militar.¹²

⁸ DABIN, J., ob. cit., pp. 48 y ss.

⁹ DABIN, J., ob. cit., p. 48.

¹⁰ SAYAGUÉS LASO, E. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, 1953, t. I, p. 56.

¹¹ MARTINS, D.H. La Defensa Nacional y las Fuerzas Armadas. El Ministerio de Defensa Nacional. Ingranusi Ltda., Montevideo, 1995, p. 17.

¹² DABIN, J., ob. cit., pp. 74 y ss.

¹³ HAURIU, M. La teoría de la institución y de la fundación. (Ensayo de vitalismo social). Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968, p. 49.

Esa sumisión de la fuerza armada al poder político, tan contraria a la naturaleza de las cosas, al decir de HAURIOU, era vista por el Decano de Toulouse como resultado de una mentalidad creada por el ascendiente de una idea: “la del régimen civil, vinculada a la de la paz, considerada a su vez como el estado normal.”¹³

Tan antigua es esta concepción que ya se desprende de ARISTÓTELES cuando subordinaba la ciencia militar a la política, sin perjuicio de considerar la ciencia militar como una de las indispensables para la existencia de los Estados.¹⁴

De esto deriva la previsión del artículo 168, numeral 2 de la Constitución, y lo dispuesto en la parte final del artículo 2 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas en su actual redacción.

Ahora bien. El artículo 82 de la Constitución establece: “La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.”

De este texto (y del contexto de la Constitución) se deduce que el principio de la acción gubernativa es a través de los denominados Poderes representativos; la actuación por medio de los llamados institutos de gobierno directo es a todas luces excepcional y muy limitado. Y de él se desprende además que el Cuerpo Electoral no es soberano. Simplemente ejerce la soberanía de un modo directo así como también la ejercen -aunque de un modo indirecto- los Poderes representativos. La Constitución atribuye la soberanía a la Nación (artículo 4).¹⁵

En virtud de lo expuesto, y ante algunas ideas lanzadas al respecto, hago mías las expresiones del ex Presidente de la República y en su calidad de tal, ex comandante superior de todas las fuerzas armadas, Dr. Luis Alberto LACALLE, emitidas en el Palacio Legislativo en unas jornadas organizadas por la Cámara de Representantes: ... “discrepamos, primero visceralmente y luego intelectualmente, con que en la discusión sobre las Fuerzas Armadas futuras participe otra cosa que no sean los órganos de representación política legítima. No consideramos conveniente ni conducente que las organizaciones no gubernamentales tengan ninguna opinión que expresar. Esto puede parecer un poco rotundo, pero estamos asistiendo sin darnos cuenta, a una erosión del gobierno democrático-representativo. Aquí, en esta Casa, están los únicos que pueden hablar con legitimidad en nombre de la sociedad civil, ese concepto tan lato y peligroso que se está desarrollando. La sociedad es una sola: civil, militar, comerciante, hacendada, jubilada. La sociedad es una sola y si hay alguna representación de la sociedad civil por definición perfecta, es la que ejercen los compatriotas que aquí se sientan. Por tanto, la introducción de elementos de ONGs en una discusión de este tipo -por supuesto que en un plano de libertad social, se puede opinar y escribir- no corresponde, siento que no son interlocutores que deban ser aceptados como equivalentes a los interlocutores representativos de la sociedad. Por supuesto que todas las opiniones académicas son bienvenidas, pero consideramos que tenemos que delimitar esos campos”.¹⁶

La deliberación en el ámbito académico es una cosa y en el ámbito de la toma de decisión política es otra. En este último ámbito, solo es admisible la discusión entre los que están constitucionalmente legitimados para adoptar decisión política; y las ONGs no están precisamente legitimadas en este aspecto.

5. Vuelvo al artículo 1º de la ley orgánica militar.

Allí se dice que las Fuerzas Armadas son el *núcleo básico* de la Defensa Nacional.

Esa expresión *núcleo básico* alude a su carácter de esencial.

Las Fuerzas Armadas, por ser esenciales a la Defensa Nacional, y al ser esta un cometido esencial del Estado, no pueden desaparecer o ser sustituidas por otras fuerzas.

En este aspecto, cito nuevamente al ex Presidente LACALLE: “... me parece de una ingenuidad muy grande sostener que los indefensos no son atacados. Eso es no saber historia. Los indefensos son los preferentemente atacados, porque no se pueden defender. Y nos parece que es castrar la nacionalidad el hecho de privarla de los medios posibles de defensa. Es quitar un carácter distintivo a la nacionalidad, que es la milicia, es decir, el ciudadano armado para la defensa de la nacionalidad.

Por lo tanto, las Fuerzas Armadas son esenciales. Discrepamos digámoslo una vez más -con las propuestas o sugerencias planteadas en su momento relativas a la instauración de Guardias Nacionales sustitutivas de las Fuerzas Armadas.”¹⁷

¹⁴ ARISTÓTELES. Moral ..., p. 34.

¹⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A. El referéndum contra las leyes. En DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Constitucional*, Ingranusi Ltda., Montevideo, 1998, p. 87.

¹⁶ LACALLE, L.A. La estrategia como herramienta de política exterior y de defensa. En Seminario “La seguridad y la Defensa en el Siglo XXI” Cámara de Representantes. Presidencia. República Oriental del Uruguay. Centro de Estudios Hemisféricos de Defensa. Universidad Nacional de Defensa. Estados Unidos de América. Montevideo, 2001, pp. 23 y ss..

¹⁷ LACALLE, L.A. La estrategia ..., loc. cit., p. 24.

Por lo que antecede, las Fuerzas Armadas no pueden ser sustituidas en su función.

6. Procede ahora recordar la primera parte del artículo 2 del decreto-ley N° 14.157 en su redacción vigente: "Las Fuerzas Armadas tienen por cometido fundamental defender el honor, la independencia y la paz de la República, la integridad de su territorio, su constitución y sus leyes" ...

Este artículo refiere a seis valores que deben tutelar las Fuerzas Armadas, seis valores de máxima importancia pero que a mi juicio no se encuentran al mismo nivel. Estimo que los tres últimos son presupuestos para la realización adecuada de los tres primeros, que son los esenciales para la existencia de una Nación.

Así entendido este artículo, estimo que el cometido fundamental de las Fuerzas Armadas es la defensa del pueblo oriental.

Empleo el término oriental *ex profeso*; orientales nacimos y orientales seguimos siendo.

El nombre de nuestra República es República Oriental del Uruguay (artículo 1 de la Constitución).

Ese nombre, vinculado a un accidente geográfico -el Río Uruguay- que llama la atención a todo extranjero que no sea de la región, tiene una honda connotación histórica.

Banda Oriental fuimos durante la dominación española y Provincia Oriental después. Orientales fueron los triunfadores de Las Piedras; oriental fue el pueblo del éxodo; orientales han sido los que en abril de 1813 escribieron la esencia de nuestro Derecho Constitucional; también orientales fueron los que recogieron los laureles de Guayabos; orientales fueron los 33 hombres que desembarcaron en la Agraciada; los representantes de la Florida que a viva voz en la Piedra Alta esparcieron el grito de independencia eran orientales; orientales fueron los héroes de Rincón y Sarandí; orientales fueron los nacidos en esta tierra que pelearon en Ituzaingó; orientales fueron los ocupantes de las Misiones.

Por eso, ante las discusiones que ha provocado el nombre de nuestra República, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA expresó: "Quizá fuera más directo que nuestro país se llamara Uruguay. Pero esto nos obligaría a abandonar nosotros mismos el nombre de orientales y, en lo que me es personal, siempre me ha parecido más grata la denominación de orientales que la de uruguayos. Tiene un sentido más arraigado, más firme y tradicional que la otra."¹⁸

El término oriental evoca, pues, a un pueblo con un perfil sociopolítico propio, "libre e independiente", con un fiero orgullo de su libertad e independencia.

Pero además evoca una relación. Evoca a un pueblo que pretende ser uno pero no solo, sino con otros; pero no con cualquier otro, sino con aquellos que tienen un común origen y una común cultura.

El término "oriental" evoca una pertenencia a una comunidad más amplia. Una comunidad que no ahoga o elimina esa libertad e independencia sino que por el contrario favorece que ambas se vean aseguradas en su total magnitud en ese contexto más amplio. Pertenencia en esas condiciones "*et si non, non*" como decían los antiguos castellanos.

Circunstancias políticas han hecho que a partir de 1870 y en la mayor parte del siglo XX hayamos adoptado una política de encierro y de aislamiento con relación al mundo, sobre todo respecto de nuestros vecinos. En esa época vivimos con ellos como si fuéramos "enemigos naturales".

Comenzamos a dejar de ser "orientales" para pasar a ser "uruguayos", pretendiendo así afirmar nuestra identidad libre de molestos vínculos del pasado.

Pero las tendencias políticas del mundo cambiaron y esos nuevos vientos agitaron nuestras viejas banderas.

La Constitución de 1967 introduce un segundo inciso al artículo 6° que establece: "La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de los servicios públicos."

Terminó el aislacionismo, se habla ahora de la unidad latinoamericana.

En esa línea apareció la ALALC, luego la ALADI, el CAUCE, el PEC y finalmente a partir de 1990 comenzó a gestarse un proceso de integración de naturaleza diferente: el MERCOSUR.

No es el momento de extenderme sobre el MERCOSUR. Ahora solo diré que si bien se trata fundamentalmente de un proceso de tipo comercial implica un proyecto de integración más profundo que los otros en que hemos participado, y que en cierta manera nos ha hecho volver a nuestras raíces. De "uruguayos" pasamos otra vez a ser "orientales" en una posición más ventajosa que la primigenia, pues lo recorrido no ha sido en vano.¹⁹

¹⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., La Constitución Nacional, Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, t. I, p. 159.

¹⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A. Filosofía de la Constitución oriental, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2004, vol. I, pp. 71 y ss.

Pero este proceso no habilita a constituir unas Fuerzas Armadas del MERCOSUR como algunos intentan.

Los cambios a través de la historia podrán hacer variar los modos de acción de las Fuerzas Armadas, pero las Fuerzas Armadas son para el pueblo oriental y el pueblo oriental se defiende con sus Fuerzas Armadas.

Eso no impide naturalmente las misiones para el mantenimiento de la paz. Por el contrario, ellas deben alentarse, puesto que en un mundo globalizado como el presente la paz en otros ámbitos coadyuva al mantenimiento de nuestra paz. Pero eso nada tiene que ver con unas Fuerzas Armadas del MERCOSUR que conspiran contra nuestra identidad nacional y desconocen la esencia de nuestra historia.

No está de más, por otro lado, señalar que esta afirmación, no constituye sino una aplicación del principio de subsidiariedad.

Este principio, pensado originariamente para el ámbito interno de los Estados por la Encíclica QUADRAGESIMO ANNO en 1931, fue extendido al ámbito internacional por la Encíclica PACEM IN TERRIS en 1963, lo que ha comenzado a ser recogido expresamente en el Derecho Positivo por algunos textos, como el Tratado de Maastrich.

En aplicación de este principio podemos decir que nuestra Defensa Nacional compete fundamentalmente a nuestras Fuerzas Armadas y no a Fuerzas Armadas de otras comunidades internacionales que podamos integrar.

III

1. Basta lo expuesto para advertir la importancia política de la Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas.

2. Ahora bien. Para que la Defensa Nacional sea posible, las Fuerzas Armadas deben ser eficaces.

Durante mucho tiempo se desdeñó la eficacia como principio de derecho cardinal del Estado de Derecho. En el Estado Liberal, porque su actitud prescindente respecto a la vida social hizo que la importancia de este principio se diluyera; lo mismo ocurrió en el Estado Benefactor al presuponerse erróneamente que las riquezas son inagotables y que las cosas salen bien por el solo hecho de hacerlas el Estado. En la etapa más avanzada del Estado Social de Derecho, llamada Estado Subsidiario, el principio de eficacia cobra toda su magnitud porque en esta etapa la noción de finalidad adquiere su máximo relieve.²⁰

El Estado está para el logro del bien común. Si no lo logra, porque no escogió los instrumentos adecuados para conseguir el fin debido, es ineficaz. Y ese actuar ineficaz compromete la legitimidad.

Nuestra Constitución, al admitir en el artículo 311 la anulación de un acto administrativo en el marco del contencioso anulatorio -que, como se sabe, es un contencioso de legitimidad-, por razones de buena administración saca el concepto de buena administración de la zona del mérito para ingresarlo a la de la legitimidad. Eso hace que el principio de eficacia sea un principio cardinal de la etapa más avanzada del Estado Social de Derecho.²¹

Las Fuerzas Armadas no pueden ser sino eficaces. Deben estar concebidas para ser eficaces, es decir, para el logro de su cometido fundamental, sin perjuicio de otros que se les pueda asignar.

3. Para ser eficaces, las Fuerzas Armadas deben ser adecuadas. Adecuadas en lo que refiere a los medios materiales y en lo que refiere a la calidad de sus integrantes.

4. Hoy en día, es muy costoso tener Fuerzas Armadas adecuadas. Esto solo es posible, como lo advirtió el entonces Ministro de Defensa Nacional Dr. Daniel Hugo MARTINS, si poseemos "un sistema económico y financiero saneado que sintonice con las transformaciones recientes ocurridas a nivel mundial, que llevan a la globalización del intercambio comercial y a la existencia de sistemas económicos más abiertos y competitivos."²² "Esto se logra -como decía el entonces Presidente LACALLE- en el plano de la libertad. Evadiéndonos de la total ética de la seguridad, vamos hacia la ética del riesgo, el riesgo que es connatural al pensamiento judeo-cristiano filosófico que nos informa desde nuestros orígenes: el hombre es dueño de su salvación o perdición en la vida eterna, para quienes creemos en ella, pero también es dueño de su prosperidad o no en las tierra, en la medida en que las oportunidades que se le conceden sean iguales."²³

²⁰ DURÁN MARTÍNEZ, A. Principio de eficacia ..., loc. cit., pp. 159 y ss.

²¹ DURÁN MARTÍNEZ, A. Principio de eficacia ..., loc. cit., pp. 148 y ss. y 159 y ss.

²² MARTINS, D.H. Alocución, en La incidencia de la economía en la Defensa Nacional. Cuartas Jornadas Académicas. Ministerio de Defensa Nacional. Montevideo, 1993, p. 91.

²³ LACALLE, L.A. Alocución, en La incidencia ..., p. 9.

Si el sistema económico-financiero no es saneado, por repetir los términos de MARTINS, no es posible tener Fuerzas Armadas adecuadas, por lo menos por mucho tiempo.

5. Desde el punto de vista del elemento humano, cabe decir que éste requiere una capacitación acorde a nuestros tiempos, muy distintos por cierto de épocas pasadas.

Pensemos un instante en los episodios del 11 de setiembre de 2001.

HABERMAS, reflexionando sobre ese tema, decía que “no se sabe realmente quién es el enemigo. La persona de Osama Ben Laden desempeña más bien una función representativa... Esos terroristas dejan conocer, ciertamente, sus motivos fundamentalistas, pero no siguen ningún programa que vaya más allá de destruir y de minar la seguridad. El terrorismo que este en este momento asociamos al nombre de Al-Qaeda hace imposible una identificación del enemigo, así como también una evaluación realista del riesgo.”²⁴

A propósito del mismo episodio, DERRIDA expresó: “¿Qué habría sido el ‘11 de setiembre sin la televisión? ... hay que recordar que la mediatización máxima era un interés *común* de los organizadores del ‘11 de setiembre’, de los ‘terroristas’ y de quienes, en nombre de las víctimas, ansiaban declarar la ‘guerra contra el terrorismo’. Entre estas dos partes, este cubrimiento mediático era, como el buen sentido al decir de Descartes, la cosa mejor repartida del mundo. Más que en la destrucción de las Torres Gemelas o el ataque al Pentágono, más que en el asesinato de miles de personas, el verdadero ‘terror’ consistió (y comenzó efectivamente) en exponer, en explotar, en haber expuesto y explotado su imagen por parte del propio objetivo del terror. Este objetivo (digamos que son los Estados Unidos y todo lo que se una o se alíe a ellos en el mundo, lo cual prácticamente no tiene límites) estaba él mismo *interesado* (tenía el *mismo* interés, el cual, por consiguiente, comparte con su enemigo mortal) en exponer su vulnerabilidad, en darle toda la resonancia posible a la agresión contra la que quiere protegerse.”²⁵

Lo expuesto basta para advertir que, sin perjuicio de la visión tradicional, hay que estar preparados para otra cosa. No podemos considerarnos inmunes a ese terrorismo. Ya hemos sido víctimas del terrorismo y podemos volver a serlo bajo sus nuevas modalidades. Eso nos lleva a pensar con el máximo detenimiento en la formación del profesional militar.

6. Me consta que existe gran preocupación al respecto entre las Fuerzas Armadas y son muy importantes los esfuerzos realizados en materia educativa.

Se ha logrado el reconocimiento de nivel universitario de ciertos cursos desarrollados en el ámbito castrense, lo que ha permitido a militares perfeccionar sus conocimientos a través de cursos de posgrado en universidades u obtener reválidas de materias para proseguir carreras universitarias a nivel de grado en otras instituciones.

Eso es muy importante. Bueno es que militares compatriotas cursen carreras universitarias de grado o posgrado en universidades, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Pero considero que no es suficiente. Esos esfuerzos mejorarán sin duda al militar que en particular los practique, pero no necesariamente a la institución -al menos en los tiempos adecuados- porque dependen de impulsos individuales.

Estimo que se debe procurar una solución institucional al problema.

Es obvio que la formación militar, en su esencia, debe estar en el sector público y no en el privado, sin perjuicio de los aportes que el sector privado pueda efectuar.

Se ha objetado la posibilidad de crear una universidad en el ámbito del Ministerio de Defensa Nacional porque, conforme al artículo 202 de la Constitución, la Enseñanza Pública Superior debe prestarse a través de un organismo dotado de autonomía.

Debe descartarse la posibilidad de confiar a la Universidad de la República la instrucción superior militar, puesto que el perfil y organización de la Universidad de la República resultan incompatibles con el ser militar. Una cosa es que militares a título individual cursen alguna carrera en alguna de las Facultades de la Universidad de la República, y otra es que la Universidad de la República tome a su cargo institucionalmente la instrucción militar.

Cabe pensar entonces en la posibilidad de crear una Universidad nueva, organizada como Ente Autónomo, a los efectos de impartir los cursos de nivel universitario necesarios para la formación militar.

En un libro publicado recientemente por el Ministerio de Defensa Nacional, se anuncia el estudio de un proyecto en este sentido.²⁶

²⁴ BORRADORI, G. La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida. Taurus, Buenos Aires, 2004, pp. 57 y ss.

²⁵ BORRADORI, G. La filosofía en una ..., p. 160.

²⁶ La Defensa Nacional. Aportes para un debate. República Oriental del Uruguay. Ministerio de Defensa Nacional. Montevideo, 2005, p. 222.

Me parece una buena idea. Creo que debería encararse seriamente esa posibilidad.

Soy consciente de que se han levantado algunas voces contra la posibilidad de que exista otra universidad estatal distinta de la Universidad de la República. Proviene de los mismos sectores que, aferrándose a un monopolio de hecho inconstitucional -afortunadamente hoy desaparecido-, procuraron infructuosamente evitar la aparición de las universidades privadas. Ahora procuran que no se creen otras universidades públicas.

No existe el menor impedimento constitucional para que se cree otra universidad estatal. He tenido oportunidad de pronunciarme sobre el tema en otra circunstancia.

"De los artículos 202 y siguientes de la Constitución se desprende claramente que la enseñanza estatal Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística:

- a) deberá necesariamente ser prestada por uno o más Entes Autónomos;
- b) si hay uno solo, necesariamente deberá ser la Universidad de la República;
- c) los Consejos de los órganos que integran la Universidad de la República deberán ser electos por los docentes, estudiantes y egresados.

Pero también de esos artículos se desprende inequívocamente que:

- a) la Universidad de la República no tiene el monopolio de la enseñanza pública superior;
- b) la ley puede crear otras universidades estatales;
- c) esas nuevas universidades estatales deberán ser Entes Autónomos;
- d) dichos Entes Autónomos de enseñanza deberán ser regidos por Consejos Directivos;
- e) esos Consejos Directivos podrán ser designados o electos según lo que disponga la ley y no necesariamente deberán integrarse teniendo en cuenta a los docentes, estudiantes y egresados como ocurre en la Universidad de la República."²⁷

Esa Universidad para la formación en Defensa Nacional no puede ser organizada a imagen y semejanza de la Universidad de la República. El sistema de gobierno de la Universidad de la República está previsto en la Constitución solo para ella. La ley, entonces, puede apartarse del mismo para otra Universidad estatal, y en el caso debe hacerlo.

La ley debe concebir un sistema compatible con el ser militar. El militar, en su formación militar, debe ser formado en un ámbito militar. Pero el conocimiento científico -de esto precisamente se trata el saber universitario- no puede estar sujeto a la cadena de mando.

La Iglesia Católica fue la inventora de las Universidades. ¿Por qué? Porque sin perjuicio de que la fe y la razón no son incompatibles, comprendió que el razonamiento científico no podía estar presionado por la fe. Por eso creó dentro de la Iglesia organizaciones con autonomía -las Universidades- que se dedicaran a cultivar y transmitir el conocimiento científico.

La Universidad para la Defensa Nacional debe ser un ámbito militar, pero con autonomía y organizada de tal manera que se evite incurrir en un corporativismo del tipo de los tan negativos y conocidos en los que han caído algunos entes estatales.

5. Si esencial es la Defensa Nacional para la subsistencia del pueblo oriental, si esenciales son las Fuerzas Armadas para el cumplimiento del objetivo fundamental de la Defensa Nacional, el dotar a las Fuerzas Armadas de una estructura humana y material adecuada para el cumplimiento de su misión constituye un objetivo político de primera prioridad.

²⁷ DURÁN MARTÍNEZ, A. *Vivir es combatir*. Ediciones de la Plaza. Colección Testimonios. Montevideo, 2004, pp. 253 y ss.

EL ORDEN JURIDICO DEL MERCOSUR

DR. JORGE E. FERNÁNDEZ REYES

Profesor de la Cátedra de Derecho de la Integración
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo
Director del Master en Integración y Comercio Internacional
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS PREVIOS. III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN GENERAL.
IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL MERCOSUR.
V. LA INCORPORACIÓN DE NORMAS EN EL MERCOSUR.

I. INTRODUCCIÓN

A) Los Procesos de Integración y el Orden Jurídico

Desde una concepción o análisis estrictamente jurídico, los distintos sistemas o esquemas de integración propios de los tiempos actuales, reconocen – naturalmente - la existencia de un ordenamiento jurídico que los regula en su constitución y en su funcionamiento en niveles distintos pero complementarios.

En primer lugar, se encuentran aquellas normas jurídicas que - en el ordenamiento jurídico interno - habilitan a los Estados Parte a “ingresar” a un esquema de integración, esto es el respaldo constitucional que contempla la posibilidad del Estado de participar en un proceso de integración.

En segundo término, con relación a los Estados en su condición de Partes o Miembros en su relacionamiento internacional a nivel de los organismos internacionales, y en forma específica del punto de vista comercial o económico (esto no significa que no existan otros niveles o formas de participación a nivel internacional en organizaciones internacionales con fines diversos), se encuentra la posibilidad normativa de realizar acuerdos de carácter hemisférico, regional o subregional como mecanismos de excepción al - actualmente - Sistema Multilateral de Comercio (GATT/OMC).

En tercer lugar, en el propio proceso de integración, vale decir aquel ordenamiento jurídico que surge de las normas constitutivas del mismo, y de aquellas complementarias o modificativas (a cuyos efectos se utilizan instrumentos propios del Derecho Internacional Público), al igual que aquellas que derivan de los órganos - institucionalidad orgánica - creados para desarrollar e implementar el proceso (propias del Derecho de la Integración en sus diversas manifestaciones jurídicas).

Y por último, y de acuerdo al modelo utilizado por los Estados Parte, el relacionamiento de la normativa del proceso de integración, respecto a su esfera interna o nacional, es decir al ordenamiento jurídico de cada Estado Parte o Miembro del esquema de integración

En el sentido antes indicado, el primero de los ámbitos aludidos, se vincula con la previsión constitucional (v.g. Carta Magna) de cada Estado que contempla la autorización para participar y comprometerse en un esquema de integración y consecuentemente el alcance de la misma y de los niveles de integración.

Por su parte, el segundo se refiere a la validez jurídica del acuerdo (hemisférico, regional o subregional) en el contexto internacional (GATT/OMC), esto es, la validación de la aplicación de la excepción a uno de los principios básicos del Sistema Multilateral de Comercio, es decir el «Principio de No Discriminación» (Cláusula de la Nación Más Favorecida y del Trato Nacional).

El tercero de los ámbitos referenciados, alude a la normativa emanada de los órganos creados por los Tratados constitutivos, adicionales, ampliatorios o modificatorios del original o fundacional, que obligan a los Estados Partes inmersos en el esquema de integración.

Por último – y de acuerdo al esquema de integración –, la aplicación de las normas del proceso en el orden interno del esquema en cada uno de los Estados Parte y la forma de adquirir la vigencia la normativa emanada de los órganos regulados por los Tratados constitutivos y ampliatorios (de acuerdo al tipo o esquema de integración, esto es, sí se trata de proceso de naturaleza intergubernamental o procesos de naturaleza comunitaria).

En función de lo expresado anteriormente, y sin perjuicio de abordar brevemente los distintos niveles o ámbitos desde los cuales se puede observar el fenómeno de la institucionalidad normativa de un proceso o esquema de integración, el tema que nos interesa desarrollar se vincula con la “institucionalidad” del propio proceso de integración, vale decir la normativa propia y aquella derivada del proceso, que a nuestro juicio constituye el «Orden u Ordenamiento Jurídico» del proceso de integración.

Así es que se requiere una serie de consideraciones previas para delimitar claramente el tema en estudio, no obstante ser conscientes de la importancia y relevancia de los restantes aspectos de la temática en cuestión.

El análisis entonces, lo vamos a realizar según viene de verse en el ámbito de los procesos de integración de naturaleza comercial o económica (en el ámbito regulatorio del sistema multilateral de comercio – GATT/OMC – marco de derechos y obligaciones a la que se deben ajustar las políticas comerciales y los compromisos de los Países signatarios de los Acuerdos referidos), aún en aquellos cuyas dimensiones rebasaron los aspectos referidos y se desarrollaron – concomitantemente – con valoraciones políticas, sociales o culturales, pero siempre a partir de una concepción originaria de la naturaleza comercial y económica antes referida.¹

Obviamente, y desde el punto de vista anteriormente señalado, no es exactamente lo mismo el orden jurídico (desde lo sustantivo) relativo a esquemas de integración de escasa intensidad de aquellos cuya profundidad reviste características propias de una unión económica, transitando por los comunes y habituales estadios intermedios del fenómeno de la integración.

B) El Derecho de la Integración

La unidad del Derecho como valor intrínseco surge como elemento orientador de la ciencia jurídica, sin perjuicio de la existencia de distintas ramas autónomas, que se individualizan en función de particularidades propias y específicas en cuanto a objeto, método y principios (en algunas situaciones institutos).

El fenómeno de la «Integración» entre Estados soberanos y autónomos, como realidad propia de los tiempos contemporáneos (especialmente en las áreas económica y comercial), ha determinado el nacimiento de un «ordenamiento jurídico» que se desenvuelve a partir de esa «realidad», y que - a nuestro juicio - no responde a las ramas jurídicas existentes.

Denominado mayoritariamente como Derecho de la Integración, surgen entonces, un conjunto de normas que regulan los procesos de integración modernos, en función de diversas características que son ajenas a los criterios tradicionales en las disciplinas jurídicas conocidas, siendo la estructura básica de la ciencia del derecho, en la existencia del Derecho Interno de cada Estado y el Derecho Internacional (Público y Privado).

La base se encuentra en que el fenómeno en cuestión, no se desenvuelve pacíficamente en las ramas jurídicas tradicionales, no obstante utilizar mecanismos o instrumentos propios de las mismas para su nacimiento y en ocasiones su desenvolvimiento.

Vale decir, que si bien aún continúan las disquisiciones doctrinarias con sólidos fundamentos, que procuran ubicar al «fenómeno de la integración» desde la óptica jurídica, en disciplinas jurídicas existentes (en forma única o mixta - Derecho Internacional Público y/o Derecho Internacional Privado), también se avanza - con dificultades - en la elaboración de una «nueva» rama del derecho (Derecho de la Integración), con especial predilección - por sus características distintivas - por el Derecho Comunitario.^{2 3}

¹ Este aspecto es importante, en virtud de la existencia de otros mecanismos de integración, a niveles de cooperación técnica, científica, cultural, etc. que no será objeto de consideración en este trabajo, salvo en cuanto sean complementarios o sucedáneos en el tiempo a partir de la integración comercial o económica.

² Algunos autores diferencian el Derecho de la Integración, del Derecho Internacional Clásico en función de que éste último, se caracteriza por la existencia de Estados independientes respetuosos de la independencia de las demás naciones, y relacionados entre sí por vinculaciones económicas, científicas, culturales, etc..

³ La Ciencia del Derecho se encuentra resolviendo la regulación del nuevo fenómeno, desde la existencia de un Derecho Interno de cada Estado y el Derecho Internacional (Público y Privado), pero el Derecho de la Integración no es ni uno ni otro.

Desde allí, se desarrollan las diversas teorías en cuanto al ordenamiento jurídico (i.e. Derecho) aplicable en los procesos de integración.

No obstante ello, nuestra posición se recuesta en la existencia de un Derecho de la Integración General (como género) comprensivo: de un Derecho de la Integración Particular (como especie del género) referido a los procesos de integración que no cuentan con órganos de carácter supranacional o supraestatal y por ende carecen de normas supranacionales o supraestatales, y del Derecho Comunitario (también como especie del género) desarrollado a partir de procesos de integración con órganos de carácter supranacional y normas supranacionales.

Como consecuencia de esta posición, adquiere relevancia el estudio desde las fuentes del mentado «Derecho de la Integración» en directa vinculación con la aplicación de las normas emanadas de los órganos decisorios de los procesos de integración, en el propio esquema, y en los respectivos Estados Partes o Miembros.⁴

Complementariamente con lo expresado en el numeral anterior de este Capítulo, se desarrollarán los dos últimos aspectos descritos anteriormente, tanto desde el punto de vista general y teórico, como en el marco de la regulación dada en el ámbito del MERCOSUR propiamente dicho y en los Estados Partes (miembros plenos) y en los Estados Asociados al MERCOSUR.

II. ASPECTOS PREVIOS

En consecuencia, y en el primer nivel señalado en el numeral I.1 del Capítulo I (Introducción), la precisión inicial tiene vinculación - como señala con acierto Midón - con la “matriz constitucional” del proceso, en el sentido de que la Carta Magna de cada Estado que aborda el proceso de integración, debe - necesariamente - contemplar la potestad y viabilidad de los actos emanados por el Estado para ingresar a un determinado estadio de la integración, sobre la base de dos aspectos resaltables: la capacidad jurídica de hacerlo y el alcance de la misma.⁵

Aspecto trascendente, en la medida de que no todas las Constituciones de los países contemplan este aspecto, y cuando lo hacen no todas tienen el mismo alcance, lo que genera asimetrías constitucionales que - en ocasiones - imposibilitan un avance jurídico de igual forma en los procesos integrativos, pese a la intencionalidad manifiesta de lograr estadios superiores de la integración.⁶

En efecto y de acuerdo a la «matriz constitucional», desde la intergubernamentalidad o la supranacionalidad en términos amplios, se resuelve el punto en cuestión, y la institucionalidad del proceso se desenvuelve a partir de las características propias de los sistemas aludidos.

La naturaleza intergubernamental se caracteriza por distintos elementos, que en forma resumida vamos a indicar a continuación y que constituyen - en función de la habilitación constitucional existente - parte de una definición estratégica y política de los Estados Partes en oportunidad de ingresar a un proceso o esquema integracionista, que como venimos de observar está signada por la previsión constitucional.

En ese sentido, y sin perjuicio de un análisis más preciso que se pudiera realizar los elementos caracterizantes se podrían resumir en:

- (i) los sujetos (v.g. personas) que integran los órganos de la estructura institucional del esquema integracional, lo hacen en calidad de representantes directos de los Estados Partes (v.g. mandatados en las negociaciones y decisiones), y generalmente se trata de funcionarios públicos (aunque ésta no es una característica determinante o excluyente);
- (ii) las decisiones adoptadas en el marco de los órganos decisorios responden a las instrucciones de los Gobiernos de los Estados;
- (iii) su responsabilidad por las acciones y conductas adoptadas se resuelve en y por el Estado Parte que lo designa;
- (iv) los sistemas para la adopción de las decisiones en sede de los órganos que tienen esas facultades, se estructuran tanto a través del consenso o de mayorías especiales previamente determinadas, como forma de respaldar los intereses específicos de cada Estado en las negociaciones y resoluciones;

⁴ El Derecho no sólo es normativo, pero también es normativo y comprensivo de los fenómenos políticos, económicos, sociales y culturales, siendo en el enfoque tridimensional donde se plasma esta afirmación, en la medida que se concibe al Derecho, como norma, como conducta y como valor.

⁵ MIDÓN, Mario - Derecho de la Integración - Aspectos Institucionales del MERCOSUR - Rubinzal - Culzoni Editores, Año 1998, Santa Fé, Argentina, página 30 y siguientes.

⁶ Claro ejemplo de ello es el MERCOSUR, según veremos al tratar el tema en forma específica - Ver infra Numeral IV.

- (v) las normas adoptadas por los órganos decisorios, requieren necesariamente la incorporación o internalización al orden jurídico interno de cada Estado, según veremos con detenimiento posteriormente; y
- (vi) por último, y no menos importante, los Estados que conforman el esquema de integración, si bien tienen intereses comunes, participan con sus propias voluntades expresadas a través de sus representantes (i.e. negociadores).

Si nos referimos a los procesos de naturaleza comunitaria o supranacional, estamos aludiendo a la existencia de organismos de carácter supranacional o supraestatal en la estructura orgánica integracional, que excede el ámbito interno de los Estados Miembros que integran el proceso, con consecuencias específicas en el orden normativo emanado de dichos órganos comunitarios, y en ese sentido también podemos efectuar una caracterización sumaria:

- (i) las personas o sujetos integrantes de los órganos supranacionales o supraestatales no representan a un Estado en particular, sino que por el contrario su actuación en sede de dichos órganos responde a criterios comunitarios;
- (ii) no actúan por mandato o según instrucciones de un Estado Miembro; la responsabilidad de sus acciones se resuelve en el plano supranacional;
- (iii) las normas se adoptan en los órganos comunitarios, tradicionalmente por el régimen de mayorías en función de criterios previamente adoptados en los Tratados constitutivos y modificatorios o ampliatorios de aquellos;
- (iv) los órganos supranacionales revisten la facultad jurídica de dictar normas de carácter supranacional que tienen, de acuerdo a criterios normativos, doctrinarios y jurisprudenciales: (a) supremacía frente al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado; (b) un efecto directo; y (c) su aplicación inmediata;
- (v) por último, existe un interés comunitario que guía las acciones de los integrantes de la estructura orgánica - institucional del proceso o esquema de integración.

Consecuentemente, el ingreso por un Estado a un “esquema de integración” dependerá invariablemente, del marco constitucional del mismo, dado que la habilitación constitucional, es requisito previo y esencial para que válidamente se participe en el proceso integracional, y naturalmente dependerá el “nivel o grado” de integración de la mencionada habilitación constitucional, conforme a los niveles aludidos con anterioridad, y ello condicionará el desarrollo del proceso y naturalmente el orden jurídico del mismo.

En un segundo ámbito de análisis, el desarrollo de un proceso de integración de carácter comercial a nivel regional (tal cual lo delimitamos sucintamente en el numeral I.1 del Capítulo I Introducción), requiere necesariamente una autorización o habilitación, como régimen de excepción a los principios emergentes - actualmente - del Sistema Multilateral de Comercio (OMC) (i.e. en su oportunidad en el esquema de la liberalización del comercio - GATT).

Como es sabido, el Sistema Multilateral de Comercio, se orienta a consagrar el libre comercio en las relaciones comerciales entre los países integrantes de la Organización Mundial de Comercio (creada a partir del 1 de enero de 1995 como consecuencia de los Acuerdos de Marrakesh, resultado final de la Ronda Uruguay del GATT iniciada en el año 1986).

Es frecuente que se señale que “el fenómeno de la internacionalización es uno de los rasgos dominantes de las grandes transformaciones que ha venido experimentando el planeta en los últimos lustros”, y que “la globalización que acompaña este proceso determina una creciente diversificación de los intercambios.”⁷

Asimismo, se afirma que la crisis de comienzos de los años ochenta demostró la falta de adecuación del régimen de liberalización del comercio construido en torno al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), creándose a partir de la Ronda Uruguay del GATT un nuevo Sistema Multilateral de Comercio Internacional (Ronda que se inicia en el año 1986 y culmina en el año 1994).

Es entonces, el punto de partida “para un mejor desarrollo de la economía mundial mediante una mayor apertura y una mayor disciplina en los intercambios internacionales sobre la base un nuevo sistema multilateral más universal, transparente, previsible y no discriminatorio.”⁸

Los principios rectores del sistema aludido (consagrados asimismo en forma similar en el marco jurídico del GATT), se encuentran en:

- a) el “Principio de No Discriminación” sustentado en: la “*cláusula de la nación más favorecida*” por la cual los Estados miembros están obligados a otorgar a los productos (“comercio de mercancías”) de

⁷ LEIVA, Patricio – Capítulo Introductorio en La Ronda Uruguay y el Desarrollo de América Latina – CLEPI – Programa de Naciones Unidas - PNUD, Año 1994, página 25.

⁸ LEIVA, Patricio – obra citada, página 28.

los demás miembros un trato no menos favorable que el concedido a los productos de cualquier otro país; siendo la *“disposición relativa al trato nacional”* la que exige que una vez que haya ingresado los productos en un mercado, deben recibir (*“inmediata e incondicionalmente”*) un trato no menos favorable que el dispensado (*“cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad”*) a los productos de origen nacional equivalentes, extremos que se amplían en el marco de los Acuerdos de Marrakesh para los «servicios», y el régimen de la «propiedad intelectual»;

- b) el “Principio de la Previsibilidad Comercial” en cuanto es necesario la adopción de disposiciones que hagan previsible el acceso a los mercados de los países miembros de la comunidad internacional (OMC);
- c) el “Principio de la Competencia Leal”, en la aplicación de las reglas de competencia, que exigen establecer normas que eviten el monopolio o la competencia desleal, como el “dumping” y las subvenciones que distorsionen las reglas de la competencia; y
- d) el “Principio de Fomento al Desarrollo” en la medida que implica el otorgamiento a los países en desarrollo, de períodos de transición y adaptación a las disposiciones de la Organización Mundial de Comercio, y la búsqueda de mayores facilidades de acceso a los mercados para la reducción de los desequilibrios existentes.

Sobre estos principios de aplicación básica, se regulan las excepciones para hacer lugar a los nuevos «fenómenos de cooperación e integración regionales», que permite que todas las preferencias pactadas en las zonas de libre comercio y uniones aduaneras se excluyan del régimen general (Artículo XXIV del GATT).

Es criterio aceptado - sin perjuicio de voces críticas al respecto - que los compromisos de integración entre países son compatibles con el objetivo final del sistema multilateral de comercio, en tanto son creadores o gestores de crecientes niveles de competitividad, sino también como instrumentos válidos para lograr su consagración, es decir la corriente mayoritaria convalida la compatibilidad entre los procesos de integración regional y el sistema multilateral de comercio (principio del multilateralismo).

No escapa a la consideración general, de que los compromisos de integración sí bien son alternativas a una inserción más dinámica en la economía internacional, existe el riesgo de que la conformación de bloques integradores del punto de vista comercial y económico pueden llevar a un mundo fragmentado, donde el libre comercio se desarrolle en las zonas integradas, mientras que el comercio sea más limitado con los demás países.

Sin embargo, es válido pensar que los procesos de integración serían los futuros cimientos de una economía internacional libre de proteccionismo y de trabas al comercio de bienes y servicios, dado que la liberalización del comercio regional constituiría un adelanto en la aplicación de las reducciones arancelarias y a su vez un laboratorio para poner a prueba probables disciplinas multilaterales imprescindibles para la consagración del sistema multilateral de comercio.

El régimen de excepción al principio del multilateralismo, por parte de las zonas preferenciales regionales y subregionales de integración (compromisos integradores o acuerdos regionales), proviene – del punto de vista normativo - de la aplicación del artículo XXIV del GATT; de la Cláusula de Entendimiento sobre la Interpretación del Artículo XXIV del GATT (ambas relacionadas con las normas y disciplinas que se refieren a las uniones aduaneras y a las zonas de libre comercio); de la Cláusula de Habilitación (normas y disciplinas comerciales para los países en desarrollo); y del Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (normas para la integración económica en las áreas de servicios).

En esencia, se tratan de excepciones al principio de no discriminación, específicamente a la cláusula de la nación más favorecida, que según algunos autores puede visualizarse desde su aplicación “hacia adentro” o “hacia fuera”, o de manera “condicional” o «incondicional”.

El GATT de 1947 consagró en su Artículo I una cláusula de la nación más favorecida en su formulación incondicional (se trata de la extensión de las preferencias no vinculada a la oferta o concesión de alguna reciprocidad).

Las excepciones se encuentran en el Artículo XXIV del GATT, y excluyen todas las preferencias pactadas en zonas de libre comercio y uniones aduaneras, incluidos los acuerdos internos que las instrumentan, y en la Cláusula de Habilitación que permite a los países en desarrollo celebrar entre sí acuerdos regionales o globales para la reducción o eliminación recíproca de barreras al comercio sin verse obligados a extender los beneficios respectivos a las demás partes contratantes (Artículo I del GATT), siempre y cuando no se levanten o se transformen en barreras al comercio con las demás partes o se dificulte el intercambio comercial con ellas (i.e. creación de fortalezas comerciales).

Complementariamente, y en mérito a los conflictos derivados de la aplicación del Artículo XXIV del GATT, durante la Ronda Uruguay del GATT se trató de encontrar soluciones a dichos problemas, consagrán-

dose entonces el Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del GATT de 1994, que es parte integrante del Acuerdo de Marrakech del 15 de abril de 1994, en términos de un Protocolo para la interpretación de las disposiciones de dicho artículo.

La aplicación del Artículo XXIV del GATT, procura asegurar que los acuerdos regionales faciliten el comercio interno sin erigirse en barreras al comercio con los demás miembros de la OMC que no son partes de esos acuerdos, y que reduzcan al mínimo los efectos adversos de esos acuerdos para los otros miembros del proceso.

En esencia, que la “creación del comercio” sea superior a la “desviación del comercio”.

Por su parte, la aplicación de la Cláusula de Habilitación (para los países en desarrollo) que es más flexible que el Artículo XXIV y la del Entendimiento requiere, el cumplimiento de requisitos de fondo (v.g. facilitar y promover el comercio y que no sean impedimento para la reducción o eliminación de aranceles u otras restricciones al comercio en base a la nación más favorecida), y de requisitos de procedimiento (v.g. notificación del acuerdo y modificaciones al Comité - CCD, presentación de información y consulta con los miembros de la OMC).

La excepcionalidad prevista, implica que la finalidad de esos acuerdos debe ser facilitar el comercio mundial, sin transformarse en nuevas barreras comerciales, lo que ha generado problemas en el marco de la compatibilidad de las “zonas preferenciales” creadas por los países miembros del GATT con el ordenamiento jurídico general del sistema, y ello a través de la revisión y supervisión de los acuerdos, tanto en el ámbito de la aplicación del Artículo XXIV del GATT como en la Cláusula de habilitación.

Formuladas estas breves referencias a los aspectos habilitantes del ingreso por parte de un Estado a un proceso de integración, desde el punto de vista constitucional (i.e. previsión de la Carta Magna de cada Estado) y del escenario regional de carácter comercial o económico (i.e. excepción al sistema multilateral de comercio), podemos ingresar al estudio de los otros temas que son los que nos hemos fijado como objeto de este documento.

Estos refieren específicamente a la *institucionalidad normativa*, propia del orden jurídico emanado del proceso o esquema de integración, y la *institucionalidad orgánica* del mismo, lo que se vincula con las fuentes del Derecho de la Integración en general (Originario y Derivado – Formales y Materiales), y su directa relación con la incorporación de la normativa a nivel internacional, y aquella emanada del propio esquema de integración.

Luego, será posible avanzar sobre el ordenamiento jurídico de un proceso o esquema de integración propio o particular del Mercado Común del Sur (en adelante el MERCOSUR).

III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN GENERAL

Lo que es indubitable, y siguiendo la línea de razonamiento esbozada en el numeral I.2 del Capítulo I - Introducción, es que todo proceso de integración requiere de un orden jurídico determinado, en el que nacen y se desenvuelven las relaciones emergentes del mismo, es decir que lo contempla desde la óptica de las relaciones jurídicas que emergen del mismo.

En esencia, se trata de un conjunto de normas jurídicas que tienen sus propias fuentes, su estructura orgánica y procedimental para su existencia, al igual que los instrumentos necesarios para solucionar las controversias que se planteen, y que en definitiva se encuentran orientadas para su aplicación en un ámbito determinado.

Como consecuencia de ello y de lo expresado precedentemente, la diversidad de los procesos o esquemas de integración modernos, implica la diversidad en los principios fundamentales o rectores del ordenamiento jurídico de cada uno de ellos y repercute directamente en su “institucionalidad”.

Cuando nos referimos a la “institucionalidad” de un fenómeno de integración, estamos aludiendo a una concepción amplia del término utilizado, en el sentido de que esta abarca no solamente la *institucionalidad orgánica* (tema que tradicionalmente ha sido considerado por la doctrina como representativo del concepto), sino también a la *institucionalidad normativa*, en otras palabras, al conjunto normativo que regula el proceso integracional.

En ese sentido, bueno es recordar en esta instancia dada su directa vinculación con nuestras expresiones anteriores, que la *institucionalidad orgánica* de los esquemas de integración es desarrollada con singular acierto por Vacchino, al referirse a la institucionalidad en forma genérica.

El citado autor señala que todo proceso de integración requiere estar dotado de órganos que le den transparencia, sustentabilidad, solidez y previsibilidad.⁹

⁹ VACCHINO, Mario - La dimensión institucional en la integración latinoamericana - Integración Latinoamericana - INTAL - No. 185, diciembre de 1992, Año 17, página 3 y siguientes.

No obstante ello, esta institucionalidad orgánica se relaciona directamente con los sistemas que la doctrina ha desarrollado en base a las previsiones constitucionales propias de cada Estado participante de los procesos de integración.

En el orden de ideas señalado en el numeral precedente, Guy afirma que el Orden Jurídico es “*el conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que poseen sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlos, así como para constatar y sancionar sus incumplimientos y violaciones*”.¹⁰

Vale decir, que en el concepto aludido se encuentra tanto la institucionalidad normativa como la orgánica, a partir de la cual deviene la primera (excepto en su instancia original o primigenia), y que su alcance en el ámbito nacional de cada Estado Miembro o Parte, dependerá de la naturaleza asignada al proceso y a sus órganos.

Estas consideraciones implican el análisis de las Constituciones de los Estados Partes, en mérito a las cuales se pauta la capacidad jurídica de los mismos de insertarse en un proceso de integración y el alcance de dicha capacidad, no solamente en mérito a la inclinación – en el plano teórico – propia de la tesis monista o dualista, sino también en cuanto a que la “matriz jurídica” de la integración nace o se encuentra en los textos constitucionales de los Estados que conforman el proceso.

Vale decir, el punto se encuentra en la aprobación de los órganos estatales competentes de acuerdo a las Constituciones Nacionales, en cuanto prevean la posibilidad y por ende los requisitos para quedar vinculados - a partir de las normas de Derecho Internacional - a un esquema de integración.

En un proceso de naturaleza intergubernamental, los órganos son intergubernamentales (con las características ya vista en Capítulo 2), lo que presupone la necesaria incorporación o internación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de las normas aprobadas en el seno del proceso (es decir por los órganos creados a esos efectos en él o los Tratados constitutivos o ampliatorios), lo que obliga a su vez a establecer cuando adquiere vigencia la norma en cada Estado Parte, al igual que la vigencia simultánea o general en relación a los restantes integrantes del sistema integracionista.

A su vez presupone analizar la obligatoriedad de la norma al amparo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Bueno es recordar en esta instancia, que es de esencia en todo proceso de integración que los compromisos asumidos son obligatorios para los Estados Partes (artículo 27 de la Convención de Viena), y la aplicación del *pacto sunt servanda*, que trae aparejado la buena fe en la ejecución de los contratos (artículo 26 de la Convención citada).

Asimismo, presupone determinar la responsabilidad por el incumplimiento en la incorporación de la normativa aprobada en el marco del esquema de integración - ya sea por acción u omisión - en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros o partes, lo que habilita a ingresar a los mecanismos de solución de controversias previstos para exigir su cabal cumplimiento.

En un proceso de naturaleza supranacional, las características de supremacía normativa, efecto directo y aplicación inmediata de la norma jurídica, a partir de su aprobación por órganos supranacionales o supraestatales o comunitarios (que a su vez reconoce distintos niveles), resuelve – en principio – un sinnúmero de cuestiones relativas al ordenamiento jurídico comunitario, ya que en su propio ámbito de creación y desarrollo se encuentran en términos generales, el alcance y las características del orden jurídico aprobado por los órganos comunitarios y su relación con el orden jurídico de cada Estado Miembro.

Desde la óptica de la institucionalidad normativa, y tal cual hemos señalado al inicio de este trabajo, todo proceso de integración reconoce la existencia de un “orden jurídico”, compuesto por normas jurídicas de distinto alcance y valoración, conforme al esquema de integración.

En su relación con las Fuentes del Derecho, es posible abordar el tema con miras a obtener un desarrollo propio de la ciencia jurídica.

El tema de las “Fuentes del derecho”, en una concepción genérica es esencialmente opinable y discutible, dada la amplitud del término, pero su determinación es esencial para poder avanzar sobre cuáles son esas fuentes.¹¹

Sobre el punto, lo más adecuado es situar el término, en el “ámbito donde el Derecho se produce”, y es en base a esta conceptualización que desarrollaremos el tema.

¹⁰ GUY, Isaac - Manual de Derecho Comunitario General - Editorial Ariel, Barcelona, Año 1985, página 178.

¹¹ HANS KELSEN en su Libro “Teoría General del Derecho y del Estado”, decía que la expresión fuente del Derecho es figurada y superlativamente ambigua y hasta inútil, dado que se utiliza no sólo para designar los métodos de creación jurídica, sino también para caracterizar el fundamento de la validez del Derecho y la razón última de su validez.

En términos generales, y en cuanto al Derecho Originario, en los distintos procesos de integración (modernos), el acto inicial o fundacional que da origen al esquema de integración se consagra instrumentalmente en un TRATADO donde se incluyen los objetivos, principios e instrumentos propios del sistema de integración consagrada, y es en este acto constitutivo donde se consagra el alcance del esquema de integración (i.e. Tratado Marco, etc.).

Se trata del acto fundacional en donde los Estados Partes o Miembros deciden o manifiestan su voluntad de incorporarse en un proceso integracionista, por lo que este instrumento adquiere la naturaleza de fuente originaria.

En dicho instrumento, propio del Derecho Internacional Público, los Estados asumen el compromiso de la «Integración», que obviamente es diverso a lo interno, y que también lo es en referencia a lo internacional.

La diferencia en lo internacional, obliga a una delimitación con otros instrumentos originados en la esfera del Derecho Internacional, ya que de otra forma no se justificaría del punto de vista de la ciencia jurídica y de la normativa vigente, hablar de un Derecho de la Integración diferente y diferenciable del Derecho Internacional (en el caso Público).

Allí es donde la elaboración doctrinaria no ha tenido avances sustantivos, no obstante lo cual, los esfuerzos para distinguir el orden jurídico internacional tradicional (por asignarle una denominación a los efectos de este documento) del orden jurídico propio de la integración o integracionista, han tenido ciertos resultados positivos.

La primera distinción o criterio distintivo sustantivo, deviene de la finalidad inmersa en las disposiciones de uno y otro orden jurídico, dado que mientras en el orden jurídico internacional (tradicional) el mismo se encuentra en la «cooperación», en el orden jurídico integracionista se ubica en la naturaleza «asociativa».

Por otra parte, el Derecho Internacional es de naturaleza esencialmente convencional, mientras que el Derecho de la Integración tiene en sus instituciones – de acuerdo al modelo – una facultad normativa generadora de normas de Derecho (de la Integración en sentido amplio, o Comunitario o de la Integración en sentido estricto).

Asimismo, la facultad de establecer reservas o condicionamientos en los Tratados de Derecho Internacional, no es compatible con aquellos propios del Derecho de la Integración (en sentido amplio), ya que ello implicaría afectar el principio de igualdad de los Estados Partes o Miembros.

Si nos referimos al Derecho Derivado o también llamado Secundario, estamos aludiendo a aquél conjunto de normas emanadas de los órganos creados por el Derecho Originario.

De acuerdo a lo que hemos venido expresando, el mismo va a estar adecuado a la modalidad integracionista adoptada por los Estados signatarios del Tratado fundacional, dado que la naturaleza de los órganos creados a esos efectos, condiciona la naturaleza de las disposiciones correspondientes, y por ende su aplicabilidad en el ámbito interno de los Estados Miembros o Partes.

Se recuerda en ese sentido, que el Derecho Originario cualquiera sea la modalidad adoptada, condiciona necesariamente al Derecho Derivado, porque sus normas tienen jerarquía superior a las derivadas de los órganos por él creados, y en caso de colisión de normas prima el Derecho Originario.

Por otra parte, en las diversas modalidades integracionistas la necesaria incorporación de las normas emanadas de los órganos creados por el Derecho Originario, conformando el Derecho Derivado a que hacíamos alusión anteriormente, torna imprescindible obliga a alguna consideración relativa a la forma de explicar la inserción de una norma de Derecho Internacional en el Derecho interno de un Estado, que en la situación planteada se encuentra inmerso en un esquema integracionista.

Es decir, que si bien la normativa derivada del proceso no puede catalogarse como una norma de derecho internacional, se trata de una norma que proviene de los órganos de una organización internacional o comunitaria.

La corriente dualista, considera la existencia de dos Derechos, con sus propias fuentes, instituciones y sujetos, es decir: el Derecho Interno de cada Estado y el Derecho Internacional.

Sobre esta base se conforman dos órdenes jurídicos que rigen en ámbitos distintos, en virtud de lo cual no existe conflicto en ambos, dado que el Derecho Internacional rige en lo internacional, mientras que el Derecho Interno rige en cada Estado.

En oportunidad de que la norma de derecho internacional, deba incorporarse en el ámbito interno de un Estado, es necesario “incorporarla” a ese orden jurídico, por vía de los mecanismos establecidos en el mismo, convirtiendo la norma internacional en norma de derecho interno.¹²

¹² El tema sin lugar a dudas amerita un análisis más profundo, pero el mismo rebasa el alcance de este documento.

Mientras tanto, la teoría monista, afirma la existencia de un solo orden jurídico, que incluye al Derecho Internacional y al Derecho Interno de cada Estado.

Esto significa que un Tratado Internacional (Derecho Internacional) para entrar en vigencia en un Estado (Derecho Interno), que lo ha firmado, no necesita de una norma que lo convierta en Derecho Interno, es decir que si el Tratado es válidamente celebrado y ratificado conforme a la legislación del país, el mismo se aplica internamente.

La trascendencia práctica en la aplicación de las teorías vistas (pese a una notoria superación de la polémica histórica), resulta que *el dualismo subordina el Derecho Internacional al Derecho Interno*, mientras que *el monismo plantea la necesaria definición según el orden de las fuentes, acerca de la jerarquía de las normas de Derecho Internacional una vez ingresadas al Derecho Interno*.

El Prof. Arbuét Vignali con su habitual claridad y precisión, resalta la importancia del tema en general, habida cuenta de las dificultades que enfrenta un Juez interno cuando debe fundamentar un fallo, y encuentra contradicciones evidentes entre una norma del Derecho Interno que ha creado el Estado y otra de Derecho Internacional que su Estado contribuyó a crear y se obligó a respetar.¹³

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR), es un proceso de integración que se inicia a partir del Tratado de Asunción suscrito el 26 de marzo de 1991, por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental de Uruguay, a través de un instrumento propio del Derecho Internacional Público (i.e. Tratado).

Desde la óptica constitucional de cada Estado Parte integrante del MERCOSUR, se observan realidades diversas, es más aún tres de los cuatro países miembros plenos del proceso han tenido reformas constitucionales con posterioridad a la suscripción del Tratado de Asunción, aunque solamente la República Argentina y la República del Paraguay han avanzado en sus previsiones constitucionales, incluyendo una regulación expresa y moderna al respecto (Uruguay no ha seguido el mismo camino y pese a la Reforma Constitucional del año 1996 y 2004 el tema no fue objeto de consideración, mientras que la República Federativa del Brasil mantiene su redacción original desde la creación del MERCOSUR).

Las realidades diversas a que hacemos referencia, se encuentran especialmente en el alcance de la participación de los Estados Partes.

De conformidad con las disposiciones constitucionales existentes en los cuatro Estados Partes en oportunidad de la suscripción del Tratado de Asunción (marzo de 1991), el MERCOSUR detenta la condición de ser un proceso de naturaleza intergubernamental, de acuerdo con las potestades constitucionales de cada uno de los Estados Partes.

La República Argentina, en la Constitución Nacional reformada en el año 1994, posibilita la integración tanto hacia adentro (artículo 124 de la Carta Magna) como hacia fuera (numeral 24 del artículo 75, y 124 de la Constitución).¹⁴

La nueva Constitución de la República Argentina resuelve del punto de vista jurídico, en primer término: el orden de prelación de los Tratados y el derecho derivado emergente de ellos, y en segundo término: la constitucionalización de la integración, dos aspectos sumamente trascendentes en el marco de los procesos de integración modernos o contemporáneos.

El primer punto en cuestión se refería a la situación de los Tratados Internacionales en relación a las leyes, y especialmente a los Tratados relativos al fenómeno de la "Integración".

Respecto a los *Tratados de Integración*, se establece que el Congreso de la Nación, puede aprobar aquellos que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, siempre que sea en condiciones de reciprocidad e igualdad y respetando el orden democrático y los derechos humanos.

Por su parte, y en forma complementaria, se expresa que la denuncia de estos Tratados (v.g. los relativos a la Integración) requiere una mayoría especial de cada Cámara del Congreso de la Nación.

Asimismo, se consagra la supremacía de las normas dictadas por esas organizaciones (i.e. internacionales) en relación a las leyes de la Nación, sólo en cuanto hayan sido dictadas o emitidas por órganos de carácter o naturaleza supranacional.

¹³ ARBUET VIGNALL, Heber - Claves Jurídicas de la Integración – Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina, Año 2004, página 116 y siguientes.

¹⁴ Con anterioridad a la Reforma Constitucional, la doctrina admitió la validez de una justicia supranacional, cuando la renuncia a la jurisdicción argentina no está prohibida por ley del Congreso de la Nación o no existe jurisdicción exclusiva y excluyente.

Veamos entonces, cuales son las características de estos Tratados de Integración que la Constitución faculta a que el Congreso de la Nación apruebe.

En primer término y como contenido de la "Integración", se admite, tal cual habíamos expresado precedentemente, que en el Tratado *se deleguen competencias y jurisdicción a órganos supranacionales, es decir se admite un desprendimiento de atribuciones y competencias que en su génesis corresponden al Estado Nación*.

En segundo término, se requieren determinados *requisitos de fondo mínimos*, so pena de que el Tratado sea inconstitucional, y ello se orienta a consagrar en las disposiciones del texto normativo, los siguientes principios:

- a) de *reciprocidad* en el sentido de la mutua correspondencia entre dos o más actores y una relación solidaria;
- b) de *igualdad*, en el entendido de paridad, equilibrio, identidad, con igual cesión de competencias
- c) de *respeto por los derechos humanos*; y
- d) de *respeto del orden democrático*.

En tercer término, surgen los *requisitos de forma*, vinculados con el mecanismo o procedimiento que debe seguir el Congreso de la Nación para habilitar los Acuerdos internacionales de Integración, distinguiendo dos situaciones diversas:

- a) la *integración latinoamericana*, que requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada rama legislativa, y se refiere a los latinoamericanos, es decir los pueblos latinoamericanos que hablan idiomas derivados del latín; y
- b) la *integración con otros Estados no latinoamericanos*, que requiere un proceso más complejo, con una declaración previa de conveniencia, un plazo de 120 días y la mayoría absoluta para la aprobación.

En cuarto término, otra característica de los Tratados de Integración, se encuentra en la *denuncia*, dado que se exige la participación de los órganos representativos, sin perjuicio de la competencia de los órganos ejecutivos.

Como viene de verse, la Reforma de la Carta Magna de la República Argentina, reconoce el fenómeno de la "Integración", y lo incluye en su regulación, habilitando la participación del Estado en dichos procesos de integración (con países latinoamericanos y no latinoamericanos) pero con exigencias de fondo y de forma importantes, que son imprescindibles para posibilitar su participación en un proceso de integración de carácter supranacional o comunitario.

Por su parte la República del Paraguay, tiene su Constitución aprobada en junio de 1992, donde el tema de la integración adquiere un papel importante del punto de vista conceptual y jurídico.

Al respecto el artículo 143 de la Carta Magna, afirma que el Estado, en el ejercicio de las relaciones internacionales, se ajustará, entre otros, al *principio de cooperación*.

En el artículo 145, admite la existencia de un *orden jurídico supranacional*, a los efectos de garantizar la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en los aspectos económico, político y social.

Como *requisitos de fondo*, consagra:

- a) el principio de igualdad;
- b) de vigencia de los derechos humanos;
- c) de la Paz;
- d) de la Justicia;
- e) de la Cooperación (según se ha visto); y
- f) del Desarrollo (en lo político, económico, social y cultural).

Por su parte, como *requisitos de forma*, requiere la aprobación de la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso Nacional.

Se ha considerado por algunos autores, que la citada Constitución de la República del Paraguay, no prioriza la Integración latinoamericana, en el entendido que considera a la "Integración" en su conjunto y como un fenómeno que no admite una priorización, extremo que a nuestro juicio no representa una crítica válida, cuando admite sin lugar a duda alguna la integración como un fenómeno de los tiempos modernos y en ese sentido la regula, siendo una decisión de carácter instrumental la priorización de una u otra modalidad de integración.

Por último, y en relación a la prevalencia del Tratado sobre la Ley, determina *la jerarquía supralegal del Tratado*, aspecto que adquiere trascendencia en los temas objeto de tratamiento.

La República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil, no tienen disposiciones de características similares en el sentido que habiliten la integración de dichos países en procesos de carácter

supranacional, por lo que, salvo modificaciones constitucionales expresas en los textos actualmente vigentes de los mismos, el MERCOSUR no podrá adquirir la «supranacionalidad» orgánica y normativa.

Desde la óptica del relacionamiento del proceso de integración, con la normativa internacional en materia de comercio (y a partir del año 1994 con la Organización Mundial de Comercio), el tema requiere alguna consideración expresa.

El Preámbulo del Tratado de Asunción, contempla en forma expresa que el Tratado “... debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980.”

Al celebrarse el Tratado de Montevideo de 1980, las Países signatarios escaparon a la rigidez del Artículo XXIV del GATT e hicieron uso de la posibilidad prevista en la Cláusula de habilitación consagrada en el año 1979 en la Ronda GATT de Tokio, es decir otorgarse preferencias que no lleguen a liberar “lo esencial del comercio recíproco”, por lo que se establecen preferencias arancelarias regionales, acuerdos de alcance regional y acuerdos de alcance parcial.

Por su parte, el artículo 44 de dicho Tratado prevé una cláusula de la nación más favorecida que funciona como mecanismo de multilateralización de las preferencias que concedan los miembros de la Asociación a países fuera o dentro del acuerdo pero por decisiones que no estén previstas en el Tratado de Montevideo de 1980 o en el Acuerdo de Cartagena.

La aplicación del artículo se realiza “hacia adentro” por vía del Acuerdo de Complementación Económica, dado que si se hubiera utilizado el mecanismo del artículo 9 del Tratado de Montevideo, existiría la obligación de estar abiertos a la adhesión, previa negociación con los demás Estados Miembros y propiciar la convergencia a fin de que sus beneficios alcancen a todos los países miembros.

En el caso del MERCOSUR (Mercado Común del Sur), éste fue ingresado en el contexto de la ALADI como un Acuerdo de Complementación Económica de Alcance Parcial, dado que era la forma de valerse de las preferencias arancelarias admitidas por la Ronda Tokio del GATT y a su vez, dentro del esquema de la ALADI, exceptuarse de la exigencia del artículo 44 del Tratado de Montevideo (cláusula de la nación más favorecida según viene de verse), frente a los restantes países integrantes de la ALADI que no forman parte del MERCOSUR.

Así es que el Tratado de Asunción fue registrado como el Acuerdo de Alcance Parcial No. 18 (Acuerdo de Complementación Económica) en el mes de noviembre de 1991, agregándose con posterioridad diversos Protocolos Adicionales a dicho Acuerdo de Alcance Parcial (esencialmente se ingresaron el Programa de Liberación Comercial, el Régimen de Origen y la regulación de las Cláusulas de Salvaguardia previstos en los Anexos I, II y IV del Tratado de Asunción).

En síntesis, y al decir de la doctrina más recibida, el acto fundacional del MERCOSUR, utiliza al Tratado de Montevideo (constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración - ALADI), como «paraguas jurídico», vale decir, este Tratado oficia de norma jurídica habilitante respecto a la aplicación (excepción) de los principios consagrados en la normativa GATT/OMC, en lo vinculado con el Programa de Liberación Comercial, Régimen de Origen y Cláusulas de Salvaguardia (Anexos I, II y IV del Tratado de Asunción).

El MERCOSUR presentó ante el GATT el Tratado de Asunción (documento constitutivo del Mercado Común del Sur) en el año 1992, al amparo de la Cláusula de Habilitación.

Los cuestionamientos realizados por Estados Unidos de Norteamérica y de la Comunidad Europea, en base a que: (i) la Cláusula de Habilitación no reemplaza el artículo XXIV del GATT; (ii) que se trata de un acuerdo comercial significativo en virtud de la realidad (poblacional, económica, etc.) de los países integrantes del MERCOSUR (principalmente la República Federativa de Brasil), y (iii) que por lo tanto habría que analizarlo según los procedimientos regulares del GATT, es decir el Artículo XXIV y el Entendimiento, han impedido la finalización del proceso de autorización en el marco de la OMC.¹⁵

En el marco del tema objeto de desarrollo, el MERCOSUR tiene ciertas características que interesan señalar, en virtud de que las mismas condicionan al proceso, desde el acto fundacional hasta los tiempos actuales.

Se trata de un proceso de carácter evolutivo y gradual, de naturaleza intergubernamental y condicionado.

Su *carácter evolutivo* se aprecia desde la óptica comercial o económica, en que se inicia a partir de una Zona de Libre Comercio (con características propias ya que no reviste todas las características específicas de dicho estadio de la integración) para – en forma gradual y como objetivo final – conformar un Mercado Común antes del 31 de diciembre de 1994 (artículo 1 del Tratado de Asunción).

¹⁵ En ese sentido, se señala que en el año 1993 se logró un acuerdo para crear un Grupo de Trabajo que estudiara el tema, y luego se procuró una combinación entre la Cláusula de habilitación y el Artículo XXIV del GATT a consideración del Comité sobre Acuerdos Comerciales.

Al no haberse logrado la constitución del Mercado Común en el plazo señalado, los negociadores advertidos de la dificultad en obtener resultados satisfactorios en los tiempos previstos en el acta fundacional, durante el año 1994 acordaron la conformación de una Unión Aduanera, como estadio intermedio en el desarrollo del proceso de integración acordado en el Tratado constitutivo (esta situación se mantiene en la actualidad y ha llevado a catalogar el estado actual del proceso como de Unión Aduanera o Imperfecta por la falta de adecuación total y completa a los elementos básicos de una Unión Aduanera con los alcances establecidos en el marco del GATT).

Por su parte, la Decisión No. 9/95 de diciembre de 1995 del Consejo del Mercado Común (conocida como el Programa de Acción MERCOSUR 2000), reitera los objetivos y pautas iniciales, y consagra las líneas de acción de los negociadores para los años siguientes, sobre la base de dos grandes áreas de actuación a saber: I) la profundización de la conformación de la Unión Aduanera; y II) el tránsito hacia el Mercado Común.

Bueno es señalar, que antes del inicio de la última etapa en la cual estamos inmersos en la actualidad, surgieron voces muy fuertes desde distintos sectores de las sociedades (a distintos niveles) de los cuatro Estados Partes, que ante la imposibilidad de avanzar en los términos acordados originalmente, señalaron con agudeza y validez, la necesaria definición en cuanto al mantenimiento de lo acordado en el Tratado de Asunción (es decir la conformación de un Mercado Común), o en su defecto limitarse a perfeccionar la Unión Aduanera a la que se ingresa el 1 de enero de 1995 (actualmente imperfecta o incompleta), o por último retornar a una Zona de Libre Comercio perfecta.

En definitiva, y en respuesta a la disyuntiva planteada, en la etapa más reciente en el MERCOSUR (que se mantiene en la actualidad), los Estados Partes acordaron el llamado "Relanzamiento del MERCOSUR" instrumentado en sendas Decisiones del Consejo del Mercado Común, aprobadas durante el año 2000, y que continúan su proceso de implementación en sede del propio proceso de integración, confirmando la prosecución del camino hacia el cumplimiento del objetivo inicial (v.g. la conformación de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay).

En esta etapa se destaca nuevamente, la firme voluntad de los Estados Partes, de continuar con el objetivo original plasmado en el artículo 1 del Tratado de Asunción, es decir la conformación del Mercado Común, y de realizar todos aquellos actos y acciones conducentes a lograr la ansiada conformación del Mercado Común.

Es más aún, en forma reciente y producto de variables políticas (nuevas autoridades de Gobierno tanto en la República Argentina, en la República Oriental del Uruguay y especialmente en la República Federativa del Brasil), denotan un nuevo impulso, de mayor intensidad política que el lanzado en el año 2000, que permiten afirmar la existencia de un "resurgimiento conceptual" del proceso de integración (para algunos autores con una notoria impronta política), con miras a una adecuada preparación y profundización ante los desafíos que se sitúan en el quinquenio 2005 - 2010 (en el marco de la Organización Mundial de Comercio – Declaración de Doha y Conferencia Ministerial de Cancún; del Acuerdo Marco con la Unión Europea, y de la Asociación de Libre Comercio de las Américas – ALCA).

Sin embargo, también se puede observar sin mayores dificultades, que el resurgimiento conceptual a que hacíamos referencia, durante los años 2004 y 2005 ha permanecido en ese estado, dado que no se denotan avances sustantivos en lo medular del proceso de integración, no existiendo perspectivas ciertas para el año 2006 (a vía de ejemplo, en forma reciente la Unión Europea ha desactivado las negociaciones con el MERCOSUR hasta tanto se logren resultados en el marco de las negociaciones producto de la Ronda del Desarrollo).

Aparece entonces en forma clara e indubitable, el carácter evolutivo y gradual del proceso a que hacíamos referencia, y que determinó la adecuación del ordenamiento jurídico a las realidades que se venían suscitando, aún cuando las mismas no fueran las esperadas y previsibles en los tiempos acordados.

Decíamos que una segunda característica del MERCOSUR, era su *naturaleza intergubernamental*.

La naturaleza intergubernamental de la estructura orgánica del proceso ha sido establecida en el Tratado de Asunción (en el año 1991), y reiterada normativamente en el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto de diciembre de 1994), siendo la decisión política de los Estados Partes muy clara en ese sentido (sin perjuicio de las limitaciones constitucionales de Brasil y Uruguay vistas con anterioridad), y reiterada a lo largo de los más de quince años de vida del proceso (véase en sentido las distintas Declaraciones Presidenciales o Comunicados Conjuntos de los Presidentes de los Estados Partes, emitidos en ocasión de prácticamente todas las Cumbres de Presidentes en donde el tema fue objeto de consideración expresa en el ámbito de las negociaciones).

Sus órganos principales y únicos de carácter decisorio son de naturaleza intergubernamental, tanto en el Tratado de Asunción (artículos 9, 10 y 13), como en el Protocolo de Ouro Preto (artículos 2, 3, 10 y 16).

Es decir que tanto el Consejo del Mercado Común como el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR (que se crea en forma irregular con la Decisión No. 13/93 y se le asigna competencias mediante la Decisión No. 9/94 y que se regulariza en el Protocolo de Ouro Preto a través del artículo 16 y siguientes), se encuentran integrados por representantes de los Gobiernos de los Estados Partes, que actúan en representación y con mandato expreso de los mismos, alejando en esa instancia toda posible consideración o atisbo de supranacionalidad o supraestatalidad (pese a algunas voces que se han expresado a favor de la supranacionalidad).

Dentro de los órganos principales de carácter consultivo, la Comisión Parlamentaria Conjunta (creada en el Tratado de Asunción, y reformulada en el Protocolo de Ouro Preto), tiene naturaleza intergubernamental. En forma reciente (diciembre de 2005), el Consejo del Mercado Común en la Cumbre de Montevideo de 2005 (Decisión No. 23/05 de diciembre de 2005) resuelve la creación del Parlamento del MERCOSUR, cuya implementación se resuelve en el tiempo y si bien contempla una integración con participación ciudadana en la elección de los representantes, en una primera etapa mantiene la designación por los Estados Partes dentro de la representación parlamentaria en sus propios países.

El Foro Consultivo Económico Social (creado en el Protocolo de Ouro Preto) se integra con representantes de los sectores económicos y sociales de los Estados Partes, surgiendo entonces, como un órgano sin representación gubernamental, aunque sus competencias lo ubican como de carácter consultivo.

Por último, y dentro de los órganos principales se encuentra la Secretaría del MERCOSUR (actualmente en proceso de transformación hacia el formato de una Secretaría Técnica), como un órgano de apoyo administrativo, donde – a nuestro juicio y según ya hemos afirmado con anterioridad – surgen algunas características propias de la supranacionalidad o de un órgano de carácter comunitario.¹⁶

Los órganos auxiliares en el MERCOSUR cuya creación fue originalmente competencia del Consejo del Mercado Común, y con posterioridad en el tiempo fue atribuida al Grupo Mercado Común (artículo 14, apartado V del POP), motivaron una suerte de incontinencia en la generación de ámbitos de negociación, que actualmente se ubica en un número cercano a los de 250 (doscientos cincuenta), cuya denominación además de errática no guarda ningún tipo de sistematización u organicidad (Comités, Subcomités, Reuniones, Reuniones Especializadas, Reuniones Ad Hoc, Comisiones, Subcomisiones, Grupos Ad Hoc, Grupos de Alto Nivel, Comités, Subcomités, etc.).

La integración de esta diáspora institucional también es de carácter intergubernamental, es decir con representantes de los Gobiernos de los Estados Partes, y su actuación en los mismos responde a los lineamientos o decisiones adoptadas en el seno de los respectivos Gobiernos de los Estados Parte.

Su función es técnica y preparatoria de la normativa que luego podrá ser transformada en Normativa MERCOSUR, en caso de que los órganos decisorios del MERCOSUR la aprueben como tal a través del consenso de los Estados Partes (artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto).

Por último, hemos señalado que se trata de un *proceso o esquema de integración «condicionado»*, y ello porque en sustancia, tanto los acontecimientos en el orden interno de los Estados Partes, como en el devenir a nivel internacional, inciden directamente en el desarrollo del proceso.

Al respecto, podemos señalar que el MERCOSUR, no es ajeno a los cambios en las autoridades gubernamentales de cada uno de los países que lo integran, ya en las etapas previas a los actos eleccionarios, como en los tiempos requeridos para la instalación de las nuevas autoridades.

Es clara la firme voluntad política que en forma prácticamente unánime, han sostenido los diversos sectores y partidos políticos que han participado en los actos eleccionarios en los cuatro Estados Partes, durante la vida del MERCOSUR, pero no menos cierto es que la «impronta», de cada uno de los Gobiernos electos no ha sido exactamente la misma en estos quince años.

Las realidades internacionales, también han impactado e impactan en el desarrollo del proceso de integración, y desde las famosas crisis internacionales, identificadas como el «efecto tequila» o la «gripe asiática» entre otras, y así sucesivamente, han tenido repercusiones directas e indirectas en la evolución o desarrollo del MERCOSUR.

Resumiendo, consideramos que estos tres aspectos o características del MERCOSUR, son ilustrativos en cuanto a la tema objeto de estudio, esto es, el fenómeno de la incorporación de las normas MERCOSUR, o la

¹⁶ Al respecto se pueden señalar diversas normas del MERCOSUR que han determinado una nueva visión institucional de la Secretaría del MERCOSUR, y que se encuentran reseñadas en la página web de la Secretaría del MERCOSUR – www.mercosur.org.uy.

vigencia de éstas con relación a los Estados Partes. según será desarrollado en el próximo Capítulo de este trabajo.

Por último, es válido señalar que el MERCOSUR, como esquema de integración regional del cono Sur de América, ha generado un ordenamiento jurídico propio, que lo regula en sus diversos aspectos.

A título simplemente ilustrativo, reconociendo el alcance de los Laudos Arbitrales¹⁷, y resaltando la importancia política y jurídica que los mismos tienen, el Primer Laudo Arbitral afirma enfáticamente que las normas MERCOSUR, tanto originarias como derivadas, constituyen un “conjunto normativo”, existiendo en consecuencia la conformación de un ordenamiento jurídico propio, y en consecuencia de esto resulta su propio método de interpretación, fines y objetivos.¹⁸

A mayor abundamiento, y en el mismo orden de ideas, el referido Laudo Arbitral, señala que aún en ausencia de normas expresas, el derecho del MERCOSUR es suficiente a los efectos de determinar la procedencia o improcedencia de un planteo.¹⁹

V. LA INCORPORACIÓN DE NORMAS EN EL MERCOSUR

A) Aspectos generales

El tema de la incorporación de las normas en el MERCOSUR, ha sido uno de los más debatidos en el ámbito de la doctrina vinculada al proceso de integración, así como un continuo desvelo de los negociadores en términos de lograr una efectiva implementación de la “Normativa MERCOSUR” en sus propios ordenamientos jurídicos nacionales y por ende en la región integrada.

Varios son los aspectos que en general han sido abordados por la doctrina especializada en la temática, siendo los principales aquellos referidos a la (i) obligatoriedad; (ii) la incorporación de las normas MERCOSUR; (iii) la vigencia simultánea; y (iv) la publicidad de las normas MERCOSUR, extremos que en parte ya hemos abordado y que analizaremos seguidamente.

Es más aún, la escasa incorporación de la normativa (conjuntamente con la estructura orgánica y los mecanismos de solución de controversias) han sido el blanco de las críticas más severas en cuanto a la falta de profundización (v.g. avance) del propio proceso de integración.

No obstante el análisis que posteriormente se hará, bueno es advertir que la simple referencia numérica a las normas aprobadas en el seno del proceso de integración, es decir por los órganos decisorios del MERCOSUR (artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto), en forma comparativa con aquellas que han sido incorporadas en los 4 (cuatro) Estados Parte del MERCOSUR (miembros plenos), es de corte netamente facilista y notoriamente engañosa para una correcta evaluación.

Varias son las consideraciones que debemos relacionar en función de la afirmación precedente.

Por cierto, no puede desconocerse que el objetivo primario del MERCOSUR se refiere a un esquema integracionista de carácter comercial (que sin lugar a dudas ha tenido derivaciones – a mi juicio - superiores o diversas a las planteadas en su origen o nacimiento), y es en este aspecto (el original, principal o primario) donde la incorporación de las normas ha sido pleno y eficaz por medio del “paraguas jurídico” de la ALADI (a través de los Acuerdos de Alcance Parcial – Acuerdo de Complementación Económica No. 18 y sus Protocolos Adicionales), y específicamente en el Programa de Liberación Comercial, Régimen de Origen y Cláusulas de Salvaguardia (Anexo I, II y IV al Tratado de Asunción).

A ello, se puede añadir sin mayores esfuerzos, el cúmulo de normas MERCOSUR, que su propia naturaleza no requieren incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales (tal cual lo refiere en forma expresa el Protocolo de Ouro Preto en su artículo 42), y que recién se resuelve en forma expresa en el año 2000, por medio de la Decisión No. 20/02, que obliga a los negociadores a determinar en la propia norma (por consenso de los Estados Parte) si es o no necesaria su incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados Partes.

Asimismo, podemos añadir la existencia de normas MERCOSUR, o que se han agotado por su plena ejecución o por el vencimiento de los plazos establecidos en la propia norma (a vía de ejemplo el “Cronograma

¹⁷ Los laudos arbitrales en el MERCOSUR (tanto en el Protocolo de Brasilia como en el Protocolo de Olivos – Mecanismo de Solución de Controversias en el MERCOSUR) no son un precedente obligatorio para los restantes decisores en Sede arbitral, y su aplicabilidad corresponde solamente a aquellos Estados Partes involucrados en la litis o contienda.

¹⁸ Este temperamento nos acerca a soluciones adoptadas en otras latitudes: Comunidades Europeas – TJCE – Asunto Van Gend y Loos del año 1963; Comunidad Andina, TJCA – Proceso 7-98; Integración Centroamericana – CCJ – Sentencia No. 2-24-95.

¹⁹ El texto de los Laudos Arbitrales y específicamente el referido puede visualizarse en la página Web de la Secretaría del MERCOSUR – www.mercosur.org.uy.

de las Leñas), o que han sido derogadas tácitamente por normas posteriores (la técnica jurídica en el MERCOSUR no es la más precisa en este sentido y salvo contadas excepciones, no se indican las derogaciones en forma expresa en la norma que deroga a la anterior, dificultando la tarea del intérprete).

Las consideraciones precedentes no implican desconocer, que la actitud de los Estados Parte, no ha sido la más adecuada en términos de dar cumplimiento al carácter obligatorio de la incorporación de las normas (cuando ello fuera necesario), y que se ha transformado no solamente en una señal de debilidad del proceso (a veces a partir de planteos “simplistas” pero que en esencia responden una actitud no demasiado propulsora del cumplimiento de la previsión del Protocolo de Ouro Preto), sino también en sendas reclamaciones en sede del proceso (véase al respecto, las innumerables Consultas y Reclamaciones en el ámbito de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, y los reclamos que ameritaron la aplicación de los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia).

Las precisiones precedentes se orientan a ubicar en sus justos términos la cuestión planteada, desde un punto de vista genérico o conceptual, siendo imprescindible su abordaje con mayor detenimiento, para evaluar adecuadamente la situación actual al respecto.

No menos cierto es la constante preocupación de los Estados Partes y los negociadores, conscientes de la problemática, de tratar de abordar satisfactoriamente el problema proponiendo soluciones alternativas al incumplimiento reiterado de las previsiones del Protocolo de Ouro Preto al respecto.

Recientemente, y a título ilustrativo, se resolvió por la Decisión No. 7/03, del 17 de junio de 2003, instruir al GMC para que por intermedio del SGT No. 2 “Aspectos Institucionales”, con la participación de los delegados de la Reunión Técnica de Incorporación, elabore un análisis sobre la aplicación directa en los ordenamientos jurídicos nacionales de la normativa MERCOSUR que no requiera tratamiento legislativo en los Estados Partes, cuyo plazo se encuentra determinado en función de la próxima reunión del Consejo del Mercado Común (en principio era para el mes de diciembre de 2003).

La norma citada, es meramente un ejemplo de sucesivas manifestaciones normativas, instruyendo a los órganos auxiliares (especializados en la temática) la presentación de propuestas para superar la problemática planteada, en función del orden jurídico del MERCOSUR (y naturalmente de sus características esenciales que hemos indicado anteriormente).

A nuestro juicio, parece natural y obvio, que la creación de una autoridad de aplicación general en cada uno de los Estados Parte encargada del seguimiento de las instancias previas (viabilidad jurídica de la norma propuesta) y posteriores (impulso para la aprobación), deviene en la solución más conveniente en términos pragmáticos.

La naturaleza intergubernamental condiciona necesariamente toda decisión al respecto, y el origen del tema se sitúa necesariamente en el Tratado constitutivo del MERCOSUR, es decir en el Tratado de Asunción y luego se continúa hasta la actualidad.

B) Relación con el Orden Jurídico de los Estados Partes

En consecuencia, corresponde desarrollar el alcance y consecuencias de la “Normativa MERCOSUR”, por sí y en relación a los ordenamientos jurídicos nacionales o de los Estados Parte.

Al respecto, una primera distinción nos sitúa en el Derecho Originario del MERCOSUR, como fuente jurídica del proceso, y que en el mismo, tiene expresa regulación a partir del año 1994 con la aprobación del Protocolo de Ouro Preto, donde se señalan las “Fuentes Jurídicas del MERCOSUR” (Capítulo V – artículo 41).

Artículo 41.- Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

I – El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

II – Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;

III – Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión del Comercio del Mercosur, adoptados desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Pues bien, la norma constitutiva (v.g. Tratado de Asunción) nada dice al respecto, y salvo la vigencia propia del Tratado por aprobación parlamentaria en cada uno de los Estados Parte²⁰, y la derivada de la Protocolización en ALADI del Programa de Liberación Comercial, y sus restantes Anexos en lo pertinente (Anexo I, II y IV del Tratado de Asunción), no existen disposiciones expresas sobre el tema en cuestión.

²⁰ La información al respecto puede verse tanto en el Boletín Oficial del MERCOSUR No. 1 - Año 1997, o en la multitudada página web de la Secretaría del MERCOSUR.

Las referencias son genéricas (artículo 10, 13 y 24 del TA), y desde la “impronta” de su intergubernamentalidad como criterio rector, podemos concluir en términos de la necesaria incorporación de la normativa emanada de los órganos decisorios creados por el Tratado constitutivo (en aquél entonces el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común según surge del artículo 9 del Tratado).

Complementariamente, el Protocolo de Brasilia (Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR) de 17 de diciembre de 1991, estableció en forma expresa el alcance de los Laudos Arbitrales emitidos por los Tribunales Ad Hoc conformados en el marco del procedimiento arbitral, al igual que el Protocolo de Olivos²¹

En esta instancia de análisis del Tratado de Asunción, corresponde formular alguna precisión respecto al compromiso de armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, conforme a lo edictado en el artículo 1 de dicho Tratado.

La primera reflexión corresponde al alcance de la expresión “áreas pertinentes”, que serían todas – a nuestro criterio – aquellas que no están incluidas en los Tratados constitutivos del MERCOSUR, y que representen o puedan representar un obstáculo a la formación y consolidación del mercado común (objetivo último del proceso), vale decir a la plena integración económica de los Estados Partes.

En ese sentido, Faria, señalaba que la “armonización de las legislaciones” y la “aproximación de las legislaciones”, son utilizadas en forma indistinta pero que representan operaciones diferentes. En tanto que la armonización “tiene por objeto suprimir o atenuar las disparidades entre las disposiciones del derecho interno, en la medida en que lo exija el funcionamiento del mercado común, lo que implica la alteración de los respectivos contenidos.”²²

Con la aprobación del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR – Protocolo de Ouro Preto – de 17 de diciembre de 1994, el tema tiene expresa definición, aunque no sin interpretaciones diversas en cuanto a su contenido y alcance.

Si bien no se producen variantes a la naturaleza intergubernamental del esquema de integración, existen varias disposiciones relacionadas con los distintos órganos de la estructura institucional (los de carácter decisorio y el de apoyo administrativo), con las fuentes jurídicas del MERCOSUR, y un capítulo específico sobre el tema (Capítulo IV – Aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR).

No obstante ello, y si bien el tema – a mi criterio – se encuentra totalmente resuelto, no menos cierto es que cierta doctrina, llegó a afirmar a partir de las normas que le otorgaban carácter obligatorio a las normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR, la nota de supranacionalidad a las mismas (artículos 9, 15, 20 y 42 del Protocolo).

El carácter obligatorio de las normas MERCOSUR, deviene de la naturaleza del propio proceso de integración y del alcance del Acuerdo constitutivo y sus modificaciones, que fueron consagradas a nivel legal en los Estados Parte en base a la matriz constitucional que los autoriza a asumir obligaciones y ser titular de derechos a nivel internacional y en relación a otros Estados soberanos).

En efecto el principio general establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena, señala que los Tratados deben cumplirse, y por lo tanto las normas emanadas de éstos son obligatorias para los Estados suscritores del Tratado.

Y ello se ve reflejada en una norma del propio Protocolo, que compromete a los Estados Parte a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 del Protocolo. Se trata de una obligación de cumplir con la incorporación de las normas, para la efectiva implementación del proceso de integración, a partir de la Decisiones, Resoluciones y Directivas de los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR.

Dice el artículo 38 del POP:

“Los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el

²¹ Dice el artículo 21 del citado Protocolo de Brasilia: “1. Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Parte en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ellos fuerza de cosa juzgada.”. Por su parte el artículo 26 del Protocolo de Olivos, expresa: «1. Los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada si transcurrido el plazo previsto en el artículo 17.1 para interponer el recurso de revisión, éste no fuera interpuesto. 2. Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada.»

²² FARIA, Werther – Métodos de harmonizacao aplicáveis no Mercosul e incorporacao de normas correspondentes nas ordens jurídicas internas” no Mercosul – Seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-membros – Porto Alegre – Livraria do Abogado – 1997 – página 143.

Artículo 2 de este Protocolo.”

“Parágrafo Único. Los Estados Parte informarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR las medidas adoptadas ara este fin.

Dentro del texto del Protocolo de Ouro Preto, y sobre la base de la nueva estructura institucional u orgánica del esquema de integración, se preceptúa el carácter obligatorio de las normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR.²³

Así es que el artículo 9 del POP expresa: “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Parte.”, mientras que el artículo 15 del POP señala: “El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Parte.”, y por último el artículo 20 del citado Protocolo afirma: “La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Parte.”.

Es decir entonces, que desde las disposiciones vistas, estamos ante una serie de Normas MERCOSUR, que son obligatorias – naturalmente en el ámbito del proceso de integración y que integran el ordenamiento jurídico del propio esquema de integración – y cuyo alcance en su seno no admite ninguna duda, al que se añade el compromiso asumido por los Estados Parte, de adoptar medidas para su ingreso al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado, o sea aprobar las normas jurídicas necesarias – de conformidad a los requerimientos de su propia estructura normativa – para que las mismas tengan plena vigencia, ya sea de carácter constitucional, legal o reglamentario.

En consecuencia, y desde un primer análisis, las normas del Tratado constitutivo y sus modificativas (al mismo nivel jerárquico) en tanto Derecho Originario del esquema de integración, son obligatorias para los Estados Parte, en el ámbito del Derecho Internacional y por imperio de las disposiciones constitucionales y legales propias de cada Estado Parte.²⁴

Si el planteamiento se realiza en sede de las Constituciones de los Estados Parte del MERCOSUR, la aplicabilidad “directa” (i.e. obligatoriedad) para dichos Estados radica en una obligación de medio, esto es, la adopción de las medidas necesarias para la implementación de las normas MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Parte.

En la República Argentina, la Constitución (con su reforma del año 1994), establece en el inciso 22 del artículo 75 que “los tratados y convenciones tienen jerarquía superior a las leyes”, con lo cual queda plasmada en forma indubitable el principio de supremacía de los mismos. A su vez, en el inciso 24 del referido artículo, señala que los tratados de integración que delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, tendrán jerarquía superior a las leyes, consagrando la “supremacía” o “primacía” de los tratados.

Sin bien el Tratado de Asunción y sus Protocolos Adicionales no integran esta categoría, en mérito al carácter intergubernamental del esquema de integración, es válida para afirmar la obligatoriedad de los Tratados en relación a los derechos contemplados en los mismos.²⁵

En la legislación brasilera, debe señalar que al aprobar el POP el Congreso Nacional, en el Decreto Legislativo No. 188, deja en claro que “son sujetos a aprobación del Congreso Nacional cualquier de los actos que puedan resultar en una revisión del referido Protocolo, así como cualquiera de los actos complementarios que, en los términos del artículo 49-I de la Constitución Federal, impliquen actividades o compromisos graves para el patrimonio nacional.”

Aquí se refleja la obligación de medio a que hacíamos referencia, y es más aún, en sede jurisprudencial, podemos aludir al pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal en el año 1998, cuando afirmó que “el Protocolo de Medidas Cautelares adoptado por el Consejo del Mercado Común (MERCOSUR), en ocasión de su VII Reunión, realizada en Ouro Preto/MG, en diciembre de 1994, pese a su aprobación por el Congreso Nacional (Decreto Legislativo NO. 192/95), no se encuentra formalmente incorporado al sistema de derecho positivo interno vigente en el Brasil, pues, si bien está ratificado (instrumento de

²³ Dice el artículo 2 del POP: “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.” (Capítulo I Estructura del MERCOSUR).

²⁴ En contra DALLARI, Pedro quién afirma que en la estructura actual del MERCOSUR, las deliberaciones emanadas de sus diversas instancias no se constituyen, por sí solas, en normas jurídicas en sentido estricto, pero sí en determinaciones políticas que vinculan a los Estados Partes a la promoción de la adecuación en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. (O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro – en “Mercosul – Seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados membros” (organizadora Dra. Maristela Basso) página 114.

²⁵ La República Argentina, a través del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en el año 1992, en el caso Ekmedjian, había reconocido tanto la supremacía de los tratados internacionales en relación al orden interno, como el efecto directo de los mismos en relación a los órganos administrativos y jurisdiccionales.

ratificación depositado el 18/3/97), todavía no fue promulgado mediante decreto, por el Presidente de la República.”

La naturaleza intergubernamental del proceso de integración y de su estructura orgánica institucional (i.e. órganos) condiciona necesariamente toda el régimen aplicable, y el origen del tema se sitúa necesariamente en el Tratado constitutivo del MERCOSUR, es decir en el Tratado de Asunción y luego se continúa - sin variantes en la cuestión - hasta la actualidad.

En consecuencia y al no existir órganos supraestatales o supranacionales, que dicten normas supranacionales o supraestatales, corresponde desarrollar el alcance y consecuencias de la “Normativa MERCOSUR”, por sí y en relación a los ordenamientos jurídicos nacionales o de los Estados Parte.

El Derecho Derivado del MERCOSUR, es decir, las Decisiones, Resoluciones y Directivas, son la forma de manifestarse jurídicamente por parte de los tres órganos decisorios, no existiendo ninguna manifestación del POP, acerca de la naturaleza de las mismas, ni tampoco al grado de prelación que pudiera existir entre ellas.

Naturalmente, la jerarquía del órgano (que tampoco surge en forma expresa) deriva de su integración (esto es por la representación que invisten sus integrantes conforme a la estructura institucional en los Estados Partes) y las competencias que se le atribuye a cada uno de estos órganos.

Esto nos lleva, a considerar al Consejo del Mercado Común como autoridad política máxima dentro de la estructura institucional del MERCOSUR, al Grupo Mercado Común como el órgano ejecutivo (pero con competencias propias), y a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, como desmembramiento del Grupo Mercado Común, en un área específica (i.e. política comercial), estableciéndose una suerte de jerarquía institucional entre dichos órganos de mayor a menor.

A ello se agregan tres aspectos trascendentes en relación a la “Normativa MERCOSUR”, y ellos se refieren en primer término, al concepto de “vigencia simultánea” incorporado por el artículo 40 del POP; en segundo lugar al alcance de la noción “cuando sea necesario” incluida en el artículo 42 del POP, y por último la incidencia de la publicación en el Boletín Oficial de MERCOSUR en la vigencia de la “Normativa MERCOSUR que surge del artículo 39 del Protocolo.

Con relación a la “vigencia simultánea” de las normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR (v.g. Derecho derivado) en todos los Estados Parte, se instauró en el POP un “procedimiento especial” en el artículo 40.

Dice el artículo 40 del POP:

“Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

- i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al derecho nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;*
- ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur, comunicará el hecho a cada Estado Parte;*

Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.”

La primera referencia terminológica deviene del término “aprobación” de la norma, es decir que la obligatoriedad de los Estados Partes, nace con el acto formal de aprobar la norma en sede de los órganos decisorios (por consenso y con la presencia de los Estados Partes) del MERCOSUR, y la misma se relaciona con la adopción de las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional.

La obligatoriedad aludida se corresponde con los aspectos antes referenciados, en tanto se trata de una obligación de hacer que tienen los Estados Partes, a partir del dictado del acto normativo en el ámbito del MERCOSUR.

Lo que no surge del texto analizado, es la consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación establecida, y ello tanto para los Estados Partes omisos, como para los particulares que se consideran comprendidos en el otorgamiento de derechos productos de las normas “aprobadas” en sede del proceso, pero que no han sido incorporados al ordenamiento jurídico propio de cada Estado Parte.

La reflexión apunta a concederle sentido a la «vigencia simultánea» preceptuado en el artículo de referencia.

Esto es, a nuestro criterio, una diferencia sustantiva del alcance del procedimiento, dado que para los Estados Partes, el incumplimiento derivaría en la aplicabilidad del artículo 1 del Protocolo de Brasilia (actualmente del artículo 1 del Protocolo de Olivos), mientras que para los particulares la aplicación de los procedimientos previstos para el "Reclamo de los Particulares" tanto en el Protocolo de Brasilia (artículo 25 y siguientes) como en el Protocolo de Olivos (artículo 39 y siguientes), surgiría a partir de la incorporación en los cuatro Estados Parte, sin perjuicio de la eventual promoción de acciones judiciales en el Estado Parte que haya incorporado aisladamente la norma MERCOSUR.

A mayor abundamiento, la vigencia simultánea, aparece como la modalidad para otorgarle una sola fecha de vigencia a la Norma MERCOSUR en el mercado ampliado.

Una técnica legislativa utilizada en los primeros por los Estados Parte (no en su totalidad), fue aprobar la norma MERCOSUR en su ordenamiento jurídico, condicionada su vigencia a la aprobación cuatripartita, y luego de los treinta días de la notificación por parte de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Esta técnica obligaba a una doble publicación en los diarios oficiales de cada Estado Parte, lo que transformaba el procedimiento interno en sumamente engorroso y costoso.

En consecuencia, el sistema no era el adecuado, dado que una vez incorporada al ordenamiento jurídico de cada Estado Parte, la norma jurídica (de la naturaleza que sea) tiene vigencia en el mismo, máxime que no existen previsiones en las legislaciones de los cuatro Estados Partes que contemplen el procedimiento previsto en el Protocolo de Ouro Preto.

Por otra parte, no se contempla un plazo para la mentada incorporación, lo que deviene en un accionar «obligatorio» para los Estados Partes, pero a su vez «discrecional» en cuanto a la oportunidad.

Este aspecto, ha sido el más criticado - y con razón - en función de que ha permitido, negociaciones débiles, consensos que luego pueden ser obviados, por la simple omisión de internalizar las Normas MERCOSUR, con las consiguientes dificultades en el cumplimiento de los objetivos plasmados en las normas, y la inseguridad e incertidumbre jurídica de todos los actores del proceso.

Bueno es señalar, que los negociadores no han permanecido ajenos a esta problemática, y pese a los esfuerzos realizados, no han podido conformar un sistema que supere la dificultad señalada anteriormente.

A vía de ejemplo y en un orden cronológico, se pueden resumir las siguientes disposiciones:

- La Resolución No. 8/93 solicitó a la Secretaría del MERCOSUR, que en forma trimestral realizara un informe sobre la puesta en vigencia y aplicación de las Decisiones y Resoluciones del MERCOSUR en el ordenamiento interno de cada Estado Parte, informando a su vez a dichos Estados.
- La Resolución No. 91/93, estableció que las Decisiones y las Resoluciones incluirán según corresponde, un artículo en el cual se establecerá por cada Estado Parte: (i) cuales son las autoridades encargadas de adoptar las normas o medidas necesarias para asegurar su implementación; (ii) el tipo de norma requerida para tal fin; y (iii) cuando se pertinente la fecha de entrada en vigor.
- Por su parte, la Comisión Parlamentaria Conjunta, mediante la Recomendación No 4/95, resolvió promover la suscripción de un Protocolo complementario al de Ouro Preto, a los efectos de establecer con precisión las normas que pueden entrar en vigor en forma automática, y aquellas que requieren la receptación por los Estados Partes, y asimismo buscar la aceleración de la internalización de dichas normas.
- La Resolución No. 152/96, estableció las directivas para la elaboración y revisión de los Reglamentos Técnicos MERCOSUR, derogada y sustituida por la Resolución No. 56/02
- Por Resolución No. 22/98, mediante la cual se compele a los Estados Partes, para que realicen los máximos esfuerzos para la incorporación, antes de la celebración de la XXXI Reunión Ordinaria del Grupo Mercado Común, de la normativa MERCOSUR pendiente de ello, debiendo informarse a la reunión referida los avances registrados en tal sentido.
- La Resolución No. 32/98, estableció una serie de pautas para uniformizar, en lo posible los plazos para la internalización de las normas del bloque. Se determina un procedimiento, que comprende el envío a las Secciones Nacionales del Grupo y de la Comisión, con diez de antelación a la realización de la reunión técnica, a los efectos de permitir el análisis interno de la norma y de los trámites necesarios para su incorporación.
- Por Decisión No. 3/99, se solicita a la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR, para que se efectúen las gestiones necesarias ante los Poderes Legislativos de los Estados Partes, a fin de acelerar los procedimientos internos necesarios para la incorporación de la Normativa MERCOSUR que requiera aprobación legislativa.
- La Decisión No. 23/00, reglamenta los artículos 40 y 42 del POP. Se establece un procedimiento relativo al proceso de incorporación de las normas MERCOSUR.

- La Decisión No. 55/00 prorroga el plazo fijado por el artículo 9 de la Decisión No. 23/00 hasta el 31 de marzo de 2001.
- Por la Resolución No. 6/01, se establecieron las “Directrices para la Elaboración, Adopción y Revisión de Procedimientos MERCOSUR para la Evaluación de la Conformidad”, luego derogada y sustituida por la Resolución No. 56/02.
- La Resolución No. 26/01, indica que las normas MERCOSUR, en el Visto, deberán indicar los fundamentos jurídicos, mientras que en el Considerando, las razones y objetivos, y la parte Dispositiva, la necesidad o no de la incorporación de la norma, y en su caso, el plazo para su internalización.
- La Decisión No. 1/02 por su parte da instrucciones al Grupo Mercado Común, para que elabore propuestas sobre el Fortalecimiento Institucional del MERCOSUR, donde se encuentra incluido el régimen de incorporación de la normativa MERCOSUR.
- La Decisión No. 20/02, uniformizó el trámite previo que deberían seguir las disposiciones, en el seno de cada Estado Parte, antes de ser aprobadas por alguno de los órganos del MERCOSUR
- La Decisión No. 7/03, se requiere el análisis de un mecanismo reglamentario que contemple la situación de aquellas normas que no requieran la aprobación por vía legislativa, posibilitando la incorporación directa.
- La Decisión No. 8/03, regula el sistema de derogaciones de las normas MERCOSUR.
- Luego el Programa de Trabajo 2004 –2006, vuelve a considerar la importancia de la vigencia de la normativa MERCOSUR (Decisión No. 26/03), en cuanto determina: (i) suscribir, en julio de 2004, un instrumento que establezca el procedimiento para la vigencia inmediata de la normativa MERCOSUR que no requiera aprobación parlamentaria, considerando las especificidades de algunas materias tales como las arancelarias; y (ii) considerar, en el año 2004, la propuesta que elabore la CPC relativa al establecimiento del Parlamento del MERCOSUR, de acuerdo con la solicitud realizada por los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR, considerando como una primera etapa, el Acuerdo Interinstitucional suscrito por el CMC y la CPC.
- La Decisión No. 31/04, exceptúa la aplicación de los procedimientos internos establecidos en la Decisión No. 20/02, cuando sean refiera a proyectos de normas relativos a modificaciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común y de los Dictámenes de Clasificación Arancelaria, elevados a los órganos decisorios del MERCOSUR.

La *publicación en el Boletín Oficial del MERCOSUR*, como consecuencia de lo expuesto precedentemente tiene efectos exclusivamente informativos, y es más aún, así fue resuelto en forma expresa por los Estados Parte, que admitieron la publicación de las normas MERCOSUR aún cuando las mismas no habían sido incorporadas por todos los Estados, con la consiguiente aclaración en el propio Boletín Oficial del MERCOSUR.

En forma complementaria, tanto en el propio Boletín Oficial como en la página WEB de la Secretaría del MERCOSUR, se encuentran incluidas aquellas normas MERCOSUR, que tienen la incorporación en los ordenamientos jurídicos de los cuatro Estados Parte.

Naturalmente, este mecanismo, ideado por los negociadores, tiene un efecto distorsivo de la realidad jurídica, dado que admite la subsistencia de normas válidas en el ámbito del MERCOSUR, y que no tienen aplicación práctica en los Estados Parte.

De hecho los Estados Parte, por razones políticas, técnicas o jurídicas, han retardado o incumplido con la obligatoriedad prevista normativamente, abusando de su potestad jurídica en cuanto a su implementación (v.g. aprobación al nivel jerárquico que corresponda de acuerdo a su estructura institucional), y motivando las fundadas críticas antes referidas.

Varios ejemplos podemos citar en este sentido, y sin perjuicio de la diversa valoración que se puede realizar de los fundamentos que llevaron a los Estados Parte, a revisar los criterios utilizados por sus negociadores en sede de los órganos intergubernamentales (que aprueban normas que luego no se incorporan), en esencia el temperamento utilizado no es admisible.

El segundo aspecto sobre el que interesa reflexionar alude al concepto “*cuando sea necesario*”.

En este tema, la preocupación original, se centraba en definir el alcance de la frase, habida cuenta de las diversas interpretaciones que a la misma se le atribuían.

Dado que por el artículo 5 de la Decisión No. 23/00 el mismo se ha resuelto – aunque sin mayor fundamentación – y los órganos decisorios del MERCOSUR, lo han venido cumpliendo desde ese entonces, haremos una simple referencia al punto, que a nuestro juicio aún mantiene interés.

El referido artículo 5 de la Decisión referida dice:

“Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR no necesitarán de medidas internas para su incorporación, en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, cuando:

- a) *los Estados Partes entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR. Este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase: Esta norma (Directiva, Resolución o Decisión) no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR. Estas normas entrarán en vigencia a partir de su aprobación.*
- b) *El contenido de la norma ya estuviera contemplado en la legislación nacional de cada Estado Parte. En este caso la Coordinación Nacional realizará la notificación prevista en el Artículo 40 (i) en los términos del Artículo 2 de esta Resolución, indicando la norma nacional ya existente que incluya el contenido de la norma MERCOSUR en cuestión. Esta comunicación se realizará dentro del plazo previsto para la incorporación de la norma. La SAM comunicará este hecho a los demás Estados Partes.*

Decíamos que existieron distintas interpretaciones acerca del alcance de la expresión utilizada en el Protocolo, y ellas se relacionaban con la distinción entre aquellas normas MERCOSUR que era necesario incorporar a los ordenamientos jurídicos, de aquellas normas que por tratarse de temas internos o propios del funcionamiento del esquema de integración no lo requerían.

Por otra parte, se señalaba que existían normas MERCOSUR que en si bien requerían incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales porque tenían efecto en el orden interno de los Estados Parte, la distinción provenía de que existían situaciones en las cuales las normas internas de uno o varios Estados ya las tenían incorporadas con el alcance y contenido de la norma MERCOSUR, y por lo tanto carecía de sentido su internalización.

Lo cierto es que en términos de ordenamiento del sistema normativo del MERCOSUR, la Decisión antes referida, establece pautas para definir el alcance del término “cuando sea necesario” del Protocolo de Ouro Preto, y permite asignar certeza, por lo menos, en el ámbito de los negociadores y decisores del MERCOSUR.

La *participación de la Secretaría del MERCOSUR*, en el procedimiento indicado, se limita a cumplir funciones netamente administrativas, en cuanto receptora de las comunicaciones de los distintos Estados Partes de haber cumplido con la internalización correspondiente (y acompañar el documento que así lo avale), y una vez recibidas las cuatro comunicaciones (de los Estados miembros), realizar la notificación conjunta, para la vigencia simultánea treinta días después de comunicado el hecho (i.e. cuarta incorporación).

Asimismo, consideramos necesario hacer alguna consideración sobre las Decisión No. 8/03, del 17 de junio de 2003, caratulada como “*Procedimiento para la derogación de Normas MERCOSUR*”, fundada en la “importancia de la consistencia del sistema normativo del MERCOSUR”, y la “necesidad de garantizar una mayor previsibilidad y seguridad jurídica al proceso de incorporación de normas emanadas de los órganos del MERCOSUR.”.

En el artículo 1, se señala:

“Salvo disposición expresa en contrario, la aprobación de una norma MERCOSUR que derogue otra norma MERCOSUR, que a su vez derogaba otra anterior no incorporada por todos los Estados Partes, no hace renacer la obligación de incorporar la más antigua para aquellos países que no lo hubieran hecho.

La entrada en vigor de la última norma MERCOSUR aprobada implicará la derogación de todas las anteriores vinculadas.”

Por su parte, el artículo 2 reza:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo anterior, mientras una norma que derogue una o más normas anteriores no entre en vigencia de acuerdo con el Artículo 40 del POP, continuarán vigentes las normas anteriores que pretendan derogarse, siempre que hubieren sido incorporadas por los cuatro Estados Parte.”

El artículo 3 por último, expresa:

“Cuando una norma MERCOSUR tuviere por objeto exclusivo la derogación de una o más normas anteriores que no hubieren sido incorporadas por algún Estado Parte, la norma derogatoria deberá ser incorporada solamente por los Estados Partes que hubieren incorporado la norma anterior que pretende derogarse. Ello deberá ser expresado en el texto de la norma cuyo objeto es derogar una o más normas anteriores, mediante la cláusula de incorporación prevista en el Artículo 12 de la Decisión CMC No. 20/02.”

La norma aludida, nos parece carente de toda técnica jurídica (no estamos hablando de preciosismo jurídico) y de rigor científico del punto de vista jurídico, y confunde “obligatoriedad” con “vigencia”, conceptos distintos y con alcance jurídico diverso.

El MERCOSUR no se ha caracterizado durante su desarrollo de una precisión jurídica (que a todas luces se torna imprescindible), y esto es quizás la mayor expresión de esa afirmación.

Desde sus inicios hasta la actualidad, el MERCOSUR ha venido aprobando normas MERCOSUR derogatorias (en forma parcial o total) de normas anteriores, sin expresión alguna en las mismas. Vale decir, la técnica jurídica se basó en la superposición de normas en el tiempo, con las consiguientes dificultades interpretativas y de integración del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, agravado por la falta de incorporación de las normas MERCOSUR, o la internalización parcial de las mismas, lo que generaba un “caos jurídico” que nada bien le hacía al proceso de integración.

El reclamo por una mayor precisión jurídica debió tener otra respuesta, a la ensayada y aprobada por la Decisión referida anteriormente.

En ese sentido, no es válido derogar lo que no ha tenido vigencia.

Si la norma MERCOSUR fue aprobada o adoptada en el seno del MERCOSUR, la misma debe ser “dejada sin efecto”, en el mismo ámbito que se dictó, porque la nota caracterizante, según venimos de ver, en el proceso de incorporación de normas MERCOSUR, se encuentran en la obligatoriedad de los Estados Parte, de adoptar las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado Parte, y no más allá de esto.

En consecuencia, si de vigencia estamos hablando, la misma se concretiza, a nivel nacional de cada Estado Parte, cuando esta se incorpora (sin reservas o condicionamientos de plazos o en relación a la aprobación cuatripartita), y su modificación (v.g. derogación) es una potestad del propio Estado Parte en su ámbito interno.

Asimismo, la vigencia se plasma, de acuerdo al Protocolo, en términos de simultaneidad, cuando los cuatro Estados Partes la internalizan y luego de los 30 días de la notificación de la última (o cuarta) incorporación al ordenamiento jurídico nacional por parte de la Secretaría del MERCOSUR, esto es, cuando se cumple el procedimiento establecido en el artículo del POP, y no antes.

Allí sí es procedente la derogación de la Norma MERCOSUR en su propio ámbito, y la correspondiente norma (disposición constitucional, legal o reglamentaria) que la internaliza en el orden jurídico nacional.

Sobre esta base errónea, las restantes disposiciones de la norma transcrita, no hacen otra cosa, que aumentar la confusión interpretativa del sistema normativo del MERCOSUR.

Por último, dos o tres consideraciones puntuales.

Ha sido una constante que en el MERCOSUR, los órganos decisorios utilicen mecanismos inadecuados para adoptar «decisiones», que devienen obligatorias para el desarrollo del proceso.

En efecto, se asiste con frecuencia, a la inclusión en las Actas de las Reuniones de los órganos decisorios, de disposiciones que tienen un efecto similar a la normativa MERCOSUR, extremo totalmente inaceptable e inadecuado del punto de vista jurídico.

Por otra parte, también hemos asistido a situaciones francamente irregulares, en cuando a la modalidad normativa empleada para la adopción de determinadas «decisiones», en abierta contradicción con las reglas impuestas por el Derecho Originario.

Algunos ejemplos nos permiten esclarecer la afirmación precedente. Obsérvese la creación de la Comisión de Comercio del MERCOSUR por Decisión del Consejo del Mercado Común, cuando ello - por tratarse de un órgano de carácter decisorio - requería el procedimiento que luego se utilizó para su regulación jurídica (i.e. Protocolo de Ouro Preto); o también podría citarse la modificación - por medio de una Decisión del Consejo del Mercado Común - del mandato del Director de la Secretaría del MERCOSUR, cuando el mismo se encuentra establecido en el Protocolo de Ouro Preto (que fue objeto de aprobación legislativa en los Estados Partes).

Asimismo, la dispersión orgánico institucional del MERCOSUR, no es ni conveniente ni armónica o sistematizada. La diáspora de ámbitos de negociación, que permanecen en el tiempo, en ocasiones sin contenido alguno, no es un buen indicador de una gestión adecuada.

C) Los Laudos Arbitrales

Reiterando expresiones ya vertidas en este documento, el contenido de los laudos arbitrales dictados por los Tribunales Ad Hoc al amparo del Protocolo de Brasilia, al igual que el emanado del Tribunal Permanente de Revisión, conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Olivos, tienen el efecto de cosa juzgada entre las Partes en la controversia, y no representan un criterio obligatorio para el accionar de los distintos Tribunales.

Sin embargo, no menos cierto, es que se tratan de criterios de interpretación de la normativa vigente en el ámbito del MERCOSUR, y contienen elementos fundamentales en el análisis de la normativa MERCOSUR, en consonancia con el impacto político y jurídico que los mismos revisten.

Al respecto, y con directa relación a los temas desarrollados anteriormente, haremos breves referencias, de las resultancias de los mentados laudos arbitrales, a los efectos de una mejor comprensión del estado de situación del ordenamiento jurídico del MERCOSUR.

Con la finalidad de presentar un resumen orientador, los Laudos Arbitrales dictados por Tribunales Arbitrales Ad Hoc (en el marco del Protocolo de Brasilia) hasta la fecha, han sido los siguientes;

PRIMER Laudo Arbitral (28 de abril de 1999) – Reclamación de la República Argentina (parte reclamante) a la República Federativa de Brasil (parte reclamada), por “Aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, por los Comunicados No. 37/97 de 17 de diciembre de 1997, y No. 7/98 de 20 de febrero de 1998, del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX), y de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX)”.

SEGUNDO Laudo Arbitral (27 de abril de 1999) – Reclamación de la República Argentina (parte reclamante) a la República Federativa del Brasil (parte reclamada), por “Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo.”, y Aclaración del Laudo Arbitral.

TERCER Laudo Arbitral (10 de marzo de 2000) – Reclamación de la República Federativa del Brasil (parte reclamante) a la República Argentina (parte reclamada), por “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles según Resolución No. 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.”, y Aclaración del Laudo Arbitral.

CUARTO Laudo Arbitral (21 de mayo de 2001) – Reclamación de la República Federativa de Brasil (parte reclamante) a la República Argentina (parte reclamada), por “Aplicación de medidas antidumping sobre la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil (Res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina.”, y Aclaración del Laudo Arbitral.

QUINTO Laudo Arbitral (29 de setiembre de 2001) - Controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte reclamante) y la República Argentina (Parte reclamada) sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”, y Aclaración del Laudo.

SEXTO Laudo Arbitral (9 de enero de 2002) - Controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte reclamante) y la República Federativa del Brasil (Parte reclamada) sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay”

SETIMO Laudo Arbitral (19 de abril de 2002) – Controversia entre la República Argentina y (Parte reclamante) y la República Federativa del Brasil (Parte reclamada), sobre “Obstáculos al ingreso de Productos Fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño, No Incorporación de las Resoluciones GMC Nos. 48/96, 87/96, 149/96 y 71/98, que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR”.

OCTAVO Laudo Arbitral (21 de mayo de 2002) – Reclamación de la República del Paraguay (Parte reclamante) a la República Oriental del Uruguay (Parte reclamada), por “Aplicación del Impuesto Específico Interno (IMESI) a la comercialización de cigarrillos originarios de Paraguay.”, y Aclaración del Laudo Arbitral.

NOVENO Laudo Arbitral (4 de mayo de 2003) – Reclamación de la República Argentina (Parte reclamante) a la República Oriental del Uruguay (Parte reclamada), por “Incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por la Ley No. 13.695 y Decretos complementarios, con la Normativa MERCOSUR, que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona.”

DECIMO Laudo Arbitral (5 de agosto de 2005) - Reclamación de la República Oriental del Uruguay (Parte reclamante) a la República Federativa del Brasil (Parte reclamada), por «Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco.»

Conforme a lo señalado precedentemente, podemos indicar los siguientes aspectos:

(i) La afirmación de que las normas del MERCOSUR, tanto originarias como derivadas, constituyen un “conjunto normativo”, en el sentido de que existe un ordenamiento jurídico en el MERCOSUR, y consecuentemente con sus propios métodos de interpretación, fines y objetivos, denotando la existencia de una serie de elementos que conforman un orden jurídico, aunque no se estaría frente a un Derecho acabado sino en formación, es recogido por el Primer Laudo Arbitral (numerales 49, 50 y 57).

(ii) Por otra parte, la posibilidad de que en *ausencia de normas específicas* en el MERCOSUR, el mentado ordenamiento jurídico del MERCOSUR permite encontrar la respuesta, en función de los objetivos y fines implícitos que tiene el proceso de integración, también surge del Primer Laudo Arbitral (numeral 49 y 58).

(iii) Asimismo, la incompatibilidad de las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales, es otro de los criterios receptados en el Primer Laudo Arbitral (numeral 62), y Tercer Laudo Arbitral (literal H.3).

(iv) El análisis de las normas desde la óptica de los fines y objetivos del Tratado de Asunción, que se concretizan en la creación de un mercado común con los requisitos establecidos en el artículo 1 del Tratado,

y como consecuencia de ello, la superación de todos aquellos obstáculos al libre comercio recíproco, es otro de los elementos utilizados por el Primer Laudo Arbitral; el Octavo Laudo Arbitral (Considerando); y Nove-no Laudo Arbitral (numeral 46).

(v) La existencia de normas autoejecutables, es un criterio reflejado en el Primer Laudo Arbitral, refiriéndose específicamente a los cinco Anexos al Tratado de Asunción (numeral 66); y en el Octavo Laudo Arbitral (Considerando literal B).

(vi) La aplicabilidad del pacto sunt servanda y la ejecución de buena fé de los Tratados, es otro de los puntos contemplados en los Laudos Arbitrales (Primer Laudo Arbitral – numeral 56) (Sétimo Laudo Arbitral – numeral 8.10).

(vii) La aplicación del sistema del Tratado de Asunción debe realizarse, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional en tanto fuente normativa, según surge del Primer Laudo Arbitral (numerales 58 y 64); del Segundo Laudo Arbitral (numeral 56); y del Tercer Laudo Arbitral (literal II.A).

(viii) La circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios, se afirma en el Segundo Laudo Arbitral (numeral 55).

(ix) La generación de responsabilidad del Estado Parte que incumple con la obligación incorporar la normativa MERCOSUR (obligación de hacer), se consagra en forma expresa en el Cuarto Laudo Arbitral (numerales 116 y 117); en el Sétimo Laudo Arbitral (numeral 7); y en el Octavo Laudo Arbitral (Considerando).

(x) Con relación al plazo (i.e. inexistencia) para proceder a la internación de la normativa MERCOSUR, existen pronunciamientos expuestos basados en la aplicación de un “plazo razonable”, basado en el principio de razonabilidad, prudencia, causalidad y proporcionalidad. Al respecto el Sexto Laudo Arbitral (Considerando B, numeral 1, literal c); y el Sétimo Laudo Arbitral (Numeral 8 en su totalidad).

No hemos pretendido ser exhaustivos en el análisis realizado, simplemente la intención fue abordar alguno de los temas principales que se incluyeron en el presente trabajo.

D) Resumen

De acuerdo con lo que viene de analizarse, el MERCOSUR en tanto proceso de naturaleza intergubernamental, requiere necesariamente que las normas MERCOSUR, aprobadas por los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR – en principio – deben ser receptadas por los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, y éstos tienen la obligación de proceder en consecuencia, implementando las acciones y medidas necesarias con dicho objetivo.

Decíamos en principio, en virtud de que el propio Protocolo de Ouro Preto, dispone que la obligatoriedad se aplica “cuando es necesario”, esto es, admite situaciones en las cuales no es necesario proceder a la incorporación de las Normas MERCOSUR a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.

Las dificultades interpretativas de la expresión antedicha, determinaron la aprobación de la Decisión No. 23/00, que determinó en que situaciones no debía internalizarse la Normativa MERCOSUR, extremo que ya hemos analizado.

En consecuencia, a partir de estas consideraciones previas, y ante alguna de las Normas MERCOSUR (Decisiones, Resoluciones o Directivas aprobadas por consenso en el ámbito del Consejo del Mercado Común, del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio del MERCOSUR respectivamente), que deba ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, nace la obligatoriedad de éstos de adoptar las medidas o acciones necesarias a esos efectos (i.e. obligación de hacer).

Sin embargo, es interesante señalar que de acuerdo a la regulación vigente en el MERCOSUR, existe un proceso interno en el ámbito del proceso de integración, en forma previa a la aprobación de la norma por los órganos decisorios (Decisión No. 20/02), análisis que no se realizará en este documento.

Por lo tanto, en cada Estado Parte, se realizarán los trámites (constitucionales, legislativos, reglamentarios) necesarios para la adecuación de ordenamiento jurídico a lo aprobado en el seno del MERCOSUR.

En este sentido, la relación directa es con el contenido de la norma, y no con el tipo de norma (Decisión, Resolución o Directiva), porque es allí donde se encuentra el fundamento del rango jurídico de la norma que deberá utilizarse para la mentada adecuación normativa en lo interno de cada Estado Parte.

En nuestro país se utiliza en el marco de los acuerdos que se protocolizan ante ALADI, el procedimiento estatuido en el Decreto No. 663/985 de 27 de noviembre de 1985, que como reglamento de ejecución del

Decreto Ley No. 15.071 de 14 de octubre de 1980 que ratificó el Tratado de Montevideo de 1980 (creador de la ALADI), habilita a que los compromisos internacionales suscritos en el marco jurídico de la ALADI en materia de Acuerdos de Alcance Regional y Acuerdos de Alcance Parcial (comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o de otras modalidades) tenga vigencia a partir de la fecha que se haya establecido en los respectivos protocolos (artículo 1) siendo suficiente la simple comunicación a las autoridades pertinentes del Uruguay (artículo 2), pero que a nuestro juicio no significa la incorporación que exige el Protocolo de Ouro Preto en todas las situaciones, específicamente en aquellas que rebasan el ámbito propio del Tratado de Montevideo, señalándose a su vez que esta norma reglamentaria no se encuentra en la normativa de los restantes Estados.²⁶

Naturalmente, que esta circunstancia asimismo, deberá atender a la organización estatal de cada uno de los Estados Partes, y esta acotación se justifica en tanto la República Argentina y la República Federativa del Brasil son Estados Federales, mientras que la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay son Estados Unitarios.

Siguen como asignaturas pendientes del MERCOSUR, las consecuencias del incumplimiento por parte de los Estados Partes en la incorporación de las normas MERCOSUR – independientemente de los resultados derivados de los laudos arbitrales – así como la inexistencia de plazos efectivos para que se proceda a la internalización de las normas MERCOSUR.

Asimismo, podemos indicar la excesiva dispersión normativa en el ámbito del MERCOSUR, aunado a la ausencia de criterios técnicos (del punto de vista jurídico) en el dictado de las normas (visto, considerandos, atento y hasta en la parte dispositiva), que demuestran la incompletitud de la norma emanada de los órganos decisorios del MERCOSUR.

Por otra parte, la dificultad de acceder a la normativa MERCOSUR en forma eficaz, esto es, conocer en forma eficaz: lo vigente en cada Estado Parte (es decir lo que no está derogado) y lo vigente en forma simultánea, aspectos que también dificultan la interpretación e integración del Derecho de la Integración en el MERCOSUR y por ende el cumplimiento de la norma (es decir la eficacia y la eficiencia).

No se desconoce, que recientemente el MERCOSUR aprobó por Resolución No. 8/05 de 15 de abril de 2005, modificando el artículo 12 de la Resolución No. 26/01, el carácter público de los proyectos de norma negociados en el ámbito de los órganos del MERCOSUR, salvo que algún Estado Parte estime necesario atribuirle carácter reservado.

Pues bien, instrumento de la mayor importancia que bien aplicado significará un avance sustantivo en términos de acceso a la información en el ámbito de negociación, en un proceso de integración, donde la participación de la sociedad civil (del sector privado) no es un elemento que caracterice al MERCOSUR.

Válido es razonar que en estas circunstancias, importa sobremanera la voluntad política de cada uno de los Estados Partes y de todos en conjunto, para superar las dificultades señaladas, y realmente poder avanzar sobre el desarrollo del ordenamiento jurídico del MERCOSUR.

La transformación de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en una Secretaría Técnica - pese a las observaciones de índole jurídico que se le podría asignar a esta transformación «en los hechos» y no «en las normas» - permite alentar alguna expectativa cierta para que se propongan soluciones, que naturalmente deberán ser aceptadas por los Estados Partes, que permitan - aún en la intergubernamentalidad del esquema de integración - consagrar un régimen adecuado en materia de incorporación de normas derivadas de los órganos decisorios del MERCOSUR, en los ordenamientos jurídicos nacionales de cada Estado.

Esto, sin lugar a dudas, otorgará al proceso, certeza y seguridad jurídica, al igual que facilitará la aplicación de la normativa en el mercado ampliado, evitado innumerables asimetrías y conflictos entre los protagonistas del proceso de integración.

²⁶ En nuestro país se utilizó el mecanismo de la protocolización ante ALADI, y su comunicación a los organismos estatales, aplicando el Decreto No. 663/985 de 27 de noviembre de 1985, extremo que objeto de impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (agotada la vía administrativa) por modificar disposiciones legales por medio de un acto administrativo, que fue resuelto favorablemente por el citado Tribunal acogiendo la impugnación realizada. Para un análisis del tema, ver FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia en «El Sistema Normativo del MERCOSUR y el uso de los Acuerdos de Alcance Parcial para regular el Transporte Regional» en La Integración Hacia el Siglo XXI, Editorial EDUCAT, Pelotas, Brasil, Año 1996, página 458 y siguientes.

O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: POSSIBILIDADES MATERIAIS

ROGÉRIO GESTA LEAL

Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil

SUMARIO

- I. NOTAS INTRODUTÓRIAS. II. O CASO CONCRETO. III. UM ESCORÇO CONSTITUTIVO
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E SEUS FUNDAMENTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS.
IV. AS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES (PPCV) E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
A NECESSÁRIA FUSÃO DE HORIZONTES. V. LIMITES OBJETIVOS DO CONTROLE JURISDICIONAL
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES. VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente texto pretende avaliar as possibilidades materiais e processuais do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil, a partir de metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, valendo-se dos pressupostos materiais da referência casuística veiculada pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, procedente do Distrito Federal, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 29 de abril de 2004.

Em termos metodológicos-procedimentais, vou apreciar o tema da seguinte forma: (a) identificarei o caso concreto que dá ensejo à problematização proposta; (b) estabelecerei alguns marcos definidores da natureza política e jurídica das políticas públicas no Brasil, a fim de compreender os limites e possibilidades de seu controle; (c) farei uma análise do surgimento de um novo instituto (jurídico e político) com natureza multifacetada, que estarei nominando de Políticas Públicas Constitucionais Vinculantes (PPCV), e a relação que elas mantêm com a Administração Pública, bem como as possibilidades de seu Controle Jurisdicional; (d) proporei algumas considerações finais ao debate proposto.

II. O CASO CONCRETO

O *hard case* que enseja este debate é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, procedente do Distrito Federal, tendo como argüente o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, e como argüido o sr. Presidente da República, decidida em 29/04/2004, pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

A *questio* central da ação teve como escopo matricial o veto que o Presidente da República fez incidir sobre o §2º, do art.55, da proposição legislativa que se converteu na Lei Federal nº10.707/2003, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004. De forma mais específica, este dispositivo vetado determinava o que se entendia por ações e serviços públicos de saúde, a saber, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza.

Refere o autor da ação que tal veto implicou em desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Tal questão debatida, ao fim e ao cabo, restou prejudicada em face do envio, pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, e aprovada posteriormente, da Lei Federal nº10.777/2003, versando sobre o mesmo tema, agora com a inclusão do dispositivo vetado, suprimindo a omissão motivadora do ajuizamento da ação constitucional sob comentário.

Independente do resultado da ação – julgada prejudicada pelos fatos arrolados –, o que importa destacar aqui são os juízos de valor suscitados no feito, vinculantes em termos de posição pessoal ao menos de seu relator sobre o problema proposto neste trabalho, a saber, as possibilidades de controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil, pela via da ação constitucional vergastada, ou por outro instrumento idôneo para tanto.

Sustentou o relator que o presente remédio constitucional *apresenta-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.*¹

Pela via desta ação constitucional, entendeu o relator que o país destacou ainda mais a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF, *que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena do poder público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.*²

Neste passo, reconhece o Ministro relator que não é da tradição do Estado Moderno e Contemporâneo ter o Poder Judiciário a incumbência de formular e implementar políticas públicas de outras esferas de Poder (como as legislativas e executivas), todavia, *tal incumbência, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.*³

Dentre aqueles direitos referidos, mostra-se cômico o eminente Relator de que, no particular, os direitos econômicos, sociais e culturais, pela natureza notadamente positiva que possuem, vinculada fundamentalmente a um dever Estatal, têm um limite institucional e material conectado com o que a doutrina especializa da tem nominado de reserva do possível⁴. Esta reserva diz respeito, mais particularmente, à prévia existência de *um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.*⁵

Adverte ainda o Relator que:

*Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, deste modo, que a cláusula da reserva do possível, ressaltada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial fundamentalidade.*⁶

Lastreado em doutrina nacional, o Min. Celso de Mello aduz que não podemos esquecer, quando tratamos de temas como estes, que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. Dentre estes objetivos, por certo se encontra em seu núcleo fundacional o da

¹ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, de 29/04/2004, rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Arguinte: PSDB; Argüido: Presidente da República, pg.02. Acessado na página do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br/dj/, em 20/11/2004.

² Op. Cit., pg.02. Lembra o eminente relator, nesta passagem, que o Estado pode violar a dicção constitucional tanto quando age contrário a ela, como quando não age, pecando pela inércia, na concretização dos direitos assegurados à sociedade.

³ Op.cit., pg.02.

⁴ Especialmente se referindo aqui ao texto de HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rihgts*. New York: Norton, 1999.

⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, de 29/04/2004. Op.cit., pg.04.

⁶ Op. cit., pg.05.

dignidade da pessoa humana, cujo limite de partida será sempre o mínimo existencial, e que ao mesmo tempo vem delimitado em linhas gerais pelos princípios constitucionais e pelos direitos e garantias individuais e coletivos, bem como, no particular, deverá ser aferido no caso concreto e tomando como parâmetro a não violação e a concretização de tais prerrogativas em face do bem juridicamente tutelado na espécie, utilizando para tanto de critérios de ponderação devidamente fundamentados (problema que vamos enfrentar mais tarde).

Mas afinal, quando estar-se-á diante de uma situação que autorize o controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil? Para o ilustre Relator, isto vai ocorrer quando, Legislativo ou Executivo, agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar ou comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, *como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais a própria sobrevivência do indivíduo.*⁷

A despeito de ter sido julgada prejudicada a ação constitucional, como já referimos dantes, importa reconhecer que os juízos de valor lançados pelo insigne Relator abrem um debate dos mais importantes no país, qual seja, o das condições de possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas no país, ingressando inclusive na ceara das formas objetivas de se fazê-lo.

Para dar início a estes enfrentamentos, todavia, tenho que se afigura necessário, antes, delimitar, ao menos genericamente, um certo pacto semântico sobre o que se pode entender por políticas públicas no país, identificando suas particularidades mais jurídicas do que políticas, ambas – por certo – imbricadas.

III. UM ESCORÇO CONSTITUTIVO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E SEUS FUNDAMENTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS

Em termos conceituais mais gerais e absolutamente modernos, tenho que se possa definir uma política pública como ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública. Tal ação, inexoravelmente, vem marcada por altos níveis de racionalidade programática, caracterizada por medidas organizacionais e de planejamento⁸.

É possível a partir daqui entender como se foi construindo novos conceitos de gestão (pública e privada) ao longo da história ocidental envolvendo a Administração Pública, centrados nesta diretiva organizacional de meios e fins, maximizando resultados em face da qualificação das infraestruturas físicas, logística, de pessoal e patrimonial. De forma mais particular e recente, tivemos as experiências inglesas e americanas da Administração Gerencial, ou das *Public Choices* do modelo Japonês.⁹

O problema aqui é, todavia, de outra ordem, pois pode muito bem a Administração Pública no Ocidente ter desenvolvido novas técnicas de gestão e se aparelhado em todos os níveis para dar conta quantitativa e qualitativa das demandas que atendem, sem abandonar (pelo contrário, ratificando) o paradigma institucionalista que marca a relação que mantém com o interesse público em termos de sua definição e tratamento¹⁰, insulando-se cada vez mais da Sociedade Civil que não se identifica e sequer encontra espaço nas estruturas estatais tecno-burocráticas e complexas que foram criadas, questão que retomaremos mais tarde.

De qualquer sorte, o tema das políticas públicas no Brasil tem se afigurado, ao menos em termos de imaginário social, como um ilustre desconhecido, a uma, porque o próprio Estado nacional não teve, ao longo de sua história, uma preocupação muito real com estas questões; a duas, porque a sociedade civil sempre ficou à margem destes assuntos, tidos como de competência única das instituições estatais¹¹.

⁷ Op. cit., pg.05.

⁸ Neste sentido o trabalho de BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. Boston: Madinson, 2002, pg.61 e seguintes.

⁹ Ver o trabalho de PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma. do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. Nesta perspectiva, o grande mote de discussão são as possibilidades de inter-relação entre iniciativa pública e privada.

¹⁰ Mesmo quando o Estado age como mediador de interesses corporativos e privados em tal tarefa, transformando-os pela via formal das ações públicas em questões federativas de alcance artificialmente nacional – como foi o programa federal de subsídios a instituições financeiras criado pelo governo federal, em nome da saúde mercadológica principalmente dos correntistas.

¹¹ Ver neste sentido o excelente texto de BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Na verdade, o Estado Administrador brasileiro tem gerido os interesses públicos como se sobre eles detivesse um domínio absoluto e exclusivo, efetivamente institucionalizando todas as ações voltadas para atendê-los, e mesmo defini-los, em meio a tantas tensões e conflitos sociais complexos e progressivos que se formaram nos últimos 50 anos no país ¹².

Com tais comportamentos, as possibilidades de participação da sociedade civil restaram significativamente suplantadas, reduzidas ainda mais em face do perfil de passividade e relacionamento servil que vem mantendo com os poderes instituídos, aceitando o que lhe é ofertado como sendo um favor.

Assim, dificultou-se a formulação de ações administrativas do Estado que se preocupassem em imprimir níveis de racionalidade à administração pública dos interesses sociais, com planejamento, programação, projetos e mecanismos de constituição, execução e avaliação de atendimento das demandas sociais emergentes. Ao revés, tem funcionado a Administração Pública como se estivesse apagando incêndios e criando soluções absolutamente curativas e não preventivas aos problemas detectados (quando detectados, haja vista, regra geral, o amadorismo de seus quadros técnicos) de forma endógena e isolada da participação social ou de suas representações oficiosas, agudizando tal quadro o fato de não ter conseguido sequer modernizar suas estruturas e formas operacionais de comportamentos oficiosos.

Na base conceitual deste cenário, podemos encontrar um tipo de concepção de Estado e de Administração Pública assaz conservadora e ultrapassada, a saber, concebendo o Poder Público como um agente oficial da vontade popular, detentor de mandato ou titulação que lhe autoriza a exercer o poder independentemente de sua matriz criadora e fundante: a própria soberania popular. O costume de exercício do sufrágio como ato isolado de participação política tem se confundido com a delegação incondicionada de mandatos (poder) a agentes públicos por tempo certo e determinado, comodamente transferindo a estes todas as responsabilidades e liberdades à solução das mazelas societais.

Em verdade, a sociedade civil tem tido no voto, no evoluir dos tempos democráticos, um dos únicos momentos espacial e temporal de vinculação e relação com a Administração Pública, após o que se ausenta do espaço público para que os donos do poder ¹³ possam desempenhar seus papéis.

Tenho que é somente a partir do regime militar da década de 1960 que vamos visualizar, com a Escola Superior de Guerra e outros espaços institucionais controlados militarmente, um explícito início de projeto nacional de políticas públicas de desenvolvimento; autoritário sim, mas ordenado em termos de ações a serem desenvolvidas e objetivos a serem alcançados, dogmatizando ainda mais as competências federativas oficiais ¹⁴.

É neste período – a começar pela edição do Decreto-lei nº200/64 – que surgiu uma preocupação (ainda institucional) de imprimir certo profissionalismo à Administração, voltado aos desafios de crescimento econômico e desenvolvimento social, gerando uma série de medidas de racionalização de serviços e ações estatais, bem como criando espaços monitorados e seletivos de participação e oitiva de determinados setores organizados da sociedade civil – notadamente industrial e comercial. ¹⁵

Com a abertura democrática e o restabelecimento das instituições civis e políticas, a partir da década de 1980, do que decorreu a edição da Carta Constitucional de 1988, teve-se um certo fenômeno de articulação política da sociedade civil (já existente em forma preambular na década de sessenta, antes do golpe militar), o qual se pode nominar como indicador de uma *políticação do social*, implicando que a demarcação da linha imaginária entre Estado e Sociedade restou cada vez mais tênue como resultado de movimentos perigosos de privatização da esfera do público e da politização da esfera do privado ¹⁶.

Esta politização do social criou outra lógica de ação coletiva no país, produzindo novas formas de inserção sócio-política do empresariado, do campesinato, das classes médias e pobres, que passaram a operar mais segundo uma dimensão maior de autonomia e mobilização política, e menos segundo o tradicional hábito do clientelismo e do corporativismo estatais. Assim, se até o final da década de 1980 a mobilização e

¹² Conforme o texto de Lima, Jr., Olavo Brasil de & Santos, Wanderley Guilherme, *Esquema geral para a análise de políticas públicas: uma proposta preliminar*. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 10(2):241-56, abr/jun. 1976.

¹³ Retiramos esta idéia um pouco da reflexão que pode ser encontrada em FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: O Globo, 1979.

¹⁴ Digo isto porque não tenho a Era Vargas como iniciadora de uma formação de políticas públicas nacionais, mas tão somente a criação de estruturas burocráticas importantes de descentralização do Estado e da carreira burocrática de seus agentes. Dito isto, vou a sentido contrário à posição de PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, op.cit., pg.48, quando afirma que: *a reforma administrativa embutida no Decreto-lei nº 200 ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se iniciou já em meados dos anos 70, agravou ainda mais a situação da administração pública, na medida em que a burocracia estatal foi identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração.*

¹⁵ Ver o excelente trabalho de COSTA Frederico Lustosa da. *Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da nova república*. In *Revista de Administração Pública*, FGV, vol.32(4):71/82. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

¹⁶ Ver o trabalho de KLIKSBERG, Bernardo. *Social Management: some strategic issues*. New York: United Nations, 1998.

a participação política se davam preponderantemente *a partir do Estado*, com mecanismos e processos de cooptação política, agora elas se inserem significativamente também *a partir da Sociedade*, com mecanismos e processos de representação política, cada vez mais espontâneos e menos institucionais.¹⁷

Assim, a análise de políticas públicas não necessariamente se refere apenas às políticas geradas nas instituições propriamente estatais, mas passam a ser o resultado de políticas geradas nas instituições não-propriadamente estatais, estas veiculadas através de grupos de pressão e *lobby*, de reivindicações de setores mais mobilizados e pertencentes às elites dominantes, e mesmo de alguns grupos populares emergentes, como o MST, ambientalistas, movimentos de consumidores, gerando reflexos diretos e indiretos na reorganização ampliada das esferas de poder e dos campos de interlocução política – situação que se dá até os dias de hoje.

De outro lado, os modelos gerencial e organizacional do mercado vão se apresentando como um paradigma de racionalidade e eficácia a ser adotado pelas próprias instituições públicas, em face dos êxitos e sucessos atingidos com o controle calculado do processo de produção, circulação e concentração de riquezas alcançadas, ao mesmo tempo que induzindo à crença da inoperabilidade do Estado e suas agências.¹⁸

De qualquer sorte, para os fins que pretendemos neste estudo, o certo é que a ciência política, a economia e a sociologia vão começar a tratar o tema das políticas públicas como uma questão multidisciplinar que diz respeito à organização, planejamento, execução e avaliação constante de ações voltadas ao atendimento das demandas sociais, sejam realizadas pelo Estado, sejam por particulares ou pelo próprio mercado. Tais ações estão marcadas, a uma, pelos marcos normativos, constitucionais e infraconstitucionais (de conteúdos e de competências) que lhe dão existência; a duas, pelo processo de constituição e desenvolvimento de ações de abertura institucional a partir de uma lógica de descentralização estatal – como as ações realizadas em parcerias com os Conselhos Municipais, Organizações não-governamentais, associações, etc.¹⁹

Mesmo com esta abertura de abordagem das políticas públicas, ela não foi suficiente, ao menos em caráter mais massivo, para atrair a reflexão dos juristas brasileiros, eis que a maior parte dos cursos e textos didáticos de Direito Administrativo e mesmo de Direito Constitucional não têm abordado este problema, talvez em razão da falsa compreensão de que ele pertença a outros campos do saber que não ao do Direito, ou quiçá porque efetivamente inexistia uma formação de base sobre estes assuntos para estes profissionais.

Enquanto isto, em face da dicção constitucional ora vigente, desde o final da década de 1980 temos uma Carta Política que explicita de forma inconfundível as finalidades, objetivos e princípios da República Federativa brasileira, vinculando tanto o Estado como a Sociedade Civil aos seus comandos, ao menos em termos delimitadores do que podemos chamar de mínimo existencial, desde uma perspectiva dos fundamentos da República, a saber: a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana²⁰.

Este mínimo existencial, pode-se afirmar que toma configurações conceituais constitucionais em face daqueles indicadores parametrizantes mencionados, notadamente os atinentes à dignidade da pessoa humana, plasmados e espargidos ao longo dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, dos direitos e garantias individuais e coletivas, dos direitos sociais, etc.²¹

¹⁷ Quem faz uma análise excelente a este respeito é KLIKBERG, Bernardo. *Como reformar o Estado para enfrentar os desafios sociais do terceiro milênio*. In Revista de Administração Pública, vol.35, março/abril de 2001. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001, pp.119/152. Na mesma linha de raciocínio vai o trabalho de CLARKE, Jonh. *The Managerial State*. London: Sage, 2000. Sustenta este autor que: *As trilhas abertas pela reinterpretção gramsciana de Marx, com a introdução do importante conceito do Estado Integral (Sociedade Civil + Sociedade Política), e pela leitura que Bendix faz de Weber, com a redescoberta da idéia weberiana da imbricação dialética entre estruturas de autoridade e estruturas de solidariedade, vão permitir a crítica à visão dicotômica do Estado e a conseqüente construção de uma visão relacional envolvendo diretamente a Sociedade Civil*. (Tradução nossa, pg.189).

¹⁸ O que de uma certa forma vem ratificado pela Emenda Constitucional nº19/2001, de 04 de junho d 1998.

¹⁹ Para uma perspectiva mais ampliada da discussão, ver o trabalho de MORAND, Charles-Albert. *Le Droit neo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 2001. No Brasil são os cientistas políticos, os sociólogos que vão se ocupar muito destas questões, tais como: MARTINS, Ana Luiza. *República: um outro olhar*. São Paulo: Contexto, 1992; MOISÉS, José Alvaro. *Cidade, povo e poder*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea/Paz e Terra, 1982; MOURÃO, Cezar Roberto. *A República e as repúblicas*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1972.

²⁰ Abordei esta perspectiva no trabalho LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, bem como no texto também de minha autoria nominado de *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²¹ Ver neste sentido o excelente texto de SARLET, Ingo. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Na verdade, é a própria compreensão de Constituição que se vê alterada aqui, ao menos em termos da historicidade brasileira, haja vista que passa a se outorgar a ela muito mais que um significado meramente dogmático-formal de norma posta, reconhecendo-a como pacto político-social instituidor da civilidade e das condições de sociabilidade e desenvolvimento das relações sociais, a partir de determinados postulados/premissas necessariamente vinculantes. Ver também o trabalho de XESTA, Fernando y VAZQUEZ, Ernesto. *La Orden Civil de la Republica. Ciudadania y distincion en el Estado Igualitario*. Madrid: Civitas, 2001, p.92; bem como o texto de ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 2001.

Cumprir verificar, agora, qual a relação que se estabelece entre aquele plexo de direitos e garantias sob comento – densificadores das possibilidades de mínimo existencial normativamente fixados para o país -, e as políticas públicas em nível de Administração Pública, bem como as condições de seu controle jurisdicional.

IV. AS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES (PPCV) E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A NECESSÁRIA FUSÃO DE HORIZONTES

Por mais que se queira reconhecer à República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, isto não altera o perfil e a garantia da liberdade de mercado capitalista que tão bem caracteriza a história de exclusão social deste país, e suas mazelas conseqüentes²². Significa dizer que, mesmo tendo-se uma Constituição Democrática e Social, vige no território nacional e nas relações objetivas de produção e circulação da riqueza uma lógica de concentração altamente perversa e marginalizante, gerando exércitos de pobreza e violência social, dificultando o cumprimento das promessas constitucionais.

Neste ambiente de conflitos cotidianos, os Poderes Estatais são tensionados a estabelecer mediações à manutenção de níveis de civilidade suportáveis junto à barbárie, evitando/minimizando a guerra ou a desobediência civil já instalada em diversos micro-territórios urbanos e rurais, seja com projetos de leis que tentam retificar os erros cometidos ao longo de nossa história, ampliando a responsabilidade comunitária/solidária para com os mais necessitados²³; seja com medidas judiciais compensatórias – e quase nunca satisfativas – à pacificação parcial daqueles conflitos²⁴; seja com ações administrativas mais curativas que preventivas para gestar o caos em que a cidadania se encontra²⁵.

Em meio a tantas incertezas e problemas, algumas diretrizes, as quais passo a chamar de indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, estão postos e não podem ser desconsiderados em quaisquer ações – públicas ou privadas – que se destinem ao atendimento das situações anteriormente desenhadas. Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia o desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A densificação mais objetiva e precisa destes indicadores pode ser encontrada ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a estes indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isto é verdade, quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.²⁶

Isto me leva a crer na existência daquilo que vou chamar de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria. Considerando ainda crer, no particular, não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídi-

²² Situação inclusive reconhecida pelo próprio Texto Constitucional brasileiro vigente, em seu art.170, II e IV.

²³ Lei do Voluntariado, das Organizações não Governamentais, das Parcerias Público-Privadas, etc. .

²⁴ Medidas judiciais garantidoras de fornecimento de medicamentos, de manutenção do fornecimento de água e luz, etc. .

²⁵ Projeto Fome Zero do Governo Federal, Projeto Merenda Escolar, Projeto de seguros às atividades agrícolas, etc. . Todas estas iniciativas, a despeito de cumprirem com uma função social importantíssima, opera no âmbito do problema consumado e não de sua prevenção.

²⁶ Há uma reflexão bastante interessante sobre as incoerências da operacionalidade do sistema capitalista, notadamente em economias demasiadamente dependentes, em UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso. 1998.

co pátrio²⁷, resulta claro que a responsabilidade de que estamos falando aqui é, diferenciadamente, pró-ativa dos poderes instituídos, merecendo imediata implementação, tais como:

(1) o disposto no art.5º, inciso XXXIV, a exigir política pública que viabilize a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal²⁸.

(2) o disposto no art.5º, inciso XLVIII, XLIX e L, a exigir políticas públicas prisionais, a fim de garantir que a restrição da liberdade se dê de maneira a dar guarida às prerrogativas de que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; que seja assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, e que às presidiárias sejam asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação²⁹.

(3) o disposto no art.5º, inciso LV, a exigir políticas públicas jurisdicionais, por exemplo, a fim de dar efetividade ao comando constitucional que determina aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes³⁰.

(4) o disposto no art.23 e incisos, quando determina que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.³¹

Tais exemplos poderiam se prolongar por outros temas constitucionais, passando pela ordem social e econômica dos arts.170, 194, 196 e 197, 201, e tantos outros, haja vista o alcance que possuem em face das demandas sociais e interesses da cidadania.

Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam advir políticas públicas concretizadoras, que se operam em diversos níveis de efetivação, tais como os da elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contanto para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que denomino de políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e de mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores.

De uma certa forma, quando estas políticas públicas ou ações estratégicas dos Poderes competentes não ocorrem, o Poder Judiciário no Brasil é chamado à colação (como no caso do fornecimento de remédios à população carente em todo o país, só para ficar com um exemplo nacional e anteriormente mencionado).

É este nível de discussão que chega ao Supremo Tribunal Federal do país, ora tensionado neste texto à apreciação da ADPF-45 epigrafada; por certo que ainda de forma preambular, eis que tema delicado e

²⁷ Direção em que caminha a melhor doutrina constitucional do país, *ex vi* o percuciente trabalho de STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁸ Matéria que recentemente no país envolveu as informações sigilosas do regime militar sobre determinadas pessoas perseguidas e torturadas na ditadura da década de 1960 a 1980. Já que o Poder Executivo ou Legislativo não conseguiram regulamentar a exposição destas informações, o Poder Judiciário o fez para quem demonstrasse interesse legítimo em obter estas informações.

²⁹ Toda vez que os estabelecimentos prisionais não conseguem fazer cumprir tais garantias constitucionais, o Poder Judiciário é chamado a encontrar algumas formas de atendimento parcial delas. Neste sentido, ver o texto de SKOLNICK, Jerome H. & BARLEY, David. *Nova Polícia*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo:Edusp, 2002.

³⁰ Uma forma tradicional de veiculação de políticas públicas jurisdicionais são as jurisprudenciais, notadamente no âmbito de criar condições materiais efetivas de proteção de direitos constitucionais e infraconstitucionais, tais como, no particular, as que criaram figuras como as do furto famérico, do peculato de uso, do crime de bagatela, da fungibilidade recursal, etc. Todas estas situações, na verdade, vieram ampliar favoravelmente aos litigantes mais hiposuficientes (material e processualmente), as possibilidades de defesa.

³¹ Todas estas competências demandam, obrigatoriamente, ações estratégicas de todas as entidades federativas, abrangendo um leque enorme de responsabilidades e campos de demandas republicanas. Quando inexistentes tais políticas de atendimento, há interesse legítimo constitucional a ser acionado às suas defesas. Veja-se que todos estes itens arrolados dizem respeito – direta ou indiretamente – à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial referido (saúde, educação, moradia, pobreza).

afeto a alguns dogmas, tais como os da independência dos Poderes e o das competências institucionais específicas. Contudo, como referiu o Ministro Celso de Mello, não há como se sustentar em face da ordem constitucional vigente uma leitura absurdamente restritiva e de insulamento dos Poderes Estatais em relação à Sociedade Civil, sob pena de se negar o fundamento da República que é a soberania popular.

É neste ponto que estou a defender uma necessária ampliação da leitura do Texto Constitucional, compreendendo o princípio da separação dos poderes numa perspectiva funcional originária, atinente às especificidades das atribuições que lhes são destinadas pela República, as quais, cumpridas ou não cumpridas, afiguram-se merecedoras de controles e correições permanentes (políticas, administrativas e judiciais). Aqui faço a proposição – em simetria com a perspectiva gadameriana³² – de se efetivar uma fusão espacial de horizontes republicano-constitucionais, conciliando o conceito-tipo de Estado e Sociedade Democráticos de Direito (cuja fonte matricial é a popular), com os instrumentos e mecanismos inexoravelmente servientes à sua efetivação (Poderes Estatais, instituições públicas e privadas, organizações e associações civis, etc.).

Os objetivos, finalidades e princípios a serem seguidos pela federação, já delimitados pela Carta Política, necessitados que estão de políticas públicas constitucionais vinculantes, proporcionando uma clara visualização das ações de elaboração, constituição formal, execução e avaliação destas políticas, na verdade, apresentam-se como condições de possibilidade daquele conceito-tipo (formas de sua densificação societal), devendo levar em conta a história efetual que marca nossa tradição (os condicionantes históricos e de múltiplas matizes que conformam o evoluir da sociedade brasileira em todas as suas manifestações). Para tanto, todos os membros da República são co-responsáveis, alguns com obrigações prestacionais e positivas mais incisivas – como o Estado.

No espaço da República, pois, tomando em conta as competências constitucionais estabelecidas às entidades federativas, notadamente em suas dimensões pró-ativas em face do plexo de direitos e garantias sociais delimitadas, as funções institucionais específicas do Estado (legislativas, administrativas e judiciais) se condicionam ao cumprimento não facultativo do que lhes foi estabelecido, sob pena de coativamente fazê-lo.

Em face disto, penso que inclusive se pode avançar no sentido de conceber as responsabilidades ora elencadas como as que se refere o art.37, §6º, da Constituição Federal de 1988, exigindo que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondam pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A reflexão apurada do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, na ADPF-45 sob comentário, lembra inclusive que não é da tradição do Estado Moderno e Contemporâneo ter o Poder Judiciário a incumbência de formular e implementar políticas públicas de outras esferas de Poder (como as legislativas e executivas), todavia, *tal incumbência, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático*³³.

O problema que identifico nos termos desta pretensão constitucional, próprio da natureza complexa dos direitos e problemas envolvidos nela, é o que diz respeito aos limites objetivos do controle jurisdicional das políticas públicas constitucionais vinculantes, isto é, qual a medida e a intensidade da intervenção judicial neste âmbito? Tema que passo a tecer algumas considerações.

³² GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. A idéia de fusão de horizontes em Gadamer significa um novo conceito de compreensão do conhecimento e das ações humanas, enquanto oriundos da história e em constante movimento. Tal movimento não é determinado por alguma situação definida, mas por múltiplas variáveis e fontes, nas quais estamos todos inseridos, envolvendo passado e presente numa permanente inter-relação indutora de comportamentos singulares e coletivos, a serem devidamente consciencializados, sob pena de gerar uma alienação redutora das possibilidades de emancipação racional do homem como sujeito histórico.

³³ ADPF-45, op.cit.,pg.02.

V. LIMITES OBJETIVOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES

Toda a tentativa de dimensionar as possibilidades de controle político, administrativo e jurisdicional dos atos estatais é sempre complicada, tanto em face da natureza multidisciplinar que possuem (política, econômica, cultural, partidária, etc.), como em razão do âmbito da competência da decisão ou falta dela. Na espécie, vou me centrar em enfrentar algumas particularidades que dizem respeito à decisão judicial sobre a matéria.

Na tradição da Democracia Liberal brasileira, desde os seus primórdios, sempre se designou como único e verdadeiro padrão de organização institucional da sociedade brasileira o baseado na liberdade tutelada formalmente pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica, no equilíbrio entre os poderes do Estado, forjando uma unanimidade sobre a pertinência de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletiam a reprodução do *status quo* imposto pelo modelo de desenvolvimento econômico excludente que até agora se teve. Em tal quadro, competiu ao Estado de Direito tão-somente regular as formas de convivência social e garantir sua conservação; a economia se converteu numa questão eminentemente privada e o direito, por sua vez, se tornou predominantemente direito civil, consagrando os princípios jurídicos fundamentais ao desenvolvimento capitalista, como os da autonomia da vontade, da livre disposição contratual e o *da pacta sun servanda*.

Neste ponto, José Eduardo Faria é preciso:

*Ao regular as relações e os conflitos sociais num plano de elevada abstração conceitual, sob a forma de um sistema normativo coerentemente articulado do ponto de vista lógico-formal, a lei nada mais é do que uma ficção a cumprir uma função pragmática precisa: fixar os limites das reações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa prontidão generalizada de todos os cidadãos, para a aceitação passiva das normas gerais e impessoais, ou seja, das prescrições ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto.*³⁴

Lembrando José Maria Gomez³⁵, contrariamente ao que defende a doutrina liberal do Estado de Direito, o jurídico é antes de mais nada político; o direito positivo não é uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado, mas uma forma constitutiva do mesmo e submetido a suas determinações gerais. Neste particular, o culto da lei e a separação dos poderes se interpõem como véus ideológicos que dissimulam e invertem a natureza eminentemente política do direito.

Aliás, no Brasil, alguns constitucionalistas como Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁶, resistindo à própria idéia de politização do chamado Estado de Direito, vêem, de forma negativa, a Lei como um instrumento político, um meio para a realização de uma política governamental, motivo por que não se legitima por um conteúdo de justiça e sim por ser expressão da vontade política do povo ou do governo. Assim, *a politização das leis fere, não raro, a racionalidade do Direito, gera leis irracionais*³⁷.

Com tal perspectiva eminentemente formalista e neutral, há uma tendência ainda majoritária entre os juristas pátrios de se reduzir o modelo de Estado de Direito a uma vinculação e controle do ordenamento jurídico vigente, sem, portanto, dar-se atenção ao processo legislativo como um foro de enfrentamento ideológico e político, mas tão-somente técnico; ou perceber-se que, do mesmo modo que o Estado denominado de Direito, ou o próprio Direito e a Lei representam uma forma condensada das relações de força entre os grupos sociais que determinam a sua origem, seu conteúdo e a lógica de seu funcionamento.

³⁴ Na obra FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.134. No mesmo texto, o autor adverte para o fato de que este recurso usado pelo sistema estatal vigente, valendo-se de normas crescentemente indeterminadas e conceitualmente abstratas termina por representar, sob a fachada de um formalismo jurídico dotado de funcionalidade legitimadora, a concentração dos processos decisórios no interior da ordem burocrática institucionalizada pelas esferas de poder oficiais, voltada à articulação, negociação e ajuste dos interesses dos grupos sociais e frações de classe mais mobilizadas.

³⁵ GOMEZ, José Maria. *Surpresas de uma Crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado*. In *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.107.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1988. Na mesma linha de reflexão vai FERREIRA, Pinto, na obra *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo:Saraiva,1990; RUSSOMANO, Rosah na obra *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro:Freitas Bastos,1978; FRANCO, Afonso Arinos de Melo, na obra *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1968; BASTOS, Celso Ribeiro, na obra *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo:Saraiva,1990; CRETELLA JR., José, na obra *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

³⁷ Op. cit., p.47.

Ocorre que as novas condições de desenvolvimento do capitalismo internacional neste início de milênio e a inevitável inclusão do Estado brasileiro neste processo explicitou ainda mais a insuficiência de um governo e Estado que se quer neutro politicamente e afastado da organização dos mercados e das mazelas que ele cria, isto porque os resultados desta internacionalização do capital vem fazendo vítimas nos mais variados quadrantes e setores da sociedade nacional e internacional, agravando as diferenças de classe e submetendo significativa parcela da população a condições aviltantes de trabalho e vida.

Tal conjuntura, impõe a adoção daquelas políticas públicas constitucionais vinculantes de que tenho falado, voltadas à implementação das garantias constitucionais sob comento, o que traz à tona a necessidade de um Estado mais intervencionista e provedor da sua comunidade, este o nominado Estado Democrático de Direito que referi anteriormente ³⁸.

Estou querendo dizer, enfim, que a idéia de Estado Democrático de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos comportamentos institucionais e novos instrumentos políticos de participação que expandam, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea. Como lembra Warat:

No existe nada de antemano establecido como sentido del Estado de Derecho, la enunciación de sus sentidos sera permanentemente inventada para permitir una gobernabilidad no disociada de las condiciones democraticas de existencia. ³⁹

Dentre estas possibilidades abertas de permanente redefinição do que seja o Estado Democrático de Direito - e a Sociedade Democrática de Direito que se encontra em sua base substancial - , o que se exige do Estado enquanto gestor público é exatamente provimentos concretizadores dos objetivos, finalidades e princípios da República. Que provimentos são estes, a resposta está dada preambularmente pela própria ordem constitucional (como se viu); quais os limites destes comportamentos, este é um tema constantemente tencionado no cotidiano de todos as entidades federativas e poderes constituídos.

Tanto é verdade que tem se formado em determinados países mais desenvolvidos economicamente que o Brasil concepções reducionistas daqueles limites, cujos fundamentos têm razões de justificação bastante fundamentadas, dentre as quais destaco a norte-americana, quando assevera (por uma parte de seus juristas, politólogos e sociólogos) que a intervenção do Poder Judiciário na vida cotidiana da cidadania e dos Poderes Executivo e Legislativo, não pode descurar da legitimidade matricial que identifica as ações destas instituições, oriundas de processos normativos e eletivos democráticos, bem como de competências constitucionalmente outorgadas pelos *constitutional father- foundations*. ⁴⁰

Tal preocupação tem sentido de ser, eis que nossa democracia representativa efetivamente está baseada na idéia de participação política social por veículos institucionais e não-institucionais, devendo eles demarcar o que se pretende em termos de sociedade e país. Daqui resulta que o Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder Estatal) não tem o condão de *make public choices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades desta República Federativa. São tais indicadores que estão a reivindicar políticas públicas constitucionais vinculantes para serem concretizados. Quando não efetivadas, dão ensejo à legítima perseguição republicana para atendê-las, administrativa, legislativa e jurisdicionalmente. E quais os limites para tal intento? ⁴¹

³⁸ Neste sentido LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Tecnos, 1996, p.226.

³⁹ WARAT, Luis Alberto. *Fobia al Estado de Derecho*, in Anais do Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, 994, p.18.

⁴⁰ Como quer por exemplo ELY, John Ely. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990. Para este autor – e vários seguidores - *Judicial review is necessary to safeguard minority rights, but democracy is the principle around which this nation's government was formed* (pg.16). Mais tarde, alerta o autor que we can reason about moral issues, but reasoning about ethical issues is not the same as discovering absolute ethical truth. So we're where we where: our society does not, rightly does not, accept the notion of a discoverable and objectively valid set of moral principles, at least not a set that could plausibly serve to overturn the decision of our elected representatives. (pg.54).

⁴¹ Neste ponto, a cultura jurídica americana tem pontos de alta proteção em determinadas matérias, como as ações afirmativas envolvendo problemas raciais, fundando suas decisões efetivamente nas decisões legislativas tomadas a respeito. No caso *Adarand Constructors, Incorporation v. Pena*, the Court held that all racial classifications, imposed by whatever federal, state, or local governmental actor, must be analyzed by a reviewing court under strict scrutiny. In KLUGER'S, Richard. *The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. New York: Vaden, 1996, pg.29. Alerta o autor ainda que *The Court's decision to apply strict scrutiny to all racial classifications was partly based on a belief that such distinctions are almost always irrelevant to any legitimate government motive. The Court also indicated that strict scrutiny was necessary for all racial classifications because such classifications have a stigmatizing effect.* (pg.53).

A verdade é que a simples alegação de que tais limites dar-se-ão pela *reserva do possível* em termos de verificação das condições materiais do Estado de cumprir com suas obrigações não é suficiente, mesmo tomando esta reserva aqui como à prévia existência de *um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.*⁴² Isto porque, salvo melhor juízo, não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação descumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não em termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face de sua não disponibilidade.

Por tais razões é que, sensível a esta situação, o Eminentíssimo Relator da ADPF-45 aduziu em seu voto que a cláusula da reserva do possível precisa ser aferida em face da ocorrência de justo motivo desculpante da autoridade federativa. Tal motivo justo, por sua vez, tenho que precisa ser compreendido no âmbito da mesma perspectiva integral e reflexiva do sistema jurídico pátrio (constitucional e infraconstitucional). Significa dizer, em detalhamento, que, considerando a urgência e importância dos direitos e interesses em jogo, mister é que o responsável pró-ativo por eles, de forma fundamentada e ampla, em procedimento (ou processo) próprio, com transparência e contraditório, faça a prova da impossibilidade de cumprir com o estabelecido, pena de não fazendo incorrer em ilicitude a ser sanada pelo Poder Judiciário.

Assim, em relação às políticas públicas constitucionais vinculantes, a parte (legitimamente) interessada contraposta ao Estado promovedor é toda a sociedade civil e, no particular, o seu segmento (singular ou coletivo) sofrendo iminente ameaça ou lesão a direito/interesse atinente àquelas políticas públicas. Tal segmento, constituído que está de sujeitos de direitos, detém direito subjetivo público de se ver protegido contra a ameaça ou lesão consumada contra si, utilizando para tanto todos os possíveis remédios jurisdicionais pertinentes (mandado de segurança individual ou coletivo, habeas corpus, ação de descumprimento de direito fundamental, controle difuso e concentrado de constitucionalidade, etc.).

Vale lembrar aqui a lição de Rosemiro Leal, quando assevera que a Constituição de 1988 no Brasil outorgou aos objetivos, finalidades e direitos e garantias fundamentais eleitas a verdadeira condição de título executivo extrajudicial de obrigação infungível de fazer do Estado em prol da comunidade, devendo este Estado, como espaço jurídico da processualidade, acolher em seu âmago a efetividade destes direitos líquidos, certos e exigíveis, e, se for preciso, pelo princípio da substituíbilidade judicial, o judiciário fazê-lo, mediante a aplicação de tutelas legais em modalidades decisórias mandamentais, executivas (inibitórias) e supletivas (de adimplemento).⁴³

Sem sombra de dúvidas que será o caso concreto – como o conseqüente à ADPF-45 –, que irá possibilitar a densificação material do controle jurisdicional de incumprimento daquelas políticas públicas, isto porque deverá o Judiciário valer-se do devido processo legal para delimitar no que consistiu a ação violadora (negativa ou positiva) do Estado. Para isto, por certo valer-se-á não só dos critérios e métodos tradicionais de dosimetria da culpa e do dano, aplicando regras dogmáticas especiais (como as atinentes aos cálculos e perícias para definir o *quantum* dos gravames impingidos, em termos patrimoniais e extra-patrimoniais), como deverá contar com a utilização de princípios informativos desta responsabilidade, e estou falando da ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito dos interesses envolvidos)⁴⁴, da subsidiariedade, etc.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Em linhas gerais, pretendo neste ensaio – a partir do caso concreto avaliado –, concluir pela mais que possibilidade, mas necessidade, de contar com instrumentos e mecanismos jurisdicionais capazes de controlar (assim como os demais poderes entre si) as políticas públicas constitucionais vinculantes determinadas pela ordem constitucional e infra-constitucional vigente no país, que valem tanto para o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), como para a própria Sociedade Civil (hoje cada vez mais chamada para participar do processo de gestão do interesse público).

⁴² Conforme manifestação do Ministro relator da ADPF-45, op.cit.,pg.04, Celso de Mello.

⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, pg.138.

⁴⁴ É preciso esclarecer que não estou a vincular estas *interpretative measures* para ratificar de forma incondicional a proposta Alexiana de utilização de princípios dentro do sistema jurídico, pois nela há uma certa compreensão de mínimo existencial condicionada à reserva do possível, que por sua vez vem marcada por alguns elementos inibidores, tais como a relação entre dignidade da pessoa humana e igualdade real, a noção ainda dogmatizante de separação de poderes (sem destacar as funções vinculantes que possuem), as competências legislativas da democracia representativa e mesmo os direitos de terceiros, tudo isto demandando uma equação mais econômica do que axiológica para o seu resultado. Ver ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997, pg. 490 e seguintes.

Isto se revela importante porque há um profundo esvaziamento do Estado e Sociedade Democráticos de Direito na *terra brasilis* na medida em que, mesmo havendo já um significativo esclarecimento sobre os objetivos, finalidades e princípios a serem perseguidos e que informam a República Federativa, em termos de direitos, deveres e garantias, paradoxalmente, inexistem ações públicas e privadas suficientemente capazes de concretizá-los, haja vista que o plano desafiante destes compromissos não reside tão-somente na dimensão sintática ou semântica de suas possibilidades⁴⁵, mas também na pragmática, profundamente exposta às manipulações de atores sociais (fundamentalmente de mercado) que não partilham do mesmo projeto constitucional de civilidade formalmente instaurado.

Quantos daqueles compromissos já foram violados – por ação e por omissão – do Estado e de setores organizados da Sociedade Civil, que voltaram às costas para as demandas sociais de massas existentes no país, exatamente através de armadilhas e artimanhas legislativas ou executivas, manipulando orçamentos, leis, planos de governos, etc., sem nenhum tipo de ação restauradora ou responsabilizante.

Frente a isto, é crível que se reconheça a todos os Poderes instituídos, inclusive ao Judiciário, a competência e o dever institucional de se comprometerem com o que tenho exposto, protegendo quem efetivamente detém em última instância a soberania do poder (o povo), não por desvio ou excesso ideológico de crença política, mas pautado pela obrigação de garantir a ordem republicana e democrática de desenvolvimento do Brasil, sob pena de agudizar ainda mais suas crises de identidade, eficácia e legitimidade social.

⁴⁵ Cenário que já vem sendo explorado pela doutrina mais crítica dos juristas brasileiros, tais como STRECK, Lênio Luis & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BIBLIOGRAFIA

- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, de 29/04/2004, rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Arguinte: PSDB; Argüido: Presidente da República, pg.02. Acessado na página do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br/dj/, em 20/11/2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro, na obra *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo:Saraiva,1990.
- BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. Boston: Madinson, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CLARKE, Jonh. *The Managerial State*. London: Sage, 2000.
- COSTA Frederico Lustosa da. Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da nova república. In *Revista de Administração Pública*, FGV, vol.32(4):71/82. Rio de Janeiro: FGV, 1998.
- CRETELLA JR., José, na obra *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- ELY, John Ely. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 2001.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: O Globo, 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1988.
- FERREIRA, Pinto, na obra *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo:Saraiva,1990.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo, na obra *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.
- GOMEZ, José Maria. Surpresas de uma Crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado. In *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. New York: Norton, 1999.
- KLIKSBERG, Bernardo. *Como reformar o Estado para enfrentar os desafios sociais do terceiro milênio*. In *Revista de Administração Pública*, vol.35, março/abril de 2001. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.
- . *Social Management: some strategic issues*. New York: United Nations, 1998.
- KLUGER'S, Richard. *The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. New York: Vaden, 1996.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- . *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LIMA Jr., Olavo Brasil de & SANTOS, Wanderley Guilherme, Esquema geral para a análise de políticas públicas: uma proposta preliminar. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 10(2):241-56, abr/jun. 1976.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1996.
- MARTINS, Ana Luiza. *República: um outro olhar*. São Paulo: Contexto, 1992.
- MOISÉS, José Alvaro. *Cidade, povo e poder*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea/Paz e Terra, 1982.
- MORAND, Charles-Albert. *Le Droit neo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 2001.
- MOURÃO, Cezar Roberto. *A República e as repúblicas*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1972.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma. do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV,1999.
- RUSSOMANO, Rosah na obra *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro:Freitas Bastos,1978.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- . *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SKOLNICK, Jerome H. & BARLEY, David. *Nova Política*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo:Edusp, 2002.
- STRECK, Lênio Luis & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso. 1998.
- WARAT, Luis Alberto. *Fobia al Estado de Derecho*, in *Anais do Curso de Pós-graduação em Direito*, Universidade Integrada do Alto Uruguais e Missões - URI,1994.
- XESTA, Fernando y VAZQUEZ, Ernesto. *La Orden Civil de la Republica. Ciudadania y distincion en el Estado Igualitario*. Madrid: Civitas, 2001.

ACOSO LABORAL, CONCEPTO Y PROTECCIONES

CRISTINA MANGARELLI

Profesora de Derecho Laboral, Facultad de Derecho, Universidad de la República
Profesora de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DIMENSION ACTUAL DEL TEMA. III. CONCEPTO DE ACOSO LABORAL.
IV. PROTECCIONES ANTE EL ACOSO LABORAL. V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la temática de la violencia, la intimidación, el acoso y otros comportamientos abusivos en el trabajo ha tomado una dimensión particular.

Prueba de ello son las numerosas publicaciones, jornadas y congresos en los que se trata esta cuestión, y las leyes aprobadas recientemente en varios países que establecen protecciones y prevenciones específicas ante el acoso sexual, el acoso moral, el acoso laboral y otras formas de abuso en el trabajo.

En este trabajo se estudiará el acoso laboral, comenzando su análisis con el examen de la dimensión actual del tema, para luego delimitar el concepto de acoso laboral y estudiar las protecciones frente a este fenómeno.

Por último, se formularán algunas conclusiones.

II. DIMENSION ACTUAL DEL TEMA

A) Factores que han incidido en el desarrollo del tema

A mi modo de ver, han sido varios los factores que han incidido en la importancia y desarrollo actual del tema. Señalaré sólo alguno de ellos.

1) Diversos estudios provenientes de la psicología y psiquiatría, llamaron la atención acerca del daño en la salud ocasionado a trabajadores, por actos de «violencia psicológica» ocurridos en el trabajo.

En muchos casos, el daño es de tal entidad, que el trabajador se ve obligado a renunciar al empleo, y la gravedad de su enfermedad le impide conseguir otro trabajo, de lo que resulta su exclusión.

Se trata de un tipo de violencia distinta a la violencia física, pero con efectos tan dañinos o mayores que aquella.

Los estudios indicaron además que, este tipo de violencia puede provenir no sólo del empleador o de sus representantes, sino también de **un compañero de trabajo**, y también de **un grupo** de ellos.

Ello señaló la necesidad de acentuar la protección de las víctimas y de reafirmar la responsabilidad del empleador.

Como se expresa en el informe de la OIT de 1998 sobre Violencia en el trabajo, tradicionalmente la investigación recayó en la violencia física, pero últimamente también se toma en cuenta un tipo de comportamiento repetido, de intensidad menor, pero que en forma acumulativa puede significar una forma grave de violencia, como el caso del acoso sexual, el bullying o el mobbing.¹

El resultado de las investigaciones arrojó que, no se trataba de hechos aislados, o característicos de determinadas culturas, sino que la violencia psicológica ejercida en el trabajo se reiteraba en distintos países, y que lejos de ser episodios excepcionales, se presentaban con frecuencia.

¹ Chappel Duncan, Di Martino Vittorio, Violence at work, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1998, p.10.

Se vio entonces que el acoso en el trabajo, en sus variadas modalidades, podía ser un fenómeno de relevante dimensión, debiendo ser analizado en su globalidad, por los efectos dañinos que causa a las víctimas, pero también a las empresas, y a toda la sociedad.

Según se señala en la Resolución del Parlamento Europeo sobre «acoso moral» en el trabajo del año 2001 (R.2339/2001), 8% de los empleados de la Unión Europea, esto es, 12 millones de personas, afirmaron haber sido víctimas de acoso moral en el trabajo en los últimos doce meses, según una encuesta realizada a 21.500 trabajadores.

Esta Resolución expresa que el «acoso moral» constituye un grave problema y que es necesario prestarle mayor atención.

2) También ha contribuido a la aprobación de normas que prevén protecciones específicas, la labor desahogada por las organizaciones de mujeres en todo el mundo.

En efecto, dado que los estudios de hace algunos años y también los más recientes señalan que el acoso en el trabajo lo padecen más mujeres que hombres, se trata de una cuestión que se inserta en la temática más amplia de la discriminación por razón de sexo.

En algunos lugares, la toma de conciencia acerca del acoso en el trabajo, se ha iniciado con la adopción de normativas que sancionan el «acoso sexual en el trabajo».

3) Asimismo como el acoso en el lugar de trabajo vulnera derechos fundamentales de la persona del trabajador, los desarrollos actuales sobre los derechos fundamentales en el ámbito del derecho del trabajo, también han incidido en la profundización del sistema de protecciones contra el acoso laboral.

B) El derecho del trabajo tradicional ante el abuso en el trabajo

La situación de dependencia o subordinación en la que se encuentra el trabajador en la relación laboral, lo torna más vulnerable a sufrir abusos por parte del empleador o sus representantes, como lo señala la doctrina del derecho del trabajo.

De acuerdo al contrato de trabajo, el empleador está obligado a **respetar la dignidad del trabajador**, a tratarlo con respeto.

Y asegurar que sea respetado por los jefes y también por sus compañeros de trabajo.

En este sentido se ha señalado que el empleador debe «asegurar la moralidad del ambiente»; no sólo es responsable de sus actos y de los actos de sus representantes, sino también de los que realicen otros trabajadores, «en la medida que no son cortados o sancionados por el empleador»².

El empleador debe además **proteger la integridad física y psíquica del trabajador**, cuidando que el ambiente de trabajo se encuentre en condiciones de seguridad e higiene.

Se trata de obligaciones que surgen de la propia naturaleza del contrato de trabajo, y que muchas veces también se encuentran consagradas en la ley o en los Códigos de Trabajo.

Si el empleador incumple estas obligaciones, el trabajador podrá, según el caso, dar por rescindido el contrato, y tener derecho a la indemnización por despido correspondiente.

C) Enfoque actual de esta temática

Considero que ha tenido lugar un cambio sustancial en el enfoque de esta cuestión.

- En primer lugar, se estudia de modo particular el acoso y otras formas de hostigamiento en el trabajo, lo que antes no ocurría.

- Se lo considera un serio problema, atento a la magnitud de los daños que causa.

- Se lo señala como un **riesgo para la salud**, ya que por lo general produce enfermedades, por lo que se indica la necesidad de adopción de medidas de prevención.

Y atento a las particularidades que presenta, se recomienda que se trate de medidas de prevención específicas.

- Y en muchos sistemas, cuando el trabajador se enferma a raíz del acoso (sufre un daño psíquico o físico), se considera que constituye accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo que da lugar al otorgamiento

² Plá Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, Contrato de Trabajo, T II, Vol I, Ed. Acali, Montevideo 1978, p. 170.

al trabajador de las prestaciones que establecen las normas de seguridad social en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

En este sentido, la Nueva Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo para el período 2002- 2006 (de 11.3.2002), considera las diversas formas de acoso psicológico y violencia en el trabajo, como «riesgo social».

En la Nueva Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud se señala que, el estrés, la depresión, la ansiedad, la violencia en el trabajo, el acoso y la intimidación, son responsables del 18% de los problemas de salud asociados al trabajo, una cuarta parte de los cuales implica dos semanas o más de ausencia al trabajo.

Recordemos que la Nueva Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo se encuentra orientada al bienestar en el trabajo y a reforzar la cultura de la prevención. Y en la misma se indica que, el acoso en el trabajo, debe ser objeto de «medidas específicas de prevención».

La aprobación de leyes en materia de acoso en el trabajo en distintos países, ha llevado a que se prevean en dichas normas algunas medidas específicas de prevención de tales comportamientos, así como las protecciones y defensas de los trabajadores frente a este fenómeno y las sanciones aplicables al sujeto o sujetos que cometen dichas conductas.

Entiendo que, la consideración de la incapacidad del trabajador derivada del acoso laboral como incapacidad proveniente de «accidente de trabajo o enfermedad profesional», no presenta dificultades desde el punto de vista del concepto de accidente de trabajo o de enfermedad profesional. Aunque la enfermedad derivada del «acoso laboral» no se encuentre en la lista de enfermedades profesionales, y no presente los requisitos que por lo general se exigen para que se configure accidente de trabajo, de todos modos se trata de una dolencia que deriva del trabajo, quedando por tanto abarcada en el concepto de enfermedad profesional o accidente de trabajo.

III. CONCEPTO DE ACOSO LABORAL

La violencia en el trabajo puede darse a través de diferentes modalidades. En el estudio de la OIT sobre violencia en el trabajo de 1998 ya mencionado, se enumeran varios tipos de estas conductas, entre los que se encuentra: la agresión física, el acoso, incluido el acoso sexual y racial, el bullying, el mobbing, la intimidación, las amenazas, el comportamiento hostil, el silencio deliberado, etc.³.

Analizaremos la noción de acoso en el trabajo y lo distinguiremos de otras situaciones que no lo configuran, y nos referiremos a algunas de las modalidades del acoso laboral, como el «acoso moral», y el «acoso sexual».

A) Distinción del acoso en el trabajo de otras situaciones que no lo configuran

Entiendo que debe destacarse la importancia de delimitar esta noción.

- Existe una variedad de actos del empleador o de sus representantes que pueden configurar abusos o incumplimientos contractuales (injurias, ofensas, etc.), pero que no necesariamente constituyen acoso laboral.

- También es necesario distinguir la enfermedad que puede padecer un trabajador a raíz de un proceso de acoso en el lugar de trabajo, de otro tipo de enfermedades derivadas del estrés del propio trabajo, de la complejidad o dificultad del mismo.

- Incluso pueden existir conflictos y discrepancias en el trabajo, y sin embargo no constituir acoso laboral, aunque el trabajador se enferme como consecuencia de los conflictos en el trabajo.

Para que exista acoso laboral se requiere la presencia de determinados requisitos como enseguida veremos.

Si no señalamos los límites de la noción de acoso laboral, puede tratarse de un concepto tan amplio que quede por ello sin contenido específico.

En este sentido, con relación a una de las modalidades del acoso, el «mobbing», Ojeda Avilés ha señalado acertadamente que la confusión en el concepto es tal, que puede dar lugar a «consagrar la expresión «tutto é mobbing, niente é mobbing»⁴.

³ ob. cit. p. 9.

⁴ Ojeda Avilés citando a Viscomi en «Reflexiones sobre el mobbing», Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano, Universidad Autónoma de México, México 2003, p. 573.

Pero además, debe evitarse el «abuso» en la utilización de este concepto por parte de las supuestas víctimas, dado que, como ocurre con todo abuso de una noción jurídica en los reclamos ante los tribunales, se corre el riesgo de provocar la aparición de una corriente restrictiva en la jurisprudencia en la aceptación de esta noción.

B) Acoso laboral

La noción de acoso laboral comprende toda forma de acoso que se lleve a cabo en el trabajo (acoso moral, sexual, con finalidad discriminatoria, etc.).

Para que se configure una situación de acoso laboral, deben reunirse determinados elementos. Algunos de dichos rasgos no se requerirán en todas las modalidades de acoso laboral (como por ejemplo en el caso de acoso sexual).

A mi modo de ver, la delimitación de la noción de acoso en el trabajo, necesariamente debe partir de la definición contenida en las normas en cada país.

En caso de que la normativa no defina el acoso en el trabajo, se podrá recurrir a la noción de la doctrina y de la jurisprudencia laboral.

Entiendo que el **concepto jurídico de acoso laboral** debe reunir los siguientes elementos:

a) Comportamientos negativos.

Se trata de comportamientos negativos que tienen lugar en el trabajo, pudiendo abarcar cualquier tipo de conductas.

b) Reiterados.

El elemento reiteración, es necesario para configurar la situación de acoso, aunque no es preciso establecer una frecuencia o duración determinada.

Será el juez en cada caso quien decidirá cuándo se alcanza la reiteración.

c) Cometidos por el empleador, sus representantes o compañeros de trabajo.

El sujeto activo del acoso puede ser el empleador, sus representantes, los compañeros de trabajo o subalternos.

Por lo general también se amplía a los terceros que usualmente se desempeñan en el lugar de trabajo. Por ejemplo, los trabajadores de una empresa suministradora de personal que preste tareas en el local de trabajo, los clientes, etc. Todos ellos conforman el ambiente de trabajo.

d) Realizados por un individuo o un grupo de individuos.

El acoso se lleva a cabo por un individuo o un grupo de individuos, tal como lo han señalado las investigaciones sobre esta temática.

Por ejemplo, en el caso un trabajador extranjero sometido a constantes burlas realizadas por sus compañeros de trabajo por su acento, quien termina enfermando y perdiendo el empleo, sin poder encontrar otro⁵.

e) Que lesionan bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.

El acoso lesiona bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo:

- la dignidad del trabajador, la intimidad, el honor y

- la integridad física o psíquica.

f) Susceptibles de causar un daño, o perjudicar el ambiente de trabajo.

Si bien entiendo que no es necesario que el acoso provoque un daño concreto o que el trabajador se enferme a raíz del acoso, de todos modos el comportamiento tiene que revestir tal gravedad que sea susceptible de causar un daño.

Tiene que tratarse de hechos ofensivos para cualquier persona y éticamente graves, con intensidad suficiente para causar perjuicio (daño moral, daño a la salud, etc.).

El Juez resolverá si, en el caso concreto, se produjo una lesión de entidad al bien jurídico protegido.

El acoso puede ser llevado a cabo a través de un proceso en el que se utilicen distintos tipos de abusos, como la violencia psicológica, la violencia física, etc.

No es necesario que exista una especial intencionalidad del sujeto que comete el acoso. Sin embargo, en algunas modalidades de acoso aparece el elemento intención, como por ejemplo en el caso del acoso racial o discriminatorio.

⁵ Caso relatado por Chappel Duncan y Di Martino Vittorio en *Violence at work*, OIT, cit, p.12.

C) Acoso moral en el trabajo

El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo requiere los elementos que señalamos precedentemente con relación al acoso laboral.

El acoso moral es una modalidad de acoso en el trabajo que se ejerce a través de la violencia psicológica.

En la temática del acoso moral en el trabajo, deben mencionarse los aportes realizados en el campo de la psicología y de la psiquiatría, en donde se han estudiado comportamientos de violencia psicológica que ocurren en el ámbito de las relaciones de trabajo, que causan daños en la salud de los trabajadores. Y se han descrito las modalidades de conductas que se pueden apreciar en estos procesos de acoso moral.

El tipo de comportamiento negativo que Leymann investigó en la década de los años 80, es el realizado por un individuo o un grupo de individuos, a raíz del cual la víctima es sometida a «un proceso sistemático de acoso», que, por su larga duración, termina causándole un daño psicológico de entidad, que lo lleva a dejar el trabajo, y en muchos casos a quedar imposibilitado para conseguir otro empleo.

Leymann utilizó el término «mobbing», y lo distinguió del «bullying», ya que por lo general en las conductas que investigó, no aparecía la violencia física que caracteriza al bullying, sino que se trataba de comportamientos más «sofisticados», que no dejaban marcas aparentes.

Las características del fenómeno que describió son las siguientes:

- comportamiento hostil que tiene lugar en el trabajo,
- frecuente y persistente,
- ejercido por un individuo o un grupo de individuos, por lo general, contra un individuo,
- que ocasiona un daño o enfermedad psicológica o psicosomática al trabajador.

Son conductas que si bien en forma aislada pueden no ser negativas, constituyen acoso cuando son realizadas en forma sistemática, con frecuencia y durante un extenso período, con el fin de hostigar, produciendo un daño de magnitud (la frecuencia que se indica es por lo menos una vez a la semana y con una duración de al menos seis meses).

Más recientemente, Hirigoyen también estudia estos comportamientos que acontecen en el trabajo, pero prefiere utilizar la expresión «acoso moral» que entiende es más amplia que «mobbing», y reservar el término «mobbing» para describir dichos comportamientos cuando se llevan a cabo por «un grupo de individuos».

Para Hirigoyen el «acoso moral» consiste en conductas reiteradas, con un objetivo determinado (dominar y controlar al otro), que violentan la dignidad del trabajador o su integridad psíquica y ponen en peligro su puesto de trabajo o degradan el ambiente laboral.

En la definición que propone Hirigoyen, también aparecen los requisitos de la reiteración de la conducta y la intencionalidad determinada⁶.

En la misma línea, se encuentra la definición de la Unión Europea de 14.5.01, la que requiere que exista ataque sistemático y durante mucho tiempo, y que tenga el objetivo de «hacer el vacío» al trabajador.

Por mi parte entiendo que, el concepto jurídico de acoso moral no tiene que coincidir con la noción propuesta en los estudios de psicología o psiquiatría.

En los trabajos de psicología que tratan la modalidad de «acoso moral en el trabajo», la noción incluye además de la reiteración, la existencia de un daño (psíquico o físico), y la intencionalidad del sujeto activo del acoso de causar un daño, de dominar o controlar al otro, etc.

En el concepto jurídico de acoso moral, no se exige que se haya ocasionado un daño a la salud. Tampoco es necesario acreditar la intención de dañar o de dominar (aunque en ocasiones la jurisprudencia exige la intención de dañar o de hostilizar).

En cuanto a los tipos de conductas seguidas por el sujeto activo del acoso moral, pueden ser muy variados.

Estos comportamientos se describen en los estudios de psicología y psiquiatría sobre el tema. Algunos de ellos son los siguientes:

- se impide la comunicación de la víctima,
- se aísla a la víctima del resto de sus compañeros, o se le hace el vacío,
- se la somete a burlas, o se corren rumores acerca de su reputación,
- no se le asignan tareas,
- se asigna trabajo peligroso, etc. (Leymann, Hirigoyen).

⁶ Ver Marie France Hirigoyen, El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso, Paidós, Barcelona, 2001.

Entiendo que, para que estas conductas configuren acoso moral, deben estar insertas en el proceso que antes describimos, esto es tratarse de conductas reiteradas, y con intensidad suficiente para lesionar bienes jurídicos protegidos y causar daño (se cause perjuicio en el caso concreto o no).

D) Acoso sexual en el trabajo

El acoso sexual en el trabajo es todo comportamiento de carácter sexual, no deseado por la persona a la que va dirigido y que incide en forma negativa en la situación laboral de la víctima⁷.

El sujeto activo no sólo puede ser el empleador o los jefes, sino también un compañero de trabajo.

Si bien en el pasado se sostuvo que era necesario que el acoso sexual se realizara con abuso de autoridad, en el presente el concepto se ha ampliado, y por lo general no se exige dicho requisito.

Existe coincidencia en señalar que el acoso sexual puede configurarse con un solo acto, a diferencia de lo que ocurre con los otros tipos de acoso, en los que se exige la reiteración de la conducta, criterio que comparto.

IV. PROTECCIONES ANTE EL ACOSO LABORAL

Las vías de defensa del trabajador ante una situación de acoso laboral variarán de acuerdo a la legislación de cada país.

Sin embargo, en términos generales podemos distinguir tres tipos de protecciones:

- En la empresa.
- Vía administrativa.
- Vía judicial.

A) Protecciones en la empresa

En el interior de la empresa, el trabajador podrá seguir el procedimiento de denuncia de la situación de acoso que se encuentre previsto en el reglamento interno.

Podrá también requerir la intervención de la Comisión de Higiene y Seguridad que funcione en el ámbito de la empresa (o de la rama de actividad), ya que el acoso laboral es un riesgo que puede dañar la salud de los trabajadores y por ello se encuentra dentro de la competencia de las Comisiones de Seguridad e Higiene.

En algunos convenios colectivos, también se prevén Comisiones Bipartitas en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, las que podrán actuar en algunas de las situaciones que estamos analizando

Asimismo el trabajador podrá solicitar la intervención del sindicato.

B) Vía administrativa

La víctima podrá efectuar la denuncia ante la autoridad administrativa que corresponda, para que se realice una investigación.

Aunque no se encuentre previsto en la normativa un procedimiento especial para denuncias de acoso en el trabajo, de todos modos la autoridad administrativa tiene competencia en el control del cumplimiento de las normas laborales y de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

No siempre la autoridad administrativa solucionará el conflicto. En España, de acuerdo a la ley de prevención de riesgos del trabajo, los inspectores se encuentran habilitados a tomar medidas para llegar a un acercamiento de las partes y poner fin al conflicto⁸.

En otros sistemas (por ejemplo en Uruguay), una vez que se impone la multa, por lo general la empresa interpone los recursos administrativos (contra dicha multa), los que son resueltos en definitiva por la Justicia al cabo de algún tiempo, cuando en muchos casos el trabajador ya no se encuentra en la empresa.

⁷ Serna Calvo, María del Mar, «Acoso sexual en las relaciones laborales», *Relasur, Revista de Relaciones Laborales en América Latina*, Cono Sur, N° 2, OIT, Montevideo, 1994, p.36.

⁸ Ver Romero Rodenas, María José, *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, 3ª ed. Ed. Bomarzo, Albacete, 2005, p. 66.

C) Vía judicial

Los caminos a seguir en la vía judicial, podrán ser distintos en cada uno de los sistemas de relaciones laborales, dado que es posible que existan protecciones particulares y procedimientos específicos en materia de acoso laboral, discriminación en el empleo, violación de derechos fundamentales del trabajador, prevención de riesgos del trabajo y ambiente laboral, etc.

De todos modos, distinguiremos en términos generales las posibles protecciones en la vía judicial, las que podrán resultar aplicables o no según el ordenamiento jurídico de cada país.

a) Intimar al empleador el cumplimiento del contrato

El trabajador podrá intimar al empleador el cumplimiento del contrato, esto es, que cumpla con las condiciones pactadas.

En alguna situación, se podrá también solicitar la reparación del daño moral.

Por ejemplo, en el caso de una sentencia española, relativa a un médico que argumentaba que durante muchos años había sufrido acoso por parte de su superior, que sólo le permitía actuar en un número reducido de intervenciones quirúrgicas, y no tenía acceso a «las nuevas tecnologías», estando los aparatos en una habitación cerrada con llave, se condenó al hospital a reponer al actor en todas las funciones de su especialidad, y a pagar una indemnización por concepto de daños económicos, psicológicos y morales⁹.

En el mismo sentido, una sentencia uruguaya confirmada luego por la Suprema Corte de Justicia, referida al caso de un trabajador a quien se le había rebajado la categoría y trasladado por motivos persecutorios, ordenó a la demandada a reponer al actor a su cargo anterior, a pagarle la diferencia de salarios resultante de la rebaja de categoría, y además a indemnizar el daño moral padecido, aunque en la sentencia no se utilizó el término «acoso»¹⁰.

b) Despido indirecto

El acoso laboral también puede ser causal de despido indirecto. El trabajador decide considerarse despedido ante el incumplimiento del empleador de sus obligaciones. Debe tratarse de un incumplimiento grave del empleador.

En estos casos, el trabajador podrá dar por finalizada la relación y obtener la correspondiente indemnización por despido.

En algunas sentencias, se ha entendido que la situación invocada de «acoso» no configuraba un incumplimiento de suficiente gravedad para habilitar el despido indirecto.

c) Despido indirecto más indemnización del daño moral

En situaciones excepcionales, además de considerarse despedido, el trabajador podrá reclamar una indemnización del daño moral padecido.

Por ejemplo, en el caso de acoso sexual cometido por el empleador¹¹.

d) Renuncia motivada en el acoso laboral

Si el trabajador acredita que renunció a raíz del acoso en el trabajo, la situación equivale a un despido, y tendrá derecho a la indemnización por despido correspondiente.

e) Despido

El despido por razones discriminatorias, persecutorias, por rechazo a proposiciones sexuales, etc., es ilícito. El trabajador tendrá derecho a la indemnización por despido, más otra indemnización adicional que repare el daño moral, por lo menos en aquellos ordenamientos (como el uruguayo, el chileno, el brasileño) que admiten la superación de la indemnización tarifada por despido en algunos casos.

f) Reparación del daño moral causado por el acoso padecido durante la relación laboral

El acoso en el trabajo puede dar lugar a la reparación del daño moral.

Los deberes de respeto a la dignidad del trabajador, no intromisión en la vida íntima, respeto en la realización de controles, seguridad de la integridad físico- psíquica, etc., pueden resultar violentados con el proceso de acoso.

⁹ Sentencia 191/2003 del Juzgado de lo Social N° 36 Madrid, en Diariomédico.com.

¹⁰ Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 294 de 30.5.94, Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-1995, FCU, Montevideo 1997, p.305.

¹¹ Ver Mangarelli Cristina y Castello Alejandro, «Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada», Revista uruguaya Derecho Laboral. T. XL N° 185, enero-marzo 1997, p. 271.

Tratándose de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, la lesión a dichos derechos, que causa un daño, apareja la obligación de reparación del daño, de acuerdo al concepto de responsabilidad reparatoria.

Sin embargo, no cualquier incumplimiento de estos deberes puede acarrear la obligación de indemnizar el daño moral. Tiene que tratarse de hechos éticamente graves.

El daño moral debe tener entidad suficiente para ser reparado, ya que la simple molestia o disgusto, no es objeto de reparación.

Y la prueba del daño moral es *in re ipsa*, esto es, no es necesario acreditar la existencia del daño moral, sino que éste surge de los hechos mismos, por la sola violación del derecho jurídicamente protegido¹².

g) Protecciones derivadas de la consideración del acoso laboral como accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Si el trabajador sufre un daño a su salud (físico o psíquico) derivado del acoso laboral, puede considerarse que se trata de un accidente de trabajo o enfermedad profesional (o enfermedad derivada del trabajo), por lo que tendrá derecho a las indemnizaciones de incapacidad transitoria o permanente previstas en el sistema de reparación de los riesgos del trabajo.

También se podrá invocar las disposiciones sobre protección del empleo del trabajador accidentado o víctima de una enfermedad profesional (período de estabilidad, indemnizaciones especiales por despido, etc.).

D) Sanciones

En el caso de que el acoso laboral haya sido cometido por un trabajador, el empleador deberá sancionarlo atendiendo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo llegar al despido sin indemnización.

Tratándose del acoso sexual, la Suprema Corte de Justicia uruguaya entiende que cualquier modalidad de acoso sexual, da lugar al despido por notoria mala conducta, esto es sin derecho a indemnización por despido.

Interesa destacar que la Corte sostiene que el empleador no sólo debe respetar la dignidad y la integridad moral del trabajador, sino también debe impedir que otros trabajadores falten a ese respeto debido¹³.

En algunos países, el acoso sexual en el trabajo constituye delito.

En otros sistemas, la ley prevé sanciones de multa para el caso de cualquier modalidad de acoso en el trabajo.

V. CONCLUSIONES

1. Corresponde delimitar el concepto de acoso laboral, de modo de evitar que se trate de una noción tan amplia que carezca por ello de contenido específico.

2. El concepto jurídico de acoso laboral requiere la presencia de determinados elementos para que se configure dicha noción.

3. El acoso laboral comprende todo tipo de acoso en el trabajo, abarcando distintas modalidades como el acoso moral, el acoso racial, el acoso sexual, etc.

4. El empleador debe brindar condiciones adecuadas de seguridad e higiene en el ambiente de trabajo, y tomar todas las medidas a su alcance para evitar que estas conductas aparezcan.

5. Aunque no exista una ley que regule en forma específica el acoso laboral, la protección del trabajador frente a tales conductas surge de los textos constitucionales, y de las diversas normas y mecanismos de protección generales que prevé el derecho del trabajo.

6. Si bien resulta relevante precisar el sistema de protección frente al acoso laboral, también es necesario poner el acento en las políticas de prevención de estas conductas, para la erradicación de las mismas.

¹² Mangarelli, Cristina, Daño moral en el derecho laboral, Acali, Montevideo, 1984, ps.63-64,104-106, 116; y Aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo, FCU, Montevideo, 2000, p.58.

¹³ Ver sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 63/1992, comentada en Mangarelli, Cristina, «La notoria mala conducta en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, X Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Montevideo, 1998, p. 212.

¿Y SI NOS ASOMAMOS A LA PROBLEMÁTICA DE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA (Ley 17.852)?

BEATRIZ VENTURINI

Profesora Titular de Derecho de los Contratos I, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo
Profesora de Derecho Privado II y III, Facultad de Derecho Universidad de la República

SUMARIO

- I. INTRODUCCION. II. SOBRE POLUCION SONORA EN PARTICULAR.
III. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y NACIONAL SOBRE CONTAMINACION ACUSTICA.
IV. FINALMENTE: SOBRE EL PERFIL DEL JUEZ AMBIENTAL.

I. INTRODUCCION

Siendo las necesidades humanas ilimitadas pero limitados los bienes de la naturaleza para satisfacerlas, la puja de los intereses para apropiarse de esos bienes se desarrolla propiciando un verdadero clima bélico en que, al igual que con relación a las relaciones de consumo, la parte fuerte procura siempre imponerse sobre la parte débil. Por ello el legislador ha debido crear normas que regulen la convivencia armoniosa del hombre con la naturaleza, lo que lleva al nacimiento del Derecho Ambiental como nueva disciplina jurídica, partiendo del derecho humano y derecho subjetivo al fin a un ambiente ecológicamente equilibrado.

Ello ha llevado inicialmente al agiornamiento constitucional al respecto, fundamentalmente a partir de la Convención de Estocolmo de 1972, que determina el nacimiento de nueva normativa supralegal¹, que finalmente llega a nuestro país, en que sin perjuicio de principios constitucionales preexistentes, así como normas de Derecho Internacional claramente enunciadas por Szafir², el art. 47 en la reforma constitucional del 8 de noviembre de 1996 establece: «La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que causa depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores»³.

Esta disciplina ha desarrollado básicamente en lo que interesa al ámbito de la responsabilidad civil tres esferas de actuación: la preventiva, la reparatoria y la represiva, siendo particularmente relevante y con desarrollo insospechado la primera de las nombradas, pues es un principio consolidado en materia ambiental que la prevención opera ante el mero riesgo⁴.

Por ello se ha indicado que el denominado «daño ambiental», tanto público (cuando afecta a una pluralidad difusa de víctimas), como privado, es de muy difícil reparación y valoración, pudiendo manejarse tanto, de ser posible, la reposición de las cosas al estado anterior, como la indemnización que apunta a dar respuesta económica a la víctima (individual o social) y al mismo tiempo a imponer un «costo» al causante de la polución que disuada comportamientos semejantes del agresor o incluso de terceros.

La culpa no interesa y se proclama sin ambages la responsabilidad objetiva, llegándose incluso a sostener que la misma alcanza a la modalidad del riesgo integral, o sea la irrelevancia de la licitud de la actividad

¹ Como en Brasil el art. 225.3 de la Constitución Federal o en España en que la Constitución refiere en su preámbulo al «...progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida...» realizando enunciados dogmáticos más concretos en los arts. 45, 46 y 47, especialmente el primero que indica «Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo...», o los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional Argentina, entre otras.

² Szafir, Dora Consumo Sustentable y Medio ambiente ¿Realidad o Quimera? en A.D.C.U. T. XXXIV p. 657 y ss.

³ Los Profesores Caumont y Mariño han criticado con razón dicho texto en cuanto a la calificación de «grave» lo cual resulta plenamente compatible, véase El medio ambiente como eje de un nuevo derecho subjetivo y su correspondiente deber en A.D.C.U. T. XXVII pág. y también «La Protección del Medio Ambiente por la ley 17.234» de Mariella Saettone en Revista de Derecho Público Nro. 24 F.C.U. 2003.

⁴ Conforme al principio 15 de la Declaración de Río «A fin de proteger el medio ambiente, los estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando hubiera peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá ser utilizada como razón para diferir la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

productora del riesgo.⁵ También se postula una responsabilidad objetiva agravada por la eliminación del casus como causa de exoneración de responsabilidad, y finalmente la solidaridad pasiva de todos los partícipes en el proceso de contaminación.

Existe con carácter señalado la responsabilidad del estado por daño ambiental, no sólo como agente de una actuación positiva, sino también, y esa es una particularidad que comienza a hacerse efectiva, cuando omite el cumplimiento del mandato constitucional de proteger el medio ambiente⁶.

No es ajena a esta cuestión una nueva forma de responsabilidad profesional, la del técnico o científico asesor en materia del estudio del impacto ambiental, profesionales independientes o integrantes de empresas de consultorías técnicas sobre cuestiones ambientales, la cual, y esta sí con base en la culpa, puede alcanzar con relación a los damnificados o en vía de regreso a quienes fueron causa y tuvieron contribución causal en la producción del perjuicio ambiental.

Finalmente, con relación a la regulación normativa antecedente a la cuestión a estudio que convoca reglas particulares que serán analizadas a continuación, debe referirse a las leyes 16.466 de impacto ambiental, 17.234 relativa a áreas protegidas y 17.283 de responsabilidad del estado y política ambiental, pero fundamentalmente la trascendencia de la Ley 17.250 de Relaciones de Consumo en lo referente al consumo sustentable y el desarrollo, no sólo frente a riesgos inmediatos sino, al establecerse la protección del consumidor a todo riesgo a que estuviere expuesto en función de una relación de consumo tanto de productos como de servicios, en particular su art. 34 que establece una responsabilidad objetiva con fundamento en el riesgo creado, ley aplicable por analogía, como ley especial y no excepcional o incluso como doctrina más recibida⁷, sin dejar de lado el necesario acompañamiento de los instrumentos procesales para la efectiva consecución de los fines ambientales como la acción de amparo, las acciones colectivas (class actions), las medidas cautelares interdictorias, la acción declarativa negatoria, y en definitiva las condenas acompañadas de astreintes, y en definitiva el nuevo perfil que se postula para el Juez ambiental, único aspecto de esta materia al que se dedicará un capítulo en especial por lo novedoso de los nuevos planteos doctrinarios recientes.

II. SOBRE POLUCION SONORA EN PARTICULAR

Esta cuestión también ha tenido específicas normas antecedentes, y pueden citarse la Ley 12.018 de 1953 que aprueba la Convención de Aviación Civil Internacional y sus enmiendas relacionadas con el ruido causado por aeronaves, en particular su Anexo 16.

⁵ En la investigación realizada por la autora conjuntamente con el Dr. Carlos de Cores «Responsabilidad del Estado por Acto Lícito» (inédita) se sostuvo que en general siempre existe en la base el elemento ilicitud caracterizado en una postura valorativista como «agresión a una esfera jurídica ajena». Por ello en una acción civil ambiental el centro de pesantez se desplaza desde la legalidad del acto a su potencialidad para producir daños, como en el caso de los vecinos del Aeropuerto de Niza contra Air France y la Municipalidad por haberse permitido la construcción, en que el Consejo de Estado hizo lugar al reclamo a pesar de la legitimidad de la actividad de una empresa aérea.

⁶ En Uruguay se han registrado casos jurisprudenciales y otros ha sido promovidos por el Ministerio Público. Conf. Sentencia Nro. 85/2003 de Civil 7° Dr. Lobelcho en autos Ministerio Público c/ Ancap - Acción Preventiva» que declaró al demandado responsable por omitir el cumplimiento del deber de abstenerse de realizar actos de contaminación grave al medio ambiente, imponiendo la inhabilitación o la interdicción de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo a partir del 31 de diciembre de 2003 y estableciendo además para el caso de incumplimiento un astreinte diaria de 900 UR. La misma fue revocada por el TAC de 6° Turno en Sentencia 273/2004 y en la cual se establece que: «...a partir del 29 de diciembre de 2003 ANCAP dejó de verter tetraetilo de plomo a las gasolinas que ella produce. Consiguientemente la pretensión de la parte actora de que se imponga inhabilitación o interdicción a ANCAP de producir y poner en el mercado gasolinas al plomo a partir del 31 de diciembre de 2003... ha quedado absolutamente sin objeto en atención a un hecho nuevo, acaecido luego de la conclusión de la causa en primera instancia». Y con relación a la pretensión declarativa de responsabilidad por la contaminación que pudiera haberse generado antes de esa fecha «...no resultó probado en autos que la contaminación del aire por plomo constituyera una conducta ilícita atribuible a la demandada ni que tal contaminación del aire hubiera afectado la salud humana» y para ello el Tribunal valoró los informes técnicos que no conducen a formar convicción sobre un comportamiento ilícito, adicionalmente se indica que tanto el art. 47 de la Constitución como la L. 17.283 exigen la nota de gravedad en los actos de contaminación del medio ambiente y se afirma: «...tal nota de gravedad no puede ser determinada con un criterio arbitrario, según mero criterio del decisor, sino que lo grave es lo que exceda los límites prefijados por estándares legales, reglamentarios o técnicos en la materia. Pues bien, no surge de autos que la demandada haya actuado en violación de límite alguno». La Suprema Corte de Justicia por Sentencia 237 de fecha 23 de noviembre de 2005 rechazó el recurso de casación estimando en lo fundamental que «...No toda degradación ambiental es antijurídica y, por ello capaz de generar responsabilidad. Todo acto de consumo genera daños ambientales, pero en principio, esos daños no generan responsabilidad porque no son antijurídicos. El derecho al ambiente no es absoluto y su protección tampoco. Jurídicamente la sociedad determinará cuales serán los daños admisibles mediante las respectivas normas. El conocimiento científico y tecnológico influye en el nivel admitido en cada momento histórico. Dentro de unos años, los actos de disposición permitidos por esta época serán muy probablemente antijurídicos (Cfme. Mosset, Hutchinson, Donna Daño Ambiental T.1 pág. 212)».

⁷ Cf. Szafir ob.cit, y Consumidores y en jurisprudencia LJU c. 14.447 TAC 5°.

También el Decreto 159/997 del 21 de mayo de 1997 que pone en vigencia la Resolución 128/1996 del Grupo Mercado Común de fecha 13 de noviembre de 1996 sobre «Límites de Gases Poluentes y Ruidos para Vehículos Automotores».

Finalmente, y desde el ámbito del Derecho del Trabajo, ha hecho referencia a contaminación acústica como factor de daño al trabajador, la Ley 5.032 de 21 de julio de 1914 sobre prevención de accidentes de trabajo, que estableció en su art. 1º para todos los empleadores, con relación a actividades con peligro para los operarios, la obligación de tomar las medidas de resguardo y seguridad para el personal, para evitar accidentes originados en la utilización de máquinas, engranajes, etc. Su decreto reglamentario 406/88 de 3 de junio de 1988 en su Capítulo III relativo a Riesgos Físicos refiere concretamente al RUIDO.⁸ En cambio, el nuevo decreto reglamentario de la misma norma 89/95 de alguna forma redujo la protección al referir al tema exclusivamente en su art. 232: «Cuando el nivel sonoro supere los 85 DbA, será obligatorio adoptar las medidas necesarias a fin de eliminar o reducir el nivel sonoro. Cuando dichas medidas no logren reducirlo al valor máximo preindicado, será obligatorio proveer al trabajador de protectores auditivos que aseguren la necesaria atenuación».

Debe mencionarse el Decreto departamental de Montevideo 17.918 sobre Ruidos Molestos, que introduce la clasificación de los ruidos en innecesarios y molestos o excesivos y data de setiembre de 1976.⁹

Ya existía en 1998 un proyecto contra la Contaminación Acústica, y finalmente el 20 de diciembre de 2004 se dicta la Ley 17.852 «PREVENCIÓN, VIGILANCIA Y CORRECCIÓN DE LAS SITUACIONES DE CONTAMINACIÓN ACÚSTICA».

Se trata de una norma legal de quince artículos, aún no reglamentada cuyo análisis exegético se realiza a continuación.

El Capítulo I se denomina Objeto y Definiciones.

«Art. 1º (Objeto) Esta ley tiene por objeto la prevención, vigilancia y corrección de las situaciones de contaminación acústica, con el fin de asegurar la debida protección a la población, otros seres vivos, y el ambiente contra la exposición al ruido.

Art. 2º (Ruido) Se entiende por ruido todo sonido que por su intensidad, duración o frecuencia, implique riesgo, molestia, perjuicio o daño para las personas, para otros seres vivos o para el ambiente o los que superen los niveles fijados por las normas.

Art. 3º (Contaminación acústica) Se entiende por contaminación acústica a los efectos de esta ley, la presencia en el ambiente de ruidos, cualquiera sea la fuente que los origine, cuyos niveles superen los límites que establezca la reglamentación.»

La doctrina clasifica la contaminación en material y energética, incluyéndose la acústica en esta última, pues no hay liberación de ninguna sustancia a la atmósfera, sino que está referida a la emisión de energía vibratoria.

Ahora bien, la contaminación acústica es un producto absolutamente humano y domina nuestra civilización, aunque desde ya puede señalarse que, haciendo futurología con cierta certeza, tenemos un tipo de daño ambiental en vías de extinción con el avance tecnológico que elimine el sonido en máquinas y aparatos y nuestro propio esfuerzo para prevenirlo y evitarlo, fundamentalmente a través del respeto del derecho del vecino, y vecino entendido como sujeto que está cerca, en definitiva nuestro prójimo.

Es indudable que determinados niveles de sonido resultan intolerables, en particular en momentos destinados a la tranquilidad o el descanso.

⁸ Decreto 406/88 Art. 12. A los efectos de evitar las consecuencias perjudiciales del ruido sobre la salud de los trabajadores, deberán tomarse las medidas adecuadas de prevención técnica-eliminación o reducción de ruido en su fuente de origen o control de su propagación al medio ambiente o administrativas, en vistas de reducir el factor ruido como agente causal de enfermedades y molestias. Se requerirá el uso obligatorio de medio de protección personal auditiva cuando el nivel de intensidad sonora, el puesto de trabajo considerado sea superior a 85dB (A) y luego de haberse agotado las posibilidades anteriores o las mismas sean de muy difícil aplicación o ejecución debidamente demostrado ante la autoridad competente. Art. 14. Los trabajadores ocupados en tareas con exposición a ruido de intensidad superior a los 85dB(A) deben ser sometidos a exámenes de Audiometría Tonal Liminar, al ingreso a la función, como también en forma periódica, a efectos de diagnóstico previo de daños al oído según lo que determine la autoridad competente.

⁹ Véase Derecho Ambiental de Osvaldo Mantero con la colaboración de Daniela Cabral FCU setiembre de 1995 pág. 157 a 162. El autor dedica un capítulo a la Polución sonora, indicando que tal temática es objeto de legislación municipal de algunas comunas y sólo existe legislación con relación al ruido causado por aeronaves. En particular es relevante el establecimiento de niveles máximos de ruidos para vehículos automotores en el art. 17 del Dec. Dptal 17.918 en 88 db para motocicletas, 85 db para automotores de menos de 3.5 Ton y de 92 db para automotores de 3.5 o más.

¹⁰ Cf. Manuel Cuiñas Rodríguez «Acerca de la Tutela del Ambiente en el Derecho Español» en Daños - Medio Ambiente - Salud - Familia - Derechos Humanos Rubinzal-Culzoni Santa Fe abril/2000 pág. 117.

En esta cuestión como en tantas otras, la doctrina ha advertido que la propiedad, tradicionalmente presentada como un derecho absoluto, en realidad está sujeto a múltiples limitaciones, pues la misma tiene también una función social y está íntimamente ligada en su ejercicio, no sólo a un interés individual, sino al interés general. Se presenta entonces al derecho de propiedad como un derecho subjetivo debilitado en pro de hacer prevalecer el principio de comunidad o solidaridad por sobre el de personalidad.¹⁰

Por ello podemos transitar de una noción restringida de vecindad, vinculada a la cercanía, a una noción amplia pudiendo hablar de «vecino ambiental» que se extiende bajo la idea de no agredir el entorno común, mediante ningún tipo de inmisión, especialmente las inmisiones superiores a la normal tolerancia. Por ello esta problemática, aunque no existiera ninguna norma específica, se encuentra atrapada en la inmensa red del principio de abuso de derecho como última ratio tendiente a la tutela del entorno.

Pero ¿qué es en definitiva el ruido, y qué le da esa connotación negativa que lo diferencia del simple sonido o de la música?. Se trata de un sonido que es percibido negativamente por su naturaleza desagradable o molesta. La Comunidad Europea lo define como «sonido exterior, no deseado o nocivo, generado por las actividades humanas, incluido el ruido emitido por los medios de transporte, por el tráfico rodado, ferroviario y aéreo, y por emplazamientos de actividades industriales».¹¹

El ruido degrada el medio ambiente y afecta decididamente la calidad de vida humana, y es medido científicamente a través de una unidad denominada decibel (dB) que van de una escala de 0 correspondiente a silencio total a 140 en que aparece el dolor. Pero como señala Arnedo¹², además de sus niveles necesitamos conocer su frecuencia o la composición del ruido, si se trata de bajas o altas frecuencias, pues cuanto mayor sea el componente de altas frecuencias, más molesto será el ruido para el oído humano. Las frecuencias se miden en fonios, y así se describen curvas de ponderación (que discriminan el peso relativo de cada frecuencia en el conjunto del espectro) identificadas como «A» para niveles de menos de 55 fonios, «B» para niveles de sonoridad de 55 a 80 fonios, «C» para niveles superiores a 80 fonios y «D» para ponderar el ruido de los aviones. La curva de ponderación que más se utiliza es la «A» por ser la que mejor se relaciona con la forma en que el oído percibe el ruido y por eso los decibeles se expresarán como dBA.

El daño ambiental sonoro se enuncia en las consecuencias negativas del ruido en la calidad de vida y en definitiva en la salud de los individuos, entendida la salud no como ausencia de enfermedad sino como estado de bienestar físico, psíquico, social y de relación armoniosa con el entorno y ha sido señalado por la Organización Mundial de la Salud en 1999 que el ruido «Actúa a través del órgano del oído sobre los sistemas nerviosos central y autónomo, cuando sobrepasa determinados límites, se produce sordera y efectos patológicos en ambos sistemas, tanto instantáneos como diferidos. A niveles menores, el ruido produce malestar y dificulta o impide la atención, la comunicación, la concentración, el descanso y el sueño. La reiteración de estas situaciones pueden ocasionar estados crónicos de nerviosismo y estrés, lo que a su vez, conduce a trastornos psicofísicos, enfermedades cardiovasculares y alteraciones del sistema inmunológico».¹³

La Comunidad Económica Europea ha dedicado, al cabo de una evolución de Directivas relativas a ruidos de máquinas y materiales de construcción, vehículos a motor y aviones, una Directiva específica, la 2002/49 de fecha 25/6/2002, a la evaluación y gestión del ruido ambiental y teniendo por objeto establecer un enfoque común destinado a evitar, prevenir o reducir con carácter prioritario los efectos nocivos, incluyendo las molestias, de la exposición al ruido ambiental, propone la aplicación progresiva de algunas medidas muy interesantes, como la elaboración de mapas de ruidos según métodos de evaluación comunes, poner a disposición de la población la información sobre ruido ambiental y sus efectos, y establece que una Comisión deberá presentar al Parlamento y al Consejo, antes del 18/7/2006 propuestas legislativas oportunas.

La reciente Ley española de Ruidos 37 del 17/11/2003, recibe la influencia de dicha Directiva y aporta la siguiente definición de ruido en su art. 3º «... la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que lo origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos para el medio ambiente».

En definitiva, podemos establecer que si bien estos primeros artículos de la ley plantean la cuestión del ruido y sus consecuencias nocivas, así como su prevención, la ausencia de reglamentación concreta sobre los

¹¹ Definición citada por Rodolfo S. Arnedo en La Contaminación Sonora y su Regulación en Revista de Derecho Ambiental Nro. 3 Julio/ Setiembre 2005 Sec. Doctrina pág. 1 y ss.

¹² Arnedo ob.cit.

¹³ Referencia 1 «Guidelines for Community Noise» (1999) citada por Arnedo ob.cit. pág. 4.

niveles, nos remite a la normativa antecedente y que no abarca todas las situaciones, por lo que es de esperar su rápida reglamentación.

El Capítulo II de la Ley se denomina Ambito de Aplicación y está integrado por un artículo único.

«Artículo 4 (Alcance) Están sujetas a lo previsto en esta ley todas las actividades y emisiones acústicas que produzcan contaminación acústica por ruido, sean de titularidad pública o privada.

Quedan comprendidos dentro del objeto de la presente ley los movimientos vibratorios que produzcan contaminación acústica.

El Capítulo III se denomina Competencias.

Artículo 5° (Coordinación) Corresponde al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, la coordinación de las acciones del Estado y de las entidades públicas en general, con relación al objeto de la presente ley.

A tales efectos, el asesoramiento al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente y, por su intermedio, al Poder Ejecutivo, con participación de los distintos sectores involucrados en la materia, se cumplirá a través de la Comisión Técnica Asesora de la Protección del Medio Ambiente, prevista en el art. 10 de la Ley 16.112, de 30 de mayo de 1990.

Artículo 6° (Atribuciones) Además de las atribuciones asignadas por otras normas al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, en particular le corresponde:

A) Determinar los objetivos nacionales de calidad acústica asociados «a los niveles de inmisión sonora, así como los estándares de emisión, que podrán ser distintos en función de las características del emisor acústico y del medio receptor.

B) Establecer planes nacionales de reducción de la contaminación acústica en función de la política ambiental nacional o de compromisos, o acuerdos regionales o internacionales.

C) Promover el establecimiento de técnicas de referencia para el muestreo, medida, análisis y evaluación de la contaminación acústica y para la verificación y calibración de los instrumentos de medida.

D) Incentivar la reducción de la contaminación acústica a nivel nacional, a cuyos efectos podrá establecer programas de ayudas y subvenciones para la investigación y desarrollo de tecnologías para la reducción de la contaminación acústica y mejoramiento de los métodos de medida, análisis y evaluación de la misma y de sus consecuencias.

E) Incluir la prevención de la contaminación acústica en las políticas nacionales que se formulen en materia de gestión ambiental y territorial, promoviendo también su inclusión a nivel departamental y local.

F) Colaborar con las autoridades departamentales y locales en la prevención y el control de la contaminación acústica y en el fortalecimiento institucional de las mismas en la materia.

G) Fijar topes máximos de emisión sonora para los nuevos vehículos, equipos, máquinas, alarmas y demás artefactos emisores de ruido que se pongan a la venta y plantear un programa de reducción gradual de las emisiones que producen los que funcionan actualmente.

H) Aplicar a los infractores de las normas nacionales de protección acústica, las sanciones y medidas complementarias previstas en el art. 6° de la Ley 16.112, de 30 de mayo de 1990, y en el artículo 453 de la Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990, así como en las disposiciones de la Ley 17.283, de 28 de noviembre de 2000, sin perjuicio de las facultades de otros organismos nacionales en la materia.

I) Las demás que se le atribuyen por otras disposiciones, con la finalidad de instrumentalizar la política nacional ambiental que fije el Poder Ejecutivo.

Artículo 7° (Autoridades departamentales y locales).

Corresponde a las autoridades departamentales y locales el ejercicio de las competencias que, relacionadas con la presente ley, tengan atribuidas por la Constitución de la República o la ley y, en particular, las siguientes:

A) Establecer la zonificación acústica de las áreas sujetas a su jurisdicción, incluyendo la delimitación de zonas de protección sonora en las mismas.

B) Otorgar permisos a las actividades emisoras de sonidos y realizar los controles y monitoreos necesarios para el control de tales actividades, de conformidad con lo que establezcan las normas departamentales o locales en la materia y, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas nacionales aplicables.

C) Aplicar a los infractores de las normas departamentales o locales de protección acústica, las sanciones correspondientes.

Como vemos este capítulo III tiene la trascendencia de dar inicio a una política nacional ambiental en materia de contaminación acústica, con base legislativa y para todo el país, independientemente

de las normas reglamentarias dispersas en las distintas regulaciones departamentales, cuando las hay, aunque con carácter general puede criticarse la fragmentación de la regulación esta subespecie de daño ambiental a riesgo de que la normativa sea desconocida o en definitiva no aplicada. Justamente uno de los motivos que tuve par abordar este tema, fue la sensación de total desconocimiento sobre esta cuestión que no es menos, dentro del ámbito más basto del derecho ambiental, y a pesar de la existencia de esta ley de diciembre de 2004, la ausencia de comentarios sobre la misma. Vemos que las autoridades a las que se les atribuye competencia nacional, además de la necesaria coordinación con las competencias departamentales, tendrán una intervención necesaria en esta materia desde la autorización previa, hasta el trabajo de investigación para estar al día con los niveles sonoros que perjudiquen al individuo.

Mucho más trascendente es el Capítulo IV sobre Niveles sonoros admisibles y prohibiciones.

Artículo 8°. (Prohibición). -Queda prohibido emitir ruidos al ambiente, en forma directa o indirecta, por encima de los niveles o en contravención de las condiciones que establezca el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente.

No obstante, las autoridades departamentales o locales podrán establecer niveles sonoros o condiciones más restrictivas en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 9°. (Establecimientos y maquinarias). -Tratándose de establecimientos que ocupen trabajadores, sean asalariados dependientes o por cuenta propia, se aplicarán las normas en la materia, estando sujetos al contralor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las facultades que a otros organismos correspondan.

En tales establecimientos se prohíbe el funcionamiento de maquinarias, motores y herramientas sin las debidas precauciones necesarias para evitar la propagación hacia el ambiente, de ruidos que sobrepasen los niveles sonoros admisibles

Los ruidos producidos por máquinas, equipos o herramientas industriales, rurales, comerciales o de servicios, se evitarán o reducirán, primero en su emisión y, sólo de no ser ello posible, en su propagación.

Artículo 10°. (Actividades sociales). -En todas las actividades de carácter social, cotidianas o excepcionales, incluyendo las de tipo doméstico, no se podrá exceder los niveles sonoros y las condiciones admisibles que se establezcan. Igual limitación será aplicable a las campañas electorales, así como a las actividades políticas, sindicales, religiosas y de interés comunitario.

En ningún caso las medidas que a esos efectos puedan tomar las autoridades, podrán significar una restricción a las actividades citadas precedentemente.

Artículo 11°. (Difusión publicitaria). -La difusión publicitaria de cualquier naturaleza con amplificadores o altavoces, fijos o móviles, tanto desde el interior de los locales como en la vía pública, debe tener autorización del organismo competente, de acuerdo a la normativa aplicable.

Artículo 12°. (Vehículos). -Queda prohibido el uso de bocinas o sirenas de automotores, naves y aeronaves, salvo razón de peligro inminente, a excepción de los vehículos de policía, ambulancias, bomberos y de otras instituciones cuando por necesidad justificada deban utilizarlas.

También se prohíbe la circulación en la vía pública de vehículos de tracción mecánica que sobrepasen los niveles sonoros admisibles o que estén desprovistos de sistemas de atenuación acústica adecuados y en buen estado de funcionamiento.

El parque vehicular existente deberá ajustarse progresivamente al cumplimiento de las reglamentaciones que se establezcan de conformidad con la presente ley.

Como puede apreciarse, en este capítulo se sienta la prohibición concreta con relación a algunos contaminantes acústicos de frecuente producción, aunque no se han incluido todos.

En primer término se establece una prohibición genérica de emitir ruidos al ambiente, en forma directa o indirecta, por lo que se resuelve la cuestión sobre la ilicitud de tales comportamientos, que servirá para el establecimiento de tal elemento de la responsabilidad civil sin lugar a dudas. Aunque la remisión a una reglamentación sobre los límites concretos, todavía permite una válvula de escape. También se plantea que los diversos ámbitos municipales pueden establecer límites restrictivos en el ámbito de su jurisdicción, lo que seguramente será fuente de problemas en situaciones en que exista un límite reglamentario general más benigno.

También se establece un cierto balance entre las actividades sociales descritas y las medidas que se tomen por las autoridades competentes, pues en ningún caso estas últimas pueden significar una restricción a dichas actividades.

En las actividades sociales se incluyen las cotidianas y las excepcionales, incluyendo las de tipo doméstico. Es de hacer notar que aquí se enmarca la problemática relativa a problemas entre vecinos no sólo con

relación a ruidos provenientes de música demasiado alta, sino también la relativa al ruido producido por animales ¹⁴.

CAPÍTULO V - Otras disposiciones

Artículo 13°. (Tranquilidad pública) .-En caso de actividades extraordinarias o no permanentes, que emitan ruidos que perturben la tranquilidad o el orden público, la Policía Nacional o la Prefectura Nacional Naval estarán en la obligación de ejercer acción inmediata para hacer cesar o impedir tales emisiones.

Ello, sin perjuicio de la imposición de las sanciones administrativas o penales que correspondieren.

Artículo 14°. (Solidaridad) .-Responderán solidariamente con los que causen ruido quienes colaboren en la comisión de la infracción o la faciliten en cualquier forma.

Artículo 15°. (Cooperación) .-A los efectos de la aplicación de las acciones a nivel nacional, departamental y local, el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, estará facultado para celebrar convenios de cooperación con otras entidades públicas o autoridades departamentales o locales.

Asimismo, en tales casos para la ejecución de los programas de prevención y control contra la contaminación acústica y otros aspectos de interés común vinculados con la misma, como para la realización de inspecciones y mediciones, la imposición y el cobro de multas, se establecerán las contrapartidas correspondientes.

Resulta particularmente destacable el haberse establecido en forma expresa y para evitar cualquier opinión doctrinaria adversa, la solidaridad pasiva de todos los sujetos responsables directa o indirectamente por la actividad causante de la degradación ambiental.

Obviamente que puede haber casos de sujeto pasivo único, público o privado, pero ha sido señalado desde siempre que una de las mayores dificultades que se puede tener en las acciones relativas al medio ambiente es la de determinar con exactitud, de donde partieron efectivamente las emisiones industriales donde el número de empresas en actividad es elevado. No sería razonable que, por no poderse establecer con precisión dicha circunstancia, se permitiese que el medio ambiente quede indefenso. Al que debe enfrentar la integridad del daño le corresponderá la acción de regreso contra los otros corresponsables, incluso por la vía de la responsabilidad subjetiva. ¹⁵

Como el Estado puede ser solidariamente responsable por los daños ambientales provocados por terceros, ya que es su deber el fiscalizar e impedir que tales daños acontezcan, en la práctica, para no penalizar a la propia sociedad damnificada, que tendría, en definitiva, que indemnizar los perjuicios derivados de tal perjuicio, puede el grupo social víctima valerse de la opción más conveniente a sus intereses. Diferente es la situación en caso de damnificado individual, que el optar por responsabilizar al Estado por omisión, de alguna forma está socializando su daño.

III. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y NACIONAL SOBRE CONTAMINACIÓN ACÚSTICA.

Comenzando con países de derecho anglosajón, Estados Unidos regula la cuestión relativa a la responsabilidad por ruidos molestos dentro del denominado Tort of Nuisance ¹⁶, y existe una Ley Federal (Lexstat 42 USC 4332, United States Code Service Title 42 "The Public Health and Welfare Chapter 55 National Environmental Policy Policies and Goals), además de reglamentaciones de los diferentes Estados.

¹⁴ En Estados Unidos existe normativa legal específica con relación a los ruidos realizados por animales, a vía de ejemplo puede citarse el Carpintería Municipal Code Title 6 ANIMALS Chapter 6.04 ANIMAL CONTROL. 6.04.500 Animal and fowl nuisances que establece: A. It is unlawful and a public nuisance for any person to keep, maintain or permit any animal or fowl under his or her charge, care, custody or control to emit excessive **noise**. Such public **nuisance** may be abated in accordance with the procedures set forth in Sections 6.04.520 through 6.04.540. Such procedures are in addition to any other remedies which may be available under the law. B. For the purposes of this section, the term «excessive noise» means the utterance of barks, cries or sounds which are loud, frequent and continued over a period of time, which either annoys, disturbs, injures or endangers the comfort, repose, health, peace or safety of persons residing in two or more separate dwelling units in the neighborhood. A «dwelling unit» means any adjacent or nearby home, apartment or condominium.

¹⁵ Recientemente nuestro Maestro Jorge Gamarra se pronunció en contra de la obligación «in solidum» en ADCU T. XXXV págs. 693 a 701, como solidaridad imperfecta, estableciendo como obstáculo insalvable el art. 1331 del C.C.. Esta norma expresa del art. 14 de la L. 17.852 se enmarca en el necesario cambio de la política legislativa en materia de legitimación pasiva cuando son varios los partícipes en la producción del evento dañoso, también considerado en la responsabilidad colectiva (daño causado por un integrante no individualizado dentro de un grupo determinado). Nuevamente se confirma que el legislador puede de un plumazo derribar bibliotecas enteras y enhorabuena!!! (para usar una expresión muy española) si es en favor de la Justicia.

¹⁶ Nuisance Substantial interference with the right to use and enjoy land, which may be intentional, negligent or ultrahazardous in origin, and must be a result of defendant's activity. This word means literally annoyance; in law, it signifies, according to Blackstone, « anything that worketh hurt, inconvenience or damage.» Nuisances are either public or common, or private nuisances. A public or common nuisance

En el caso *David Monro Sauders V. Washington Metropolitan Area Transit Authority*, 48 F. 3d 546, (de marzo de 1995) se rechazó el reclamo de los actores por el ruido realizado por un oficial de tránsito al hacer sonar su silbato, con mediciones que iban de 69 hasta 81 db, por entender que el mismo estaba realizando una función gubernamental de control de tránsito.

En Argentina pueden citarse casos recientes como el resuelto por el Superior Tribunal de Jujuy el 21/2/2005 que resolvió confirmando lo resuelto en primera instancia con relación a las inmisiones sonoras de un local *bailable*¹⁷ o el de la CNCiv. Sala C del 12-9-96 por el cual «Cuando las características de los ruidos molestos superan la normal tolerancia, a lo que cabe sumar la pasividad de los demandados frente a reiterados reclamos, quienes desarrollaban la explotación del fondo vecino sin la debida habilitación, la denuncia formulada sobre el punto en el ámbito administrativo, la respectiva clausura del local y la reanudación de la actividad sin haber adoptado las medidas necesarias para evitar las molestias, son elementos de convicción suficientemente reveladores de un sufrimiento en la interioridad del actor que configuran daño moral.¹⁸ También con relación a la polución sonora por altavoces la Sala Nacional Civil sala G con fecha 5 de agosto de 2005 en autos «*Heller, Lidia E. v. Cooperativa Argentina de Floricultores Ltda.* se resolvió la responsabilidad de la demandada por la utilización continua de altavoces para el desarrollo de su actividad.¹⁹

En España puede señalarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 2/2/2001 que determina la indemnización por las agresiones a la propiedad privada y al medio ambiente derivadas de una explotación industrial, condena realizada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Finalmente, han existido algunos casos de responsabilidad civil por contaminación acústica en Uruguay. Así por Sentencia 52/2003 del TAC de 5º Turno se confirma la Sentencia de primera instancia 44/2002 del Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno a cargo de la Dra. Estela Jubette. Se trata de un accionamiento de un particular contra la Intendencia Municipal de Montevideo por omisión, con relación a la falta de control de contaminación acústica de un local que se arrienda para eventos festivos en la zona de Carrasco. En este caso hubo como antecedente una acción de amparo favorable al accionante, cuyo fallo no fue cumplido, registrándose mediciones nocturnas superiores a los 39 dbA. Sostuvo el Tribunal que « En cuanto a la prueba del daño extrapatrimonial padecido, si bien no se ha acreditado mediante testigos técnicos o prueba pericial, la angustia, turbación permanente del sueño con repercusión evidente en cuanto al equilibrio y rendimiento intelectual y físico en horas de vigilia, la perturbación de la vida normal, del descanso, la tranquilidad, el desarrollo del trabajo o actividad a la que se dedique, debe considerarse configurada debido a la persistencia de la situación lesiva a lo largo de más de cinco años (1996-2001)», aunque se abate el monto fijado en primera instancia en \$ 150.000 reajustables desde agosto de 1998, a la suma de \$ 100.000 reajutable desde la misma fecha.

En cambio se rechaza la demanda en otro caso tanto por Sentencia 23/2002 del Jdo. Ldo. de lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno a cargo de la Dra. Estela Jubette, como por Sentencia confirmatoria de segunda instancia del TAC de 3er Turno 174/2003. Se trata de una acción promovida por un particular contra la Intendencia Municipal de Montevideo por la contaminación sonora padecida en el inmueble que alquiló, departamento sobre la Av. 18 de Julio entre Rio Negro y Julio Herrera y Obes para casa habitación y para realizar su trabajo de docente, empresariales y como somatoterapeuta, habiendo realizado innumerables denuncias ante la Junta Departamental y el Centro Comunal Zonal sin éxito. El rechazo se funda en no haberse acreditado la contaminación sonora invocada, a pesar de haberse acreditado que en dicha zona existía una medición de 70 db. Afirma el Tribunal que «... un estudio realizado con la intervención de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de la República, deja en claro que el límite de decibeles alcanzado en la zona donde habita el actor, no configura riesgo sanitario, y se encuentra -todavía- dentro de los parámetros internacionales aceptables. Es que, más allá de la subjetividad en la consideración de los ruidos, es de resaltar que algunos ruidos denunciados como importantes o trascendentes por el actor se «enmascaran», se desdibujan o son absorbidos por otros (como los de los provocados por los parlantes respecto del ruido provocado por el tránsito vehicular...».

is such an inconvenience or troublesome offence, as annoys the whole community in general, and not merely some particular person. To constitute a Public nuisance, there must be such 'a number of persons annoyed, that the offence can no longer be considered a private nuisance: this is a fact to be judged of by the jury. It is difficult to define what degree of annoyance is necessary to constitute a nuisance. In relation to offensive trades, it seems that when such a trade renders the enjoyment of life and property uncomfortable, it is a nuisance for the neighborhood have a right to pure and fresh air.

¹⁷ Arnedo ob.cit. pág. 20.

¹⁸ Mario f. Valls Daños por contaminación Visual y Auditiva en Daños Medio Ambiente-Salud-Familia-Derechos Humanos Rubinzal-Culzoni Santa Fe Abril 2000 pág. 74 a 75.

¹⁹ Jurisprudencia Sintetizada en Revista de Derecho Ambiental Nro. 5 enero-marzo 2006 p. 243.

Finalmente, y en sentencia que no fue apelada, dictada por la autora (Nro. 32/2004 de fecha 10 de mayo de 2004), se rechazó el reclamo por contaminación acústica realizado por los propietarios de la finca lindera a otra en que funciona un colegio privado que importe enseñanza a niños desde guardería y jardín de infantes hasta sexto grado. En dicho fallo se sostuvo que «...en el caso resulta indudable la existencia del derecho a un medio ambiente sano, desprovisto de factores contaminantes, y entre ellos puede ubicarse la contaminación sonora. Conforme a los principios generales de derecho ambiental, se privilegia la prevención del daño sobre su efectiva reparación, por lo cual, incluso en el caso de autos, fue intentada una etapa conciliatoria intraprocesal, tratando de buscar una solución negociada... En el caso a estudio no se estiman configurados los elementos de la responsabilidad civil que permitan la reparación de daños, que por otra parte tampoco han sido acreditados... la contaminación sonora relacionada, no ha sido acreditada... no emerge que se trata de un lugar que genere ruidos molestos que afecten el normal desarrollo de la vida de los vecinos... El Profesor Español Manuel Cuiñas Rodríguez en su estudio «Acerca de la tutela del ambiente en el derecho español»...se ocupa especialmente de las relaciones de vecindad y afirma que sabido es que la historia de los vecinos ha sido y es, en buena parte, la historia de los conflictos derivados de la conducta en interferencia intersubjetiva. Y estas relaciones de proximidad...tienen por norte primero, precisamente, mantener la convivencia pacífica, lo cual se logra cuando puede impedirse, merced al accionamiento de sus resortes jurídicos, que se agrede impunemente el entorno común... Siendo que los conflictos entre vecinos constituyen un fenómeno cotidiano desde la época del derecho romano: «insuo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum inmitat» (a cada cual le está permitido proceder como guste en su esfera jurídica, con tal que no invada en forma intolerable la ajena), ha de tenerse presente que, por ejemplo, «poder hacer ruido» o estar «habilitado» para efectuar actividades ruidosas, no significa «poder molestar al vecino», aunque las reglamentaciones lo permitan -al ruido- claro está. Es que las reglamentaciones marcan «medias» tolerables para el ámbito administrativo, pero si respetando tales «medias» igualmente se causa daño, se configura un inmitere excesivo -por molesto o nocivo- que debe repararse en Sede Civil, pues normalmente siempre que se cause daño habrá invasión de la esfera jurídica ajena y viceversa... este autor señala cuatro requisitos que deben cumplirse y ellos son: a) la invasión de la esfera jurídica ajena, b) Desarrollada mediante propagación de sustancias o repercusiones nocivas o molestas por ejemplo: humos, ruidos, vibraciones, etc. c) Generadora de emisiones lesivas en grado no tolerable -desde el prisma del hombre medio- para el goce de derechos personalísimos, por ejemplo: intimidad, descanso, tranquilidad, desarrollo familiar en el hogar, o patrimoniales por ejemplo: daño a la propiedad o a la posesión de los bienes, y finalmente d) Originada en el ejercicio -normal o anormal- de un derecho, por ejemplo: construcciones, actividades empresariales diversas, prestación de servicios etc.. En el caso de autos,... surge que desde el año 2000 se han registrado denuncias y que el nivel de sonido ha bajado, la demandada ha procedido a realizar obras tendientes a evitar el pasaje de ruidos molestos y finalmente, en inspección realizada a la hora del recreo y desde un dormitorio que tiene ventana a tres metros del muro divisorio, se registraron picos de 70 dBA y mínimos de 51-52 dBA, valor medio de las medidas entre 55 y 60 dBA... La Sede en la inspección ocular realizada en forma personal en el lugar, no advirtió irregularidades, salvo las propias de la existencia de un Colegio que comprende sólo hasta educación primaria... cuyo número total de alumnos es de 69... La prueba testimonial aportada por la demandada corrobora que no hay disconformidad por parte de ocupantes del edificio lindero de la derecha del local escolar, sin perjuicio de que fue constatado que el mismo también linda al patio donde tiene lugar el patio de los niños. No fue aportada prueba alguna con relación al daño relacionado con la disminución del valor venal del bien...ni en lo referente a problemas con el estacionamiento de vehículos. Tampoco se advierte la existencia de daño como consecuencia del funcionamiento del Colegio demandado, que se estima normal, que amerite su reparación estableciendo el pago de una suma de dinero, incluso inferior a la solicitada, nótese que la misma parte actora en su alegato refiere a que la suma reclamada es excesiva (se había reclamado cincuenta mil dólares americanos como daño permanente incluyendo el daño extrapatrimonial de toda la familia y el de pérdida de valor venal del bien). Nos encontramos en el caso frente a dos derechos igualmente tutelados, por una parte el derecho a la tranquilidad de la vida familiar de los actores como propietarios de la finca y por otro el derecho a desarrollar la actividad de enseñanza, como actividad de prestación de servicios de la parte demandada estimándose que conforme a la recta aplicación de lo dispuesto por el art. 1321 del C.C. «quien usa de su derecho no daña otro, con tal que no haya exceso de su parte, el daño que pueda resultar no le es imputable». Así si se han respetado los límites internos y externos, cuyo control y examen está a cargo del Juez, el daño no resulta resarcible, no ingresándose al abuso de derecho, el que sí resulta ser ilícito, independientemente del factor de atribución culposo o intencional, todo lo cual no se aprecia en el caso de autos...».

IV. FINALMENTE: SOBRE EL PERFIL DEL JUEZ AMBIENTAL.

Si bien esta cuestión puede encuadrarse dentro de una más general, que es la del propio «perfil del juez»²⁰ en que doctrina y jurisprudencia se debaten entre un Juez mero aplicador del derecho, o un Juez algo más comprometido con principios y valores, en cuanto al derecho ambiental se escuchan voces que pueden hasta modificar el modelo de Juez tradicional, en particular en cuanto a su imparcialidad.

La Profesora Szafir²¹ concluyendo sobre la necesaria convicción y acción para que consumo sustentable y medio ambiente dejen de ser una quimera, para convertirse en una realidad refiere al importante papel del Juez y afirma: «El magistrado no debe resolver en forma simple los conflictos frente a una crisis. Su papel no se resume en amparar normas equivocadas puesto que ello sería reducir la finalidad institucional del Poder Judicial. El Poder Judicial debe elaborar soluciones justas y adecuadas para el caso concreto. Del Juez se espera sensibilidad, sutileza, y una amplia visión social. Cuando se exalta la prudencia como atributo de un buen juez, ésta no debe confundirse con conservadurismo y temor al cambio. Prudente es quien adecua sus sentencias a un sistema justo, olvidando sus opiniones personales, superando las crisis, y atendiendo al contenido social que representa una decisión judicial. Este comportamiento se afiliará a las posturas modernas de protección y solidaridad».

La naturaleza del litigio ambiental, impele al Juez para que salga de su papel pasivo y asuma, de alguna manera, la relación docente entre el Derecho y la vida y por ello se ha dicho que el juez no puede ser neutro en materia ambiental, debe partir del presupuesto de que el medio ambiente está de antemano, protegido.²² Se habla, entonces, de un juez al que estas nuevas cuestiones no le permiten ser imparcial, pues hay un conjunto de valores en los que «el juez es parte», porque le interesa que el agua siga siendo pura y cristalina, al igual que el aire o que la forestación no sea afectada, el juez es «interesado», pues tiene un interés ambiental humano, lo que lleva a dejar el quietismo y pasar al activismo judicial. Se plantea la llamada Justicia de protección o acompañamiento en que la posición del juez cambia radicalmente, pues si bien sigue siendo independiente, está comprometido con las consecuencias que se sigan de la interpretación facilitadora de la realización, y no de la frustración por razones formalistas, de derecho que deben tutelarse muy especialmente.

En lo personal, siempre he creído que no hay dos jueces, sino uno sólo, el que busca la justicia, aplicando y fundamentalmente interpretando el derecho a la luz de los valores y por ello siempre he confiado en un Poder Judicial ejercido por jueces comprometidos e inmersos en la sociedad que integran, y por ello, lo precedente no es nuevo, ni para una materia determinada.

Entre los roles del juez en toda materia a su estudio, esta aquel mentado por Borges, que «los verbos conservar y crear no permanezcan enemistados en este mundo, de modo que no se presenten como sinónimos tardíamente sólo en el cielo».

²⁰ Véase Angel Cal-Beatriz Venturini «Juez y sociedad. Rol del Magistrado en el Contexto Político, Jurídico y social» L.J.U. T. 113, enero-febrero 1996, sección Doctrina pág. 17 a 25. Revista Judicatura Nro 43 abril 2005 trabajos del Dr. Leslie Van Rompaey «Hacia una Jurisprudencia Principista» p. 159, y de los Prof. Santiago Carnelli Actividad del Juez en la interpretación y creación del Derecho p. 169 y Juan Blengio Conferencia organizada por AMU en Punta del Este p. 187 y ss.

²¹ Ob.cit. pág. 666.

²² Augusto Morello y Nestor A. Cafferatta Visión Procesal de Cuestiones Ambientales Rubinzal-Culzoni Santa Fe Noviembre 2004, págs. 198 a 210.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Fernández de Buján, Antonio* - “*La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*”
- *Ochs, Daniel* - “*La caducidad de los reclamos contra el Estado*”
- *Rodríguez Arana, Jaime* - “*Pluralismo y Nacionalismo*”

«LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: PROBLEMAS, INTERROGANTES, SOLUCIONES»*

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

Catedrático de la U.A.M.

Vocal de la Ponencia de Reforma de la Jurisdicción voluntaria. Ministerio de Justicia, España

SUMARIO

- I. REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE. II. ETAPA DE REFLEXIÓN Y DEBATE.
III. CONCEPTO Y CONTENIDO. IV. FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA. V. NATURALEZA JURÍDICA Y SANCIÓN CONSTITUCIONAL.
VI. RACIONALIZACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE

La disposición legal decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (LEC), por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, recoge el compromiso del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria, en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la ley, plazo que, concluida la *vacatio legis* prevista, finalizó el 8 de enero del 2002.

En la afortunada y precisa exposición de motivos de la LEC, al tiempo que se menciona el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, que suponga un acortamiento del tiempo necesario para obtener una resolución jurisdiccional, que satisfaga la demanda de tutela con plenitud de garantías procesales, también se afirma en el apartado quinto que, en cuanto a su contenido general, dicha ley «se configura con exclusión de la materia relativa a la jurisdicción voluntaria que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta». Especial significación tiene en este campo la Ley de Jurisdicción Voluntaria alemana (*Freiwillige Gerichtsbarkeit*) de 1898 que, con más de treinta reformas parciales, continúa en vigor.

En tanto no se apruebe una Ley de Jurisdicción Voluntaria, continúa vigente, con determinadas excepciones, la regulación contenida en el libro III de la LEC 1881, relativa a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato, en los casos en que no existe contienda judicial, conforme se es-

tablece en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC. Conviene señalar, por otra parte, que si bien la mayor parte de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el libro III de la LEC, la mayor parte de los actos de jurisdicción voluntaria judicial, y la mayor parte de los correspondientes a la, a mi juicio, impropriamente denominada, jurisdicción voluntaria no judicial, se regulan en textos legislativos diversos, entre los que cabe citar, el Código Civil, el Código de Comercio, la Legislación Hipotecaria, La Ley y el Reglamento del Registro Civil, La Ley del contrato de seguro, La Ley de Propiedad Intelectual, La Ley sobre autorización judicial en materia de extracción de órganos, La Ley en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, La Ley en materia de tutela y curatela, La Ley en materia de acogimiento, guarda y custodia de menores y adopción, y La Ley Cambiaria y del Cheque, La Ley sobre sustracción de menores y La Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad.

La Jurisdicción Voluntaria ha sido descrita o calificada por la doctrina y la jurisprudencia con los mas variados epítetos: misteriosa, heterogénea, fascinante, atormentada, insistente, machacona y dando respuesta a problemas concretos, repudiada por todos y sin sede científica propia, enojosa, difícil y de poco lucimiento, uno de los más atormentados problemas de la ciencia jurídica europea, la gran olvidada y por qué no decirlo, la gran ignorada, autoritaria, inquisitiva o paradigmática por su brevedad y economía procesal, pero en la práctica, salvo valiosas excepciones, ha suscitado escaso interés en la doctrina científica y en el desarrollo

* Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Montevideo el día 11 de Octubre del año 2005.

argumental de la doctrina jurisprudencial, si nos atenemos a la relevancia de la parcela imprescindible de la realidad social que constituye su campo de aplicación¹.

Sería deseable, en esta línea de reflexión, que la profundización en el diálogo entre historia, dogmática y realidad social, nos llevase a deslindar entre aquellas competencias que deben continuar atribuidas al órgano jurisdiccional, por razón de su naturaleza jurídica, o a la consideración de ser los jueces los operadores jurídicos que gozan de un mayor grado de independencia e imparcialidad en el ejercicio de su función, y aquellas otras competencias que atribuidas en su momento –finales del siglo XIX- a los jueces, en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, a la prevención o desconfianza frente a otros operadores jurídicos, o a razones de mera tradición historicista, oportunidad, conveniencia o división del trabajo, podrían desjudicializarse, al desaparecer las razones de política legislativa que constituían su fundamento, y atribuirse, en la parte correspondiente a disposiciones finales, a profesionales del derecho, a quienes corresponda con mayor propiedad el ejercicio de estas funciones, en atención a su propia naturaleza así como a su especialización y cualificación jurídicas. Se trataría con ello no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino sobre todo de sistematizar y redistribuir funciones, en aras de la racionalización del sistema y como muestra de confianza en la madurez de la sociedad civil. El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial, no supone, por otra parte, ningún obstáculo para acometer la desjudicialización de aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica, corresponden a la competencia funcional de otros operadores jurídicos.

La desregulación judicial supondrá la reforma de la correspondiente legislación notarial, registral, funcional o la de otros agentes jurídicos, respecto de los que se produzca el traspaso de competencias. La necesidad de descargar de trabajo a los jueces, concentrar su actuación en tareas jurisdiccionales, redistribuir competencias y racionalizar el sistema en la Administración de Justicia, constituyó, por otra

parte, el objeto de una Recomendación del Consejo de Europa, dirigida a los países miembros de fecha 16 de septiembre de 1986.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria deberá por ello regular tan sólo las competencias que se mantienen en la órbita judicial. Ciertamente dirimir conflictos a través del proceso, con todas las garantías propias de la actividad procesal, es el núcleo esencial de la postestad jurisdiccional, pero otorgar tutela judicial fuera del proceso, con respecto a las fundamentales garantías del procedimiento, en asuntos relativos a menores, personas con discapacidad, incapacitados, desvalidos, ausentes, intereses generales, públicos o sociales, restricción de derechos fundamentales o en conflictos no especialmente relevantes, mediante la aplicación del derecho objetivo, forma parte asimismo del contenido de facultades atribuido por el art. 117, 3 de la Constitución a Juzgados y Tribunales, interpretado en sentido amplio.

El apropiado mantenimiento de la denominación Jurisdicción Voluntaria, no debe calificarse en el caso presente, conforme se expone en la Exposición de Motivos de la LEC, como expresión en exceso tributaria de sus orígenes históricos, ni se trataría, tan solo, de uno de los supuestos en los que parece conveniente rendir tributo a la tradición del lenguaje jurídico², sino que al fundamento histórico de la pareja nominal «*iurisdictio voluntaria*» utilizada sin intervalos durante casi veinte siglos –y la reforma de la Justicia no debe ni puede prescindir de la historia (EM, XIV)- ha de añadirse el valor derivado del arraigo de una terminología utilizada de forma usual en el lenguaje común y de los operadores jurídicos, así como consolidada en la doctrina y la jurisprudencia y la inutilidad de los esfuerzos doctrinales y legales realizados en otras latitudes para encontrar una expresión comprensiva del fenómeno que nos ocupa³. Así, denominaciones como proceso no contencioso o procedimiento en Cámara de Consejo se han revelado como insatisfactorias, y no han logrado sustituir en los propios países en que se han introducido a la denominación clásica que ha seguido presente en las aportaciones científicas y, en ocasiones, de forma casi freudiana, en el propio texto de la ley⁴. Ju-

¹ En este sentido, se manifiesta MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, 1989, num. 39/90, pp. 577-585, cuando afirma que «en el ámbito jurídico, es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdicción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación y no son intercambiables. Si está justificada en nuestro Ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptados a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos». Especial relevancia en la doctrina española en la materia tienen las obras de RAMOS MENDEZ, *La jurisdicción Voluntaria en Negocios de Comercio*, Madrid 1978; y GONZÁLEZ Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria*, Pamplona, 3ª ed. 1997.

² Sobre el valor interpretativo de los preámbulos y el problema de la *voluntas legislatoris*, vid., DIEZ-PICAZO, L. M., *Los preámbulos de las Leyes*, ADC, T. XIV, 1992, pp. 501-533.

³ Sobre la consideración del Derecho como precedente histórico, vid. en FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Séptima edición. Madrid 2004, pp. 35 ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Madrid 3ª ed. 1999.

⁴ Art. 32, disp. Att. del Código Civil Italiano: «el ministerio público debe ser oído siempre en los procedimientos de jurisdicción voluntaria que tienen contenido patrimonial»; arts. 35 y 36 del D.P.R., 5 de enero de 1967, n. 200, que regulan las funciones y competencias de

jurisdicción contenciosa y voluntaria, una vez desgajadas de ésta las artificiosas adherencias que no le son propias, constituyen esferas de la jurisdicción, que requieren una actividad de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional, si bien en la jurisdicción voluntaria que se enmarca, en gran parte de su contenido, en el amplio campo del ejercicio pacífico de los derechos, y de ahí la justificación funcional de la denominación, no existen, en general, posiciones contrapuestas, a priori, de personas enfrentadas, salvo supuestos de conflictos de relevancia menor, mientras que en la jurisdicción contenciosa, lo normal es la existencia de una controversia entre los litigantes, aunque hay también procesos declarativos o constitutivos en los que no existe oposición. Se trata de auténticos procesos sin contradicción de voluntades, como por ejemplo sucede en los supuestos de las denominadas sentencias sin oposición.

II. ETAPA DE REFLEXIÓN Y DEBATE

Abierto el período de debate y estudio previo a la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, constituida en el seno de la comisión general de codificación del Ministerio de Justicia, desde diciembre del año 2002, la ponencia encargada de hacer una propuesta de regulación sobre la materia, incluida la reforma de la jurisdicción voluntaria en el Pacto de Estado sobre la Justicia firmado por los dos partidos mayoritarios en España, el 28 de mayo del año 2001, así como en la reciente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por Ley de 23-12-2003, en la que se prevé la competencia de los Secretarios Judiciales, en los actos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se les atribuya en las futuras leyes procesales, así como la creación de Servicios Procesales Comunes a la materia, lo que supone un

reforzamiento de las funciones de estos profesionales en este campo, en la línea de lo previsto en el art. 290 de la LOPJ de 1985, que les atribuía las propuestas de autos definitivos en materia de jurisdicción voluntaria, suprimidas por la LEC del año 2000.

Ratificado el carácter prioritario de la Ley de Jurisdicción Voluntaria por el ministro López Aguilar, en el curso del Congreso Nacional de Secretarios Judiciales, celebrado la pasada primavera en Valencia, es el momento de reflexionar sobre una institución que con un marco de aplicación específico, aunque próximo a la jurisdicción contenciosa⁵, aspira asimismo a lograr la efectividad de la Justicia, a hacerlo con vocación de permanencia y en estrecho contacto con la realidad social, enunciando problemas, suscitando dudas y esbozando soluciones, conforme a la clásica tricotomía que contribuye al progreso del conocimiento científico.

Cabría señalar, en primer lugar, que la nueva regulación del proceso en la LEC 2000 caracterizada por principios como la economía procesal, la concentración, la inmediatez, la oralidad o el papel activo del juez, ha supuesto un acercamiento a la concepción de mayor agilidad, brevedad y menor formalismo, caracterizadora del procedimiento de jurisdicción voluntaria, el cual debería, a su vez, salir reforzado en la futura ley en orden a la exigencia de un mayor cumplimiento de las garantías procesales propias del contencioso, especialmente en lo referente a los principios de audiencia a las partes interesadas y su participación activa en el desarrollo del procedimiento, así como si se produce alguna duda razonable en el ánimo del juez sobre la relevancia de la contradicción, o en aquellos supuestos en que la ley expresamente lo prevea, se ponga fin al expediente voluntario y se inicie el proceso contencioso correspondiente y todo ello, sin perjuicio de que el interesado pueda en cualquier momento de la tramitación

los cónsules en materia de jurisdicción voluntaria; arts. 9, 66 y 67 de la reciente ley de 31 de mayo de 1995, reformadora del sistema italiano de derecho internacional privado, mediante los que se regulan las hipótesis en que subsiste la jurisdicción del juez italiano en materia de jurisdicción voluntaria, así como los presupuestos y la eficacia en Italia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que intervienen jueces extranjeros. Vid. al respecto en VENTURINI, *Consideración sulla qualificazione dei procedimenti stranieri di giurisdizionii volontaria*, Rivista di Diritto Internazionale privato e procesale, 2003, pp. 813-910. En relación con el estudio histórico de la institución de la jurisdicción voluntaria vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3ª ed. 1999; Id. A propósito de la competencia en materia de *iurisdicção voluntaria* en Derecho Romano, Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N., T. XXVIII pp. 95-134; Id. *Diferencias entre los actos de iurisdicção contenciosa y iurisdicção voluntaria en Derecho Romano*, Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id. *Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "iurisdicção voluntaria"*, en D. 1.16.2.pr, Estudios Homenaje a Juan Iglesias, Madrid, 1987, pp. 197-215.

⁵ Vid. en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2001. Id. *La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000*, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp.329-342. Id. *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid 2002, pp. 1997-2036; Id. *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*. Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id. *Noción de iurisdicção y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id. *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id. *Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria*, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22; Id. *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil, nº 36, 2001, pp. 1277-1306 y nº 37, pp. 1317-1341; Id. *La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro*, Derecho de los Negocios, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id. *Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-09; 17-09; 26-09 y 3-10-2004.

del procedimiento voluntario, o con posterioridad a la resolución del mismo, promover el proceso contencioso que corresponda.

Sin embargo, que se hayan diluido algunas diferencias no implica que se mantengan otras; así por ejemplo, en el marco de la jurisdicción voluntaria no existe el principio de igualdad ni de igualdad de partes, dado que los terceros o interesados no están en pie de igualdad con el solicitante. Por otra parte en el procedimiento de jurisdicción voluntaria no se produce en su plenitud el efecto de cosa juzgada de la resolución judicial, ni se da en toda su extensión el principio contradictorio. Ni la ley ni la Jurisprudencia sientan conclusiones generales sobre el carácter preceptivo o no de la intervención de quienes pueden considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria, sino que se afirma, por el contrario, la necesidad de valorar cada caso de forma individualizada.

III. CONCEPTO Y CONTENIDO

Con la expresión jurisdicción voluntaria se hace referencia a aquellos procedimientos en los que un particular solicita la intervención de un juez, o éste interviene de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal sin que exista una contienda o conflicto de intereses con otra persona. El artículo 1811 LEC contiene la definición legal «Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas o determinadas».

Son, por ejemplo, supuestos de jurisdicción voluntaria -de entre los más de 200 pendientes de nueva regulación, racionalización y redistribución- la adopción de medidas relativas al traslado o retención ilícita de menores en actuaciones de sustracción internacional; la aprobación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial; la protección patrimonial de las personas con discapacidad; la declaración de ausencia o fallecimiento de una persona; que se proceda al nombramiento de un tutor o que se autorice a éste la venta de un inmueble de su pupilo; la constitución de una adopción o de un acogimiento familiar; las autorizaciones relacionadas con el honor, la intimidad o la propia imagen del menor; la autorización para el trasplante de órganos de personas fallecidas; que se autorice la convocatoria de

una junta general ordinaria de sociedad anónima que no se hubiese convocado en el plazo legal; que se acuerden medidas de garantía en relación con la mala administración de los padres; que se disponga el depósito y venta de mercancías y equipajes en los casos en que el destinatario no abone el flete o el pasaje; la auditoría de las cuentas de los empresarios; el nombramiento de perito en el seguro de daños; que se autorice al capitán del buque, la venta de un cargamento, en peligro de avería, en el puerto de arribada y no en el de destino; la liquidación y distribución de una avería gruesa, en materia de derecho marítimo, o los supuestos de intervención judicial, sin que exista proceso, en relación con la restricción de derechos fundamentales.

Se incluyen asimismo dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el ordenamiento jurídico considera que no tienen entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso, entre los que cabe señalar las controversias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, o los desacuerdos entre los esposos en la gestión de los bienes comunes. Se trataría de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario, justificaría la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario, que cumpliría, en estos casos, el papel que correspondería a un especial procedimiento sumario contradictorio.

Son considerados finalmente procedimientos de jurisdicción voluntaria otros supuestos en los que la intervención del juez queda reducida a la mera presencia, comprobación de hechos, calificación, autenticación o documentación del acto o relación jurídica, lo que supone una desnaturalización de lo que debe entenderse por potestad jurisdiccional, ni parece asimismo necesaria en éstos supuestos la actuación judicial en garantía de derechos, que con carácter compartido con otros poderes del Estado, se atribuye a los jueces y tribunales en el artículo 117.4 de la Constitución.

La intervención de oficio del juez y del fiscal está prevista en supuestos de procedimientos de jurisdicción voluntaria que afectan a menores, incapacitados o desvalidos, en estrecha relación con los preceptos constitucionales (arts. 9.2 y 53.3 CE) referidos al Estado social, o bien a la condición y estado civil de las personas, o a intereses jurídico-públicos, generales o sociales ⁶.

⁶ Vid., en la doctrina española: GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria*, ACD, 1953, pp. 5 ss.; CARRERAS, *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en Estudios de Derecho Procesal, 1962; PRIETO CASTRO, *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid 1964, pp. 585 ss.; FONT BOIX, *El Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Academia Matritense del Notariado, T. XV, 1967, pp. 272-295; SERRA, *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, pp. 619 ss.; ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, México 1974, tomo 1, pp. 115 ss.; RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid

IV. FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA

No es la jurisdicción voluntaria una simple expresión nominal que, utilizada por el legislador como campo de experimentación o mero catalizador de procedimientos heterogéneos, carezca de justificación racional, ni de fundamentación histórica. Muy por el contrario, ya en Derecho Romano, existió el sustrato social y la realidad jurídica, de lo que por primera vez, en la historia de la ciencia jurídica europea, un jurista clásico, del siglo III d.C., llamado Marciano, en su obra *Instituciones*, con posterioridad recogida en el *Digesto* de Justiniano, denomina jurisdicción voluntaria, «*iurisdictio* voluntaria». Dicha expresión se trasmite en la Edad Media, a través de los glosadores y comentaristas al Derecho Común, y de éste pasa a los códigos modernos y a las legislaciones de los distintos países europeos.

Muchas de las instituciones que conforman hoy la jurisdicción voluntaria se conocían ya en la República romana y se formalizaban o bien a través de un proceso ficticio, al que las partes acudían habiéndose puesto previamente de acuerdo sobre un negocio, o bien a través de la exigencia legal de intervención del magistrado en determinadas actuaciones jurídicas⁷.

En el primero de los supuestos, escenificada la ficción procesal, el demandado guardaba silencio ante la petición del actor o demandante, y el allanamiento daba lugar a una resolución del magistrado favorable a lo solicitado. A través de esta ficción procesal, que ya en la época clásica deja de utilizarse como fórmula negocial, se transmitían derechos como el usufructo, la servidumbre o la posición de heredero. La intervención necesaria o preceptiva del magistrado era exigida por la ley en determinados supuestos como la tutela, la adopción, la prestación de alimentos entre parientes, la autorización del curador para proceder a la venta de un inmueble del incapacitado por locura o la puesta en posesión de los bienes hereditarios a favor de un coheredero. Este procedimiento finalizaba mediante el pronunciamiento de un decreto, *decretum*, por el magistrado. Y es éste

término clásico de decreto el utilizado en la legislación alemana e italiana para referirse a las resoluciones judiciales por las que se concluyen los procedimientos de jurisdicción voluntaria, así como podría ser el utilizado para referirse a aquellos supuestos en los que se atribuya la competencia al Secretario Judicial, en la futura ley española.

Tanto en los supuestos de jurisdicción voluntaria negocial como preceptiva o necesaria, el magistrado actúa como garante del cumplimiento de las formalidades del proceso o negocio, testigo cualificado y persona autorizante y legitimada por el Poder Público para colaborar en el nacimiento o modificación de la relación jurídica.

Al momento histórico en el que se produce una ampliación del contenido de la *iurisdictio*, sin que ello suponga una alteración de su significado, se refiere Ulpiano, en un texto recogido en D. 2.1.1. en el que se afirma que «la jurisdicción tiene un amplísimo contenido: así por ejemplo abarca el otorgamiento de la posesión de un patrimonio, la autorización para una toma de posesión, el nombramiento de tutores a los pupilos que carezcan de ellos o la atribución de jueces a los litigantes».

Asimiladas en la época clásica romana a la jurisdicción voluntaria determinadas actuaciones formalizadas ante los funcionarios encargados de los Archivos o Registros Públicos y ante los Notarios o Tabeliones, es en la Edad Media cuando se atribuye ya a los Notarios competencias específicas en materia de jurisdicción voluntaria, primero como profesionales adscritos a los tribunales y con posterioridad como titulares de los juzgados, *iudices chartularii*, con competencia específica para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria, ante los que se desarrollaba la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria, en una primera etapa, superada la cual se procedía a la formalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria, tramitado fuera ya del marco del proceso contencioso. Y también en este punto, nos puede ayudar la experiencia histórica, en orden a crear juzgados que tengan atribuida competencia específica en esta materia, en atención a que en torno al 10% de los asuntos

1978; ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura Jurisdicción Voluntaria. III*, J.F.P.J., Madrid 1987, pp. 65-72; MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, n° 9, 1989; Id., Actualidad Civil, n° 39, 1990; FAIREN, *Jurisdicción voluntaria, Juicios sumarios: las confusiones de la historia y su evolución*, BICAM, 2/ 1990, pp.19-34; Id. *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la LEC y la problemática actual*, ADC, 1991, pp. 947-969; MARTÍN OSTOS, *Hacia un nuevo Secretario Judicial español. La Ley n° 2946, 25-2-1992*; ALMAGRO, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SERRA y MORENO CATENA, en *Derecho Procesal II, vol. I, Parte General. Proceso Civil*. Valencia 1992, pp. 535-593; AUGER, *Reforma de la jurisdicción voluntaria*, Anales Academia Matritense del Notariado, 1992, pp. 7-27; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, t. III*, Barcelona 1992, pp. 1289 ss.; BELLOCH, *Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado 1992, pp. 9-42.; GÓMEZ FERRER, *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notariado*, R.J.N., 1993, pp. 9-178; ORTIZ NAVARRETE, *Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, Actualidad Laboral 1996; GONZÁLEZ POVEDA, *Jurisdicción voluntaria*, 3ª ed., Pamplona 1997; SEOANE CACHARRÓN, *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre la jurisdicción voluntaria*, Revista del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2003, n° 3, pp. 91-108;

⁷ Vid., en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*. cit., pp. 57 a 96; Id., *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil 36, cit., pp. 1281 ss.

que se conocen por los jueces civiles españoles, pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria⁸.

Mantenida la jurisdiccionalidad de la jurisdicción voluntaria, en las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881, enmarcada la jurisdicción voluntaria dentro de la legislación procesal, cuya regulación es competencia exclusiva del Estado conforme al 149,6 de la CE, y establecida la tramitación de su normativa a través de la vía de una ley y no de forma reglamentaria, nos encontramos ante la posibilidad de actualizar la institución, y situarla en sus justos límites, sin administrativizarla, sin magnificar su función social, y sin identificarla con una mera supresión de plazos, formalidades y garantías⁹.

V. NATURALEZA JURÍDICA. SANCIÓN CONSTITUCIONAL.

No es, a mi juicio, la jurisdicción voluntaria una actividad administrativa, cuya titularidad se atribuye a los juzgados y tribunales, conforme a nuestro actual modelo de colaboración entre los poderes del Estado, sino que la protección, gestión o administración de derechos o intereses privados que, con carácter preventivo, se atribuye a los jueces, supone un ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio¹⁰, en atención al carácter de indisponibles de los derechos o intereses legítimos tutelados, a la interrelación entre intereses particulares con intereses generales o sociales, a la especial garantía que supone la intervención judicial o al carácter tuitivo respecto a la posición de menores, incapacitados, personas con discapacidad o desvalidos.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de 22 de mayo del año 2000, de la que fue Ponente el Magistrado Peces Morate, «si en los casos de actuaciones de ju-

risdicción voluntaria, el juez o magistrado denegase su intervención, hemos de convenir que el derecho conculcado sería el contemplado en el art. 24.1 de la Constitución, al mismo tiempo que se produciría un incumplimiento del deber impuesto a los jueces y tribunales por el art. 1.7 del Código Civil... ».

Cabría, en consecuencia, distinguir dos modelos procesales: a) el de los juicios ordinarios de cognición, caracterizados básicamente por las mayores garantías en materia de alegaciones, pruebas, recursos, aportación de parte, principio dispositivo, etc., que caracterizan tanto los supuestos en que existe conflicto relevante entre las partes, como aquellos otros en que planteado un contradictorio, éste se resuelve sin allanamiento, ni debate, ni controversia, y b) los juicios de jurisdicción voluntaria, caracterizados por una mayor agilidad, menor formalismo, limitación de determinadas garantías, con preservación de las fundamentales garantías de los procesos contradictorios, amplios poderes del juez –sin que quepa hablar de dirigismo judicial– y mayor economía procesal, que conforman aquellos supuestos en que el juez, sin que exista pretensión frente a otra parte, ni controversia de especial relevancia, actúa por imperativo legal, en defensa de intereses públicos o sociales, o con carácter constitutivo, autorizando y controlando la legalidad de la correspondiente actuación¹¹.

El otorgamiento de amplios poderes instructivos al juez, en materia de jurisdicción voluntaria, en atención al carácter tuitivo y social de muchos de sus procedimientos, con la consiguiente libertad de formalidades y actuación conforme a los principios de lógica judicial e impulso de oficio frente al carácter más reglado del proceso, no debe sin embargo, desembocar en un excesivo dirigismo judicial, que ponga en peligro las fundamentales garantías propias del proceso contradictorio, ni mucho menos en un procedimiento autoritario o inquisitivo¹².

⁸ En la Edad Media, las cada vez más amplias necesidades negociales, aconsejaron la creación de jueces con competencias específicas en el marco de la jurisdicción voluntaria, ante las que se desarrollaba la ficción procesal, que acabó siendo suprimida y sustituida por la simple *confessio* o reconocimiento ante el juez, con plenos efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva. Hay un momento histórico, no determinado con total precisión, en el que se atribuye a los Notarios la titularidad de los juzgados especializados en el conocimiento de estos asuntos. Vid. al respecto en, NÚÑEZ LAGOS, *Documento latino y documento germánico*. A.A.M.N., I, pp. 431 ss.; y DI BLASI, *sub voce Giurisdizione volontaria*, N.N.D.I., 1957, pp. 1096 ss.

⁹ Vid. en PEDRAZ, *Constitución Jurisdicción, Proceso*, 1990. Sobre Tutela jurisdiccional en Derecho Privado, vid., con carácter general en ORTELLS, *Derecho Procesal Civil*, Navarra 2001, pp. 43-63.

¹⁰ Vid. especialmente en RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, T. III*, cit., pp 1289 ss; Id. *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, cit., pp. 23 ss.

Para TARZIA debe considerarse superado el antiguo aforismo *iurisdictio in sola notione contentiosa consistit*, y es necesario reivindicar algunas garantías fundamentales de la jurisdicción contenciosa también para la jurisdicción voluntaria, así por ejemplo las garantías de la independencia y la terceridad del juez; para MONTESANO los derechos subjetivos e intereses tutelados por la jurisdicción tienen la misma naturaleza que los derechos subjetivos lesionados propios de la jurisdicción contenciosa, y especialmente en los casos de tutela de los derechos de los menores e incapacitados, el procedimiento seguido debe cumplir todas las garantías que informan los procesos contenciosos; Para DENTI, no cabe individualizar una jurisdicción voluntaria con características autónomas respecto de la jurisdicción en general, sino que, por el contrario, en cuanto que se atribuye a órganos judiciales, no se sustrae a las garantías, subjetivas y objetivas, que caracterizan la actividad judicial. Las opiniones de estos autores se encuentran reflejadas en las Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo civile in Palermo, celebrado en 1989.

¹¹ Vid. en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción Voluntaria*, cit., p. 186.

¹² Vid., en DE PRADA, J.M., *Intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad a través del procedimiento de la D.T. 10ª de la Ley 19/1981*, Derecho Judicial, 1996, pp. 57 ss.

Frente a posiciones maximalistas del tipo «la jurisdicción voluntaria podría ser eliminada de cualquier Ordenamiento Jurídico» o la de «las necesidades negociales y el tráfico jurídico, justifican la aplicación del procedimiento voluntario a supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos», se impone una posición realista, en la que sitúan las mas modernas corrientes de la ciencia procesal, partidarias de regular, sin quiebra de las garantías esenciales del proceso, y sin desnaturalizar el marco que le es propio, una parcela imprescindible de la realidad social, en constante expansión, fruto del nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria, que ha evolucionado desde la originaria tutela de relaciones jurídico privadas, a la actual protección de derechos indisponibles, intereses generales, públicos o sociales, así como a la resolución de conflictos de intereses considerados de relevancia menor.

En este sentido, me parece plenamente acertado y novedoso el análisis realizado en el Fundamento de Derecho sexto de la mencionada STS de 22 de mayo del año 2000, en relación con la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y su consideración como potestad jurisdiccional, amparada por el art. 117,3 CE, conforme al cual «no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan

Las demás funciones, que el art. 117.4 CE permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere, pero sin paralelismo alguno con el que nos ocupa, aunque este recurso se denomine gubernativo.

Si analizamos la actuación del Presidente del TSJ en la tramitación y resolución de dicho recurso, se constata la existencia de los requisitos o notas propias del ejercicio jurisdiccional, apareciendo incluso una que, de ordinario, no concurre en otras actuaciones de jurisdicción voluntaria en que intervienen los jueces y magistrados, cual es la contradicción.»

Cabría, asimismo, argumentar a favor de la jurisdicción voluntaria en el marco del artículo 117,3 que el artículo 117,4 CE sólo habla de garantía de

derechos, y es evidente que a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria pueden tutelarse no sólo derechos, sino también intereses legítimos, objeto ambos de la tutela judicial efectiva, a través del cauce del 117,3 CE, que distingue por otra parte entre proceso y normas de procedimiento, lo que puede suponer la inclusión de la jurisdicción voluntaria en el ámbito del ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio.

Tanto el solicitante de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como la parte en un proceso contencioso, tienen derecho a obtener una resolución judicial de fondo, sobre el derecho o interés legítimo pretendido o sobre el conflicto, relevante o no, planteado, y la tramitación ante el juez, en ambos supuestos, debería realizarse con respeto a las fundamentales garantías de procedimiento, que hagan posible la tutela judicial efectiva del justiciable. En esta línea de argumentación cabría señalar que, al igual que sucede en materia contenciosa, cabe plantear una cuestión de constitucionalidad, tanto respecto de un procedimiento en concreto, como de una proyecto específico, en materia de jurisdicción voluntaria.

No voy a entrar, en la enumeración detallada de los supuestos que a mi juicio, deben mantenerse en sede judicial, en atención o bien a la propia naturaleza jurídica de la función o bien a la mayor garantía que supone su atribución al órgano jurisdiccional, al reconocérsele a su actividad el más alto grado posible de independencia e imparcialidad, si bien si cabe señalar que, en todo caso, con carácter general, deben mantenerse en la órbita judicial:

- Todos aquellos asuntos en los que sea necesario declarar derechos o valorar situaciones con arreglo a criterios de oportunidad, conveniencia o equidad, o bien a la necesidad de aplicar a casos concretos valores más que reglas o decidir entre valores, o bien al hecho de tratarse de situaciones conexas a la jurisdicción contenciosa, o bien supuestos en los que se trate de averiguar hechos o la existencia de derechos, o bien finalmente supuestos que requieran una especial garantía o control por parte de la autoridad pública, en atención a que estemos en presencia de:
 - a. Procedimientos voluntarios en los que se trata de autorizar la restricción, y controlar su correcto ejercicio, de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas, contenidos en la sección 1ª, capítulo 2º, Título I de la Constitución.
 - b. Procedimientos relativos al derecho de familia y condición y estado civil de las personas, dado que en ellos confluyen junto con intereses privados, otros que tienen una innegable proyección pública.

- c. Procedimientos en los que se garantizan intereses generales, públicos o sociales.
- d. Actos que afecten a personas o bienes cuya defensa sea competencia de autoridades públicas o se establezca la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal.
- e. Actos que afecten a personas con capacidad de obrar limitada.
- f. Actos que requieran la formulación de juicios de valor, realizados con posterioridad a la comprobación de hechos o datos en los supuestos de que se trate.

En los últimos años, el desarrollo procedimental, paralelo a la provisión de intervención de la autoridad judicial sin que exista proceso, se ha recogido, en ocasiones, en la propia ley sustantiva civil o mercantil, generándose una inflación de procedimientos específicos, no siempre justificados en su singularidad, pero que en buena medida se amparaban en la ausencia de un procedimiento global de jurisdicción voluntaria en el libro III de la LEC. Cabría citar entre otros textos en los que se regulan actos de jurisdicción voluntaria: ley 30/1979, de 27 de diciembre, en materia de transplantes de órganos; Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de seguro, a propósito de nombramiento de tercer perito; ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre nulidad, separación y divorcio; Ley 1/1982, de 5 de mayo sobre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en relación con los menores; ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela y curatela; Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque; Ley Foral de Navarra 5/1987, de 1 de abril, sobre autorización judicial para enajenar o gravar bienes fideicomisarios; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de acogimiento y adopción; Ley 22/1987, de 11 de noviembre, en materia de Propiedad Intelectual, en supuestos de discrepancias sobre remuneración equitativa del autor, divulgación de la obra, subsanación de omisiones, reanudación de explotación de obra etc., que requieran autorización judicial; Ley de la Generalitat de Cataluña, 40/1991, de 30 de diciembre, reguladora del Código de Sucesiones por causa de muerte, sobre autorización judicial en materia de conmutación o conversión del modo que grava una institución de heredero o de legado; Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; Ley de la Generalitat de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, reguladora del Código de Familia, en materia de idoneidad para la adopción; Ley de la Generalitat de Cataluña, 18/2002, de 5 de julio, en materia de cooperativas, Ley 9/2000, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, etc...

Por otra parte, no todos los supuestos en que está prevista la intervención de un juez, sin que exista proceso, son actos de jurisdicción voluntaria, así por ejemplo, basta un simple escrito, dirigido al juez, sin más trámite de procedimiento, en el que el interesado manifieste su voluntad de renuncia, para repudiar una herencia. No obstante, en la gran mayoría de supuestos de derecho civil o mercantil –y cabría incluso plantearse la existencia de supuestos de jurisdicción voluntaria en el marco del derecho laboral, penal o internacional privado- en que dicha intervención está prevista, tipificado el caso específico en la norma sustantiva, debe producirse el correspondiente desarrollo de las reglas de procedimiento ante el juez, o bien en la propia disposición de derecho material, o bien en el paralelo procedimiento específico recogido en el libro III de la LEC, según las particularidades del caso. En el supuesto de que no se hubieran previsto normas de procedimiento, o éstas resultasen insuficientes, deberá procederse a la aplicación de la normativa que, con carácter fragmentario y supletorio, y con la denominación de disposiciones generales y disposiciones generadas en negocios de comercio, se encuentra plasmada en las partes primera y segunda del libro III de la LEC de 1881.

Parece razonable que la nueva ley de jurisdicción voluntaria regule, por el contrario, un procedimiento unitario, que refleje un acercamiento a la regulación propia del proceso contencioso, en aquellas reglas que se estime procedente, a fin de que no se identifique la jurisdicción voluntaria con supresión o disminución de garantías, plazos o formalidades, en detrimento de la tutela judicial y de la seguridad jurídica, inherentes a cualquier procedimiento de naturaleza judicial. El deseable, a mi juicio, proceso de influencia recíproca entre ambas esferas de la jurisdicción, ha tenido ya una primera manifestación, con la asunción por el código procesal civil del año 2000 de principios caracterizadores de la jurisdicción voluntaria, como la abreviación, la concentración o la libertad de forma.

Resultaría apropiado, asimismo, un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte en el procedimiento voluntario, una atenuación del dirigismo judicial, que en consonancia con la libertad de forma y el carácter más potestativo de la actuación judicial en esta esfera de la jurisdicción, pueda poner en riesgo las fundamentales garantías inherentes a todo procedimiento, una limitación del principio de impulso de oficio a aquellos supuestos de derechos indisponibles o de interés general, públicos o sociales y una aproximación de las posiciones de solicitante, interesados y terceros, en especial en aquellos supuestos en los que el interesado exprese un interés contrario al manifestado por el promovente, es decir, en aquellos casos en

que nos encontremos en presencia de lo que se denomina conainteresado en la legislación italiana, no obstante lo cual, no se produce un sobreesimiento del expediente.

El deseable acercamiento no debe suponer, en modo alguno, confusión entre ambas esferas de la jurisdicción, que tienen un campo de aplicación y unas características netamente diferenciadas, en especial en lo referente a la ausencia de los principios de igualdad de partes, de preclusión y de efecto material de la cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria, así como la ausencia, como ya hemos señalado, de lesión de derecho o interés legítimo o de contradicción relevante en el marco de la jurisdicción voluntaria.

La implantación, finalmente, de un auténtico procedimiento global y unitario de jurisdicción voluntaria, que sustituya a las inconexas reglas de procedimiento actuales, debería obligar, en buena lógica, a revisar los numerosos procedimientos específicos contenidos en leyes sustantivas, a los efectos de determinar cuáles procede que continúen vigentes y cuáles no se encuentran justificados conforme a la actual regulación, e incluso cabría plantearse la posibilidad de proceder a una recodificación formal de todos los supuestos de jurisdicción voluntaria en la ley reguladora específica de esta esfera de la jurisdicción, si ello no supusiese una excesiva perturbación en el sistema, que no resultase asumible. Lo que sí parece razonable es procurar que los nuevos procedimientos de jurisdicción voluntaria sean ubicados en la nueva Ley, lo que obligará a regular un procedimiento con la suficiente flexibilidad para acoger los nuevos supuestos que se puedan establecer en el futuro, por razones de coherencia formal, sistemática e incluso educativa de la propia legislación, al desaparecer la justificación de su inclusión en leyes sustantivas, en atención a la inadecuación de la

libro III de la LEC de 1881 a la realidad social, debido a su carácter obsoleto, o a la falta de coordinación entre los diversos textos legales¹³.

En todo caso, la jurisdicción voluntaria se configura como parte integrante de la idea de Administración de la Justicia, considerada como función con un contenido más amplio que el correspondiente a potestad jurisdiccional. Lo que no parece adecuado es utilizar la noción o la expresión jurisdicción voluntaria fuera del marco judicial o consular, en atención a los parámetros de constitucionalidad establecidos en el art. 117,3 y 4 de la Constitución¹⁴.

Conforme a este criterio, se ha pronunciado la citada STS de 22 de mayo del año 2000: «el que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para los que tal denominación es hartamente discutible...».

VI. RACIONALIZACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

La nueva regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria debería suponer la desaparición de las contradicciones que, denunciadas por la doctrina, produce la actual legislación en la materia, y que sólo pueden ser suplidas por la armonización sistemática y la interpretación correctora de los textos. La desregulación y racionalización deberá ir precedida, no obstante, de una revisión de supuestos que han caído en desuso, tienen nula aplicación práctica o son auténticos cadáveres legislativos, a los efectos de su no inclusión en el nuevo texto legal¹⁵.

El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial, no supone, por otra parte ningún obstáculo en esta materia, para racionalizar el

¹³ Vid. al respecto en, SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Madrid, 2002; DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen constitucional del poder judicial*, Madrid 1991, pp. 23 ss.; Como señala RAMOS MÉNDEZ «los actos constitutivos de jurisdicción voluntaria gráficamente demuestran su jurisdiccionalidad porque deben al juez su existencia jurídica», *Derecho Procesal Civil*, t. III, cit., pp. 1289; Sobre la jurisdiccionalidad de la jurisdicción voluntaria vid. CARNELUTTI, *Institución del nuovo processo civile italiano*, I, Roma 1951, pp. 1 ss.; Sobre la polémica acerca de su naturaleza jurídica vid., con carácter general en FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 97 ss.; Id *Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil 36, cit. pp.1295 ss.

¹⁴ Vid. en este sentido en, HABSCHIED, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., München 1983; DENTI, *La giurisdizione volontaria revisitata*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1987, y en Studi in onore di E. Allario, Milano 1989, pp. 181-196; TARZIA, *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, Atti del XVII Congresso Nazionale del Processo civile, cit., pp. 263-270; MONTESANO, *I procedimenti in camera...*, Atti del XVII Congresso... cit., pp. 256-262.

¹⁵ Sobre la consideración de las diligencias preliminares como actos de jurisdicción voluntaria vid. en MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II, Parte Especial*, con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN y BARONA, Valencia 2000, pp. 153 ss.; En análogo sentido, señala DIEZ-PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2001, pp. 229: «...aunque la doctrina considera las diligencias preliminares actuaciones de jurisdicción voluntaria, y la jurisdicción voluntaria ha quedado fuera del ámbito objetivo de la LEC, en este caso el legislador ha hecho una excepción a esa regla. Probablemente la razón de que la LEC, regule las diligencias preliminares pese a ser actos de jurisdicción voluntaria debe buscarse en la necesidad que había de introducir cambios en su regulación para darles mayor eficacia, lo que no debía esperar hasta la aprobación de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria».

Sobre la consideración de los supuestos de separación y divorcio por mutuo convenio, como actos de jurisdicción voluntaria, afirma GÓMEZ COLOMER, en *Derecho Jurisdiccional II, Parte Especial*, cit. pp. 729 ss., que «estamos probablemente ante el mejor ejemplo que se puede poner de jurisdicción voluntaria, pues la ausencia de controversia es total...».

sistema, redistribuir entre jueces y secretarios las competencias asignadas al órgano jurisdiccional y desjudicializar aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica, comprenden a otros profesionales del derecho, en especial notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en atención a su especialización y a la competencia funcional que se les reconoce por el Ordenamiento Jurídico.

Como actos de Jurisdicción voluntaria obsoletos, de nula aplicación práctica o de escasa eficacia, manifestaciones de la actual discordancia entre lo legislado y la realidad social, que deberá ser corregida en la futura reforma, cabe señalar:

- Las informaciones para dispensa de ley, que en su regulación actual, han perdido significación.
- El aumento de la prima del seguro en tiempos de guerra.
- El procedimiento de apeos y prorrates de foros.
- La intervención notarial, mediante acta de notoriedad, en la formalización del derecho de tanteo de alguno de los partícipes en la venta de una nave, prevista en el art. 2167 LEC.
- El sometimiento de los actos de notoriedad notarial a la homologación judicial, conforme a los artículos 203 LH y 209 y 297 RH, dado que supone una disfunción del procedimiento, revela una prevención no razonable frente a la competencia notarial y ocasiona una limitación en la práctica de sus efectos, lo que hace aconsejable la revisión o supresión del sistema establecido.
- La requisa de víveres. El supuesto que está regulado en los artículos 616 CCo y 2161,10 LEC debe ser suprimido por anacrónico, al preverse la posibilidad de que el capitán obligue a poner en común durante el viaje marítimo víveres privativos, y que el dueño de los víveres no se conforme o con la necesidad o con el precio fijado y solicite una información judicial en el primer puerto de arribada.
- El préstamo a la gruesa. El procedimiento, conforme a los artículos 611 CCo y 2161,9 LEC, mediante el cual el capitán solicita autorización judicial para obtener, por medio de un préstamo a la gruesa, medios necesarios para la expedición marítima o para atender necesidades urgentes durante la navegación, es hoy considerado por toda la doctrina como obsoleto, en atención a su no utilización, en la práctica, al haber sido sustituido por otros mecanismos de crédito más propios del moderno tráfico económico.
- La venta de nave inutilizada. En el artículo 2161,6 LEC, se prevé el supuesto de la nave que en viaje se haya inutilizado para la navegación, en cuyo caso, verificada la justificación pericial de la inutilidad, se procederá a su venta en pública subasta, previa la concesión de la autorización por el juez. El procedimiento tenía justificación en 1881, en atención a las dificultades de comunicación que en ocasiones se producían entre el capitán y el naviero, al efecto de decidir sobre la venta del buque. Ahora bien, la facilidad de comunicación existente en la actualidad, convierte en excepcional el supuesto previsto de autorización judicial supletoria respecto del consentimiento del naviero, por lo que parece razonable proponer la supresión del procedimiento.
- El abandono del cargamento para pago de fletes, previsto en los artículos 687 CCo. y 2156 LEC, hace referencia a aquellos supuestos en los que el cargador se niega a recibir la carga, abandonándola en poder del fletante o naviero, con el fin de liberarse del pago del flete, cuando al menos las tres cuartas partes del cargamento líquido porteado se hubiese derramado. Se trata de un procedimiento arcaico y anacrónico que limitado a los supuestos en que el cargamento consiste en líquidos, no ha sido aplicado en los últimos decenios, por lo que debería ser suprimido.

No debería, finalmente, extenderse artificialmente el campo de la jurisdicción voluntaria fuera de su propio ámbito, por meras razones de economía procesal, lo que se produciría si se tramitasen por la vía del procedimiento voluntario supuestos de tutela de derechos o intereses lesionados o supuestos de conflicto relevante. No se puede establecer una jurisdicción voluntaria contra natura por un simple deseo de celeridad. Una cosa es que se facilite la transacción, y el compromiso, y otra es que se desnaturalice en un procedimiento voluntario, el conocimiento de supuestos en los que lo que subyace es la tradicional lucha por el derecho.

La conformación como voluntarios de determinados supuestos, se habría debido en su momento a la necesidad de arbitrar un procedimiento abreviado o urgente, que eludiera la excesiva dilación del proceso civil ordinario, más que a su verdadera naturaleza jurídica, en atención a la relevancia de la contradicción o conflicto.

En el momento actual, dadas las características de concentración y economía procesal de la LEC 2000, la inclusión de una serie de supuestos en el marco de la jurisdicción voluntaria ha perdido la justificación que en su momento habría podido existir, lo que hace

aconsejable su transferencia al ámbito de lo contencioso. Podrían considerarse incursos en este apartado los siguientes casos:

1. La remoción del tutor, curador o defensor judicial, debería llevarse a cabo en juicio ordinario, en atención al grado de contenciosidad, manifiesta o latente, que se produce en la mayoría de estos supuestos.
2. La esterilización de un incapaz con graves deficiencias psíquicas, que conforme al art. 156,2 del Código Penal puede autorizarse mediante expediente de jurisdicción voluntaria, debería transformarse en un proceso contradictorio, dado que no parece razonable que haya que acudir a un proceso para incapacitar a una persona y que pueda esterilizarse a una persona por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria.
3. La determinación judicial de las medidas para asegurar la contribución de un cónyuge a los cargas del matrimonio, en caso de incumplimiento por parte de éste, art. 1318 CC y disposición transitoria décima, Ley 11/1981 de 13 de mayo.
4. La autorización judicial para realizar actos de disposición sobre la vivienda y los bienes destinados al uso familiar, en caso de discrepancia conyugal, conforme a los arts. 96 y 1320 CC.
5. Autorización judicial en los actos de administración y disposición de los bienes gananciales, en caso de discrepancia conyugal, conforme al art. 1377 CC.
6. Supuestos de infracción de los deberes de los cónyuges en el uso de los poderes de gestión de la comunidad y del deber de informar al otro cónyuge, conforme a los números 2 y 4 del art. 1393 CC.
7. Supuestos de negativa a facilitar el derecho de comunicación de la contabilidad, conforme al art. 2166 LEC 1881.
8. Supuestos de discrepancia entre los socios relativa a la administración de la sociedad y nombramiento, en consecuencia, de un coadministrador, conforme a los arts. 131 y 132 CCo. y 2163 LEC 1881.
9. Supuestos de robo, hurto o extravío de documentos al portador, en el caso de que exista oposición a la denuncia, conforme a la ley 1999/1985, de 17 de julio, arts. 84 a 87, 96 a 155.
10. Supuestos de discordia entre los partícipes respecto a reparación y recomposición de una nave, conforme al art. 216.8 LEC 1881.
11. Supuestos de discrepancias en materia de propiedad intelectual que requieran la autorización judicial para la divulgación de una

obra, art. 40 LPInt., la fijación judicial de una remuneración equitativa del autor atendidas las circunstancias del caso, art. 47 LPInt.; la subsanación judicial de omisiones en el contrato de edición, art. 61.2 LPInt., fijación del plazo de reanudación de explotación de la obra, art. 68,2 LPInt., en los que debería considerarse de suficiente relevancia el conflicto existente, a los efectos de su inclusión en el marco de la jurisdicción contenciosa.

12. La anotación preventiva de legados, por mandato judicial, en el supuesto de desacuerdo entre los afectados, conforme los artículos 55 á 57 L.H.

El carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, en atención a las decisiones contingentes de política legislativa ha sido por otra parte, una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción, y así por ejemplo los alimentos provisionales y la incapacitación por locura, fueron en una primera época de vigencia de la LEC 1881 expedientes de jurisdicción voluntaria, siendo con posterioridad transvasados a la jurisdicción contenciosa. En la misma línea, el legislador de la Ley Procesal Civil del año 2000 ha incluido en su seno supuestos que con anterioridad se regulaban por el trámite voluntario, como el internamiento de personas incapaces por trastornos psíquicos o conforme al artículo 770 LEC, las pretensiones que se formulan al amparo del título IV, libro I del Código Civil, relativo al matrimonio, que se sustanciarán por los trámites del juicio verbal.

En sede judicial, pero atribuida su competencia a los Secretarios judiciales deberían mantenerse, con carácter general, los procedimientos voluntarios de aseguramiento, prevención y ejecución así como determinados supuestos de homologación. La mayoría de la doctrina procesalista, la Recomendación del Consejo de Europa de 1986, el apartado 11 del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por el PP y el PSOE el 28 de mayo del año 2001, y el Acuerdo del mes de febrero del año 2003 entre el Ministerio de Justicia con las Comunidades Autónomas, que tienen transferidas competencias en esta materia, en el que se reconocen la necesidad de atribuir nuevas competencias a los Secretarios judiciales en materia de ejecución, conciliación y jurisdicción voluntaria en general. La confirmación de esta tendencia se ha manifestado asimismo, como ya hemos tenido la ocasión de señalar e páginas anteriores, en los artículos 438,3 y 5 y 456,3 y 4, de la Ley Orgánica 23-12-2003, por la que se reforme la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y en la formulación del Ministro López Aguilar, expresado en Valencia en el año 2004, referidos a la necesidad de reformar la Jurisdicción voluntaria.

El procedimiento podría consistir en reconocerles competencia para dictar decretos motivados, con hechos, fundamentos de derecho y fallo, en los asuntos que se les atribuyan, decretos motivados que serían recurribles ante el Juez en primera instancia. La utilización del término decreto supondría, por otra parte, la recuperación de la denominación de la resolución «*decretum*», con la que el magistrado romano concluía el procedimiento de jurisdicción voluntaria, así como la armonización con la terminología utilizada en la legislación alemana -el *Rechtsfleger* alemán, equiparable al Secretario Judicial español, concluye el procedimiento de jurisdicción voluntaria, mediante un decreto motivado-, y en la legislación italiana.

Parece, por todo ello, razonable atribuir a estos funcionarios la titularidad competencial en materia de conciliación, ejecución, en el ámbito de las medidas de prevención, aseguramiento y prevención, así como en los supuestos de diligencias preliminares, en los impropiamente denominados procesos de separación o divorcio por mutuo consenso y en el otorgamiento de la posesión de bienes hereditarios, en la hipótesis deseable de que se produzca un traspase de la regulación de estas instituciones que, no obstante su clara naturaleza voluntaria, se encuentran tipificadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria¹⁶.

Convendría asimismo reflexionar sobre la posibilidad de que determinadas competencias en la actualidad atribuidas a la Judicatura, como la consignación de deudas dinerarias, las subastas voluntarias, la protesta de averías o el inventario de bienes, fuesen atribuidas de forma compartida a Secretarios Judiciales y Notarios, como titulares respectivos de Fe pública judicial y extrajudicial, lo que implicaría la posibilidad de que el usuario pudiese optar por acudir a unos u otro de los agentes jurídicos para la formalización de las correspondientes actuaciones.

En los asuntos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se mantenga en la exclusiva competencia de los jueces, podría atribuirse al secretario, la tramitación del expediente que debería en todo caso

se estudiado y decidido por el juez en auto motivado. Ello supondría, en estos supuestos, el respeto, al menos de un punto de vista formal, a la supresión de las propuestas de autos definitivos atribuidas a los secretarios judiciales, operada por el código procesal civil del año 2000, así como un reparto de funciones entre jueces y secretarios en esta materia. La atribución de competencia, en los demás supuestos de jurisdicción voluntaria, a los secretarios judiciales, que decidirían mediante decreto motivado, con análogos efectos a los autos judiciales, supondrá, por otra parte, una armonización, en este campo, de la regulación especial, con la correspondiente a otros países comunitarios, de tradición jurídica semejante a la nuestra.

Se descargaría con ello de competencias a los jueces, que se atribuirían a estos funcionarios del derecho, que integran el órgano jurisdiccional, al menos a partir de la LOPJ de 1985, conforme a la opinión de una parte de la doctrina procesalística, cualificados por su preparación jurídica y por su dominio de la técnica procesal, que se encuentran en el momento actual, al decir de la mayoría de los estudiosos que se han pronunciado sobre la cuestión, infrautilizados en el marco de la Administración de Justicia¹⁷, no obstante, la relevancia de las funciones que se les atribuyen en el marco de la Administración de Justicia: dación de fe, dación de cuenta, ordenación procesal y determinadas competencias en el ámbito de la ejecución¹⁸.

Sería deseable, en todo caso que, se valorase la creación, en el futuro, de juzgados que tuviesen atribuida la competencia en exclusiva en esta materia, tal como sucedía en la Edad Media, con los *judices chartularii*, ante los que, en atención a su especialización judicial, se desarrollaba, con carácter exclusivo, la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria. En los pasados decenios en torno a un 10% de los asuntos conocidos en los juzgados civiles se corresponden con procedimientos de jurisdicción voluntaria.

No voy a entrar tampoco en este estudio, en el examen detallado de los procedimientos que, a mi

¹⁶ Vid. en este sentido en ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura jurisdicción voluntaria*. Fe pública Judicial, III Jornadas, Madrid 1987, pp. 65 ss.; PEDRAZ, *La nueva secretaría judicial*, RPJ, 1992, pp. 85 ss. y MARTÍN OSTOS, *El Secretario Judicial a examen*, Madrid 1994. Sobre atribución de competencias específicas a los Secretarios Judiciales, vid. VÁZQUEZ SOTELO, *La intervención de Secretario en el proceso*, I, JFPJ, Barcelona 1985; MORENO CATENA, *La Fe Pública Judicial y la publicidad en la LOPJ*, II JFPJ, Alicante 1986; LORCA NAVARRETE, *El Secretario Judicial en el contexto de la técnica monitoria civil*, VJJFPJ, Salamanca 1990; HABSCHIED, *El Rechtspfleger en Europa*, trad. Bujosa, Berlín 1989; NÚÑEZ RODRÍGUEZ, *La intervención del Secretario Judicial en el Registro Civil*, IV JFPJ, 1991, SEOANE CACHARRÓN, *Hacia un modelo europeo de Secretario Judicial*, V JFPJ, Salamanca 1990; Id. *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre jurisdicción voluntaria*, Revista Centro Estudios Ministerio de Justicia 2003, pp. 91-108.

¹⁷ MARINA, *Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación*, AAMN, t. 32, 1991, pp. 496 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *La impugnación de los actos registrales*, RCDI, 1955, pp. 413 ss.; GERONA PEÑA, *La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral*. Estudios de Derecho Procesal, vol. III, 1996, pp. 3936 ss.; AMORÓS, *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, RCDI, 1967.

¹⁸ Vid. en este sentido, ORTIZ NAVACERRADA, *El Secretario Judicial en el borrador de Proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, en Actualidad Civil núm. 33, pp. 15-21 septiembre de 1997. Opinaba ya entonces este autor que mejorarían los rendimientos prácticos del órgano jurisdiccional, si el Secretario Judicial asumiera sin reservas, la totalidad de actuaciones estrictamente ejecutivas que todavía continúan, en parte al menos, residenciadas en el Juez.

juicio, especialmente en el campo del derecho de cosas y en el del tráfico mercantil de sociedades, cabría atribuir en esta materia, al otro relevante Cuerpo de Profesionales del Derecho, el de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Parece, en principio, razonable el reconocimiento a estos operadores jurídicos de todas las competencias relacionadas con los actos de publicidad directa, como son las inscripciones, en cuanto titulares de una función pública, que se remonta a los funcionarios titulares de los Archivos Públicos romanos, con arreglo a la cual proceden a su valoración y calificación, conforme a la ley, con fundamentales efectos jurídicos de los actos en que intervienen, y respecto de los que cabe, en todo caso, el control y revisión judicial¹⁹.

Los Registradores, en cuanto órganos de las Administraciones, que ejercen una potestad pública, a través del procedimiento registral, podrían asumir todos aquellos procedimientos que incardinados de manera especial, aunque no exclusiva, en el marco de los derechos reales, como la anotación preventiva del crédito refraccionario, o la rectificación de errores en los Asientos del Registro de la Propiedad y en el del derecho societario, como la convocatoria de juntas generales de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, o asambleas generales de cooperativas en determinados supuestos, o bien, el nombramiento de interventores, liquidadores o auditores en situaciones concretas, tengan clara vocación registral.

Baste decir que, tanto en materia civil como en mercantil determinados procedimientos que se desjudicialicen pueden ser atribuidos con idéntica eficacia tanto a Notarios como a Registradores, que en los supuestos desjudicializados deban mantenerse los principios de audiencia y contradicción, al propio tiempo que suprimirse toda huella procesal y de manifestación de imperio, y que es en sede de disposiciones finales de la futura Ley Jurisdicción Voluntaria, donde deben incluirse los supuestos que salen de la órbita judicial y en sede de la legislación hipotecaria, notarial y registral, donde debe residenciarse la regulación correspondiente.

Notarios y Registradores son al propio tiempo, profesionales privados del derecho y órganos de la Administración pública, titulares activos de las funciones públicas que les atribuye el Ordenamiento Jurídico, y responsables de las actuaciones desarrolladas en su ejercicio ante los órganos judiciales.

En relación, finalmente, con la atribución de competencias que, podrían ser transferidas al Notariado²⁰, cabe señalar que parece necesaria una mayor colaboración e implicación en este campo, de quienes ostentan la doble condición de titulares de una función pública al servicio de los intereses generales, y de profesionales privados del derecho, lo que supone, por otra parte, la recuperación de su legítimo protagonismo en esta materia, que ya les había sido reconocido por la historia, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación, acreditación y ciertos supuestos de homologación y de fe pública extrajudicial, mera presencia o comprobación de hechos, garantía de derechos, que se han visto reforzadas en el último siglo, en consonancia con la seguridad jurídica preventiva y la finalidad antilitigiosa de la actividad notarial, y que han hecho que el Notario actual, en palabras de Rodríguez Adrados, «no sea un mero fedatario público, sino que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias y a los presupuestos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes»²¹.

La función notarial se ejerce, por otra parte, de forma independiente e imparcial, sin sometimiento a ordenación jerárquica, y su actuación, incluso en su función de dar fe pública, está sometida al control judicial. No constituye la actividad notarial un servicio público en su concepción administrativa, aunque si supone el ejercicio de un servicio público en cuanto a su función certificante y autorizante, en la medida en que se trata de una delegación parcial de la soberanía del Estado, que controla su recto ejercicio.

Entre las funciones que cabe atribuir al Notariado en esta materia cabe señalar, a mi juicio, las siguientes:

¹⁹ Vid. al respecto en FONT BOIX, *El notariado y la jurisdicción voluntaria*, en Academia Matritense del Notariado, t. XV, 1967, pp.; ALMAGRO, *Derecho Procesal*, cit., pp. 530 ss.; SOLIS VILLA, *La defensa de los consumidores y la función notarial*, Estudios Academia Sevillana del Notariado, Madrid 1998; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Borrador para un Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la LEC y de la L.H.* Agosto 1991, Inédito, reseñado y consultado en el estudio de Gómez-Ferrer; GÓMEZ-FERRER, *Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp.9-178; GÓMEZ COLOMER, con MONTERO, MONTÓN y BARONA, cit., p.903; AUGER, *Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Anales de la Academia Matritense y del Notariado, 33, 1992, pp. 7-27; BELLOCH, J.A., *Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp. 9-42; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 141-162.

²⁰ Vid en este sentido RODRÍGUEZ ADRADOS, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

²¹ Vid. al respecto en NUÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid 1950, pp. 414 ss.; DE LA CÁMARA, *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en Derecho español*, Madrid, 1950; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, RDN, CXXXVI, abril-junio, 1987.

1. Las informaciones para perpetua memoria, en cuanto que tienen por finalidad dejar constancia y documentar declaraciones testificales, función típicamente notarial, por lo que deberían suprimirse, en favor de las actas notariales de notoriedad.
2. Las subastas judiciales voluntarias, en la medida en que se trate de un acto de presencia y documentación propia de la actividad del notario o del secretario judicial, por lo que cabría establecer la posibilidad de que el justiciable pudiese opcionalmente acudir a uno u otro profesional del derecho.
3. La formación de inventarios de la herencia debería atribuirse con carácter opcional a la competencia notarial, por ser las funciones de presencia y documentación propias de su actividad.
4. En la línea de lo establecido en el artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en el que se prevé la posibilidad de consignar ante Notario el importe de una letra de cambio, podría establecerse como competencia compartida entre Notarios y Secretarios, la consignación de deudas dinerarias, sin perjuicio de que se mantenga en el ámbito de la competencia del juez la declaración de extinción del derecho, conforme a los artículos 1178 a 1181 del Código Civil.
5. La posesión judicial para los supuestos de adquisición por un título distinto del hereditario, conforme a los artículos 2056 a 2060 LEC, ha caído en desuso, por la práctica de acudir al notario para que requiera, al arrendatario o administrador, a fin de que reconozcan la condición de propietario del adquirente. Se trataría de adecuar la regulación legal con la práctica usual.
6. En los deslindes o amojonamientos no contenciosos, se trata de documentar un acuerdo dispositivo realizado por los interesados, por lo que debería quedar abierta la posibilidad para el usuario para optar por acudir a los Secretarios o a los Notarios.
7. La presencia y documentación que requiere la celebración del matrimonio civil, hace aconsejable que se atribuya esta competencia al Notariado, con carácter compartido con los Secretarios Judiciales y Alcaldes. El divorcio aunque sea por mutuo acuerdo, por lo que supone de ruptura del vínculo conyugal y aunque no hubiere menores e incapacitados, debería mantenerse en la órbita judicial. Más dudosa sería la atribución, en idéntico caso, al Notario, como competencia compartida con el órgano judicial, de la separación de mutuo acuerdo, aunque también en este supuesto me inclino por la solución negativa, no obstante lo que he escrito hace años en sentido contrario, dada la necesidad de valoración del convenio regulador. En el extranjero, la celebración del matrimonio se hará en presencia del funcionario diplomático o del agente consular encargado del Registro Civil.
8. En las uniones de hecho, convendría regular la función documentadora y de acreditación del notario, respecto a la existencia real de la unión y el tiempo de duración previo a tal acto de constatación.
9. En materia de adopción debería regularse la colaboración del notario, a los efectos de acreditar documentalmente, mediante acta de notoriedad, la obligación legal del periodo de tiempo que la ley exige que debe cumplirse en situación de acogimiento preadoptivo por el adoptante o bajo su tutela.
10. La comprobación de la autografía del testamento ológrafo y su protocolización, es un acto típico de la función notarial, a quien debe atribuirse en exclusiva.
11. La protocolización y comprobación de la autenticidad de memorias testamentarias, arts. 1969 a 1979 LEC 1881, como instituciones propias de Cataluña y Navarra, son actos característicos de la función notarial, a quien deben atribuirse en exclusiva. En la actualidad, conforme al 672 CC., dichas memorias sólo resultarán válidas si observan los requisitos del testamento ológrafo.
12. La acreditación de la autenticidad, y la comprobación del cumplimiento de los requisitos y formalidades legales en supuestos de testamentos abiertos, realizados sin la intervención del notario, como el militar, el marítimo, en peligro inminente de muerte, en caso de naufragio, en tiempo de epidemia o determinadas manifestaciones testamentarias propias del Derecho civil de Comunidades Autónomas, constituyen una función propia del Notario, a quien debe atribuirse la competencia con carácter exclusivo.
13. La apertura del testamento cerrado debería ser de competencia notarial exclusiva, como así ya se establece en el artículo 114 del Código de Sucesiones de Cataluña. No parece razonable que si el notario ha intervenido en la acreditación de que el documento introducido en el sobre recoge la voluntad testamentaria, aunque se mantenga secreto su contenido y una vez acreditados estos extremos lo protocoliza en su archivo, no pueda procederse ante Notario a la apertura de di-

- cho testamento, si bien así se dispone en la correspondiente regulación. En sentido contrario, el art. 114 del Código de Sucesiones de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, establece que acreditado el fallecimiento del testador el Notario, a instancia de parte interesada, procederá a abrir el sobre que contiene el testamento cerrado y a protocolizarlo, autorizando a este fin una nueva acta.
14. En la aceptación y repudiación de la herencia, derecho de deliberar y aceptación de la herencia a beneficio de inventario, debería establecerse la competencia compartida entre el Secretario Judicial y el Notariado, a fin de que el usuario pudiese optar por acudir alternativamente a uno u otro, dado que se trata de actos de documentación y autenticación. En el caso de que en estos supuestos no hubiere proceso judicial pendiente, la atribución de la competencia al Notariado debería tener carácter exclusivo.
 15. Debería establecerse la posibilidad de inmatriculación mediante acta de notoriedad, y suprimirse la intervención judicial homologadora de la decisión del Notario, en los supuestos de actas notariales de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo o registrar los excesos de cabida, por suponer una desnaturalización de la actividad notarial y una inapropiada desconfianza de su actuación.
 16. No parece procedente la exclusión de la intervención notarial en el caso de declaración de herederos a favor de parientes colaterales, si bien, en sentido contrario, se ha justificado por un sector doctrinal, en atención a la mayor probabilidad de la existencia, en estos supuestos, de herederos desconocidos.
 17. La protesta de averías, en cuanto se trata de documentar formalmente la existencia, causas y circunstancias de una avería, es un acto propio de la función notarial, a quien debe atribuirse de forma compartida con los Secretarios Judiciales.
 18. Debería atribuirse al Notariado competencia para el reconocimiento y depósito de efectos mercantiles, sin perjuicio de mantener en el ámbito judicial la declaración de extinción del derecho.
 19. La apertura de escotillas para hacer constar la buena estiba del cargamento, es una actividad de control y documentación propia de la actividad notarial, y debería atribuírsele en exclusiva o de forma compartida con los Secretarios Judiciales.
 20. La documentación de la renuncia de los legatarios a su derecho de anotación preventiva, conforme al art. 149 RH.
 21. La inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas. Conforme al 312 RH., el requerimiento al propietario para que inscriba puede ser notarial o judicial, pero parece más razonable que sea notarial o registral, suprimiéndose la intervención del juez en este ámbito.
 22. La aprobación de la repudiación de la herencia realizada por los representantes de asociaciones, corporaciones y fundaciones, prevista en el art. 993 CC., podría asimismo atribuirse como competencia compartida, que daría lugar a la opción del interesado para acudir a uno u otro profesional del derecho, a Secretarios Judiciales o Notarios.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como reflexiones finales, que podrían adicionarse o serían de complemento a las ya expuestas, cabría hacer mención de las siguientes:

- 1) Las resoluciones dictadas en sede de jurisdicción voluntaria, así como las actuaciones atribuidas a otros profesionales del derecho, como resultado de la desjudicialización de competencias en esta materia, podrán en todo caso ser objeto de control o revisión judicial en proceso ordinario.
- 2) No parece, en principio, razonable judicializar supuestos cuya competencia se encuentra, en el momento actual, atribuida a otros operadores jurídicos, aunque si se vislumbra la oportunidad de reordenar, con mejor criterio, determinadas competencias fuera de su actual marco ²².
- 3) Parece razonable incardinar, en líneas generales, la futura regulación de la jurisdicción voluntaria, en lo que constituye el actual marco de referencia de esta institución en las legislaciones más próximas de nuestro entorno comunitario como Italia, Portugal, Francia o Alemania: supuestos negociales, pequeños desacuerdos en el marco de la convivencia matrimonial o de las parejas de hecho, o en el ejercicio de la patria potestad autorizaciones, homologaciones, declaración de derechos,

²² Vid. En esta línea de argumentación, como en general en toda su reflexión sobre la jurisdicción voluntaria las, a mi juicio, acertadas propuestas sobre la jurisdicción voluntaria, formuladas por RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, cit. pp.17 ss; Id. *Derecho Procesal Civil*, T. III. Cit. pp.1289 ss.

control de determinados actos, resoluciones urgentes, tutela de intereses públicos generales o sociales, en los que la actuación de los particulares trasciende de la esfera de la autonomía privada lo que se ha dado en denominar jurisdicción voluntaria tutelar de determinadas relaciones jurídico-privadas que afectan a menores, incapacitados, desvalidos o ausentes y supuestos de autorización judicial en la restricción, garantía y control en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

- 4) En el marco de la jurisdicción voluntaria no cabe que los particulares conformen un procedimiento de naturaleza constitutiva, cautelar o ejecutiva, al margen de los preceptos legales existentes, lo que supone el mantenimiento del principio del *numerus clausus* en esta parcela del Ordenamiento.
- 5) Las disposiciones generales contenidas en la primera y segunda parte del libro III LEC 1881 no integran un procedimiento completo, sino que constituyen un conjunto de disposiciones parciales, por lo que habrá que acometer la tarea de elaborar unas auténticas y completas Disposiciones Generales en la futura Ley de la materia. Convendría elaborar, en este sentido, una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, en la que se recojan sus principios informadores, y las reglas de procedimiento que incardine esta esfera de la jurisdicción en el marco de la ciencia procesal del siglo XXI y no en el campo de la mera técnica procedimental.
- 6) Se impone la necesidad de una ley sustancialmente nueva, elaborada desde una posición reflexiva, metódica y sistemática, superadora de la concepción de la jurisdicción voluntaria como residual frente a la contenciosa y que conecte con la realidad social del actual momento histórico, más complejo en ocasiones y más simplificado en otras, que

el existente cuando se aprobó el libro III de la LEC de 1881 que, todavía vigente, ha permanecido en vigor más de 120 años.

Doctrina y Jurisprudencia están de acuerdo, en que es hora ya de que la jurisdicción voluntaria, deje de ser un campo de experimentación del legislador. En el marco de la necesaria adaptación de ese organismo vivo que es el Derecho, al progreso de la civilización, el legislador está llamado a tomar en consideración, los logros de la especulación intelectual de la doctrina científica y las aportaciones y experiencias de los demás operadores jurídicos, realizadas durante la pasada centuria y en los años transcurridos de la presente, a los efectos de lograr una regulación de la jurisdicción voluntaria, que al propio tiempo que tenga en cuenta las necesarias enseñanzas de la historia y de la tradición procesalística española, «no hay dogmática sin historia o no debería haberla -escribía Tomas y Valiente en 1996- porque los conceptos e instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible pero condicionante», combine de forma adecuada, las obligadas soluciones de política jurídica, con la realidad social del momento actual, y una adecuada proyección hacia el futuro. Sería deseable que sin atender en este punto, al conocido aserto goethiano, de que todo lo incompleto es fecundo, se elabore una ley lo más completa posible que, escrita con buena técnica jurídica, conforme a las exigencias de la dogmática del derecho procesal, suprima los expedientes obsoletos, reforme los todavía útiles, traslade e incorpore de otros textos legales los que tienen naturaleza voluntaria y sistematice y redistribuya competencias, en aras de la racionalización del sistema, desjudicializando, a favor de otros profesionales del derecho, las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza, a fin de dar respuesta, en definitiva, también en esta parcela del Ordenamiento Jurídico, al desafío de una justicia, más moderna y eficaz.

LA CADUCIDAD DE LOS RECLAMOS CONTRA EL ESTADO *

DANIEL OCHS

Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Católica
Profesor de Derecho Público III, Facultad de Derecho, Universidad de la República

El art. 39 de la Ley N°11.925, de 27-III-1953, establece textualmente que "...Todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, caducarán a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles. Esta caducidad se operará por períodos mensuales. A los efectos de la aplicación de este artículo, deróganse todos los términos de caducidad o prescripción del derecho común y las leyes especiales, con la única excepción de lo relativo a las devoluciones y reclamaciones aduaneras que seguirán rigiéndose por las leyes respectivas...".

Enfrentado a un panorama legislativo francamente denso en materia de normativa reguladora de la prescripción y la caducidad de los reclamos contra los entes estatales, el legislador de 1953 enfrentó y definitivamente neutralizó tamaña dispersión empleando, a texto expreso, un método abrogatorio que nuestro Código Civil en su art.10 no asumió, porque este art.39 derogó "en bloque" (tal como se establece en el art. 5 CC italiano) todas las previsiones -generales y especiales- consagratorias de algún régimen prescriptivo o extintivo de los créditos adeudados por el Estado. Por consecuencia, luego de entrado en vigencia este art.39 fue totalmente innecesario –improcedente- que el intérprete practique operaciones de conciliabilidad entre la nueva disposición y la normativa anterior, indagando una eventual derogación tácita, porque toda ella quedó alcanzada por el mentado efecto abrogatorio genérico.

El primer punto que corresponde consignar refiere a que este art.39 resulta aplicable a todas las entidades estatales, según el art. 22 de la ley N° 16.226, que contrarió el criterio preconizado por SAYAGÜES en su Tratado, según el cual el citado art.39 es sólo aplicable a los créditos contra el Estado Central, excluyendo de su ámbito de aplicación a las entidades estatales menores-. Dicha ley interpretativa, que adoptó el criterio postulado por la jurisprudencia unánime, es de legitimidad constitucional indisputable por cuanto el vocablo ESTADO es en la Constitución uruguayá claramente de

significación biunívoca, como surge del tenor literal de su art.24, en donde es aludido en los dos sentidos (primero el restricto y luego el amplio), por manera que pudo inobjetablemente el legislador de 1991 "declarar" que en 1953, al utilizar la palabra Estado, quiso predicar el segundo criterio.

Este art.39 de la Ley N° 11.925 es aplicable sólo a los reclamos pecuniarios, conforme lo proclama reiteradamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que en este punto se aparta del temperamento propiciado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo -al menos mientras estuvo a cargo del doctor PIAGGIO SOTO- que estima, por lo contrario, que esta previsión legal resulta aplicable a todo tipo de reclamo, sea dinerario o no;

La caducidad, conforme lo prescribe el art.376 inciso 6° Ley N° 12.804, "declarada" vigente por el art.45 del Decreto Ley N° 14.189, se suspende ante la gestión fundada del interesado siempre que medie reclamo de una suma dineraria determinada, que no es lo mismo que líquida. Efectivamente: puede tratarse de un reclamo determinado (en el sentido que le acuerda a esta palabra "determinado" el art.1261 ordinal 3° del CC cuando describe el objeto como elemento de validez de los contratos) pero ilíquido, o fácilmente liquidable mediante sencillas operaciones aritméticas de conteo. Esta ley, habla de que la suspensión se extiende por todo el lapso temporal que insuma la instrucción de la petición y hasta que recaiga resolución. Obviamente que se trata de la resolución **expresa** (pues la configuración de la denegatoria ficta sólo fue instituída en favor del peticionario o recurrente para desbloquear su acceso a la Jurisdicción), e igualmente obvio es que dicha resolución expresa ha de ser regularmente notificada al interesado; ello surge, como con toda propiedad lo sostuvo REAL, de la finalidad inspiradora de la norma consistente, por un lado, en evitar que le corra el término al administrado que aguarda confiado que la Administración satisfaga amigablemente su pretensión, y, por el otro, desestimular la incuria burocrática de la Administración Pública.

* Exposición del 24 de agosto de 1999, en el Primer Seminario de Derecho Público de la Universidad Católica del Uruguay.

Dicha caducidad cuatrienal no rige, desde la entrada en vigencia del art.106 del Decreto Ley N° 15.167, el 11-VIII-1981, para las retribuciones personales de los funcionarios públicos, respecto de las cuales se instituyó una caducidad de doce meses contados a partir de su exigibilidad; disposición que luego fue modificada por un régimen de prescripción cuatrienal (art.8 Ley N°16.226).

Si se ha alojado hábilmente la pretensión en sede judicial no va a ser posible seguir invocando -luego- el art.39 de la Ley N°11.925, por ejemplo, porque el damnificado demoró más de cuatro años en promover la ejecución del fallo condenatorio, o la liquidación del pronunciamiento que declaró configurado el *an debeat* y difirió para el artículo liquidatorio la cuestión de determinación del *quantum debeat*. En tal sentido, ha sentenciado la Sala Civil de 7° Turno -al confirmar en sede de alzada un pronunciamiento interlocutorio del magistrado KEUROGLIAN- que *"...En consecuencia, habiéndose deducido demanda reclamando la satisfacción del referido crédito el 15-XII-80, demás está decir que el actor ejerció su derecho en tiempo y forma, a estar a la normativa aplicable (art.39, Ley 11.925). Debiéndose acotar que, la dilación que posteriormente se padeciera en el trámite carece de cualquier efecto extintivo respecto del crédito reclamado temporáneamente..."* (sentencia N°125, del 31-VII-1992, redactada por el Ministro Ricardo HARRIAGUE).

El profesor RISSO FERRAND ha cuestionado parcialmente (en cuanto refiere a los créditos reparatorios), en su libro sobre la Responsabilidad estatal por actividad jurisdiccional, la regularidad constitucional de este art.39 de la Ley N° 11.925, al recordar, con total acierto, que el art.24 de la Carta consagra un derecho subjetivo perfecto a la reparación de los daños causados por el Estado, derecho ilimitable, insuprimible e incercenable por el legislador ordinario; coadyuvando con ello podría adicionarse que existe un genuino "interés general" (ostensibilizado a través de la aprobación plebiscitaria prestada por el Cuerpo Electoral en noviembre de 1966) en que se repare adecuadamente a las víctimas del obrar estatal dañoso y así se evite un enriquecimiento injustificado de las entidades públicas, francamente vulneratorio del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Reformulado en 1997 el art.312 de la Constitución, la recta aplicación del art.39 de la Ley N° 11.925, en determinados supuestos, conduce a resultados totalmente absurdos. Veamos: como lo enseña el profesor CASSINELLI, durante el tiempo que insume la acción anulatoria que se ventila ante el TCA debe considerarse suspendido el término de caducidad del

crédito reparatorio, por cuanto existe normativamente consagrada (en el propio art.312 de la Carta) una real imposibilidad de plantear el contencioso reparatorio patrimonial de daños causados por acto administrativo mientras se substancia el pleito invalidatorio contra él. Pero no existe una situación análoga con relación al tiempo que insuma el agotamiento de la vía administrativa previa. Por consiguiente, cabe preguntarse ¿si el trámite administrativo de los recursos insumió más de cuatro años, y ulteriormente el interesado obtiene que el TCA anule el acto administrativo enjuiciado, ¿se reabre un nuevo plazo para accionar? Alguien podría decir, negando esta posibilidad de reapertura, que, por un lado, el art.39 de la Ley N° 11.925 no instituyó un doble plazo para accionar en lo reparatorio patrimonial y, por el otro, que cuando el art.312-reformulado en 1997- dice que obtenida la anulación del acto se podrá promover el reparatorio patrimonial, debe entenderse que viabiliza el accionamiento ulterior siempre y cuando ello sea posible con arreglo a la legislación reguladora de la caducidad de los créditos.

Por razones de sentido común parecería que hay que descartar la tesis de que no tiene acción reparatoria quien ha obtenido la anulación del acto lesivo luego de un vía crucis de años y años; porque sucede que **cuando el ordenamiento jurídico implementa la acción de nulidad** (que es, desde el punto de vista doctrinal, la solución que guarece mejor los derechos de las víctimas de los actos ilegítimos, porque borra con efecto retroactivo la volición antijurídica) **ha de entenderse que la acción reparatoria es ineludiblemente accesoria a la anulatoria, pues "complementa" ésta al resarcir a la víctima de los daños ya ocasionados** (básicamente por la ejecución material del acto ilegítimo en el interregno en que se agotó la vía administrativa, se substanció la acción anulatoria e, incluso, la Administración perdidosa demoró en acatar la sentencia anulatoria) y que no se pueden extinguir con eficacia temporal *ex tunc* (porque ninguna sentencia, por más retroactividad que tenga, puede borrar hechos ya acaecidos, porque el mundo de los hechos consumados es totalmente ingobernable por el Derecho).

Sería una tremenda inconsecuencia que se hubiere instituido una acción jurisdiccional invalidatoria de actos administrativos ilegítimos y no se hubiera arbitrado el contencioso reparatorio de los perjuicios causados mientras el acto antijurídico se ejecutó. Por ende, razones de índole dogmático nos llevan a desdeñar la posibilidad de que luego de la anulación no exista posibilidad de procurar la reparación. A nuestro juicio -rectamente interpretado el art.312 de la Carta- cuando se anula jurisdiccionalmente el acto dañoso, se reabre un nue-

vo plazo de cuatro años para accionar en la faz reparatoria.

EN EL CASO DE RECLAMOS INDEMNIZATORIOS DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR UN ACTO ADMINISTRATIVO

Cabe distinguir tres situaciones nítidamente divergentes:

(A) primero, el acto administrativo lesivo que produce u ocasiona un daño instantáneo (por ejemplo: la aplicación de una multa o una suspensión de 10 días aplicada a título de sanción a un funcionario público). En dicha situación, cabe computar el término de caducidad cuatrienal a partir del primer día del mes siguiente al que se practique su notificación personal o publicación en el Diario Oficial, (“...si correspondiere...”, tal como lo edicta el art.317 de la Carta, en sede de recursos administrativos, pero extensible a toda otra situación). Quiero decir que la solución prevista en el art.96 ordinal 1º del Decreto del Ejecutivo N°500/991, en orden a facultar o habilitar a la Administración a notificar mediante la publicación, o envío por telegrama, de la **parte dispositiva** del acto administrativo a notificar, transcripta **total o parcialmente**, es claramente inconstitucional, por cuanto notificar un acto jurídico supone noticiar la integridad de dicho acto, porque sólo así el interesado podrá asumir una conducta a su respecto. Esta es la solución que prescribe, por ejemplo, el art. 203.2 del CGP cuando manda computar los plazos para impugnar resoluciones judiciales que son dadas a conocer a las partes contendientes en dos tiempos (primero el fallo y ulteriormente sus fundamentos) a partir de notificados éstos. Y ello es de una lógica elemental, nadie puede estudiar responsablemente si impugna una decisión o no antes de conocer los fundamentos conducentes a su dictación, obrantes en la parte expositiva del acto, en su motivación. En la última edición el Curso de Derecho Administrativo de GARCIA DE ENTERRIA Y RAMON FERNANDEZ, (T.I, ps.573 y ss.) expresamente señalan que la notificación por publicación en el Boletín Oficial, al resultar un sucedáneo de la notificación personal, debe contener exactamente los mismos requisitos que ésta (y ésta, a su vez, debe contener todo el acto, incluida su motivación), criterio que fue además sostenido por el Tribunal Supremo a partir de una sentencia del año 1972. Y más inaceptable aún resulta la posibilidad de publicar en el Diario Oficial, o transcribir en el telegrama, sólo una parte de lo resuelto. Y lo más lamentable de todo esto es que su única explicación justificante es el costo económico elevado que supondría publicar en el DO o

transcribir en un telegrama íntegramente el acto con lo cual, torpemente, se ha priorizado el ahorro a cambio de la desvirtuación del sentido garantista de las notificaciones de los actos administrativos. Y dije que torpemente porque semejante ilegitimidad autoriza sostener que, hasta tanto no se practique notificación legítima del acto, no empiezan a correr los plazos y, por consecuencia, el interesado mantiene intacto su derecho a impugnarlo administrativamente, y a formular demanda reparatoria, “...en cualquier tiempo...”, por lo cual la única perjudicada es la propia Administración.

(B) En segundo lugar, están los actos de tracto perjudicial sucesivo, es decir aquellas resoluciones que generan permanentemente nuevos perjuicios (por ejemplo una destitución): en esas hipótesis el damnificado puede hábilmente en su demanda pretender:

(B 1) ora la *solutio totale* (es decir: dentro del término cuatrienal siguiente a su emisión pretender el resarcimiento de los perjuicios ya ocasionados y el resarcimiento de los perjuicios que se verificarán de futuro), u;

(B 2) ora la reparación de los perjuicios ya sufridos y volver a demandar, ulteriormente, la indemnización de los daños experimentados luego.

La tercera posibilidad presenta casos especiales que merecen un comentario específico:

(a) el acto administrativo “falsamente” o “aparentemente” reiteratorio (es decir: el acto que reproduce el dispositivo contenido en un acto expedido con antelación) pero que se adopta una vez modificada la situación fáctica o jurídica imperante cuando se pronunció la primigenia determinación; aquí, el término de caducidad arranca de nuevo porque este segundo acto no reproduce la situación anterior, y por ende no puede sostenerse su ilesividad.

(b) el acto que explicita el alcance o interpretación más gravoso para el administrado de otro acto anterior ambiguo (es decir: aquél que puede ser objeto de más de una interpretación, por lo menos una de las cuales es adversa para el particular). En tal supuesto, el particular pudo optar por cualquiera de las interpretaciones razonables -no forzadas- que lo favorezcan y proceder en consecuencia. Si la Administración, por su parte, ulteriormente discrepa con dicha interpretación del acto precedente ambiguo puede así declararlo, y entonces el plazo de caducidad arranca desde este segundo acto interpretativo. Coadyuva en el mismo sentido el art.9 ordinal 5º de la ley n° 15.869, que reabre el plazo para accionar de nulidad cuando se expide un acto interpretativo de otro anterior oportunamente recurrido. Anoto al pasar que la aclaración no será legítima si, ulteriormente al dictado del acto ambiguo, la Administración asumió una conducta que, inequívocamente,

supuso su aquiescencia o confirmación del criterio hermenéutico asumido u observado por el particular.

(c) el acto administrativo que fue enjuiciado mediante una acción de nulidad y resultó confirmado por el TCA. En ese caso, es perfectamente posible que el interesado formule demanda reparatoria sustentado en que, malgrado la legitimidad del acto -comprobada mediante sentencia ejecutoriada- éste le provocó daños resarcibles, supuesto que enunciano dando por sentado que en la Constitución uruguaya la responsabilidad civil estatal es objetiva, como lo han expresado en este Seminario los profesores CASSINELLI y RISSO. El término de caducidad cuatrienal allí se suspende desde que fue presentada la demanda anulatoria y hasta que adquirió autoridad de cosa juzgada el pronunciamiento confirmatorio, en función de que el propio art.312 de la Carta instituye una circunstancia obstativa para plantear el reparatorio -cual es la promoción de la acción anulatoria-, que viabiliza entonces la aplicación del principio general según el cual al impedido por justa causa no le corre término en contra.

(d) el acto que fue objeto de pleito invalidatorio por ante el TCA, y el referido pleito concluyó con una sentencia -definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva- que, por ejemplo, ha declarado que el actor no agotó correctamente la vía administrativa o que declaró perimida la instancia. En esos casos, no referidos en el art.312, es evidente que el particular damnificado podrá demandar patrimonialmente al ente público emisor de la decisión dañina arguyendo su ilegitimidad como mecanismo idóneo para demostrar la inexistencia de obligación de soportación del perjuicio. Sobre el modo de computar el término de caducidad cuatrienal en estos casos, como lo indiqué recién, se suspende desde que el interesado implementó su demanda anulatoria hasta que el juicio terminó. Pero en esta situación, si la vía administrativa previa insumió más de cuatro años, se habrá configurado -irreversiblemente- la caducidad del crédito indemnizatorio, porque el art.312 nuevo reabre el plazo para accionar judicialmente en la faz reparatoria **sólo si se anuló el acto administrativo dañoso.**

(e) La redacción del nuevo art.312 (que habla de "*sentencia anulatoria*", a diferencia del art.312 anterior que decía "*Declarada la anulación*", lo que permitió a la doctrina científica y jurisprudencial incluir la sentencia anulatoria del TCA y la revocación administrativa fincada en razones de legalidad) no permite sostener la reapertura del plazo para demandar la reparación patrimonial de los perjuicios cuando -luego de los cuatro años de notificado el acto dañoso- se lo revoca administrativamente por razones de legalidad; y como tampoco el art.39 de la Ley

Nº 11.925 instituyó una doble oportunidad para accionar civilmente contra el Estado, la conclusión forzada es que la víctima no tiene un crédito indemnizatorio. Ello no debe confundirse con las demás acciones -que sí tiene el interesado- de cumplimiento o de condena a dar, hacer o no hacer para lograr que se repristine la situación volviéndose las cosas al estado anterior. Esta conclusión, que es la resultante de un análisis de derecho objetivo, no es deseable desde el punto de vista dogmático por lo cual resultaría conveniente una reforma legislativa que consagre a texto expreso la reapertura del plazo para demandar patrimonialmente luego de revocado el acto lesivo por razones de legalidad.

No obstante, pudiera sostenerse que el art.1 literal d) de la Ley nº 15.881, atributiva de competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, impone una reapertura del plazo para accionar civilmente. El punto es complejo, porque se trata de una previsión legislativa que en cierta forma reglamentó el viejo art.312 de la Carta, lo que nos enfrenta al delicado problema interpretativo consistente en determinar la incidencia "por arrastre" a nivel legal ordinario que puede aparejar la reforma de una previsión constitucional, o la "resistencia" del acto legislativo ante la mutación de la prescripción constitucional en cuya virtud fue expedido.

EN CASOS DE OMISIONES.

Es sabido que existen dos tipos de omisiones ilegítimas, la primera, dotada de un inicio que se perfila con nitidez, porque tiene un punto de arranque preciso al existir una regla de derecho que le marca al administrador -con exactitud- el tiempo en que debe actuar (por ejemplo, los funcionarios de la Administración Central sumariados -sin estar sometidos a la Justicia Penal- pueden estar suspendidos preventivamente con retención de haberes por seis meses, vencido los cuales la Administración empleadora -sino dispone la reintegración- incurre en una omisión ilegítima con inicio concreto y exacto; otro caso: en la Ley de reposición de funcionarios públicos cesados durante la dictadura militar, nº 15.783, se previó que la Administración empleadora disponía de un plazo de 30 días -computables desde la fecha de notificación de la resolución favorable de la Comisión Especial creada por su art.28, o de anulada jurisdiccionalmente la denegatoria de dicha Comisión Especial) para reponer al interesado, vencido dicho plazo, automáticamente se configura la omisión antijurídica.

En la otra especie de omisión, precisamente la inexistencia de una regla de derecho que marque con exactitud cuando debe obrar el administrador, de-

termina que existe discrecionalidad para actuar, es decir, es la propia Administración quien actuando dentro de la legalidad, implementa libremente las instancias procedimentales que son a su juicio necesarias y convenientes para preparar la decisión final. Pero, naturalmente, esa discrecionalidad no puede confundirse ni asimilarse al capricho o a la arbitrariedad; si se evalúan las circunstancias concretas de la inacción administrativa y se concluye en que su dimensión ha superado o sobrepujado los límites temporales reputados razonables, ha de concluirse en su ilegitimidad. Cuando no existe plazo expreso para resolver, será necesario demostrar que la demora administrativa es irrazonable, para lo cual cabrá evaluar el tiempo transcurrido (según GOLDMAN Y MAIRAL) a la luz de tres elementos de juicio: la justificación que alegue en su descargo la Administración omisa, el daño que el particular sufre a causa de la demora, y los plazos utilizados por la Administración para resolver casos análogos.

A nuestro juicio, el daño causado por una conducta omisiva -independientemente de su entidad temporal- puede ser objeto de reclamo en una doble oportunidad, a opción del damnificado. En efecto, tal y como lo establece el art.1459 del CC, en sede de paga, el acreedor puede -facultativamente- aceptar pagos parciales o negarse a recibir dichos pagos parciales y perseguir la satisfacción íntegra de su crédito. Por modo que, quien sufre las consecuencias perjudiciales de una omisión actual o en curso puede, o bien reclamar la indemnización del perjuicio ya ocasionado (que vendría a resultar una paga parcial en el símil establecido con el art.1459 del CC); o bien reclamar, desde ya, la *solutio totale* (si dispone de mecanismos cuantificatorios de los perjuicios que sufrirá de futuro);

Pero además, y por último, puede reclamar la reparación una vez concluida la omisión productora de daño, con entera independencia de su dimensión temporal ¿Porqué?, pues porque la omisión es única, insusceptible de descomposición en sucesivos actos o hechos omisivos y, por consecuencia, pudo ser exigible (en la terminología del

art.39 de la Ley 11.925) a partir de la culminación de la omisión generatriz, único momento hábil, por otra parte, para liquidar con exactitud la magnitud del daño, de “pasar la raya”, “de liquidar o de saldar la cuenta” de la víctima acreedora. Este es el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia en un reciente fallo de casación (sentencia N°148 del 2-VI pasado, recaída en los autos “Almandoz, Artigas con Estado”) donde se estimó que no se había configurado la caducidad del crédito reparatorio del accionante (se trataba de una omisión administrativa en devolver determinados frutos civiles de un Tambo propiedad de aquél, que había sido confiscado por la dictadura, y que debía ser devuelto de conformidad a la Ley N°15.737). Nótese que:

a) en junio de 1988, la Justicia Penal notificó al Estado que debía devolver el bien con arreglo al art.12 de la Ley de Pacificación N°15.737;

b) en abril de 1991 le fue devuelto efectivamente el tambo al demandante; en enero de 1993 se estableció en una resolución administrativa la necesidad de recabar de CONAPROLE la cantidad de leche que le enviara dicho establecimiento en el interregno de la confiscación;

c) en abril de 1994 demandó el damnificado rubro de lucro cesante.

Allí, la Corte sostuvo – al anular una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Primer Turno que había declarado la caducidad del crédito pretendido- que **debe considerarse suspendido el término de caducidad en el lapso temporal anterior a que el actor pudo disponer de las cifras y cuentas que le posibilitaron una adecuada cognición de la existencia y evaluación del daño padecido. Textualmente dijo “...el 20 de enero de 1993...todavía se le estaban devolviendo los bienes incautados y que, incluso, respecto del rubro ahora reclamado, se dijo expresamente que, con referencia al mismo, “...es menester recabar de CONAPROLE aquellas informaciones que permitan al órgano decisor mejor ilustración en relación a lo que se pide...” Ese crédito, recién pudo ser exigible en ese momento...”**

PLURALISMO Y NACIONALISMO *

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA

Catedrático de Derecho Administrativo
Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica, España

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESPAÑA PLURAL.
III. EL NACIONALISMO Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

La coexistencia en España de diferentes ordenamientos jurídicos como consecuencia del modelo autonómico de distribución del poder político, a los veinticinco años de vigencia, aconseja reflexionar sobre el sentido constitucional del esquema español, sobre todo desde la óptica del pluralismo jurídico, tema de nuestro Congreso.

Efectivamente, el Estado compuesto español, al asumir el modelo autonómico, ha traído consigo, en virtud de los fenómenos de exclusividad, concurrencia y compartición de competencias, un pluralismo normativo que trae su causa de la existencia de ámbitos de decisión política que se han repartido, a tenor del pacto constitucional, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pues bien, las letras que siguen, desde el punto de vista de la ciencia política, tratan de situar la esencia del modelo en el contexto del pensamiento abierto, dinámico, plural y complementario.

II. LA ESPAÑA PLURAL

Al abordar la cuestión de la articulación territorial de España, desde los presupuestos que denomino del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es preciso poner en ejercicio las cualidades que definen esta forma de aproximarse a la realidad. Aquí, como en otros temas sujetos a confrontación se pone de manifiesto, mejor que en ningún otro sitio, qué significa, desde nuestra perspectiva, el pensamiento plural.

En primer lugar, el sentido realista, que exige un esfuerzo de aproximación a la realidad y de apreciarla en su complejidad. No es que tal aproximación resulte fá-

cil, o que lo encontrado en ella sea indiscutible, pero sin entrar en el debate de fondo sobre las posibilidades del conocimiento humano, digamos que es necesario ese esfuerzo de objetividad, que no puede ser afrontado sin una mentalidad abierta. La mentalidad abierta, la ausencia de dogmatismos, es necesaria no sólo para comprender la realidad, sino para comprender también que puede ser entendida por diversos sujetos de formas diversas, y que esas diversas aproximaciones forman también parte de la realidad. La complejidad de lo real y su dinamismo deben ser abordados con una actitud adecuada, que en ningún caso pretenda negarla, y que integre igualmente su complejidad, viendo como compatibles todos sus componentes, y su dinamismo.

La realidad plural de España es aceptada por todos prácticamente. Ni desde los esquemas más ultramontanos del unitarismo español deja de reconocerse, con fórmulas más o menos pintorescas, la realidad diversa de los pueblos y regiones de España. Pero desde ese planteamiento, tal variedad se aprecia como un adorno, o un accidente, de la unidad esencial española, como una entidad superficial, casi folklórica, podríamos decir, que no haría en todo caso más que resaltar el esplendor de lo que tenemos en común, que sería lo verdaderamente importante. Cuántas veces, en cuántas ocasiones, hemos escuchado retóricas exaltaciones de las literaturas o de las lenguas llamadas regionales, pongamos por caso, como apéndices o curiosas peculiaridades de una realidad cultural española –de fundamento castellano– supuestamente sustantiva y a la que aquellas otras se considera subordinadas. Y además, ante esas identidades culturales que se ven como secundarias o subordinadas, se manifiestan a continuación suspicacias contumaces cuando de ellas se quiere hacer un uso normal en todos los ámbitos de la vida y la actividad pública.

* Ponencia del autor presentada al Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica celebrado en Aix-en-Provence entre el 3 y 4 de septiembre de 2003.

Por eso el acuerdo y mandato constitucional relativo a la defensa de la identidad cultural y política de los pueblos de España, o, por decirlo de un modo más amplio, la estructuración autonómica de España, me parece uno de los aciertos más importantes de nuestros constituyentes, aunque en su plasmación o en su aplicación puedan haberse producido abusos de uno u otro signo, desviaciones, retrasos, precipitaciones, vacíos... Y también, por eso, porque responde a una realidad, y además una realidad que juzgo positiva, por cuanto realmente –no retóricamente– nos enriquece a todos, es por lo que desde el pensamiento plural, no puede haber una actitud que no sea de apoyo y potenciación para esas culturas, lejos de los que sienten nostalgia de un integrismo uniformante o de los que propugnan particularismos que consideramos excesivos. Así, por ejemplo, por muy conflictiva o problemática que pueda parecer a muchos la pluralidad cultural de España, en absoluto se puede mirar con nostalgia o como un proyecto de futuro una España culturalmente uniforme, monolingüe, por ejemplo, sino más bien tal cosa debe ser vista como una pérdida irreparable, y, expresado positivamente, debemos afirmar que no sólo deseamos sino que apostamos por unas lenguas vasca, catalana, gallega o valenciana, pujantes y vigorosas y conformadoras del sentir de cada uno de las comunidades que la hablan.

Si tal cosa afirmo de las lenguas, lugar sensible donde las haya, por cuanto afecta de modo muy especial, significativo e íntimo, a la identidad no sólo colectiva sino personal, lo mismo afirmamos de los demás componentes diferenciales de la identidad, y por supuesto de la entidad política de cada una de las comunidades autónomas que integran España.

No es del caso entrar ahora en las razones históricas más profundas de los fenómenos, cosa sin duda necesaria, si queremos realmente comprenderlos en todas sus dimensiones actuales. Pero considero simplemente, que la negación radical de los hechos diferenciales que se dan en España, durante toda la época del régimen franquista, que llevó a la persecución injusta de quienes afirmaban su propia identidad, simplemente siendo lo que eran, se pone en contraste con el desarrollo y el fervor autonomista del período democrático.

Pero justamente ahora, cuando parece que se van cumpliendo los techos competenciales, el nacionalismo da un paso más en la escalada de sus reivindicaciones y plantea en su dimensión constitutiva lo que llaman “la cuestión nacional”, que se concreta en la reivindicación del derecho de autodeterminación y la soberanía. Y es también ahora, cuando se empiezan a oír las voces que recuerdan, reivindican o reclaman la condición de España como Nación. No es casualidad. En cierto modo es lógico que así sea, como reacción natural ante lo que se toma como un

exceso de los nacionalismos. La Constitución en esto no ofrece lugar a dudas, es cierto, pero precisamente los nacionalistas propugnan su reforma.

Bien; la cuestión nacional encierra un debate sumamente complejo y, a veces, extremadamente sutil. Viendo las cosas como son, o sea, como están hoy por hoy, no caben desde luego dudas, por razones históricas, jurídicas, sociológicas, etc., de que el sujeto soberano es el conjunto del pueblo español. Otra cosa es que haya un proyecto nacionalista para que esto no sea así, pero, hoy por hoy, no deja de ser un proyecto.

Desde el pluralismo se entiende bien la afirmación plural y diversa de la realidad española, incluso y sobre todo desde la identidad gallega, vasca, catalana, andaluza, o cualquier otra de las que integran España. Constitucionalmente es esto incontestable, pero es necesario hacer de la propuesta jurídica algo vivo y real. Es necesario reiterar rotundamente que la afirmación de la identidad particular de las comunidades de España, en absoluto tiene que suponer la negación de la realidad integradora de España, como los nacionalistas –unos con violencia, otros con finura intelectual, no con acierto a nuestro juicio– constantemente afirman. Y también repetir, con la misma rotundidad, que la afirmación de España no puede ser ocasión para menoscabo alguno de la identidad particular.

La obligación de las instancias públicas de preservar y promover la cultura de las nacionalidades no es una concesión graciosa del Estado, sino un reconocimiento constitucional, es decir, constitutivo de nuestro régimen democrático. Por tanto las instancias públicas no deben ser indiferentes ante los hechos culturales diferenciales. Pero igualmente la interpretación de esa obligación debe hacerse tomando en consideración un bien superior que a nuestro entender fundamenta la construcción constitucional de una España plural, que no es otro que el de la libertad. Sólo en una España de libertades cabe una España plural. Pero las libertades son ante todo libertades individuales, de cada uno. Cualquier otra libertad será una libertad formal, o abstracta. Por eso la promoción de la cultura particular no podemos interpretarla sino como la creación de condiciones favorables para que los ciudadanos, libremente, la desarrollen, nunca como una imposición, ni como un proceso de incapacitación para el uso libre de los medios que cada uno considere oportunos para su expresión.

La solidaridad es otro principio central en la interpretación de la realidad plural de España. Pienso que nadie está legitimado en España para hablar de deuda histórica –aunque obviamente hay desequilibrios, a veces graves–, porque todos somos deudores de todos, de ahí la pertinencia de España como proyecto histórico de convivencia, que a todos enriquece. Pero hoy, la solidaridad real exige justamente de los más

ricos el allegamiento de recursos para atender a las personas y territorios más deficientes en medios, servicios y posibilidades. Sin embargo este planteamiento no puede hacerse con la pretensión de establecer un régimen permanente de economías subsidiadas. La solidaridad es también una exigencia para el que podríamos considerar beneficiado de ella, pues en su virtud le es exigible un esfuerzo mayor para superar su situación de atraso, asumiendo, desde luego, las limitaciones de sus posibilidades reales.

Esta concepción de la realidad española no es nueva en absoluto, podrá decirse. Efectivamente, nadie podría pretenderlo. Pero se trata de que la sociedad haga una asunción real de su significado. Desde el pensamiento plural lo que se mira es al individuo, en todas las dimensiones de su realidad personal, se afirma el papel de centralidad de la gente, de los individuos reales. Desde ese presupuesto se impulsa y promociona la identidad de cada uno, sin imposiciones ni exclusivismos. Es verdad que buena parte de la desestructuración cultural que hoy parecen sufrir las sociedades que presentan rasgos culturales más diferenciados se debe a la presión uniformadora del Estado centralista, que en demasiadas ocasiones se ha ejercido incluso con violencia. Pero no es menos cierto que esas mismas entidades han sufrido el acoso general que en todas las partes del mundo sufren las culturas minoritarias, o incluso las culturas mayoritarias en determinados ámbitos. Pensemos, por ejemplo, las "agresiones" que sufren ciertos aspectos de la cultura hispánica por parte de la anglosajona. Pero no es menos cierto que por otra parte, en el mismo seno de esas sociedades con una cultura diferenciada, algunos no han hecho otra cosa que aprovechar las mejores oportunidades que se ofrecían con la integración en ámbitos de intercambio más extensos y protegidos.

Además el compromiso con el pluralismo exige también, una actitud de moderación y de equilibrio. Se trata de evitar las disyuntivas absolutas y traumáticas que pretenden, sean de un signo o de otro, hacer depender la propia identidad personal y colectiva de una opción política extrema, en este caso la que afecta ni más ni menos que a la soberanía. En el inicio del siglo XXI, en una España plural, solidaria y de libertades, en una perspectiva histórica que parece anunciar situaciones inéditas hasta ahora en el discorrir de la humanidad sobre el planeta, afirmo que no es de la soberanía de lo que depende la pervivencia cultural y política de ningún grupo, ni de ninguna colectividad, y que el camino de futuro, en una sociedad globalizada, abierta, multicultural, sólo podrá recorrerse haciendo reales los procesos de integración que se basen en el respeto a la identidad y a la diversidad individual y colectiva. España abrió en 1978, con su Pacto Constitucional, un proceso que puede

indicar el camino de semejante integración, camino que sólo podrá hacerse superando el particularismo nacionalista y el imperialismo nacional. La resistencia mostrenca del segundo parece haberse superado, la del primero es aún asignatura pendiente. Europa, con otras condiciones iniciales y en otras dimensiones, ha emprendido también un difícil camino de integración, que sólo podrá ver el éxito apoyándose en estos mismos presupuestos a que hemos aludido. Desde el espacio político de centro, esté quien esté en él, se puede contribuir muy eficazmente a esa tarea.

Las fórmulas que conjuguen, en el juego político y constituyente, de manera equilibrada, integración y peculiaridad diferencial, pueden ser muy diversas, y consecuentemente, desde una posición de centro, cualquiera de ellas es aceptable. Ahora bien, la que de hecho tenemos, la que a nosotros mismos nos hemos dado, es perfectamente válida para conjuagarlas, y además me parece la más adecuada precisamente por ser la que tenemos. Cabe, es cierto el ejercicio intelectual y dialéctico de plantearnos otras fórmulas constitucionales, y cabe también la estrategia política de formularlas. Pero unos y otra no dejan de ser juegos, en uno o en otro sentido, juegos políticos, intelectuales o verbales. Porque de hecho, lo que tenemos –y esto es ser realista– es "esta" constitución.

Cierto que ya resuena la cantinela de que esto es sacralizar la Constitución. No, en absoluto. La Constitución no es sagrada. Pero es el Pacto en el que se sustenta la vida y el ejercicio político de los españoles. Es el Pacto de todos, no es cualquier cosa.

Como alguien ha señalado, sería una soberana frivolidad política que cada veinte años hubiésemos de plantearnos, desde el principio, las bases de nuestra convivencia política. Y más cuando las que ahora tenemos han demostrado sus virtualidades y, a lo que parece, no las han agotado. Lo que es de todo punto inadmisibile es el razonamiento que algunos hacen: como la Constitución se puede cambiar –no es sagrada– cambiémosla. El problema es que no satisface a los nacionalistas. Bien, pero ese motivo no basta tampoco para cambiarla.

Desde el pluralismo, donde se propugnan marcos de integración cada vez más amplios, con un respeto absoluto a las peculiaridades diferenciales en tanto en cuanto no son concebidas como barreras, y por tanto obstáculos para aquella integración de la que nuestras sociedades tantos beneficios pueden obtener, debe buscarse una solución a la reivindicación nacionalista: la callada no puede ser la respuesta. Y decimos que lo que nos diferencia de ellos es que la afirmación de la identidad propia no nos cierra celosamente sobre nosotros mismos, sino que desde esa identidad es desde donde tomamos conciencia de España, y es en ella, desde su peculiaridad y con todo lo que representa, como nos suma-

mos ilusionadamente a este proyecto colectivo de alcance que llamamos España. Entendemos que este es uno de los grandes retos a que nos enfrentamos. Consideramos que si no se produce con un impacto social notable una integración de esta clase la sociedad española estará abocada a una fractura política difícilmente subsanable.

Alguien podría interpretar que aquí me estoy refiriendo a que los nacionalistas deben templar sus reivindicaciones, y aceptar paladinamente la realidad española y su integración en ella. No afirmo tal cosa. Pienso que eso sería muy bueno, muy bueno, para la convivencia española, pero cada uno ha de elegir libremente su camino. Lo que estoy diciendo es que el efecto negativo que la formulación nacionalista, en sus planteamientos soberanistas de cualquier tipo, produce, se verá paliado, diluido, sino superado, cuando en cada Comunidad se produzca la moderación y el equilibrio, no exentos de radicalidad, de la integración que defiendo. Y no sólo eso, debemos tomar en cuenta igualmente que tal integración no será posible, si en las demás Comunidades no se supera el recelo, el miedo o la simple antipatía, ante los hechos diferenciales. Admitir una reacción social negativa ante el hecho de que cada uno sea y se manifieste como es, pone en evidencia un respeto precario, o selectivo, por la libertad individual y colectiva.

Cataluña debe ser plenamente Cataluña, y no necesita debilitar su integración en España para lograrlo. El País Vasco ha de ser plenamente lo que es, no podría ser de otro modo, pero tal cosa no significa que deba producirse una "euscaldunización" obligada de quienes allí residen, antes bien debe tal proceso —si fuese pertinente— formularse como un proyecto ilusionante, abierto, y ante todo libre, sin que incorporarse a él tenga que significar necesariamente la aceptación de un criterio político único, el nacionalista. La potenciación de la propia cultura, obligada por nuestra Constitución, no puede interpretarse, ni por unos ni por otros, como un corso que ahogue las libertades políticas. Al final la cuestión de la pluralidad de España se reconduce a la cuestión central de nuestra libertad, del respeto a nuestras libertades. El de todos a cada Comunidad, para que cada una sea lo que es y como es, o la quieran hacer quienes allí viven. Y el de cada Comunidad a sus propios ciudadanos para que en nada se vean menoscabadas las libertades individuales y públicas, se acepte su pluralismo interno, sin restringirlo exclusivamente al campo nacionalista.

Sólo desde el supuesto, repito, de la libertad y de la solidaridad es posible construir una España plural. O, expresándolo tal vez mejor, la realidad plural de España sólo puede ser aceptada y afirmada auténticamente desde el fundamento irrenunciable de la libertad y la solidaridad.

III. EL NACIONALISMO Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Como ha escrito BERLÍN, la sociedad mundial continúa organizándose política y jurídicamente, como en los dos últimos siglos, bajo la denominación ideológica de nacionalismo. En este sentido, podemos decir que el nacionalismo es la hegemonía del Estado que tiene como fundamento esencial el principio «de cada Estado; una nación; a cada nación un Estado». Este principio tiene como mínimo, tres consecuencias:

Primera: La concepción de la nación como una unidad cultural esencialmente homogénea o, incluso mejor, si es una entidad

Segunda: La concepción de la nación como una entidad soberana donde residen y emanan todos los poderes del Estado. Una soberanía que no es divisible y que se corresponde con todo el territorio nacional del Estado.

Y tercera: La concepción de que la organización y distribución territorial del poder del Estado ha de ser tendencialmente simétrica.

El renacer nacionalista en el centro y este de Europa ha reforzado una vieja tendencia en el estudio del nacionalismo consistente en concentrar su atención en aquellas manifestaciones del fenómeno nacional que tienen su origen en realidades étnico-lingüísticas enfrentadas en los Estados de que forman parte.

El resurgimiento del fenómeno nacionalista parece deberse a que se trata de un movimiento que, en los racionalizados tiempos modernos en los que vivimos, ha demostrado su utilidad para recrear sentido de comunidad y dotar de identidad a todos aquellos que se identifican y adscriben a su dinámica.

El conflicto social se provoca en tanto en cuanto el grupo, en situación minoritaria, traza una frontera simbólicamente construida y establece límites desde donde la realidad minoritaria puede ser pensada como distinta a la estatal. El rasgo básico es mantener el límite diferencial, la frontera desde la que se puede manifestar la diferencia, y ese es el objetivo que persiguen los diferentes mecanismos lingüísticos, culturales, sociales.

Hay, sin embargo, muy diversos modos de entender la nación y, por tanto, diversos modos de nacionalismo. En un extremo está la nación como «etnos», como singularidad natural y, en su forma más primaria, racial; en el otro, el pueblo como «demos», como conjunto de hombres que viven sujetos a las mismas leyes que ellos mismos se dan.

Así, el nacionalismo moderado subraya que junto a los valores nacionales están los democráticos, de ahí que las reivindicaciones nacionalistas hayan de

lograrse por la vía democrática. Los objetivos nacionalistas solamente son válidos si se consiguen en un proceso democrático de largo alcance, renunciando al radicalismo. Por el contrario, el nacionalista radical no conoce otros valores que los nacionales y pretende conseguirlos por cualquier medio, sin descartar el camino de la violencia y de un modo inmediato, anteponiéndolos a cualquier otro tipo de consideraciones, como que la reivindicación nacional debiera constituir instrumento indispensable para la democratización de la sociedad actual y que la propia autodeterminación en el sentido de autogobierno, implica indudablemente un gobierno participativo, en cuanto que toda decisión debe emanar de la voluntad popular.

Así, el nacionalismo excluyente, radical, se configura como una de las mayores amenazas para la democracia y el pluralismo político, ya que descarta el diálogo y defiende una idea de nación basada en la pureza étnica.

La democracia participativa, en la medida en que supone un permanente control político del poder por parte de sus destinatarios, y en la medida en que permite a todos y cada uno de los ciudadanos una participación activa, constituye elemento indispensable para una eficaz sedimentación de la sociedad nacional.

La nación ha de ser de este modo considerada como elemento democratizador de la vida política, por cuanto integra a sus ciudadanos en un comunidad nacional sentida y deseada, que se adecue a los problemas reales que hoy en día afectan a la sociedad. El nacionalismo, será tanto más moderno cuanto menos se fundamente en creencias y cuanto más aprenda a presentarse como una formulación concreta del derecho a la libertad, fundándose en el derecho individual a la libertad de pensamiento, de acción o de conciencia.

Ello ha de concretarse en un conjunto de medidas de las que el ciudadano pueda sentirse orgulloso, que refuerzan su adscripción nacional por la vía del prestigio de su administración; de su política social y cultural; de la calidad de sus medios de comunicación públicos; de la representatividad de su sistema electoral, y por tanto, de la capacidad de generar participación del ciudadano en la política; de la ética que la acción de los políticos sea capaz de proyectar, con especial atención en la necesidad de eficacia y honestidad en la administración de fondos públicos; de una decidida acción que, según un conjunto de valores, permita la permanente regeneración, y de muchas otras materias cuyo debate es eludible.

Este nacionalismo no se basa en consideraciones biológicas, étnicas, religiosas o en cualquier diferenciación substancial de los hombres, sino en la condi-

ción comunitaria de la persona, en su proyección hacia los demás. Es un nacionalismo que tiene su sentido último en la construcción de un humanismo de alcance universal.

Uno de los aspectos más relevantes, al menos en España, que presenta esta cuestión del nacionalismo es la compleja relación entre los nacionalismos periféricos, el Estado español y la Unión Europea, que si bien no se ha planteado en términos de lealtades al Estado, si que apunta a trasvasar, en alguna medida, el conflicto entre el Estado español y los nacionalismos periféricos a ámbitos europeistas.

Esta situación ha propiciado la apertura de un debate acerca del papel de las regiones en las instituciones europeas, tratando de determinar si la futura Unión debe ser una «Europa de los Estados» o una «Europa de las Regiones». Se trata, en definitiva, de la búsqueda de nuevos parámetros que permitan la traslación de la «Europa de los Estados» a la «Europa de las Regiones», en lo relativo a la marcha hacia una nueva realidad supranacional, en la cual se diluya el tradicional Estado nacional, a través de la cesión de competencias hacia arriba y hacia abajo.

Los esfuerzos por mantener permanentemente abierto el proceso autonómico, a partir del argumento de un supuesto déficit legitimidad se transforma, en términos comunitarios, en continuas apelaciones al déficit democrático de las instituciones europeas para intentar así esta evolución que permita vaciar de contenidos al tradicional Estado-nación, el cual se convertiría en un estrato intermedio entre las instancias comunitarias y las regionales.

No obstante, desde el punto de vista estatal no parece existir tensión entre la idea de Europa y la idea de España, ni parece que la nación política española sea incompatible con otras nacionalidades de signo cultural que puedan existir en su seno; ni la lealtad del Estado en su conjunto supone un obstáculo al reparto de poderes introducido por el Estado de las Autonomías o las transferencias de competencias a la Comunidad Europea.

Por otra parte, para las instituciones europeas, reabrir el tema de los nacionalismos en Europa carece de sentido ya que el proceso de construcción europea se viene realizando a iniciativa de los Estados, aun observándose la tendencia de que cada Estado asuma la responsabilidad de su propia cohesión interna. Es éste sin duda, uno de los retos que se le plantea hoy en día al Estado español: armonizar los intereses y reivindicaciones de los nacionalismos periféricos a la dinámica institucional de la Unión Europea.

En este sentido, las Comunidades Autónomas aumentarán su presencia en los órganos de la Unión Europea a partir de septiembre, al estar representados en una serie de comités o grupos de trabajo de la Comisión Europea que afectan a sus intereses específicos.

La participación de las Comunidades Autónomas en los comités o grupos de trabajo de la comisión Europea es un avance más en su presencia exterior. El primero fue la creación en 1990 de la Conferencia Sectorial para Asuntos relacionados con la Unión Europea, en la que el Gobierno consulta con las autonomías la posición a adoptar en los organismos exteriores en aquellas materias que les afectan.

Un segundo paso importante fue la creación y el posterior reconocimiento por una Sentencia del Tribunal Constitucional de 1992, de las oficinas de representación exterior de las comunidades. Últimos pasos en este aspecto lo constituyen la creación de la figura del agregado autonómico en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, que tiene como misión canalizar la información hacia las autonomías cuando se trate de asuntos de su interés así como relacionarse con las distintas oficinas de las comunidades autónomas en Bruselas y la institucionalización de la Conferencia Sectorial, antes mencionada, con la aprobación de la Ley 2/1997, de 13 de marzo.

En nuestro propio proceso constituyente subyace la idea de superar, tanto el nacionalismo castellanista de la España imperial, como los nacionalismos antiespañoles de vascos y catalanes, así como la intención de promover principios y valores democráticos que aseguren la convivencia entre todos los españoles.

Se trata de la idea de una España integrada por personas vinculadas entre sí por una historia común y por un alto grado de solidaridad recíproca, a pesar de que tengan lenguas, culturas y tradiciones distintas, que todos ellos intentan preservar.

La política democrática tiene así la responsabilidad de dar con la fórmula armonizadora de esas realidades complejas, ofreciendo mecanismos de integración política válidos basados en la práctica de formas significativas de reparto vertical del poder y en la aceptación en profundidad de una cultura política liberal-democrática.

Así, nuestra Constitución no acoge la visión de algunos nacionalismos periféricos acerca de la negación de la realidad nacional española, en provecho de una interpretación estrictamente estatal de España. Muy al contrario, nuestra actual Constitución es consciente de la continuidad histórica de una nación española que se abre a la convivencia con nacionalidades de preferente signo cultural.

Nos referimos a una concepción que pone por encima de todo las libertades, afirmando la realidad española en la convicción de que ambas conducen a fortalecer nuestra condición social, cultural y política. La primacía del individuo hace que cualquier concepto de nacionalidad o nación sea siempre una riqueza para quien quiera tomarla y nunca una palanca de escisión o de exclusión.

Es pues un proyecto abierto, tolerante y solidario, entendido como una tarea común y continuada

de todos los ciudadanos que les permita realizarse como personas. En este sentido tiene una formulación reformista, definida como una acción de mejoramiento que no se queda solo en los aspectos materiales o físicos sino que alcanza también a las estructuras sociales y políticas.

Es necesario subrayar en este punto, que el Estado autonómico, aunque es, evidentemente, un Estado en una fase bastante avanzada de descentralización, no deja de ser una variante concreta del Estado nacional cuya estructura y supuestos esenciales nuestro sistema autonómico sigue respetando. Ello es así ya que por encima de las apariencias que acompañan a su organización descentralizada persiste el mismo Estado nacional.

Esta descentralización política puede interpretarse como una forma de respuesta equilibrada a determinadas tensiones que hacían insostenible el mantenimiento del viejo estado unitario y centralista. El Estado autonómico intenta así responder a determinadas demandas de autogobierno, junto con la construcción de nuevas bases de participación democrática y de pluralismo cultural.

Una de las notas fundamentales que puede destacarse del Estado autonómico es su carácter dinámico, dinamismo que no sólo ha de entenderse referido a la transformación de nuestro Estado centralista decimonónico en un Estado que se encuentra entre los más descentralizados de Europa, sino también al esfuerzo continuado de mantenimiento de un equilibrio basado en un espíritu de transacción y acomodo y que necesita de un esfuerzo continuado de mantenimiento y una voluntad de colaboración y actuación en común.

El Estado autonómico se basa en la aceptación de una estructura política común, esto es, un Estado compartido, y en la permanencia de una misma base sociológica, la existencia de la nación española, como elemento de legitimación de la forma estatal común.

Caben pocas dudas acerca del carácter de la nación española como comunidad específica socialmente determinada, que sirve como sustento a la forma política del Estado autonómico basado en una idea de España, no rígida, dogmática o excluyente, sino antes bien, flexible e integradora en razón del carácter plural de la nación española.

Es esta nación española la que aparece como el único titular de la soberanía, cuya atribución se realiza de un modo exclusivo, originario e indivisible; la nación española se configura como una nación compleja integrada, por virtud del artículo 2 de la Constitución española, por nacionalidades y regiones reconociendo la existencia en su seno, pero formando parte de ella, de pueblos diferenciados, por lo que el preámbulo del texto constitucional puede hablar justamente de «pueblos de España».

Son así los españoles, en cuanto tales, componentes de la nación española los llamados a realizar una sociedad democrática avanzada en el ejercicio de su soberanía.

El hecho de que la soberanía radique en el conjunto del pueblo español supone dos importantes consecuencias:

En primer lugar, la imposibilidad de que el ejercicio del poder constituyente se atribuya a una fracción del pueblo, lo que significa que no existe en nuestra Constitución un reconocimiento del derecho de autodeterminación de algún tipo de colectividad territorial. El conjunto del pueblo español y las diferentes nacionalidades y regiones que lo componen ya ejercieron ese derecho aprobando la Constitución de 1978.

En segundo término, los Estatutos de las Comunidades Autónomas no pueden ser considerados manifestaciones constituyentes de un poder político jurídico originario regional; es el Estado quien les atribuye poder jurídico, confirmandoles la eficacia que procura su reconocimiento y poniendo a su disposición la utilización de su poder coercitivo. El contenido del Estatuto aparece limitado por un lado, por la voluntad del órgano constituyente estatal y, por otro, por el eventual control del Tribunal Constitucional.

La atribución de la soberanía al pueblo español también indica que, en la mente del constituyente, España aparece como una verdadera nación o comunidad intrínsecamente diferenciada. Comunidad que es entendida como el resultado de una conciencia histórica común más que de un mismo origen étnico, lingüístico o cultural.

Efectivamente, desde un punto de vista político la nación es la estructura sociológica, la comunidad histórica y cultural que soporta, pero también justifica, la organización política del Estado español. Ello implica advertir la capacidad legitimadora de la nación, entendida de un modo inequívocamente democrático, esto es, como comunidad homogénea de iguales.

De hecho, la nación española no aparece sólo como el titular del poder constituyente, sino como el principio último o causa fundamental de legitimación de todo el ordenamiento constitucional. La nación española es *prius* sociológico y emotivo anterior y superior a la propia Constitución; esta es justamente el producto de la voluntad de la nación en el ejercicio de su poder constituyente.

El vínculo político que une a los españoles es el que corresponde a miembros de la misma nación que se ha organizado políticamente en su Estado exclusivo. El Estado español es la personificación jurídica de la nación española, la forma jurídico política que corresponde a la realidad sociocultural de una comunidad diferenciada, que es posible distinguir intrínsecamente de los demás.

A lo largo de esa convivencia histórica común ha sido el Estado el conformador de la nación; la convi-

encia política ha generado la comunidad cultural y el espacio económico homogéneo. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, la nación española tiene un claro corte voluntarista; se trata de la empresa común de todos los españoles.

Podrían destacarse, además, otras notas de este concepto de nación con el que opera nuestro constituyente. España es esencialmente el resultado o precipitado de una historia en común. Se trata de un espacio homogéneo, siendo rechazable, por tanto, para su definición la referencia a un mismo origen étnico, una lengua privativa o la posesión de instituciones comunes.

Asimismo, la nación española ejemplifica lo que suele denominarse nacionalismo voluntarista u ocasional, coincidente con la tradicional concepción española de empresa común, como nos recuerdan ORTEGA y RENAN, para quienes la nación es un proyecto, respectivamente, sugestivo y renovable cotidianamente por sus integrantes.

La aportación fundamental del constitucionalismo español al concepto de nación consiste en el reconocimiento de una complejidad territorial en su seno con una indudable relevancia política.

La visión constitutivamente plural de la nación, integrada por nacionalidades y regiones, implica ciertamente reconocer un relieve político a la variedad territorial. Pero este pluralismo territorial, no pone en cuestión el espacio político común, ni abre el camino a la autodeterminación. El poder constituyente soberano sólo se atribuye a la nación española; a las nacionalidades y regiones se les reconoce y garantiza el derecho de autonomía.

La autonomía se expresa así en una vertiente institucional de autoorganización y en una vertiente competencial, correspondiente a la atribución de potestades normativas y ejecutivas de intervención en determinadas materias que se plasman en la producción de un ordenamiento propio.

La autonomía viene a significar el derecho de los pueblos de España a desarrollar, en un marco de libertades democráticas y convivencia pacífica, su personalidad específica, un derecho que la Constitución y los Estatutos de Autonomía reconocen, garantizan y organizan y que se realiza en la vida política del Estado autonómico español.

Hoy es indudable el reconocimiento de la eficacia integradora de nuestro Estado autonómico, fruto de su diseño constitucional y de la importante y meritoria labor de acomodación realizada por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia.

Ello no debe impedirnos, sin embargo, ser conscientes de que hay algunas cuestiones o aspectos perfectibles para mejorar la eficacia integradora del modelo autonómico; me estoy refiriendo a cuestiones tales como la inexistencia de una cultura política y administrativa de cooperación a todos los niveles, la

configuración de un escenario en el que los protagonistas principales son la Administración Central y las Comunidades Autónomas, con un cierto olvido de las Corporaciones Locales o la adecuada participación de las autonomías en la formación de la voluntad de los órganos estatales, cuestión esta en la que la reforma del Senado para convertirlo en una verdadera cámara de representación del fenómeno autonómico, aparece dotada de una relevancia trascendental.

Sin embargo, no puede aceptarse que el desarrollo de ese Estado autonómico ponga en cuestión la existencia del Estado nacional español, Estado vinculado a la realización de los derechos fundamentales y de los objetivos constitucionales y que ha de organizarse y construirse de modo acorde con la configuración compleja de la nación española, permitiendo la organización plena de los elementos que respondan a la diversidad pero asegurando también la articulación de la unidad.

En España falta casi todo para justificar el cuestionamiento del Estado. Ni explotación económica de signo nacional, ni agravios históricos singulares, ni resistencia a la negociación por parte de los gobernantes. Por contra, tenemos un Estado y una nación de notable solidez hasta entrado el siglo XX, un sistema político democrático bien arraigado y una sociedad consiente de las relaciones de todo orden que la vinculan en un espacio español y nacional común. Y frente a ella no puede alegarse que en el seno del Estado español se encuentran nacionalidades, interpretadas en un sentido favorable al derecho de autodeterminación.

A este respecto, hay que recordar que hoy es lugar común en la doctrina constitucionalista entender que tras esa expresión no se encuentra un reconocimiento plural de soberanía (ya que, como ya se ha señalado, la soberanía nacional en nuestra Constitución es única y reside en el pueblo español como totalidad). El término nacionalidad, por tanto, indica la presencia de colectividades o pueblos con culturas, tradiciones, lenguas o instituciones especialmente singularizadas o que sin dejar de tener algunas consecuencias (oficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano, autorización de una vía más rápida de cara a la autonomía política plena para aquellas comunidades que plebiscitaron en el pasado un Estatuto de Autonomía) no vaya en menoscabo de una configuración jurídica unitaria de la nación española, ni se traduce en una imposición de un texto más bajo para otras comunidades, ni puede fundamentar soluciones que supongan la consagración de una diferenciación del estatuto jurídico fundamental de los ciudadanos.

El término nacionalidad, por tanto, si bien expresa la concepción de una España plural en lo cultural, en lo territorial y en lo histórico, no implica en absolu-

to una consagración de techos competenciales diversos, ni supone un privilegio en las relaciones poder central-poder autonómico e, indiscutiblemente, no tiene nada que ver con el derecho de autodeterminación.

Tampoco se trata de propugnar fórmulas uniformadoras. La definición o el reconocimiento de un ámbito competencial propio implica que cada Comunidad Autónoma podrá realizar su propia configuración interna de acuerdo con sus características peculiares. El propio Tribunal Constitucional tiene afirmado que «el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas gocen de las mismas competencias, ni menos aún, que tengan que ejercerlas de un modo o con un contenido o unos resultados semejantes. La autonomía significa, precisamente, la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuando y como ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los residentes en cada una de las distintas comunidades autónomas, no por eso resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 o 149.1.1 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino como mucho y por lo que al ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (Fundamento jurídico 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1978).

En esta línea, la Constitución ni obliga ni impone el igualitarismo y su imposición como obligación no sólo no concuerda con el espíritu del texto constitucional, sino que es contrario a la raíz histórica de las regiones españolas; ignora sus diversidades culturales; desprecia sus fundamentos más íntimos y es, en todo caso, un puro artificio y, en consecuencia, frágil y perecedero.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El modelo constitucional llamado “Estado autonómico”, a los veinticinco años de su alumbramiento encaja de forma razonable en la realidad plural de España. El pluralismo, por tanto, ha crecido y alcanzado una saludable mayoría de edad en estos años, especialmente en el tema territorial. Sin embargo, aún es posible, y deseable, alcanzar mejores equilibrios entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sobre todo porque el pluralismo necesita planteamientos abiertos, equilibrados y moderados. Más libertas y menos imposición.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 467/004 de 11 de agosto de 2004*
- **Loaiza Keel, Carlos** - *“La responsabilidad tributaria de los socios y Directores y su interpretación jurisprudencial políticamente orientada luego de la ley N° 17.930”*

SENTENCIA N° 467/2004

DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Montevideo, 11 de Agosto de 2004
N° 467

LA JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA NUEVA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y DIRECTORES

La Responsabilidad Tributaria de los Socios y Directores y su interpretación políticamente orientada luego de la Ley N.º 17.930

I. OBJETO Y ALCANCE DEL TRABAJO

La Sentencia comentada es una expresión de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo ("TCA") acerca de la responsabilidad tributaria de los representantes. La misma ha sido manifiestamente oscilante en algunos aspectos de su alcance, aunque sólida y constante en otros, como se verá más adelante.

La legislación más reciente en la materia ha introducido cambios importantes acerca de la vigencia de las normas involucradas. Sin embargo, en términos realísticos, las normas no quedan verdaderamente derogadas sino en el caso concreto en el que un juez decide no aplicarlas. Y éste lo hace recibiendo la tradición que la dogmática jurídica ha desarrollado por muchos años, elevándola a un grado axiomático. Como todo se resume finalmente a un discurso jurídico recibido por un operador del derecho, una postura divergente y de fines manifiestos no resulta, a mi juicio, superflua.

El presente trabajo posee tres objetivos principales.

El primero de ellos es meramente descriptivo, y consiste en una observación sintética de la fisonomía de la responsabilidad fiscal de los representantes, su consideración dogmática y su tratamiento jurisprudencial, todo ello a la luz de las nuevas normas legales que regulan el fenómeno, incorporadas en los artículos 464 y 465 de la última Ley de Presupuesto Nacional, N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005.

El segundo pretende elucidar el verdadero sentido del fenómeno de la responsabilidad de los representantes, así como las consecuencias que la nueva regulación normativa trae sobre el mismo. Ello no hace que el intento adquiera necesariamente carácter científico, puesto que el discurso dogmático es interno al derecho y no puede sino estar dirigido, al menos inconscientemente, a la convicción de los operadores jurídicos¹.

¹ En rigor, el discurso dogmático es uno social y práctico orientado a determinar e influir decididamente en las resoluciones y postulados judiciales. Vide especialmente BLANCO, Andrés, "Evasión, Elusión y Fraude Fiscales: delimitación, explicación y crítica desde marcos teóricos generales", inédito, citando a ATIENZA, Manuel: "Introducción al Derecho", Fontamara, México, 2003, pp. 246 a 249. También en "Tributos y Precios Públicos", FCU, Montevideo, 2005, p. 5 y pp. 122 y 123.

Postula en contrario, entre otros, NINO, Carlos Santiago, considerando a la dogmática jurídica como una "modalidad de ciencia jurídica [que] se caracteriza por ciertas actitudes ideológicas e ideales racionales respecto del derecho positivo" ("Introducción al Análisis del Derecho", Ariel, Barcelona, 1996, p. 321; aunque más tarde reconozca que esta modalidad toma su nombre de la actitud dogmática acerca de la aceptación de ciertas normas e incluso asuma una posible crisis de la dogmática (Ibidem, pp. 322 y 338 a 347).

VISTOS:

Para sentencia definitiva a estos autos: «AA» con Estado. Ministerio de Economía y Finanzas. Acción de Nulidad.

A pesar de esta limitación constitutiva, el presente estudio utiliza herramientas teóricas no dogmáticas para garantizar un rigor científico que considero imprescindible y, al mismo tiempo, aprovecha las funciones dogmáticas tradicionales², todo ello con el fin de contribuir al auditorio con un discurso lógico y racional³.

El interés de este segundo objetivo radica en la divergencia de soluciones posibles para explicar actualmente el fenómeno de la responsabilidad de los representantes, especialmente en cuanto a la consideración de la actuación personal del representante en la generación de la responsabilidad y, a la extensión de la responsabilidad a las sanciones pecuniarias por infracciones. La existencia de obligaciones, prohibiciones o permisos diferentes, según se prefiera a alguno de los regímenes involucrados en el fenómeno, hace que un pronunciamiento dogmático sea necesario, o al menos oportuno⁴.

Finalmente, este trabajo pretende proponer una solución políticamente adecuada para el problema. Ello no significa que la solución sea funcional a una política circunstancial⁵, sino que parte del reconocimiento de las intenciones políticas y morales que posee toda elaboración dogmática, con independencia de su cariz o pretensión científica.

Lo honesto, a mi entender, no es negar intenciones políticas subyacentes, sino tratar de que las mismas sean válidas, adecuadas y permitan cumplir, sin rigidez⁶, los fines últimos del instituto: regular la responsabilidad de un tercero diferente al contribuyente, pero vinculado íntimamente al último por una relación jurídica no tributaria; permitir a la Administración Fiscal asegurarse una mayor garantía de cobro⁷; y, simultáneamente, respetar las normas morales sobre responsabilidad sobre actos propios y estimular a personas responsables y solventes a ocupar cargos de dirección o gestión. Por esta razón, el presente trabajo posee una visión unitaria del fenómeno⁸, que intenta armonizar los reclamos de la Moral, el Derecho y la Economía, de forma de estimar cabalmente los efectos que puede tener la preferencia por un régimen de responsabilidad fiscal en concreto⁹. Una visión unitaria y general, como recita el sabio y vehemente Próspero del Ariel, es esencial para reconocer en cualquier fenómeno humano alguna porción de verdad¹⁰.

² Las de control, estabilización, descarga, progreso, técnica y heurística, Cf. ALEXI, Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 255 a 260. También vide GASCÓN ABELLÁN, Marina y FIGUEROA GARCÍA, Alfonso, "La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales", Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 204-205.

³ Una vez más, enseña POPPER con su constitutiva lucidez que "[e]l juego de la ciencia, en principio, no se acaba nunca. Cualquiera que decide un día que los enunciados científicos no requieren ninguna contrastación ulterior y que pueden considerarse definitivamente verificados, se retira del juego" ("La Lógica de la Investigación Científica", Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 52).

⁴ Como expresan innumerables autores, entre los cuales, en "Tributos..." cit., p. 8, BLANCO incluye a ROSS, Alf ("Lógica de las Normas", Comares, Granada, 2000, p. 146 y ss) y a BOBBIO, (Norberto, "Teoría General del Derecho", Debate, Madrid, 1991, p. 96 y ss).

⁵ Bajo un concepto político clásico, como Ética Social, o actividad destinada a la consecución del bien común. Vide ARISTÓTELES, "La Política", Alianza, Madrid, 1991, Capítulo XII: "[p]uesto que en todas las ciencias y artes el fin es un bien, principalmente y sobre todo lo será en la principal de todas; y esa es la actividad política. Y el bien político es lo justo, es decir, el bien común (...)". También, BOTELLA, CAÑEQUE y GONZALO (editores), "El pensamiento político en sus textos. De Platón a Marx", Tecnos, Madrid, 1998, p. 54.

⁶ PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L. "Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica", Editorial Gredos, Madrid, 2000, p. 632.

⁷ GIULIANI FONROUGE, "Derecho Financiero", Volumen I, Depalma, Buenos Aires, 1965, p. 380.

⁸ Sobre el abordaje científico unitario del fenómeno tributario vide FERREIRO LAPATZA, José Juan, "Curso de Derecho Financiero Español", Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 17 a 41.

⁹ Sobre la importancia de la perspectiva económica para el derecho vide: POSNER, "Economic Analysis of Law", Little, Brown and Company Limited, EE.UU., 1992, p. 23.

Este camino implica prescindir, deliberadamente, de la asepsia del intérprete del derecho, descrita en forma arquetípica por MESSINEO al decir que el intérprete no debe "olvidar que la crítica no exonera del deber de entender y aplicar la norma tal como ella es" ("Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 117). Es tomar el consejo del propio MESSINEO, tan solo unos párrafos más adelante, y abandonar la práctica de "atribuir a los dogmas jurídicos carácter absoluto" (Ibidem), pero nunca para dotar a la elucubración dogmática de carácter científico (vide KELSEN, "Teoría Pura del Derecho", Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994), sino, nuevamente, para aprovechar las herramientas dogmáticas con fines políticos definidos.

¹⁰ Edición facsimilar de la Primera Edición. Homenaje al Centenario de "Ariel" de José Enrique Rodó - 1900-2000, p. 25 y ss.

RESULTANDO:

I) El actor pidió se declare la nulidad de la Resolución dictada por la División de Fiscalización, en ejercicio de facultades delegadas, con fecha 24/10/2001, en cuanto en sus numerales 4 y 5, lo declaró responsable solidario e ilimitado por las obligaciones tributarias de la contribuyente «XX» S.A. determinadas en el numeral 1, así como por la mora y contravención determinadas en los

II. FISONOMÍA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS REPRESENTANTES

A) La responsabilidad en la regulación positiva

La primera norma que se ocupó de la responsabilidad tributaria de los representantes fue el artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252, de 22 de agosto de 1974, y lo hizo respecto de un impuesto especial, el Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio, aplicable por remisión al Impuesto a las Rentas Agropecuarias. La norma prescribe que “[l]os socios de sociedades personales o directores de sociedades contribuyentes, [son] solidariamente responsables del pago del impuesto, así como de su sobretasa”.

El Código Tributario (“CTU”), promulgado en noviembre de 1974, reprodujo casi literalmente el Proyecto de Código Tributario de 1970 y, siguiendo *grosso modo* al Modelo de Código Tributario para América Latina¹¹, reguló en términos generales la responsabilidad de los representantes en el Derecho Tributario.

El artículo 21 del CTU expresa al respecto que “[l]os representantes legales y voluntarios que no procedan con la debida diligencia en sus funciones, serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias que correspondan a sus representados”, y luego limita cuantitativamente esta responsabilidad “al valor de los bienes que [los representantes] administren o dispongan, salvo que hubieran actuado con dolo”.

Por su parte, el CTU consagró la responsabilidad personal por infracciones tributarias en su artículo 102, y la reguló especialmente para los representantes de personas jurídicas o entidades en su artículo 104, estableciendo que, “[s]in perjuicio de la responsabilidad pecuniaria de la persona o entidad, sus representantes, directores, gerentes, administradores o mandatarios serán sancionados por su actuación personal en la infracción”.

Un año más tarde, en 1975, el artículo 346 del Decreto-Ley N.º 14.416¹² introdujo una pequeña modificación en el artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252, suprimiendo su proposición final, referida a la sobretasa del impuesto¹³.

En 1991, y en 1996, el Poder Ejecutivo incluyó el artículo 357 del Decreto-Ley 14.252 en el Texto Ordenado de Impuestos Recaudados por la Dirección General Impositiva (“TO”), con la redacción dada por el Decreto-Ley N.º 14.416¹⁴. Si bien la naturaleza del TO es la de un acto administrativo que recopila y ordena normas tributarias dispersas en diversos actos legislativos, no puede desconocerse que refleja la interpretación que la Administración sostiene acerca de las normas legales vigentes en el sistema jurídico-tributario¹⁵.

Finalmente, la Ley N.º 17.930¹⁶, promulgada en diciembre de 2005, contiene dos disposiciones a propósito de la responsabilidad fiscal de los representantes, que se transcriben a continuación:

¹¹ Vide VALDÉS COSTA, “Código Tributario de la República Oriental del Uruguay. Comentado y Concordado”, FCU, Montevideo, 2002, p. 282.

¹² Promulgada el 28 de agosto de 1975.

¹³ En realidad el texto legal refirió al artículo asignado al artículo 357 en el Texto Ordenado de Impuestos Recaudados por la Dirección General Impositiva de 1975, aunque la *voluntas legis* es ostensible.

¹⁴ Actualmente en el artículo 59 del Título 4º, Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio.

¹⁵ Aunque esta interpretación tiene la eficacia de cualquier acto administrativo, que de ningún modo puede determinar la eficacia de una norma jerárquicamente superior, con prescindencia del mandato legal de actualización dirigido al Poder Ejecutivo por la Ley N.º 16.170, de 28 de diciembre de 1990, incorporado como artículo 71, Título 1º, TO. Vide KELSEN, Hans, op. cit., pp. 44, 136, 145-161. También VALDÉS COSTA, Ramón, “Curso de Derecho Tributario”, Depalma-Temis-Marcial Pons, Bogotá, 1996, p. 247.

¹⁶ Dejo de lado el tratamiento de la inconstitucionalidad que supone la inclusión de normas fiscales de vocación permanente, o al menos superior al período de gobierno, en Leyes de Presupuesto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 216 de la Constitución y con absoluta independencia de la tesis sostenida en nuestro país por la Suprema Corte de Justicia.

numerales 2 y 3 (que se mantuvo por Resolución de la Dirección General Impositiva (DGI) de fecha 21/05/2002).

Se fundó, en síntesis, en que: a) no era responsable porque se desvinculó de la empresa con fecha 2/5/2000 en que presentó renuncia al cargo de Director, momento al cual se estaba al día en los pagos; b) el día en que se practicó la inspección de la empresa por la DGI, el entregó cheques de pago diferido al 26/04/2000 y de acuerdo al convenio de pago solicitado y concedido conforme al artículo 32 del Código Tributario; c) su calidad de Director no

“Artículo 464. Declárase por vía interpretativa que el artículo 21 del Código Tributario no ha derogado lo dispuesto por el artículo 357 del Decreto-Ley N° 14.252, de 22 de agosto de 1974, con la modificación establecida por el artículo 346 del Decreto-Ley N° 14.416, de 28 de agosto de 1975 (actual artículo 59 del Título 4 del Texto Ordenado 1996).

“Artículo 465. Declárase por vía interpretativa que la responsabilidad solidaria y “objetiva consagrada por el artículo anterior alcanza a la infracción de mora establecida por el artículo 94 del Código Tributario.”

B) La responsabilidad en la dogmática tributaria

La diversidad de soluciones normativas, y de sus implicancias prácticas, estimularon *ab initio* a la doctrina a pronunciarse sobre el régimen aplicable a la responsabilidad de los representantes.

De hecho, el tratamiento que el artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252 otorga al fenómeno de la responsabilidad es notoriamente diverso al del artículo 21 del CTU, y una de las diferencias más relevantes entre ambos es la contemplación de la conducta del representante por parte del segundo¹⁷.

La doctrina especializada postuló desde el comienzo la vigencia general del artículo 21 del CTU, cuya vocación omnicompreensiva y carácter sistémico habrían derogado toda norma anterior que regulara especialmente la materia, incluida en este grupo la del artículo 357 del Decreto-Ley 14.252¹⁸. Esta posición fue sostenida antes de la modificación que el artículo sufrió en 1975¹⁹, pero se mantuvo luego, bajo el postulado de que una norma derogada “no puede recobrar su vigencia por la norma posterior que pretende introducir una modificación”²⁰.

Con el mismo tenor, la doctrina asumió que la responsabilidad del art. 21 no comprendía las sanciones impuestas al representado por la comisión de infracciones, habida cuenta de que el artículo declara alcanzar exclusivamente a las “obligaciones tributarias”, siendo las sanciones “obligaciones de naturaleza tributaria”, de conformidad con la distinción del artículo 14 del CTU. La doctrina también entendió que esta solución cumplía de forma más perfecta con el principio de participación personal en la conducta ilícita, propio de todo el Derecho Punitivo y aplicable al régimen infraccional tributario²¹.

Nunca se pronunció en cambio acerca de la extensión de la responsabilidad del artículo 357 del Decreto-Ley 14.252 a las sanciones, dado que, como se señaló, consideró y considera que este régimen está derogado.

Las últimas reflexiones dogmáticas han sido efectuadas recientemente por BERRO, en ocasión de la promulgación de los artículos 464 y 465 de la Ley N.º 17.930²². En este caso, extremando los criterios antes

¹⁷ El estudio exhaustivo del alcance de la responsabilidad del artículo 21 CTU excede los fines propuestos para este trabajo, motivo por el cual se recomienda el excelente análisis de BERRO, “Responsables Tributarios”, Amalio Fernández, Montevideo, 1990. Del mismo autor: “Obligación, Responsabilidad y Solidaridad en el Derecho Tributario”, Amalio Fernández, Montevideo, 1988.

¹⁸ Cf. SUPERVIELLE, Bernardo, “De la derogación de las leyes y demás normas jurídicas”, en Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga, Montevideo 1958, p. 418.

¹⁹ Exposición de CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, en Revista Tributaria N.º 8, pp. 280 a 283.

²⁰ Cf. BERRO “Responsables...”, cit., pp. 45 a 49; y VALDÉS COSTA, Ramón, “Código...” cit., p. 285, y también en “Curso...” cit., p. 337, nota al pie N.º 69.

Por su parte, FAGET, Alberto y BORDOLLI, José Carlos, incluyen el art. 357 del Decreto-Ley 14.252 entre los ejemplos de solidaridad imperfecta en materia tributaria, con lo que parecerían asumir su vigencia. Los autores remiten sin embargo a los trabajos de BERRO al respecto, sin manifestar una opinión expresa acerca de la derogación de la norma por parte del CTU (en Revista Tributaria, N.º 127, p. 313). OLIVERA GARCÍA, sin proclamarse como disidente de la doctrina mayoritaria, observa que “una excepción al principio de la responsabilidad subjetiva o por culpa de los directores se halla en la regulación legal del Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio” (Originalmente en La Justicia Uruguaya, Tomo LXXXI y “Estudios Jurídicos en homenaje al Dr. Oscar Barbé”, Montevideo, 1980, p. 353, y recientemente en el excelente volumen de “Estudios de Derecho Societario”, Rubinzal-Culzoni, Editores, Buenos Aires, p. 487.

²¹ BERRO, Federico, “Responsables...”, cit., pp. 29 a 32. VALDÉS COSTA, “Código...”, cit., p. 286.

²² “Responsabilidad y Mora en la Ley de Presupuesto N° 17.930”, en Revista Tributaria N.º 190, pp. 31 a 47.

era suficiente para declararlo responsable, puesto que no era representante de «XX» S.A., y además no estaba acreditado que hubiera actuado con incumplimiento de la debida diligencia, artículo 21 del Código Tributario; d) si hubiera existido culpa o negligencia, la responsabilidad debió limitarse al valor de los bienes administrados; y e) al no existir la solidaridad respecto de la deuda tributaria, tampoco puede existir respecto de las infracciones imputadas.

expuestos, el autor considera que una norma derogada (el artículo 357) no es susceptible de interpretación auténtica, con lo cual el efecto de las nuevas normas no podría ser de ninguna manera el de devolverle su vigencia²³. Expresa, además, que la autoproclamación de estas normas como “interpretativas” con el objeto de aprovechar la eficacia retroactiva de este tipo de leyes las expone a la acción de inconstitucionalidad²⁴, defendiendo así una tesis sustancialista sobre el carácter interpretativo de las normas²⁵.

C) La responsabilidad en la jurisprudencia

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado en múltiples ocasiones acerca del fenómeno de la responsabilidad de los representantes y su alcance en la regulación positiva uruguaya. Sin embargo, a los efectos del presente estudio basta reseñar la posición de la jurisprudencia sobre dos aspectos concretos dentro del vasto campo de la responsabilidad:

- a) la vigencia del artículo 357 del Decreto-Ley sobre IRIC aún luego de la sanción del CTU; y
- b) la extensión de la responsabilidad de los representantes regulada por el art. 357, a las sanciones pecuniarias derivadas de infracciones cometidas por el representado.

Sobre el primero de los aspectos la jurisprudencia se ha mostrado oscilante.

A modo de ejemplo, la Sentencia del TCAN.º 1.029/1999²⁶ es categórica cuando observa que *“El Decreto Ley 14.416/975, como dice VALDÉS COSTA, no opera el retorno a la solución anterior, porque estima que la legislación anterior, no obstante ser una ley especial impositiva, fue derogada por el Código Tributario, y, en consecuencia, ella no puede recobrar vigencia por la norma anterior que pretende introducir una modificación”. Y más adelante que “el art. 54, Tít. 4, Texto Ordenado 1991 [artículo 59, Título 4º, TO 1996] debe reputarse derogado en sede de IRIC por el art. 21 del Código Tributario, en cuanto consagra una responsabilidad de tipo OBJETIVO”.*

Empero, el TCA ha fallado también en sentido contrario. En la Sentencia N.º 325/2001²⁷, de 14 de mayo de 2001, el TCA cambió de rumbo, para sostener que *“la norma de asiento de la responsabilidad que se atribuye a los representantes (...), en lo que respecta a IRIC, es la del art. 59, Título 4, Texto Ordenado 1996”*, invocando como fuente normativa de este enunciado a los artículos 357 del Decreto-Ley N.º 14.252, y 346 del Decreto-Ley N.º 14.416.

La sentencia que se comenta reitera idéntico tenor a propósito de la actuación del director de una sociedad anónima, expresando que *“la no presentación oportuna de las respectivas declaraciones juradas es demostrativa de negligencia, y legítima se lo declare responsable solidario (art. 21 del Cód. Tributario), sin perjuicio de que respecto del IRIC prevalece la responsabilidad objetiva (art. 59 del Título 4 T.O.-1996).”*²⁸

En cuanto al segundo de los aspectos indicados al comienzo de este capítulo, no han existido hasta el presente pronunciamientos expresos de la jurisprudencia acerca del tema.

Sí en cambio se ha manifestado a propósito del alcance del artículo 21 del CTU, campo en el que la jurisprudencia del TCA, al decir de VALDÉS COSTA, *“está firmemente asentada al respecto”*²⁹. Como prue-

²³ *Ibidem*, p. 37.

²⁴ *Ibidem*, p. 38.

²⁵ SUPERVIELLE, Bernardo, “El alcance de la Ley Interpretativa”, en Revista de Derecho Público y Privado tomo XLII, Montevideo, 1959, pp. 368 y 369. Vide GONZÁLEZ BIANCHI, Pablo, “La Ley Interpretativa. Calificación del art. 4o. del decreto – ley 15.631”, La Justicia Uruguaya, Tomo 92, pp. 92-117.

²⁶ Publicada en Revista Tributaria N.º 153, p. 920, y citada por VALDÉS COSTA, “Código...”, cit., pp. 294 y 295.

²⁷ Publicada en Revista Tributaria N.º 164, p. 673.

²⁸ Publicada en Revista Tributaria N.º 184, p. 141.

²⁹ En “Código...”, cit., p. 287, y “Curso...”, cit., p. 338, nota al pie N.º 70.

II) La parte demandada sostuvo la irregularidad del acto porque: a) durante el período inspeccionado y en el cual se generaron los tributos adeudados (IVA 11/999 e IRIC 3/000) el actor era el único Director y representante de la contribuyente «XX» S.A.; b) su falta de diligencia se tradujo en la omisión de presentar declaraciones juradas, por lo cual era responsable personal y solidariamente; c) el invocado convenio de pago, si bien se solicitó nunca se concedió.

Pidió que se rechazara la demanda.

ba de ello basta invocar, entre otras, las Sentencias del TCA Nos. 85/1985³⁰, 5/1987³¹, 1.048/998³², además de la que se comenta.

A pesar de la sólida jurisprudencia del TCA acerca de la no extensión de la responsabilidad a sanciones, cabe indicar que en la mayor parte de estos casos las sanciones derivaban de infracciones distintas a la mora, infracción a la que concretamente refiere el artículo 465 de la nueva Ley N.º 17.930 (salvo la sentencia que se comenta, que con nitidez destaca que el director es *“responsable por hecho propio, en lo referido a las infracciones de contravención (...) y mora (retardo en el pago de las obligaciones), conforme a los arts. 102 y 104 del Cód. Tributario”*).

La precisión del último párrafo podría evidenciar que la nueva ley no pretende extender el alcance de la responsabilidad a las sanciones, sino zanjar la discusión existente acerca de la naturaleza de la mora, como vislumbra BERRO en su última publicación³³. Sin embargo, y como expongo más adelante, entiendo que éste no puede ser la conclusión sobre la naturaleza y efectos de la nueva ley.

3. EFECTOS DE LA NUEVA REGULACIÓN POSITIVA SOBRE EL FENÓMENO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES

A) La responsabilidad antes de la sanción de las nuevas normas de la Ley N.º 17.930

Definir el régimen existente antes de la sanción de la Ley N.º 17.930 es un presupuesto epistemológico para determinar los posibles efectos de esta norma.

Dicha definición exige resolver las siguientes cuestiones, cuyas respuestas se tomarán más tarde como premisas lógicas:

a) ¿El artículo 21 del CTU derogó al artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252?

b) ¿Qué efecto tuvo el artículo 346 del Decreto-Ley N.º 14.416 sobre la anterior circunstancia?

Ambas versan acerca del vigor, fuerza y vigencia de normas con un alcance material que potencialmente puede superponerse; esto es, al decir de KELSEN, sobre la forma particular de existencia que tiene una norma³⁴. Además, ambas pueden despejarse utilizando herramientas hermenéuticas erigidas por la dogmática para proteger la coherencia del orden jurídico³⁵.

Es correcto aclarar que en este apartado se emplearán preceptos doctrinarios asumidos como válidos (precisamente “dogmáticos”), pero, como se dijo al iniciar este estudio, con el exclusivo fin de cumplir con un objetivo político-económico (vide Capítulo 4), aprovechando las funciones de la dogmática³⁶.

³⁰ Publicada en Revista Tributaria N.º 68, p. 410.

³¹ Publicada en Revista Tributaria N.º 78, p. 213.

³² Publicada en Revista Tributaria N.º 149, p. 212.

³³ “Responsabilidad y Mora...”, cit., p. 38 y ss.

³⁴ Op. cit., p. 35.

³⁵ Con la ventaja que ello trae consigo, dada la familiaridad que el auditorio tiene con sus conceptos centrales, particularmente en una ciencia de escaso desarrollo técnico-lingüístico. Vide: COVIELLO, Nicolás, “Doctrina General del Derecho Civil”, Unión Tipográfica Hispano-Americana, México, 1949, pp.104 a 130; MESSINEO, op. cit., pp. 85 a 93.

³⁶ Y tal vez legitimando la “dominación legal” subsecuente, definida por WEBER como probabilidad de encontrar obediencia en un grupo determinado, no por imposición de poder, sino por la racionalidad del derecho pactado (“Economía y Sociedad”, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 173). Similar enfoque, aunque desde la Teoría de la Argumentación, puede encontrarse en el concepto de “pretensión de corrección” del discurso jurídico de ALEXY (op. cit., pp. 208 a 213). También SEOANE, José Antonio, en obra dirigida por SERNA, Pedro, “De la Argumentación Jurídica a la Hermenéutica”, Comares, Granada, 2005, pp. 138 a 140

III) Consta, además, que abierto a prueba se produjo la certificada a fs. 40, alegaron ambas partes, y fue oído el Sr. Procurador del Estado, el que aconsejó se anulara parcialmente el acto en cuanto al carácter ilimitado de la responsabilidad solidaria por el IVA, y se confirmara en todo lo demás (Dictamen N° 359/003).

Se citó para sentencia la que, previo estudio por los Sres. Ministros, fue acordada en tiempo y forma.

El primero de estos dogmas es precisamente el de coherencia del orden jurídico, elaborado y elevado a axioma por el discurso jurídico tradicional³⁷. Éste puede sintetizarse en las palabras de WEBER, quien define la tarea del jurista como la de “tratar de determinar el sentido lógico de preceptos de todas clases, para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción”³⁸.

En realidad, la contradicción es fenoménicamente posible, y basta una simple observación empírica para constatarlo. Por ejemplo, las normas involucradas pudieron y pueden ser aplicadas por un juez, y de hecho lo han sido en el pasado, como se observó al analizar la jurisprudencia. Pero nadie puede dudar que, con prescindencia de esta experiencia fáctica, el discurso jurídico considera el episodio como uno inaceptable, por violentar el arquetipo de orden jurídico como sistema lógico carente de contradicciones y antinomias, y los jueces son los que normalmente reciben estos postulados, haciéndolos obligatorios al caso concreto³⁹.

Para preservar la coherencia entre normas y su coexistencia en el sistema, las reglas generales admitidas son: i) la norma jerárquicamente superior prevalece sobre la inferior; ii) la norma cronológicamente posterior prevalece sobre la anterior; iii) la norma especial posterior prevalece sobre la general anterior en el aspecto que regula especialmente⁴⁰; iv) la norma general posterior no deroga a la especial anterior en el aspecto que ésta reguló especialmente, salvo que la nueva regulación fuera absolutamente contradictoria⁴¹.

Estas reglas no son bastantes cuando existe un verdadero conflicto de normas, que pervive a su empleo. En este caso, la contradicción debe zanjarse eliminando idealmente una de las normas, o eventualmente ambas⁴².

a) Derogación del art. 357 del Decreto-Ley N.º 14.252 por el artículo 21 CTU

La primera cuestión refiere a la posibilidad de que coexistan dos normas con la misma jerarquía formal y un alcance material que, aunque no idéntico, puede teóricamente superponerse (socios y directores como primera categoría, más restringida; y representantes como segunda, más amplia en términos relativos).

A esta circunstancia se suman dos elementos relevantes:

Que la segunda en el tiempo (el CTU) disciplina en términos generales la rama dogmática conocida como Derecho Tributario Material, a la que indiscutiblemente pertenece la primera.

Que, en cuanto al aspecto específico aparentemente superpuesto, la responsabilidad de algunos representantes, la segunda establece una regulación que, aunque distinta, no es semántica ni lógicamente contradictoria con la primera. Existiría contradicción, v. gr., si el CTU hubiera suprimido la responsabilidad de los representantes, (el CTU sería contradictorio con la Ley de IRIC si considerara que los representantes no son responsables tributarios, por ejemplo).

De conformidad con las reglas mencionadas, podría sostenerse sin violencia que el artículo 21 del CTU no derogó a la norma de IRIC, puesto que: en primer lugar, la norma de IRIC, aunque anterior, es especial; y, en segundo, la norma del artículo 21 no es contradictoria con la de IRIC (regla individualizada con el número romano “iv”, en el capítulo anterior).

³⁷ Aunque, nuevamente, es necesario adoptar cualquier dogma jurídico en términos relativos, lo que MESSINEO a dado en llamar “relatividad e historicidad de la dogmática jurídica”. Op. cit., p. 117.

³⁸ Op. cit., p. 251.

³⁹ BOBBIO, Norberto, “Teoría General del Derecho”, Editorial Debate, Madrid 1991, pp. 195 y 196.

El Propio BOBBIO analizando la naturaleza e imperatividad del principio de coherencia, admite que ambas normas son válidas y existen en el sistema, aunque para el caso concreto un juez decida desaplicar una de ellas. Op. cit., p. 218.

KELSEN proclama asimismo que “[u]na ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema”, en op. cit., p. 161. Aunque, claro está, en opinión del autor la contradicción no es posible pues el sistema posee mecanismos para solucionar este problema.

⁴⁰ BOBBIO, op. cit., p. 204 y ss. SUPERVIELLE, “De la derogación...”, cit., pp. 482-491.

⁴¹ MESSINEO, op. cit., p. 88. COVIELLO, op. cit., p. 105.

⁴² BOBBIO, op. cit., p. 210.

CONSIDERANDO:

I) Se coincide con el Sr. Procurador en cuanto que se agotó correctamente la vía administrativa y que la acción de nulidad fue deducida en tiempo.

II) En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal por unanimidad comparte asimismo el enfoque del Sr. Procurador y procederá en consecuencia.

Sin embargo, la dogmática tradicional considera que la norma general posterior quita eficacia a la especial anterior aunque no sea contradictoria, siempre que la general *“regule la materia entera ya regulada por la norma anterior”*, revelando así *“la intención de sistematizar ex novo la disciplina de dicha materia”*⁴³.

Un ejemplo claro de reordenamiento de toda la materia es efectivamente una ley sistemática, como son los llamados “Códigos”. El CTU pertenece a este tipo de leyes, y regula en términos generales (ex novo, utilizando el latinazgo de MESSINEO) la materia tributaria.

CASSINELLI MUÑOZ⁴⁴, BERRO⁴⁵ y VALDÉS COSTA⁴⁶, han aplicado este razonamiento al caso concreto del artículo 21 del CTU.

En conclusión, aplicando las reglas del discurso jurídico tradicional acerca de la coherencia del sistema de normas, debería considerarse que el artículo 21 del CTU quitó eficacia al artículo 357 del Decreto-Ley 14.252 (abrogación tácita o implícita⁴⁷).

b) Efecto del artículo 346 del Decreto-Ley N.º 14.416

Como se anticipó, resuelta la primera de las cuestiones, su contenido se asumirá como premisa para la segunda en un esquema silogístico.

De esta forma, el problema se reduce a determinar cuales han sido la intención y los efectos de una norma que refiere en términos prescriptivos a otra ya derogada, o al menos idealmente derogada.

La consideración por parte del legislador de que la norma no estaba derogada parece, a mi entender, indiscutible. Esta es la única justificación posible para, primero, referir a esta norma, y, segundo, eliminar parte de su redacción.

Sin embargo, que el legislador asuma la existencia de una norma no implica que le devuelva la vida si esta hubiera sido derogada. La dogmática ha sido contundente acerca de las vicisitudes que puede experimentar una norma derogada, sosteniendo que *“[d]erogadas las leyes, por cualquier causa, no readquieren, en principio, su fuerza por el simple hecho de que hayan cesado las causas de extinción”*⁴⁸. Cuando una norma es derogada, *“[e]s necesario (...) que se declare en la nueva ley la voluntad expresa de restituir vigor a una ley ya derogada”*⁴⁹.

En este punto es bueno recobrar el sentido crítico sobre el fenómeno.

Sin perjuicio de la opinión de la doctrina, es ostensible, y empíricamente constatable, que las normas posteriores referidas a una norma derogada no hacen que esta reviva, por la misma razón por la cual una

⁴³ MESSINEO, op. cit., p. 87. COVIELLO, op. cit., p. 106. En la doctrina vernácula, SUPERVIELLE, “De la derogación...”, cit., p. 490. El artículo 15 del Código Civil Italiano de 1942 reza que *“[l]as leyes no son abrogadas sino por leyes posteriores por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad entre las nuevas disposiciones y anteriores, o porque la nueva ley regule la materia entera ya regulada por la anterior”*.

⁴⁴ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, en Revista Tributaria N.º 8, pp. 280 a 283.

⁴⁵ “Responsables...”, cit., p. 45.

⁴⁶ “Curso...”, cit., p. 337. “Código...”, cit., pp. 284-285.

⁴⁷ ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, “Sobre la existencia de las Normas Jurídicas”, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, Ciudad de México, 1997, p. 91.

⁴⁸ COVIELLO, op. cit., pp. 107-108. SUPERVIELLE, “De la derogación...”, cit., p. 495.

⁴⁹ Los autores han incluso preconizado este principio en situaciones más extremas y problemáticas, como la derogación de una norma derogatoria. Por ejemplo si la norma A fue derogada por la norma B, y luego una tercera norma posterior, llamémosla C, deroga a B, podría interpretarse que A ha recobrado su vigencia. Sin embargo, la doctrina considera ello incorrecto desde el punto de vista técnico. Vide SUPERVIELLE, “De la derogación...”, cit., p. 497; COVIELLO, op. cit., p. 108.

En nuestro país se produjo un caso notorio de similares características, que concitó calificadas opiniones en la doctrina administrativista: la derogación por referéndum del artículo 32 de la Ley de Empresas Públicas, N.º 16.211, de 1º de octubre de 1991, que había a su vez derogado la exclusividad de ANTEL para la prestación de ciertos servicios de telecomunicaciones. Vide sobre el tema DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “¿Y después qué? A propósito del referéndum contra la Ley de Empresas Públicas”, en “Estudios de Derecho Administrativo. Parte Especial”, Montevideo, 2003, pp. 191-193; DELPIAZZO, Carlos, “Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones”, U.M., Montevideo, 2001, p. 20; “Derecho de las Telecomunicaciones”, U.M., Montevideo, 2005, p. 32.

III) En primer lugar, porque el actor no ha probado la existencia de un convenio de pago con facilidades, que preexistiera a su cese como Director de «XX» S.A. Es cierto que existió una solicitud en tal sentido, pero no fue de recibo por razones fundadas, o sea el incumplimiento de un convenio anterior. Y por lo tanto a la fecha del cese, o sea el 2/05/2000, la deuda por tributos se encontraba pendiente.

norma no deroga a otra simplemente por manifestar su intención de manera unívoca. En la existencia de la norma no hay actos de magia; las normas existen siempre que hayan sido emitidas por órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento preestablecido para su creación, sin que este postulado tenga connotaciones ideológicas de ningún modo⁵⁰.

Lo que sí puede suceder es que el juez desaplique o aplique la norma antigua, decidiendo sobre los efectos de la nueva, y es allí que cobra sentido la construcción dogmática transcrita, pues resulta lógico que el juez trate de conocer la verdadera y última intención del parlamento sobre la vigencia de una norma aparentemente derogada.

Aún así, no deben confundirse los motivos psicológicos que indujeron al legislador a crear la norma con la voluntad y sentido de ésta⁵¹. Es notoriamente el último el que debe buscarse, y es por ello que la doctrina exige que la voluntad de devolver vigencia a una norma derogada sea explícita, y no pueda ser confundida con un equívoco o lapsus del legislador.

Siendo claro que la asunción del artículo 346 no se confunde con una manifestación expresa acerca de la vigencia del art. 357, cabe preguntarse: ¿qué voluntad legislativa trasunta?; ¿qué efecto tiene entonces?

Considero que el artículo 346 del Decreto-Ley N.º 14.416 no tiene ningún efecto sobre el régimen anterior, habida cuenta de que, aun cuando asume la existencia del artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252, no expresa en forma manifiesta la intención de revivir la norma derogada; parece en cambio confundirse en su presupuesto jurídico, la existencia del artículo 357. Esto hace que esta norma, aunque válida y existente, sea inoperante, al pretender eliminar una prescripción jurídica que ya no es obligatoria⁵².

En conclusión, y dado que el artículo 346 no devuelve vigencia al artículo 357, el régimen vigente en materia de responsabilidad de representantes se rige, al menos hasta la promulgación de la Ley N.º 17.930, por el artículo 21 del CTU.

B) La responsabilidad luego de la sanción de las normas de la Ley N.º 17.930

Al respecto se ha pronunciado hasta el momento BERRO, considerando que las nuevas normas, aun cuando se proclamen interpretativas, carecen de tal calidad, y pretenden aprovechar el efecto retroactivo de este tipo de normas⁵³. Con este temperamento, el eminente profesor concluye que estas normas están expuestas a la “imputación de inconstitucionalidad”⁵⁴.

BERRO enfoca correctamente el problema, pues ambas normas legales se autocalifican como interpretativas sin serlo. No obstante, entiendo que las mismas no deben necesariamente considerarse inconstitucionales

⁵⁰ KELSEN, op. cit., pp. 136 y 137. Con este postulado no se defiende un positivismo ideológico. Quizás ello está, en el progreso actual de la Teoría General, perimido. Pero sí supone reconocer el despojado realismo del positivismo metodológico, pues entiendo es el mejor punto de partida para comprender el derecho como objeto de ciencia. Luego, asumiendo la existencia de derechos debidos en función de la naturaleza, por ejemplo, es que debemos proponer modificaciones positivas, que se adecuen a los reclamos naturales. O bien, como se propone en este trabajo, utilizar herramientas dogmáticas para sostener soluciones política y moralmente justas con las normas positivas que ya existen.

⁵¹ COVIELLO, op. cit., p. 107. El verdadero sentido de la norma es, según el eximio autor, autónomo y objetivo, es la “voluntas, potestas, vis, mens legis”, op. cit., p. 72. MESSINEO, op. cit., p. 99.

⁵² MESSINEO, op. cit., p. 87. COVIELLO, op. cit., pp. 106 y 107. Tampoco puede concebirse que en realidad el artículo 346 es interpretativo, puesto que la intención legal al respecto, con independencia del lenguaje utilizado, no es resuelta en cuanto a la interpretación, y no corresponde al intérprete dar un sentido que la norma claramente no posee.

⁵³ BERRO, “Responsabilidad y Mora...”, cit., pp. 45 a 47.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 47.

En segundo lugar, y contra lo que afirmó el actor, su calidad de único Director y representante legal de la sociedad surge plenamente acreditado.

Y la no presentación oportuna de las respectivas declaraciones juradas es demostrativa de negligencia, y legítima se lo declara responsable solidario (artículo 21 del Código Tributario), sin perjuicio de que respecto del Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio (IRIC) prevalece la responsabilidad objetiva (artículo 59 del Título 4 del Texto Ordenado 1996).

por ello, y es preciso conferirles un correcto significado en el sistema jurídico, conforme con las normas generales aplicables.

La interpretación auténtica, realizada en acto legislativo por el órgano creador de la norma interpretada, denota particularidades en su génesis, caracteres, estructura técnica, y también en sus resultados⁵⁵.

La ley interpretativa, por la cual la interpretación auténtica se encauza, es aquella que tiene como propósito inmediato delimitar el sentido de otra disposición, y no disciplinar conductas humanas⁵⁶.

Las leyes interpretativas poseen dos justificaciones principales, de acuerdo con la dogmática: una objetiva, y otra subjetiva, o aun accidental.

En primer lugar, la intervención del legislador se justifica en la búsqueda de certidumbre y claridad frente a la duda que plantea el sentido de una norma, dado que la eficacia de los actos legislativos permite cumplir el objetivo.

En segundo término, muchas veces el legislador se aparta del rigor que debería revestir la tarea interpretativa, y acude a motivaciones políticas a las que inexorablemente es sensible.

En este sentido, los presupuestos fácticos y jurídicos para la existencia de una ley interpretativa son⁵⁷:

a) La falta de certeza y dubitación sobre el alcance de una ley, lo cual se evidencia en la existencia de jurisprudencia contradictoria, en la existencia de oscilaciones o inseguridad en la aplicación administrativa, o en la presencia de encendidas discusiones doctrinarias.

b) La sanción de una ley para establecer una interpretación particular, sin que deba adoptarse una calificación formal de la misma.

Lo expuesto denota una diferencia trascendental desde el origen entre las leyes comunes y las interpretativas. Las leyes comunes pueden estar basadas en circunstancias fácticas erróneas, falsas y hasta inexistentes, pues su eficacia no está vinculada con éstas (*ocassio legis*)⁵⁸. Por el contrario, las leyes interpretativas, para ser consideradas como tales y para aprovechar los efectos que el derecho positivo y la doctrina le han conferido, deben ser necesariamente congruentes con un contexto fáctico determinado: la incertidumbre e indeterminación a propósito del sentido de una norma anterior.

Por consiguiente, la calificación de las normas involucradas como interpretativas requiere un examen para verificar su corrección conceptual respecto de la construcción dogmática antes expuesta.

La primera de ellas, el artículo 464 de la Ley N.º 17.930, pretende interpretar una materia no susceptible de interpretación, de acuerdo con los principios dogmáticos aplicables. No puede por tanto considerarse interpretativa.

Si bien es innegable que sobre la vigencia del artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252 existió incertidumbre en la aplicación práctica, y también jurisprudencia contradictoria, delimitar la vigencia de varias normas en el orden jurídico no se encuentra dentro del alcance de una norma interpretativa. La ley interpretativa solamente puede iluminar el sentido de otra norma⁵⁹, no el estado general de incertidumbre ocasionado por la coexistencia de varias normas.

En todo caso, el artículo 465 podría haber aclarado que el artículo 346 del Decreto-Ley N.º 14.416 tuvo la intención y la virtualidad de revivir al artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252. Pero no lo hizo.

La segunda de las normas, el artículo 465, tampoco puede considerarse como una interpretativa, pues descansa sobre un presupuesto empíricamente falso, la discusión o incertidumbre existente sobre su objeto hasta el momento de su sanción.

⁵⁵ SUPERVIELLE, Bernardo, "El alcance...", cit., p. 359. MESSINEO, op. cit., p. 96.

⁵⁶ CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario de Derecho Usual", Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 1972, p. 542.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 366 a 369.

⁵⁸ COVIELLO, op. cit., p. 107.

⁵⁹ MESSINEO, op. cit., p. 96. GASCÓN ABELLÁN, Marina y FIGUEROA GARCÍA, Alfonso, op. cit., p. 185. SUPERVIELLE, "El Alcance...", cit., pp. 371 y especialmente 391.

En tercer lugar, también es responsable por hecho propio, en lo referido a las infracciones de contravención (omisión de cumplir deberes formales) y mora (retardo en el pago de las obligaciones), conforme a los artículos 102 y 104 del Código Tributario.

IV) Por último, en cambio, sí le asiste razón al actor en cuanto a que la responsabilidad solidaria que se le imputa, se declaró como «ilimitada», y eso viola norma de derecho.

Nunca existió incertidumbre ni discusión acerca de la extensión del artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252 a las sanciones por infracciones. Sí ha existido una opinión firme sobre la aplicación del artículo 21 CTU solamente a deudas por impuesto. Para ello basta observar los capítulos dedicados en este trabajo a la fisonomía que el fenómeno tuvo en la doctrina y en la jurisprudencia.

En la doctrina y jurisprudencia existió una discrepancia doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva de la mora, siempre respecto del contribuyente. Pero esta norma tampoco puede entenderse interpretativa de tal fenómeno, que trasciende la responsabilidad de los representantes. Además, la propia norma refiere al artículo anterior y, evidentemente, no preconiza en términos generales ninguna concepción sobre la naturaleza de la mora.

En conclusión, ninguna de las normas es verdaderamente interpretativa. Podría incluso admitirse que este es un caso de uso deliberadamente falso del lenguaje en el discurso jurídico normativo⁶⁰, con el exclusivo fin de aprovechar el efecto que la ley y la dogmática le reconocen a las leyes interpretativas: la retroactividad a la fecha de la norma interpretada⁶¹. Efecto considerado inconstitucional en el ámbito tributario⁶².

No obstante lo dicho, las anteriores conclusiones no hacen, a mi entender, que ambas normas sean “imputables de inconstitucionalidad”⁶³ en los casos en que se aplique sobre derechos adquiridos, como sostiene BERRO⁶⁴.

Tal vez sea, en términos semióticos, una oportunidad para enfrentar una realidad de claras consecuencias psicológicas y pragmáticas: la falsedad en el discurso jurídico no invalida las normas, siempre que pueda encontrarse para ellas una forma de existencia en el sistema. Son en todo caso los científicos los llamados a orientar las correctas interpretaciones, y los jueces quienes en un Estado Constitucional de Derecho deben asumir interpretaciones adecuadas, controlar la constitucionalidad de las leyes⁶⁵, educar a los otros poderes y garantizar la democracia.

La negación del carácter interpretativo no puede implicar segar la voluntad expresa del legislador: la plena vigencia del artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252 y su extensión a las sanciones pecuniarias por mora⁶⁶.

Si bien es también evidente que el legislador pretendió dar efecto retroactivo a la norma, corresponde en el caso dar a la norma un sentido posible y conciliable con la “ratio iuris” del ordenamiento positivo⁶⁷. Para que la norma tuviera efecto retroactivo debería decirlo expresamente, y si no lo hace, más allá de la motivación explícita o elíptica del legislador, no es posible otorgarle un efecto hacia el pasado⁶⁸.

Por lo tanto, se tratará de una norma innovativa, y por ello regirá solamente hacia el futuro⁶⁹.

⁶⁰ SARLO, Oscar: “Acerca de la posibilidad de mentir en el discurso jurídico”, en Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho: Filosofía del Derecho. Aportes actuales, Cuaderno No. 19 de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, FCU, Montevideo, 1993, pp. 52-61.

⁶¹ Artículo 13 del Código Civil uruguayo. COVIELLO, op. cit., p. 129. MESSINEO, op. cit., p. 96. SUPERVIELLE, “El Alcance...”, cit., pp. 375 y 376.

⁶² Debe decirse que en el campo tributario la doctrina es unánime en considerar antijurídica la retroactividad de las normas, salvo que se trate de normas punitivas y la norma retroactiva fuera más benigna. El motivo es la concepción de este efecto como uno lesivo de la seguridad jurídica, protegida constitucionalmente por el artículo 7. X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, Montevideo, 1984. VALDÉS COSTA, “Curso...”, cit., pp. 241-248; “Código...”, cit., pp. 193-198.

⁶³ Por supuesto se toma como significado para esta expresión el de una alta probabilidad de que las normas sean declaradas constitucionales, dado que en nuestro sistema todas las leyes y decretos de las juntas departamentales son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia (artículos 256 y 260 de la Constitución).

⁶⁴ BERRO, “Responsabilidad y Mora...”, cit., p. 46.

⁶⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina y FIGUEROA GARCÍA, Alfonso, op. cit., pp. 37-42.

⁶⁶ MESSINEO, op. cit., p. 99.

⁶⁷ Así lo entiende la doctrina. Vide SUPERVIELLE, “El Alcance...”, p. 394.

⁶⁸ SUPERVIELLE, *Ibidem*, pp. 394-394.

⁶⁹ MESSINEO, op. cit., p. 96.

Puesto que la regla es que aquella «...se limita la valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubieren actuado con dolo» (artículo 21 del Código Tributario). Hipótesis esta última que no fue invocada por la Administración, y que no puede suplirse con la simple afirmación de que el valor de los bienes supera el monto de la deuda. Lo que además -como bien lo señala el Sr. Procurador-, no sólo no está probado, sino que resulta incierto.

IV. OPCIÓN POLÍTICAMENTE ADECUADA PARA EL FENÓMENO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES

Los anteriores desarrollos han conducido a una posición: las normas incluidas en la Ley N.º 17.930 modifican el régimen de responsabilidad de los socios de sociedades personales y directores de sociedades anónimas frente al IRIC. Y lo hacen con efecto *ex nunc*.

A esta conclusión se llegó utilizando las herramientas tradicionales de la dogmática, para construir un discurso lógico y racional con la legítima intención de alcanzar un resultado plausible, esto es, capaz de formar la convicción de un órgano decisor⁷⁰.

Pero esto no significa que no sea concebible alcanzar una solución diferente, por ser este el campo de la opinión y no estrictamente de la ciencia. Como se dijo al comienzo, el discurso dogmático es directivo y no estrictamente científico, y una exposición dogmática podría estructurarse, si así se lo quisiera, como un libro en el que el lector puede escoger un final diferente de acuerdo con sus preferencias, motivaciones y necesidades. Y todos los hombres las tenemos.

En consecuencia, la orientación de la argumentación debe necesariamente justificarse en una concepción más profunda o superior, que he dado en llamar política, en un alto sentido de política, como Moral Social y propensión al bien común. Esta concepción podría considerarse inmanente, desde el iusnaturalismo clásico; o bien trascendente, desde el iusnaturalismo racionalista. O incluso podría concebirse como simple conquista del consenso democrático⁷¹, puesta en el sistema jurídico, o reflejo de axiomas económicos aceptados intersubjetivamente por la comunidad científica económica.

De cualquier manera, explicar la concepción profunda que justifica la orientación de mi discurso jurídico es lo que pretendo lograr en este apartado, postulando para ello una concepción objetiva y no relativista de la realidad humana.

En tal sentido, la solución propuesta, además de ser racional de acuerdo con las construcciones teóricas tradicionalmente sostenidas por la doctrina, es la más adecuada a los principios de la Moral Social, o al menos a los que nuestra sociedad ha conquistado democráticamente⁷², y también la más conveniente desde el punto de vista económico.

En primer lugar, un sistema que toma en cuenta la conducta de los sujetos para responsabilizarlos patrimonialmente es preferible por sobre otro que no lo hace. Y ello es así porque la responsabilidad sobre los propios actos es expresión de libertad y reclamo de la naturaleza del hombre⁷³.

Ello no significa que la consecución del bien común no explique la adopción de un criterio de imputación objetivo de la responsabilidad, como ha sucedido en el derecho civil, por ejemplo⁷⁴. Pero en este caso las razones que pudieron existir en otros supuestos no se presentan, pues el sujeto presuntamente dañado,

⁷⁰ Puesto que la doctrina no tiene la calidad de fuente formal del derecho, como sí en Roma por la *autoritas* otorgada por Augusto y consolidada por Tiberio en el *ius respondendi* de la jurisprudencia clásica. Vide D'ORS, Álvaro, "Derecho Privado Romano", EUNSA, Pamplona, 1997, pp. 75-79. Sobre el rol y función de la teoría para la jurisprudencia vide ATIENZA, Manuel, "¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?", en "Cuestiones Judiciales", Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política N.º 91, México, 2004, pp. 9-23.

⁷¹ ALEXY, Robert, "Teoría del Discurso y Derechos Humanos", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 115-131.

⁷² Una vez más, dejo de lado mis propias concepciones sobre el valor absoluto del bien, pues no creo conveniente quitar pureza racional al discurso y distraer la esencia de la exposición: la existencia de una realidad objetiva, cualquiera sea su explicación concreta.

⁷³ Vide KANT, "La Metafísica de las Costumbres", Tecnos, Madrid, 1994, pp. 16-18. HERVADA, Javier, "Introducción Crítica al Derecho Natural", EUNSA, Pamplona, 1998, p. 116. También "Cuatro Lecciones de Derecho Natural", EUNSA, Pamplona, 1998; en particular "De los actos humanos en general", pp. 15-57, y "Elementos de los actos humanos", pp. 60-95.

⁷⁴ GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo XIX, pp. 69 a 96.

En consecuencia, puede y debe anularse el acto en lo pertinente, reiterándose así pronunciamientos anteriores de casos similares y que se dan aquí por reproducidos.

Por estos fundamentos, el Tribunal

el Fisco, no es exactamente la víctima de un daño, ni se encuentra desamparado ante los sujetos pasivos, sino que posee exorbitantes prerrogativas para el control y el cobro, que incluso se han incrementado progresivamente en los últimos años (v. gr. las facultades de control e inspección de la administración fiscal, la posibilidad de solicitar la clausura, de regulación aún más intensa a partir de la misma Ley N.º 17.930)⁷⁵.

Adicionalmente, el mundo ha experimentado un proceso de complejización que incide en forma determinante en el fenómeno de la responsabilidad. En nuestros días no sólo existen más posibilidades de ser dañado, sino también de causar daños. Por esta razón es que la doctrina ha propuesto un nuevo modelo de responsabilidad, que reivindica la importancia del sujeto responsable⁷⁶. Es claro que la gestión de asuntos fiscales participa de la mencionada complejidad.

Lo expuesto es aún más importante en el caso de la responsabilidad por sanciones, que, al participar de la naturaleza del Derecho Punitivo, requiere un mayor cuidado y respeto hacia principio de la personalidad en la generación de la responsabilidad⁷⁷.

En segundo término, además de ser preferible desde una perspectiva moral, o aun *iusnaturalista*, la opción por un sistema de responsabilidad subjetiva es económicamente más conveniente.

La preferencia por la subjetividad, desde el punto de vista económico, radica en que el sistema permite enfrentar de mejor manera una falla del mercado⁷⁸, la "selección adversa".

La "selección adversa" se presenta en el caso como la tendencia de las personas menos arriesgadas o más conservadoras a alejarse de los cargos directivos o gerenciales de las empresas⁷⁹.

Si un sujeto sabe que su conducta como director o gerente no va a ser tomada en cuenta al momento de imputarle responsabilidad, y que, con absoluta independencia de su correcto desempeño, puede ser efectivamente responsabilizado en su patrimonio, preferirá no ocupar estos cargos, que suponen un riesgo excesivo e inaceptable.

¿Quiénes ocuparán entonces estos cargos?

Como consecuencia directa de la selección adversa, las personas que decidirán involucrarse en cargos directivos serán los más arriesgados; no los más audaces en la gestión, sino los más arriesgados para asumir la posibilidad de ser responsables.

Pero además, lo que es aún más grave, serán muy probablemente aquellos que no experimenten un riesgo real, por ejemplo, por su insolvencia.

El resultado es absolutamente negativo; los directores serán personas psicológica y conductualmente irresponsables (pues sabrán que su gestión, por rigurosa que sea, no será suficiente para librarlos de responsabilidad), o, lo que es peor aún, serán aquellos que no se sientan sometidos a riesgo alguno, por carecer por completo de capacidad para hacer frente a una eventual responsabilidad (insolventes).

En conclusión, la elección de un modelo de responsabilidad subjetiva supera el problema de selección adversa, estimulando a las personas más responsables y solventes a ocupar cargos directivos.

⁷⁵ Siendo la igualdad en la relación jurídico-tributaria un logro del pensamiento tributario. Vide VALDÉS COSTA, "Instituciones de Derecho Tributario", Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 419 a 437.

⁷⁶ Vide CAFFERA, Gerardo, "Sujeto, Responsabilidad y Contrato. Los sistemas clásicos y las bases de un modelo neo-subjetivo", en Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXXV, pp. 607 a 624.

⁷⁷ BERRO, "Los Ilícitos Tributarios y sus Sanciones", FCU, Montevideo, 1995, pp. 25-27.

⁷⁸ STIGLITZ, Joseph., "Economics of the Public Sector", W.W. Norton & Company, Nueva York, 1988; "Information and Economic Analysis: A Perspective", en The Economic Journal, vol. 95, supplement Conference Papers (1985); STIGLITZ, J., "Information and the Change in the Paradigm in Economics", Conferencia en ocasión del Premio Nóbel, diciembre de 2001.

⁷⁹ En Economía se ha analizado esta asimetría de la información en el mercado de seguros, entre otros. Vide MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, J. David, "An Introduction to the Economics of Information: Incentives and Contracts", Oxford University Press, Segunda Edición, Londres, 2001, pp. 11-12.

FALLA:

Confírmase el acto impugnado, salvo en cuanto declaro el carácter ilimitado de la responsabilidad solidaria por la deuda correspondiente al IVA, en cuya parte se anula, y debiendo estarse a los expuestos en el Considerando IV).

Escoger por uno u otro modelo corresponde al legislador en primer lugar, si se trata de crear nuevas normas o derogar existentes. Pero especialmente al juez, mientras resuelve en un caso concreto la aplicación de normas vigentes que coexisten en el sistema.

Y también a la doctrina, orientando con sano juicio y criterio de razonabilidad la labor jurisprudencial.

V. CONCLUSIONES

Los desarrollos del trabajo conducen a las siguientes conclusiones:

- 1) El artículo 357 del Decreto-Ley N.º 14.252 fue derogado por el artículo 21 del CTU.
- 2) El artículo 346 del Decreto-Ley N.º 14.416 es una norma inoperante, que no modifica la primera conclusión.
- 3) Los artículos 464 y 465 de la Ley N.º 17.930 no son normas interpretativas, sino que innovan en materia de responsabilidad de socios de sociedades personales y directores de sociedades anónimas para el IRIC, determinando un régimen de solidaridad y responsabilidad objetiva. Ambas son eficaces hacia el futuro.
- 4) Los sujetos llamados a aplicar las normas deben hacerlo de manera de lograr la prevalencia de regímenes de responsabilidad subjetiva, como el del artículo 21 del CTU. Ello es moralmente adecuado y económicamente conveniente.
- 5) Los sujetos llamados a crear las normas sobre responsabilidad fiscal deberían respetar las anteriores circunstancias y enunciados.

CARLOS LOAIZA KEEL

Doctor en Derecho egresado de la Universidad de Montevideo
Prof. Asp. de Derecho Financiero I y II en la Facultad de Derecho
de la Universidad de Montevideo

Miembro del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios y
del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario.



INFORMACIONES

- *Equipo de Derecho debutó en competencia de argumentación jurídica*
- *Noticias de la Facultad*
- *El Instituto Suizo de Derecho Comparado*

EQUIPO DE DERECHO DEBUTÓ EN COMPETENCIA DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Los estudiantes de Derecho Ady Beitler, Bernardo Amorín y las abogadas Isabel Laventure y María Brugnini participaron por primera vez en la competencia de argumentación jurídica “The Philip C. Jessup International Law Moot Competition”, que tuvo lugar en Washington DC, entre 108 equipos y obtuvieron un excelente resultado.

El equipo de la Universidad de Montevideo como debutante, superó todos los puntajes obtenidos hasta esta fecha en las rondas primarias de clasificación desde que esta Olimpiada Jurídica se inició 42 años atrás, superando incluso a la Universidad de Harvard que tenía el record anterior. También superaron a Singapur, país finalista en las últimas once ediciones, de las cuales ganó cuatro. El equipo obtuvo el lugar 17º de la competencia, el 6º puesto en defensa escrita sobre un total de aproximadamente 980 equipos. Además Ady Beitler consiguió el segundo puesto en retórica oral sobre un total de 450 estudiantes participantes.

Además mientras que varios de los equipos, se prepararon durante las etapas previas a cada competición con un profesor especialmente dedicado a entrenarlos para ello durante meses, estos jóvenes, prepararon el caso y su presentación entre ellos mismos robando horas al sueño durante seis meses. La buena preparación del equipo sorprendió a los jurados y profesores de la competencia.

Los abogados debían actuar en el caso de un barco pirata que atacó a otro buque, el cual derramó material radioactivo. El barco dañado culpó al país de origen del pirata por los daños sufridos, mientras que el país de donde procedía el barco infractor alegó que la responsabilidad era del accidentado por no haber advertido que transportaba energía nuclear, como lo establece la legislación internacional.

Este certamen jurídico es organizado anualmente por la International Law Student Association (ILSA) y es auspiciado por el Estudio Shearman & Sterling. Nuclea a las mejores universidades del mundo y los equipos mejor puntuados reciben una serie de beneficios y prestigio que tornan válido todo el esfuerzo y dedicación puestos para obtenerlos.

El equipo contó con el apoyo de la Universidad, la Embajada de Estados Unidos, Banco Santander y los estudios jurídicos Ferrere Abogados y Guyer y Regules.

Tanto éxito tuvo esta primera participación de un equipo uruguayo en esta Olimpiada Jurídica, que le han ofrecido a la Universidad de Montevideo ser sede de futuras experiencias similares de clasificación local o regional. Ya le han llegado a la UM invitaciones para participar en otras competencias, como es el caso de la ELSA Moot Court Competition on WTO Law 2004/2005 que tendrá lugar en Ginebra, Suiza.

Dra. María Mercedes Otegui Carrasco

NOTICIAS DE LA FACULTAD

Carreras de grado:

- Crecimiento en un 100% en alumnado en el 2005 y manteniéndose estable en el 2006.
- 1ra Participación en Competencia Internacional de argumentación jurídica- Jessup Cup Washington 2005- se adjuntan detalles del informe interno. Este año también se envió un equipo que compete desde el lunes 27 de marzo al sábado 1 de abril 2006.
- Intercambio de la Alumna Ana Trías por un semestre a la Universidad de Montana. Este año tres alumnos se irán de intercambio en el segundo semestre uno a la Universidad de Montana y dos a la Universidad de Minnesota.
- Tanto la participación en la competencia de argumentación jurídica como los intercambios a universidades americanas son fruto del Programa US Law de la currícula de abogacía.

Maestrías:

- Este año la Maestría en Derecho y Técnica Tributaria se dictará también por las tardes atendiendo a la solicitud de la DGI que por materia de horarios no podía cursarlo en la mañana. La propuesta ha sido recibida con gran aceptación tanto por los profesionales que trabajan en la DGI como sus Directivos que colaboran en la difusión del mismo. También se ofrece de forma abierta a cualquier profesional interesado.

Investigación:

- En el 2006 comenzará a reunirse un nuevo grupo de investigación (además de los existentes) sobre **Derecho de la Competencia**. El nacimiento se dio como consecuencia de un curso dictado en noviembre de 2005 por el Prof. Rippe de Facultad de Derecho y el Prof. Zipitria de Facultad de Ciencias Económicas, quien además es asesor del Ministerio de Economía en esta materia. Sus promotores han sido el Dr. Ricardo Olivera y la Dra. Eva Holz, su integración será multidisciplinaria entre Facultad de Derecho y la de Ciencias Económicas. Comenzando el viernes 21 de abril a las 8:30, se reunirán todos los últimos viernes de mes.

Otras noticias de interés:

- En el mes de abril de 2005 la familia Jiménez de Aréchaga donó la Biblioteca del reconocido jurista Eduardo Jiménez de Aréchaga a nuestra facultad. En el mes de noviembre, luego de la culminación del traslado de los libros, y con motivo de agradecimiento se realizó acto privado para la familia en la Biblioteca de la Universidad de Montevideo con palabras del Decano.
- A mediados del mes de junio de 2005 recibimos por segunda vez la visita de una Delegación de la Universidad de Indiana a cargo de la Prof. Eleanor Kinney, interesados en materia de Derecho de la Integración, Comercio Exterior y protección del Medioambiente; para quienes hemos ofrecido una semana intensiva de visitas y charlas en inglés entre las que destaca la exposición de: el Dr. Juan Carlos Blanco, el Dr. Nicolás Herrera y el Dr. Marcelo Cousillas. Las visitas fueron realizadas a la sede del MERCOSUR y ALADI. Para el futuro estamos consolidando esta visita en un programa anual abierto a esta y otras Universidades extranjeras que se denominará "Latin American Economic Integration & Legal System Program".

Dra. María Mercedes Otegui Carrasco

EL INSTITUTO SUIZO DE DERECHO COMPARADO

La Facultad de Derecho realiza intercambios académicos de información con diversas universidades y centros académicos del mundo.

Uno de los primeros centros de Estudios Jurídicos europeos con quienes hemos intercambiado colaboración en el área jurídica, además de varios proyectos en diverso grado de desarrollo es el Instituto Suizo de Derecho Comparado ISDC (<http://www.isdc.ch>).

Este Instituto fue creado como dependencia autónoma del Ministerio suizo de la Justicia por la Ley Federal del 6 de octubre de 1978 y tiene su sede en el Campus de la Universidad de Lausana. Entre sus objetivos, de los que somos en algún sentido agradecidos beneficiarios desde tiempo atrás, se destaca:

- Poner a disposición de gobiernos, parlamentos, administraciones y organizaciones internacionales los documentos y estudios jurídicos necesarios para la promulgación de leyes, conclusión de tratados internacionales y otros instrumentos;
- Preparar, para tribunales suizos y extranjeros, informes y dictámenes jurídicos sobre el derecho interno de todos los Estados del globo;
- Participar en los esfuerzos internacionales de armonización y unificación del derecho,
- Realizar investigaciones en diversas áreas del derecho y servir como centro de estudios para juristas y becarios de todos los horizontes.

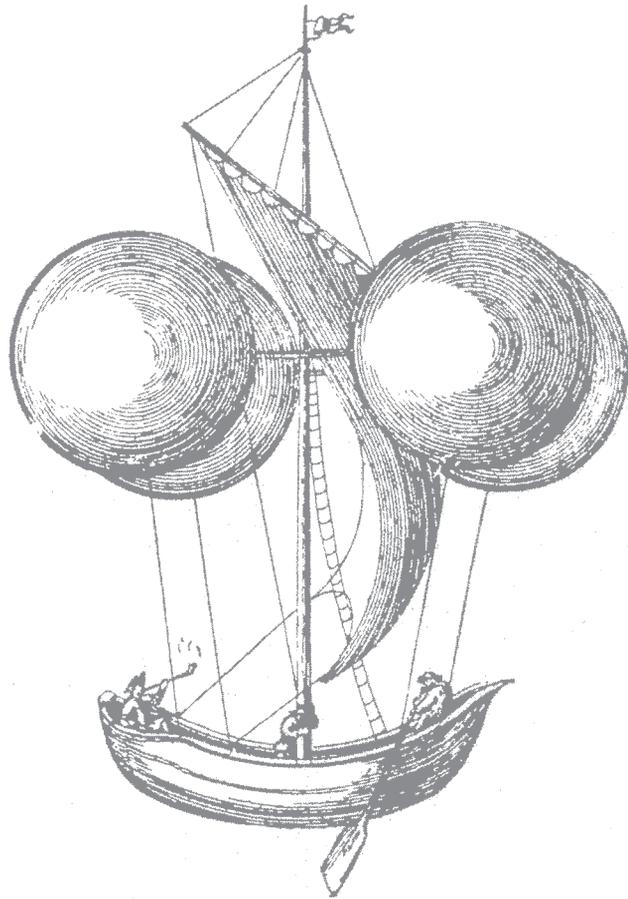
Es destacable, entre los recursos del ISDC, la completísima biblioteca con colecciones del derecho interno y comparado de todos los sistemas del mundo, así como con acceso a decenas de bases de datos jurídicas. Puede consultarse el elenco de los más relevantes trabajos de investigación en el propio web (<http://www.isdc.ch/fr/publications.asp/4-0-2910-5-4-0/>).

Asimismo, el ISDC publica bimensualmente su «Newsletter» en formato electrónico, con importantes novedades legislativas y jurisprudenciales, a la cual se puede acceder también electrónicamente en el citado sitio.

Es de puntualizar que los lazos entre el ISDC y la UM (anteriores aún a su constitución como Universidad, siendo conocida la Institución como IEEM) comenzaron a forjarse a nivel de bibliotecas en los años 90, mediante el envío de publicaciones. A nivel académico, el Dr. Alberto Aronovitz, Consejero Jurídico del ISDC, en visita a Montevideo, dictó dos conferencias en Montevideo: una sobre la «Protección de las inversiones internacionales» y otra sobre «El juego y la apuesta en Internet».

Actualmente, nos encontramos formalizando nuevas gestiones para expandir la cooperación entre ambas instituciones.

Beatriz Bugallo



TESINAS DE MASTERS

- *Eula, Veigan* - "Contratos concertados fuera del establecimiento comercial y títulos valores. Protección del consumidor vs. seguridad del tráfico jurídico en el Derecho uruguayo"

CONTRATOS CONCERTADOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL Y TITULOS VALORES: Protección al consumidor versus Seguridad del Tráfico Jurídico en el Derecho Uruguayo

VEIGAN G. EULA

Master en Derecho de la Empresa

SUMARIO

- I. A MODO DE INICIO. II. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA Y ENCUADRE Y RECONOCIMIENTO DE LAS BASES FACTICAS Y CONCEPTUALES. III. LOS CONSUMIDORES, SUS INTERESES ECONÓMICOS Y DERECHOS RELACIONADOS AL TEMA. IV. CONSUMIDORES. V. CUATRO DERECHOS BÁSICOS DE LOS CONSUMIDORES: EDUCACIÓN - DIVULGACIÓN - LIBERTAD - IGUALDAD. VI. OTROS DERECHOS : LITERALES C) Y D) DEL ART. 6 LEY 17.250. VII. LOS SUJETOS DE LA "RELACIÓN JURÍDICA DE CONSUMO": "EL CONSUMIDOR", BENEFICIARIO DE TUTELA. VIII. NOCIÓN DE PROVEEDOR. IX. CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO: HIPÓTESIS DE HECHO INCLUIDAS EN LA NORMA. X. PLAZO DE REFLEXIÓN - RESCISIÓN O RESOLUCIÓN - DEVOLUCIÓN DE LAS PRESTACIONES - NEGOCIOS JURÍDICOS CONEXOS. XI. TÍTULOS VALORES. NOCIONES GENERALES - LA ABSTRACCIÓN. XII. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR "VERSUS" SEGURIDAD JURÍDICA "BUENA FE" Y RESPONSABILIDAD. XIII. CONCLUSIONES.

I. A MODO DE INICIO

Nos ha tocado vivir en una era y en una realidad caracterizadas por la sucesión de múltiples y vertiginosas transformaciones en todos los ordenes.

Por un lado, el advenimiento de cambios tecnológicos, la contratación electrónica, la globalización, una mayor complejidad en las relaciones entre empresas (especiales vínculos), la utilización del marketing, el comercio electrónico, la masificación, de nuevas formas de contratación, la economía de mercado; por otro lado, una retracción en el aparato Estatal que cede espacio a la actuación empresarial. ¿En qué consisten, qué significan en sí mismo y para el derecho todos, y cada uno de estos fenómenos que lo invaden y avasallan al hombre?

Por otro lado, En el orden supra-nacional y nacional se dictan sucesivamente numerosas disposiciones que tutelan a los consumidores. Y en este sentido, ¿qué lugar ocupa el hombre?, y ¿qué vigencia tienen sus derechos fundamentales? ¿Cuáles son los marcos referenciales en el orden nacional, Regional, y globalizado? *.

En el presente estudio, a partir de una línea lógico argumental, se pretende encontrar algunas respuestas a cuestionamientos surgidos a propósito de la reflexión acerca de una situación fáctica de no difícil configuración en la praxis, no sin antes repasar el cuadro económico-social- jurídico en el que se gestó e insertó la ley 17.250 de "Relaciones de Consumo" a efectos del logro de una composición del lugar que nos permita comprender, y elaborar una solución más justa.

Se trata, de la hipótesis en que un empresario se vea impedido de proceder a la inmediata devolución de los títulos valores que fueron emitidos con función de pago en la oportunidad de la celebración de una de las modalidades de contrato celebrado fuera del establecimiento, cuando haya operado rescisión o resolución

* Gherzi, Carlos y colaboradores "Contratos –Problemática Moderna – Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza –Argentina, pág. 24.

de pleno derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la ley 17250, porque los puso en circulación durante el llamado plazo de reflexión.

La situación no ha sido prevista expresamente por la ley, y no es de fácil solución. Es más, enfrenta aparentemente dos órdenes tuitivos en vigencia: el “derecho de los consumidores”, y el régimen jurídico de los “Títulos Valores”.

Esa problemática es la que hemos querido dejar traslucir en la elección del título acordado: “**CONTRATOS CONCERTADOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL Y TITULOS VALORES. Protección al consumidor versus Seguridad del Tráfico Jurídico en el Derecho Uruguayo**”; y genera, como se verá, no solo una problemática normativa, sino también de naturaleza fáctica, y axiológica que se ha que enfrentar y resolver, no solo a partir de la normativa vigente, sino que ha de constituir además en una respuesta adecuada a la realidad y a los valores imperantes en el mundo y en nuestra sociedad; porque el Derecho “*vive*”, y se nutre de esa riquísima realidad a la que en definitiva está dirigido, y a la que ha de aplicarse en la “*praxis*”.

El núcleo de la cuestión consiste en el logro de una respuesta racional y medianamente satisfactoria a las siguientes interrogantes:

¿Qué responsabilidad le cabe al empresario que hizo circular los títulos a sabiendas de la existencia del plazo de reflexión, y de la opción por la rescisión, o la resolución del contrato acordada a su co-contratante?

¿Constituye una conducta lícita o ilícita?

¿Qué dificultades ha de enfrentar el consumidor ante la situación, y qué soluciones se le han ofrecido desde el punto de vista fáctico y jurídico?

¿Qué valores prioriza nuestra sociedad?; y ¿cuáles, el orden jurídico vigente? ¿Cómo fue la evolución?

¿Es posible encontrar una respuesta en el orden jurídico interno?; y en su caso, ¿cuáles pueden ser sus fundamentos?

¿Dónde ha quedado el hombre, y sus derechos fundamentales?

¿Qué papel juegan los Principios Generales del Derecho?

¿Qué papel puede llegar a jugar el marco referencia regional y globalizado?

Creemos firmemente que existen respuestas satisfactorias al problema planteado en nuestro ordenamiento jurídico vigente. El Empresario debe responder por asumir un comportamiento reñido con los cánones de la “buena fe” objetiva que le es impuesta por la normativa vigente, y que resulta juzgada con disvalor por nuestro ordenamiento jurídico en cuanto contraría a los valores y derechos que éste recoge y protege. Los fundamentos dicha solución pueden llegar a encontrarse a partir de la aplicación de los principios Generales del Derecho.

Convergen en el mismo sentido, fundamentos basados en la aplicación de la normativa emergente del orden regional e internacional que nuestro Estado ha suscripto.

El primer capítulo de nuestro estudio pretende ser mucho más que una introducción, ya que está destinado también a señalar la existencia de una multiplicidad de fenómenos que provocaron un cambio sustancial en el Derecho Público y Privado de nuestros tiempos. Nuevas formas de contratación, contratos conexos o vinculados, comercio electrónico, especiales vínculos empresariales, multinacionales, masificación, marketing, utilización de técnicas agresivas de venta, economía de mercado, y otros son tan solo algunas fenómenos que el derecho debió regular, y que provocaron la civilización del Derecho Comercial, y la Comercialización del Derecho Civil, e impulsaron el nacimiento de una nueva especie de Derecho, tutelar del Consumidor.

El capítulo pese a las apariencias, no es extenso. En realidad lo hemos sazonado con muchas notas, con el propósito que se dirá.

En los subsiguientes, intentamos realizar un cuadro de los derechos de los Consumidores, sus fuentes, y los principios involucrados. Seguidamente, se hará un repaso por momentos pormenorizado de los ámbitos de aplicación subjetivo y objetivo de la ley de relaciones de consumo, para luego entrar al análisis puntual del artículo 16 de la referida norma que regula la hipótesis planteada, enunciando las modalidades contractuales, etc.

Antes del desarrollo nuclear, se hará una breve caracterización de los títulos valores, haciendo referencia a su régimen jurídico, a la abstracción y a los intereses tutelados. Por fin, se tratará de acordar el cúmulo de respuestas a la problemática planteada.

El tema no es novedoso *, y está muy lejos de nuestra intención está pretender agotarlo.

* El mismo fue tratado en una aproximación por el Dr. Julio Facal “Las relaciones de Consumo y los Títulos Valores: Tres interrogantes y sus posibles soluciones” en Tribuna del Abogado enero-Febrero 2004, pág. 10 y sig.

Emerge de lo precedentemente expuesto que en la elección y forma de abordaje del tema, hemos sido inspirados por el maestro comercialista español Joaquín Garrigues y las dos reveladas ideas rectoras de su labor docente: “la aversión al puro conceptualismo que desvincula el Derecho de la realidad en que está llamado a regir, y la conciencia de la importancia predominante que en el Derecho mercantil moderno tiene el factor social” **.

Hemos realizado un esfuerzo por volcar de alguna forma, aún cuando sea escueta y parcial, el inmenso bagaje de conocimientos, enseñanzas, y experiencias que el cuerpo docente perteneciente al “Master en Derecho de la Empresa” de esta querida “Universidad de Montevideo” tan generosa, desinteresada, y profesionalmente nos han legado. Tesoro que mucho apreciamos, nos enriquece, y aprovecha enormemente desde nuestra modesta posición en la Magistratura; y que seguramente contribuirá en el esfuerzo diario de cumplir con nuestra misión “consistente en hallar las normas que mejor se adapten a una determinada realidad vital, dentro de la suprema aspiración hacia la Justicia, como última razón de ser del Derecho” como lo entendía el maestro de referencia ***.

Por todo ello, es que estamos y estaremos infinitamente agradecidos a esta casa de Estudios.

Debemos aclarar que la utilización frecuente de citas bibliográficas más allá de traslucir lealtad, persigue el objetivo de permitir al lector interesado, aún en el caso de que esté poco familiarizado con la temática, el logro de su más acabada aprehensión, no albergándose ninguna pretensión de demostrar ilustración; evitando paralelamente tornar más gravosa la lectura del texto. Las citas efectuadas por los autores de referencia deben considerarse incluidas, sin que se proceda a su trascrición por razones de brevedad.

II. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA Y ENCUADRE Y RECONOCIMIENTO DE LAS BASES FACTICAS Y CONCEPTUALES

Asistimos a una de las cruciales etapas históricas en la que se pueden constatar grandes y vertiginosos cambios a los que no hemos permanecido ajenos. A la sociedad internacional construida sobre la base del concepto del Estado Soberano, la sucede otra apoyada en el orden mundial y la interdependencia denominada: “Derecho Uniforme del Comercio Internacional”. Sus normas representan el mínimo común denominador y disciplinan el comercio internacional a partir de la estandarización como técnica de normativización. En el logro de tal cometido se reconoce la labor de dos organismos: La comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) dependiente de la Sexta Comisión (asuntos jurídicos) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)². Paralelamente, a nivel de los Estados se constata *un fenómeno de “Transformación del Estado”*, y habiéndose producido la *crisis del “Estado Bienestar”* o *“Estado Providencia”*³ por la incidencia de variados factores, se produjo inevitablemente un reperfilamiento de nuestro Estado, y *su transformación en un “Estado Subsidiario”* ó *“Estado Regulador”*, fenómeno que no resulta aislado sino que acompaña a una reconocida tendencia confirmada en el derecho comparado⁴. La reforma del Estado obra

** Garrigues, Joaquín, “Hacia un nuevo Derecho Mercantil” (Escritos, Lecciones y Conferencias) Editorial TECNOS- Madrid, pág. 229.

*** Ibidem, pág. 230.

² Cfme. Piaggi Ana, “El Derecho Mercantil en el siglo XXI visto desde el MERCOSUR” en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 18, pág. 491 y sig.

³ Cfme Delpiazzo, Carlos, cit. Por Rocca, María Elena “Arrendamiento de Servicios y de Obra en la Función Pública” en Revista de Derecho público No. 23, pág. 39 y sig. De un modelo de Estado que asumía como uno de sus cometidos preponderantes la “*Prestación directa de Servicios*”, se dio paso a un modelo caracterizado por un acotamiento en sus cometidos a partir de la distinción de aquellos considerados sustantivos, y no sustantivos y/ó “de apoyo” recogida en la ley 16.736, y se han sancionado en los últimos años varias leyes con el cometido de ajustar, captar y regular esa nueva realidad pero curiosamente, se tradujo en el aumento de sus contrataciones a partir del fenómeno de la “tercerización” y las “privatizaciones”, en la medida en que se habilita la prestación de éstos Servicios por cuenta de terceros.) y *lejos de constituirse en una manifestación aislada, ni reducirse exclusivamente a nuestro país, se enmarca dentro de una tendencia internacional con el objetivo de eficacia del Estado, a través de un ajuste estructural en los servicios públicos* 5 y plasma en Derecho Comparado, entre los que se cuentan nuestros hermanos Argentinos.- Este redimensionamiento y su resultado “la nueva silueta Estatal”, importa numerosos cambios a nivel del derecho administrativo, en tanto él es llamado a regir estas nuevas funciones asumidas por el Estado, máxime teniendo en cuenta que dicha rama permanece aún en construcción, y dichos fenómenos requieren de él, la recomposición y nuevo equilibrio de los intereses en juego, debiéndose preservar las garantías a los administrados convertidos en “Co-Contratantes” del Estado en nuevas y muy numerosas áreas.

⁴ Casagne entiende de que asistimos a la configuración de un *cambio “radical”* agrega en nota -citando a González Navarro-, que dicho principio *sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores*

dándose cabida a los fenómenos de la «desregulación», “Tercerización”, “descentralización”, o “externalización”⁵, en cuyo marco se produce la apertura de sectores reservados a monopolios de hecho o de derecho, a la concurrencia internacional. En forma concomitante, se han configurado fenómenos de “integración regional” ó “Multilateral”⁶ de los Estados, y de la denominada “globalización”⁷.

Simultáneamente se aprecia el advenimiento de nuevas tecnologías⁸ en retroalimentación con los fenómenos anteriormente señalados. Se indica que “El desarrollo tecnológico, la economía de la información y el mundo digital presentan enormes avances en todos los campos que indudablemente beneficiarán a la población. Fenómenos tan diversos como la informatización de la infraestructura urbana, el cuerpo tecnológico, artificial y protésico, la teledidáctica, la tecnociencia, la telemedicina y telecirugía, la vinculación del cuerpo y su sistema nervioso con microchips, la televisión interactiva, la autopista de la información, y muchos otros influirán en la vida cotidiana de manera impactante. El derecho ha respaldado estos avances, mediante principios liberatorios...: la libertad de expresión y la libertad de comercio”⁹. Pero también se han producido

de servicio y los usuarios. En cambio cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, así como cuando es posible la autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados, preferibles a la regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios políticos como ideológicos” (Cfme. Casagne, Juan Carlos “Estudios de Derecho Público” Edit. Depalma - Bs.As. 1995, pág. 96).

⁵ En cuanto a la cuestión de la descentralización o “externalización” de las actividades estatales con la finalidad de ser prestadas por personas privadas abarca dos manifestaciones a saber: a) aquella tradicional de la contratación con personas privadas, que eran las concesiones de obra y de servicios, y contratación de servicios y suministros; y b) La contratación de actividades, servicios y obras con personas físicas o jurídicas del sector privado relacionadas con la “reforma del Estado” y como se menciona en documentos de la OIT de la reestructuración de la función pública o la administración pública. (RACCIATTI, Octavio Carlos “Modalidades de Tercerización en el Sector Público” en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo – F.C.U. Mdeo. 2000, pág. 117.

⁶ El GATT y luego la OMC. También se comprueba paralelamente la alineación de los países en grandes bloques regionales que responde a demandas geopolíticas o económicas específicas : U.E. (Unión Europea), APEC (varios países del Este Asiático, más EEUU, China y Japón), ASEAN (algunos países del sudeste Asiático), NAFTA (Canadá, EEUU, y México), ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración) CARICOM (Mercado Común del Caribe), MCCA (Mercado Común Centroamericano), etc. Es así que en la regulación de los contratos e institutos jurídicos que eran regidos por el derecho público o privado a nivel nacional, *da paso a la normativa transnacional a partir de la nueva realidad de un mundo globalizado, integrado regionalmente o en vías de integración*, al que no resulta ajeno nuestro país a partir de la concreción y ratificación de diversos Tratados Internacionales que a nivel local se traduce en la Integración – llamémosla por citar el más relevante MERCOSUR que integra hoy más de 220 millones de personas, entre otros. Este en particular es un sistema calificado como una UNION ADUANERA IMPERFECTA, aún cuando originariamente el Tratado de Asunción de 1991 estableció un proceso hacia la constitución de un Mercado Común, que supone la libre circulación de Bienes, Servicios y Factores Productivos entre los países a través entre otros de la limitación de los Derechos Aduaneros, y de restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; el establecimiento de un Arancel Externo Común y la adopción de una política internacional común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados, y la coordinación de posiciones en postulados económicos, comerciales, Regionales e Internacionales. Como tercer elemento persiguió la coordinación de sus políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados, de Comercio Exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de Servicios, Aduanera, de Transportes y comunicaciones y otras que se acuerden. Asimismo el compromiso de armonización de sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, y se pretende crear un Mercado común en su más amplia expresión conocida en doctrina y Derecho Comparado, y máximo nivel de integración y de mayor intensidad, fundado en la Reciprocidad de los derechos y obligaciones entre los estados partes. Además de las normas del tratado, fueron aprobados varios anexos que contienen un programa de Liberación Comercial (Cfme. Gros Espiel Héctor “MERCOSUR TRATADOS DE ASUNCIÓN DE 1991”, pág. 25 y sig.).

⁷ Sobrevino también la economía del mercado global, constituyéndose un fenómeno heterogéneo que afecta en forma distinta a los Mercados y países, resultando una de sus consecuencias que las políticas públicas que adoptan otros países tienen influencia directa en las producciones nacionales, y las negociaciones entre Estados, inciden en los sectores productivos; pero “no excluye ningún campo de la condición humana, la política, la economía, la cultura y en menor grado pero en forma creciente, la social y la ecológica. Es un proceso por el cual las economías nacionales se integran en forma progresiva en la economía internacional, de modo de que su evolución depende cada vez más de los mercados externos y menos de las políticas nacionales, y si bien esta internacionalización no es un fenómeno nuevo en la historia, sí lo es su aceleración”. (Cfme. Piaggi, Ana, “El Derecho Mercantil en el S. XXI...” Obra cit. pág. 498 y sig., y 503).

⁸ Asistimos al advenimiento de la era digital. La “informática”, la “telemática”, e “internet” han producido primero la llamada desestructuración en categorías conceptuales comunitarias. Hoy existe el espacio cibernético (“ciberespacio”) distinto del espacio físico, caracterizado por su maleabilidad, convertido en un objeto insabible y renuente a las reglas legales. Se graficamente se señala que funciona según reglas de un sistema autorreferente, “es posorgánico ya que no está formado por átomos ni sigue reglas de funcionamiento y localización del mundo orgánico: Se trata de “Bytes”. Tiene naturaleza “no territorial” y comunicativa ... espacio virtual no es siquiera asimilable al espacio real, porque no está fijo, no es localizable mediante pruebas empíricas como por ejemplo el tacto... y produce un efecto de desterritorialización y descentralización, porque no hay una relación centro-periferia, no conoce órdenes ni jerarquías, ...Es un espacio del anonimato, un no-lugar por la despersonalización que presenta —Es un “no -lugar -global” en el sentido de su transnacionalidad y atemporalidad, ya que pareciera indiferente a la historia y el futuro...No reconoce límites geográficos porque no hay un río ni una montaña, ni estatales porque ignora a los gobiernos...”. (Lorenzetti, Ricardo “internet. Su impacto en el Derecho en Revista “Lex” año V, No. 7 – 2001m oag, 455 y sig.).

⁹ Lorenzetti, Ricardo “internet. Su impacto en el Derecho en Revista “Lex” año V, No. 7 – 2001m oag, 475 y sig.).

cambios en lo social con la aparición de la sociedad de masas¹⁰. Desde el punto de vista científico la tecnología *digital ha tenido relevancia a nivel normativo, con impacto en diversos campos del derecho público y privado*¹¹, dando lugar a la aparición del “Comercio electrónico”¹². A su vez el comercio electrónico ha revolucionado el desarrollo, la distribución y la utilización de productos y servicios en general, y particularmente, aquellos que son objeto de propiedad intelectual^{13 14}.

¹⁰ Diez Picaso en “Derecho y Masificación Social –Tecnología y Derecho Privado” citado por Ordoqui Castilla, Gustavo en “Algunas Reflexiones sobre la Protección al Consumidor en la Contratación por Adhesión a condiciones generales” en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales No. 17-segunda serie, pág. 50 “advierde que la explosión demográfica y las grandes concentraciones de población ha originado el denominado fenómeno de la sociedad de masas donde las grandes empresas tienen necesidad imperiosa de vender no tienen tiempo para negociar, han impuesto la producción en serie e invierten grandes sumas de dinero en crear la necesidad de comprar a través de la publicidad”.

¹¹ En nuestro Estado en particular, con la introducción de la informática jurídica de gestión a nivel de la Administración pública abriéndose paso la automatización de la actividad administrativa, y la implantación del denominado “expediente electrónico” en equiparación al expediente tradicional (art. 694 a 697 de la ley 16736, y decreto 65/1998) y su aplicación en la contratación pública de los que se reconocen ya varios antecedentes (UTE 1993 es uno de ellos)(Delpiazzo, Carlos, “Contratación Administrativa”, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho – Mdeo. 1999, pág. 103 y sig. Y bibliografía allí citada.- Delpiazzo, Carlos, “Marco normativo de la contratación administrativa F.C.U.– Mdeo. 2003, pág. 1. En el campo del derecho privado no solamente en cuanto a la desestructuración en los conceptos jurídicos como el espacio, el tiempo o la diferencia público-privada de referencia, y sobre el individuo y su privacidad; (Lorenzetti, Ricardo “internet. Su impacto en el Derecho en Revista “Lex” año V, No. 7 – 2001m pág. 455 y sig.); sino que ha permitido nuevas formas de contratación a distancia, y la aparición de una nueva rama del derecho como lo es el “Derecho Informático”, y nuevas formas de contratación como la de los “Contratos informáticos”, realidad, que el derecho ha de captar y regular, cobrando relevancia la aplicación de algunos principios que resultan aplicables al mundo virtual que podemos relacionar siguiendo a Lorenzetti, Así los principios de “Libertad de Expresión”, y “Libertad de Comercio” antes citados, a los que se suman los de “no discriminación del medio digital” que persigue la neutralidad de los Estados, para que se abstengan del dictado de normas discriminatorias que limiten la participación de sujetos por la no utilización de instrumentos escritos; el “principio Protectorio” de la parte más débil cuya aplicación ha sido cuestionada, y que tiene particular relevancia en el tema que nos convoca, por cuanto tiene relevancia en la defensa del consumidor; la “Protección de la privacidad”; “Libertad de información y autodeterminación” vinculados con el anterior; “el carácter Internacional” (Obra cit. pág. 492 y sig.).

¹² El mismo, luego de superar algunos obstáculos iniciales referidos a la falta de seguridad en el envío de los mensajes, recurriéndose a mecanismos de “encriptación” de la información y “firma digital”, que requirieron la aprobación de normas en los distintos países para hacerlos operativos; y un debate académico respecto de las normas y principios jurídicos aplicables. (Cfme. Bugallo Montaña Beatriz “Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual” Mdeo, 2000, pág. 43 y 47).
Ha sido definido en forma amplia por la Comisión de la Unión Europea “una iniciativa europea en materia de comercio electrónico (COM.97.157) como el “desarrollo de actividad comercial y de transacción por vía electrónica y comprende actividades diversas: la comercialización de bienes y servicios por la vía electrónica; la distribución on line de contenido digital, la realización por vía electrónica de operaciones financieras y de bolsa; la obra pública por vía electrónica y todo procedimiento de ese tipo celebrado por la Administración pública”. Se trata de una actividad caracterizada por la utilización de medios digitales para la comunicación, incluso Internet, videotextos, radiodifusión y otras tecnologías similares, que intercambie bienes físicos por medios electrónicos o bienes digitales. En segundo se trata de relaciones jurídicas, que pueden o no ser comerciales. De hechos, cuando se habla de “ecommerce” se alude a un concepto diferente del que contienen los códigos comerciales, porque no se restringe a la finalidad de lucro, de donde ha de utilizarse un término amplio de “relaciones jurídicas por medios electrónicos” que comprenden : 1) Relaciones de derecho público entre Estados, o entre estos y particulares; 2) relaciones de derecho privado: entre empresas “Business to business”; entre empresas y consumidores “business to consumer”; y entre particulares exclusivamente en un abanico que comprende todo lo que tradicionalmente abarca el D. Civil (Cfme. (Lorenzetti, Ricardo “internet... pág. 496 y sig.; ((Cfme. Bugallo Montaña Beatriz “Internet...” pág. 39)). La operativa puede ser indirecta cuando ciertos actos como la negociación o conclusión del contrato o la transferencia del pago se realizan electrónicamente, mientras que los productos no son transferidos a través de Internet; o directo cuando además de lo anterior, también los bienes son transferidos a través de internet. En las transacciones se distinguen tres etapas: 1) de búsqueda por Internet; la de orden y pago, y la de entrega (Cfme. Bugallo Montaña Beatriz “Internet...” pág. 39y 49).

¹³ Obras literarias, música, films y software distribuidas en forma independiente, como integrada en obras multimedia, generando diversas vulneraciones de los derechos de sus titulares, y diversos recursos tecnológicos para su protección. Ya sean considerados bienes o mercaderías, la circulación de obras digitalizadas por internet, con las relaciones entre propiedad intelectual y el comercio electrónico se estrechan, en tanto las expresiones gráficas o literarias de la Web, también constituyen objeto de protección de la propiedad intelectual, y el éxito del comercio electrónico resulta condicionado a la política internacionales y nacionales que se adopten para la protección de la propiedad intelectual (Cfme. Bugallo Montaña Beatriz “Internet...” pág. 73 - 74).

¹⁴ Doctrinariamente a nivel nacional se engloba dentro de la “Propiedad Intelectual” básicamente **dos grandes ramas** : a) *la propiedad industrial*, comprensiva de las creaciones intelectuales de aplicación industrial, que comprenden por un lado institutos que tienen una expresa regulación normativa (Patentes, modelos de utilidad, modelos o diseños industriales), y otras que carecen de esa regulación (biotecnologías, chips, Know how), y luego la regulación de las marcas, y el nombre comercial, e indicaciones geográficas; y b) *la propiedad literaria y artística* (derechos de autor y los derechos conexos) incluyéndose la protección del Software. (Rippe Siegbert “La propiedad industrial en el Uruguay”, Edit. F.C.U., 1999, pág. 141.

Nuestro país fue ratificando algunos compromisos internacionales asumidos a partir de la realización de diversos tratados internacionales y sancionando normas que significaron la integración a nuestro derecho interno regulaciones específicas sobre los diversos tópicos comprendidos en instrumentos que contenían acuerdos internacionales entre los que se resaltan “El convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial” y sus sucesivas revisiones (adhirió a la Convención de París, acta de Lisboa de 1967, y Decreto 588/67), revisado en Bruselas, Convención de la Unión de Berna para la protección de la propiedad literaria y artística, Acta de Estocolmo de 1967” Berna, y Convención de Washington, y el Acuerdo ADPIC anexo al Tratado de la Organización Mundial de Comercio entre otras y que continúan vigentes –entiende Héctor Gros Espiell que “existe el Derecho internacional, vigente, aplicable directa y obligatoriamente al Derecho interno, con jerarquía equivalente a la ley ordinaria y con efecto derogatorio sobre la legislación anterior incompatible o incompatible con la normativa constitucional”, en cuanto no fueren denunciados– (“El Trabajo Intelectual – Constitución,

La "Empresa" se ha convertido en el centro del derecho Comercial, y como expresara Mosset Iturraspe "ha evolucionado en "Derecho de la empresa" como pregonara entre nosotros tiempo atrás Zavala Rodríguez...", quien acota que la misma "ha producido en el derecho contractual una transformación y renovación total de sus conceptos y consecuencias . Y luego agrega, "*El contrato mercantil es hoy un acto de empresa" caracterizado por la contratación en serie, por un lado, y, así mismo, por los negocios que tienden a relacionar a las empresas el logro de sus objetivos*"^{15 16 17}. *El fenómeno de la "Empresa" no se agota en el campo jurídico –en el cual invade las más variadas ramas: Constitucional, civil, comercial, laboral tributario, concursal, administrativo- sino que ocupa un lugar destacado en la economía y en la sociología*" –señala Mosset Iturraspe-, *y se ha convertido en el nuevo centro del Derecho Mercantil y verdadero transmisor de las instituciones hacia el Derecho Civil o mejor Privado Patrimonial . La empresa es el principal motor de las obligaciones y contratos*¹⁸.

En la operativa empresarial se han desdibujado las fronteras políticas, y proliferan las multinacionales con establecimientos en varios países y diferentes vínculos^{19 20}.

Bajo la presión de estas nuevas exigencias, constituida por tan compleja y dinámica realidad, en combinación con los fenómenos de avances tecnológicos y de la globalización de referencia, la "Empresa" actual ha generado multiplicidad de "vínculos jurídicos" para atender sus requerimientos, a los que el derecho debió acompar, explicar y normar.

Ley y Derecho Internacional" Conferencia pronunciada en 1999 con el auspicio del Consejo de Derechos de Autor del M.E.C., pág. 12). Más recientemente procedió a introducir grandes ajustes a nuestra vieja normativa en la materia que se concretó con la sanción de la *ley 17.011* en lo que hace a las "marcas, nombres comerciales, e indicaciones geográficas" regulando las "marcas sobre productos, marcas de servicios que ya contaban con la protección de la Convención de París, en los que nos atañe; las marcas en singular, colectivas y de certificación", e incluyendo en cuanto a las indicaciones geográficas sus vertientes: –indicaciones de procedencias y denominaciones de origen"; la *ley 17.174* relativa a "patentes de invención, modelos de utilidad"; y la revisión y modificaciones introducidas en la vieja ley de "derechos de autor" No. 9739, por la sanción de la *ley 17.616*.

¹⁵ Mosset Iturraspe "Contratos Conexos", Rubinzal –Culzoni Editores, Bs. As. pág. 74 y sig., y Zavala Rodríguez citada por el autor, pág. 78.

¹⁶ En nuestro país la ley de Sociedades Comerciales 16.060 se distingue entre la Sociedad comercial como sujeto de derecho (art. 2), el establecimiento comercial como Objeto de derecho (art. 68), y la empresa como actividad económica organizada (art. 1) y varias son las teorías respecto de la naturaleza jurídica de la casa de Comercio. (Mezera Alvarez . Curso de Derecho Comercial, t. IV, actualizado y ampliado por Rippe Siegbert, Edit. F.C.U., 5ta. Edic. Mayo 1998, pág. 11). "*EL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL*", "*CASA DE COMERCIO*", "*FONDO DE COMERCIO*" O "*ESTABLECIMIENTO MERCANTIL*" para algunos constituye una universalidad de activos, conjunto de bienes materiales e inmateriales, destinados al desarrollo de una actividad comercial organizada, para la producción o comercialización de bienes o prestación de servicios. No existe en nuestro derecho una definición legal, ni una regulación orgánica, pero para algunos conforma una universalidad jurídica, tesis que fue recogida a nivel normativo en el art. 380 del Código General del Proceso, que establece que el embargo genérico alcanza a: "la universalidad conocida como establecimiento comercial", y en el art. 68 de la ley 16.060.

¹⁷ Hoy resultan muy frecuentes las asociaciones ó uniones de empresas, y en el ámbito del DERECHO COMERCIAL el concepto de conjunto económico no tiene una dimensión jurídica generalmente aceptada, aunque evoca uno de los fenómenos de concentración empresarial que conforman una unidad compleja mediante acuerdos que agrupa a diversidad de unidades económicas conducente a la obtención de ventajas como ser producción en masa, economía de gastos, etc. Cuando están organizados como sociedades comerciales, se denominan concentración societaria (Bugallo, Beatriz "Manual Básico de Derecho de la empresa" Edit. F.C.U., 2000, pág. 61-62); aunque sin que la figura tenga relevancia en cuanto a la atribución de responsabilidad desde el punto de vista del Derecho Comercial ni tenga regulación aparte, con excepción de los art. 47 y sig. de la ley 16.060 que regula la participación de sociedades en otras, sociedades controladas y vinculadas, definidas por los "especiales vínculos" a nivel general; y otra excepción se prevé en materia bancaria privada en el que se ha elaborado el concepto de sociedades colaterales (art. 34 de la ley 13.608) sobre quiebras dispuso un fuero de atracción respecto a la liquidación de este tipo de empresas colaterales formando una masa única, cualquiera que fuera la naturaleza jurídica e la índole; aunque sin fijar criterios para determinar el concepto de colateralidad, cometiéndose al Banco Central quién lo ha ejercido con discrecionalidad . (José Luis Shaw y Victor Sujanov "Los problemas Tributario del Grupo de Sociedad como unidad" en Rev. I.U.D.T. No. 13, pág. 226). Otras ramas del derecho han elaborado el concepto realizando desarrollos que podemos rescatar. Así , así por ejemplo en el DERECHO TRIBUTARIO, a nivel doctrinario se entiende de que la figura del "Grupo de Sociedades o Conjunto Económico" se define como una de las grandes organizaciones empresariales nacionales y multinacionales, integradas por varios establecimientos vinculados en el plano financiero mediante la concentración de la propiedad, la administración y el control de recursos financieros de diversas formas; y que en el plano comercial las vinculaciones se conciertan a través de compraventas y arrendamientos de bienes físicos e intangibles, y prestaciones de servicios de diversa naturaleza; acompañada de vinculaciones de dominación y subordinación respecto al planeamiento, dirección y control de las empresas; aún cuando desde el punto de vista jurídico, se presentan como diferentes establecimientos mercantiles, con formas societarias independientes..." Shaw y Sujanov, Obra Cit., pág. 227 y sig.

¹⁸ Obra cit. "Contratos Conexos", pág. 80 y 86.

¹⁹ Comenta Piaggi, Ana que: "Hoy las empresas se definen de manera diferente; la matriz está siendo reemplazada por una estructura policéntrica donde las subsidiarias asumen mayores obligaciones sobre el manejo total del grupo, además de tener las tradicionales y limitadas funciones acordes con su ubicación geográfica ... la matriz se transforma en una unidad más pequeña, menos jerárquica, con decisiones que se forman en las entidades que cuentan con responsabilidad operativa. Esta se ocupará de las finanzas, de los recursos humanos, del management, del Know-How, de las inversiones, de la transferencia de tecnología, de las economías de escalas globales, etc. ..." "El Derecho Mercantil en el S. XXI...", Obra Cit., pág. 497.

²⁰ En nuestro país de una "Sociedad Extranjera" puede actuar en forma directa, efectuar por ejemplo un otorgamiento como contrato de arrendamiento de un local; puede constituir una agencia, la que no tiene poderes de representación o los tiene limitados; puede acreditar un representante; y finalmente puede instalar una sucursal, que es un tipo especial de representación permanente, que supo-

Esa realidad ha exigido a los gobiernos la elaboración y sanción de nuevas normativas, promoviendo así, particularmente, el avance en materia de Derecho Comercial, en cuyo campo se han incorporado nuevas figuras e Institutos unas veces, o introducido ajustes a la normativa vigente ²¹.

En el orden empresarial impera la libertad de organización de los negocios, que no es más que la aplicación de conceptos que también predominan en otros campos del derecho, como el de la llamada *“autonomía de la voluntad” dentro el derecho privado*. Nuestro ordenamiento jurídico lo acoge, y se traduce en un reconocimiento a los particulares, *una esfera jurídica de actuación exclusiva y excluyente dentro de la que puede autorregular sus intereses en la forma que entiendan más adecuada para la satisfacción de sus intereses*. Prolifera así la figura del contrato atípico ²².

Hoy se entiende que *“La autonomía de la voluntad”* como expresión del Derecho Fundamental de Libertad para contratar tiene raigambre constitucional (art. 7, 10 y 36 de la Constitución de la República), y está recogida en el denominado *“Principio de autonomía de la Voluntad”*, resulta acotado en el campo de las relaciones contractuales y aplicable a las relaciones privadas. En primer lugar por la incidencia del principio de igualdad que cuenta con fundamento del mismo rango (art. 8 de la Constitución). A partir de allí se requiere su coordinación, para lo cual doctrinariamente se propone recurrir a la aplicación de los criterios de irracionalidad y arbitrariedad para determinar cuándo una relación contractual es violatoria del principio de igualdad, concluyéndose que cuando excede tales límites, carece de eficacia normativa, sancionándose en tal sentido ²³. En segundo lugar, se le ha impuesto cota en el marco de las relaciones de consumo. Tal normativa en nuestro régimen jurídico ha recibido recepción expresa a partir de la sanción de la ley 17.250, a cuyas normas se le asignó carácter de *“Orden Público”*, sancionada con el fin de corregir las desigualdades y desequilibrios constatados en la economía del mercado y constitutiva de un régimen tuitivo del consumidor.

Se discute si constituye un régimen estatutario o no, pero lo cierto es que hemos de coincidir con Mosset Iturraspe, quien citando a Rosario Ferrera afirma que *“el problema de la protección jurídica del consumidor es, probablemente, uno de los nudos gordianos de la sociedad contemporánea, de la democracia liberal, en cuya solución confluyen la tentativa de organizar y gestar el consenso social, en el cuadro de una moderna democracia industrial”* ²⁴.

El advenimiento del derecho del consumidor, ha desdibujado la tradicional separación de algunas ramas del derecho. En tal sentido se ha dicho que la *“Empresa”* condujo *“a la “unificación del Derecho civil y Comercial”, precedidos por un fenómeno de: “a) “desprivatización del Derecho Privado”, o bien la “función pública del Derecho Privado”, por la vía de la penetración de “lo social” y del “intervencionismo”...; b) a la “civilización” del Derecho Comercial, a quien penetran ideas propias del D. Civil como las relativas a la equidad, el abuso del Derecho, la lesión y la imprevisión; el Derecho Mercantil busca la seguridad y la estabilidad jurídicas – metas de la codificación- sin desentenderse de la justicia contractual; y c) la Comercialización del Derecho Civil.. en la medida que presta atención a la “economía del contrato”, a su función y finalidad, y en los últimos tiempos en cuanto hacer suyo el “derecho del consumidor” tuitivo o de protección...”* ²⁵.

ne la reunión de varios elementos, como: un centro de gestión y administración, un encargado (factor, director o gerente), con amplios poderes de representación, permitiéndosele actuar en nombre de la matriz, y obligarla; y también *puede actuar indirectamente, constituyendo una “filial”*, que es una sociedad nueva, jurídicamente independiente y autónoma de la principal, pero manteniendo lazos de dependencia económicos, es una sociedad *“Controlada”* desde el exterior. ¿Cómo determinar en que casos una sociedad extranjera actúa? Ha de cumplir los requisitos del art. 193 inc. 3 de la ley 16.060, se han utilizados dos criterios, uno cualitativo, y el otro es el cuantitativo- cualitativo, que considera que solo ejerce realmente su objeto en el país receptor cuando lo hace en forma habitual no si solamente realiza un acto aislado. El tema fue debatido en las Jornadas Notarial de Punta del Este (XXXVIII) entendiéndose hoy que resulta aplicable el criterio cuantitativo-cualitativo establecido por el art. 193 de referencia condicionando el cumplimiento de los requisitos de inscripción y publicaciones, al hecho de que se proceda a la instalación de *“sucursales o cualquier tipo de representación permanente”*.

²¹ Así reconocemos la aparición de *“los Modernos Contratos de Empresa”* algunos vinculados a nuevas *“Soluciones de Financiamiento”* en el marco mayor de la temática Comercial, que ya ha sido abordado desde diversos ángulos por la doctrina nacional y extranjera. Nuestro país no ha permanecido ajeno, y es así que la *“operativa de Factoring”* ingresó a nuestro ordenamiento como figura jurídica típica con la sanción de la ley 17.292, y al igual otras como el Undewriting (regulado por art. 18 inc. final de la ley 15322 Ley de Intermediación Financiera), el contrato de Leasing (Ley 17.296), el contrato de securitización de activos (ley 17.202), y el Fideicomiso Financiero (regulado por ley 17.703 sin perjuicio de que también establece otras modalidades). Otros contratos comerciales modernos como la concesión, la distribución, la franquicia comercial, y los contratos vinculados o *“conexos”* etc. han tenido un gran recepción y desarrollo en la operativa de la empresa moderna.

²² Cfme Rodríguez Russo *“Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos”* en A.D.U. t. XXX.

²³ Cfme. Juan Blengio *“¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual. En Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 31, pág. 541.*

²⁴ Moset Iturraspe, Jorge, *“Introducción al Derecho del Consumidor”* en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5 – Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 1994, pág. 8.

²⁵ Moset Iturraspe, Jorge, *“Contratos Conexos”* obra cit., pág. 75 – 76.

Justamente la problemática jurídica que se plantea con motivo de la aplicación del art. 16 de la ley de relaciones del consumo es el tema que nos convoca. Esto es, una invitación a la reflexión en torno a una hipótesis regulada por dicha norma, y en la que perfeccionado el contrato, el consumidor comunique a su contratante en tiempo y forma su voluntad de resolver o rescindirlo, en ejercicio del derecho de opción que legalmente se le otorga, y no le resulte posible proceder a la devolución inmediata de los títulos por el proveedor – en la terminología de la ley- por haberlos puesto en circulación durante el período de reflexión.

El tema es importante y complejo, y se sitúa en un punto en el que convergen dos órdenes tuitivos diferentes. Por un lado, la normativa de protección al consumidor, y por otro las normas sobre títulos valores. De allí emerge una eventual confrontación de dos regímenes jurídicos diversos. Ello no solo señala la existencia de dificultades de hecho, sino que determina también la existencia de una problemática normativa, y desde luego que axiológica que ha de enfrentar y resolver el intérprete que deba aplicar la norma.

Dispone *el art. 16 de la ley 17.250*:

La oferta de productos o servicios que se realice fuera del local empresarial, por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, "ipso-jure" el contrato. El consumidor podrá ejercer tal derecho dentro de los cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte. La opción por la rescisión o resolución deberá ser comunicada al proveedor por cualquier medio fehaciente.

Cuando la oferta de servicios se realice en locales acondicionados con la finalidad de ofertar, el consumidor podrá rescindir o resolver el contrato en los términos dispuestos en el inciso primero del presente artículo.

Si el consumidor ejerciere el derecho a resolver o rescindir el contrato deberá proceder a la devolución del producto al proveedor, sin uso, en el mismo estado en que fue recibido, salvo lo concerniente a la comprobación del mismo. Por su parte el proveedor deberá restituir inmediatamente al consumidor todo lo que éste hubiere pagado. La demora en la restitución de los importes pagados por el consumidor dará lugar a éste a exigir la actualización de las sumas a restituir. Cada parte deberá hacerse cargo de los costos de la restitución de la prestación recibida. En los casos en que el consumidor rescinda o resuelva el contrato de conformidad a las previsiones precedentes, quedarán sin efecto las formas de pago diferido de las prestaciones emergente de dicho contrato que éste hubiera instrumentado a través de tarjetas de créditos o similares. Bastará a tal efecto que el consumidor comunique a las emisoras de las referidas tarjetas su ejercicio de la opción de resolución o rescisión del contrato.

En el caso de servicios parcialmente prestados, el consumidor pagará solamente aquella parte que haya sido ejecutada y si el servicio fue pagado anticipadamente el proveedor devolverá inmediatamente el monto correspondiente a la parte no ejecutada. La demora en la restitución de los importes pagados por el consumidor, dará lugar a que éste exija la actuación de las sumas a restituir. Se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en el párrafo final del inciso anterior del presente artículo.

En todos los casos el proveedor deberá informar el domicilio de su establecimiento o el suyo propio siendo insuficiente indicar el casillero postal o similar.

III. LOS CONSUMIDORES, SUS INTERESES ECONÓMICOS Y DERECHOS RELACIONADOS AL TEMA

Hoy, resulta un valor admitido en medios económicos y jurídicos la necesidad de la defensa de los consumidores. Sin perjuicio de reconocer la existencia de la postura contraria, nos afiliamos a la posición que le asigna naturaleza Estatutaria al "Derecho de los Consumidores"^{26 27}, en cuanto se dirige a la regulación de sujetos agrupados bajo esa categoría amparándolos bajo su tutela²⁸, merced a la intervención de los Estados,

²⁶ Más allá de el tema no resulta pacífico.

²⁷ Estatutario es aquel derecho que regula las relaciones de cierta clase de sujetos en cuanto singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos del derecho común, que refiere y resulta aplicable a todas clase de sujetos, como por ejemplo el Derecho Civil. (García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo tomo I, (Quinta Edición), Edit. Civitas, Madrid 1992, pág. 36.

²⁸ "La existencia de principios de interpretación a favor del deudor, evolucionó hacia el favor debilis, a favor del consumidor, y luego a favor del individuo particular. La generalización hace que se pase de una visión bilateral a una estructural, que toma en cuenta la posición del individuo en el mercado... Los derechos de la persona comienzan a tener una nueva entidad. Se enlaza aquí el Derecho Público, que aporta su teoría de los Derechos Humanos y fundamentales, y el Derecho Privado, que aporta su teoría de los derechos personalísimos..." Lorenzetti Ricardo Luis "El Derecho Privado como Protección del Individuo particular" en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5, pág. 54.

al igual que en otros tiempos sucedió con otros sujetos en particular, (como por ejemplo “los ciudadanos”, “los arrendatarios”, “los trabajadores”, etc.); a quienes sustrajo - diríamos parcialmente y en determinados campos-, de la aplicación del Derecho Común, con el objetivo de reestablecer un equilibrio en la relación jurídica, y la igualdad entre los sujetos en el marco de la relación de consumo.

Se trata de “un nuevo derecho”²⁹. Y de una normativa como señalamos antes, de “Orden Público”^{30 31 32}. Indica la Dra. Zafir³³ que se pretendió “*crear un microsistema dentro del sistema de Derecho Civil ... La finalidad era establecer un régimen obligatorio e inderogable en todo aquello que la propia norma entendía no debía ser modificado, para lograr el equilibrio y la igualdad entre consumidores y proveedores, a través de la priorización de ciertos principios sobre otros. Es así que debe perder relevancia en la materia el principio de autonomía de la voluntad frente a la confianza, igualdad (sustancial) y buena fe. Ello se logra estableciendo como normativa de orden público la regulación específica, dejando como subsidiario de la voluntad de las partes lo previsto en el Código Civil donde sigue rigiendo en lo medular, el principio de autonomía de la voluntad*”.

El Derecho del Consumidor se inserta en un amplio abanico de materias y ramas jurídicas observándose que “Se trata de una regulación interdisciplinaria que reúne diversas materias: civil, comercial, administrativo, procesal y subespecies dentro del ámbito del Derecho Privado, como el derecho alimentario y el derecho publicitario”^{34 35 36}.

²⁹ Rezzónico citado por Creimer, Ismael “Apuntes complementarios sobre el Derecho de Protección del Consumidor” en Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Segunda Serie No. 17- Mdeo. 1991, pág. 122.

³⁰ Siguiendo a Echevarría Petit, José Luis, quién señala : *La calificación de una norma de Orden Público o imperativa tiene una doble perspectiva, la primera es la de cuál es el derecho tutelado por la calificación de la norma.* Generalmente se desmenuza exhaustivamente cuál es el objetivo protector del Legislador, se determina cuál es ese interés superior que lo impulsa a preservar un derecho que es considerado superior, frente al embate de los particulares en la persecución de sus intereses propios, considerados de menor importancia. *La segunda es la perspectiva negativa que tiene tal calificación, o sea cuál es el efecto secundario de dicha protección por cuanto dicha calificación implica una limitación o directamente cercenamiento de otro derecho...* La calificación de una norma como de Orden Público o imperativa tiene como consecuencia proteger un derecho (cuando la técnica legislativa es correcta y eficaz), es decir se busca la protección a través de una solución expresa que no puede ser modificada por el consentimiento de partes, pero mientras se protege el derecho considerado superior. Cuando en el ámbito del derecho privado se establece una disposición de la que no pueden apartarse los contratantes, entonces estamos ante limitación o cercenamiento de la autonomía de la voluntad o derecho a la libertad de contratar, que es una manifestación del derecho a la libertad en sentido genérico, Derecho que es reconocido (no consagrado, por ser un derecho fundamental de la persona humana) en la Constitución de la República, los que sólo puede ser limitados por una ley n(nacional conforme a las enseñanzas del Profesor Justino Jiménez de Aréchaga) y siempre que medien razones de interés general (art. 7 y 10 de la Constitución de la República) y además, siendo la Libertad el principio general de la actuación de las personas físicas, por imperio del art. 10 de la Constitución, además de los requisitos para su limitación, debe tenerse presente que una limitación a la misma, es una excepción a un principio general, por lo que la interpretación de dicha norma debe ser restrictiva... “La calificación como orden público del art. 362 de la ley 16.060 y mayorías alternativas para los supuestos en él previstos” en Tribuna del Abogado, Mayo-Abril, 2000, pág. 20.

³¹ La noción de orden público, constituye un *concepto jurídico indeterminado* Esta categoría jurídica fue definida por la doctrina y son tales, “*en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata*”, *constituyendo otros ejemplos citado por la doctrina: el justo precio, la utilidad pública, urgencia, orden público, la buena fe, buen padre de familia, etc.* Lo peculiar, es que al proceder a llenar su contenido (calificación o aplicación del concepto a una circunstancia concreta), *habrá una sola solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, pero dista del campo de la discrecionalidad*, en tanto ésta importa una pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. (Cfme.García de Enterría, Eduardo “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, Ediciones Civitas en Revista de Occidente – Madrid- España 1974, pág. 34 y sig.).

³² La declaración de orden público, requiere el dictado de una ley en sentido material y formal y corresponde al legislador determinar la oportunidad y los fundamentos en su caso, pero tal limitación solo cabe por razones de interés general. Se trata pues de un campo reservado, en donde rige el “*el principio de legalidad*” que se deriva de los art. 7, 10, 72 y 332 de la Constitución de la República. Las limitaciones a los derechos consagrados por nuestra Constitución, entre ellos el -derecho de libertad-, solamente pueden ser limitados por las “*leyes que se establecieron por razones de interés general*”, de donde *cabe como lo ha entendido nuestra doctrina “la intelección de un armonioso vínculo entre el principio de legalidad (protector del hombre y su libertad) e Interés Público.* (realizador del bien comunitario)”*Ambos son basamentos firmes del Estado de Derecho y roca segura para la operación del régimen administrativo, sin solución de continuidad; menos aún de conflicto entre ambos*” Brito Mariano “El principio de legalidad e interés público en el derecho positivo Uruguayo” en L.J.U. Tomo 90, Sección doctrina, pág. 11.

³³ Zafir, Dora “Consumidores” Análisis Exegético de la Ley 17.250. F.C.U. Mdeo.2002, pág. 13.

³⁴ Zafir, Dora “Consumidores” Obra Cit., pág. 5.

³⁵ Señala Jorge Mosset Iturraspe que “*La ley –estatuto constituye entonces un microsistema de normas en el cual el intérprete puede encontrar principios generales y descubrir una lógica propia, que debe presidir su aplicación. Como ha señalado Natalio Irti, estos microsistemas dotados de lógicas autónomas y de ritmos propios de desenvolvimiento vienen a alterar la función tradicional desempeñada por el Código Civil... Los códigos pasan a regular las situaciones no contempladas por el microsistema. Ser la normativa residual. A diferencia de la regulación creada en el siglo XIX entre Código y ley especial, cuando el Código era tenido como ley general. Ahora ese rol – de normativa general- lo cumple la ley especial y el Código, lo reiteramos es la normativa residual.*” Mosset Iturraspe, Jorge, “Introducción al Derecho del Consumidor” ...Obra cit., pág. 16.

³⁶ El mismo autor refiriéndose a la diferenciación entre el “Derecho del Consumidor” expresa: “*Se distingue del Derecho Civil que regula actos jurídicos vinculados con el patrimonio en los que priva la autonomía de la Voluntad. Y del Derecho Comercial que es el Derecho de los Comerciantes, regulador de un Status personal y societario, y en particular, de las relaciones entre los comerciantes. Buena parte*

Se destaca como una de sus características la falta de una aspiración de universalidad propia de la codificación. Eso hace que sea un Derecho en construcción, ya que no cuenta con la elaboración de muchos siglos como sí es el caso del Derecho Civil. Es además, un ordenamiento jurídico que responde a una realidad dinámica – el mercado-, pero que permanece, en cuanto permanecen sus principios – Buena fe, Igualdad, y tutela jurisdiccional-, y la necesidad de su contenido en la consecución de sus fines.

En la base misma del derecho de los consumidores se asienta la protección de los Derechos individuales – Derechos fundamentales del hombre-. Estos tienen vocación de universalidad en un doble sentido. Primero, porque tienen un carácter neutral en cuanto su titularidad se deriva del mero hecho de ser un sujeto de derecho, por la condición de pertenecer a la raza humana, independientemente de ideologías, creencias, religiones o nacionalidades; y por otro lado, conceptualmente son anteriores al Estado.

Estos derechos resultan reconocidos en los tratados internacionales, y conforman un nuevo orden que supera al estatalismo, sin perjuicio de lo cual hemos de señalar con la doctrina, que la idea de Universalidad ha sufrido resquebrajamiento debido a su proliferación. En efecto, hoy asistimos a la Declaración de Derechos del Niño, de la Mujer, del discapacitado, y así sucesivamente. Además, también se postula que los derechos no son solo de los hombres, sino también de los animales, debiendo hablarse más precisamente de “derechos fundamentales”³⁷.

Se puede observar una distinción en grados, según el contenido. Están los llamados de Primera Generación que refieren a la “Libertad”, los cuales fueron consagrados por la Declaración de los Derechos del Hombre.

A posteriori en el tiempo aparecieron los de segunda Generación, son llamados económicos-sociales, que traducen necesidades sociales básicas y son la base jurídica del “Estado Bienestar”.

Más adelante, aparecen los de tercera Generación, que surgen como respuesta a la “contaminación” ó “degradación de las libertades”, como resultado de los nuevos avances tecnológicos. Aquí se incluye el “Consumo” como derecho seriamente amenazado³⁸. Finalmente, hacen su aparición los denominados de cuarta generación que consagran el derecho a ser diferente.

La declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, dispone que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) consagra tales derechos.

Sin embargo, hemos de advertir que se observa el advenimiento de un proceso de horizontalización de los derechos fundamentales, que hoy giran no sólo en torno de la persona, sino de otros sujetos. Esto provoca que algunos sean complementarios; otros, resultan ser competitivos-antagónicos, puestos en tensión por el principio de escasez; y otros devienen contradictorios.

Varias son las críticas que se efectúan a la teoría de los derechos fundamentales, de donde resulta que se entienda como necesaria la existencia de una fase de concretización. La tarea implica en el plano teórico, una correlación entre el piso de derechos mínimos y el funcionamiento de la economía de mercado; y en el plano dogmático, la fijación de algunos criterios y principios para resolver las antinomias³⁹.

Se estima que *“El reconocimiento de los derechos del consumidor, revestido de validez formal en virtud de su proclamación en cartas o declaraciones, tiende a mejorar el funcionamiento del mercado, corrigiendo sus deficiencias y la posición subordinada del consumidor en las relaciones personales con la Empresa. Ello requiere, sin embargo, como segundo paso, la implementación de una política programática e instrumental (regulaciones legales y técnicas de control) de protección al consumidor, que garantice la efectividad del ejercicio de sus derechos en todos los ámbitos de la vida social”*⁴⁰.

En las Naciones Unidas *“se consideró la problemática de los consumidores, admitiéndose la existencia de desequilibrios en la capacidad económica, en el poder de negociación y en el nivel de educación, por lo que se propende al reconocimiento de derechos frente a prácticas comerciales abusivas de los productores a nivel nacional e internacional. Asimismo, se busca asegurar que en el mercado se den las condiciones para*

de la preceptiva del Derecho del Consumidor se nutre de los avances “asombrosos” del Derecho Civil, del nuevo Derecho Civil “refundado” a partir de la protección de los “débiles” de la Sociedad Civil. Empero, otra parte de su preceptiva es “propia, específica, peculiar” de la actividad de satisfacer necesidades en el Mercado en escasez...” Ibidem. pág. 9 –10.

³⁷ ...” Lorenzetti Ricardo Luis *“El Derecho Privado como Protección del Individuo particular”* Obra cit., pág. 67- 68.

³⁸ Cfme. Lorenzetti, ibidem., pág. 68 y sig. Los de primera generación alcanzan el Derecho a la Libertad, a la vida, a la integridad física y a la propiedad; los de la segunda están constituidos por el derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud; los de tercera refieren a la calidad de vida, medio ambiente libertad informática, y el consumo, así como los relacionales al patrimonio histórico y cultural de la humanidad, a la autodeterminación, etc. ; y los de cuarta generación refiere a cuestiones tales como el derecho a la homosexualidad, cambio de sexo, aborto, etc.

³⁹ Ibidem pág. 79 y 86.

⁴⁰ Stiglitz Ruben S. y Stiglitz Gabriel A. *“Contratos por Adhesión, ...”* Obra Cit., pág. 6.

una mayor selección, y a precios más bajos instando a los gobiernos a establecer una política de protección al consumidor respecto de los riesgos para la salud y la seguridad. Esta noción también tiene por objeto amparar los intereses económicos de los consumidores, garantizando un adecuado acceso a la información y desarrollar programas de educación, estimulando la formación de grupos de intereses para la debida ilustración de los consumidores y, todo ello, sin que las medidas que se adopten se transformen en barreras para las relaciones internacionales”⁴¹. En la Asamblea General 30/248 de 15 de abril de 1985, se dictaron “Directivas” para la protección de los Consumidores.

Por su parte, la Comunidad Económico Europea (C.E.E.) enunció el Derecho de los Consumidores a partir de la Carta Europea de Protección de los Consumidores del Consejo de Europa (en 1973), y en el Programa Preliminar para un Política de Protección e información a los Consumidores, de la Comunidad Económica Europea (1975); en Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 se aprobó el programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores. El mismo, reconoce cinco categorías fundamentales de derechos entre los que se cuentan: el “derecho a la protección de los intereses económicos”, y el “Derecho a la información y a la educación”. En torno a estos debía elaborarse la política comunitaria en defensa de los consumidores.

Específicamente, en cuanto “a los contratos celebrados fuera del establecimiento”, se aprobó una Directiva con el No. 577 en diciembre de 1985, siendo ubicada en la categoría de protección de los intereses económicos, y contra “los métodos de venta agresivos”. La Directiva de referencia fijó un plazo para el ajuste de las legislaciones internas de los Estados miembros de la Comunidad Económico Europea.

En el ámbito del MERCOSUR se dictó la Resolución G.M.C. No. 123/96 y se realizó un Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor.

En el interno de nuestro Estado, el Derecho de los Consumidores está *íntimamente vinculado al Derecho Constitucional*, con cuya rama tiene relación (indisociable). Ello responde a que los derechos y garantías fundamentales en torno a los que gira —*libertad, igualdad y buena fe*—, se encuentran reconocidos, y consagrados expresa ó implícitamente en nuestra Constitución (art. 7, 72, y 332)⁴². Tales derechos responden a intereses primordiales del hombre, “gozando de un privilegiado resguardo de tinte preferentemente preventivo, como presupuesto ineludible para el pleno y digno desarrollo de la personalidad, -y - en un apéndice del espectro de los derechos del hombre, caracterizado ahora por la especificidad de su contenido y por el particular emplazamiento de sus titulares en el contexto social, se sitúan modernamente, y como tales vienen declarados y catalogados universalmente, *los derechos fundamentales del consumidor*”⁴³, se ha dicho.

IV. CONSUMIDORES

A) PROTECCIÓN DE SUS INTERESES ECONÓMICOS

El derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores refiere a un conjunto de normas dirigidas a protegerlo frente a contratos que incluyen cláusulas abusivas, a la publicidad engañosa, a los métodos de comercio agresivos, a la insuficiencia de los servicios de asistencia a la clientela, etc., básicamente en la etapa de formación del contrato (oferta y contenido) y su vigencia (cumplimiento, garantías, posibilidad de revocación y responsabilidad). Conlleva el tratamiento y control de actividades comerciales que pueden resultarse económicamente perjudiciales, en forma injustificada. Se relacionan con los problemas ocasionados por el desequilibrio existente entre consumidores y suministradores en un mercado basado en una economía liberal, en el que los principios que lo fundan: libre competencia y autonomía de la voluntad, no resultan adecuados para asegurarlo en la moderna sociedad de consumo⁴⁴. Entonces, específicamente

⁴¹ Highton Elena I. Y Alvarez Gladis S. “La resolución alternativa de disputas (R.A.D.) y el consumidor. El Consumidor ante el conflicto, ¿Qué modos tiene de Resolverlo? En Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5, pág. 232.

⁴² El art. 7 que : “todos los habitantes tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, libertad.... Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

El art. 72 : “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

El art. 332 prescribe: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

⁴³ Stiglitz Ruben S. y Stiglitz Gabriel A. “Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor” Eitorial Depalma, Bs.As. 1985, pág. 5.

⁴⁴ Botana García Gemma Alejandra “Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los Consumidores” Edit. J.B., España 1994, pág. 20 – 21.

respecto a los denominados “Contratos celebrados fuera del Establecimiento”, podemos afirmar que en este ámbito, *el Derecho del Consumidor está constituido por el otorgamiento a éste de Prerrogativas que constituyen límites impuestos a la actividad empresarial, con miras a la recomposición de un equilibrio real entre el “Poder Económico y la dotación de Garantías” para la vigencia efectiva de los Derechos de los Consumidores en la Sociedad de Consumo, y en el marco de una Economía de Mercado*, en cuyo tránsito se percibe la tirantez de los intereses comprometidos (por un lado el interés económico de los Consumidores - y por otro, el interés privado de la libertad de Empresa); y que tutelan uno de los derechos básicos de los Consumidores ubicado en la etapa de formación del contrato.

Nuestro ordenamiento jurídico recoge los “Derechos de los consumidores” en *el art. 6 de la ley 17.250*, entre los que se incluye el Derecho a la Protección de los “*Intereses Económicos del Consumidor*” derivado o vinculado estrechamente con otros derechos consagrados. La referida norma expresa:

B) La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y el tratamiento igualitario cuando contrate;

C) La información suficiente, clara, veraz, en idioma español...;

D) La protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos y servicios y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cada uno de ellos dentro de los términos dispuestos en la presente ley.

V. CUATRO DERECHOS BÁSICOS DE LOS CONSUMIDORES: EDUCACIÓN - DIVULGACIÓN - LIBERTAD - IGUALDAD

De la Educación - que tengan los “Consumidores”, depende en parte la eficacia del sistema. No podrán reclamar los Derechos que ignoran tener, de donde resulta la trascendencia de la divulgación de prácticas, sean públicas o privadas (como ser por medio de asociaciones), instrumentadas o propiciadas por el Estado.

A su vez, de la información y educación que obtengan, dependerá la posibilidad de elegir con fundamento y en libertad ⁴⁵.

“La igualdad” constituye un derecho consagrado a texto expreso por la normativa legal de referencia, en sí mismo, uno de los principios generales del derecho, que es aplicable a nuestra materia en vía de integración, a partir de lo dispuesto en el art. 16 del C. Civil aún antes de su sanción de la ley de relaciones de consumo, constituyéndose en Fuente Jurídica protectora de los derechos del Consumidor ^{46 47 48}. Se trata de

⁴⁵ Cfme. Zafir, Dora “Consumidores” Obra Cit. pág. 62.

⁴⁶ Cfme Ordoqui Castilla Gustavo “Algunas reflexiones sobre la protección del consumidor en la contratación por Adhesión a condiciones Generales” en Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, No. 17 (Segunda Serie), pág. 63. Señala el autor siguiendo a Carbonnier, que el derecho contractual está guiado por tres grandes principios que son:

a) El principio del civismo “conforme al cual debe ser combatido todo negocio que sea utilizado para apartarse de la ley, el orden público y las buenas costumbres, sea a través de actitudes ilícitas o fraudulentas.

b) El principio de la sinceridad conforme al cual los negocios deben de representar la realidad de lo querido por las partes debiéndose combatir duramente la simulación.

c) Principio de la Conmutatividad o de la justicia contractual, según el cual partiendo de la base de que se acepte que el contrato no es un fin en sí mismo, la autorregulación de intereses realizada por las partes, debe llevar, siempre que se trate de contratos precisamente calificados como conmutativos por el propio codificador, a soluciones que sean acordes a la justicia conmutativa (art. 1250 del C. Civil). Conmutatividad que debe estar presente no sólo en el origen del contrato sino durante toda su vida jurídica.

⁴⁷ De esta forma *cobran singular relevancia los Principios generales de Derecho. Ellos no requieren ser recogidos en disposiciones positivas, resultan de un proceso de inducción por generalización creciente de las disposiciones del Derecho positivo, resultando anteriores y aún superiores al Derecho positivo, en cuanto forman parte del orden jurídico, y constituyen los soportes estructurales del sistema normativo.*

Ellos sirven de guía y límite diríamos al legislador en cuanto creador de la norma, pero también presiden al intérprete quien quiera que sea (aplicador) en la tarea de interpretar, y colmar los vacíos o lagunas normativas, en su tarea frente al caso concreto, aportando coherencia y unidad al sistema.

⁴⁸ Entre los mismos se encuentra el principio de legalidad ya referido. Otro de los principios de singular trascendencia en este ámbito del derecho es el de **IGUALDAD** pudiéndose advertir la existencia de tres manifestaciones que han sido cuidadosamente estudiadas en el ámbito del derecho financiero: IGUALDAD : 1) EN LA LEY; 2) ANTE LA LEY; y 3) POR LA LEY, cuyos desarrollos pueden resultar parcialmente aplicables a nuestra materia.

Este principio está consagrado a nivel general, en el art. 8 de nuestra constitución “Todas las personas son iguales ante la ley”; y debe considerarse igualmente recogido y consagrado en ella de acuerdo a lo establecido por el art. 72 de la Constitución. Ello supone la existencia de un procedimiento de control de jurisdicción o legitimidad (no de mérito ó político) acordado al órgano jurisdiccional (S.C.J.), que se dispara pudiendo llegar a declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, y su desapplicación al caso concreto, cuando la misma este motivada en razones fundamentalmente políticas, afecte principios o reglas (en nuestro caso de igualdad) consagrados expresa o implícitamente en la propia constitución y que le sirven de límite.

Resultan particularmente interesantes, y a nuestro juicio aplicables a nuestra materia -con las distancias del caso-, os desarrollos a propósito de la manifestación de “IGUALDAD POR LA LEY”: que se traduce en la fórmula de “IGUALDAD EN IGUALACIÓN” Esta

una norma que consagra una igualdad real, y no formal, y todo el sistema se estructura en su entorno, constituyéndose en la finalidad misma de la ley.

La doctrina entiende que para el logro del restablecimiento del equilibrio entre las partes de la relación de consumo, deberá exigirse al proveedor, que respete y permita la libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, otorgando un trato digno y equitativo –al consumidor-. Ello ha de lograrse a través de las obligaciones impuestas por la ley al proveedor: a) actuación de buena fe, esto es, evitando prácticas desleales o abusivas para obtener el consentimiento; b) información clara, suficiente y veraz, que habilite la libertad de elección; c) Sanción de los incumplimientos en sede administrativa; ...⁴⁹.

Y es precisamente, la opción de rescisión o resolución del contrato, consagrada por el art. 16 de la ley cuyo análisis nos convoca, una de las manifestaciones concretas del derecho de libertad e igualdad consagrado en términos generales en el art. 6 de la ley.

VI. OTROS DERECHOS : literales C) y D) del art. 6 ley 17.250

De la información. Se le exige al proveedor que *informe en forma suficiente, clara, veraz, y en idioma español*, señalándose fundamental el control de este derecho por los organismos competentes, atento a que viene siendo sistemáticamente vulnerado por las técnicas de comunicación, en especial las publicitarias, que resultan sugestivas y persuasivas, a fin de lograr incentivar y motivar el consumo a partir de la creación de necesidades⁵⁰. *El porqué de la obligación de informar* es la contracara del derecho a ser informado, y se basa *“precisamente en la desigualdad evidente que tiene –“el consumidor”- frente al proveedor, respecto de los conocimientos sobre los productos y Servicios. La norma persigue la finalidad de facilitar la transparencia con que el consumidor debe prestar su consentimiento, ayudándolo a formar su criterio clara y reflexivamente. Se quiere además, que el consumidor posea toda la información necesaria, en razón de que ese deber, relacionado con la buena fe, se proyecta también en un momento ulterior en la etapa de ejecución ...”*⁵¹. En la etapa de formación del contrato tiene fundamental importancia, y se constituye una de las bases sobre las que se asienta la opción de rescisión o resolución del contrato en las hipótesis de venta fuera del establecimiento, entre otros.

La Dra. Venturini siguiendo a Zafir enuncia los “Principios Básicos de la Publicidad”, entre los que señala: -El principio de identificación: El consumidor debe identificar al proveedor; la vinculación contractual de la publicidad; -Principio de la veracidad, información auténtica que no induzca a error; el de -inversión de la carga de la prueba, el anunciante frente a una demanda por publicidad falsa o engañosa deberá demostrar su veracidad; y -Principio de corrección del desvío publicitario (art. 51)⁵².

En la normativa legal aprobada, se da recepción a la denominada “publicidad correctiva”.

La *“aparición de nuevas técnicas del marketing”⁵³ y de la publicidad”, han revolucionado el mercado, e impulsado el desarrollo de la figura del “hombre consumidor” con perfiles netamente distintos a los que le han caracterizado en cualquier otro sistema socioeconómico...Desde la óptica de los fabricantes, comerciantes, prestadores de servicios, etc, “la lucha por el consumidor se hace cada vez más molesta, agresiva, penetrante, insinuante, persuasiva y el mundo de nuestros días confirma la conocida afirmación de Erhard “Las mejores mercaderías enmohecerían en los grandes almacenes si no existiese la publicidad”. Para que eso no suceda, la Psicología pone a disposición del empresario los más variados elementos para conocer cómo*

formulación del principio significa en aquella materia de que *la tributación DEBE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO PARA LOGRAR LA IGUALDAD ENTRE LOS CIUDADANOS*-igualdad por la ley- *con fines de redistribución de la riqueza -lograr la justicia social, ó como forma de incentivar o desalentar ciertas actividades - finalidades económicas. (FINES EXTRAFISCALES)*. *En la nuestra*, entendemos de que la formulación del principio justifica con creces la intervención del Estado –Legislador- a efectos de la recomposición de los desequilibrios en la relación de consumo, especialmente en el ámbito de la formación del contrato, producto de fallas del sistema a las que ya hemos hecho referencia.

⁴⁹ Zafir, Dora “Consumidores” Obra Cit. pág. 63.

⁵⁰ Ibidem. Pág. 68 y sig.

⁵¹ Lopez Cabana, Roberto M. “Información al Consumidor.Régimen Constitucional, legal y reglamentario” en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 7, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 1996 251 –252.

⁵² Venturini Beatriz “La publicidad en la ley de Defensa de las Relaciones de Consumo 17.250” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo T 30; Sección Doctrina pág. 735.

⁵³ El Marketing se ha definido como *“la función comercial que identifica las necesidades y los deseos de los clientes, determina qué mercados meta puede atender mejor la organización, y diseña productos, servicios y programas apropiados para atender a esos mercados. Sin embargo el márketing es mucho más que una función aislada de los negocios es una filosofía que guía a toda la organización. La meta del marketing es crear crear satisfacción de los clientes de forma rentable, forjando relaciones cargadas de valor con clientes importantes”* Kotler – Armstrong “MARKETING” Edición adaptada a Latinoamérica – Octava Edición, Editorial Pearson Educación. México D.F. – Prologo.

actúan los consumidores y cuál es la mejor manera de cultivarlos. De estas ideas se deduce que la "publicidad, el crédito y el consumo son tres hechos de la sociedad estrechamente imbricados, a tal punto de ser uno solo" es que la publicidad constituye uno de los núcleos básicos en torno al cual gira la economía, pues la actividad publicitaria y de promoción se constituye en el medio idóneo de facilitar el funcionamiento del mercado. No se niega entonces, que la publicidad alienta la competencia, y consecuentemente, también beneficia al consumidor ""⁵⁴.

Se distingue "Publicidad" e "información"; Publicidad "lícita" e "ilícita". Esta última se define como aquella que atenta "contra los principios básicos del sistema de valores imperantes, fomenta la discriminación social y religiosa, infringe el principio de igualdad social, económica y cultural de los sexos, explota la confianza, credulidad o falta de experiencia, apela a sentimientos de miedo, etc.

La Publicidad "engañosa" que se define "toda publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a su competidor"⁵⁵, englobando pues, a sus dos variedades.

Se destaca además que la publicidad debe ser auténtica, identificable como tal; prohibiéndose la publicidad subliminar, o sea la que actúa sobre el inconsciente mediante estímulos imperceptibles, incitando al consumo, entendiéndose por parte de algunos autores, que atenta contra la dignidad de la persona, pues implica manipulación incompatible con su libertad y dignidad. Constituye una cuestión de hecho determinar si se está ante una publicidad engañosa, a cuyos efectos se acuerdan pautas, tarea que entienden reservada al Juez.

Otras formas de publicidad que prevén algunas normativas es la desleal violatoria de las reglas de libre competencia; la "denigratoria", que está constituida por aquella que, por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito o menosprecio, directo o indirecto de una persona, empresa o sus productos, servicios o actividades, la "parasitaria, adhesiva o apoyada", que induce a confusión con las empresas, ó hace uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones; y la publicidad "comparativa"⁵⁶.

Nuestro derecho consagra a texto expreso protección contra la publicidad "engañosa o ilícita" en el art. 51 de la ley. Entendemos que varios de los supuestos que devienen de la distinción precedente, encuadran dentro de esta categoría jurídica.

Asimismo, debemos señalar que la ley de relaciones de consumo habilita en forma expresa la publicidad comparativa (art. 25); y consagra un régimen de inversión de la carga de la prueba respecto de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenido en la información o comunicación publicitaria, poniéndose en forma expresa a cargo del anunciante (art. 27). Además, se hace que la publicidad integre el contrato (Publicidad Vinculante).

En una valoración del nuevo régimen, la Dra. Venturini entiende que el balance arroja un saldo ampliamente positivo, por cuanto el legislador ha adaptado los modelos modernamente imperantes, afirmando que la regulación permite su consideración con carácter general, y que es dable recurrir a los principios generales de derecho, que emergen del ordenamiento jurídico, y nos permiten resolver, descendiendo de ellos, incluso aquellas hipótesis no reguladas⁵⁷.

Por último se otorga protección respecto a "métodos coercitivos o desleales" que engloban prácticas abusivas de oferta previstas en el art. 22. Para unos, conceptualmente vinculadas al concepto de abuso de derecho, y para otros, equivalen a mala fe objetiva en cuanto la conducta se aparte de los cánones de lealtad, probidad, respeto y honestidad⁵⁸, y cuyos supuestos examinaremos más en detalle.

⁵⁴ Kemelmajer de Carlucci Aída "Publicidad y Consumidores" en en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 1994, pág. 65 -66.

⁵⁵ Ibidem. Pág. 77 y 87.

⁵⁶ Cme. Ibidem pág- 98 y sig.

⁵⁷ Venturini Beatriz, "La publicidad...." Obra Cit. Pág. 741.

⁵⁸ Zafir Dora, Obra Cit. Pág 73.

VII. LOS SUJETOS DE LA “RELACIÓN JURÍDICA DE CONSUMO”: “EL CONSUMIDOR” , BENEFICIARIO DE TUTELA

Una de las consecuencias del carácter estatutario es que para que exista una relación jurídica de consumo, se requiere que una de las partes sea un consumidor. De ahí la importancia de determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa, que por cierto constituye una cuestión que no resulta pacífica en nuestra doctrina⁵⁹. Basta decir que dentro del abanico de posiciones existentes en la interpretación⁶⁰ del concepto de “Consumidor” establecido en el art. 2 de la ley 17.250⁶¹, nos ubicamos en la órbita de las posiciones restrictivas, y particularmente alineada con la sustentada por el Dr. Mariño. Tal postura responde, no solo al hecho de compartir los fundamentos esgrimidos por sus defensores, sino también porque entendemos que en la interpretación de la norma corresponde llegar a resultados restrictivos, por cuanto nos ubicamos en una materia que, como dijimos, conforma un microsistema, el que, también señalamos antes, está regulado por una normativa que ha sido declarada de Orden Público. Ésta introduce desequilibrios para reestablecer el equilibrio en la Relación Jurídica de Consumo -valga la redundancia-, con miras a un fin determinado – la protección del sujeto más débil-; pero que paralelamente, -en su lado negativo- significa la limitación o cercenamiento de otro derecho también consagrado por nuestro régimen jurídico, constituyéndose pues, en una excepción al régimen general.

VIII. NOCIÓN DE PROVEEDOR

La segunda categoría de sujeto en torno a la cuál gira la aplicación de la ley de Relaciones de Consumo es el “proveedor”, cuya noción está consagrada en el art. 3 de la ley 17.250⁶². La definición atiende a la profesionalidad de la actuación de los sujetos en las actividades señaladas, considerándose en doctrina que se trata de una enumeración no taxativa. La normativa legal le impone en forma preceptiva un comportamiento de perfecto ajuste a la “Buena Fe”, a lo largo de todas las etapas de la contratación, desde la precontractual, hasta la de ejecución del contrato. Su trasgresión tiene sanciones muy graves atendiendo al texto del art. 32 de la ley, y haciéndose referencia a las prácticas abusivas en el art. 22 de la ley.

La “noción de buena fe objetiva, refiere actualmente a un modelo abstracto de conducta, que convoca, entre otros, los conceptos de lealtad, probidad, honestidad, corrección, escrúpulos, ausencia de fines caracterizables como espurios en una sociedad y tiempo determinados, cooperación, solidaridad, respeto

⁵⁹ En nuestro medio muchas fueron las discusiones en torno a este tema, generadas a partir de la definición legal incluida en el art. 2 de la ley 17.250, la que contiene imprecisiones producto de una inadecuada técnica legislativa. Las posiciones se ubican en un amplio abanico que gira desde posiciones restrictivas, pasando por posiciones ubicadas en sectores intermedios, hasta posiciones muy amplias, todas esgrimiendo interesantes fundamentos que pueden ser consultadas en los respectivos trabajos, a los que nos remitimos, y que no transcribiremos atento a la existencia de abundante bibliografía especializada sobre el tema, sino también porque exceden los límites de nuestro estudio. Sobre el tema puede Consultarse: Blengio, Juan “Ambito subjetivo de aplicación de las relaciones desde la perspectiva de la noción de Consumidor y la viabilidad de su extensión analógica” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, F.C.U. pág. 4 463 y sig.; Olivera García Ricardo “El concepto de “Consumidor” en la ley de Relaciones de Consumo” en Tribuna del Abogado 119, octubre-diciembre 2000, pág. 11 y sig.; Sconfienza Roberto “Concepto de “Consumidor” en el Derecho Positivo Uruguayo (Ley 17.250) y su tutela dentro de la “Relación de Consumo” (Consumidor, Usuario, Bystander) en Anuario de Derechi Civil Uruguayo, Sección Doctrina, tomo XXX, pág. 701 y sig. Mariño López Andrés “En torno al Concepto de Consumidor. Estudio del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Relaciones de Consumo en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXI, Sección Doctrina, pág.741 y sig.

⁶⁰ La *labor interpretativa de las normas con el objetivo de determinar su verdadero significado y alcance* igual que si se tratara de cualquier otro tipo de norma jurídicas, *pudiendo arribarse en esa tarea a resultados extensivos o restrictivos del sentido gramatical de los vocablos utilizados en la norma; e incluso en caso de advertirse la existencia de una laguna, pero entendemos que tratándose de un sub-sistema como dijimos, de no encontrarse el concepto dentro del mismo, y habiéndose dispuesto en forma expresa, la aplicación supletoria por disposiciones del C. Civil, los resultados de la interpretación no pueden ser otros que restrictivos, por cuanto se trata de un concepto que hace al ámbito de aplicación subjetiva de la norma de excepción, y porque en el ámbito de dicho derecho – C. Civil- rigen los principios de la autonomía de la voluntad, y la libertad empresarial que la normativa de excepción excluye de aplicación.*

⁶¹ El art. 2 de la ley 17250 dispone:
“Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.
No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

⁶² El art. 3 de la ley 17.250 dispone:
“Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo”.

por aquel con quien se interactúa y genera determinados comportamientos que deben asumirse por los sujetos de derecho. Está presente entonces, como regla de conducta fundada en la honestidad, en la probidad, en la consideración para con los intereses de otro, visto como un miembro del conjunto social que está jurídicamente tutelado. Se ha aludido, asimismo, en el análisis del sintagma “buena fe”, al Principio de Buena Fe, y al tratarse se efectuaron disquisiciones en torno a las dos manifestaciones antes referidas.”

Conceptualmente el “PRINCIPIO DE BUENA FE” que inspira la totalidad de nuestros ordenamientos jurídicos, que traduce la expresión del latín “*bona fide*” la que vierte en la mayoría de las lenguas occidentales, según el maestro Couture, “con sinceridad”, y en la que “FIDES”- “fe” se emplea en la acepción de “lealtad, sinceridad, fidelidad a la palabra dada”⁶³.

Dicho principio, más allá de formar parte de los Principios generales de derechos, ha sido recogido por nuestro ordenamiento jurídico positivo como uno de los llamados *conceptos indeterminados*. En efecto, el mismo constituye el contenido del concepto de “Buen Padre de Familia” recogidos por el Código Civil, y el de “Buen Hombre de Negocios” que recoge la legislación comercial. Estos conceptos no resultan simétricos, por cuanto la categoría jurídica de referencia en el orden comercial, conlleva un plus sobre la Civil, en base al criterio o medida de valoración de actuación, y en la medida en que aquellos han hecho de los negocios su profesión habitual. El concepto “se relaciona con ciertas aptitudes, idoneidades y conductas adecuadas y oportunas para la realización de ciertas actividades mercantiles, es de interpretación flexible atendiendo lugar, tiempo y circunstancias” en que se desempeñó el accionar del sujeto, entre otras^{64 65}.

IX. CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO: HIPÓTESIS DE HECHO INCLUIDAS EN LA NORMA

Analizando la redacción del texto legal de tipo abierto, es posible afirmar que dentro de la categoría jurídica señalada como “oferta de productos o servicios que se realice fuera del establecimiento –local- empresarial” se da cabida a una multiplicidad de formas, entre las que se enumeran tan solo algunas, a título enunciativo.

El maestro Couture define “Establecimiento” como 1. Organización constituida para la obtención de un fin. 2. Lugar donde se desenvuelve habitualmente una actividad comercial, industrial, cultural, etc.⁶⁶ La segunda de las acepciones es indudablemente la que debe utilizarse a los efectos de la interpretación y calificación de las situaciones de hecho incluidas en el artículo 16 de la ley de Relaciones de Consumo.

A partir del examen del texto legal, puede concluirse que se trata de formas de ofertas vinculadas a lo que, en doctrina, se integra en la expresión “ventas agresivas”. Estas, a partir del desarrollo de varios métodos puestos en práctica por las empresas, en ejercicio de la libertad de comercio e industria con el fin de aumentar las ventas de sus productos y servicios, pero que en su lado negativo constituyen al consumidor en víctimas de las influencias y manifestaciones tendientes a suprimir su libre arbitrio. La protección contra tales métodos aparece sobre la segunda mitad del siglo XX, y evoluciona desde una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores; hacia una protección del orden económico del mercado, tutelando no solo esos intereses, sino abarcando también el interés colectivo de los consumidores, y el interés público del Estado⁶⁷.

⁶³ Couture “Vocabulario Jurídico-Ediciones Depalma 4ta. Reimpresión Bs. As. 1991, pág. 127.

⁶⁴ El deber de actuar con diligencia de un buen hombre de negocios ha sido consagrado por nuestra legislación societaria vigente (Ley 16060 – art. 85) en cabeza de los Administradores y Representantes de las Sociedades. Este concepto también es utilizado por la legislación argentina, y nuestra doctrina señala su contenido a propósito del deber de lealtad, resultando responsables solidariamente frente a la sociedad y a los socios a nivel individual en cuanto resulten perjudicados y en caso de incumplimiento, responsabilidad de la que solamente podrá eximirse una vez planteado en juicio en su contra, acreditando que no ha faltado a sus obligaciones. – Gaggero Eduardo, Perez Idiartegaray Saúl y Rippe Siegbert en “Análisis exegético de la ley 16.060, Tomo I, F.C.U. 1992, pág.- 80 y sig.; Rippe Siegbert “Sociedades Comerciales” Ley 16.060, F.C.U. 2da. Edición - Montevideo 1989, pág. 56.

⁶⁵ La legislación Civil y Comercial Argentina también recogen tales manifestaciones del principio de Buena Fe. Concretamente esta última consagra el concepto de “la diligencia de un buen hombre de negocios” como obligaciones impuestas a los Administradores (art. 59 y 274 de la Ley de Sociedades), imponiendo el deber de lealtad, cuya omisión o violación (que deviene del hecho de que todas sus atribuciones son para emplearse de buena fe y para fines legítimos) resulta del simple conocimiento del carácter abusivo o fraudulento del hecho que se juzga, en la época en que se concreta, sin adoptar las medidas necesarias para impedirlo; deber que también se le impone no solo frente a la sociedad, sino también frente a los accionistas; y en donde la *diligencia exigida constituye un criterio de apreciación que la ley ha fijado al juez se dice en doctrina como “Catabón o estándar jurídico para apreciar la debida diligencia del director en el desempeño de sus funciones...”, estableciéndose una auténtica responsabilidad profesional ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos.* (Halperin Isaac – Otaegui Julio C. “Sociedades Anónimas” 2da. Edición – Depalma, Bs. As. 1998, pág. 546 y sig.).

⁶⁶ Couture Eduardo J. “Vocabulario Jurídico” Editorial Depalma, Bs.As. 1991, pág.264.

⁶⁷ Botana, Gemma, “Los contratos...” Obra cit., pág. 31 – 32.

Éstas constituyen actividades que pueden afectar los intereses económicos de los consumidores ⁶⁸, y siguiendo a Botana ⁶⁹ diremos que puede incluir modalidades que no resultan nocivas ó irregulares en sí mismas, pero el carácter agresivo proviene de la vulnerabilidad del consumidor, tratándose de proteger al consumidor contra sí mismo, contra su propia confianza, o inferioridad; quién podría ceder ante la persistencia del oferente, que se vale de la utilización de técnicas agresivas y de comunicación como la del Marketing directo, evitando así que multiplique contrataciones inútiles o dispendiosas ^{70 71}.

Según la doctrina, la finalidad que persigue la tutela legal es triple: 1) Persigue reprimir abusos en interés de los consumidores, garantizando a estos un conocimiento libre, reflexivo y veraz; 2) Igualar las condiciones de concurrencia entre los diferentes métodos comerciales. Los consumidores deben ser libres de elegir ellos mismos las mercancías y los servicios a quien estimen oportuno y conforme a sus necesidades; 3) beneficiar a los comerciantes honestos, saneando en definitiva la profesión ⁷².

En esta categoría jurídica pueden incluirse modalidades distintas a la tradicional *puerta a puerta*, ya sea en lugares de trabajo, durante una excursión. Uno de los métodos más agresivos es la "*Venta a Domicilio*".

Otra de las modalidades que encuadrarían en la categoría, sería los llamados *contratos negociados a distancia*. Se definen como "un modo particular de distribución en el cual el mensaje impreso o transmitido a distancia constituye el vector principal para ofrecer los productos o los servicios a una clientela de consumidores ó profesionales", cuyo proceso consta de tres etapas: 1) El consumidor recibe una oferta a través de una descripción escrita, visual u oral, con indicación del precio y del resto de las condiciones.; 2) sobre esta base efectúa el pedido; 3) más adelante recibirá el producto en el domicilio que indique. Esta doctrina europea entiende que en esta modalidad el consumidor tiene tiempo suficiente para reflexionar, pero el riesgo radica en que la mercadería recibida no se corresponda exactamente con sus deseos o sea defectuosa. Consecuentemente, el otorgamiento del período reflexivo se justifica más bien para el examen del producto, o el conocimiento de las características del servicio contratado ⁷³.

Se reconocen varias submodalidades: 1) Por correo (y mensaje impreso sobre papel por medio de catálogos, publicidad por correo que incluye una orden de pedido, anuncios en prensa, etc.); 2) por teléfono (en llamadas humanas o por un sistema automático); 3) por televisión; 4) por radio; 5) Mediante el uso de instrumentos informáticos o telemáticos ⁷⁴.

Atendiendo al tenor de la norma que estamos analizando y en especial a la enumeración de modalidades, hemos de concluir necesariamente que las mismas están incluidas en el inciso 1 del artículo 6 que comentamos.

En lo referente a las técnicas de contratación se destacan:

1) Contratación puerta a puerta que engloba la modalidad en que no se hace una selección previa ("puerta a puerta en sentido estricto"); la de puerta a puerta de selección por sectores, en la que se advierte el uso de una de las técnicas de Marketing; y aquella que utiliza el método de anuncio de visita, en la que en la primera visita se deja un catálogo, y luego se lo pasa a retirar.

2) Contratación mediante visita en el lugar de trabajo.

3) Contratación en excursión.

4) Contacto telefónico en el que los consumidores generalmente se seleccionan mediante la utilización de una base de datos. Estas quedarían comprendidas, salvo que deriven de una vinculación permanente entre las partes ⁷⁵.

⁶⁸ Cfme. Ordoqui Castilla, Gustavo "Derecho del Consumo" Obra cit. Pág. 104.

⁶⁹ Hemos decidido relacionar sumariamente las diferentes modalidades, en cuanto no encontramos bibliografía nacional que haga una completa referencia al tema, y especialmente porque se trata de prácticas comerciales que vale la pena conocer, por cuanto cada vez son más utilizadas en nuestro mercado, por lo que mucho importa conocer y difundir sus características a los efectos de la correcta calificación por el operador del derecho. En la descripción y con las distancia del caso, iremos siguiendo a la referida autora.

⁷⁰ Botana, Gemma, "Los contratos...." Obra cit., pág. 33.

⁷¹ Psicológicamente el tipo de contratos se caracteriza por: 1) El lugar donde se realiza el contrato no es el habitualmente reservado al comercio; 2) Se juega con el factor sorpresa, y se dirige a personas que no han manifestado su deseo de contratar, encontrándose el vendedor en superioridad por dos motivos, eligió el momento de la visita, y el argumento de venta encuentra al cliente desamparado, sorprendido, y que se siente incómodo ante la dialéctica persuasiva utilizada; 3) Usualmente el vendedor ofrece un solo tipo o marca de productos, y el cliente no puede comparar precio o calidades de ofertas semejantes; 4) La rapidez de la contratación, hacen pensar que la adquisición no fue madura y reflexiva. 5) Los factores económicos, personales, sociales son estudiados por el marketing como determinantes del comportamiento de los consumidores; 6) conocimiento de las dificultades de acreditar el abuso, derivadas de que es, una contratación sin testigos Ibidem. Pág. 34.

⁷² Ibidem pág. 47.

⁷³ Ibidem. Pág. 37.

⁷⁴ Ibidem. Pág. 38-42.-La C.E.E. realizó un programa comunitario dentro del Plan trienal de actuación, que refiere a estos contratos con una muy detallada regulación, que puede encontrarse comentada en la obra citada, y no se transcribirá por tratarse de una regulación específica para los países que la conforman.

⁷⁵ Zafir "Consumidores", Obra cit. Pág. 157.

5) Ventas en reunión o llamadas "Home Parties", técnica consistente en la contratación a través de un sistema de reuniones organizadas por una "presentadora" en casa de un "consumidor-anfitrión" que invita a vecinos, amigos y familiares, y se hace una presentación, resultando recompensada con regalos o descuentos sobre el valor de sus pedidos. Esta técnica es particularmente agresiva, por cuanto conlleva métodos de presión, ligados a la idea de cortesía.

6) Contratación de particular a particular, denominada "piramidal o a la bota de nieve, e incluye un reclutamiento de vendedores, y constituye una modalidad que estaría excluida de la categoría, por cuanto para el ingreso se requiere que la relación se trabaje entre comerciante-consumidor.

Otras modalidades se caracterizan por los fundamentos esgrimidos para promoverlas, como las "ventas de caridad" en las que se argumenta que los productos fueron fabricados por minusválidos, etc. Y otras son aquellas en que profesionales entran a los hogares bajo pretexto de la realización de encuestas o sondeos, y en una segunda fase el vendedor lo visitará proponiéndole la compra de determinado artículo.

También se conocen las ventas con promesa de entregas de regalos, o participación de concursos, etc. Para que las mismas queden englobadas conforme a nuestra normativa, debemos tener presente que se requiere que la oferta se realice fuera del establecimiento.

Por último, otra de las prácticas que se ajustaría a la categoría, sería la llamada "Switch-selling", en la que el comerciante hace el reclamo a través de la oferta de un producto a precio muy ventajoso, pero al presentarse al domicilio del consumidor, intenta venderle un modelo más caro, argumentando que la recepción lleva tiempo de espera.

Otra de las modalidades que recibe el mismo tratamiento que las ventas realizadas fuera del establecimiento, son aquellas relacionadas a prácticas que se realizan en locales acondicionados para recibir al potencial contratante a quien se propone el negocio, que en nuestro país han tenido una desdichada y reciente difusión con los ofrecimientos de tiempos compartidos, soluciones vacacionales, y ofrecimiento de tarjetas de descuentos para viajeros. Las condiciones del ofrecimiento, escaso tiempo de duración de la oferta, y la utilización de métodos de compulsión con que se acompañaba el evento (aplausos y ridiculización), justifican con creces la asimilación de las soluciones⁷⁶, por cuanto coinciden los fines de la tutela legal con algunas de las modalidades analizadas.

X. PLAZO DE REFLEXIÓN - RESCISIÓN O RESOLUCIÓN - DEVOLUCIÓN DE LAS PRESTACIONES - NEGOCIOS JURÍDICOS CONEXOS

La fórmula legal de combate a este numeroso elenco de prácticas y conductas que son consideradas disvaliosas por nuestra normativa, consiste en acordar al "Consumidor" un *plazo de cinco días hábiles, contratos desde la formalización del contrato o de la entrega del producto*, durante el cual, el "consumidor" –unilateralmente- tendrá derecho a optar por la rescisión o resolución de pleno derecho (ipso jure) del contrato, comunicándola en forma fehaciente (comprobada) sin expresión de causa justificante, y sin que quepa atribuirle ningún tipo de responsabilidad por el hecho de hacer uso de dicha opción legal.

Se trata de una facultad lícita (un derecho subjetivo como se verá), acordada por la ley únicamente al Consumidor (parte más débil de la relación jurídica de consumo, y presuntamente constituido en víctima de las prácticas abusivas: presión, sorpresa, etc), en hipótesis de hecho en que la oferta encuadre en cualquiera de las modalidades de la categoría jurídica estudiada. Dicho beneficio constituye un régimen de excepción al general de los contratos previstos por el Derecho Privado; y resulta impuesto preceptivamente a las partes (es inderogable), por cuanto está contenido en una norma de Orden Público.

Rescisión – Resolución – y Receso Unilateral.

Citando a Couture quien define a la "Rescisión" como: 1. Acción y efecto de extinguir un contrato normalmente de ejecución continuada o sucesiva, por causas supervinientes a su perfeccionamiento, y con referencia sólo hacia el futuro, -3. Impropiamente, resolución; y "Resolución" como : 2. Acción y efecto de extinguir un contrato por causas supervinientes a su perfeccionamiento, con alcance retroactivo⁷⁷.

⁷⁶ Ibidem pág. 157.

⁷⁷ Couture, "Vocabulario..." Obra citada, pág. 422 y 425.

Se entiende que Rescisión, Resolución y Revocación “son modos de dar por extinguido un vínculo contractual válido, antes del vencimiento del término, entendiéndose que el ámbito de aplicación de la rescisión, será exclusivamente el campo de los contratos bilaterales y en aquellos contratos en vías de cumplimiento, sea de ejecución continuada o tracto sucesivo, o en aquellos cuyos efectos aún no han comenzado a producirse”.

“Se trata de un modo anormal de extinción contractual, partiendo de la premisa de que los contratos se celebran para ser cumplidos y para que produzcan efectos durante todo el plazo de duración que las partes le otorgan, produciendo sus efectos para el futuro, “ex tunc”, y por tanto resultando firmes las prestaciones cumplidas por ambas partes, dependiendo de una causa sobreviniente.” Dos son las formas de rescisión: bilateral o unilateral, y ésta, puede tener fuente legal o convencional ⁷⁸. La revocación se reserva para los contratos unilaterales.

Conceptualmente, “*resolución*” es un acto jurídico extintivo o modo de disolución de un contrato, y por ende de las relaciones jurídicas de él nacidas, que tiene lugar en virtud de una causa o hecho sobreviniente a la celebración del acuerdo negocial, que fue o debió ser tomado en cuenta por las partes en forma explícita o implícita al momento de contratar, siendo ello en ocasiones derivado de la frustración del efecto esperado y en otras configurante y consecuencia de la concreción de tal efecto, que opera retroactivamente sobre el negocio oportunamente otorgado, volviendo la situación de las partes al statu quo ante, excepto en lo relativo a prestaciones divisibles cumplidas y recíprocamente equivalentes, que quedarán firmes”. Se señala que es un acto jurídico extintivo, porque la voluntad de una parte interviniente en el negocio está directamente enderezada a obtener el desbaratamiento o aniquilamiento de derechos subjetivos, resultante del contrato oportunamente otorgado. Se entiende que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, “es una facultad de un sujeto de derecho de prevalerse de determinadas previsiones del Derecho Objetivo u ordenamiento jurídico, en orden a obtener un cierto resultado” ⁷⁹.

En nuestro país se ha entendido que la “Rescisión Unilateral” es un derecho potestativo conferido por ley o por acuerdo de partes, a través de una declaración de voluntad recepticia, por la cual se decide unilateralmente dar por extinguida una relación obligacional contractual. Se distingue de la “revocación”, en sus efectos, ya que en el desistimiento unilateral surten efectos hacia el futuro (“ex nunc”).

Se diferencia de la resolución, dado que su fundamento no es el incumplimiento de la obligación pactada por la contraparte; y de la nulidad, porque esta última supone que el contrato no se ha formado válidamente ⁸⁰.

Más allá de la distinción entre resolución y rescisión, que tiene singular importancia en el momento de la determinación de los efectos de la diferenciación, lo cierto es que la ley de relaciones del consumo, en forma expresa incluye ambas fórmulas de extinción en su art. 16.

Tratándose de un contrato de cumplimiento continuado (por ejemplo arrendamiento de servicios), el plazo de cinco días hábiles para el ejercicio del recesso se cuenta desde la formalización del contrato; y si se tratara de un contrato celebrado a distancia, desde la recepción de la aceptación.

Devolución de las prestaciones - y

Negocios Jurídicos Conexos o Vinculados.-

A partir de las notas características enunciadas por Mosset Iturraspe ⁸¹, ensayaremos una descripción de los contratos conexos en los siguientes términos: constituyen una categoría heterogénea, y admiten multiplicidad de manifestaciones, se trata de aquellos celebrados entre dos o más sujetos (personas físicas o jurídicas), que presentan una estrecha vinculación funcional, a partir de una finalidad económica común, con efectos jurídicamente relevantes, situándose a mitad de camino entre la “independencia” y la dependencia contractual; en orden a los riesgos y la responsabilidad.

La norma dispone que si el consumidor ejerciere el derecho a resolver o rescindir el contrato, deberá procederse a la devolución de las prestaciones, disponiendo textualmente que: “el proveedor deberá restituir inmediatamente al consumidor.” La demora dará lugar a la actualización de las sumas a restituir, co-

⁷⁸ Solignac, Nidia y otros, “Rescisión” en “Contratos – Problemática Moderna” obra bajo dirección de Carlos A. Ghersi, Ediciones Jurídicas Cuyo – Mendoza – Argentina, pág. 54.

⁷⁹ Cuiñas Rodríguez, Manuel, “Resolución” en “Contratos – Problemática Moderna” Solignac, Nidia y otros, obra cit., pág. 83, 87, y 88.

⁸⁰ Ordoqui Castilla, Gustavo, “Lecciones de Derecho de las Obligaciones”, pág. 61 y sig.

⁸¹ Mosset Iturraspe, Jorge, “Contratos Conexos – Grupos y redes de contratos, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe- Argentina, 1999, pág. 43-44.

Estos contratos han tenido gran difusión en la operativa empresarial a partir de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, y el desarrollo de la subcontratación, del fenómeno de colaboración empresaria, y con la difusión de los contratos atípicos o innominados.

mentándose en doctrina que no habiendo un plazo pre-fijado en la norma para efectivizarla, rige la solución subsidiaria del art. 1440 del C. Civil (10 días contados a partir del nacimiento de la obligación, o sea desde el momento en que se comunica la opción), y basta la intimación por cualquier medio (art. 131 ley 15.002), para que comience la actualización conforme al régimen de la ley 14.500⁸².

La ley también establece que los gastos de envío – en caso del proveedor, del dinero a devolver ej. Importe de giro o transferencia- corren por su cuenta, cargando el consumidor con el pago de los gastos de devolución del producto.

Sin embargo, las situaciones que particularmente interesan a nuestro tema, son aquellas en las que se utilizan instrumentos cambiarios (emisión por el consumidor de títulos valores) como medio de pago, o finalidad cautelar de las obligaciones, en el marco de una relación de consumo. La solución acordada por la ley es igual que en el caso que se tratara de un pago diferido efectuado con tarjeta de crédito, y se procederá a su análisis más adelante.

Sin perjuicio de lo expuesto diremos que, si bien la emisión de un título valor no constituye un contrato, se hace en el marco de un contrato que refiere a la obligación fundamental, y puede en sí mismo calificarse como negocio jurídico. Consecuentemente, le resultan aplicables las nociones generales sobre conexidad contractual. Ambos negocios se encuentran íntimamente vinculados en el sentido de conexión que arriba señaláramos. El propio texto de la ley así lo reconoce, cuando en consecuencia del ejercicio de la opción por la resolución o rescisión del contrato por el consumidor, quita eficacia a las formas de pago diferida, entre las que se encuentran indudablemente la emisión de cheques, vales, conformes pagarés.

XI. TÍTULOS VALORES. NOCIONES GENERALES - LA ABSTRACCIÓN

Conceptualmente hemos de tener presente que los *títulos valores* son documentos de carácter necesario y solemne, a los que en forma voluntaria y unilateralmente se les incorpora un derecho literal y autónomo (art. 3 ley 14.701), (en dinero, mercaderías, o constituyen una participación), *cuya emisión puede revestir tres modalidades: a) nominativos; b) a la orden; c) y al portador*. Los *títulos valores de contenido dinerario a los que nos referiremos* (en adelante T.V.) están regulados por el Decreto ley 14.701 y sus modificativas (letras de Cambio, Vales, Conformes y Pagarés), y por la ley 14.412 (Cheques) aplicándoseles como derecho común a todos el título primero de la ley de T.V.. Son una de las *tres categorías* que se conocen por contraposición a los que son representativos de mercaderías, que confieren el derecho de disponer de las mercaderías como los conocimientos de embarque, la Carta de porte, y los certificados de depósito de mercaderías o Warrants todos ellos con una regulación dispersa incorporada fundamentalmente al C. Comercio; y a los los títulos de participación (acciones, bonos o partes beneficiarias y las obligaciones) reguladas por la ley 16.060 de Sociedades Comerciales y ley de mercado de valores 16.479 que son las otras dos categorías que los conforman. Quedan fuera del régimen de la ley de T.V. las tarjetas de créditos las tarjetas magnéticas, y demás tarjetas⁸³.

Le son características por un lado la solidaridad pasiva de todos los firmantes; la de abstracción que hace que una vez creados se independicen de la relación fundamental que le dio origen, imposibilitando que el obligado al pago, pueda excepcionarse invocando dicha relación. Entre otros.

Con las notas de autonomía y abstracción, se persiguió la finalidad de facilitar su circulación, priorizando los valores “Certeza”, “Seguridad Jurídica”, y “Rapidez” en el tráfico jurídico; valores por los que optó el legislador, en la búsqueda de promover el fortalecimiento de la posición del acreedor - ejecutante ante el régimen procesal de entonces, lento y benigno para el deudor.

La abstracción es la nota que mayores discusiones ha generado, principalmente a partir de la interpretación del régimen de limitación de las excepciones que se pueden interponer en el marco del juicio ejecutivo cambiario. Este tema ha dividido a la doctrina entre causalistas y no causalistas, y todos han elaborado un cúmulo de muy fundados argumentos especialmente a propósito de los títulos valores incompletos o emitidos en blanco⁸⁴.

⁸² Zafir Dora, “Consumidores” Obra citada, pág. 161.

⁸³ Rodríguez Olivera Nury - “Evaluación de la aplicación de la ley de T.V.” en A.Der. Com. t.8, pág. 17 y sig.

⁸⁴ No procederemos a desarrollar el tema no solo porque excede del marco de nuestro estudio sino porque existe abundante bibliografía de muy calificada doctrina que consultar. Rodríguez Olivera, Nury, “Acciones y excepciones cambiarias.-Rodríguez Olivera, Nury, “Títulos Valores” en L.J.U. Tomo 119 - Secc. Doctrina, pág. 3 y sig. Pérez Fontana Sagunto F., “Títulos-Valores” Obligaciones Cartulares II Análisis de la ley 14.701, F.C.U – 1ra. Reimpresión,1992; y Rev. De Der. Com. Y de la Empresa 5 – 6 .-Merlinski Ricardo “Títulos Valores Incompletos” en Títulos Valores – Problemática Vigente.-Rippe Siegbert, “De la oponibilidad relativa de las excepciones causales

XII. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR “VERSUS” SEGURIDAD JURÍDICA “BUENA FE” y RESPONSABILIDAD

En el cumplimiento de nuestro cometido, y a efectos de comenzar a despejar el cúmulo de interrogantes planteadas inicialmente, debemos realizar dos puntualizaciones: la primera es que partimos de haber dado una respuesta afirmativa al centro de nuestro de nuestra propuesta. Entonces, el comerciante – Proveedor en la terminología de la ley de relaciones de consumo- resulta responsable, y ha de responder frente al consumidor, en aquellas situaciones en las que se utilizaron instrumentos cambiarios (emisión por el consumidor de títulos valores) como medio de pago, ó finalidad cautelar de las obligaciones, en el marco de una relación de consumo –relación fundamental y conexas que justificara la emisión- generada a partir de la celebración de una de las modalidades de contrato realizado fuera del establecimiento; se ha resuelto o rescindido de pleno derecho por la comunicación en tal sentido realizada por el consumidor dentro del plazo de reflexión y en forma fehaciente al amparo de lo dispuesto en el art. 16 de la ley 17.250; y no puede de hecho devolver los títulos por haberlos puesto en circulación.

La “devolución inmediata” le está impuesta por cuanto el inc. 3 del artículo de referencia dispone en forma expresa que en caso de rescisión o resolución “...quedarán sin efecto las formas de pago diferido de las prestaciones emergentes de dicho contrato que éste hubiera instrumentado a través de tarjetas de crédito o similares. Bastará a tal efecto que el consumidor comunique a las emisoras de las referidas tarjetas su ejercicio de la opción...”.

La segunda puntualización es la de que estos desarrollos se realizarán a partir de las bases conceptuales (marco teórico) expresadas en a lo largo de toda nuestra exposición precedente.

Indudablemente, que la situación planteada implica una variada gama de dificultades de hecho y de derecho para el “Consumidor”.

No se le devuelve el título; desconoce su paradero y consecuentemente el poseedor legitimado para su cobro conforme a la ley de circulación. Si éste le reclama y paga para recuperar los títulos, debe tomar recaudos asegurarse no sólo que el tenedor esté legitimado para el cobro, sino que sea capaz⁸⁵; si no se le reclama y desconoce al legitimado puede consignarlo a la orden del Juzgado que lo autorice para que éste entregue el importe a quién lo reclame.

Si no paga, eventualmente puede resultar sujeto a una medida de embargo y sujeto a ejecución judicial en caso de que se persiguiera el cobro del título en la vía ejecutiva cambiaria; vía en la que tendrá escasas posibilidades de éxito en caso de que interponga excepciones en base a la relación fundamental (resolución ó rescisión del contrato por los que se emitieron él (los) títulos). Además se le actualizará el monto con la aplicación de los intereses corrientes, resultando de su cuenta el pago de los costos y costas de la ejecución.

Frente a su co-contratante deberá a su vez intimar la devolución de los títulos, esperar el transcurso de 10 días y recién si persiste el incumplimiento, se le actualizará el monto consignado en el (os) títulos al amparo de la previsión legal (art. 16 ley 17250).

Cualquiera sean las medidas, las acciones judiciales o las defensas quiera promover o deba interponer, ocasionarán gastos, honorarios y molestias, que a veces en los hechos pueden superar ampliamente incluso el precio del producto o servicio adquirido o contratado en el negocio de fondo.

Dependiendo de la situación personal del “Consumidor”, también puede llegar a generársele daño moral, y eventualmente, otro tipos de daños del más diverso orden.

Frente al tenor de la norma en cuestión, nuestra doctrina habla de la existencia de un *período de interinidad* durante el cual las emisoras de tarjetas deberían tomar ciertos resguardos a los efectos de no pagar a los proveedores, y en caso de emisión de títulos valores, la proveedora no podrá negociarlo antes de dicho plazo, debiendo tales empresas controlar que la fecha de emisión tenga una antigüedad mayor a los cinco días hábiles. La consagración del derecho de arrepentimiento que determina la ineficacia de la instrumentación separada del pago diferido, introduce una modificación en los títulos valores, los que solo adquirirán

en el juicio ejecutivo cambiario” en A. Der. Com. T. 3, Torello – Viera, “La improponibilidad de la pretensión” en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal 3/81, pág. 227 y sig. Van Rompaey Leslie “Alcance procesal de la inadmisibilidad de las excepciones causales en el juicio ejecutivo cambiario” en Títulos Valores – Problemática vigente, pág. 97 y sig.-Gorkinkiel “Sobre las excepciones causales en la ejecución cambiaria” en L.J.U T. 87, pág. 47 y sig. “Abstracción – Excepciones Causales” en Títulos Valores – Problemática vigente, pág. 153 y sig.; y “La excepción de completamiento abusivo de los títulos cambiarios: Importante viraje jurisprudencial” en L.J.U. Sección Doctrina, Tomo 125, pág. 3 y sig.

⁸⁵ Rodríguez Nuri. “Títulos Valores” 4ta. Edición actualizada- Editorial Universidad- Montevideo, pág. 143.

las características que los tipifican cinco días hábiles después de su suscripción, la que seguramente debe coincidir con la fecha de contratación o del recibo de la mercadería; reconociendo de que el punto más neurálgico refiere a los vales que se suscriben por separado y que son transferibles mediante endoso o simple entrega, cuando son al portador, haciendo referencia a la existencia de una normativa banco-centralista (Decreto 409/96, y circular 11.11.96) que impone el cumplimiento de determinados extremos que no se cumplen en los hechos^{86 87 88 89}.

Por su parte el Dr. Facal al considerar la situación, y a partir de la distinción de las diferentes situaciones que podrían configurarse con la emisión del pago con tarjeta de crédito – asimilable a la situación que analizamos-, y ante la interrogante de si la ley de Relaciones de Consumo quiebra en este caso el principio de autonomía de los títulos, entiende que debe regir la buena fe contractual, y ante la circulación de los títulos valores, y que “los terceros de buena fe no podrán verse afectados”. Agrega además de que la no restitución del título valor, más allá de la devolución del dinero hará incurrir tanto al proveedor como al emisor en responsabilidad de acuerdo a lo establecido en la ley 17.250, art. 32 y sig. Que establecen el concepto de incumplimiento y sus respectivas sanciones. Respecto a la abstracción, afirma textualmente que “... sin duda la legislación vigente en materia de relaciones de consumo estaría alterando la abstracción del título valor así como está concebida en nuestra doctrina. La posibilidad que la propia causa que le dio origen sea la esgrimida a efectos de impedir la libre circulación y el desmembramiento de la obligación principal y negocio jurídico que lo originó”. “Indudablemente esta norma se torna ineficaz ante la circulación del título no pudiendo afectar a terceros de buena fe, pero entre partes inmediatas e incluso frente a terceros de mala fe, creemos la solución podría ser otra”. Dice a posteriori de que “la relación de consumo se extingue, pero además se extingue el pago sin importar el instrumento utilizado para hacer efectivo el mismo... entendiendo de que la promoción de un juicio ejecutivo cambiario en virtud de un título originado en una relación de consumo y en la cual el consumidor optó por las facultades que le acuerda la ley en determinadas condiciones, es sin duda un caso de notoria mala fe contractual, que sin duda es interés de la ley 17.250 erradicar” y ante la interrogante de cómo solucionar el problema de la inoponibilidad que surge de la enumeración taxativa del art. 108 y la obligación impuesta de restituir el título...?”- reconoce y agrega luego- que “Será sin duda una cuestión de amplio debate” y reitera que “solo en los casos previstos y consagrados a texto expreso por la norma analizada, el Juez deberá apartarse del criterio anticausalista utilizado hasta el momento y consagrar, justicia y buena fe contractual, la solución prevista en la ley que regula las relaciones de consumo⁹⁰”.

Modestamente, y con el respeto que nos merece la opinión de la muy calificada doctrina, nos permitidos coincidir tan solo parcialmente con las soluciones y fundamentos propuestos.

Hemos de tener presente de que nuestra hipótesis de hecho se ubica en un punto de confluencia de dos órdenes normativos. El primero en sancionarse fue la ley de Títulos valores, que como se señalara el régimen dispuesto caracterizó a los títulos de las notas de autonomía y abstracción, a los efectos de facilitar su circulación, priorizando los valores “Certeza”, “Seguridad Jurídica”, y “Rapidez” en el tráfico jurídico. Tal ha sido la opción formulada oportunamente por el legislador, con el fin de promover el fortalecimiento de la posición del acreedor ejecutante ante un régimen procesal lento y benigno para el deudor. El régimen general vigente de los títulos valores derivado de las disposiciones de la ley 14.701 data de mucho más de 30 años y la ley de cheques 14.412 es aún anterior.

⁸⁶ Zafir Dora, “Consumidores”, Obra citada, pág. 163 – 164.

⁸⁷ La doctrina Española con una legislación diferente pero enfrentada a la misma problemática, hace referencia también a la existencia de un período de interinidad. Consultar García Cortés, Juan Carlos “Las Obligaciones Cambiarias” en Orduña Moreno y Colaboradores “Contratación y Consumo”, Rorant lo Bi/anch- Valencia 1998 – España, pág. 358 y sig.

⁸⁸ Algunas de las disposiciones de la ley 17.613 acuerdan al Banco Central del Uruguay cometidos cuya materialización encuadra en la categoría de “actividad de contralor” e incluso algunas potestades de carácter “sancionatorio” ó “punitivo” de las entidades de intermediación financiera, que se adicionan a las imperantes en virtud de la ley de intermediación financiera (decreto ley 15.322 con las modificaciones de la ley 16.327) y las que se derivan de la ley orgánica del Banco Central (ley 16.696). - El Contralor Administrativo del Estado al giro Bancario realizado por particulares en nuestro medio se realiza básicamente en el presente a través de la SUPERINTENDENCIA DE INSTITUCIONES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA organismo desconcentrado del B.Central del Uruguay. Tal contralor reconoce remotos antecedentes en nuestra primera constitución, reconociéndose la existencia de un aumento progresivo de disposiciones y soluciones tendientes al contralor y fiscalización de la actividad Bancaria, algunas veces a cargo del Poder Ejecutivo, otras del BROU, y finalmente del Banco Central del Uruguay en forma exclusiva o acumulativamente; no solo en lo que hace a la legalidad, sino también en cuanto al mérito . (Ver Delpiazzo Carlos- Olivera García Ricardo “Contralor de la Banca Privada” Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández – Mdeo. 1980).

⁸⁹ A partir de la sanción de la ley orgánica del Banco Central 16.696 la vigilancia de las entidades del sistema de intermediación financiera lo realiza a través de la Superintendencia de las Intituciones de Intermediación financiera (art. 38 – 39), contralor que asume diversas formas y oportunidades, constituyéndose en una fiscalización que penetra en diversos ámbitos de las empresas alcanzadas. Cfme . Ibidem Delpiazzo “El Banco Central del Uruguay”, Edit. Amalio M. Fernández. 2da. Edic. Mdeo. 1998.

⁹⁰ Ibidem. Pág. 12 – 13.

El régimen legal de protección del Consumidor, ha sido sancionado recientemente – en términos relativos- constituyéndose en un conjunto de normas imperativas y prohibitivas ⁹¹ que deriva del carácter de Orden Público con el que están investidas.

Hemos señalado pormenorizadamente aquellos fenómenos que se fueron configurando y luego generalizado desde hace larga data en el ámbito científico, tecnológico, social, económico y hasta político a los que somos ajenos, y que prepararon el camino para la recepción a todo nivel de un régimen tutelar de los derechos del consumidor. Su recepción en nuestro derecho positivo, no resulta ser una manifestación aislada, y tampoco resulta exclusiva de nuestro régimen jurídico, sino que responde tan sólo a una pronunciada tendencia desde hace varias décadas de derecho comparado, constituyéndose paralelamente en una respuesta a imperativos del orden regional e internacional del que formamos parte.

Hicimos referencia entonces, al fenómeno de “Unificación del Derecho del Comercio Internacional”, a la “Reducción de los Estados”, y ampliación del ámbito de actuación de la empresa privada, en zonas en donde antes imperaban monopolios Estatales, a fenómenos de “Integración regional y Multilateral”, y a la “globalización”. Al advenimiento de nuevas tecnologías, el “Comercio Electrónico”, el surgimiento y proliferación de novedosas modalidades de “Contratos” (como los negocios “atípicos y anexos y vinculados) cuyo uso generalizado tiende a satisfacer los intereses de las empresas; el fenómeno de asociación entre empresas a nivel nacional e internacional (especiales vínculos), etc.

De todos y cada uno de ellos, quisimos aportar más que noticia de su existencia, aderezándole algunos comentarios y definiciones principalmente en las notas, que permitiera transmitir no sólo su imagen, sino alguno de los efectos y consecuencias que provocaron en la realidad en que se insertaron, y de las transformaciones e incidencia que provocara en las diversas ramas del derecho.

También hemos dado una acabada idea de la recepción y alcance de los derechos fundamentales del hombre y básicamente del “Régimen de Tutela al Consumidor” que de él se derivan, no solo a nivel constitucional, y a los principios generales del derecho que lo regulan; sino que hemos hecho alusión a Declaraciones, pactos, directivas, etc que se constituyen en fuentes de nuestro derecho positivo, derivadas de acuerdos, y organizaciones de las que formamos parte, etc a nivel regional e internacional; y en ocasiones han impuesto la modificación y ajuste de la legislación interna a los parámetros que ya imperaban internacionalmente y a nivel de derecho comparado. En todo momento hemos querido no solamente hacer referencia a los derechos consagrados, sino también, y muy especialmente, dejar traslucir los “Valores” y las “Finalidades” de la normativa, por cuanto el derecho como sistema tiende regular comportamientos, pero paralelamente constituye un medio de realizar valores de la comunidad como veremos seguidamente.

Teniendo presente los desarrollos precedentes, y a efectos de cumplir con nuestro cometido se impone, siguiendo a Supervielle proceder al análisis de las normas jurídicas desde un punto de vista lógico para establecer un marco teórico que nos permita fundamentar nuestra posición ⁹². El citado autor señala que las normas que tienden a ordenar la conducta desde el punto de vista social, y las que constituyen la expresión típica del deber jurídico, representado por el deber de abstenerse del acto anti-jurídico. Si viola su deber, comete un acto antijurídico. Estas, generalmente están protegidas para su cumplimiento por una sanción, establecida explícita ó implícitamente por el ordenamiento positivo. Pasando a un plano de la realidad ontológica referida a la conducta humana que es el objeto de la norma afirma siguiendo a García Maynez: “que solo existen frente a ella tres tipos de actos: los actos ordenados, los actos prohibidos y los actos libres. Lo que no está jurídicamente prohibido, dice este autor, está jurídicamente permitido.... Cuando un acto no está jurídicamente prohibido podemos afirmar, sin más que el derecho lo permite, o lo que es igual, que otorga la facultad de ejecutarlo. Que existe el derecho de hacer lo que no se prohíbe es evidente, pues si tal facultad no existiese, la misma conducta se hallaría, a un tiempo, prohibida y no prohibida, lo que implica contradicción”... Las conductas que concuerdan con las normas que las regulan constituyen el campo de lo lícito. Dicha conducta está representada: a) por la ejecución de los actos ordenados; b) por la omisión de los actos prohibidos y c) por la ejecución u omisión de los actos que no están prohibidos ni ordenados.

Es conducta ilícita aquella en que se produce la omisión de los actos ordenados o la ejecución de los actos prohibidos. Este principio se ha recogido explícitamente en nuestra constitución en su art. 10 al expresar: “Ningún habitante de la República está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁹¹ Dice Bernardo Supervielle citando a Dabin “En la síntesis: leyes imperativas debe entenderse en un sentido especial, técnico, como de leyes no susceptibles de derogación, es decir no supletivas” (Supervielle Bernardo “Las leyes imperativas y prohibitivas”, pág. 786); nota que además viene impuesta por la calificación de Orden Público asignada por el legislador y a la que ya hemos hecho referencia.

⁹² Procederemos a la transcripción de varios párrafos de la obra de Supervielle en atención a que sus consideraciones conforman un invaluable aporte que permite el desarrollo de los fundamentos a nuestra posición.

-Luego agrega- Dice acertadamente García Maynez: "Lo que se llama deber jurídico es, pues, la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras, de exigir de la primera, una cierta conducta, positiva o negativa. Expresado de otro modo, tenemos el deber de hacer (o de omitir) algo cuando se nos niega el derecho de optar entre hacerlo y omitirlo. La libertad, en sentido jurídico, es una magnitud variable y los cambios que experimenta se producen en función de los deberes que el derecho objetivo impone a cada sujeto. A menor número de obligaciones, mayor libertad y viceversa".... Para apreciar si una conducta es o no ilícita, habría que prescindir de toda apreciación crítica respecto de la misma y detenerse exclusivamente en su confrontación con la norma jurídica". Citando más adelante a Llambías de Acevedo expresa que El derecho "es un sistema de disposiciones puestas por el hombre "para regular la conducta social de un círculo de hombres y como un medio de realizar valores de la comunidad""⁹³.

Dicho autor entiende de que "Para saber qué es lo que está jurídicamente prohibido, que es lo que está categóricamente ordenado, no es suficiente la simple lectura y exégesis de las disposiciones que integran el derecho positivo. Es necesario examinar su fundamento y el fin que persiguen las normas y las instituciones jurídicas".

-Dice- "La vida social es de una extrema complejidad. Los problemas y conflictos que se presentan deben resolverse de acuerdo a un conjunto de disposiciones que no se adaptan siempre con facilidad a las distintas formas que puede presentar, en los hechos, la conducta humana. Un análisis superficial, a través de la mera aplicación de las normas en vigencia, puede llevarnos a admitir, como actos lícitos, es decir, no sometidos a un mandamiento imperativo o a una prohibición, maneras de actuar que conspiran en sus resultados contra los valores esenciales que pretende realizar el derecho. En la aplicación de todos los sistemas la jurisprudencia ha considerado siempre fundamental no detenerse en un examen meramente lógico y formal de las normas jurídicas, aún tratándose de legislaciones en las que priva la ley escrita, como fuente principal del derecho; admite la existencia de una axiología que inspira cada norma, cada institución, cada sistema en su unidad. No es posible lo expresaba Llambías, suprimir la consideración axiológica y teleológica del derecho.

-Agrega- "La formación reciente del derecho laboral, del derecho administrativo, del derecho económico y tributario, -léase del derecho del consumidor en nuestro caso- responde a esta necesidad y solo se explica jurídicamente recurriendo a ciertos principios básicos que, para poder realizarse, han debido crear normas de derecho al margen de textos legales expresos y, muchas veces, en contradicción con ciertas disposiciones que, por su generalidad, estaban llamadas a disciplinar esos fenómenos jurídicos"⁹⁴.

Seguidamente procede a realizar diversas clasificaciones de las normas jurídicas, y entre ellas la que se funda en la fuente formal de la norma creada por Merkl y desarrollada por Kelsen, haciendo referencia a la existencia de una jerarquía en las normas, que sigue un orden lógico y necesario en esta teoría. En la cumbre se sitúa la Constitución, y luego en grado de importancia la ley, los decretos, los reglamentos y demás ordenanzas etc. Pero además-dice que - "...existen normas que se desprenden de principios generales del derecho. Estas últimas constituyen, según algunos autores, "el contenido del que podemos llamar derecho fundamental, el cual está integrado, como elemento básico, por los principios de derecho natural permanentes, inmutables, universales y, complementariamente, por los principios, fase o ciclo histórico de la civilización"⁹⁵.

Más adelante haciendo referencia a la calificación de norma de orden público dice que "varios factores tienden a modificar, en lo que se refiere al derecho privado, ese carácter facultativo, del que están imbuidos nuestros Códigos cuando reglamentan relaciones de interés privado, sobre todo en lo que refiere a los negocios jurídicos.

-Agrega- "Debemos observar que ha ido penetrando lentamente pero en forma progresiva y creciente, la idea de un derecho social o, si se quiere, la existencia de un factor social en el derecho. Radbruch señaló que detrás de la abstracción niveladora del concepto de persona, concebida en forma abstracta y con criterio igualitario, surge la individualidad concreta, el estado de poder o debilidad social. Se abre en esta forma la posibilidad de tomar en consideración situaciones específicas para proteger a los débiles y limitar los excesos del poder social. La idea de igualdad está en la base del derecho individual. El derecho social se funda en la idea de coacción. En el primero reina la justicia conmutativa, y en el otro la justicia distributiva. Pero desde que el individuo es considerado como un ser social, la relación jurídica de carácter más privado es concebida, no como un negocio que interesa solamente a las personas que participan en él, sino como una relación social...". Hace referencia a que esta influencia del aspecto social se expresa en la estructura formal del

⁹³ Ibidem pág. 789 y 791-792.

⁹⁴ Ibidem. Pág 793 -794.

⁹⁵ Ibidem. Pág. 794 - 794.

derecho de tres maneras, una de las cuales es la infiltración del contenido de las obligaciones sociales en el derecho privado subjetivo ⁹⁶.

De lo precedentemente expuesto, y de los desarrollos a propósito de los derechos humanos y del consumidor incluidos en el presente estudio podemos rescatar tres órdenes de ideas centrales:

A) La aparente contradicción entre la normativa y los valores jurídicos insertos en el régimen de los “Títulos Valores”, y el que “Tutela a los consumidores” de revelado a partir de nuestra hipótesis de hecho, no puede sorprendernos, sino que debemos visualizar de que ella se explica racionalmente por razones históricas, ya que recibieron sanción en épocas diferentes. En segundo lugar, y en el ínterin (más de 30 años) nuestro régimen jurídico abrió sus puertas normas impregnadas de nuevos valores que vinieron a insertarse en un orden pre-existente.

Destaquemos aquí, la nota de orden público, que nos transmite una idea de la existencia de una graduación en la valoración, y nos permitirán resolver el conflicto, determinando cuales deben primar. Evidentemente, la balanza se inclina por la normativa de protección a los Consumidores.

Esta consideración axiológica debe ser tenida muy en cuenta en el momento de determinar la licitud o ilicitud de la conducta de nuestro comerciante – Proveedor-. Si bien, se presentaría como ajustada a derecho atendiendo al tenor de la normativa sobre títulos valores, analizando con más profundidad las normas, los valores y finalidades insertos en cada uno de los regímenes en cuestión, debemos necesariamente concluir de que la conducta de quién puso en circulación los títulos en el período de reflexión, a sabiendas de que asistía el derecho de opción legal por la rescisión ó resolución a favor de su co-contratante, debe ser calificada como ilícita.

Recordando a Bernardo Supervielle podemos decir: “El derecho positivo vigente en una comunidad política determinada está representado por un conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los sujetos, con el fin de establecer un orden social”, y “El orden social regulado por el derecho positivo trata de reglamentar la conducta de los sujetos de derecho con la finalidad primordial de mantener el orden, la seguridad, de establecer, hasta de donde sea posible, la justicia en las distintas relaciones sociales, y de lograr la realización de otros valores de la comunidad que varían en función de las convicciones y principios que caracterizan un estado de cultura y de civilización. En ellos intervienen factores religiosos, morales, políticos, típicamente sociales y, en la actualidad, con cierta preeminencia, aspectos económicos que interesan al hombre y al núcleo a que pertenece.

A la misma conclusión debe llegarse a partir del análisis de los “principios generales del derecho”, derivados de nuestra constitución, y que son aplicables en toda su extensión a las relaciones de consumo. Nos referimos concretamente al principio de “igualdad”, especialmente en las dos manifestaciones a las que hemos hecho referencia en el marco teórico del presente estudio : “Igualdad en la ley” e “Igualdad por la ley”(igualdad por igualación), ya que la consagración en el derecho positivo de los derechos del consumidor constituye la materialización de la éste.

El estatuto del consumidor consagra la de la igualdad material, que corresponde al hombre situado, imponiéndose una actuación del Estado para igualar por la ley, con fundamento en el art. 72 de la Constitución de la República.

Las distinciones resultantes a partir de la aplicación del principio de igualdad en el marco de la relación de consumo, le son impuestas al legislador desde un punto de vista formal, en cuanto atienden a reconocer derechos y garantías derivadas de directivas impuestas, y de derechos y garantías, reconocidos a los Consumidores por Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, y de Declaraciones de derechos realizadas por organismos internacionales y regionales suscriptas por él. Paralelamente, conforman un orden supranacional preceptivo para nuestro Estado por un lado, y por otro, resulta de aplicación en el orden interno. Tienen rango legal en caso de estar incluidos en un tratado ratificado por nuestro país; y rango constitucional, sean derechos ó garantías, si se recogen en declaraciones o directivas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 72 de la Constitución de la República. De ahí se deriva también como uno de los Principios Generales de Derecho. Ambos se constituyen en fuente formal del Derecho del Consumidor”, y por tanto forman parte de nuestro derecho positivo vigente, y del Estatuto del Consumidor.

Desde el punto de vista material las distinciones fundadas en el principio de igualdad en ambas manifestaciones resultan también impuestas al legislador, por cuanto tales distinciones y la protección de la parte débil en la relación de consumo, resulta “Razonable”. Emerge del propio del campo económico, que tiende a mantener la llamada “Economía de Mercado sustentable”.

El principio de igualdad entonces, debe empezar a considerarse como un “Valor Supremo” (Superior ó Principal) de nuestro Ordenamiento jurídico, (concepto axiológico ó de valoración), constituyéndose así en

⁹⁶ Ibidem pág. 798 – 799.

un principio básico en la interpretación de todo el orden jurídico (manifestación del principio de igualdad que desde hace tiempo tiene recepción en Europa según tenemos informes⁹⁷).

Sus derechos se incluyen entre los llamados Derechos Humanos de la Tercera Generación. Se sostiene que los derechos humanos incluidos en los instrumentos internacionales, integran esencialmente el Derecho Constitucional⁹⁸, por lo tanto se incluye la tutela de los derechos económicos del consumidor en aplicación de lo dispuesto en el art. 72 y 332 de la Constitución; y que se encuentran seriamente comprometidos en la hipótesis de hecho en estudio.

El segundo Principio General de aplicación es el de "Buena Fe". La Buena Fe objetiva pasó a constituir un comportamiento impuesto al proveedor en el marco de una relación de consumo, cuyo incumplimiento genera su responsabilidad, por cuanto se convierte en una conducta ilícita, en tanto resulta contraria a un deber impuesto. Se trata de un régimen agravado, atendiendo a la profesionalidad del sujeto más fuerte de la relación de consumo, en su calidad de comerciante.

Los fundamentos del principio deben rastrearse también no solo en el orden jurídico nacional, sino en el supra-nacional como en el caso anterior.

Podemos decir con Supervielle⁹⁹ que "A pesar de la complejidad creciente del orden jurídico la libertad sigue siendo el presupuesto fundamental de nuestro sistema..."; y completando la idea, siguiendo a Stiglitz¹⁰⁰ agregaremos de que los "límites constitucionales al desarrollo de la actividad privada, en cuanto no puede usurpar las esferas de la seguridad, salud, libertad y dignidad humanas, advierten que hoy "utilidad social" no es más sinónimo de "interés de la producción o del sistema de la empresa".

XIII. CONCLUSIONES

1) El Comerciante –"Proveedor" en la terminología de la ley de Relaciones de Consumo- resulta responsable por todos los daños y perjuicios que genere al "Consumidor" como resultado de haber puesto en circulación un título Valor emitido en el marco de una relación de consumo, cuyo contrato se rescindió o resolvió de pleno derecho por el ejercicio de la opción legal en tal sentido que le acuerda el art. 16 de la ley 17.250, y no proceder a su devolución "de inmediato"; aún cuando la referida ley no haya previsto la situación.

2) La conducta del proveedor constituye un comportamiento ilícito, por contrariar un deber jurídico que le estaba impuesto por el ordenamiento jurídico.

3) La contradicción entre los regímenes jurídicos de los Títulos Valores, y el que tutela los Derechos de los Consumidores, en la situación fáctica planteada, no puede resolverse exclusivamente con el examen del texto legal, sino que debe procederse a un examen axiológico o de valores de ambos regímenes jurídicos para determinar cuál de las normas debe primar. Y en esta confrontación ha de primar el último, en consideración a los valores que encierra, y a la nota de Orden Público que le asigna el legislador.

4) Los fundamentos jurídicos que justifican la responsabilidad de referencia, y el derecho a reparación pueden derivarse de la aplicación de los Principios Generales de Derecho (igualdad y buena fe).

5) El "Estatuto jurídico de los Consumidores" se conforma no solamente con las normas legales y reglamentarias de orden interno, sino que lo integran otras normas de origen supra-nacional que hayan declarado derechos, ó previsto garantías a los Derechos Humanos (-léase fundamentales).

6) El orden tuitivo de origen supra-nacional extiende su protección a los "intereses económicos de los consumidores" que integran el orden de los llamados Derechos de Tercera Generación, y que resultan comprometidos en la hipótesis de hecho que nos convoca.

⁹⁷ Risso Ferrand, Martín "Derechos Humanos y las Diferencias Sociales" Conferencia en el Centro de Estudios Judiciales el 31.11.1998.

⁹⁸ Perez Manrique Ricardo "Panorama de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de Derechos Humanos" en Revista de la Judicatura No. 41, Mdeo. 2000, pág. 249.

⁹⁹ Bernardo Supervielle "Las leyes imperativas y prohibitivas", pág. 780.

¹⁰⁰ Stiglitz, Ruben y Gabriel, "Contratos por Adhesión..." Obra cit. Pág.7.

BIBLIOGRAFÍA

Gherzi, Carlos y colaboradores "Contratos –Problemática Moderna – Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza –Argentina.

Facal Julio "Las relaciones de Consumo y los Títulos Valores: Tres interrogantes y sus posibles soluciones" en Tribuna del Abogado enero-Febrero 2004.

Garrigues, Joaquín, "Hacia un nuevo Derecho Mercantil" (Escritos, Lecciones y Conferencias) Editorial TECNOS- Madrid.

Piaggi Ana, "El Derecho Mercantil en el siglo XXI visto desde el MERCOSUR" en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 18.

Rocca, María Elena "Arrendamiento de Servicios y de Obra en la Función Pública" en Revista de Derecho público No. 23.

Casagne, Juan Carlos "Estudios de Derecho Público" Editorial. Depalma - Bs.As. 1995. -Rracciatti, Octavio Carlos "Modalidades de Tercerización en el Sector Público" en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo – F.C.U. Mdeo. 2000, pág. 117. -Gros Espiel Héctor "MERCOSUR TRATADOS DE ASUNCIÓN DE 1991".

Piaggi, Ana, "El Derecho Mercantil en el S. XXI..." Obra cit. Pág. 498 y sig., y 503).

Lorenzetti, Ricardo "internet. Su impacto en el Derecho en Revista "Lex" año V, No. 7 – 2001m. -Ordoqui Castilla, Gustavo en "Algunas Reflexiones sobre la Protección al Consumidor en la Contratación por Adhesión a condiciones generales" en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales No. 17-segunda serie".

Delpiazzo, Carlos, "Contratación Administrativa", Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho – Mdeo. 1999, pág. 103 y sig. Y bibliografía allí citada.- Delpiazzo, Carlos, "Marco normativo de la contratación administrativa F.C.U– Mdeo. 2003.

Bugallo Montaña Beatriz "Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual" Mdeo, 2000.

Rippe Siegbert "La propiedad industrial en el Uruguay", Edit. F.C.U., 1999.

El Trabajo Intelectual – Constitución, Ley y Derecho Internacional" Conferencia pronunciada en 1999 con el auspicio del Consejo de Derechos de Autor del M.E.C.

Mosset Iturraspe "Contratos Conexos", Rubinzal –Culzoni Editores, Bs. As.

Mezzerá Alvarez. Curso de Derecho Comercial, t. IV, actualizado y ampliado por Rippe Siegbert, Edit. F.C.U., 5ta. Edic. Mayo 1998.

Bugallo, Beatriz "Manual Básico de Derecho de la empresa" Edit. F.C.U., 2000

José Luis Shaw y Victor Sujánov "Los problemas Tributario del Grupo de Sociedad como unidad" en Rev. I.U.D.T. No. 13.

Rodríguez Russo "Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos" en A.D.U. t. XXX.

Juan Blengio "Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual. En Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 31.

Moset Iturraspe, Jorge, "Introducción al Derecho del Consumidor" en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5 – Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe 1994, pág. 8.

García de enterría, Curso de Derecho Administrativo tomo I, (Quinta Edición), Edit. Civitas, Madrid 1992.

Lorenzetti Ricardo Luis "El Derecho Privado como Protección del Individuo particular" en Revista de Derecho Privado y Comunitario.

Creimer, Ismael "Apuntes complementarios sobre el Derecho de Protección del Consumidor" en Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Segunda Serie No. 17- Mdeo. 1991.

Echevarría Petit, José Luis, "La calificación como orden público del art. 362 de la ley 16.060 y mayorías alternativas para los supuestos en él previstos" en Tribuna del Abogado, Mayo-Abril, 2000.

García de Enterría, Eduardo "La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, Ediciones Civitas en Revista de Occidente – Madrid-España 1974, pág. 34 y sig.)-. Brito Mariano "El principio de legalidad e interés público en el derecho positivo Uruguayo" en L.J.U. Tomo 90, Sección doctrina.

Zafir, Dora "Consumidores" Análisis Exegético de la la Ley 17.250. F.C.U. Mdeo.2002.

Mosset Iturraspe Jorge "Introducción al Derecho del Consumidor" ...Obra cit.

Highton Elena I. Y Alvarez Gladis S. "La resolución alternativa de disputas (R.A.D.) y el consumidor. El Consumidor ante el conflicto, ¿Qué modos tiene de Resolverlo? En Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5.

Stiglitz Ruben S. y Stiglitz Gabriel A. "Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor" Eitorial Depalma, Bs. As. 1985.

Botana García Gemma Alejandra "Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los Consumidores" Edit. J.B., España 1994.

Ordoqui Castilla Gustavo "Algunas reflexiones sobre la protección del consumidor en la contratación por Adhesión a condiciones Generales" en Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, No. 17 (Segunda Serie).

Lopez Cabana, Roberto M. "Información al Consumidor.Régimen Constitucional, legal y regla-

mentario" en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 7, Rubinzal-Culzuloni Editores, Santa Fe 1996.

Venturini Beatriz "La publicidad en la ley de Defensa de las Relaciones de Consumo 17.250" en Anuario de Derecho Civil Uruguayo T 30; Sección Doctrina.

Kotler - Armstrong "MARKETING" Edición adaptada a Latinoamérica - Octava Edición, Editorial Pearson Educación. México D.F. - Prologo.

Kemelmajer de Carlucci Aída "Publicidad y Consumidores" en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5, Rubinzal-Culzuloni Editores, Santa Fe 1994.

Couture "Vocabulario Jurídico-Ediciones Depalma 4ta. Reimpresión Bs. As. 1991.

Gaggero Eduardo, Perez Idiartegaray Saúl y Rippe Siegbert en "Análisis exegético de la ley 16.060, Tomo I, F.C.U. 1992.

Rippe Siegbert "Sociedades Comerciales" Ley 16.060, F.C.U. 2da. Edición - Montevideo 1989.

Halperin Isaac - Otaegui Julio C. "Sociedades Anónimas" 2da. Edición - Depalma, Bs. As. 1998.

Solignac, Nidia y otros, "Rescisión" en "Contratos - Problemática Moderna" obra bajo dirección de Carlos A. Gherzi, Ediciones Jurídicas Cuyo - Mendoza - Argentina.

Cuiñas Rodríguez, Manuel, , "Resolución" en "Contratos - Problemática Moderna"

Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos Conexos - Grupos y redes de contratos, Editorial Rubinzal - Culzuloni, Santa Fe- Argentina, 1999, pág. 43-44.

Blengio, Juan "Ambito subjetivo de aplicación de las relaciones desde la perspectiva de la noción de Consumidor y la viabilidad de su extensión analógica" en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, F.C.U.

Delpiazzo "El Banco Central del Uruguay", Edit. Amalio M. Fernández. 2da. Edic. Mdeo. 1998.

Delpiazzo Carlos- Olivera García Ricardo "Contralor de la Banca Privada "Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández - Mdeo. 1980).

García Cortés, Juan Carlos "Las Obligaciones Cambarias" en Orduña Moreno y Colaboradores "Contratación y Consumo", Rorant lo Bi/anch- Valencia 1998 - España.

Gorkinkiel "Sobre las excepciones causales en la ejecución cambiaria "en L.J.U T. 87, pág. 47 y sig." Abstracción - Excepciones Causales" en Titulos Valores - Problemática vigente, pág. 153 y sig.;

Gorkinkiel "La excepción de completamiento abusivo de los títulos cambiarios: Importante viraje jurisprudencial" en L.J.U. Sección Doctrina, Tomo 125.

Mariño López Andrés "En torno al Concepto de Consumidor. Estudio del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Relaciones de Consumo en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXI, Sección Doctrina.

Merlinski Ricardo "Títulos Valores Incompletos" en Titulos Valores - Problemática Vigente.

Olivera García Ricardo "El concepto de "Consumidor" en la ley de Relaciones de Consumo" en Tribuna del Abogado 119, octubre-diciembre 2000.

Pérez Fontana Sagunto F., "Títulos-Valores" Obligaciones Cartulares .II Análisis de la ley 14.701, F.C.U - 1ra. Reimpresión, 1992.

Perez Manrique Ricardo "Panorama de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de Derechos Humanos" en Revista de la Judicatura No. 41, Mdeo. 2000.

Rippe Siegbert, "De la oponibilidad relativa de las excepciones causales en el juicio ejecutivo cambiario" en A. Der. Com. T. 3.

Risso Ferrand, Martín "Derechos Humanos y las Diferencias Sociales" Conferencia en el Centro de Estudios Judiciales el 31.11.1998.

Rodríguez Nuri. "Títulos Valores" 4ta. Edición Actualizada- Editorial Universidad- Montevideo.

Rodríguez Olivera , Nury , "Acciones y excepciones cambiarias.-Rodríguez Olivera , Nury , "Títulos Valores" en L.J.U. Tomo 119 - Secc. Doctrina.

Rodríguez Olivera Nury - "Evaluación de la aplicación de la legislación de la ley de T.V." en A.Der. Com. t.8.

Sconfianza Roberto "Concepto de "Consumidor" en el Derecho Positivo Uruguayo (Ley 17.250) y su tutela dentro de la "Relación de Consumo" (Consumidor, Usuario, Bystander) en Anuario de Derechi Civil Uruguayo, Sección Doctrina, tomo XXX.

Supervielle Berardo "Las leyes imperativas y Prohibitivas".

Torello - Viera, "La improponibilidad de la pretensión" en Rev. Uruguaya de .Derecho Procesal 3/81.

Van Rompaey Leslie "Alcance procesal de la inadmisibilidad de las excepciones causales en el juicio ejecutivo cambiario "en Titulos Valores - Problemática vigente.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- **Bott, Ingo** - *“Los errores de tipo y los problemas correspondientes en el Derecho penal de Alemania y Uruguay”*

COMPARACIÓN DE DERECHO PENAL LOS ERRORES DE TIPO Y LOS PROBLEMAS CORRESPONDIENTES EN ALEMANIA Y URUGUAY

*INGO BOTT **

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE TIPO Y ERROR DE DERECHO. III. EL PRINCIPIO DEL ERROR DE TIPO. IV. ERROR DE PERSONA. V. *ABERRATIO ICTUS*. VI. PROBLEMA PARTICULAR: *ABERRATIO ICTUS* Y *DOLUS EVENTUALIS*. VII. *DOLUS GENERALIS*. VIII. EL DELITO PUTATIVO. IX. *ABERRATIO DELICTI*. X. ERROR DEL AGENTE EN LA DESVIACIÓN EN EL CURSO CAUSAL (TAMBIÉN: PROBLEMA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA). XI. DE LA INDUCCIÓN EN ERROR. XII. RESUMEN.

I. INTRODUCCIÓN

Un campo muy importante en el derecho penal siempre ha sido el error. Desde su origen, la doctrina penal se ha encontrado con el problema de personas que cometen un hecho ilícito sin saberlo, sin quererlo o sintiéndose justificadas. La realización de hechos tipificados en un código penal por un delincuente que desconoce los límites de la justificación, la culpa o sobre los factores reales fueron – y todavía son – una parte esencial de las ciencias del derecho penal. Ya desde el comienzo de este ensayo hay que ver claramente que esos casos – aunque algunas veces parezcan muy artificiales y fuera de la realidad del mundo – también tienen una gran relevancia práctica, como se podrá ver en los próximos capítulos, y por eso merece la pena investigarlos.

En toda ciencia el error precede a la verdad – pero es mejor que la preceda a que la siga.¹

Será presentado aquí el sistema de la codificación alemana de los errores, al igual que el sistema uruguayo, con los correspondientes casos más importantes y clásicos. Luego estos dos sistemas serán comparados a los fines de descubrir ventajas o desventajas respectivas, y realizar un resumen que ofrezca nuevas posibilidades de desarrollo del derecho para las correspondientes doctrinas penales.²

II. DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR DE TIPO Y EL ERROR DE DERECHO

Si el dolo típico requiere el conocimiento de que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga la ignorancia de alguno o de todos los elementos del tipo de injusto. Tal es la esencia del error de tipo, que será estudiado en seguida.

Entretanto hay que separar o distinguir ese error del error de prohibición. Mientras el primero se refiere al hecho, a una circunstancia que pertenece al tipo legal, el segundo es un error sobre la antijuricidad, es decir la prohibición jurídica del hecho. Por consiguiente, se podría inferir la fórmula de que el sujeto en un

* El autor trabaja en el Instituto Max Planck para Derecho Penal Internacional de Friburgo, Alemania, y estuvo en la Universidad de Montevideo para investigar el tema en noviembre 2005. Muchas gracias a toda la gente de la Universidad por su apoyo y un agradecimiento especial para Pedro Montano que me ayudó con mucho tiempo e interés al igual que a Dardo Preza Restuccia y Pablo Galain Palermo que hicieron posible mi pasantía en el Uruguay y que me trataron con mucha amistad y hospitalidad.

¹ In all science error precedes the truth, but it is better it should go first than last, Horace Walpole (1717-97), Estadista británico.

² De acuerdo al fin que le corresponde de mejorar el punto de vista del propio derecho penal, fin clásico del derecho penal comparado; ver: Pradel, *Droit pénal comparé*, 2002, pág. 11 y para enriquecer las jurisprudencias nacionales, Cfr.: Vieira, *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*, 1969, pág. 198.

caso de error de tipo, “no sabe lo que hace”; mientras que en el caso del error de prohibición, “sabe lo que hace típicamente pero cree erróneamente que está permitido”.³

Aunque esa distinción últimamente se ve en una crisis causada por el ingreso de términos normativos en las leyes penales de modo que casi todo error puede ser considerado, en última instancia, como error de derecho, vamos a concentrarnos particularmente en el campo amplio del error de tipo, es decir en las situaciones en que el sujeto no sabe qué hace por creer que algún requisito exigido por la norma no está presente en la realidad actual. Esta precisión hace falta porque siempre la voluntad del agente debe ser el centro del punto de vista penal, lo que él quiere y lo que consigue son el marco de su punibilidad. Por eso hay que distinguir cuidadosamente las situaciones en que no coinciden voluntad y resultado, que son las situaciones del error de hecho.

El error de hecho – o, como se denomina en otros países con el mismo contenido⁴: de tipo - excluye el dolo y con eso la tipicidad. No podrá ser posible castigar la acción, pero no exime de culpabilidad. Lo que hizo el agente sí significa un agravio; pero como no era ni lo querido ni lo previsto, no hay una base legítima de castigo porque en el estado de derecho solamente hay que castigar lo realmente ocurrido y no la “mala intención”.⁵

III. EL PRINCIPIO DEL ERROR DE TIPO

El primer error tipificado en el código penal alemán, directamente a continuación del artículo que trata del dolo (§ 15 StGB) es el del error sobre los hechos, § 16 StGB⁶. El derecho penal uruguayo también codifica bajo el nombre de “error de hecho” exactamente el principio del error de tipo regulado en § 16 StGB.⁷ Como en Alemania, el dolo del autor queda excluido cuando el agente actúa en una situación de error de hecho, mientras que la culpa queda subsistente. El error debe quedar sin imprudencia, porque si no será posible castigar la simple culpa en el caso de que esta tenga una codificación expresa.⁸ El error de hecho uruguayo es entonces en verdad un error de tipo porque recae sobre las circunstancias constitutivas del delito, es decir sobre los supuestos de hecho del tipo objetivo.⁹

Esto significa que es posible equivocarse sobre las distintas partes del hecho de la norma de manera que el sujeto no “sabe lo que hace”. Cada hecho contiene una parte descriptiva y una parte normativa. Junto con la causalidad de la acción u omisión, ellas forman la realización del hecho de la norma.

Hay que considerar esos elementos como el revés del hecho objetivo. Cuando el delincuente no quiere uno de los componentes actúa sin dolo. Podrá ser castigado por simple culpa si el hecho está expresamente tipificado (§ 16 StGB)¹⁰.

A) Concepto

Primero, el punto de partida de toda teoría del error debe ser la distinción objetiva de los diversos casos posibles. De todas maneras el error que excluye el tipo doloso debe ser esencial, inevitable y decisivo.¹¹

Para que la realización de un hecho penal sea típica no basta solamente que el sujeto realice todos los elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la conducta descrita en la ley, sino que, además,

³ TF (Tribunal Federal de Alemania, en adelante TF (BGH)) 2 (libro), pág. 197; Wessels, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires 1980, pág. 129. En muchos casos existen nuevas ediciones alemanas de los libros de doctrina penal. Sin embargo, se utilizan en las notas al pie sobre todo las ediciones en español para que sea posible para el estudiante reflexionar sobre lo escrito en su propia lengua. Solamente en casos en los que no exista una traducción adecuada, o en que la doctrina haya sido modificada, se han aconsejado las ediciones no obtenibles en castellano.

⁴ Comparar: Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 270; Cairoli, Curso de Derecho Penal Uruguayo, Tomo 1, Parte General, 1985, pág. 294; de otra opinión: Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, 1998, pág. 417.

⁵ Expresión que encuentra su base en la idea alemana del “Gesinnungsunrecht”, comparar: Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 3 B, núm. 33 con ejemplos.

⁶ § 16 StGB (Strafgesetzbuch; código penal alemán; en adelante: StGB)

I. Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta.

II. Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna.

⁷ Comparar art. 22 C.P.

⁸ Cairoli, Curso de Derecho Penal Uruguayo, Tomo 1, Parte General, 1985, pág. 294; también: Soler, Derecho Penal Argentino, 1992, pág. 349.

⁹ Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 270.

¹⁰ Para la traducción del Strafgesetzbuch utilizada ver: <http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/stgb.pdf>.

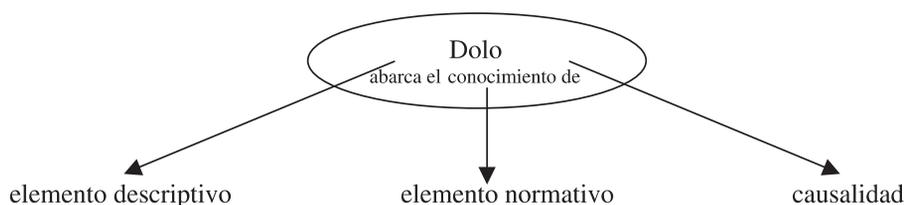
¹¹ Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 271.

debe operar el tipo subjetivo. Eso significa que el sujeto conozca todos los elementos del tipo y que quiera realizarlo.

El dolo debe concretarse sobre todas las circunstancias constitutivas del delito, así concretado sobre la persona o el objeto que forma el núcleo de la acción contraria a la ley.¹² Si falta esa concreción el autor se equivoca sobre la situación, de modo que realiza algo distinto de lo que pretende, es decir no actúa en forma dolosa. Eso abre el amplio abanico de los distintos errores que serán estudiados a continuación.

En referencia a la estructura de los tipos penales, hay que distinguir entre los distintos componentes esenciales que forman parte de cada hecho, independientemente del correspondiente sistema de derecho penal. Esos elementos son¹³:

- a) los elementos descriptivos
- b) los elementos normativos
- c) la relación entre causa y efecto (causalidad)



Todos esos componentes esenciales tienen que estar cubiertos por el dolo del delincuente para que pueda ser castigado según la realización del hecho respectivo. Diciendo esto también queda claro que según la idea del dolo, de la parte subjetiva de la realización de hechos penales, los demás elementos del crimen como la ilicitud o la culpabilidad no tienen que depender de la voluntad del sujeto. Es decir: en la realización del hecho penal solamente interesa la congruencia del elemento objetivo (texto de la norma) y del elemento subjetivo (la voluntad/ el dolo del delincuente).

El error de tipo entonces está directamente vinculado a la cuestión del dolo porque – resumiendo lo antes dicho – no es otra cosa que la negación de la representación requerida para el dolo.¹⁴ Entonces el error de tipo puede existir tanto en una representación falsa como en una falta de representación. Se trata en términos generales de la discrepancia entre conciencia y realidad.

El momento decisivo para el dolo, igualmente que para la imprudencia (§ 16 I 2 StGB) es el de la realización del hecho.¹⁵

Ejemplo: El cazador apuntando un objeto que confunde con un animal porque olvidó sus anteojos, y que en realidad, es un compañero suyo, solamente podría ser castigado por imprudencia, si esa estuviera tipificada (aquí en § 16 I 2, § 222 StGB; o en el C.P. art. 22; art. 314).

Así es posible sacar una primera conclusión: el error de tipo supone que el individuo ignora que la conducta que realiza está tipificada o que desconoce erróneamente alguno de los elementos objetivos del tipo penal, de forma que puede decirse que el sujeto cuando actúa no sabe lo que hace. El efecto de ese error es entonces la exclusión del dolo, y por tanto de la tipicidad.

B) Elementos

Los elementos descriptivos de un tipo penal son las circunstancias reales-objetivas cuya prueba es fácilmente accesible, como p.e. el elemento “cosa” del hurto (§ 242 StGB), correspondiente a la “cosa ajena mueble” en el CP (art. 340).

En referencia a los elementos normativos, se habla de los conceptos jurídicos contenidos en el tipo, como p.e. propiedad, matrimonio o dignidad humana. Si el autor no comprendió el significado de tales elementos

¹² Ver: Langón Cuñarro, Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay, 2003, art. 22 CP, pág. 99.

¹³ Por todos: Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 271.

¹⁴ Ver: Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 1973, pág. 275.

¹⁵ Schönke - Schröder - Cramer, 2004, § 16, n.12; comparar § 8 StGB: Momento del hecho: Un hecho se comete en el momento en el cual el autor o el partícipe han actuado, o en los casos de omisión, cuando debería haber actuado. La producción del resultado no es determinante.

normativos, al menos en el marco de la valoración paralela en la esfera del profano, falta el dolo.¹⁶ No basta solamente que el autor haya conocido la base fáctica del concepto jurídico.¹⁷

Ejemplo ¹⁸: Quien desinfla los neumáticos de un coche ajeno no puede alegar haber creído que dañar significa la lesión de la sustancia de una cosa, pues basta que el vehículo ya no sea utilizable, sin más, conforme a su destino, y esto sí que lo sabía en todo caso el autor.

Concerniente a la cuestión de la relación entre causa y efecto, es decir la causalidad, también tendrá que estar rodeada del dolo del autor, porque solamente podría ser castigado por acciones que quiso realizar. Este error también será tratado a continuación.

C) Tratamiento

El principio de tratamiento del error de tipo es muy fácil y consecuencia lógica de lo anteriormente dicho: puesto que el dolo requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo si falta este conocimiento a causa de un error por parte del autor del hecho penal, dicho error excluye el dolo. Esta lógica también se aplica para los tipos derivados (p.e. art. 311 C.P.). Si el autor solamente concretó su voluntad en uno de los elementos del tipo le falta el dolo "completo", por lo que solamente podrá ser castigado por la realización del tipo básico (p.e. art. 310 C.P.).

Ejemplo ¹⁹: El autor ha de saber que uno de los participantes en la rapiña lleva un arma de fuego. Si no es así solamente será castigado según el tipo básico de rapiña (§ 249 StGB) y no según el tipo derivado (§ 250 StGB).

Para que el error elimine la tipicidad de la conducta debe ser tanto inevitable como invencible, pues de otro modo quedaría subsistente la culpa, en la medida en que tal estructura típica resultare prevista por la ley ²⁰. Bajo el término error invencible se entiende aquel error que se produce no obstante haber actuado el sujeto con la diligencia debida, esto es sin dolo ni culpa de su parte (véase art. 22 C.P., §16 I 2 StGB).²¹

D) Caso particular. El error sobre los elementos del tipo privilegiado

Si el autor se equivoca al estimar que concurren los elementos de un tipo y supone que realiza un hecho menos grave solamente será castigado según la norma privilegiada. Ese escenario será presentado mediante un típico fenómeno alemán, el homicidio a petición, § 216 StGB.²² Sin embargo la idea general del error vale definitivamente la pena conocerla.

Ejemplo: Si la novia del autor sufre de depresión y habla de suicidarse, el autor se siente motivado a matarla por compasión; aunque en realidad solamente fue una enfermedad mental temporal, él no será castigado por homicidio (§ 212 StGB, pena no inferior de cinco años), sino por la norma privilegiada (§ 216 StGB, pena de seis meses a cinco años).²³

En cambio cuando el autor no entiende que se da un elemento del tipo privilegiado tampoco debe beneficiarse por el error y será castigado por lo que quiso lograr originalmente: esto supone la infracción de la norma completa o básica. Otro punto de vista carece de sustancia porque una pena solamente basada en lo objetivo no respeta la dualidad del derecho penal que es separado en dos, una parte objetiva y una parte subjetiva. Por la misma causa tampoco será posible un concurso ideal por tentativa de homicidio con el tipo privilegiado consumado, porque el privilegio no forma parte del tipo por lo que no *debe* ser cubierto por el dolo del infractor. Al revés, solamente le beneficia cuando sabe que existe la situación y actúa con la voluntad correspondiente. Como falta una parte de esa combinación, el agente debe ser castigado por lo que en reali-

¹⁶ Muñoz Conde/ García Arán, Derecho Penal Parte General, 1998, pág. 306.

¹⁷ Comparar: Haft, Juristische Ausbildung, año 1981, pág. 281.

¹⁸ Según TF 13, 207.

¹⁹ Según TF 3, 229.

²⁰ Comparar: art. 19 C.P.

²¹ Resumen del error de tipo con vinculación a otras alternativas: Langón Cuñarro, Código Penal, 2003, art. 22 C.P., pág. 99/100.

²² Para el problema en Uruguay: Montano, Pedro, "Eutanasia y Omisión de Asistencia", FCU 1994.

²³ 216 StGB: Homicidio a petición

I. Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponerse pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años.

II. La tentativa es punible.

dad hay: un homicidio, y lo que era su dolo: cometer un homicidio. El privilegio entonces, en ese escenario, queda excluído.

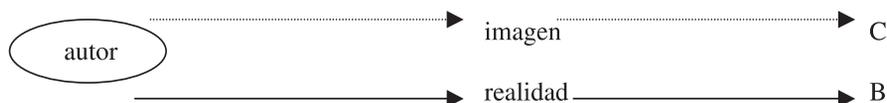
Ejemplo: como el anterior, pero ahora la novia quiere morir. El autor no lo sabe y la mata porque acaba de encontrar otra chica.

IV. ERROR EN PERSONA

A) General

Si el autor no realiza lo que quiso no será justo castigarle solamente por lo entonces realizado porque no se evaluaría lo ocurrido verdaderamente. Por eso hay que distinguir entre los diferentes errores posibles. Como cada hecho en particular debe tener un dolo correspondiente, primero hay que investigar la situación como se presenta para preguntarse después si eso corresponde a la voluntad del autor. El castigo adecuado corresponderá al grado de determinación que debe ofrecer el contenido de la representación en el dolo.

El primer fenómeno en el amplio campo de errores particulares que estudiamos será el error en la persona. En este caso el autor se equivoca sobre las características y – sobre todo – sobre la identidad del objeto de la acción.



B) Alemania

En el derecho penal alemán existe solamente la codificación del error de tipo como legislación base para todo los demás errores que de él surgen²⁴. Como acabamos de señalar, hay que considerar el error en persona como un tipo especial del error de hecho que en Alemania también es titulado como “error in persona vel objecto” demostrando así que tiene vigencia igualmente con respecto a las cosas.

Ejemplo: A quiere destruir el coche de B y decide hacerlo por la noche. En la oscuridad se equivoca en referencia al vehículo y destruye el coche de C.

Con este vacío normativo, el campo del error queda abierto para la doctrina y el desarrollo de la jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Federal y encuentra sus raíces en un caso central casi con fuerza de precedente como en la jurisdicción estadounidense con su principio del “stare decisis”.

Ejemplo (Rose- Rosahl)²⁵: El comerciante de madera Rosahl (R) de la ciudad Schiepzig propuso a su empleado Rose (R2) pagarle bien para que matase al carpintero de obras Schliebe (S) de Lieskau. Entonces Rose tendió una emboscada entre las dos ciudades para acechar a Schliebe a quien conocía muy bien. Durante el ocaso vio a un hombre acercándose y lo mató pensando que era la víctima adecuada, mientras que en realidad era un joven de 17 años llamado Harnisch (H).

El primer problema en este caso, un verdadero clásico en la historia de la jurisprudencia penal alemana, era cómo tratar el error de persona del autor (R2: asesinato²⁶ a H o tentativa de matar a S y homicidio involuntario de H). A causa del error del agente sobre la identidad de la víctima podríamos estar en una situación de error de tipo, excluyendo el dolo. Entonces resulta la pregunta de si la identidad de la persona es parte de los elementos (descriptivos o normativos) del tipo.

El autor había actuado equivocándose sobre la identidad del objeto por lo que el Tribunal del Reich tuvo que decidir cómo tratar esta situación. En consecuencia desarrolló un principio que hasta hoy en día está vigente en el derecho alemán: el punto decisivo es si la valoración jurídicopenal cambiaría en el caso de ser acertada la representación del autor. *Cuando el verdadero objeto de hecho tiene igual valor que el represen-*

²⁴ Ver: 16 StGB

²⁵ Tribunal del Reich (TdR) (tomo)18, (pág.) 337; TdR 19, 179; TF 11, 268; OLG Neustadt Neue Juristische Wochenschrift, 1964, pág. 311.

²⁶ El tipo de asesinato es comparable pero no igual con los arts. 311 y 312 C.P.

tado, o el autor se equivoca en la equiparación, el error carece de relevancia.²⁷ En esos casos se trata solamente de un error de motivación.²⁸

La solución puede también ser encontrada en el tipo mismo, que exige que el agente mate a “otra persona” (§ 212 StGB) o “alguna persona” (art. 310 C.P.) estableciendo que para el éxito de la acción, la muerte de una *determinada* víctima no es necesaria.

Si los objetos del hecho que han sido confundidos no se encuentran en igual plano, estamos en una situación en que el error de persona es irrelevante, porque tenemos un error *in objecto* que alcanza idéntico significado que el error de tipo.

Ejemplo: igual que el caso anterior, pero Rose no mata a otra persona sino a un caballo de Schliebe.

Entonces habría que tomar en cuenta que el autor realizó menos de lo que originariamente quiso, de modo que su pena corresponderá a la tentativa de un asesinato – según la etapa de desarrollo de la situación, y de un imprudente daño material que no es punible en el StGB. Así, en ese escenario, el autor podría solamente tener la obligación de pagar por el daño realizado en vía de derecho civil si todavía no alcanzó el estado de la tentativa.

Otro ejemplo clásico también clarifica esta idea:

Ejemplo (Graf zu Dohna)²⁹: un campesino abofetea en una tienda a una muñeca-maniquí que cree que le mira fijamente y está se rompe.

Con lo dicho anteriormente la solución resulta bastante fácil: tentativa impune de lesiones y daños imprudentes impunes.

C) Uruguay

El C.P. codifica de otra manera el error de persona en el art. 23. Ya en el título correspondiente se puede ver una primera diferencia con la doctrina alemana que trata el problema como un error de persona o de objeto. Mientras que el art. 23 C.P. solamente contiene la alternativa de que el objeto de la infracción sea un ser humano. Si bien también la doctrina uruguaya suele tratar el error de persona como un error de hecho, una distinción entre la calidad del objeto de la acción no es exigida. También la voluntad del legislador está orientada en esa dirección porque dice: “el sujeto confunde la persona, pretende, por ejemplo, matar a un extraño y mata al padre, o viceversa”.³⁰

El art. 23 C.P. entonces solamente abarca un error sobre la identidad del objeto personal de conducta. El infractor alcanza el fin de su ataque contra un individuo pero equivoca la identidad de su víctima. Hasta aquí el error de persona – con la excepción de no castigar el error en objetos, es decir, cosas – tiene el mismo contenido que la figura del error in persona vel objeto utilizada en Alemania.

Es necesario señalar que se encuentra una gran diferencia en la consecuencia legal del error. Mientras que en el derecho alemán la pregunta clave radica sobre la “identidad de valor” del objeto, es decir sobre la identidad de carácter objetivo (ser humano o cosa) para definir qué consecuencia surge con el error, el C.P. ya lleva la respuesta a todas las dudas posibles consigo: cada error, sea como sea, será castigado como tentativa del delito originalmente querido, es decir según el bien jurídico que intentaba violar. Con eso el énfasis legal no se concentra en el delito realmente cometido sino en el que el sujeto se proponía cometer.

El fin perseguido por el legislador fue específicamente la regulación de escenarios parecidos al parricidio, es decir de tipos agravados del homicidio.³¹

Ejemplo: Hijo H odia a su padre P que siempre suele pegarle después de haber bebido alcohol. Un día le espera con un rifle en una esquina tranquila de la ciudad en que está el bar usual del padre. Cuando sale una persona borracha titubeante por la calle, H piensa que es su víctima y le dispara. Sin embargo fue el transeúnte T que también había tomado un vaso de más.

El derecho uruguayo entonces castiga solamente con la tentativa que trae graves consecuencias consigo. De esta forma se ignora el hecho de que el sujeto acaba de realizar exactamente lo que quiso. Como dijimos antes, el dolo del infractor debe concretarse en los distintos elementos del tipo, es decir tanto en las circunstancias descriptivas como en las normativas y en la causalidad. El sujeto en esta situación, sin embargo,

²⁷ Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 1993, pág. 281 con más citas.

²⁸ Herberg, Juristische Ausbildung, 1981, pág. 472; Puppe, Goldtammers's Archiv für Strafrecht, 1981, pág. 4; Schreiber, Juristische Schulung, 1985, pág. 873.

²⁹ Con solución y otros ejemplos: Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 1993, pág. 280.

³⁰ Comparar: Langón- Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 273.

³¹ Comparar: art. 311 n.1 C.P.

alcanza lo querido: ataca exactamente a la persona que quiso atacar en el momento de la acción, que ya hemos definido como momento decisivo. Tal objeto del ataque (la persona en la calle) como la acción (tirar con rifle) como la causalidad (la persona muere a causa del disparo) tienen su equivalente en el dolo, en la voluntad del delincuente.

La única cosa sobre la que se equivoca es sobre la identidad de la víctima de su agresión. El escenario a que se refiere el legislador es el del parricidio, que no existe en esa forma en la ley penal de Alemania.³²

Dejando de lado esa situación hay que preguntarse qué es lo que el delincuente quiere en el momento en que comete el crimen.³³ La doctrina de Uruguay no toma en cuenta que el sujeto realice (justo en el momento de pulsar el gatillo) lo que quiere realizar. La persona a la que ataca es a la que quiere atacar. El error sobre la identidad en ese caso solamente significa *una distinta motivación para el crimen*. Dejando fuera las dificultades de probar el dolo de cometer el tipo agravado hay que estimar que generalmente el error es irrelevante, porque para un homicidio es suficiente que se mate voluntariamente a “alguna persona”, art. 310 C.P., por lo que el resultado castigado en la norma fue realizado de todas maneras. El delincuente entonces habrá realizado el tipo de base del homicidio. Si también hubiera tentado un tipo derivado más grave (p.e. art. 311 C.P.) eso tendrá que verse en la sentencia en forma de concurso ideal. Por eso parece más aconsejable castigar al infractor por el homicidio cometido aumentando la pena en caso de motivos de especial bajeza o gravedad.

Cuando el texto de la norma solamente prevé la pena por la realización de una tentativa no toma en cuenta que estamos en una situación en que el resultado originalmente querido fue logrado. Entonces no se castiga lo ocurrido sino solamente lo que el delincuente ha pensado. Sin embargo un delito consta de dos partes, la objetiva y la subjetiva.

La pena *no* según el tipo objetivo sino *solamente* según el tipo subjetivo no toma en cuenta esa combinación de requisitos típicos y entonces forma un cierto tipo de mero agravio de carácter (*Gesinnungsunrecht*).³⁴ Es decir: cada pena tiene que encontrar su base en un componente objetivo, en lo que encuentra su expresión en el mundo corporal, sensible. En el caso del homicidio esto será el cadáver de la víctima. Cuando surge la cuestión de la pena ésta tiene que orientarse estrictamente según esta parte objetiva y no solamente según la voluntad del delincuente. Puede ser que en realidad quiso matar a otra persona, pero lo decisivo es que sí mató a alguien concreto a quien se concretó su dolo en el momento decisivo y sí tiene que recibir una pena que se orienta según ello. Con pocas palabras: la pena contiene lo querido que encuentra su expresión en lo objetivamente ocurrido y no se puede orientar solamente según lo que el delincuente quiso – ni a su favor ni en su contra.

Además habrá problemas de prueba, porque si solamente se castiga lo subjetivo, el delincuente siempre podría decir que no quiso matar a la persona sino que tenía distintos objetivos.

Ejemplo: A dispara en dirección a B pero dice que quiso matar a la cigüeña que está bloqueando su chimenea.

Juzgando solamente el punto de vista interior habrá que concluir que no se produjo un homicidio sino meramente una tentativa de matar al animal junto con una imprudencia respecto de la víctima humana, A. Sin embargo esto es un caso del *aberratio ictus* que será castigado con una pena mucho más pequeña.³⁵

No obstante, ese ejemplo enseña claramente que una pena que *solamente* se orienta hacia el aspecto subjetivo carece de un fundamento legal. Por eso habrá de castigar según lo que realmente ocurrió. De lo contrario se ignoraría la dualidad de la acción penal y con ello un pilar básico del estado de derecho.³⁶

Un tema muy disputado en la doctrina alemana, es la distinción entre el hecho del asesinato (§ 211 StGB; pena: cadena perpetua) y el homicidio (§ 212 StGB; pena: no inferior a cinco años).³⁷ La solución del art. 23 C.P. es más simplista cuando se trata de situaciones de inducción en error. Cuando el inductor induce un error en persona en el inducido, la doctrina uruguaya puede – al revés de la alemana – castigar según la intención de ambas partes, es decir según la voluntad del inductor independientemente de la voluntad del inducido.

Ejemplo: A quiere que B muera, por lo que induce a C a matarle. Lo que A no sabe es que B es el padre de C, que mata por fin por error a D.

³² En Alemania solamente se distingue entre homicidio (§ 212 StGB) y asesinato (§ 211 StGB) que contiene algunos grupos típicos de motivos vulgares de particular bajeza comparable al art. 312 CP, sin nombrar especialmente al parricidio.

³³ Que es el momento decisivo para su penalidad, ver arriba.

³⁴ Para el concepto del “*Gesinnungsunrecht*” comparar nota al pie número 6.

³⁵ Para el *aberratio ictus* y sus problemas ver abajo.

³⁶ Comparar además con art. 18 inc.4 C.P. que declara sin duda la dependencia del castigo a lo realmente acaecido.

³⁷ En vez de muchos: Lackner/Kühl, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2004, vor § 211, núm. 22 ss con muchas otras citas.

Aquí la ley uruguaya permite castigar a A por la tentativa de homicidio y a C por tentativa de parricidio, un resultado que también alcanza la mayoría en la doctrina alemana, pero con mucha más fuerza. Lo que resulta criticable otra vez es que ambas partes sean castigadas por tentativa, porque el resultado queda ignorado.³⁸

V. ABERRATIO ICTUS

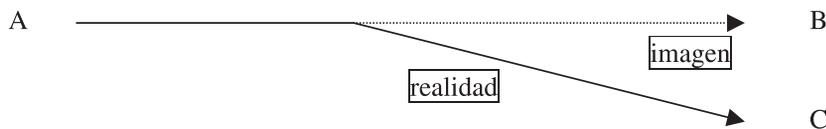
A) General

En el escenario de un aberratio ictus, es decir un error en el golpe, el autor yerra sobre su meta. Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física.

De manera diferente en el error *in objecto*, el resultado se produce sobre el mismo objeto en que originalmente debía producirse conforme a la representación del autor. Por eso, el error en persona solamente es un error sobre la identidad del objeto al que quiso atacar el autor. Si ese objeto es de la misma "calidad" que el realmente lesionado, se trata solamente de un error de motivación que será castigado como si hubiera realizado exactamente lo que quiso desde el comienzo.

En el *aberratio ictus* se produce lo contrario: cuando el autor yerra la meta, el resultado se produce en un objeto diferente del previsto; se presenta una divergencia entre lo que el sujeto quiere y el resultado que en definitiva se produce. Sin embargo, el delito aberrante no supone un error psíquico de parte del agente. Este no se equivoca, sino que lo que se produce es una divergencia entre el evento previsto y el verificado en la realidad.

Ejemplo básico: A quiere matar a B y también apunta a éste. Sin embargo dispara mal y mata al transeúnte C.



B) Alemania

En el derecho alemán tampoco para el problema del *aberratio ictus* existe una codificación de manera que solamente forma parte de la amplia doctrina que también resulta útil si se consideran los distintos puntos de vista representados. En realidad, el tratamiento de ese problema es muy discutido en la doctrina:

Si los objetos de ataque son desiguales, la solución resulta sencilla. El infractor habrá realizado una tentativa de daños correspondiente a la cosa que quiso dañar en concurso ideal con lesiones imprudentes (v.gr.).

Ejemplo: A le fastidia mucho que el perro de su vecino V ladre durante toda la noche así que un día decide matarlo. Cuando el animal ladra la siguiente vez, B toma su fusil y dispara en dirección al perro. Por coincidencia en ese momento V entra al patio a darle comida a su animal por lo que la bala entra en su cabeza, V muere instantáneamente.

La problemática ingresa cuando los objetos son iguales.

- Una opinión minoritaria quiere castigar ese escenario igual que un error *in persona vel objecto* por lo que habrá una pena por el delito completo realizado. El argumento central de esa posición doctrinal es que el infractor tenía el plan de dañar un objeto determinado (como "cosa", o "ser humano") – y que logró ese fin realizando su ataque.³⁹
- La opinión dominante defiende la postura que en el supuesto de igualdad de objeto hay conjuntamente tentativa del hecho deseado y, en su caso, imprudencia respecto del resultado producido.⁴⁰

³⁸ Un resultado que no sería posible en Alemania donde se castiga a A como homicidio (§ 212 StGB) y a C como asesinato (§ 211 StGB).

³⁹ Loewenheim, Juristische Schulung, 1966, pág. 310; Welzel, Lehrbuch, pág. 73; Noll, ZStW 77 (1965), pág. 1965; Puppe, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1981, pág. 1 ss.

⁴⁰ Backmann, Juristische Schulung, 1971, pág. 120; Blei, Allgemeiner Teil, pág. 121; Schönke-Schröder-Cramer, 2004, § 15, núm. 56; Baumann/Weber/Mitsch, Allgemeiner Teil, pág. 414.

Ejemplo ⁴¹: El desesperado admirador A quiere matar a la bonita B que le rechazó. Ella trabaja como profesora en un liceo. Como A sabe que termina su clase cada día a las doce espera delante del instituto en la calle en su coche. Cuando B sale del edificio enciende el motor y corre a toda velocidad en dirección a ella. Sin embargo, la colega de B, la profesora C, puede avisar a B que le salva la vida con un salto valiente. Lamentablemente C no tiene esa suerte y muere en la colisión con el coche de A.

Se complica la situación aún más si salimos de las relaciones entre dos personas (infractor y víctima) y si entramos en el campo de la participación en acciones penales. Un tema muy importante en este asunto son los *errores en la instigación* que lleva consigo el problema de que no solamente el infractor intermediario (instigado) yerra en el objeto de la acción, sino que también el plan del “hombre de atrás” no se realiza. En ese asunto regularmente hay que distinguir entre un error en persona del organizador del crimen y un *aberratio ictus*, como se ve en los próximos ejemplos.

Ejemplo: Según el caso antes referido, Rose- Rosahl, se estudia el castigo del instigador R. Desde su punto de vista el medio elegido para la realización de la acción, en ese caso un ser humano, R2, yerra. La mayoría en la doctrina trata esta situación como un *aberratio ictus* de R porque a los efectos tiene el mismo valor, tanto si un hombre como un arma, fracasan. En ambas constelaciones es decisivo si el objeto del ataque determinado fue amenazado con el peligro de una lesión, es decir, si fue concretado como víctima. Ese fue el caso por parte de R porque él no pudo influir ya más en R2 cuando este fue a tender la emboscada a S.

Ejemplo ⁴²: P decidió matar a su hijo H de su primer matrimonio, el heredero de su tierra y propiedades. Consiguió convencer al asesino A de realizar el trabajo por una suma de dinero pagada después del resultado; él mismo se disculpó porque como padre le parecía imposible cometer el homicidio personalmente. El plan era que A esperara a H en el establo anejo a la residencia porque sabía que su víctima solía ocuparse de los caballos por la tarde. Sin embargo, llegó K, el capataz, con una bolsa con trigo para los animales en la mano, como también era la costumbre de H. Entonces A mató a K, equivocándose sobre la identidad de su víctima.

En el caso de A el error *in persona* resulta evidente por lo que el castigo por dolo está fuera de dudas.

En referencia a P el Tribunal ⁴³ tenía que decidir entre las figuras del error in persona y del *aberratio ictus* – y resolvió la cuestión delicada con una fórmula capital: “el error sobre la identidad de la víctima de la infracción es irrelevante para el instigador, salvo que el error del instigado esté fuera de los límites de lo que se puede prever según la experiencia general de vida.” Con esa sentencia, la moderna jurisprudencia mantiene generalmente el tenor de la decisión tomada por el Alto Tribunal Prusiano a cuya sentencia el TF se refiere expresamente.

C) Uruguay

En Uruguay tampoco existe una regulación expresa del *aberratio ictus*. Surge entonces la pregunta de si el principio de la norma del art. 23 C.P. deberá ser utilizado directamente o en vía analógica.

También en la doctrina uruguaya existen varias posiciones sobre el tratamiento de esta situación:

- a) Un sector quiere solucionarla con el art. 23 C.P. argumentando con el principio de equivalencia porque el agente logró el resultado que era el fin de su ataque. Este punto de vista radica en que el agente intentó realizar una acción castigada con una pena y supo hacerlo con consecuencia del mismo resultado final. La idea entonces es que el agente quiso realizar un delito y terminó realizándolo. Resumiendo, se puede decir que el argumento central es que el resultado se da dentro del marco de lo que la experiencia demuestra como posible concreción del peligro de la acción, y exige por lo tanto no sólo imputación objetiva sino también dolo.⁴⁴
- b) Entre tanto, otros critican en base a que no se trata de una situación regulada por el error de persona. El infractor justamente *no* realiza lo que quiere, sino su acción – por coincidencia – lleva un resultado indeseado consigo. Entonces la solución debe ser otra que la propuesta por la ley y se encuentra en los principios generales del derecho. Esta postura se acerca a la doctrina mayoritaria en Alemania que castiga por homicidio en grado de tentativa por un lado (arts. 310; 5 C.P.) y por la imprudencia por el otro (arts. 310; 18 num.4 C.P.). Ambas acciones entonces se encuentran en régimen de concurso (art.

⁴¹ según TF 34, 53.

⁴² Según (Hoferbenfall): otro “clásico” del derecho penal alemán

⁴³ 1. Strafsenat; sentencia del 25.10.1990.

⁴⁴ Ver: nota al pie 27 para Alemania; Cardenal Murillo, pàg. 67 para España; Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, pàg. 111.

54 C.P.) porque tienen su origen en la misma decisión del agente y forman una unidad desde el punto de vista objetivo.⁴⁵

Lo importante en un derecho penal orientado por el punto de vista del agente es ver qué quiso él en la misma situación decisiva (el disparo) que es en la que empieza a realizarse el tipo de hecho previsto en la ley, por sus actos externos (ver: art. 5 C.P.). Si la voluntad -el dolo del infractor- se ha concretado ya en un elemento especial- una víctima concreta- pero el resultado es distinto, estamos en una situación de *aberratio ictus* porque a la acción le falta encontrar "su fin" y provoca un resultado indeseado. Sin embargo, eso no significa un error porque el término "error" exige una voluntad interna *errónea* que tiene que concretarse en un objeto de ataque querido. Sin embargo, en el *aberratio ictus* no podemos hablar de un "error", sino de un "fracaso de acción".

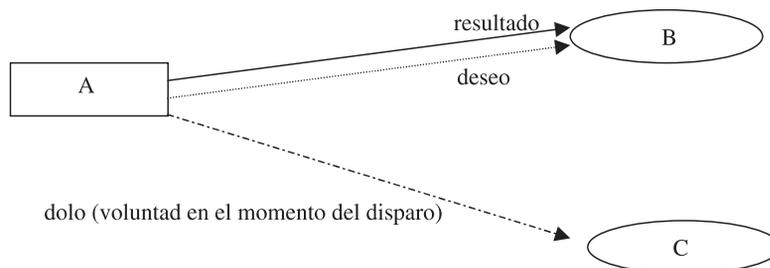
Si por otro lado el infractor solamente desea realizar un resultado especial, concreto, - ya que piensa que la persona que se acerca es su víctima deseada - pero yerra sobre la identidad de la misma, logra lo querido: la acción que se concretó en un objeto particular, lleva el resultado correspondiente consigo, por lo que en caso de equivalencia de calidad de los objetos no estamos en una situación de error de tipo, sino en una situación de realización dolosa que debe ser castigada exactamente con la misma pena prevista para la acción. El error sobre la persona es aquí meramente una *cuestión de motivación*, un verdadero error. La solución de la constelación del delito aberrante por error en el golpe se encuentra entonces fuera de la norma del art. 23 C.P. y hay que tratarla según los principios generales del derecho.⁴⁶

Esta conclusión se confirma por fin con un ejemplo de combinación de los dos "errores":

Ejemplo: A quiere matar a B. Un día está en una calle esperando a su víctima. Se acercan B y su amigo C que es el único al que A puede ver. Pensando que se trata de su enemigo íntimo B, dispara hacia él. No obstante, en el momento de disparar, A tropieza de manera que el rifle cae y la bala entra en el cuerpo de B quien muere en el acto.

Aquí en la persona de A hay un error de persona (sobre la identidad de B) y un *aberratio ictus* (el objeto determinado no es el objeto lesionado).

Aunque A por fin obtuvo exactamente el resultado deseado (la muerte de B) hay que solucionar la situación con la figura del *aberratio ictus*, porque A había consumado su dolo, su ataque a la persona de C. Que por fin logre lo deseado no puede cambiar el hecho de que el resultado no es el que quiso lograr en el momento decisivo (el momento de disparar, como se dijo). Por lo tanto, hay que tratar al infractor según su dolo en el momento del disparo. El error sobre la persona *no* influye sobre la concreción en C porque es una mera cuestión de motivación.



Otra confirmación podría ser una reflexión sobre la hipótesis en la que el autor no lesiona a una persona, que además sería mucho más probable que ocurriese en la vida real.

Ejemplo: A quiere matar a B un enemigo suyo. Para realizar su plan espera al paseo regular que B suele hacer cada día en el parque municipal con su perro. A se esconde detrás de un árbol y dispara mal en dirección a B de tal modo que mata al perro.

La situación de *aberratio ictus* está clara. También queda clara la solución de la opinión que argumenta aplicando el art. 23 C.P. que será una tentativa de homicidio por daño de B, igualmente que la otra posición representada aquí. Lo que queda es la imprudencia en el ataque al perro, que no resulta castigable porque no existe la imprudencia del daño material, tanto en Alemania (§ 303 StGB) como en Uruguay (art. 358 C.P.), de modo que el asunto será solamente competencia del derecho civil.

⁴⁵ Ver: Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, pág. 276, nota al pie 28 para Alemania; Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, pág.309 para España.

⁴⁶ Ver: TAB 1, tomo 80, LJU Caso 9187 (27.9.1979).

Entretanto el problema se agrava en la situación contraria:

Ejemplo: como en el caso anterior, pero A quiere matar al perro y mata a B.

Cuando se castiga solamente el daño material doloso causado por la muerte del animal, se olvida que también existe una tentativa de matar a un ser humano. Cuando solamente se estima esa tentativa se ignora el delito realizado en referencia al perro. El agravio realizado no queda cubierto y no encuentra su equivalente en la pena. También resulta difícil utilizar el art. 23 C.P. porque justamente no se trata de un error de persona, ya que originalmente, el agente no quiso atacar a un ser humano.

Sin embargo aquí surge un problema típico uruguayo que dificulta la imputación del segundo evento a título de culpa.

Primer requisito de una pena es que el hecho sea punible de acuerdo con las disposiciones de la ley (art. 19 C.P.). Además, como segundo paso a la punibilidad se necesita un elemento objetivo de culpa, que es *la base lícita* del hecho realizado. Ese acto debe ser "en sí mismo jurídicamente indiferente" según el art. 18 inc.2 C.P. (arranque lícito de la culpa). Este requisito resulta muy difícil porque la acción imprudente exige una base distinta de la que es fundamental para la tentativa.⁴⁷ El problema es que en la situación de un *aberratio ictus* las dos acciones (tentativa e imprudencia) no tienen base diferente -ni penal ni jurídicamente indiferente- porque surgen del mismo contexto de vida.

La pena entonces está excluida por medio de los artículos 4 y 18 num.4 C.P que lleva consigo el problema de ignorar amplias partes del agravio realizado.

Ejemplo ⁴⁸ de la doctrina uruguayo: A dispara contra B con intención de matarlo en la soledad del campo, por lo cual es absolutamente improbable que resulte muerta una tercera persona, lo que excluye el dolo eventual (que será tratado a continuación). No obstante lo cual, inesperadamente la bala dirigida contra B encuentra en su trayectoria el cuerpo de C, piloto de una avioneta fumigadora que cruzó arriba del campo en ese preciso instante.

Sin duda estamos en el ámbito del *aberratio ictus* porque tenemos un objeto definido (B). El agente será castigado sólo con la pena de la tentativa de homicidio (art. 5 C.P.). También llegan a la misma conclusión los que piensan que el art.23 C.P resuelve el asunto.

Véase que no se podría castigar la imprudencia del agente porque no surge de un hecho en sí mismo jurídicamente indiferente. En esto el legislador comete un error de consideración porque es bien posible realizar dos resultados con una misma acción.

Un buen ejemplo para eso podrían ser las relaciones entre la norma de base y los tipos derivados, agravamientos que surgen de una misma fuente, de una misma acción. Seguramente se podría opinar que esto es así porque se trata de una jerarquía de normas ⁴⁹ por la que el delincuente va ascendiendo según el agravio que comete. En realidad la situación en un *aberratio ictus* es muy parecida: hay dos resultados que surgen de la misma fuente, de la acción extraviada del agente, que quedan cubiertas por su voluntad, en un caso en forma de dolo, y en otro caso en forma de imprudencia. Lo único que se debe ver es que no se trata de delitos derivados de la misma fuente, sino que esos resultados sí vienen del mismo origen, pero no tienen relación en el resultado, sino solamente existen yuxtapuestos. Es decir: de una sola acción sí puede surgir más de un resultado. En el caso del *aberratio ictus* generalmente hay dos resultados, una tentativa y una imprudencia. Mientras que la tentativa normalmente es bastante evidente (aquello en lo que se concretó la voluntad del agente en el momento decisivo) hay que indagar cuidadosamente si también hay una situación de imprudencia, es decir, si el agente pudo prever el resultado en el momento decisivo. La misma acción, un sólo disparo, entonces puede tener dos consecuencias.

En el caso en el campo una pena de imprudencia probablemente no será posible porque el delincuente no podía haber previsto el resultado de la muerte del piloto. Sin embargo, es muy posible una pena por imprudencia si hubiera visto el avión y si hubiera imaginado el peligro de su acción.

Hablando del límite de la responsabilidad podemos afirmar que es la culpa, es decir, que no se podrá castigar algo que el agente no pudo prever, así, no es sancionable lo imprevisible.⁵⁰

⁴⁷ O con las palabras de Langón Cuñarro, "una de las expresiones más desafortunadas del código"

⁴⁸ Ejemplo extraído de Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, pág. 276.

⁴⁹ Se podría muy bien utilizar la imagen de una "escalera de agravio".

⁵⁰ Ver: Langón-Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 276.

VI. PROBLEMA PARTICULAR: *ABERRATIO ICTUS Y DOLUS EVENTUALIS*

Otra situación se presenta si el agente tiene el dolo de realizar el resultado de cualquier manera posible, es decir, que al infractor no le importe alcanzar su fin haciendo daño también a otra persona.

Ejemplo: La mujer M de C le ha engañado otra vez con su mejor amigo A. Por eso C decide que M tiene que morir. Otro día vuelve más temprano de su oficina para encontrar a M en casa y matarla allí. Por coincidencia ella está teniendo otro romance con A en ese momento. Entonces C entra en el dormitorio y los ve juntos. Toma su pistola y apunta en dirección a M, a quien originalmente quiso matar. Simultáneamente advierte que también podría matar a A pero igualmente acepta esa posibilidad. Como está muy furioso yerra el tiro y mata sólo a M que muere instantáneamente.

Hablamos entonces de una situación del *dolus eventualis*, del dolo eventual o dolo de segundo grado que está regulado por contraste a la *luxuria* en el art. 18 inc.3 C.P. Sin insistir en este asunto digamos que ambos elementos constitutivos del dolo eventual – el componente cognitivo y el elemento volitivo – están presentes en la actuación de la persona que comete el crimen previendo que podría lesionar o matar a otro individuo distinto de aquel en quien se concretó su dolo de primer grado.⁵¹

En el tema de errores eso no significa ningún cambio. El agente todavía está en la situación de un *aberratio ictus* (no error de persona porque identifica a ambas personas claramente) que entonces se regula según el delito tentado que él originalmente quiso cometer y la imprudencia respecto de la víctima verdadera, con la única excepción de que esa imprudencia que forma parte de la constelación “clásica” del *aberratio ictus* está sustituida por el dolo eventual. El agente entonces será castigado por concurso ideal de un delito de homicidio tentado y otro cometido. Esa distinción – aunque la idea de cometer el mismo crimen tentado y a la vez consumado parece rara a primera vista – es de importancia porque la sentencia deberá tomar en cuenta que el agravio jurídico no solamente existió bajo la forma del dolo eventual, sino también de dolo de primer grado (dolo directo), por lo que deberá reflejar un aumento de pena.

También se puede hablar del dolo eventual cuando el ataque no está determinado a una cierta persona sino a cualquier víctima que puede resultar de las circunstancias.⁵²

Ejemplo: como el anterior, pero ahora M está haciendo compras en el Shopping, donde hay también otras cien personas. C quiere matarla justo en el momento en que está pagando en la caja, pero dispara mal y mata a la cajera.

Aquí también el autor podrá haber previsto la posibilidad de la agresión a otra persona que la que quiso atacar conformándose con la posibilidad de realizar algo más de lo que quiso al comienzo. Otra vez estamos delante de una situación del “*aberratio ictus incompleto*” porque hay tentativa de matar a una distinta persona, pero además hay voluntad de lesionar a víctimas indefinidas. Por eso la constelación será castigada igualmente que la presentada antes: tentativa de homicidio (de M) en *concurso ideal* con homicidio completo (de la cajera).

VII. EL DOLUS GENERALIS

En el ámbito del *dolus generalis* el autor no se equivoca sobre el objeto que lesiona, sino sobre *el desarrollo de la acción que origina la lesión* (el nexa causal). El hecho se ejecuta en dos actos, cuya importancia estima erróneamente el autor puesto que cree haber logrado ya el resultado con el primero de ellos, mientras que en realidad se produce con el segundo, generalmente pensando en ocultar el hecho. El problema es que en el momento de realizar el resultado querido el agente no actúa más con dolo porque ya cree que consiguió su fin; entonces, p.e. no quiere matar a una persona que, en su pensamiento, ya está muerta.

Ejemplo: A quiere matar a su enemigo B y entonces lo golpea hasta que cree que éste ha muerto; luego echa al río lo que él tiene por cadáver de B, con el objeto de hacerlo desaparecer. Sin embargo A se equivocó de la situación con respecto a B, quien, de fuerte consistencia, había sobrevivido al ataque contra su cuerpo

⁵¹ Para una vista panorámica sobre el tema del dolo eventual muy recomendable: Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, pág. 252 ss; Wessels, Derecho Penal Parte General (Alemania), pág. 69; Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General (España), pág. 302. Ver también la famosa fórmula de Frank ya no más vigente en la doctrina alemana, pero sin embargo con gran influencia en la solución del TF 7, 363; TF 36, 1; TF en NStZ 1999, 508: “también si estuviere seguro de su producción, actuaría”.

⁵² Ver también: LJU Tomo 80, Caso 9187, apartado 3.

y todavía estaba vivo cuando A lo echó al agua. Sin embargo, finalmente murió porque no pudo nadar a causa de sus lesiones.

- a) Una postura de la doctrina y también la jurisprudencia anterior lo resuelve como dolo general porque solamente hay una acción (matar a B). Se trata de un homicidio doloso consumado. Sin embargo, ese punto de vista carece de vigencia porque toma en cuenta un acontecimiento histórico (pasado) sin valorar la voluntad del agente en el momento decisivo.⁵³
- b) Otras voces entretanto sostienen que hay dos acciones diferentes: se tiene que castigar en la primera la tentativa, y en la segunda el homicidio culposo.⁵⁴ En contra de esta doctrina está el argumento antitético de lo dicho con respecto a la primer opinión: una situación de la vida está dividida artificialmente en dos, pero no representa lo que el agente quiso en realidad.
- c) La mejor solución parece ser la misma que dimos antes, a la cuestión del aberratio ictus: hay que analizar cada caso exactamente, en todas sus circunstancias, según los principios generales de derecho, para entonces ser capaz de decidir si se trata de un dolo que cubre todo lo ocurrido, o si hay que dividir la situación en dos partes, una tentada y una culposa. Una fórmula adecuada para esta distinción es la utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Federal de Alemania: es decisivo *lo que se puede prever*. Solamente si el resultado está fuera de todo lo que se podía prever según la experiencia general (causalidad atípica) y según el punto de vista “*ex ante*”, de un tercero imparcial, el dolo está excluido.⁵⁵

En el caso, A sería entonces castigado por homicidio doloso porque hubiera podido prever que una persona todavía viva, pero débil a causa de las lesiones, no podría salvarse. Está realizado el homicidio completo.

VIII. DELITO PUTATIVO

Una institución tan obvia como inútil es la regulación del delito putativo en el C.P. que no conoce un equivalente paralelo alemán. El art. 8 C.P. declara que un “error al revés”, en que un sujeto actúa lícitamente con un comportamiento que no es prohibido por una ley, y cree ilícita su conducta, no será punible.⁵⁶

Ejemplo: B de 15 años tuvo relaciones sexuales con su novio N de 18 años, quedando embarazada. B decide abortar al niño bebiendo infusiones de menta porque N ha leído que eso era una medida segura para evitar el nacimiento.

El StGB regula en el § 23 III la tentativa inidónea⁵⁷. El término decisivo es el de “falta grave de comprensión” que se define generalmente en lo que para cada uno y según la experiencia de la vida común era obvio.

Sin embargo, este artículo del C.P. uruguayo carece de sentido práctico porque el autor podría realizar todas las circunstancias requeridas para el componente subjetivo del dolo y no obstante nunca podría ser castigado por falta de una norma objetiva violada (tipicidad). En consecuencia el artículo solamente codifica los principios generales “*nulla poena sine lege praevia, stricta, certa et scripta*”. Sin embargo, la norma es de alta importancia porque ofrece al juez la posibilidad de imponer medidas de seguridad (art. 92, 100- 102 C.P.). Por lo tanto en el sistema de derecho uruguayo es posible castigar *la mera tendencia aunque sea inidónea*. Al contrario del derecho alemán que otorga la posibilidad para el juez de renunciar a una pena o de reducirla según su propio criterio, la ley uruguaya deja abierta a la decisión del juez de aplicar las medidas de seguridad. Esas están codificadas en el art. 92 (cuarta alternativa) C.P. donde hay una limitación en las medidas preventivas. La duración máxima encuentra su límite entonces en el art. 94 (tercer alternativa) C.P. que exige una fijación de mínimo y de máximo concretado en el art. 95 segunda alternativa C.P.: limitación a quince años. Aunque con eso la ley ofrece una cierta seguridad legal para el infractor “impotente” se ve enfrentado a un gran peligro legal. El Estado podría, sin salir de los límites de la legalidad castigarle con una pena parecida a la de un homicidio o una violación. Por una parte el codificador reafirma su postura de defensa social tomando en cuenta el “temperamento peligroso” del agente porque puede significar un peligro latente. Por otro lado con esa opción de castigar una mera “tendencia” – porque no hay violación de una

⁵³ TdR 67, 258; TF 14, 193; OHG 1, 74; OHG 2, 285; también: Wessels, Parte General, pág. 76.

⁵⁴ A favor: Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, pág. 111; Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, pág. 282; Maurach/Zipf, Allgemeiner Teil I, pág. 319; Hruschka, JuS 1982, 319; Maiwald, ZStW 78 (1966), pág. 54.

⁵⁵ Ver: TF 37, 179; TF en Neue Zeitschrift für Strafrecht 2001, 29.

⁵⁶ Ver: Mir Puig, Lección 10, II, 118, 4ª ed., pág. 254, que habla también de una “tentativa inidónea”.

⁵⁷ 23 inciso 3 StGB: Si el autor desconoce, por la falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o de los recursos con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme con su facultad discrecional (§ 49 inciso 2 StGB).

ley – surge el peligro de que el Estado “invente” infracciones que den lugar a una jurisprudencia arbitraria sin tomar en cuenta los principios generales del derecho penal liberal.⁵⁸

Ejemplo: Un juez podría sancionar la mera posesión de un cuchillo de caza durante el trabajo en una institución pública que el sujeto tiene por su costumbre de salir a cazar después de la jornada de trabajo, como tentativa de homicidio del jefe. Bastaría con que el tenedor pensara que es un delito la tenencia del cuchillo en esas circunstancias.

Ejemplo: para definir la situación más evidente; el mero deseo de matar a alguien podría bastar para castigar una tentativa de homicidio. Es decir: cuando el punto principal de la punibilidad está fijado en el componente subjetivo, en la mera tendencia el Estado podría encarcelar a todos los que quiera, arbitrariamente, atribuyéndoles la tendencia de dañar a la sociedad. Según el art. 8 C.P. este ejemplo extremo podría ser legítimo.

A causa de esos peligros para el estado de derecho sería aconsejable borrar el artículo 8 del C.P. – aunque desde luego hasta ahora no fue utilizado en ese sentido⁵⁹ – o por lo menos definir en éste claramente que la pena no puede superar la pena descrita en el tipo tentado respectivo, o mejor dicho: del tipo que está más cerca de lo realmente ocurrido. Para determinar este tipo se podría orientar según la voluntad del agente.

Ejemplo: A odia a B y quiere matarle. Para conseguir esto echa azúcar en el café cuando coinciden en la cafetería porque antes había oído que B le dijo a C tenía una alergia fatal contra el azúcar. Sin embargo, en realidad fue un chiste entre B y C, por lo que el azúcar a B no le hizo ningún daño.

Estamos ante una situación que encaja en el art. 8 C.P., pero si contuviera el límite de que la pena no puede aventajar la pena del tipo querido no podría ser más que la pena (alta) del art. 310 C.P.

Entonces se ofrecería al tribunal la posibilidad de dar límites a la pena sin abrir la puerta a las medidas de seguridad cuyo abuso podrá así ser evitado fácilmente. Con eso será posible regular las necesidades de una “defensa social” y a la vez mantener las garantías individuales, que deben tener por lo menos el mismo valor.

IX. ABERRATIO DELICTI

El *aberratio delicti*, como el constructo del *aberratio ictus* es un delito aberrante y con eso queda fuera de la teoría del error.⁶⁰ Significa que el resultado producido es de mayor o menor entidad que el representado y querido por el agente, o que resulta ser un evento de distinta naturaleza jurídica que difiere cualitativamente del querido originariamente.⁶¹

Aunque el *aberratio delicti* no está codificado en el derecho uruguayo se rige de acuerdo con las normas generales.⁶² Además encuentra una norma correspondiente en el art. 18 num.4 que fue establecida con la reforma del derecho penal de 1995 y que excluye la responsabilidad por el resultado que no haya podido ser previsto por el autor. Tampoco en Alemania hay una codificación expresa de ese principio aunque la combinación de los §§ 15 y 16 StGB explica claramente que solamente se puede castigar lo querido, el dolo. Otra vez estamos entonces frente a una situación de mezcla entre los principios del error de tipo (o de hecho) y de la idea del delito aberrante. El infractor tiene su dolo dirigido a un resultado concreto en el momento decisivo de la acción. Solamente ese resultado está cubierto con su voluntad. Sin embargo, la noción de tipo aberrante parece un poco mal orientada – el sujeto realiza lo que quiere: solamente yerra en la magnitud de las consecuencias obtenidas.

Ejemplo: A incendió su establo en el campo para cobrar con fraude su seguro contra incendios. Lo que no ha previsto es que los vagabundos V y L habían buscado protección contra un temporal en él, y todavía están dentro de modo que mueren en las llamas (§§ 306, 306a, 306c StGB; arts. 206, 208 num.1 C.P.).

Ejemplo: B es muy celoso y quiere lesionar al pretendiente P de su novia N. Por eso en un paseo juntos en el momento de pasar por un puente decide empujarle fuertemente para que caiga al suelo y se rompan sus anteojos con el fin de que N advierta que P es casi ciego sin sus gafas. Sin embargo B utiliza demasiada fuerza y P cae del puente en un río donde muere de un infarto porque el agua está demasiado fría (§§ 223, 227 StGB; arts. 316, 319 C.P.).

⁵⁸ Otra vez estamos ante una situación de mera “mala intención”, comparar notas al pie núm. 6 y 35.

⁵⁹ Ver: Langón Cuñarro, Código Penal, 2003, art. 8 C.P., pág. 66.

⁶⁰ Ver arriba, principio invocado al estudiar el *aberratio ictus*.

⁶¹ Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, 2003, pág. 274.

⁶² Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, 2003, pág. 277.

Una excepción de punibilidad de este tipo de error son los delitos calificados por el resultado que son un ejemplo paradigmático del delito aberrante y que tienen su norma equivalente en el § 18 StGB.⁶³

X. ERROR DEL AGENTE EN LA DESVIACIÓN DEL CURSO CAUSAL (TAMBIÉN: PROBLEMA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA)

Un tema que hasta ahora no hemos tratado es el tercer elemento del tipo que acabamos de concretar: el nexo causal. Como dijimos, el dolo del infractor tiene que concretarse en los componentes objetivos, subjetivos y también en la forma en que quiere lograr el resultado del delito.

Las cuestiones que surgen en este punto es qué consecuencia resulta si el delincuente logra lo querido, pero *de manera distinta de la que originalmente quiso lograrlo*.

Este problema está estrechamente vinculado con la cuestión de la causalidad.⁶⁴ Esta se regula para la mayoría de la doctrina uruguaya según la teoría de la condición (teoría de la equivalencia) que significa que es causa del resultado toda condición que no puede suprimirse mentalmente sin que éste desaparezca en su forma concreta.⁶⁵ La jurisprudencia alemana suele tratar estas situaciones en el campo del dolo, del tipo subjetivo del delito⁶⁶, mientras que la doctrina prefiere tratar la cuestión de la imputación objetiva ya en el sector del tipo objetivo.⁶⁷ Aunque esta divergencia es de alta importancia dogmática y seguramente aconsejable para reflexionar sobre ella, puede quedar fuera de nuestro estudio. También la pregunta del error sobre la causalidad y la causalidad de la acción misma según la teoría de la imputación objetiva pueden quedar fuera: ambas tienen el mismo fundamento, porque tampoco se puede imputar una acción que no esté cubierta por la voluntad del delincuente.⁶⁸

Hay que preguntarse entonces qué consecuencias tiene la discrepancia de la voluntad del autor con la realidad.

Ejemplo de resultado alcanzado de manera distinta a la querida: A quiere matar a su enemigo B y decide hacerlo con su pistola. Un buen día, cuando están paseando en una alta montaña, de repente saca el arma y dispara en dirección de B queriendo herirle en la cabeza. Pero la bala entra por la espalda de B, que empieza a tropezar y por fin cae por el abismo donde muere en el momento de golpear contra el suelo.

En ese escenario la causalidad está fuera de duda. En referencia al dolo hay que hacer constar que A logró el resultado querido aunque no con la acción querida. La fórmula establecida por la doctrina es que el resultado que puede ser previsto cae en la esfera jurídica de la responsabilidad del delincuente. Esto es el caso si el resultado no fuera imprevisible objetivamente.⁶⁹

En el caso de la montaña se podría prever muy bien que B también podría morir de otra forma que a consecuencia inmediata del disparo. Por eso, se puede castigar su acción como dolosa. Seguramente el lector habrá advertido que estamos casi en la misma situación del *dolus generalis*; la verdad es que la solución de la doctrina alemana para este problema surge de la solución del error sobre la causalidad por lo que una vez entendido el principio será fácil encontrar las soluciones para las situaciones respectivas.

Una buena prueba es el próximo caso:

Ejemplo: A dispara sobre B con la intención de darle muerte. B resulta herido porque la bala solamente hirió su espalda y está tirado en el suelo mientras A huye. Vienen los médicos y llevan a B al hospital donde se recupera perfectamente de manera que ni siquiera quedan rastros de la lesión. Sin embargo, pocos días antes de ser dado de alta fallece durante un incendio en el hospital.

La causalidad del ejemplo según la fórmula *conditio sine qua non* no está clara. Lo que queda problemático aún – independientemente de la solución que se prefiera,⁷⁰ pero con el mismo resultado – es si hay que penalizar la acción de A como dolosa (entonces homicidio) o como tentativa. Con lo que hemos desarrollado

⁶³ § 18 StGB: Pena más grave en consecuencias especiales del hecho: Si la ley asocia una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, entonces ella solamente se aplica al autor o partícipe, cuando a él se le imputa esta consecuencia al menos culpablemente.

⁶⁴ Buen resumen y muchos ejemplos en Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1993, pág. 280.

⁶⁵ Así: Langón Cuñarro, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2003, pág. 202 con ejemplos y remisiones a otros autores; TdR 1, 373; TF 1, 332; TF 2, 24; para más información y las demás teorías ver: Wessels, *Derecho Penal, Parte General*, 1980, pág. 53.

⁶⁶ Por ejemplo: TF 7, 114 con más referencias.

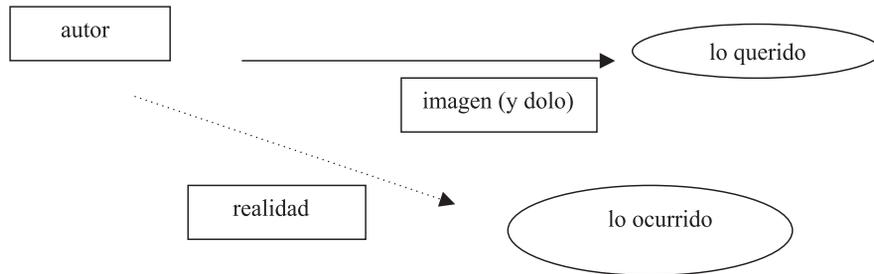
⁶⁷ Por todos: Langón Cuñarro, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2003, pág. 211 ss.; Wessels, *Derecho Penal, Parte General*, 1980, pág. 59 ss.

⁶⁸ Comparar: art. 18 inc. 4 C.P.

⁶⁹ Comparar: Maurach/ Zipf, *Derecho Penal, Parte General* 1, 1994, pág. 46 con otras posiciones de la doctrina.

⁷⁰ O en el componente subjetivo o en el sector objetivo, ver arriba.

antes se puede decir que el plan del infractor no se cumplió, de modo que el resultado surge de otra fuente. Por eso solamente se castiga la tentativa.



XI. DE LA INDUCCIÓN EN ERROR

Una peculiaridad legal uruguaya se encuentra en el art. 25 C.P. al castigar al inductor del error. Esta es necesaria porque la responsabilidad en el art. 22 C.P. no cubre al sujeto que intencionalmente indujo en error al autor del delito finalmente realizado.

Si recordamos el caso Rose-Rosahl se aprecia fácilmente la diferencia de las situaciones. Mientras que el inductor quiere que el inducido actúe según su propia voluntad realizando un injusto aunque “motivado” por el otro, en el caso de inducción en error, existe una situación de autor mediato (art. 60, num.2 C.P., § 25 I (2.Alt.) StGB), porque el inductor “utiliza” al inducido para conseguir fines propios aprovechando un error suyo.

Ejemplo de la doctrina uruguaya: Una celestina acuerda con un cliente que éste mantenga unión carnal con una mujer menor de 12 años (en Alemania: 14 años, ver: § 176 StGB) pero haciéndole creer al hombre que la chica tiene 16 años y que es una prostituta experimentada.

El inducido está en la típica situación de un error de tipo y queda entonces sin dolo y por eso sin pena (art. 22 C.P., § 16 StGB). Además, no está castigada la violación imprudente ni en Alemania ni en Uruguay.

La celestina, por haber determinado a una persona no punible a cometer el delito, será castigada por el art. 25 I C.P. en combinación con el art. 60 num.2 C.P.

Sin embargo, considerando el art. 60 num.2 C.P. hay que preguntarse seriamente por qué existe el art. 25 C.P. Como la noción de “determinar” a alguien a hacer algo requiere un “*minus*” en la acción propia que puede expresarse por una falta de dolo, de ilicitud o de culpa, en el caso de error siempre estaremos dentro del error de tipo “*puro*” imputable, porque en la situación del error en persona el inducido quiere la acción también por sí mismo y entonces es consciente de su infracción. Será más fácil y también útil reducir el artículo 60 num.2 C.P. de tal manera que diga sólo “los que determinan a personas a cometer el delito” como es el caso del § 25 I (2.Alt.) StGB. El punto clave de la norma es el mandato mientras que *la forma de hacerlo tiene que quedar libre*. El tipo de “defecto” que padece el autor instrumental no puede tener consecuencias para el hombre de atrás, tampoco para la magnitud de su pena que siempre estará determinada por el delito realizado utilizando un “instrumento humano”. De esta forma el art. 25 C.P. resulta redundante.⁷¹

XII. CONCLUSIÓN

Resumiendo lo desarrollado precedentemente se puede concluir que entre los sistemas penales de Uruguay y Alemania hay unas diferencias que también influyen en el tratamiento del delincuente en la situación penal final ante el juez. Mientras la temática del error de tipo (o de hecho) en principio está tratada casi igualmente, se pueden ver claras discrepancias en el campo de errores especiales, como el *error in persona* y el *aberratio ictus*. En ambos parecen más desarrollados los puntos de vista de la doctrina alemana que encuentra su fundamento en la relevancia que esos casos ya tuvieron para la jurisprudencia del país. Entretanto también los tribunales uruguayos se empiezan a orientar en el sentido alemán (ver anterior) y suelen

⁷¹ Con el mismo resultado: Langón Cuñarro, Código Penal, 2003, pág. 103.

solucionar los casos dudosos más bien según los principios generales del derecho penal. La solución a los problemas del derecho penal debe encontrarse en cada momento para la situación planteada delante del tribunal. Sea como fuere, las circunstancias de cada caso siempre deben ser de mayor importancia que la dogmática.

A causa de esta solución según el caso concreto, tampoco hace falta una ley inamovible, porque así el desarrollo de la doctrina y de los propios puntos de vista puede quedar libre. También se presentaron otros tipos de errores o de escenarios difíciles que requieren una solución dogmática y que podían resolverse solamente aplicando los principios del derecho, tomando en cuenta exactamente lo que quiso el agente comparándolo con lo realmente logrado.

Finalmente, se puede decir que con la orientación de la jurisprudencia uruguaya a las soluciones propuestas o ya existentes en otros países se ofrecería una gran oportunidad de desarrollar más la idea del estado de derecho reconociendo al agente como figura central desde el punto de vista penal.

Un dicho latino dice: *errare humanum est* – hay que destacar eso sin duda; pero también hay que buscar soluciones adecuadas para todos los escenarios posibles. Ni la doctrina, ni el estado de derecho deben descansar en este punto

Noviembre de 2005



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *“Estudios de Derecho Societario”*
- *“Tratado de Derecho Administrativo”*
- *“Derecho Penal para Escribanos”*
- *“Normas laborales y de seguridad social”*
- *“Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del Mercosur”*

ESTUDIOS DE DERECHO SOCIETARIO

Ricardo Olivera García,
Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005, 866 págs.

El mundo de los negocios contemporáneo tiene como protagonista destacada a la persona jurídica empresaria.

Si bien durante el siglo XIX, tal como todavía resulta evidente en el texto de nuestro Código de Comercio decimonónico vigente, fue el comerciante persona física el eje de toda actividad y - consiguientemente - destinatario fundamental de la regulación mercantil, la complejidad de las necesidades de organización del comercio determinan que las sociedades comerciales constituyan la opción formal preferida para el crecimiento de los emprendimientos económicos.

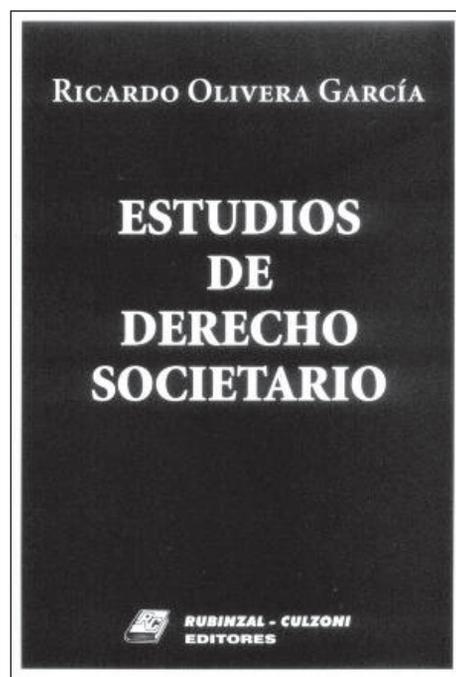
Por ello los juristas especialistas en Derecho Comercial, sea desde su rol de Profesores, Prácticos del Derecho o Magistrados, analizan ineludiblemente la regulación de las sociedades comerciales como punto fundamental de la vida jurídica. Incluso modernamente puede identificarse como rama del Derecho Comercial al sector normativo que se ocupa de ellas con la expresión Derecho Societario.

Entre los Profesores de Derecho Comercial el Dr. Ricardo Olivera García se ha destacado - ya desde su etapa de formación de grado, para ser precisos - por el profundo estudio, análisis y clara explicación de los temas correspondientes a este sector del Derecho Comercial. Sus dotes de estudioso, además, se ven potenciadas por la intensa vida profesional como asesor jurídico en el mundo de los negocios.

Como consecuencia de ello, a lo largo de sus - ahora algo más de - veinticinco años de ejercicio profesional ha publicado, generosamente, varios trabajos que constituyeron jalones en el estudio de los temas tratados.

La reforma del Derecho Societario uruguayo que entrara en vigencia en el año de 1990 con la aprobación de la ley N° 16.060 de 4 de octubre de 1989, a su vez, determinó toda otra serie o etapa de publicaciones particulares a tal innovación. Se trata de trabajos de gran ilustración que hoy en día apoyan, además, ajustes o modificaciones pertinentes que corresponden a hacer ya a la citada norma.

Esta intensa labor académica se encontraba dispersa en las diversas publicaciones nacionales y extranjeras que contaron con la colaboración del mencionado Profesor. Por ello, la publicación del libro que comentamos deviene una contribución fundamental al estudio de la regulación uruguayo de las



sociedades comerciales. Se trata de la antología de publicaciones doctrinarias aparecidas en Revistas especializadas y algunos de sus libros, verdaderos trabajos de profundidad jurídica, que facilitan de esta manera no solamente el estudio del Derecho Societario uruguayo sino también el conocimiento acabado del razonamiento y posición de su autor.

Son muy variados los temas tratados. Abarcan aspectos que van desde los temas constitutivos de sociedades comerciales hasta instancias de mayor complejidad de la vida de la sociedad anónima, tipo social al que ha dedicado buena parte de sus estudios.

Inicia el elenco de trabajos el artículo que presenta la ley actualmente vigente: «La nueva ley de sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios». En este trabajo se analizan particularmente los principios y conceptos básicos que iluminan el sistema societario uruguayo actual.

Continúan otros temas generales del sistema de la ley, como lo son «Elementos para la interpretación de la ley de sociedades comerciales» y «El orden público en la Ley de Sociedades Comerciales», guiando con su posición la aplicación de tan fundamental texto legal. En cuanto a temática de la Parte General de la ley es destacable también el estudio sobre «El «Disregard of legal entity en la Jurisprudencia», así como «La disolución de las sociedades comerciales por pérdidas». Más adelante ofrece su artículo sobre «El arbitraje en materia de sociedades comerciales».

Se pueden analizar dos trabajos sobre sociedades anónimas, parte de tantos estudios que dedica a las citadas sociedades, como son «Protección del nombre comercial de las sociedades anónimas» y «La polivalencia funcional de las sociedades anónimas». En el estudio de este tipo social se destacan los trabajos intelectuales relacionados con el capital, así como las consideraciones financieras de los títulos emitidos. Encontramos, en este orden, los siguientes temas: «Restricciones estatutarias a la transferencia de acciones», «Las acciones de las entidades de intermediación financiera», «La crisis del concepto de capital social», «El capital social de las sociedades anónimas en la Ley de Sociedades Comerciales y en su reglamentación», «Análisis y perspectivas del concepto de capital social en la Ley de sociedades comerciales», «La prima de emisión en el aumento de capital de las sociedades anónimas», «El concepto de capital con límite a la potestad de distribución de dividendos», «El autofinanciamiento de las sociedades anónimas», «Responsabilidad de las mayorías por retención de dividendos», «La capitalización de reservas y el derecho a las acciones liberadas», «Reintegro del capital social y su incidencia en la imposición sobre la renta», «Autoconvocatoria de asambleas de sociedades anónimas», «Responsabilidad tributaria de los directores de sociedades anónimas», «La representación de las minorías en el órgano de control interno de las anónimas; un tema de derecho legislativo», «Modificaciones de la ley de urgencia en materia societaria», «Régimen de los debentures u obligaciones negociables en el derecho uruguayo».

Entre los temas correspondientes a sociedades anónimas merece párrafo aparte el trabajo sobre la «Reforma de estatutos de sociedades y derecho de receso», obra inicial, de los primeros tiempos de estudios del autor, actualizado por las reflexiones que contiene el artículo «El derecho de receso: cinco lustros después».

No resulta ajena la temática del Mercosur al estudio societario del Dr. Olivera, analizando el «Panorama de las sociedades comerciales en el Mercosur», así como «El tratamiento de los accionistas extranjeros en el Mercosur». Además, dedica uno de los estudios a «La emisión y cotización de papeles comerciales de sociedades argentinas en Uruguay».

Finaliza el elenco de treinta y dos trabajos el estudio de algunos estatutos especiales de sociedades anónimas: «Las sociedades financieras de inversión en el derecho uruguayo», «¿Las sociedades de garantía recíproca realizan intermediación financiera?» y «Las sociedades anónimas deportivas en el derecho uruguayo».

Es de destacar que los artículos anteriores a la legislación vigente aparecen con las correspondientes notas de actualización, así como un prolijo índice alfabético que permite el acceso directo a temas específicos a lo largo de la antología publicada.

Esta obra, que condensa estudios del Profesor Olivera permite ver en su extensión cuán profundo y extenso ha sido su trabajo a lo largo de sus primeros veinticinco años de profesión de Jurista y nos genera la expectativa de poder contar con sus opiniones y reflexiones sobre el derecho vigente de los próximos años.

Beatriz Bugallo

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Rodolfo Carlos Barra
Abaco, Buenos Aires, 2002
2 tomos

I. La tesis cuatripartita. Coincidencias y disidencias con la concepción integral del mundo del Derecho *

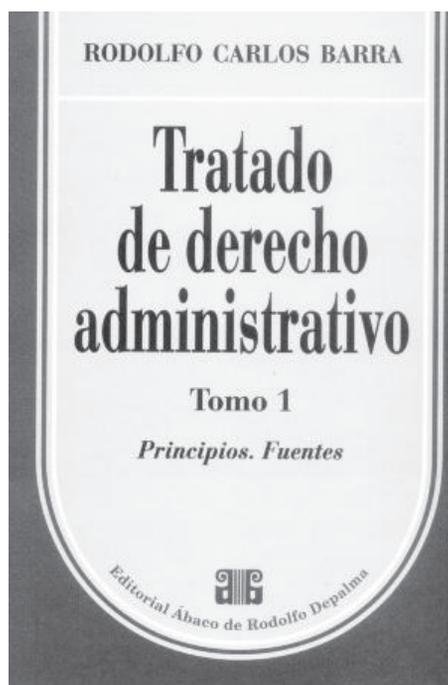
1. En 1980, el autor ** publicó su tesis doctoral bajo el título *“El Derecho Administrativo como sistema de derecho público en el marco de la justicia distributiva”*, donde quiso demostrar que el fundamento del Derecho Administrativo se encuentra en la “necesaria relación entre el concepto del bien común, en tanto que causa final del Estado; la justicia distributiva, como matriz rectora de la concreta e individualizada adjudicación social de aquel bien, y el derecho público, es decir, la rama del ordenamiento que rige a las relaciones jurídicas que tienen como finalidad substancial a tales adjudicaciones”.

“Aquella relación cuatripartita – **bien común, justicia distributiva, norma de derecho público, relación jurídica** – esboza un sistema que permite interpretar el derecho administrativo a partir de principios, de elementos y de un método propios y específicos”.

De este modo el autor quiere afirmar “la sustantividad del derecho administrativo, explicado como un sistema coherente y autosuficiente, sin perjuicio de sus indispensables elementos de conexión con el resto del ordenamiento jurídico”.

2. En su reciente *“Tratado de Derecho Administrativo”*, el Prof. **Rodolfo Carlos Barra**¹ aplica la tesis cuatripartita al estudio de esta rama del derecho, con base en la “filosofía perenne” y la interpretación tomista del derecho.

“Este trabajo – dice – propugna la sistematización y metodización del Derecho Administrativo, como rama del derecho público que garantiza el cum-



plimiento del acto justo en las relaciones de justicia distributiva y está referido a la regulación de la relación jurídica Estado(Administración Pública) – administrado”..

En el primer tomo de su *“Tratado”* estudia los siguientes temas: el gobierno, la administración pública, la función administrativa, la relación jurídica administrativa y las fuentes del derecho administrativo, en especial, los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa, los decretos ejecutivos y los reglamentos autónomos, a la luz de la reforma de la Constitución Argentina de 1994.

El segundo tomo lo dedica a estudiar la teoría y sistema de la organización pública; el órgano, las personas jurídicas estatales, entes descentralizados y órganos descentralizados y, en especial, a la organización constitucional de la Nación Argentina y de

* La concepción integral del Mundo del Derecho fue expuesta por el autor de este trabajo en *“Objeto Contenido y Método del Derecho Administrativo en la Concepción Integral del Mundo del Derecho”*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

** El Dr. Rodolfo Carlos Barra es profesor titular del Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina. Fue Juez de la Corte Suprema de la Nación. Fue Ministro de Justicia. Fue Auditor General de la Nación. Fue Convencional en la constituyente de 1994. Es autor de los siguientes libros:

«Principios de Derecho Administrativo», (1980).

«Contrato de Obra Pública», (4 tomos).

«Los Actos Administrativos Contractuales», (1989).

«El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional», (1995).

«La Protección Constitucional del Derecho a la Vida», (1996).

«Los Derechos del por nacer en el Ordenamiento Jurídico Argentino», (1997).

«Fuentes del Ordenamiento de la Integración», Buenos Aires, 1998.

¹ Barra, Rodolfo Carlos, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, tomo I, “Principios. Fuentes”, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2002, 700 págs.; tomo II, “Organización y función pública. La Iglesia”, 2003, 1019 págs.

la Iglesia Católica, con un amplio desarrollo sobre esta última (650 páginas).

En el futuro, se propone estudiar el sistema de la “hacienda pública”, con centro en el “presupuesto general de estimación de recursos y autorización de gastos”, la “regulación administrativa”, en sus principales materias, como la “policía”, la “regulación del medio ambiente”, la “regulación urbanística”, y la “regulación económica en general” y, específicamente, en sus sectores más trascendentes; el “servicio público” como uno de los principales sectores estatales de gestión del bien común y el “fomento” como otra modalidad intervencionista del estado sobre la vida social, y en el plano económico, sobre el mercado.

También se propone estudiar la “responsabilidad del Estado”, el “procedimiento recursivo” y el “proceso judicial” destinado a la solución de las controversias entre la Administración y los administrados.

3. Sostiene que la “organización” del Estado y de la Administración Pública es un elemento esencial del ordenamiento jurídico y especialmente de su subsistema, el ordenamiento administrativo ².

La organización del sector público – dice – traslada sus efectos sobre la “relación jurídica administrativa”, determinando, junto con el elemento rector o idea fuerza de la justicia distributiva, su sustantividad, siendo la “decisión administrativa” un producto de la organización y un elemento generador de efectos jurídicos.

Considera al “acto administrativo” como el corazón del régimen jurídico público, que corresponde a toda decisión y relación jurídica administrativa, asignándole también “un enorme ámbito de expresión y concreción de la decisión administrativa” a los “contratos administrativos”, en sus distintos tipos y regulaciones concretas, “todos los cuales reciben la sustantividad de derecho público que les traslada la secuencia de actos administrativos “coligados” en el procedimiento contractual, tanto genético, como de ejecución”.³

4. Coincidiendo con la concepción tomista del Estado en la cual la **causa eficiente de éste**, es la naturaleza social del hombre; la **causa formal**, el poder; la **causa material**, la población y el territorio, y la **causa final**, el bien común, Barra postula el bien común como la causa final del Estado y su razón de

ser, lo que justifica el poder del Estado, sus límites y alcances.

El bien común “consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona”, de las familias y de las asociaciones, para lograr su propia perfección.

“En consecuencia, la vida práctica de la sociedad es un entramado de relaciones de justicia. Esta virtud, al dar a cada cual –individuo, agrupación u organización– su derecho, establece una forma de orden social, el orden justo, en un clima de pacífica y libre convivencia”.

5. “**El ordenamiento jurídico** establece una organización institucionalizada para resolver pacíficamente conflictos generados por el acto injusto –la organización de los tribunales judiciales–; pero esta organización nada puede hacer en casos de injusticia estructural, como la que provocó la “cuestión social”.

El acto justo es también el que manifiesta tolerancia, no discriminación, respeto por las minorías, es decir, realización plena de la justicia en las relaciones comunitarias.

6. Para el ordenamiento –instituciones y normas– sólo interesa la exteriorización del acto. Aquello que es “íntimo”, que no se exterioriza, se encuentra protegido por el “derecho a la privacidad”, consagrada en el art. 19 de la Constitución Argentina de 1853 ⁴ (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservados a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados”) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. XI, “Protección de la honra y la dignidad”) que, a partir de 1994, forma parte de dicha Constitución.

7. La base del sistema jurídico es la **libertad negocial** (“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, dice el art. 1197 Código Civil Argentino). Esta es la regla de la autonomía de la voluntad, – afirma – basada en la libertad negocial. El ordenamiento jurídico actúa de manera supletoria y pone a disposición de las partes la organización estatal, permitiendo el funcionamiento del

² En el segundo tomo dedica 70 págs. al estudio de “*La organización y el ordenamiento jurídico*”, incursionando en temas propios de la ciencia de la administración, como la burocracia, y más de 100 págs. al estudio de “*Las figuras organizativas*”, analizando además de las ya señaladas, las relaciones orgánicas, la competencia, la avocación, la delegación, la sustitución, la suplencia y la intervención. También estudia la “*Organización Constitucional*” (nacional, federal y provincial) temas propios del derecho constitucional (115 págs.), y “*La Organización de la Iglesia Católica*”, tema propio del derecho canónico, que poca relación tiene con el derecho administrativo.

³ Barra es autor de la “*Teoría del Acto Coligado*” desarrollada en su libro “*Los Actos Administrativos Contractuales*” Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1989.

⁴ Ver Martins, Daniel Hugo, “*Constitución y Administración*”, tomo I, segunda edición, corregida y ampliada a 1977; “*El Principio de la Libertad individual en la Constitución Nacional*”, págs. 365 y sigs., donde se estudia el fundamento filosófico del art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina.

mercado, sin perjuicio de ciertos actos prohibidos, por ser contrarios a las buenas costumbres o al orden público.

8. “**La relación jurídica** – dice - es la realidad dada, existente, sobre la cual el legislador debe operar, ya que la realidad primaria, en el mundo de lo jurídico, está formada por las relaciones entre los sujetos, que siempre son relaciones de justicia. La norma es creada por la organización para regular, dispositiva o imperativamente, aquella relación jurídica conforme con las exigencias del bien común.”

9. “La relación de justicia conmutativa encuentra su garantía y regulación en normas de derecho privado; mientras que la relación de justicia distributiva se refleja en normas de derecho público”.

“Existe un “contenido a priori”- agrega - que determina que una u otra relación jurídica y una u otra norma a ella vinculada, pertenezcan a un sector u otro del ordenamiento normativo”. Ello “ ... no significa ni una rígida contraposición entre las **dos ramas del derecho –público y privado-** ni tampoco la imposibilidad de que las relaciones jurídicas regidas por la justicia distributiva, y por lo tanto, por el derecho público, reciban una aplicación determinada y circunscripta de derecho privado”.

10. Lo expuesto es un síntesis del pensamiento de **Barra**, extraída de esa cantera inagotable de reflexiones, ideas e información que es realmente su “Tratado”.

Lo sorprendente es que, sin que él hubiera leído mis libros y, por mi parte, sin conocer en detalle esta concepción de la Sociedad, del Estado y del Derecho, llegamos a similares conclusiones, las cuales disienten, en varios aspectos, con la concepción positivista.

II. Las Bases Filosóficas de la Tesis “Cuatripartita”.

Dichas bases son las siguientes:

1. **El derecho natural y el Estado.** “El derecho natural tiene contenido jurídico en sí mismo, pero precisa del reconocimiento estatal. Sin perjuicio de que un derecho estatal contrario al derecho natural, sea un derecho injusto, es decir, no sea derecho sino un mero acto de fuerza. La ley natural –comprensiva del derecho natural, de la ley moral y del derecho divino positivo- obliga a la persona, en la elección del bien y el rechazo del mal, en la intimidad de su conciencia, pero en las relaciones intersubjetivas, sus efectos prácticos deben ser garantizados por el Estado. La Iglesia que como veremos es sociedad perfecta al igual que el Estado, sanciona en su esfera, y en cumplimiento del mandato divino fundacional, las violaciones de la ley natural, amén de establecer su propio ordenamiento jurídico autosuficiente”.

2. **La justicia.** “De acuerdo con la definición tomista, la justicia es la virtud según la cual “uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”.

“La virtud de la justicia se da en la ocurrencia de tres condiciones: **el otro** (alteridad) como término; **lo debido** como objeto y **la igualdad** como medida”.

“La virtud de la justicia no sólo debe predicarse con relación a las conductas –reflejadas en el acto exterior, el acto justo- de los individuos, sino de las propias agrupaciones sociales y, consecuentemente, de la máxima agrupación social u órgano superior de la conducción de la vida comunitaria, que es el Estado”.

“En consecuencia, la vida práctica de la sociedad es un entramado de relaciones de justicia. Esta virtud, al dar a cada cual –individuo, agrupación u organización- su derecho, establece una forma de orden social, el *orden justo*, en un clima de pacífica y libre convivencia. Esta convivencia se altera cuando las relaciones son “de injusticia”, es decir, contradictorias con la realización del acto justo, por el desconocimiento o negación de los derechos de los otros. La víctima de la injusticia sufre un agravio físico, moral y psicológico que lo predispone, siquiera a una violencia interior contra el injusto, aunque tal sentimiento de violencia no se exteriorice en acciones prácticas, como ocurre en la mayoría de las situaciones. En este clima social no existe un verdadero orden, el orden en libertad, que no es otra cosa que el ejercicio y disfrute pacífico de los derechos de cada uno, incluso del cuerpo social. El orden impuesto por las tiranías o sistemas totalitarios –por definición injustos- es un desorden sustancial, un estado de desequilibrio que sólo logra mantenerse por la fuerza y por tanto es contrario a la paz.”

“Los casos circunstanciales de injusticia, deben ser corregidos tanto a nivel individual como general. Aquí la justicia aparece también como una aspiración, un ideal a realizar, siempre perfectible, como todo lo humano; es decir, nunca habrá en lo temporal una sociedad plenamente justa y el ideal de la justicia –como una constante y perpetua voluntad, precisamente- debe motivar permanentemente a establecer condiciones de vida colectiva e individuales más justas.

Otra situación es la que se refiere a “sociedades” establecidas a designio según un sistema injusto, con voluntad, para los que aprovechan de ello, de perduración. En este caso no existe verdadera sociedad, sino un mero agrupamiento donde predomina desordenadamente la ley del más fuerte.”

3. **Sociedad, bien común y justicia.** “En definitiva, sociedad, bien común, justicia, son casi términos equivalentes, o maneras de ver una misma realidad desde distintas perspectivas. La sociedad se especi-

fica en el bien común, existe para su realización, y este último existe para ser adjudicado en el verdadero bien individual de cada persona, en lo que a cada uno le corresponde. Sin bien común no hay sociedad y sin justicia –dar a cada uno lo suyo– no hay bien común –esta es la razón por la cual la justicia es virtud general– por ende una sociedad injusta no es una verdadera sociedad humana.”

4. La justicia general y la justicia particular. La justicia general orienta la conducta hacia el bien común y la justicia particular tiene por objeto el bien particular, pero el derecho del otro debe ser reconocido de manera que al hacerlo automática y contemporáneamente se beneficie el bien común.

Así en una misma relación jurídica la justicia particular regirá la conducta de cada parte con respecto a la otra y la justicia general ordenará esas conductas, en el conjunto de la relación, hacia el bien común.

“A causa de la primacía del bien común, aunque las conductas recíprocas de las partes se encuentren ajustadas entre sí, dichas conductas y las prestaciones que contienen serán injustas si contradicen el bien común”.

5. Normas subsidiarias y normas imperativas. Las normas positivas deben contener la justicia general (inspirarse en ella) necesariamente.

Santo Tomás define la ley como “*una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad*”.

La justicia general puede estar contenida en la norma positiva de dos maneras: potencial y actual.

En el primer caso, en el que el bien común está comprometido sólo indirecta y mediatamente, las normas positivas son supletorias. Las partes son las “legisladoras” directas, inmediatas, de la relación jurídica, según su voluntad.

En el segundo caso, en el que el bien común está comprometido directa e inmediatamente, la presencia de la justicia general en la norma positiva es actual y necesaria, las normas positivas son imperativas.

Las normas que impiden que los ajustes de las prestaciones recíprocas contradigan el bien común, son de orden público.

6. El orden público. Siguiendo a **Llambías**⁵, **Barrera** lo define como “*el conjunto de principios inminentes- religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida*”.

Sólo el Estado –agrega– es el responsable de la realización del bien común.

Corresponde a la prudencia de los gobernantes establecer cuándo una norma positiva es de orden público, teniendo en cuenta el principio de

subsidiariedad.

7. La jurisprudencia norteamericana del “compelling interest”. Se justifica la limitación por el legislador de derechos reconocidos por la Constitución Federal, cuando existe un interés sustancial, plausible, suficiente y apropiado, razonablemente proporcionado entre el bien que procura proteger y la limitación establecida.

“La corrección –guiada por la prudencia– de la acción de gobierno, consiste en utilizar esta herramienta sólo en la medida adecuada y, en caso de duda, optar por la libertad de la iniciativa privada, ya que la experiencia indica que esta es la verdadera impulsora del bien común.”

8. La incidencia de la justicia general no ya sobre las relaciones jurídicas, sino sobre las conductas de los particulares. Les impone limitaciones en interés de la seguridad, moralidad y la solidaridad públicas, habilitando a la Administración pública a actuar “de oficio”, aplicando sanciones independientemente de la voluntad de las partes.

9. La policía. Es un concepto técnico-jurídico que expresa la actividad regulatoria de la Administración, siempre en los casos en que la autorice a la verificación y sanción de oficio, utilizando aquí el término “regulación” en un sentido estrecho.

La regulación y actividad de policía encuentra su fundamento en el bien común, realizado a través de la virtud de la justicia.

Distingue la policía como “poder” y la policía como ejercicio efectivo de ese poder. El “poder” de policía, en tanto parte inherente del poder estatal, se asienta en la responsabilidad del Estado frente al bien común.

La norma de policía es de orden público.

En el ejercicio de “poder” de policía mediante medios coercitivos y coactivos se entablan relaciones jurídicas de derecho público.

10. El derecho público y el orden público. EL derecho público es el sector del ordenamiento jurídico que regula las relaciones jurídicas regidas por la virtud de la justicia distributiva, mientras que el orden pública es una cualidad que afecta a la norma (tanto de derecho público como de derecho privado), mediante la cual orienta, imperativamente, el contenido de la relación jurídica en beneficio del bien común.

11. Justicia conmutativa y justicia distributiva. Son dos especies de la justicia. La relación de parte a parte se rige por la justicia conmutativa y la relación entre la comunidad y cada una de las personas individuales es dirigida por la justicia distributiva que reparte proporcionalmente los bienes comunes.

⁵ Llambías, Jorge J., “*Tratado de Derecho Civil*”, parte general, Buenos Aires, 1964.

12. **Aplicación del derecho privado a las relaciones jurídicas del D. Público.** No existe ningún impedimento que el Estado se obligue mediante la utilización de instrumentos de derecho comercial: cheques, etc. El instrumento será regido por el Derecho Comercial, pero la relación sustantiva por el Derecho Público.

En la relación de justicia distributiva, la aplicación de normas de Derecho privado, puede tener lugar como mero acto de aplicación, instrumental, accesorio, sin desnaturalizar la esencia de la relación jurídica.

13. **No pueden existir actos privados de la Administración.** Está sólo se expresa por actos administrativos en ejercicio de la función administrativa. Tampoco pueden existir “contratos privados de la administración”.

14. **Incidencia del derecho administrativo en las relaciones jurídicas privadas.** Siguiendo a **Rivero Isern**⁶ sistematiza dichos casos en la forma siguiente:

a) Actos administrativos constitutivos de relaciones jurídico-privadas. (Ej.: aprobación del contrato privado).

b) Actos administrativos presupuestos para la válida constitución de relaciones jurídicos-privadas. (Ej.: “contratos forzosos”). Matrimonio civil.

c) Actos administrativos determinantes de elementos objetivos de las relaciones jurídico-privadas. (Ej.: precios máximos, salarios mínimos, etc.)

d) Actos administrativos productores de efectos en las relaciones jurídico privadas. (Ej.: “declaración de ruina de un edificio”).

III. La Sociedad, el Estado y el Derecho, según Barra

Las bases de su concepción son las siguientes:

1º) La sujeción a normas, por parte de los seres humanos, responde a la naturaleza social del hombre, a la alteridad – referencia al otro -, que es la base de la existencia de la sociedad.

2º) **La sociedad** puede identificarse por el conjunto de reglas de conducta por la que los hombres se vinculan, las que constituyen el complejo de relaciones humanas sometidas a reglas que orientan las conductas intersubjetivas o con efectos externos al agente.

3º) **El Estado** es una manifestación societaria a la que le compete la creación y sustento de las reglas de conducta que poseen contenido jurídico.

4º) **El Estado** se presenta como sistema jurídico en su plenitud, porque, a la vez, es creador y parte del ordenamiento jurídico – institución, es decir, el complejo organizativo y sus instituciones que producen y garantizan la eficacia de las normas, sin iden-

tificarse ni confundirse con ellas, lo que siguiendo a **Santí Romano**, lo separa de la concepción de **Kelsen**.

5º) La conjunción Estado-organización exige diferenciar a la norma del Estado, ya que la organización existe para garantizar la existencia, aplicación y el cumplimiento de la norma, a la vez que la organización sólo puede subsistir como tal en la medida que se someta a la norma.

6º) El “**Estado de Derecho**” es un modelo ideal que expresa un tipo de organización en sí misma apropiada para la realización del bien común.

7º) “Estado de Derecho”, en cuanto norma, es la garantía de los derechos humanos y en cuanto organización, conducido por personas electas por la voluntad popular (sistema democrático-representativo) garantiza que las decisiones sean tomadas luego de un proceso que supone la deliberación y la libre expresión de las minorías, con separación de poderes y la preeminencia de la Constitución, asegurada por un Poder Judicial independiente, lo que impide que la ecuación Estado – ordenamiento jurídico – Estado creador y, a la vez, elemento del ordenamiento, conduzca al totalitarismo.

8º) El Estado-organización no agota el contenido del ordenamiento, existiendo en la sociedad un complejo de ordenamientos cuya efectiva vigencia social y su calificación de “jurídicos” precisan el reconocimiento por el ordenamiento estatal, siempre sometido a la ley natural, con obligación de reconocer y garantizar los derechos naturales del hombre.

9º) El **Estado-organización** y el **Estado-norma**, es decir, el ordenamiento jurídico estatal, existe para ser garantía del pleno goce de los derechos fundamentales de que son titulares cada mujer y cada hombre “de carne y hueso”; pero, a la vez, el Estado es una persona que actúa en la vida social en relación de alteridad, para satisfacer sus propias necesidades y obtener su propio fin, cuyas relaciones están reguladas por el derecho público y particularmente por el derecho administrativo.

10) “El Estado expresa la plenitud del ordenamiento jurídico, pero, como vimos, no lo agota, ya que además del cuasiordenamiento jurídico internacional –donde el Estado (nacional) se autoobliga- o supranacional –en el que existen órganos superiores con un también cuasi poder de coacción sobre sus miembros, el ordenamiento se encuentra además integrado por normas protectoras de derechos que se consideran propios de la naturaleza humana y que el ordenamiento sólo puede reconocer, pero no crear.”

“Estos **derechos humanos** existen fuera del ordenamiento, dado que lo preceden, aunque se ejercen en su seno, en la medida que todo el sistema jurídico, para ser reconocido tal, debe estar al servi-

⁶ Ribero Isern, Enrique, “*El Derecho Administrativo y la relación entre particulares*”, Sevilla, 1969.

cio de su protección y efectiva vigencia, conforme las circunstancias históricas vayan identificándolos y señalando la necesidad de su protección a través de distintos institutos jurídicos esparcidos por todas las ramas del mismo ordenamiento. Dicho reconocimiento se expresa habitualmente en las constituciones de los Estados, por lo que el derecho constitucional es la rama del ordenamiento normativo que fundamenta el autosometimiento del complejo sistémico “ordenamiento jurídico” a los derechos humanos, amén de organizar la estructura superior del Estado para garantizar la vigencia política de tal sometimiento.

11) **El concepto de derecho**, en cuanto ordenamiento jurídico, exige tres elementos constitutivos: **la sociedad**, como base fáctica de la cual emana el derecho; **el orden**, como fin al que el derecho tiende y **la organización**, como medio para realizar el orden.

Todo grupo social organizado – agrega – es una **institución**, con lo cual vincula la doctrina del ordenamiento jurídico de **Romano**, con la concepción institucionalista de **Hauriou**.

12) **El sistema social** se encuentra fundado sobre una pluralidad de ordenamientos jurídicos, a los que el ordenamiento jurídico estatal les confiere la unidad; incluso existe una pluralidad de ordenamientos dentro del propio sistema estatal, tanto dentro de los límites nacionales, especialmente en el caso de los regímenes federales, como también en el concierto internacional, donde el “derecho internacional público” comprende la relación entre el ordenamiento internacional con los distintos ordenamientos nacionales y entre los ordenamientos supranacionales de la integración con los ordenamientos nacionales integrados.

13) El ordenamiento es también **relación jurídica**, ya que la sociedad que lo fundamenta denota un conjunto de relaciones intersubjetivas que adquieren dimensión jurídica cuando, en su consideración unitaria, se institucionalizan orgánicamente.

En consecuencia, -concluye- el ordenamiento es un sistema, compuesto por la idea rectora de una cierta concepción del orden, el desarrollo de una organización y sus instituciones, que generan normas destinadas a regir determinadas relaciones jurídicas.

14) “Para identificar a la **relación jurídica regida por el derecho administrativo** debemos tener en cuenta cuál es la idea rectora de orden o de justicia que debe primar en una determinada relación intersubjetiva; cuál es la organización institucionalizada que en ella se encuentra comprometida; cuál debe ser la estructura de la norma que regirá tal rela-

ción jurídica, estructura que siempre deberá estar adecuada a la idea de orden o justicia y a la organización comprometida.”

15) “La relación del hombre con la sociedad y con su órgano máximo, el Estado, se da a través de una estructura piramidal o escalonada en la que cada escalón significa un orden de necesidades personales y la agrupación social que las satisface. Esta sociabilidad, como dice **Platón**, no tiene por fin solamente defenderse del medio hostil, sino sobre todo permitir una vida virtuosa y feliz. El Estado es, entonces, sociedad natural, por cuanto emana de la misma naturaleza del hombre, quien lo requiere en orden a lograr su propia perfección. Es también sociedad perfecta en lo temporal, en la medida en que agota las apetencias sociales del hombre, pero para los católicos, la Iglesia, sociedad perfecta en su esfera, satisface el hecho de salvación del ser humano, conduciéndolo a la obtención del bien eterno.

16) **El principio de subsidiariedad**. La competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias– no pueda o no deba desarrollarse.

17) **El derecho administrativo**. “Es la rama del derecho público que regula la actividad de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados y en su propia organización y estructura interna”.

18) **La actividad administrativa**. Es aquella actividad «concreta, continua y normalmente espontánea que tiene por objeto la satisfacción de manera directa e inmediata de fines de interés general».

19) **La conducción política o gobierno**. Se expresa y se ejerce a través de la administración, la legislación y la jurisdicción. El gobierno en cualquiera de las tres ramas es una acción de impulso direccionado –por los valores inspiradores de la concepción política– de las tres actividades antes citadas.

El gobierno superior de los asuntos del Estado se expresa a través de **“actos de gobierno”** y **“actos institucionales”**.

IV. La Concepción integral del Mundo del Derecho

1. Siguiendo a **Reale**, autor de la Teoría tridimensional del Derecho, sostuvimos⁷ “que el Derecho no está constituido solamente por normas, sino que es *“una integración normativa de los hechos según valores”*, agregando: *“a través de las organizaciones sociales que lo crean”*.

⁷ Martins, Daniel Hugo, “Objeto Contenido y Método del Derecho Administrativo en la Concepción Integral del Mundo del Derecho”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, págs. 13 y 14.

Expresé que la dimensión tridimensional del Derecho (determinadas valoraciones de los hechos sociales culminan en una integración de naturaleza normativa) debía completársela con una cuarta dimensión: la organización humana que la hace posible.

“A partir de ésta visión dinámica del sistema jurídico –dijimos– integrado por múltiples ordenamientos y organizaciones, actuando con una mayor o menor autonomía, pero siempre bajo el contralor estatal, federal o internacional, hemos intentado resumir estas ideas en la forma siguiente: CONCIBO EL DERECHO COMO UNA ESTRUCTURA SOCIAL HUMANA, BASADO EN UN SISTEMA NORMATIVO, ORGÁNICO E INSTITUCIONAL, INSPIRADO EN LA JUSTICIA, QUE ORIENTA LA CONDUCTA DE LOS HOMBRES EN SUS RELACIONES INTERSUBJETIVAS Y COMO INTEGRANTES DE LAS DIVERSAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS EN SUS RELACIONES RECÍPROCAS, PREVIENIENDO Y RESOLVIENDO SITUACIONES CONFLICTUALES CON EL FIN ÚLTIMO DE QUE CADA SER HUMANO DESARROLLE PLENAMENTE SU PERSONALIDAD FÍSICA Y ESPIRITUAL EN CONVIVENCIA PACÍFICA”.

2. Asimismo afirmamos ⁸ **“El mundo del derecho tiene su razón de ser y su finalidad última en la tutela de la persona humana.** El hombre, ser biológico y espiritual, necesita relacionarse con los demás hombres para satisfacer sus necesidades de carácter biológico, económico, social, cultural, político y religioso.

“Para satisfacer esas necesidades –como vimos– funda la familia, el municipio, la sociedad comercial, las asociaciones deportivas, artísticas y recreativas, el sindicato, los partidos políticos, la iglesia, etc.

“Todas ellas son organizaciones sociales que tienen sus propias reglas de organización y funcionamiento, sus administradores y funcionarios, sus dirigentes y afiliados, con sus derechos y obligaciones y sus sistemas de solución de controversias y de disciplina frente a los desarreglos de conducta.

“Estas organizaciones y sus respectivos ordenamientos jurídicos son reconocidos por el Estado, siempre que no violen determinadas reglas de garantía establecidas por razones de interés general.

“También se regula el poder del Estado, su organización y funcionamiento y las relaciones con otros Estados y organismos internacionales.

“Pero todas esas organizaciones y ordenamientos jurídicos tienen una finalidad fundamental: la tute-

la de la persona humana, para que pueda vivir en libertad, paz y justicia, junto a los demás seres humanos, de modo que le permita a cada uno desarrollar su personalidad plenamente, en armonía con los demás.

“Ser persona es una cualidad propia de los seres humanos. No la tienen los demás animales, seres irracionales.

“El poseer cuerpo y alma, inteligencia y voluntad, libre albedrío y conciencia moral y poder expresarse mediante el lenguaje, le da a los seres humanos una superioridad sobre los que carecen de razón, de donde deriva su dignidad ⁹.

“La vida del hombre no es un mero existir, trasciende su naturaleza biológica por el conocimiento y el amor. Ningún ser humano puede ser privado de su vida; vivir es un bien inherente a su calidad de persona, a su dignidad personal ¹⁰.

“Del mismo modo, la integridad de la persona debe ser preservada tanto física, psíquica como moralmente, no pudiendo ser objeto de lesiones, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes ¹¹.

“Dotado de conciencia y voluntad, la libertad es esencial a la persona humana. Salvo que lo prohíba la ley por necesidades del bien común, nada le está prohibido hacer o decir, salvo que lesione derechos de tercero o las buenas costumbres. Tampoco nadie puede mandarle que haga o diga lo que la ley no manda hacer.

“La libertad de expresión de pensamiento es una necesidad espiritual de la persona, que no puede ser limitada, salvo que atente contra el honor de los demás o perjudique el bien común.

“Ser respetado por los demás, en su imagen e intimidad, no ser escarnecido ni humillado, son derechos sin los cuales no se concibe la dignidad inherente a la condición de persona ¹².

“Por ello, a toda persona (cualquiera sea su raza, religión, creencias, opiniones o condición social) debe reconocérsele el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor.

“También el derecho a la seguridad, a vivir sin temor. No ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, propia y de su familia, garantizándole la inviolabilidad de su domicilio, de sus documentos y correspondencia.

“El derecho a trabajar, gozar y disponer de sus bienes, son asimismo derechos inherentes a la naturaleza humana. Lo mismo que la libertad de contratar.”

⁸ Ob. cit., págs. 46 a 48.

⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“La dignidad de la persona humana”*, Madrid, 1993.

¹⁰ RECASENS SICHES, Luis, *“Tratado General de Filosofía del Derecho”*, México, 1965, pág. 559.

¹¹ LANZIANO, Washington, *“Derechos Humanos”*, Montevideo, 1998.

V. Coincidencias y diferencias entre la concepción integral de mundo del derecho y las ideas de Barra sobre la Sociedad, el Estado y el Derecho.

1. En nuestro libro coincidimos con Barra en que la ciencia del Derecho no debe estudiar solamente las normas, sino las organizaciones que crean y aplican dichas normas, y las relaciones jurídicas intersubjetivas que se traban en el seno de la sociedad, así como las relaciones de las organizaciones entre sí y con las personas¹³.

“Afirmamos que la Ciencia del Derecho debe estudiar no solamente las normas jurídicas que surgen del Derecho positivo presente, sino la actividad permanente, incesante, de regulación de la conducta intersubjetiva, mediante la actividad negocial, constituyente, legislativa, ejecutiva, jurisdiccional, gubernativa y administrativa; la creación, organización, funcionamiento y actividad de las personas jurídicas; el juzgamiento de las conductas y la aplicación de las sanciones, así como los demás elementos que forman parte del mundo del Derecho.

2. Compartimos con Barra que el Estado es, a la vez, organización – institución y ordenamiento jurídico, que crea o reconoce y al que se somete, incluso a normas creadas por organismos supra-estatales (Derecho de la Integración, Derecho Internacional).

3. Estamos de acuerdo en destacar la importancia de la organización en la formación, interpretación y aplicación del Derecho¹⁴ y aplicar la teoría general de sistemas al mundo del derecho¹⁵.

4. Participamos de la tesis de la pluralidad de ordenamientos jurídicos y que todos ellos tienen su razón de ser y su finalidad en la tutela de la persona humana¹⁶: titular de derechos que son inherentes a la naturaleza humana (Constitución art. 72).

5. Coincidimos en las nociones de “Estado de Derecho” y “libertad negocial”, así como sostenemos el principio de subsidiariedad y que al Estado sólo debe interesarle el acto externo de las personas, respetando y protegiendo su intimidad¹⁷.

6. También coincidimos en que el ordenamiento jurídico establece una organización institucionalizada para prevenir y resolver pacíficamente los conflictos de intereses¹⁸.

7. Compartimos la utilidad de la distinción entre Derecho Público y Derecho privado, aunque

Barra sostiene que las normas de derecho privado son las que garantizan una relación intersubjetiva de justicia conmutativa, en cambio las normas de derecho público garantizan relaciones de justicia distributiva, aceptando que las relaciones jurídicas regidas por la justicia distributiva puedan ser reguladas en ciertos aspectos, muy circunscriptos, por el derecho privado.

8. Nuestra discrepancia: Creemos innecesario fundar las sociedad, el estado y el derecho en una concepción filosófica –sin perjuicio de respetar sus convicciones–, cuando puede llegarse a las mismas conclusiones sin adherir a la concepción tomista.

9. No puede compartirse su afirmación de que “en definitiva, sociedad, bien común, justicia, son casi términos equivalentes o maneras de ver una misma realidad desde distintas perspectivas”. En las propias definiciones que establece el autor de sociedad, de bien común y de justicia, se establecen diferencias sustanciales.

10. Disentimos con la afirmación de que la sociedad se encuentra ordenada mediante el poder político del Estado, orden que la conduce al bien común.

La realidad nos demuestra que solamente en los estado de derecho es posible que el poder político del Estado establezca normas, inspiradas en la justicia, que de ser obedecidas, pueden conducir al logro del bien común, aunque éste no siempre puede lograrse. En las dictaduras y estado totalitarios, las sociedades no están ordenadas hacia el bien común. Quiero decir que el bien común no es un logro automático, sino una aspiración, como la estrella polar que guía a los navegantes.

VI. El Derecho Administrativo como régimen de derecho público, según Barra.

1. Afirma que el Derecho público es el sector del ordenamiento normativo que rige las relaciones jurídicas en las que el Estado –único responsable de la realización del bien común temporal– es sujeto pasivo o deudor de la distribución de ese bien común, de acuerdo con las exigencias de la justicia distributiva.

2. El derecho público –agrega– admite ser dividido en subespecies jurídicas, cada una de ellas con autonomía científica y normativa, apropiadas al tipo y contenido de la relación jurídica que vincula al Es-

¹² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El Derecho al honor también existe”, publicado en “Héctor Gros Espiell Amicorum liber/Persona Humana y derecho Internacional”, vol. I, Bruylant, Bruselas, 1997 y en “Estudios sobre Derechos Humanos”, Ind. Gráf. Nuevo Siglo Ltda, Montevideo, 1999, págs. 61 y sigs.

¹³ MARTINS, Daniel Hugo, Ob. cit. pág. 46, 49 y 91.

¹⁴ Ob. cit., pág. 61.

¹⁵ Ob. cit. pág. 63.

¹⁶ Ob. cit. págs. 36 y 46.

¹⁷ Ob. cit. págs. 70, 88 y 326.

¹⁸ Ob. cit. pág. 50.

tado con sus súbditos. Así, el **derecho constitucional, el penal y el procesal** (en relación entre el juez y las partes del proceso); lo mismo sucede con el **derecho administrativo**.

“En tal sentido –concluye–, en una primera y superficial aproximación, puede afirmarse que *el derecho administrativo es la rama del derecho público que regula la actividad de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados y en su propia organización y estructuración interna*.”

“Por simple identificación de vocablos, es fácil aceptar que la actividad característica de la Administración Pública (con las salvedades que más adelante se expondrán) es, precisamente administrar.”

3. La Administración Pública. Funcionalmente –dice– administrar indica una actividad de gobierno de mando o dirección y también de distribución o suministro de alguna cosa o servicio, generalmente para bien de un tercero. Materialmente, administrar es una actividad de organización de bienes disponibles, tanto materiales como inmateriales (ej. personal). En sentir genérico y vulgar, administrar es gestionar bienes propios o ajenos. El Estado (Administración) gestiona sus propios bienes para la realización del bien común. La Administración estatal se refiere tanto a la disposición de los medios para obtener un resultado como a la ordenada y justa distribución del bien común a sus destinatarios (“administrados”).

4. La Administración es organización. Afirma que el elemento “organización” es esencial en el sistema de la institución estatal, compartiendo la opinión de **Hauriou, Romano y Mosher – Cimmino –** “Dado que el elemento “organización” es esencial para calificar a la actividad administrativa, el mismo debe ser también considerado como calificador de la relación jurídica derecho administrativo, en definitiva, *un elemento de la misma relación jurídica. Así, la relación jurídica administrativa expresa la actividad jurídica de la organización de las Administraciones Públicas*, según lo veremos en detalle en el próximo volumen”.

5. La Administración como organización y como actividad.

Como organización: es el conjunto de personas y de órganos que se estructuran centralizada o descentralizadamente, en el complejo orgánico del Poder Ejecutivo.

Como actividad estatal: es aquella “*actividad concreta, continua y normalmente espontánea que tiene por objeto la satisfacción de manera directa e inmediatamente de fines de interés general*”, aunque, a veces, no es concreta, ni espontánea.

6. Para el Derecho Administrativo –afirma– la ciencia de la Administración es una herramienta

imprescindible para la correcta interpretación de las instituciones administrativas.

7. Estudia tres criterios para considerar la actividad administrativa a los efectos del Derecho Administrativo: 1º) Subjetivo; 2º) Objetivo; 3º) Mixto.

El 1º, son órganos estructurados jerárquicamente que actúan dentro del Ejecutivo para el cumplimiento de sus fines. Ello excluye los actos con contenido administrativo del Poder Judicial y Legislativo

El 2º, se refiere al contenido de la actividad, no importando el sujeto; aunque no explica por qué los actos materialmente legislativos (como los reglamentos) y los actos jurisdiccionales se estudian en Derecho Administrativo.

La 3ª, define la función administrativa como la que realizan los órganos administrativos y también los órganos legislativos y jurisdiccionales, pero excluyendo de ella los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.

8. Distingue entre **actividad y función administrativa**. La “actividad” es la relación de la voluntad estatal con la norma jurídica, sea que le de nacimiento; la aplique a situaciones particulares y concretas o resuelva conflictos intersubjetivos, es decir, actividad legislativa, ejecutiva o administrativa y jurisdiccional, actividades connaturales del Estado. Históricamente, las tres eran desempeñadas por un solo órgano; luego se crearon otros dos, asignándole parte de la actividad estatal.

Cada uno de los tres órganos realiza su actividad según un procedimiento específico (jerárquico en el Poder Ejecutivo, deliberante en el Poder Legislativo y debido proceso en el Poder Judicial).

La competencia fijada por la Constitución es un elemento indispensable para distinguir los tres órganos estatales.

Del compuesto del órgano, competencia y procedimiento –concluye– surge la función.

9. Define la **función** como “*la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido*”.

“De esta manera, cada órgano debe ajustarse a su propia *función*, aunque, dentro de lo admitido por ésta, realice materialmente las tres *actividades*.”

Desde la perspectiva indicada, entonces, la *función es un concepto exclusivamente jurídico*, de base principalmente constitucional, y que se determina por la atribución de competencia que la Constitución le acuerda al órgano por ella también creado, para ser ejercida conforme con un procedimiento característico y determinante.”

10. Concluye afirmando que el Derecho Administrativo es el régimen jurídico que regula la actua-

ción de la Administración Pública, mejor de la función administrativa, que es más que la actividad materialmente administrativa.

11. Concibe al Derecho Administrativo como *“la rama del derecho público que regula el ejercicio externo e interno de la función administrativa o ejecutiva, es decir, la asignada por la Constitución nacional al órgano por ella creado para ejercerla y que denomina “Poder Ejecutivo”*.

El ejercicio externo de la función ejecutiva. También podemos denominarla función administrativa por cuanto el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias con el auxilio de la Administración Pública, se realiza mediante las relaciones jurídicas entre Administración y administrados, regidos por la justicia distributiva.

El ejercicio interno de la función administrativa. Se refleja en normas relativas a la organización interna, al servicio del funcionariado público y la actividad interorgánica e interadministrativa, con vista a hacer más apto el complejo organizativo de la administración pública en sus relaciones jurídicas con los administrados.

El Derecho Administrativo también será aplicable a la actividad materialmente legislativa o jurisdiccional de la Administración Pública.

12. Estudiando **la función presidencial en la Argentina**, sostiene que la función administrativa es insuficiente para explicar la totalidad de las funciones y actividades atribuidas al Presidente, “Jefe supremo de la nación”, “Jefe del gobierno y responsable de la Administración General del país” (art. 99 inc. 1º), que comprende actividades materialmente legislativas y de conducción superior del Estado.

La función presidencial es materia propia del derecho Constitucional, sin perjuicio que ciertas actividades sean estudiadas por el Derecho Administrativo.

13. **El caso “Nicosia”.** La Corte Suprema de la Nación sostuvo que el juicio político es de naturaleza política, propio de la función legislativa y, por tanto, no justiciable, no obstante, la actividad materialmente jurisdiccional que realiza. El fondo no puede ser considerado por la CSN, pero sí si el procedimiento se ajustó a la Constitución. En el caso, si se respetó el derecho de defensa.

14. La tesis del **régimen “exorbitante” del derecho privado.** Aplicada en especial para distinguir entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración –afirma-, ha sido superada al sostener que el Derecho Administrativo tiene un sistema propio y típico. El criterio sólo es útil para significar la distinción entre D. Público y D. Privado. La característica no reside en que es exorbitante, sino en que es una norma específica del D. Público.

15. Sostiene que dicha tesis puede servir como “modelo” de identificación del D. Administrativo. El régimen exorbitante –dice- es la aplicación al D. Administrativo de las exigencias y las reglas de la virtud de la justicia distributiva.

El modelo tiene una estructura interna característica (la regla de la equivalencia proporcional de las prestaciones), una sola posibilidad de aplicación (en las relaciones jurídicas en que el Estado sea parte) y una razón teleológica (la distribución del bien común).

El régimen exorbitante es el modelo del D. Administrativo, expresión conceptual de un sistema cuya idea directriz es la justicia administrativa.

El D. Administrativo es un sistema específico de derecho público (régimen jurídico exorbitante) que conduce al cumplimiento de las exigencias de la virtud de la justicia distributiva en el ejercicio interno y externo de la función administrativa.

16. El régimen exorbitante se integra con prerrogativas de poder a favor de la Administración Pública y garantías a favor de los administrados.

El beneficiario del bien común –afirma- es la persona individual, por lo que es el sujeto activo de la relación de justicia distributiva. Las prerrogativas y las garantías están vinculadas por un equilibrio funcional, inspirado en la virtud de la justicia distributiva, “idea directriz” del sistema.

17. **Poder, prerrogativa y potestad.** El poder es la causa formal del Estado, el bien común, la causa final. La sociedad se encuentra ordenada mediante el poder político del Estado, orden que la conduce al bien común. El poder estatal es un principio político que se realiza a través de medios jurídicos y materiales.

Las prerrogativas son uno de los medios de ejercer el poder, es el instrumento técnico (jurídico) por la que se ejerce el poder o potestad.

La potestad es el modo concreto de ejercer el poder: ordenar, reglamentar, juzgar, condenar, sancionar, etc.

18. Enumera las **principales prerrogativas presentes en la relación jurídica administrativa:**

- a) La presunción de legitimidad de sus actos.
- b) El principio de ejecutoriedad o de “decisión unilateral y ejecutora”.
- c) El principio de actuación coactiva. El fundamento de la imperatividad se encuentra en la primacía del bien común sobre el bien particular y el papel del Estado como realizador de la justicia distributiva.
- d) Régimen privilegiado de sus bienes tanto del dominio público como privado del Estado.
- e) Régimen procesal privilegiado.
- f) Régimen contractual privilegiado.

19. Estudia **las siguientes garantías a favor del administrado:**

- a) Exigencias del debido proceso legal.
- b) Sumisión al principio de igualdad. Es distinto de la no discriminación arbitraria.
- c) La estricta vinculación a la ley.
- d) La intangibilidad de la remuneración del administrador.
- e) La obligación de motivar el acto administrativo.

VII. El sistema de las fuentes del Derecho Administrativo

1. Barra sostiene que el tema pertenece a la teoría general del Derecho, pero ciertas circunstancias especiales que atañen a la Administración Pública, tales como la preeminencia de la regulación constitucional, el valor de los principios generales, la importancia del precedente o la naturaleza y efectos normativos de las decisiones de la Administración, aún las de contenido particular y concreto, obligan a su consideración. Máxime después de la reforma constitucional de 1994 y del fortalecimiento del papel institucional del Presidente de la Nación, que puede emitir decretos ejecutivos, decretos de necesidad y urgencia, decretos en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso, etc.

Es necesario explicar el lugar o ubicación jerárquica dentro del ordenamiento que le corresponde a las normas creadas por el Presidente de la Nación y por la Administración Pública con respecto a las normas creadas por otros organismos estatales, especialmente el Congreso.

2. Cuando se alude a las “fuentes del derecho” – dice Barra- se está haciendo referencia a dos realidades distintas pero sistemáticamente vinculadas: la *fuerza material*, que contiene y exterioriza a la norma, esto es, *el sector del ordenamiento en donde se ubican los distintos tipos de normas*, tanto dispositivas como imperativas, y la *fuerza formal u orgánica*, es decir, *el sector del ordenamiento en donde se ubican los distintos órganos que crean las normas* de que se trate excluyendo, para el análisis que aquí interesa, a los órganos de creación no estatales que dan vida a normas también no estatales, como los privados y sus convenciones, siempre que estén receptadas por el derecho estatal, como ocurre con el art. 1197 de nuestro Código Civil.

3. Los principios de jerarquía y competencia de las fuentes –agrega- permiten vincular como sistema a las normas, con sus órganos de creación, lo que permite convertir al ordenamiento en un todo coherente e inteligible.

El principio de jerarquía –aclara- vincula a las normas –previamente nominadas para permitir su diferenciación (constitución, ley, tratado, reglamento, etc.)- en una relación vertical de superioridad-in-

ferioridad en cuanto a la validez de sus contenidos y efectos, de modo que, en su “fuerza activa”, la norma definida como superior predomina sobre la inferior y, en su “fuerza pasiva”, la norma inferior es inválida o inaplicable –según las casos y los sistemas jurídicos- cuando contradice a la norma superior.”

“El principio de competencia es complementario del anterior, distribuyendo las materias que se les atribuyen a los órganos estatales creadores de las normas; con respecto a los privados (sociedad), la distribución de competencias entre aquellos y el Estado debe regirse por el principio de subsidiariedad, como vimos supra en el cap. II, 11, 12 y 13.”

“A la vez, el principio de competencia vincula la clase o categoría de norma con el órgano de producción que les corresponde, con lo cual también establece una atribución de competencia material en el contenido de las normas. De manera no absoluta, como veremos, el principio de competencia impide que una norma de jerarquía superior predomine sobre una norma de jerarquía inferior en el *ámbito de competencia exclusivo de esta última*, o, lo que es lo mismo, en el ámbito exclusivo de esta *última*, o, lo que es lo mismo, en el ámbito exclusivo de la competencia del órgano creador de la norma inferior. Es decir, este principio impide que, más allá de su relación jerárquica, el contenido de determinada categoría de normas invada los ámbitos de competencia propios de otra categoría, sin que aquí interese, en principio, la cualidad jerárquica de la norma invasora.”

4. Barra clasifica las fuentes materiales en normas fundamentales, primarias y secundarias.

Las normas fundamentales son aquellas que expresan la concepción política-ideológica de una determinada comunidad organizada del Estado... En nuestro ordenamiento las normas fundamentales son la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Las normas primarias serían autosuficientes ya que no dependen de otras normas (las leyes, los tratados), en cambio las normas secundarias son dependientes de las primarias (los decretos delegados, los decretos ejecutivos, los reglamentos autónomos, los actos administrativos, los contratos administrativos y los actos y reglamentos administrativos emanados del Poder Legislativo y del Poder Judicial).

5. Señala que los derechos humanos y sus garantías tienen preeminencia sobre todo el ordenamiento jurídico, incluso sobre la misma constitución, porque “nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”(Art. 33 de la Constitución Argentina) y “son inherentes al ser humano o derivan de la forma democrática representativa del gobierno” (Pacto de San José de Costa Rica).

6. La Constitución tiene preeminencia dentro del ordenamiento normativo interno, al igual que las convenciones o tratados internacionales sobre derechos humanos que, a partir de 1994, forman parte de ella. “Los demás tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (Const. Arg. art. 75 num. 22), pero los celebrados con potencias extranjeras para afianzar la paz y el comercio, deben estar en conformidad “con los principios de derecho público establecidos en ésta Constitución”. Entre dichos principios cita al sistema representativo republicano y federal, a la división de poderes, al sistema democrático partidista, a la soberanía popular y al sufragio universal.

7. Barra analiza exhaustivamente, dedicándole más de 300 páginas, a las siguientes fuentes del derecho: la ley; la participación del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo (veto, promulgación, reglamento); los decretos de necesidad y urgencia; los decretos de delegación legislativa; los decretos ejecutivos; normas emanadas de la administración pública (generales y abstractas –reglamentos autónomos–; particulares y concretas –acto administrativo–); instrucciones, circulares y reglamentos internos; actos institucionales, políticos o de gobierno.

También estudia el precedente administrativo y la doctrina de los actos propios, el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, los límites de la discrecionalidad y su control.

VIII. Coincidencias y diferencias entre la concepción integral del mundo del derecho y las ideas de Barra sobre el derecho Administrativo y sus fuentes.

1. En nuestro libro “*Objeto Contenido y Método del Derecho Administrativo...*”, sostenemos la distinción entre “gobierno” y “administración”¹⁹ y que la Ciencia de la Administración nos ayuda a comprender la Administración Pública²⁰.

2. Coincidimos en que el derecho administrativo es la rama del derecho público que regula la actividad y la organización y la estructura interna de la Administración Pública y sus relaciones con las personas físicas y jurídicas²¹.

3. Concordamos en que la actividad administrativa es aquella actividad “concreta, continua y normalmente espontánea que tiene por objeto la satisfacción de manera directa e inmediata de fines de interés general”, como lo expresara **García Trevijano Fos**, en 1974. Pero, consideramos que esa definición es incompleta.

Como señalamos en nuestro libro, en el Río de la Plata, con anterioridad, en 1950, **Villegas Basavilbaso** define la Administración Pública como “una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley” (tomo I, pág. 43) y **Sayagués Laso**, en 1953, define la función administrativa “como la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos –que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición- y operaciones materiales”.

Dicha definición fue compartida por **Diez y Marienhoff**. El 1º, en 1961, diciendo “la Administración es la actividad funcional, concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al orden jurídico” (“El acto administrativo”, pág. 41) y el 2º expresando: “Es la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran” (“Tratado”, tomo I, pág. 60).

Por nuestra parte, compartimos la caracterización que de la administración pública realiza **Sayagués Laso**.

4. Coincidimos con la distinción entre actividad y función estatal.

En nuestra lejana tesis sobre el estatuto del funcionario²², recordábamos que el procesalista **Rossi**²³ entendía por función a la destinación de un órgano a cumplir cierta actividad y que **De la Bigne de Villeneuve**²⁴, entendía por funciones formales las diversas actividades ejercidas respectivamente por las tres clases de órganos del Estado, en la forma que le es propia a cada uno de ellos.

Señalábamos también, que **Villegas Basavilbaso**²⁵ definía a la función pública como “una actividad que el ordenamiento jurídico –constitucional y legal- reserva a los órganos –institución- y que se manifiesta por la voluntad de los órganos –individuos-”.

Por nuestra parte, definíamos la función pública como aquella actividad jurídica y material, que compete realizar a los órganos estatales, ejerciendo el poder ético soberano, con el objeto de lograr el fin del Estado.

5. Coincidimos con **Barra** en la importancia que tiene que los órganos del Estado se ajusten a los procedimientos preestablecidos para expresar su voluntad.

¹⁹ Ob. cit. págs. 282 y sigs.

²⁰ Ob. cit., págs. 127 y 129.

²¹ Ob. cit., págs. 326 y sigs.

²² MARTINS, Daniel Hugo, “Estatuto del Funcionario”, Montevideo, 1965, pág. 29.

²³ ROSSI, Lanciotto, “La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica”, Roma, 1924.

²⁴ DE LA BIGNE DE VILLENEUBE, Marcel, “L’activité étatique”, Paris, 1954, pág. 2.

²⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1951, t. III, pág. 223.

6. No compartimos que el Derecho Administrativo se aplique sólo al Poder Ejecutivo, como afirma **Barra**²⁶, entendemos que el Derecho Administrativo se aplica a todos los órganos del Estado que realicen función administrativa. En ese sentido sostuvimos²⁷ que “dentro de los Estados existen órganos pertenecientes al Poder Ejecutivo. Legislativo y Judicial, o que forman parte de personas públicas estatales o no estatales, que realizan actividades propias de toda “administración interna” (**proveer los medios humanos y recursos materiales y financieros; dirigir el personal y controlar el cumplimiento eficaz de sus tareas; inventariar y conservar los bienes inmuebles, mobiliario, maquinaria y demás útiles; recaudar los medios financieros, contabilizarlos y controlar su aplicación, de acuerdo a los presupuestos de sueldos, gastos e inversiones que se adopten, responsabilizando a los funcionarios que lo incumplan), siguiendo los procedimientos establecidos en ordenamientos jurídicos especiales.**”

“Dentro de los Estados existen órganos centralizados o descentralizados del Poder Ejecutivo, o formando parte de personas públicas estatales o no estatales, que llevan a la práctica los cometidos que se les han asignado por la Constitución o la ley, **mediante actos regla (reglamentos), actos subjetivos, actos condición y operaciones técnicas y materiales, según las atribuciones y de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución y en las leyes, los tratados internacionales, los principios generales de derecho y las directivas de los órganos de Gobierno. (Entre esos cometidos están el cumplimiento de los tratados y obligaciones emergentes de las organizaciones internacionales, la defensa nacional, la conservación del orden y la tranquilidad, las relaciones exteriores, el contralor de las actividades privadas, la prestación de servicios públicos, el fomento económico, social y cultural).**

7. Tampoco compartimos que no puedan existir actos privados ni contratos privados de la Administración. Sostenemos que todas las empresas públicas estatales, industriales y comerciales, celebran contratos regidos por el derecho privado (civil y comercial), al igual que el Estado y demás personas públicas estatales (Ej. Compraventa inmuebles, arrendamientos, permuta), aunque la decisión por la cual se elige el co-contratante de la Administración se rija

por el Derecho Administrativo (órgano competente, voluntad lícita, procedimiento pre-establecido).

8. En cuanto a las fuentes del derecho, sostuvimos²⁸ que de la interpretación gramatical, lógico-sistemática y teleológica de los textos de la Constitución Uruguaya se deduce un orden jerárquico entre las diversas fuentes:

“1° Los Principios generales de derecho. (Constitución art. 72 y 332)

“2° La Constitución. (Const. Art. 329 y 330)

“3° Las Leyes, los tratados internacionales (art. 85, nums. 1, 3 y 7), los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (art. 206 y 273) y los reglamentos autónomos (art. 62 y 63).

“4° Los reglamentos de ejecución de la ley (art. 168, num. 4).

“5° Los actos administrativos de todo órgano estatal (art. 309), entre ellos las resoluciones del Poder Ejecutivo (art. 168, num. 25).

“6° Los contratos (arts. 124, 213, 276, 291 y 301).

“7° Las sentencias de los órganos del Poder Judicial, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Electoral.

“8° Las ordenanzas y dictámenes del Tribunal de Cuentas (art. 211).”

9. Llama la atención que **Barra** no estudia los “Principios Generales del Derecho” como fuente del Derecho Administrativo, existiendo, en la Argentina, exposiciones tan completas y convincentes, como las de **Marienhoff**²⁹ y **Cassagne**³⁰. También **Dromi** y **Gordillo** los consideran fuentes del Derecho Administrativo³¹.

En nuestro país, **Barbé Pérez, Real y Cajarville**, han expresado, con brillo y profundidad, las razones por las que deben ser considerados fuentes del derecho³².

10. Sin desconocer la importante contribución que **Barra** ha hecho a la teoría general del derecho y a los derechos constitucional y administrativo, es sorprendente que no cite a ninguno de los tratadistas franceses, ni clásicos ni modernos; de los italianos, sólo cite a **Alessi** y a **Gianinni**; de los españoles, sólo a **Alvarez Gendín, García de Enterría y Fernández, García Trevijano Fos, Gonzáles Navarro y Parada**; de Latinoamérica, sólo algunos tratadistas argentinos y al chileno **Soto Kloss**..

Daniel Hugo Martins

²⁶ Ob. cit., tomo I, pág. 251.

²⁷ MARTINS, Daniel Hugo, “Objeto...”, *Ob. Cit.*, pág. 327.

²⁸ Ob. cit., págs. 349 y ss.

²⁹ MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, tomo I, 1ª ed., Buenos Aires, 1965, págs. 266 y ss.

³⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, “*Los Principios generales del derecho en el derecho administrativo*”, Anales, Buenos Aires, 1987.

³¹ Véase nuestra “*Reseña de la Actual Doctrina Administrativista Iberoamericana*”, que realizamos en el libro colectivo “*Los Principios generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado*”, Montevideo, 2ª ed., 2005.

³² Ver el libro colectivo citado en la llamada precedente.

DERECHO PENAL PARA ESCRIBANOS

Dr. Miguel Langón Cuñarro
Universidad de Montevideo,
Montevideo, 2006

Me llena de satisfacción, y representa a la vez un doble honor para mí, el contar con la posibilidad de reseñar el último libro del Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro, editado por la Universidad de Montevideo, ya que por un lado el Dr. Langón es un eminente doctrino de la ciencia jurídico-penal que merece el mayor de mis respetos, y por otra parte ha sido quien sembró en el suscrito el amor por la rama penal y por la docencia (siendo que desde hace un año y medio he abrazado con pasión a esta última).

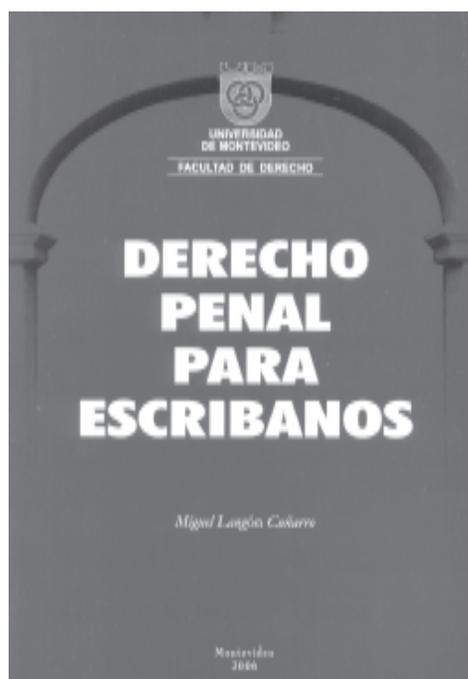
El Dr. Langón, excelso criminólogo y destacadísimo doctrino del Derecho Penal, con una dilatada trayectoria profesional iniciada en la Judicatura, seguida de veinte años como Fiscal del Crimen, y con treinta y cinco años de formación docente, llegando a ser Profesor G 5 de Derecho Penal desde el año 1993, vuelca toda su experiencia y sapiencia en este "Derecho Penal para Escribanos".

Es justo decir que la tarea de elaborar un Manual de Derecho Penal para Escribanos es una empresa por demás ardua, dado que significa concentrar en un solo curso la materia que corresponde a dos cursos separados (Derecho Penal I –Parte General– y Derecho Penal II –Parte Especial–), pero el Dr. Langón ejecuta con una excelente exposición esta labor, otorgando en este volumen una visión acabada de la riquísima realidad de la disciplina criminal.

En la obra se desarrollan diáfananamente los postulados fundamentales de la ciencia del Derecho Penal, condensando en 147 páginas las nociones básicas de dicha rama del Derecho, y aportando un invaluable material de estudio para el alumnado de la carrera de Notariado.

Con una exposición concisa y a la vez profunda, las páginas –pensadas para darle armas al notario en su ejercicio profesional– resultan también de gran utilidad para estudiantes de Abogacía, que encontrarán una fenomenal "hoja de ruta" (en palabras del propio autor), y esqueleto de los puntos neurálgicos del Derecho Penal.

Se trata del Tomo 1, de una obra que continuará con el análisis de las figuras típicas que el autor considera de mayor relevancia en la actividad notarial (que será objeto del Tomo 2), lo que nos permite avizorar otra realización de gran calibre jurídico y relevancia práctica, tal como es la costumbre del Dr. Langón.



El libro consta de trece capítulos, cuyo contenido a continuación enuncio:

A manera de introducción, en el Capítulo I (Concepto y misión del Derecho Penal) el autor analiza los principios de inmanencia y subsidiariedad, así como la misión y caracteres del Derecho Penal, visión que se completa y profundiza en el Capítulo II (Principios fundamentales), donde además se exponen los principios del Proceso Penal, en nuestro Estado liberal y democrático.

El Capítulo III (La ley penal: vigencia e interpretación) se dedica al estudio de los principios hermenéuticos, donde con una brillante exposición el Dr. Langón hinc el diente en un tema medular en cualquier rama del Derecho, y más aún en Derecho Penal, el cual Langón califica como un Derecho que "es hijo de la realidad". Aquí son dignas de destaque sus apreciaciones en relación a los tipos abiertos y los tipos en blanco, como también el excelente esquema del régimen de extradición.

La temática del delito corresponde al Capítulo IV (Teoría del Delito), definiéndose allí clara y detalladamente las distintas clasificaciones del mismo, en atención a la gravedad, el resultado, la forma de comisión, el objeto y la consumación.

La Teoría de la Acción y la Teoría del Tipo ocupan al autor en los Capítulos V y VI respectivamente, resaltando el examen de las teorías de la causalidad (siempre con un tinte práctico), de las

concausas como contraelementos del delito, y las clasificaciones de los tipos, en cada caso.

Al arribar al Capítulo VII (Teoría de la Antijuridicidad), el Dr. Langón describe con detalle las causas de justificación y destaca sus rasgos característicos con un lenguaje sencillo despojado de tecnicismos que sobrecarguen el texto, y aún así sin descuidar el nivel universitario.

Posteriormente, se ingresa a la Teoría de la Culabilidad (Capítulo VIII) y al análisis de la Imputabilidad y capacidad en Derecho Penal, mientras que el Capítulo IX está destinado a las "alteratorias" –genéricas y específicas– de la pena (Circunstancias del Delito Atenuantes y Agravantes), edictadas en el Código Penal uruguayo.

Ya en el Capítulo X (Proceso Ejecutivo del Delito) el autor se adentra en las etapas del *iter criminis* (o tracto criminal) abriendo paso a las dificultades planteadas por la tentativa y los actos preparatorios.

Por su parte, el Capítulo XI (Teoría del Concurso) describe en sus variantes (concurso de delincuentes, delitos, penas y procesos) las implicancias de la

pluralidad delictual y coparticipación criminal, como conteo de delitos y determinación de grados de participación.

Entre otros aspectos a destacar, debe mencionarse especialmente las apreciaciones que Langón realiza en cuanto a la prisión, medidas de seguridad y la individualización judicial de la pena, en el Capítulo XII (Teoría de la Pena).

La obra se completa con un interesante aporte en torno a las Nociones Básicas del Derecho Procesal Penal (Capítulo XIII), donde se exponen las incidencias del Presumario, Sumario y Plenario, y se ofrece un panorama acabado sobre la prisión preventiva, redondeando un instrumento primordial de consulta para los notarios (también en este punto).

En suma, la obra está destinada a convertirse en un material de consulta habitual de los Escribanos, que hallarán en sus carillas las respuestas a encrucijadas del ejercicio profesional, así como un material que le brindará herramientas prácticas al momento de la comparecer en Sedes del Poder Judicial o ejercer la Actuaría, y reforzará su infraestructura conceptual en lo jurídico-penal.

Martín Pecoy

NORMAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Alejandro Castello
Fundación de Cultura Universitaria,
Montevideo, 2005, 878 págs.

La oportunidad de presentar y recomendar este nuevo trabajo del Dr. Alejandro Castello, denominado "Normas laborales y de seguridad social", es doblemente gratificante.

En primer lugar, porque permite referirse al autor. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, de Relaciones Laborales y Procesos de Integración en la Carrera de Relaciones Laborales de la misma Facultad, y de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica del Uruguay, el Dr. Alejandro Castello es hoy un referente de la especialidad en nuestro país.

De la misma manera, sus libros en la materia, los numerosos artículos especializados que ha publicado y su incansable labor de recopilación jurisprudencial en el campo laboral son de consulta ineludible para todos aquellos que profesan dicha rama del Derecho.

A dichas condiciones académicas y docentes, el Dr. Alejandro Castello une la reciente obtención del título de Magíster en la disciplina, discernido por misma Facultad de Derecho.

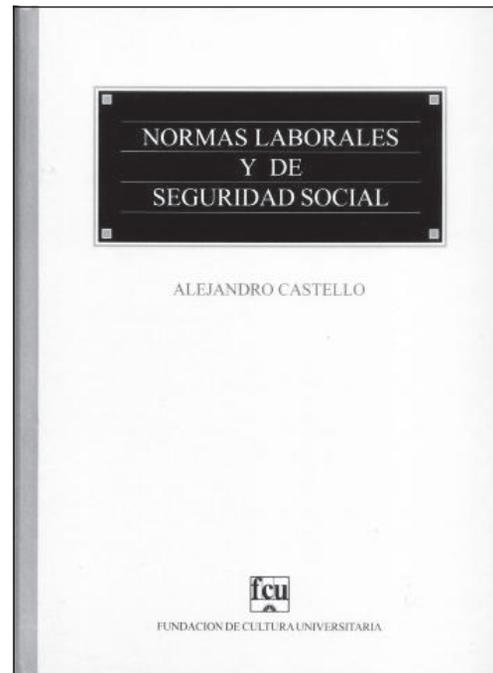
Además, quien suscribe ha tenido el placer de tener al autor como docente en la carrera de grado y tiene el privilegio de contar hoy con su permanente y ponderado consejo en el diario ejercicio profesional, lo que legitima a agregar a los referidos méritos del Dr. Alejandro Castello, su calidad humana y profesional.

En segundo lugar, esta nota bibliográfica permite acercarse a una obra de incuestionable valor e inmensa utilidad práctica.

Ya su primera edición, realizada en el año 2000, ofreció una sistematización clara y ordenada de la normativa vigente en la materia, que se convirtió en herramienta imprescindible para el ejercicio profesional y el estudio acabado de las particularidades del Derecho laboral.

Es que, como destacara el Profesor Américo Plá Rodríguez al prologar dicha primera edición, la ausencia de un Código del Trabajo y el dinamismo propio de esta rama del Derecho determinan que *"La difusión de las normas de Derecho laboral constituye una de las condiciones indispensables para su cumplimiento satisfactorio"*.

Transcurridos cinco años, el Dr. Alejandro Castello vuelve a garantizar este cumplimiento a tra-



vés de una nueva edición actualizada de "Normas laborales y de seguridad social".

La misma presenta un compendio exhaustivo y sistematizado de la normativa vigente en la disciplina. De acuerdo al orden seguido por el autor, cabe agrupar los diversos objetos de regulación considerados en seis categorías principales, a saber: a) Derecho general del trabajo; b) contratos de trabajo; c) reglamentación del trabajo; d) Derecho procesal del trabajo; e) Derecho colectivo del trabajo; y f) seguridad social.

Los primeros cuatro capítulos contienen normas generales, conformadoras de un **Derecho general del trabajo**. Después de referirse a las principales normas constitucionales e internacionales que regulan la materia (capítulos I y II), el autor ubica aquellas disposiciones referidas a los principales agentes involucrados, como ser la Organización Internacional del Trabajo (capítulo III) y los sujetos de la relación laboral (capítulo IV).

Delimitado este panorama general, los capítulos que siguen presentan la normativa propia de los **contratos de trabajo**, tanto desde un enfoque genérico (capítulo V) como desde un enfoque particular (capítulos XVII a XXXII). En efecto, el autor logra sistematizar en esta obra las principales disposiciones legales y reglamentarias que regulan cada contrato especial, destacándose, entre otros, las modalidades contractuales dirigidas a jóvenes, menores y mujeres, las referidas a los trabajadores de cooperativas

de producción, deportistas, discapacitados, mozos de cordel, personal aeronáutico, portuarios y pescadores, y los contratos a término con el Estado.

La exhaustiva labor del autor se ve reflejada, a su vez, en la completa recopilación que realiza de la **reglamentación del trabajo**. En once capítulos, logra sistematizar la misma con suma claridad, desarrollando la regulación de los temas relacionados con la duración del trabajo (capítulos VI a X), de su retribución (capítulos XI a XIII), la igualdad de trato y oportunidades (capítulo XIV), el régimen de despido (capítulo XV) y los derechos de autor del trabajador (capítulo XVI).

Culminados los aspectos regulatorios propios del Derecho laboral particular, y luego de referirse a la normativa relativa a la Administración del trabajo (capítulo XXXIII), se exponen las distintas disposiciones que conforman el **Derecho procesal del trabajo** (capítulo XXXIV). Este capítulo resulta de gran utilidad, en tanto comprende aspectos como la competencia, organización, procedimiento, prescripción, concurso, quiebra o liquidación, entre otros, cuya sistematización no se encuentra fácilmente en la bibliografía jurídica de nuestro país.

Luego, el autor ingresa en la normativa del **Derecho colectivo del trabajo**, recopilando los preceptos constitucionales que lo inspiran, los principales convenios internacionales, las normas legales y las disposiciones reglamentarias que lo llenan de contenido. De esta manera, logra brindar una visión completa de la regulación propia de los sindicatos y la

libertad sindical (capítulo XXXV), de la negociación colectiva (capítulo XXXVI), de los conflictos colectivos, con especial referencia a la huelga y a la ocupación de establecimientos (capítulo XXXVII), y de la participación del trabajador (capítulo XXXVIII).

Finalmente, se detalla el marco regulatorio de la **seguridad social** en nuestro país. Se ofrecen, en primer lugar, las normas que regulan los aspectos más generales de dicha materia, como ser sus principios y estructura orgánica (capítulo XXXIX), y su financiación (capítulo XL). Luego, se precisa, en sendos capítulos, la normativa que establece la protección frente a los distintos riesgos: de vejez, invalidez y muerte (capítulos XLI, XLII y XLIII), de desempleo (capítulo XLIV), de cargas familiares (capítulo XLV), de infortunios laborales (capítulo XLVI y XLVII) y de enfermedad común (capítulos XLVIII).

Como complemento de la labor de recopilación y sistematización, se agrega luego de este compendio normativo un índice cronológico de todas las leyes mencionadas en la obra, lo que simplifica aún más la tarea del aplicador.

En suma, se trata de una herramienta de consulta no sólo recomendable sino ineludible frente a los asuntos cotidianos que plantea una rama del Derecho tan cercana a la preocupación de profesionales, estudiantes, magistrados y de la sociedad en general, que cuenta además con el valor agregado de ser una recopilación realizada por un estudioso de la materia, cuya trayectoria garantiza una presentación completa de la normativa vigente.

Gabriel Delpiazzo Antón

DERECHO APLICABLE AL TRANSPORTE MULTIMODAL ENTRE URUGUAY Y LOS DEMÁS PAÍSES INTEGRANTES DEL MERCOSUR

Gonzalo Arturo Lorenzo Idiarte
Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005

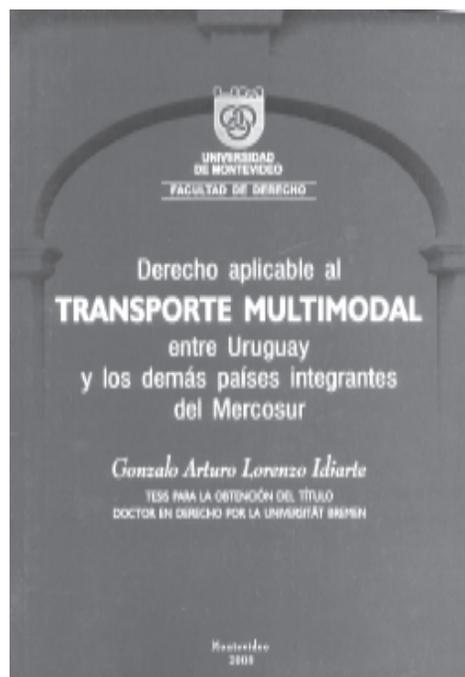
Fruto maduro de una prolongada investigación y meses de trabajo, ve la luz el presente trabajo del Dr. Gonzalo Lorenzo Idiarte –“Derecho aplicable al Transporte Multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del Mercosur”–, Tesis Doctoral con la que obtuvo el título de Doctor en Derecho de la Universidad de Bremen (Alemania).

Gonzalo Lorenzo Idiarte es abogado egresado de la Universidad de la República; Doctor en Derecho; profesor adscrito de Derecho Internacional Privado en la Universidad de la República y profesor asistente de esa misma materia en la Universidad de Montevideo. Es además miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado y de la Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo. Impulsado por su natural inquietud científica, visitó en repetidas ocasiones el Max Planck Institut de Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado de Hamburgo (Alemania), donde llevó a cabo una intensa actividad de investigación desde 1997. Fue también allí en donde conoció al Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, director de dicho Instituto, quien le animó en la realización del doctorado y colaboró como tutor en la preparación de la tesis.

La presente obra aborda un tema de innegable actualidad y relevancia para el derecho internacional privado y el comercio internacional, como es la determinación del derecho aplicable al transporte multimodal. Pero además de su actualidad, reviste especial importancia práctica para nuestro país, pues se adentra en el análisis del derecho aplicable al fenómeno del transporte multimodal entre el Uruguay y el resto de los Estados miembros del Mercosur.

El transporte multimodal consiste en el traslado de bienes por al menos dos modos de transporte, pactado en un único contrato que regula la operación como una unidad compleja de prestaciones, todo lo cual confiere al negocio un régimen jurídico especial y diferente al previsto para cada modo de transporte considerado en forma separada. Las características de este tipo de transporte hacen que sea esencialmente internacional, pues la utilización de más de un modo de transporte implica generalmente traslados de gran distancia.

La utilización del transporte multimodal ha ganado progresivamente espacio en el comercio inter-



nacional, fundamentalmente por el ahorro que supone un contrato único de transporte frente a la negociación independiente con distintos transportistas. No obstante, como expresa el autor, la efectividad de ese mecanismo se halla subordinada en gran medida a la creación de instrumentos jurídicos supranacionales capaces de regularlo uniformemente, evitando los trascendentes inconvenientes que pueden presentarse por la aplicación independiente de ordenamientos jurídicos nacionales con soluciones divergentes.

Precisamente, la necesidad del tratamiento y regulación uniformes han hecho que el transporte multimodal recibiera la tendencia más moderna del derecho internacional privado: la implementación de acuerdos supranacionales de aplicación inmediata, integrados por disposiciones materiales que desplazan el tradicional mecanismo de las normas de conflicto.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo a nivel mundial en este sentido, instrumentos como la Convención de Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional, suscrita en Ginebra en 1980, no ha contado con el nivel de ratificaciones suficiente para asegurar una solución eficaz. A nivel regional, los países miembros del Mercosur suscribieron en 1995 un Acuerdo para la Facilitación del Transporte Multimodal de Mercaderías. Este instrumento tampoco ha tenido el éxito esperado, fundamentalmente por el recelo de los órganos jurisdiccionales y administrativos de los Estados miembros (en particular, Argentina y Uruguay) de admitir la aplicación directa de las normas contenidas en dicho Acuerdo.

En este contexto, el Dr. Gonzalo Lorenzo Idiarte se propone demostrar, desde una perspectiva conflictualista, que la regulación nacional o supranacional de conflicto es inadecuada para regular el transporte multimodal, en la medida de que no existe certeza acerca de su calificación adecuada, siendo absolutamente necesario llenar los vacíos legales en los derechos internos de los países del Mercosur con las normas internacionales en la materia, antes de recurrir a la analogía con las reglas internas de cada país que regulan el transporte unimodal.

En el proceso de demostración de dichas hipótesis, la obra se divide en tres partes.

En la Parte Primera de la obra, bajo el título “Problemas planteados e hipótesis”, el autor expone las conjeturas que procurará demostrar, e introduce al lector en la relación del transporte multimodal explicando de forma clara y concisa su concepto y naturaleza y precisando los términos utilizados a lo largo del trabajo, para culminar con los presupuestos fácticos y jurídicos que será necesario tener en consideración, en la exposición de los temas que subsiguen.

La Parte Segunda –“Marco teórico y conceptual”– se divide en dos capítulos. El primero de ellos refiere al contrato de transporte como relación jurídica internacional, y analiza los rasgos fundamentales del negocio y los criterios para determinar cuándo un contrato es internacional, inclinándose por la aplicación de un criterio objetivo por sobre criterios positivos o teóricos. Completando el marco teórico, el autor define en el segundo capítulo su posición acerca de institutos de derecho internacional privado, como ser la calificación de las relaciones sociales con una metodología funcional o teleológica, la autonomía de la voluntad, la aplicación del derecho extranjero y el reenvío; acompañando el tratamiento de estos institutos con un estudio crítico de varios casos jurisprudenciales nacionales.

El tema central de la obra es tratado en la Parte Tercera. Con una aproximación tan sistemática y ordenada como exhaustiva, se analiza en el capítulo primero toda la normativa de derecho internacional privado existente hasta el momento sobre transporte multimodal, con especial referencia a su ámbito de aplicación. El comentario parte de la normativa de fuente supranacional de ámbito universal –la Convención de Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal, las Reglas UNCTAD/ICC 1992 de la Cámara de Comercio Internacional y otras reglas expedidas por organizaciones internacionales privadas–, descendiendo luego al ámbito regional, sin ingresar al análisis de la normativa del Mercosur, que es objeto de tratamiento especial. Seguidamente, se examina la normativa de fuente nacional, realizando un extenso recorrido por el ordenamiento jurídico

de varios países, en su mayoría latinoamericanos.

Las consideraciones acerca de la regulación supranacional del transporte multimodal en el Mercosur se vierten en un segundo capítulo, donde se reflexiona acerca de la vigencia, naturaleza, propósito, método y contenido del Acuerdo de Alcance Parcial para la Facilitación del Transporte Multimodal de Mercaderías, suscrito por los Países del Mercosur e inscripto en ALADI. En este punto, el autor analiza la situación del Acuerdo en los países del Mercosur e identifica los problemas de internalización que éste ha encontrado en Uruguay y Argentina, al tiempo que sostiene la aptitud del mismo de ser incorporado al derecho interno de cada país. A continuación, trata el derecho aplicable al transporte multimodal entre los países miembros del Mercosur, al margen del Acuerdo de Facilitación del Transporte Multimodal de Mercaderías, concluyéndose en la falta de certeza jurídica derivada de las diferentes interpretaciones que pueden realizarse de las disposiciones, y en la posibilidad de recurrir a la autonomía de la voluntad de las partes en caso de vacío legal.

En el último capítulo, el autor comparte sus conclusiones, sosteniendo que el transporte multimodal internacional es una categoría autónoma respecto de los transportes unimodales; que la existencia de normas de conflicto se revelan insuficientes para otorgar certeza jurídica respecto del derecho aplicable al caso; que la aplicación del Acuerdo de Facilitación del Transporte Multimodal de Mercaderías es un mecanismo metodológico válido y necesario para lograr la armonía internacional de soluciones iusprivatistas; y, por último, que es imprescindible unificar el derecho de los transportes, para lo cual la incorporación del Acuerdo mencionado a todos los derechos internos de los países que integran el Mercosur, puede resultar un mecanismo aceptable.

“Derecho aplicable al Transporte Multimodal entre Uruguay y los países integrantes del Mercosur” se presenta como una obra profundamente reflexiva y ordenada, que aborda los temas con la intensidad que exige una tesis doctoral y la claridad de exposición necesaria para comprender un tema que no disimula su complejidad. En definitiva, es un trabajo con la calidad científica que caracteriza al autor, y un valioso aporte a la literatura jurídica uruguaya.

No queda más que congratular al Dr. Gonzalo Lorenzo Idiarte por la excelencia de su obra, y recomendar vivamente su lectura. “Derecho aplicable al Transporte Multimodal entre Uruguay y los países integrantes del Mercosur” será, sin lugar a dudas, una fuente de consulta obligada, no sólo para el profesional dedicado al derecho comercial o internacional privado, sino para todo hombre de derecho.

Juan Martín Olivera Amato