



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Un viaje a Japón

DOCTRINA

GONZÁLEZ BIANCHI, Pablo y FIGUEREDO, Flavia

El valor en aduana y los precios de transferencia

ANIDO BONILLA, Raúl

Del modo testamentario

VERDÍAS MEZZERA, Mateo y GARINO PODESTÁ, Joaquín

Ley 19.636: la Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay. Diferencias respecto a la ley modelo UNCITRAL

MARURI ARMAND-UGÓN, Sofía

El control de convencionalidad: un concepto de creación jurisprudencial

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ETTLIN, Edgardo

Specialization in intellectual property of tribunals and judiciaries

JURISPRUDENCIA COMENTADA

VELOSO, Natalia

Responsabilidad del Estado frente a un potencial oferente por contratar directamente cuando debió llamar a un procedimiento competitivo

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrados

TESINAS DE MASTERS

GATTI, Graciela

Proyecto de ley de cooperación penal internacional

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CAMETO ACOSTA, Ciro y ETCHECOPAR GURRUCHAGA, Pilar

La prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

HISTORIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1978-2018), obra dirigida por los Dres. Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio. Por Carlos Loaiza Keel

Periodicidad y descripción: Revista de Derecho es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Indexada en: Dialnet, EBSCO-Fuente Académica, Latindex.

Miembro fundador de AURA: Asociación Uruguaya de Revistas Académicas

Redacción y suscripciones:

Revista de Derecho
Universidad de Montevideo
Lord Ponsomby 2506
(11600) Montevideo, Uruguay
Fax: (598) 2708 3842
Tel.: (598) 2707 4461
E-mail: redaccionfder@um.edu.uy
<http://revistaderecho.um.edu.uy/>

Plazo de recepción de originales: para el número de junio hasta el 30 de abril anterior; para el número de diciembre, hasta el 30 de octubre anterior.

Impresión: Tradinco S.A.
Minas 1367, Montevideo – Uruguay
Telefax: 2409 4463 – 2409 5589
E-mail: tradinco@adinet.com.uy
Depósito Legal 360.809 17
Comisión del Papel
Edición amparada en el decreto 218/996
ISSN: 1510-5172
ISSN (en línea): 2307-1610

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



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Un viaje a Japón

DOCTRINA

**GONZÁLEZ BIANCHI, Pablo y
FIGUEREDO, Flavia**

El valor en aduana y los precios de transferencia.....13

ANIDO BONILLA, Raúl

Del modo testamentario.....43

**VERDÍAS MEZZERA, Mateo y GARINO
PODESTÁ, Joaquín**

Ley 19.636: la Nueva Ley de Arbitraje Comercial
Internacional en Uruguay. Diferencias respecto a la ley
modelo UNCITRAL.....67

MARURI ARMAND-UGÓN, Sofía

El control de convencionalidad: un concepto de
creación jurisprudencial79

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ETTLIN, Edgardo

Specialization in intellectual property of
tribunals and judiciaries.....91

JURISPRUDENCIA COMENTADA

VELOSO, Natalia

Responsabilidad del Estado frente a un potencial
oferente por contratar directamente cuando debió
llamar a un procedimiento competitivo111

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrados.....137

TESINAS DE MASTERS

GATTI, Graciela

Proyecto de ley de cooperación
penal internacional159

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

**CAMETO ACOSTA, Ciro y ETCHECOPAR
GURRUCHAGA, Pilar**

La prohibición del pacto comisorio en los
contratos de garantía.....219

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

HISTORIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS (1978-2018), obra dirigida
por los Dres. Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio.
Por Carlos Loaiza Keel233

MENSAJE DEL DECANO

Un viaje a Japón

En julio de este año, quien esto escribe tuvo la oportunidad de visitar Japón donde se realizó un Congreso Internacional de Derecho Comparado. Entre otros aspectos interesantísimos que tienen que ver con conocer un poco más desde adentro la cultura de ese país, me ha parecido muy significativo transmitir estas pequeñas anécdotas que ocurrieron con ocasión de esa visita:

Previo a mi partida, un amigo médico uruguayo me comentó lo siguiente: Su hijo visitó Tokyo por primera vez y entre otras cosas decidió utilizar el servicio de transporte público para recorrer diversas partes de la ciudad, por tener fama de ser muy eficiente y puntual. En efecto, a la hora marcada se subió a un ómnibus. Cuando lo hizo estaba masticando un chicle. Una vez arriba, se percató de que había un policía dentro del vehículo que lo observó unos instantes y le hizo una seña. El joven se acercó al policía y le hizo gestos de no hablar el idioma japonés, por lo que preguntó al policía si podrían entenderse en inglés. “¿Disculpe, habla usted inglés?” El policía respondió afirmativamente con la cabeza y le preguntó en dicho idioma: “¿Usted está masticando un chicle, es así?” Ante la respuesta también afirmativa del joven, el policía prosiguió: “Está todo bien, pero simplemente le hago una advertencia: preste mucha atención a no arrojar el chicle en cualquier sitio, porque la multa puede ser alta. Nada más.” Y nada menos comentamos... ¿Políticas de prevención del delito? Mucho antes y prudentemente que ello: Cultura de prevención de una simple falta de urbanidad o civismo, para evitarle dolores de cabeza y de dinero a quien –por ser extranjero o ignorante - se le ocurriese o se distrajera en cometerla. Esto suele llamarse también, sabiduría.

Había un restaurante cercano al hotel donde me hospedé durante el Congreso Internacional de Derecho Comparado. Luego de probar buena comida japonesa, pedí la cuenta y me la trajeron inmediatamente; eran 2.980 yens. El comensal pagó en efectivo con tres billetes de 1.000 yens. Me trajeron enseguida el cambio con



Revista de **DERECHO**

DIRECTOR

Santiago Pérez del Castillo

DIRECTOR FUNDADOR

Carlos E. Delpiazzo

SUB DIRECTOR Y REDACTOR

RESPONSABLE

Miguel Casanova

CONSEJO EDITORIAL

Carlos de Cores,
Alberto Faget Prati
Jorge Fernandez Reyes
Mercedes Jiménez de Aréchaga
Pedro Montano Gómez
Beatriz Bugallo
Miguel Casanova
Juan Manuel Gutiérrez

SECRETARÍA TÉCNICA

Natalia Veloso
Sofía Maruri

CONSEJO ASESOR Y CONSULTOR

David Aronofsky
University of Montana, EEUU

Joseph Daly
Mitchell Hamline University, EEUU

Juan Cianciardo
Universidad de Navarra, España

Eduardo Valpuesta Gastaminza
Universidad de Navarra, España

dos monedas de 10 yens que dejé sobre la mesa cuando me retiré. Salí del restaurante y comencé a dirigirme a pie hacia el hotel donde estaba hospedándome. Un minuto después escucho los pasos de una chica que viene corriendo y me hace señas de detenerme. Es la joven que me sirvió la comida en el restaurante, y que me hace señas de que dejé atrás los 20 yens y me los quiere entregar porque son míos. Se produce una confusa pero simpática situación hasta que la joven acepta quedarse con las dos monedas y agradece como si fuera un enorme regalo... En Japón la costumbre de las propinas no existe. Nadie las acepta por considerarlas inmerecidas. Se cobra lo que corresponde, con impuestos incluidos y nada más.

Días más tarde me paseaba por las calles de Fukuoka entre frondosos parques y modernos edificios propios del siglo XXI. Quería llegar a un templo japonés para conocer un poco más de cerca el espíritu y arquitectura japonesa en torno a su religión. Sabía que estaba cerca, pero no tenía la certeza dónde y a qué distancia se encontraba el templo. Observé alrededor y me fijé en un joven que venía caminando con una semblanza de estudiante que podría saber algo de inglés. (Entre paréntesis la barrera idiomática en Japón en general y en Fukuoka en particular, es mucho más alta de lo que a simple vista puede creerse. La modernidad arquitectónica y tecnológica japonesa no ha sido acompañada todavía por una diversidad y actualización idiomática, ni siquiera con una *“lingua franca”* como el inglés...). Volvamos al encuentro entre el desorientado visitante y el joven con pinta de anglo-parlante. Hay un acierto parcial: el joven comprende las preguntas del extranjero en torno a dónde puede encontrarse el famoso *“shrine”* (templo). Saca su celular y con el mapa electrónico a la vista me indica: *“Estamos precisamente aquí y usted debe caminar hacia allá durante unos cinco minutos en línea recta; luego gire a su izquierda y se encontrará con el templo.”* Agradezco las indicaciones y comienzo a dirigirme en la dirección indicada. Sorpresivamente, no cinco, sino tres minutos después, me encuentro a mano izquierda con un gran edificio que no deja lugar a dudas de ser el templo que estaba buscando. Cuando ya estoy por tomar esa dirección y dirigirme hacia allí, un pequeño toque en el hombro desde atrás me hace detener y dar vuelta; es el joven que vino corriendo unas cuadras en dirección contraria hacia la que iba originariamente, cuando se encontró conmigo, y me explica en una mezcla de japlish o engjap, (como quiera entenderse), que me pide disculpas, pues sus datos habían sido un poco erróneos; el templo quedaba más cerca de lo que originariamente me había indicado y me lo muestra con la mano y gestos de pedido de perdón. Sorprendido por tanta amabilidad, por haber vuelto en la dirección contraria a la que se dirigía y por tanto empeño en servir bien y mejor a los demás, solamente atino a darle de nuevo las gracias y decirle en ese mismo japlish o engjap *“¡Que Dios te bendiga!”*

En otra de esas jornadas, me encontraba paseando por las calles de Fukuoka descubriendo y admirando la armoniosa combinación arquitectónica entre lo moderno y lo ancestral, entre el incontenible avance de elegantes edificios de vidrio y metal y antiguos templos y casas que transmiten tradiciones milenarias; conviene tener en cuenta que la altura de los edificios en dicha ciudad no es algo que resalte, son más bien bajos, dado que el aeropuerto se encuentra metido muy próximo a los puntos céntricos urbanos más concentrados y por esa misma razón, hay barrios enteros en los que los cables de electricidad no se encuentran en el aire sino que son subterráneos. En esas andanzas me

encontraba cuando recordé que debía cumplir con mis deberes de abuelo y buscar alguna juguetería para llevarle a cada uno de mis nietos un regalo japonés acorde a la edad de cada uno (todos pequeños por suerte, de cuatro años hacia abajo). Comenzó entonces la tarea de buscar algún signo o señal de juguetería y al poco rato me percaté que no iba a ser nada sencillo. Una vez más opté por preguntar y nuevamente la barrera idiomática comenzó a imponerse con fuerza. Luego de varios intentos frustrados, ingresé en una tienda dentro de un gran Shopping Mall que de juguetería no tenía ni la jota, pero que se mostraba como una tienda elegante de artículos para mujeres en la que quizás, con un poco de suerte, alguna de las vendedoras pudiera saber algo de inglés. Bingo! Una de ellas comprendió entre signos, gestos y palabras la necesidad infantil del susodicho y me dio a entender que sí, que había una juguetería cerca. Comenzó a darme las indicaciones de cómo llegar a la misma pero ahí nuevamente la incompreensión y la cara de confusión del interrogante le dio claras señales a la interrogada de que no iba a serme nada fácil encontrar el lugar. Ante el problema planteado, una práctica e inmediata solución: la vendedora le hace señas al despistado que lo siga, sale de la tienda y comienza a caminar dentro del gigantesco shopping mall; ¿una cuadra, dos? No; unas cuatro cuadras internas, es decir más de cuatrocientos metros dentro del Mall hasta salir por la otra punta del mismo al exterior y desde allí indicarle a su seguidor con la mano un alto edificio visible y distante unos doscientos metros y completarle los datos señalándole el sexto piso, dándole a entender que, en ese edificio, en el sexto piso, encontraría una juguetería. Dicho y hecho. Luego de lo que procuró ser un efusivo agradecimiento con “harigatos” múltiples e inclinaciones de cabeza (aunque ganas no me faltaban de abrazarla por los aires) el obediente abuelo pudo ubicar la juguetería y cumplir con su deber de llevarle a cada uno de sus pequeños nietos un recuerdo infantil de Japón.

Fin de las historias. Pero hay un enlace común entre ellas: El pueblo japonés muestra y vive cotidianamente un cultivo de valores tales como el respeto, el civismo, el cuidado por el bien común, la servicialidad y amabilidad como pocos otros en el mundo contemporáneo. No lo hace por mera formalidad ni por razones de moda circunstancial. Lo hace por convicción. Las personas japonesas tienen metidos estos valores, virtudes y actitudes dentro de ellos mismos como la sangre en sus venas, como si fuera parte de sus músculos, de su ADN. Y los aplican en su vida diaria. No fue casualidad entonces ver cómo durante el campeonato mundial de fútbol en Rusia, la hinchada nipona juntaba los restos de papel, comida, o vasos y botellas con grandes bolsas en los estadios donde habían concurrido una vez finalizados los partidos. Eso no es un asunto de marketing; es un tema que tienen incorporado en su identidad cultural por educación, desde temprana edad.

Conviene recordar que los antepasados de estos mismos actuales ciudadanos, en un tiempo no tan lejano, pues 70 o 75 años no son nada en términos de historia de la humanidad, fueron los que “recibieron” dos impactos atómicos en Nagasaki e Hiroshima que diezmaron a cientos de miles de ellos con muerte y secuelas de enfermedades espeluznantes para ellos y sus descendientes. Son también los que siguen recibiendo cada tanto las conmociones de tsunamis, terremotos o tifones.

¿Conclusiones? Este pueblo y esta cultura sabe perfectamente lo que es sufrir de verdad. Conoció muy de cerca la devastadora consecuencia de padecer una y más guerras. Pero también supo cómo obtener, a partir de esos mismos sufrimientos y tragedias, un montón de lecciones. Y supo cómo reconstruir no solamente sus ciudades, sus poblados

y espacios verdes. Aprendió a reconstruirse a sí mismo como pueblo y a preservar su cultura, sin por ello menospreciar a las ajenas. Por el contrario, las asimiló con genuino interés y ganas de superarse día a día. ¡Y vaya que lo logró! Sin resentimientos, sin intenciones revanchistas y sin nostalgias de tiempos pasados, Japón y su extraordinaria gente es hoy ejemplo de modernidad y progreso, de respeto por el eco-sistema, de avances tecnológicos, de tolerancia bien entendida, de amable, cuidadosa y responsable a la vez apertura al mundo como pocos otros países del planeta.

Las anécdotas comentadas son simples muestras o perlas de un largo collar. Sospecho que este collar seguirá alargándose y enriqueciéndose en los años por venir. Qué bueno sería que nosotros los uruguayos los imitéramos no solamente a recoger la basura, como algunos lo hicieron durante el Mundial de Fútbol, sino en muchos otros aspectos de nuestra diaria convivencia.

Noviembre, 2018

Nicolás Etcheverry Estrázulas



DOCTRINA

GONZÁLEZ BIANCHI, Pablo y FIGUEREDO, Flavia

El valor en aduana y los precios de transferencia

ANIDO BONILLA, Raúl

Del modo testamentario

VERDÍAS MEZZERA, Mateo y GARINO PODESTÁ, Joaquín

Ley 19.636: la Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay. Diferencias respecto a la ley modelo UNCITRAL

MARURI ARMAND-UGÓN, Sofía

El control de convencionalidad: un concepto de creación jurisprudencial

EL VALOR EN ADUANA Y LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

PABLO GONZÁLEZ BIANCHI* Y FLAVIA FIGUEREDO**

Resumen: La finalidad de los sistemas de Precios de Transferencia y Valor en Aduana es determinar la base imponible de tributos (internos y al comercio exterior). El área común de ambos lo constituyen las transacciones de bienes corporales entre empresas vinculadas. La aplicación de los métodos establecidos por uno u otro sistema puede dar lugar a resultados opuestos. Si bien las finalidades de ambos institutos son diferentes, han existido esfuerzos de convergencia a nivel de la doctrina y de la legislación internacional (OCDE y OMA). El tema sigue siendo todavía objeto de debates, los cuales se intenta clarificar en este trabajo.

Palabras clave: Precios de Transferencia. Valor en Aduana. Arm's lenght. Valor de transacción.

Abstract: The purpose of the Transfer Price and Customs Value systems is the determination of the tax basis for the application internal taxes and customs duties. The common ground for both systems are the transactions of goods between related parties. The application of the methods set forth by each of the referred systems may result in different outcomes. Despite the fact that the objectives of both systems are different, there have been convergence efforts from the doctrine and the international legislation (OECD and WCO). However, this issue is still object to debate, which we will intend to clarify through this paper.

Key words: Transfer Price. Customs Value. Arm's lenght. Transaction Value.

1.- La evasión impositiva, los precios de transferencia y el standard "arm's lenght"¹.

* Abogado. Profesor Titular de "Derecho del Comercio Internacional" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-8274-8498>. pgonzalez@gbyasoc.com.uy

** Abogada. Profesora Adjunta de "Derecho del Comercio Internacional" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0003-2443-3030>. ffigueredo@gbyasoc.com.uy

1 Ver más ampliamente sobre este tema: BARREIRA, Enrique C.: "El valor en aduana y los precios de transferencia en las transacciones internacionales entre empresas vinculadas: dos enfoques ante un mismo fenómeno", en Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Julio de 2001, págs. 33 a 50; FRANCO, Sergio y SHAW, José Luis: "Precios de transferencia en Uruguay", Revista Tributaria Número 126, Tomo XXII, mayo-junio de 1995, págs. 187 a 218; MAZZ, Addy: "La imposición sobre la renta derivada del suministro de tecnología", Revista Tributaria No. 142, Tomo XXV, Enero-Febrero de 1998, págs. 52 a 56; ARCIA NODARI, Sebastián: "Precios de transferencia en el Uruguay", Revista Tributaria No. 141, Tomo XXIV, Noviembre-Diciembre 1997, págs. 695 a 719; BOCCHIARDO, José C.: "La legislación antielusiva: la experiencia en los países latinoamericanos", Revista Tributaria No. 112, Tomo XX, Enero-Febrero 1993, págs. 5 a 32; ECHENAGUSÍA, Soledad y FAGET, Alberto: "Límites al uso de regímenes de baja tributación por parte de compañías multinacionales: medidas actuales y tendencias futuras", en Revista Tributaria No. 166, T. XXIX, Enero-Febrero 2002, págs. 45-54. Más actualmente, y luego de la reforma tributaria operada por la ley No. 18.083 de 27 de diciembre de 2006, ver entre otros: ABADI, Félix y JUAN, Nicolás: "Aspectos prácticos del régimen de precios de transferencia", en Revista Tributaria Tomo 38, No. 220, año 2011, págs. 5 y sgts.; LUCAS, Gonzalo y LABANDERA, Pablo: "Precios de Transferencia y Valores en Aduana: dos instrumentos jurídico-tri-

Es una realidad que, en diversas oportunidades, a través del manejo de los precios de operaciones comerciales internacionales entre empresas vinculadas –denominados “precios de transferencia” (PT)-, se obtienen economías tributarias con las consiguientes pérdidas fiscales para el o los Estados donde actúan las empresas que realizan dichas prácticas. Así, un precio de importación artificialmente alto o un precio de exportación artificialmente bajo, tienen la consecuencia de localizar en forma artificial el lugar donde se produce parte de la renta o ganancia. A ello debe adicionarse la situación de los llamados “paraísos fiscales”, o sea países o regiones con una bajísima presión tributaria, que determina, en base a la llamada “economía del impuesto”, la elección por los empresarios como lugar de localización de sus negocios a aquellas jurisdicciones que resulten más beneficiosas desde el punto de vista de las cargas fiscales que recaerán sobre sus rendimientos, su capital, fuerza de trabajo, etc. Los países de mayor desarrollo económico relativo que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se han preocupado por estos temas; esta organización ha trabajado desde mediados de la década del ochenta del siglo pasado generando los “Lineamientos² de los precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias”. La versión más reciente de esos lineamientos se denomina: “Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010”³.

Así, en estos trabajos, la OCDE ha desarrollado diversos métodos tendientes a fijar el precio que debe tenerse en cuenta entre empresas independientes una de otra, a fin de considerarlo como costo de compra por parte de la empresa vinculada adquirente. Se trata de que los Fiscos de los países de exportación o de importación puedan aplicar los impuestos sobre la renta que normalmente hubieran aplicado en su propia jurisdicción fiscal si la transacción comercial se hubiera realizado en condiciones normales de mercado entre empresas independientes una de la otra.

De esta forma, existe un consenso respecto de la necesidad de fijar en las transacciones internacionales un precio “*arm’s length*”, entendiendo por este concepto el precio entre operadores independientes. La expresión *arms’ length basis* es un tecnicismo jurídico anglosajón que se utiliza con mucha frecuencia en los contratos. Sirve para indicar que las partes del mismo se encuentran en una posición de igualdad a la hora de negociar sus términos o a la hora de concluir una determinada operación. El origen de la expresión es muy antiguo y se remonta a los tiempos en los que, para que un duelo o una batalla fuera considerada justa, los contendientes debían portar armas de la misma longitud. Es decir, si una de las partes peleaba con cuchillo, la otra no podía hacerlo con espada o lanza, pues estaría en una posición de ventaja y la contienda no sería equilibrada.

El *Arm’s Length Principle* (ALP) se concreta por tanto en la exigencia de que las partes de una transacción estén en las mismas condiciones y tengan el mismo poder de nego-

butarios de ineludible coordinación”, Revista Tributaria N° 202 de Enero – Febrero 2008. BERGSTEIN, Jonás: “Apuntes a propósito de los precios de transferencia” en Revista Tributaria Tomo 36, No. 209, año 2009, págs. 215 y sgts.; HANSEN, Alvaro e ISOARDI, Leonardo: “La vinculación comercial en la valoración aduanera y su vinculación con los precios de transferencia en la tributación interna. Aspectos conflictivos”, en Revista Tributaria Tomo 37, No. 219, Año 2010, págs. 1001 y sgts.

2 También conocidos como “Principios”, en su versión en francés. Ver dichos Lineamientos en la publicación de la OCDE, julio de 1995.

3 Publicación conjunta (en la versión traducida al español) de la OCDE – Instituto de Estudios Fiscales (2010).

ciación para asegurar un trato justo. O dicho de otra forma, que *todas las operaciones entre las Partes se han llevado a cabo en condiciones de igualdad*. Esta última sería la **traducción más frecuente**, aunque también es usual utilizar otras expresiones similares como “en condiciones de mercado” o “en condiciones de plena competencia”⁴.

El consenso sobre la necesidad de fijar un precio de tales características, determina que el Fisco puede establecer las correcciones pertinentes a fin de reconstruir la realidad económica del negocio como si se tratara de empresas independientes⁵. Este principio fue recogido en las VII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (Caracas 1985), en las cuales se estableció que “el tratamiento impositivo de las empresas vinculadas debe seguir las reglas aplicables a las sociedades independientes”, sin perjuicio de otras recomendaciones⁶. Y por otra parte el art. 9.1 del Modelo de Convención Fiscal de la OCDE en su primera versión, establece que: “Cuando las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas *que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes*, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que, de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de dicha empresa y someterse a imposición en consecuencia”. En su novena versión (2015), el Modelo de Convención Fiscal modifica en algo el art. 9.1, que puede traducirse como sigue:

Cuando:

a) una empresa de un Estado contratante participa directa o indirectamente en la dirección, el control o en el capital de una empresa de otro Estado contratante o que

b) las mismas personas participan directamente o indirectamente en la dirección, el control o el capital de la empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y que, en uno y otro caso, las dos empresas están, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieren de aquellas que habrían sido convenidas entre empresas independientes, los beneficios que, sin esas condiciones, habrían sido realizados por una de las empresas pero no han podido obtenerse a causa de esas condiciones, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y someterse a imposición en consecuencia⁷.

En la última versión de las “Directrices” de la OCDE, se da cuenta de que se ha planteado en ocasiones, como una alternativa al principio del precio de libre competencia, el sistema del *reparto del beneficio global según una forma preestablecida*. La aplicación de esta alternativa implica que se distribuirían los resultados globales consolidados de un grupo multinacional entre las empresas asociadas localizadas en los distintos países según

4 <https://traduccionjuridica.es/que-significa-la-expresion-arms-length-basis/>.

5 BARREIRA, “El Valor en Aduana...”, cit., págs. 33-34 y 43; ECHENAGUSÍA y FAGET, “Límites...”, cit. pág. 45; ARCIA, “Precios de Transferencia en el Uruguay”, cit. pág. 696 y 698. En forma reciente (2015) la OMA ha publicado la “Guide de l’OMD sur l’évaluation en douane et les prix de transfert” (“Guía de la OMA sobre el valor en aduana y los precios de transferencia”) en donde se indica (pág. 26) que la denominación más adecuada es: “Principio de libre competencia (concurencia)”.

6 FRANCO y SHAW, “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit. pág. 194; ARCIA, “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit. pág. 698; MAZZ, “La imposición sobre la renta...”, cit. pág. 53

7 “Model Tax Convention on Income and on Capital” –OECD 2015.

una fórmula predeterminada. La fórmula se fundamentaría en base a una combinación de costes, activos, salarios y ventas. Luego de desarrollar los aspectos de este planteo⁸, se reafirma en las Recomendaciones que debe rechazarse esta alternativa teórica y se reitera el apoyo al principio de libre competencia⁹.

2.- Delimitación entre PT y valor en aduana.

El tema de los PT no refiere a la tributación a la importación. El sistema de PT tiende a solucionar un problema tributario interno, de determinación de la base de cálculo del impuesto a la renta o a las ganancias, básicamente en operaciones comerciales internacionales entre *empresas vinculadas*. No obstante, tiene *ciertos puntos de contacto* con la determinación del “valor en aduana” (VA). Así, *en ambos casos asistimos a la determinación de la base imponible de la tributación* —en un caso tributación interna, en otro caso, tributación al comercio exterior—, *en operaciones internacionales comerciales de bienes corporales entre empresas vinculadas*¹⁰. En adición a ello, es importante destacar la diferente función que cumplen ambos valores, así como la contraposición de intereses que puede producirse entre la administración fiscal interna y la administración aduanera, al aplicar por un lado las normas de los PT y por otro lado las normas sobre valoración aduanera. Sobre este último punto han existido en los últimos años esfuerzos doctrinarios, estudios de la OMA y aún soluciones legislativas para intentar una convergencia entre ambos conceptos, todo lo cual se verá más adelante.

3.- Métodos desarrollados por la OCDE.

En las Directrices elaboradas por la OCDE, se han desarrollado diversos métodos tendientes a determinar el precio que debe tenerse en cuenta entre empresas independientes una de otra, a fin de considerarlo como costo de compra por parte de la empresa vinculada adquirente. Dichos métodos pueden ser divididos en dos grandes grupos. El primero de ellos agrupa a los llamados “métodos tradicionales”, que se basan en la determinación del precio y son principalmente utilizados para la importación y exportación de mercaderías (están fundados sobre *la transacción examinada*). El segundo grupo agrupa a los métodos basados en la “determinación de la utilidad” (“Métodos de distribución de los beneficios de la transacción”). El primer grupo de métodos se utiliza primordialmente para la importación y la exportación de mercaderías ya que no resulta tan efectivo cuando se trata de transacciones de servicios o de derechos de la propiedad intelectual o industrial. Estos métodos constituyen el medio más directo para determinar si las condiciones de las relaciones económicas entre las empresas vinculadas son condiciones de plena competencia. Por ello son preferibles a los métodos del segundo grupo. Pero dada la complejidad de las situaciones en las cuales se encuentran concretamente las empresas, la aplicación de los métodos fundados sobre las transacciones puede generar un gran número de dificultades prácticas. En esas situaciones excepcionales, cuando los datos no están disponibles o cuando los datos disponibles no tienen una calidad su-

8 Párrafos 1.16 a 1.31 de las Recomendaciones.

9 Párrafo 1.32 de las Recomendaciones.

10 Hacemos notar que el régimen de PT refiere también a las transacciones internacionales de bienes intangibles, prestación de servicios y financiamiento; estas operaciones no merecen la atención de la normativa sobre valor en aduana.

ficiente para confiar de manera única o general en los métodos fundados sobre las transacciones, puede ser necesario investigar si y bajo cuales condiciones el segundo grupo de métodos puede ser utilizado.

A continuación enumeramos los métodos del primer grupo, apreciando la similitud que tienen con los métodos de valoración en aduana¹¹.

Los métodos de este primer grupo son:

- *Método del precio comparable entre partes independientes*¹². Parte de la base del precio pagado o por pagar (incluyendo el importe de las contraprestaciones no expresadas en dinero) en transacciones comerciales respecto de mercaderías idénticas o similares y en circunstancias comerciales comparables (en las mismas fechas o las más cercanas posibles, por cantidades similares y en el mismo nivel comercial) celebradas entre partes independientes. Este método es similar a los métodos contemplados en el régimen de valoración en aduana en los artículos 2 y 3 del Código de Valoración, es decir los correspondientes a las mercaderías idénticas o similares a las que son objeto de valoración.
- *Precio de reventa entre partes independientes*. Parte del precio obtenido por la reventa de la mercadería a un adquirente independiente en el mercado del lugar de importación, restándole la utilidad bruta usual entre partes independientes. Este método es similar al denominado “método sustractivo” o “deductivo”, que contempla el artículo 5 del Código de Valoración.
- *Costo más margen de utilidad*. Parte del costo de la mercadería y se le adiciona la utilidad bruta usualmente utilizada entre partes independientes. Este método es similar al denominado “método del valor reconstruido”, que contempla el artículo 6 del Código de Valoración.

Estos son los métodos tradicionales, basados en la transacción, y resultan los más aplicables si la transacción es sobre bienes corporales (interesan por tanto más cuando los PT se estudian en relación al valor en aduana). Los dos restantes métodos, como ya hemos visto, son genéricamente denominados: “Métodos de determinación de la utilidad” o “Métodos basados en el resultado de las operaciones”¹³, y resultan de más utilidad cuando son aplicados a las transacciones de servicios y bienes inmateriales. Estos últimos son:

- *Método de la división de ganancias o beneficios*. Este método busca eliminar la incidencia sobre los beneficios, de condiciones especiales convenidas o impuestas en una transacción entre empresas vinculadas, determinando el reparto de beneficios

11 En los desarrollos que siguen, seguimos los lineamientos expuestos por BARREIRA: “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., págs. 43—44; ARCIA: “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit., págs. 698 y 699; FRANCO y SHAW: “Precios de transferencia en el Uruguay”, op. cit. págs. 205-206. En cuanto a los métodos basados en la “determinación de la utilidad”, nos remitimos a BARREIRA, op. cit., págs. 45-46.

12 “Comparable Uncontrolled Prices (CUP) Method”.

13 Según la versión en español de las “Directrices” (2010).

al cual empresas independientes habrían procedido normalmente y las mismas hubieran efectuado la o las transacciones objeto de examen. Este método consiste primeramente a identificar el monto global de los beneficios provenientes de las transacciones efectuadas por las empresas vinculadas. Estos beneficios son luego divididos entre las empresas asociadas en función de una base económicamente válida que se aproxime a la división de beneficios que habría sido anticipada y reflejada en un acuerdo realizado en condiciones de plena concurrencia. La contribución de cada empresa es mensurada sobre la base de un análisis funcional y evaluado en la medida de lo posible sobre la base de datos externos fiables, relacionados con el mercado que están disponibles. El análisis funcional es un análisis de las funciones ejercidas por cada empresa, teniendo en cuenta los activos implicados en la transacción y los riesgos asumidos por cada empresa.

- *Método del margen neto de la transacción.* Este método consiste en determinar, a partir de una base apropiada (por ejemplos los costos, las ventas o los activos), el margen de beneficios netos que obtiene un contribuyente como consecuencia de una transacción controlada. Por consiguiente, se aplica de manera similar al método del precio de reventa entre partes independientes y al método del costo más utilidad, y debe ser aplicado de manera compatible con las modalidades de estos métodos, lo que significa en particular, que el margen neto obtenido por el contribuyente en una transacción controlada, debería teóricamente ser determinado en referencia al margen neto que el mismo contribuyente realiza en virtud de transacciones comparables en el mercado libre.

4.- Legislación nacional.

4.1. Precios de Transferencia.

4.1.1. El *standard arm's length* y el valor de transacción.

La ley No. 18.083 de 27 de diciembre de 2006 (de "Reforma Fiscal"), estableció un nuevo sistema tributario. El art. 3° de esta ley estableció una nueva redacción del Título 4 del Texto Ordenado 1996 (Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas –IRAE-) –en adelante "TO"-, y quedó de esa forma establecido en los artículos 38 a 46 del referido Título el sistema de precios de transferencia en sede de dicho Impuesto. Estos artículos fueron reglamentados por los decretos Nos. 56/009 y 392/009 de fechas 26 de enero y 24 de agosto de 2009, respectivamente. La ley y su reglamentación tomaron básicamente los lineamientos de la OCDE según se verá.

Nuestra legislación consagró el "*standard arm's length*" (art. 38 T.O.): "*Las operaciones que los sujetos pasivos de este impuesto realicen con personas o entidades vinculadas, serán considerados a todos los efectos, como celebradas entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entidades independientes....*".

Hacemos notar desde ya que en el ámbito aduanero, el concepto de “prácticas normales de mercado entre entidades independientes”, no es un parámetro válido para fijar el valor en aduana. Así, dos empresas independientes, en condiciones de libre competencia, pueden lícitamente pactar un precio que no sea el “normal de mercado”: por ejemplo por la concesión de un importante descuento (por el motivo que fuere, salvo un descuento relacionado con una transacción anterior¹⁴), o un precio pactado con un distribuidor exclusivo al cual no le alcanzan ninguna de las causales de vinculación del art. 15.4 del Acuerdo de Valoración); o sea un precio que no coincide con lo que es la práctica normal del mercado entre empresas independientes, en relación al mismo tipo de mercaderías.

En estos casos (descuentos, distribuidor exclusivo) y otros, estaríamos en presencia de precios pactados en condiciones de libre competencia entre empresas independientes con igual fuerza económica, pero que no serían “los normales de mercado”. Esta distinción es efectuada por ejemplo en la Opinión Consultiva 2.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas (OMA): “...el mero hecho de que un precio fuera inferior a los precios corrientes de mercado de mercancías idénticas no podría ser motivo de un rechazo a los efectos del artículo 1, sin perjuicio desde luego, de lo establecido en el artículo 17 del Acuerdo”.

Retomaremos el tema más adelante, al examinar la determinación del valor en aduana en caso de que las empresas (vendedor y comprador) estén vinculadas.

4.1.2. Las causales de vinculación en el escenario de los PT.

La vinculación es definida en forma amplia (art. 39 T.O.): la misma quedará configurada cuando “un sujeto pasivo de este impuesto realice operaciones con un no residente o con entidades que operen en exclaves aduaneros y gocen de un régimen de nula o baja tributación, y ambas partes estén sujetas, de manera directa o indirecta, a la dirección o control de las mismas personas físicas o jurídicas o éstas, sea por su participación en el capital, el nivel de sus derechos de crédito, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de los mencionados sujetos pasivos”.

Se ha dicho que la definición anterior –tomada de la legislación argentina– es singularmente amplia y puede llegar a extenderse a una imprevisible gama de relaciones: contratos de agencia, distribución, concesión, franquicia y afines, operaciones de compra y venta, contratos de préstamos, servicios a façon, contratos de transferencia de tecnología, contratos llave en mano, relaciones de *joint-venture* y tantas otras¹⁵. Efectivamente, si bien esta definición estaría comprendiendo en forma amplia las situaciones de control de derecho (mediante participación de un sujeto en el capital accionario de la otra) y de hecho (poder de un sujeto de influir sobre las decisiones de otro en virtud de su mayor poder económico), lo cierto es que no existe, a diferencia del Acuerdo de Valoración, una enumeración taxativa y ordenada de las causales de vinculación.

14 Opinión Consultiva 8.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMA.

15 BERGSTEIN, Jonas: “Apuntes a propósito de los precios de transferencia”, en Revista de Derecho Tributario, Tomo 36, -año 2009, pág. 218. En igual sentido: ABADI y JUAN, op. cit., pág.10. También FRASCHINI Juan Ignacio y RYBNIK, Daniel: “Precios de transferencia: carga de la prueba, método anti CUIP y otros aspectos de la normativa uruguaya” en Revista de Derecho Tributario Tomo 35, No. 206, año 2008, págs. 593 y sgts., especialmente pág. 595.

4.1.3. Los métodos previstos.

La legislación uruguaya estableció una metodología similar a la de la OCDE (identidad con los métodos de los Lineamientos de la OCDE especificados más arriba –ver art. 41 inciso 2º. Título 4 TO y art. 4º del decreto No. 56/09) y adoptó la regla del “mejor método”, indicando que “serán utilizados los métodos más apropiados de acuerdo al tipo de transacción realizada”¹⁶; no favoreció por tanto la aplicación en primer término del grupo de métodos “tradicionales”¹⁷, criterio establecido en las “Directrices” en su versión de 1995. No obstante, en la versión 2010 de las Directrices, esta jerarquía explícita fue eliminada como consecuencia de una consulta pública de amplia envergadura sobre la utilización de los métodos basados en el resultado de las operaciones y en definitiva se optó por la selección del “método más apropiado para las circunstancias concretas analizadas”¹⁸, con lo cual la legislación uruguaya, en este aspecto, está hoy en línea con las Directrices de la OCDE.

El artículo 42 del T.O. estableció, en materia de operaciones de importación o exportación de “commodities” dos métodos adicionales que la doctrina ha denominado “sexto método” y “CUP preceptivo”¹⁹.

El primer caso refiere a operaciones sobre “bienes respecto de los cuales pueda establecerse el precio internacional de público y notorio conocimiento a través de mercados transparentes, bolsas de comercio o similares”. En estos casos, es preceptiva la aplicación de dichos precios a los fines de la determinación de la renta neta de fuente uruguaya “salvo prueba en contrario”. El artículo 43 del T.O. previó como se decía, otro método adicional. Es el caso en que interviene, en la negociación entre sujetos vinculados que comercializan commodities, un intermediario en el exterior que no sea el destinatario efectivo de la mercadería. En este caso, se aplicará preceptivamente el método de precios comparables entre partes independientes (CUP), considerándose tal, “el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería, cualquiera sea el medio de transporte utilizado, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario”. La norma establece luego requisitos cuya existencia conjunta dará lugar en forma excepcional a la no aplicación de este método.

Según la doctrina, la norma en cuestión establece en realidad un método anti-CUP, ya que el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería, en nada se parece al método CUP y refleja la lógica contraria: obliga a apartarse del CUP en situaciones en las que todo indica que el método CUP es el más apropiado para el análisis de los PT. El fin es claramente antielusivo: evitar la localización de utilidades en el exterior mediante la triangulación a través de intermediarios “pantalla”. La aplicación del método CUP, según la lógica, es ideal para analizar los PT en operaciones con productos que se negocian en los mercados de futuros²⁰.

16 Art. 41 T.O.

17 FRASCHINI, Juan Ignacio y RYBNIK, Daniel: “Precios de transferencia...”, op. cit. págs. 593 y sgts.; estos autores indican que la preferencia de la OCDE por los métodos tradicionales emana de los párrafos 2.5, 3.2 y 3.53 de los Lineamientos (pág. 595).

18 Ver párrafo 2.2 de las Directrices versión 2010. Cf.: “Guide de l’OMD sur l’évaluation en douane et les prix de transfert” – publicación de la Organización Mundial de Aduanas (2015), págs. 1 y 43-44.

19 Cf.: ABADI y JUAN, op. cit. pág. 37; HANSEN e ISOARDI, op. cit., pág. 1015.

20 FRASCHINI y RYBNIK: “Precios de transferencia...”, cit. págs. 593 y sgts., especialmente págs. 600-601.

4.1.4. Refugios seguros

Los Lineamientos de la OCDE otorgan la posibilidad de acordar regímenes de protección o “refugios seguros” (“safe harbours”) que tienen como finalidad eliminar la incertidumbre y no imponer a los contribuyentes y a las administraciones fiscales una pesada carga administrativa²¹. Por tanto, en ciertos casos los contribuyentes y las o las administraciones fiscales pueden acordar, para establecer los PT, un conjunto de reglas simples y los PT así fijados son aceptados en forma automática por la administración fiscal. Estas reglas pueden tener dos variantes. O bien puede crearse un refugio seguro excluyendo del ámbito de aplicación de los PT a ciertos contribuyentes u operaciones (por ejemplo mediante la fijación de umbrales por debajo de los cuales no debe realizarse el estudio); o bien mediante la simplificación de reglas (por ejemplo fijando un rango de precios o utilidad o un cierto margen específico para ciertas actividades). La simplificación y la seguridad de estos regímenes tienen como contrapartida el gran riesgo de doble imposición, resultante de una eventual incompatibilidad entre el régimen de protección y el principio de plena competencia²².

Al respecto, el art 44 del TO facultó al Poder Ejecutivo a establecer, con carácter general, para la determinación de la renta de fuente uruguaya, regímenes especiales de utilidad presunta en atención, entre otras, a las modalidades de las operaciones, giro o explotación, a las cuales podrán ampararse los contribuyentes. El Poder Ejecutivo hizo uso de esta facultad mediante el artículo 11 *bis* del decreto No. 56/009 de 26 de enero de 2009 (en la redacción dada por el artículo 4 del decreto 392/009 de 24 de agosto de 2009), por el cual se estableció que la DGI “podrá establecer un régimen especial de determinación de la utilidad presunta de las operaciones de importación y exportación que tengan por objeto los bienes referidos en los artículos 42 y 43 del Título 4 del Texto Ordenado 1996. Dicho régimen será de carácter opcional y su período de aplicación no podrá exceder de los tres ejercicios fiscales”²³.

4.1.5. Acuerdos anticipados sobre PT.

La posibilidad de *Acuerdos anticipados* en materia de PT (“APAs”, “APPs”, o “APVs” según sus siglas en inglés, francés y castellano, respectivamente), está prevista en los Lineamientos de la OCDE²⁴. Conforme dichos Lineamientos, se trata de un acuerdo que fija, en forma anticipada a transacciones entre empresas vinculadas, un conjunto apropiado de criterios (concernientes por ejemplo al método de cálculo, los elementos de comparación, los correctivos a aportar en estos casos y las hipótesis de base concernientes a la evolución futura) para la determinación de los PT aplicables a esas transacciones durante un cierto período. El procedimiento de un APV se inicia mediante la iniciativa del contribuyente; supone negociaciones entre el contribuyente, una o más empresas

21 Párrafos. 4.93 y sgts. de las “Directrices”.

22 ABADI y JUAN, op. cit, págs. 41-42

23 Los “bienes referidos en los artículos 42 y 43” son los “commodities” (“bienes respecto de los cuales pueda establecerse el precio internacional de público y notorio conocimiento a través de mercados transparentes, bolsas de comercio o similares”).

24 Párrafos 4.123 y sgts. de las “Directrices” (2010). O “Acuerdo previo de valoración de precios de transferencia” (APV) en la versión traducida al español.

vinculadas y una o más administraciones fiscales. El APV tiene por objeto completar los mecanismos tradicionales de naturaleza administrativa, judicial o convencional de solución de los problemas referentes a los PT. Este procedimiento se revela como el más útil cuando los mecanismos tradicionales fracasan o surgen dificultades para su puesta en práctica.

Este mecanismo ha sido previsto en el artículo 15 *bis* del decreto No. 56/009 de 26 de enero de 2009 (en redacción dada por el artículo 7º del decreto No. 392/009 de 24 de agosto de 2009) con el título: “Acuerdos anticipados de precios”, y reza así: La Dirección General Impositiva podrá celebrar acuerdos de precios con los contribuyentes, los cuales deberán suscribirse con anterioridad a la realización de las transacciones que comprenden, y no podrán exceder de tres ejercicios fiscales. El referido plazo se aplicará a los ejercicios cerrados a partir de aquel en que entre en vigencia el régimen. La Dirección General Impositiva establecerá las condiciones y formalidades exigidas para la suscripción de dichos acuerdos”.

Estos APV, al igual que los “refugios seguros”, tienen como gran ventaja la certidumbre que otorgan al contribuyente respecto de los criterios negociados y acordados con el Fisco. Existen APV unilaterales y multilaterales, siendo la diferencia entre ellos el número de autoridades fiscales involucradas (además del contribuyente) en la disputa por los PT. El problema del APV unilateral, es que determina de modo anticipado la posición respecto a los PT con respecto a un solo Fisco, con lo cual no se evita en este caso el riesgo de doble imposición. La ventaja de este tipo de acuerdo sobre el multilateral, consiste en que suele ser más sencillo arribar a un acuerdo entre el contribuyente y el Fisco, ya que son menos los intereses contrapuestos que participan en la negociación. Por el contrario, la gran ventaja de un APV multilateral es que evita o minimiza los casos de doble imposición²⁵.

4.2. Valor en aduana.

4.2.1. Fuente legal.

El “valor en aduana” es el valor de las mercancías a los efectos de la percepción de derechos de aduana *ad valorem* sobre las mercancías importadas. Existen seis métodos para determinarlo, previstos en el “Acuerdo relativo a la aplicación del art. VII del GATT de 1994”, denominado usualmente Acuerdo o Código de Valoración. Se trata de uno de los Acuerdos aprobados en la Ronda Uruguay del GATT, reunidos en el Acta Final firmada en Marrakech el 15 de abril de 1994 (nuestro país ratificó la totalidad de esos Acuerdos mediante la ley No. 16.671 de 13 de diciembre de 1994).

Esta Acta Final comprende el Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio, cuatro Anexos, Decisiones y Declaraciones Ministeriales, el Entendimiento Relativo a los Compromisos en Materia de Servicios Financieros y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y comercio (GATT de 1947). El Acuerdo de valoración está comprendido en el Anexo 1A (“Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías”).

25 Cf.: ABADI y JUAN, op. cit., págs. 42-43.

4.2.2. Principios rectores.

El Acuerdo de valoración no brinda una definición de “valor en aduana”, sino que establece 6 (seis) métodos para su determinación, que se aplican en cascada, siguiendo el orden del articulado. Los tres primeros métodos están previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Acuerdo y los tres restantes en los artículos 5, 6 y 7. El primer método (el más utilizado) establece que el valor en aduana de las mercaderías importadas será el valor de transacción, esto es el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación (ajustado de conformidad al artículo 8, y siempre que concurran determinadas circunstancias expresadas en el propio artículo 1).

Este método –método del “valor de transacción”- consagra una noción positiva de valor: el valor que realmente *tiene* una mercadería, conforme al precio pactado por las partes, y no el valor que la mercadería *debería tener* bajo ciertas circunstancias ideales o teóricas. No obstante, en el caso que se produzca la circunstancia de que las empresas vendedora y compradora estén vinculadas, se ha puesto en duda esta afirmación, como veremos más adelante²⁶.

Descartada la aplicación de este primer método, el valor en aduana será el valor de transacción de mercaderías idénticas (artículo 2 del Acuerdo) o similares; de no poderse aplicar los métodos anteriores, el valor en aduana será determinado en base al método deductivo (artículo 5); luego en base al método del valor reconstruido (artículo 6) y finalmente el artículo 7 prevé el método del “último recurso” que supone una revisión, por su orden, de la metodología prevista en los artículos anteriores, pero con una *flexibilidad razonable*. Ello, sin perjuicio de la aplicación de algún otro método no previsto en el Acuerdo, que sea compatible con los principios y las disposiciones generales del mismo y el artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de datos disponibles en el país de importación.

Como puede apreciarse, los métodos de los artículos 2 y siguientes contienen elementos teóricos. Por ejemplo, en los previstos en los artículos 2 y 3, ya no se tomará en cuenta el valor pactado entre las partes para la concreta importación de determinadas mercancías, sino el valor de transacción de *otras* mercancías, que sean idénticas o similares.

Finalmente es importante resaltar que la valoración aduanera *no limita su campo de acción a las transacciones entre empresa vinculadas* (como sucede con los PT), sino que se aplica en cualquier transacción internacional en la cual tenga lugar una importación definitiva, y deban por tanto calcularse los derechos de aduana. En este escenario, la vinculación entre empresas está prevista como una de las “circunstancias” (art. 1 literales 1 d) y 2 del Acuerdo de valoración), cuya existencia *puede* determinar la no aceptación del valor de transacción (precio realmente pagado o por pagar), esto es el primer método de valoración.

26 *Infra* párrafo No. 6.2.

5. Comparación entre VA y PT.

5.1. Resumen de las características de cada método.

Los métodos establecidos para determinar el valor en aduana tienen determinadas características:

- a) Neutralidad;
- b) En el caso del primer método (y el más importante) establecen una noción positiva de valor;
- c) tienden a establecer una base de tributación predecible para el comercio internacional;
- d) el valor en aduana es la base de cálculo de impuestos indirectos;
- e) se aplica solamente en la importación de bienes corporales (mercancías);
- f) el Acuerdo de Valoración establece una prelación en la aplicación de los diferentes métodos;
- g) Finalmente, un valor en aduana elevado no preocupa a la Administración Aduanera del país receptor del bien, que de tal forma recauda más.

Los métodos para el establecimiento de PT tienen características inversas:

- a) no buscan establecer la neutralidad en las transacciones económicas;
- b) su finalidad es establecer un precio teórico (“*arm’s length*”), o, alternativamente, confirmar que el precio efectivamente pactado coincide con un precio teórico de libre competencia;
- c) Buscan evitar economías tributarias ilegítimas;
- d) los PT constituyen la base de cálculo de impuestos directos (impuesto a la renta o a las ganancias);
- e) no se establece una prelación de métodos (nuestra legislación hace referencia al método “más apropiado”, en lo cual coincide con la última versión de las “Directrices” de la OCDE);
- f) Un PT elevado preocupa a la Administración fiscal del país receptor del bien o servicio, ya que se recauda menos.

5.2. Algunas precisiones sobre las diferencias entre ambos métodos.

Es importante destacar que el Acuerdo de Valoración no establece como principio el valor “*arm’s length*”, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en relación a las empresas *vinculadas*. Contrariamente, los métodos para determinar los PT son claramente

teóricos y la finalidad buscada también es esa: fijar un precio teórico, un precio de libre competencia (para determinar la base imponible del impuesto a la renta o a las ganancias) que *no necesariamente* coincide con el precio real de la operación. En la práctica, las empresas vinculadas intentarán demostrar a las respectivas administraciones fiscales, mediante la aplicación de los métodos previstos, que el precio pactado es un precio de libre competencia. Esto es, el precio pactado en la operación puede coincidir con (o ser) un precio de libre competencia determinado conforme a los métodos establecidos para determinar los PT. Y si no coincide, la empresa deberá tributar en función de un precio que no es el acordado por las partes, pero que se ha determinado, en forma teórica, como de libre competencia.

En este sentido, los métodos para fijar un PT se emparentan con la Definición de Valor de Bruselas²⁷, esto es el sistema de valoración en aduana que precedió al vigente Acuerdo de Valoración de la OMC. En cambio, la noción de valor a los efectos de determinar el “valor en aduana” como base de la imposición de los tributos al comercio exterior, es *positiva*, sin perjuicio de algunos matices señalados con anterioridad, ya que los métodos de los artículos 2, 3, 5 y 6 del Código de Valoración tienen algunos elementos teóricos; pero también es cierto que el método principal (“valor de transacción”), consagra una noción *positiva de valor*.

Al respecto, es necesario efectuar alguna precisión respecto de la afirmación que hace la doctrina cuando estudia la fijación del valor en aduana en el caso de *empresas vinculadas* (art. 1.1.d) y art. 1.2 del Acuerdo de Valoración). Así, se ha dicho que la valoración de las mercaderías importadas entre partes vinculadas se determinará en función de los precios ‘*arm’s length*’, ya sea para aceptar el valor real de transacción, o para recurrir a los criterios secundarios de valoración. Esta afirmación se ligaría al hecho de que una empresa importadora vinculada al exportador podría demostrar que el precio no influyó en la vinculación, cuando el valor declarado “se aproxima mucho” al valor de transacción en las ventas de mercaderías idénticas o similares efectuadas por compradores no vinculados, esto es el “test” de los denominados “valores criterio”²⁸.

Así, más concretamente, el art. 2 b) i), ii) y iii) del Acuerdo de Valoración establece que en una venta entre personas vinculadas, se aceptará el valor de transacción y se valorarán las mercancías de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 (precio realmente pagado o por pagar por las mercancías), cuando el importador demuestre que dicho valor “se aproxima mucho” a alguno de los precios o valores “que se señalan a continuación” (entre los cuales está “el valor de transacción en las ventas de mercancías

27 El Convenio de Bruselas de 1950 (sustituido en la Ronda Uruguay del GATT por el Acuerdo Relativo a la aplicación del art. VII del GATT de 1994) contiene en el Anexo I la denominada “Definición del Valor de Bruselas” expresada a través de tres artículos, a continuación de los cuales figuran Notas Interpretativas. El artículo I del Anexo I indica que: “Para la aplicación de los derechos de aduanas ad valorem, el valor de las mercaderías importadas con destino al consumo es el precio normal, es decir, el precio que se estima pudiera fijarse para estas mercaderías en el momento en que los derechos de aduana son exigibles, como consecuencia de una venta efectuada en condiciones de libre competencia entre un comprador y un vendedor independientes entre sí”. Este sistema reposa en una asimilación perfecta de la noción de valor en aduana a la de un determinado precio de la mercadería que se denomina “precio normal”. Este precio se trata, no de un precio realmente previsto en una venta determinada, sino de un precio teórico: el que resulta de una venta efectuada en condiciones de libre competencia (más ampliamente ver GONZÁLEZ BIANCHI, Pablo: “El Valor en Aduana - La valoración de las mercaderías en el sistema GATT/OMC”, Volumen I, Universidad de Montevideo, 2003, Nos. 18-22, págs. 63-70).

28 ARCIA, Sebastián: “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit. pag.707.

idénticas o similares efectuadas a compradores no vinculados con el vendedor, para la exportación al mismo país importador”).

Por el momento, lo que es necesario reafirmar es que estos “valores-criterio”, *no son valores de sustitución*, sino que sirven como confirmación de la base de valoración declarada (esto es que la vinculación no influyó en el precio), en tanto la discrepancia no sea muy alta²⁹. Obviamente que si el importador, por esta u otra vía no puede demostrar que la vinculación no influyó en el precio, se descartará la aplicación del primer método de valoración (precio realmente pagado o por pagar), *de carácter positivo*, para pasar a los métodos subsiguientes (sistema de la “cascada”), que sí tienen elementos teóricos.

5.3. Los intereses contrapuestos de la administración aduanera y la administración fiscal.

La realidad muestra que se ha planteado la existencia de dos sistemas tendientes al ajuste del mismo valor de transacción con métodos diferentes y con finalidades distintas. En materia de importación, el interés de la Administración Aduanera suele ser el de combatir la declaración aduanera de valores inferiores a los reales, procurando ajustarlos a fin de obtener una mayor base imponible para la aplicación de los derechos de importación. Por el contrario, el organismo recaudador del impuesto a la renta o a las ganancias suele ver con buenos ojos que los valores de importación sean bajos, pues de esa manera se incrementa la renta originada en la reventa que se produce en su propia jurisdicción, con lo cual hay mayor probabilidad de obtener un margen de ganancia superior y, por ende, una base imponible mayor en función del margen de utilidad obtenido por la diferencia entre la venta doméstica y la compra en el exterior. Esta situación paradójica, determina que el importador se encuentra entre dos fuegos, siendo amenazado con una investigación acerca del valor declarado, tanto por la sospecha que el mismo sea considerado alto o bajo de acuerdo a un patrón de difícil determinación. Ello redundará en inseguridad jurídica³⁰.

6. La discusión doctrinaria sobre la posible convergencia entre ambos métodos.

6.1. Imposibilidad de convergencia. Los principios que guían a uno y otro sistema.

Este tema ha sido desarrollado por BARREIRA. Este autor indica que el sistema que emana del Código de Valoración tiende a lograr el desarrollo del comercio internacional, mediante la eliminación de las barreras arancelarias o de otro tipo. La principal característica que diferencia al sistema de valoración aduanera del sistema de los precios de transferencia, es la búsqueda de un “valor objetivo”, esto es que no permita a las autoridades estatales el incremento de la tributación a la importación por medio de la base imponible. Así, uno de los puntos esenciales del sistema es la neutralidad y equidad,

29 Cf.: BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., pág. 43, llamada No. 15.

30 BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., pág. 36. Este punto ha sido mencionado en la doctrina nacional por FRANCO y SHAW, “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit., pág. 212. Sobre los intereses antagónicos de ambas reparticiones ver también: LUCAS, Gonzalo y LABANDERA, Pablo: “Precios de transferencia y valor en aduana: dos instrumentos jurídico-tributarios de ineludible coordinación”, op. cit., págs. 55-56

que se traduce en la búsqueda de la imparcialidad de la norma, desechando intenciones de favorecer o de impedir el flujo comercial. El “valor en aduana” busca establecer un valor “neutro”, lo que no sucede en los métodos para la determinación de los “precios de transferencia”, que buscan que la mayor cantidad de ganancia se produzca en la jurisdicción del fisco interviniente, por lo que a éste último le convendrá que las importaciones vengan al menor precio posible para obtener la mayor diferencia en la jurisdicción del importador, pues es claro que el objetivo buscado por los ajustes de los precios de transferencia para la determinación de los impuestos a la renta en la tributación interior es el de maximizar la materia imponible en el mercado interno apropiando para la jurisdicción local la mayor cantidad de utilidad que surja de la operación global³¹.

Otros puntos que se derivan de lo anteriormente expuesto, contribuyen a alejar ambos sistemas. Así, en el caso del valor en aduana:

a) La aplicación “en la mayor medida posible” (Preámbulo del Acuerdo de Valoración) del VT que surge del artículo 1 del Código de Valoración, esto es el precio pagado o por pagar, busca que la tributación no se divorcie de los valores que son realmente objeto de esa específica transacción, con todas las particularidades que pudieron haber incidido en ella;

b) se establece una aplicación “secuencial” o en “cascada” de los métodos de valoración, con lo que refuerza la seguridad jurídica del importador, que sabe de antemano cuál es el valor en aduana que puede llegar a considerar aplicable la administración aduanera;

c) le otorga al importador un importante papel en el proceso de valoración, mediante un sistema de consultas con la aduana (v.g. cuando se trata de analizar un precio entre empresas vinculadas);

d) le permite al importador optar por alguno de los métodos (ver art. 4 del Código de Valoración);

e) busca la uniformidad y certeza en las relaciones internacionales, de manera tal que un hombre de negocios pueda predecir sus costos para establecer sus precios y estimar su utilidad, por lo que si el régimen de valoración es uniformemente aplicado en todas partes del mundo se incrementa la certeza de los negocios;

f) finalmente no impide que aun cuando hubiera vinculación, igualmente pueda tomarse en cuenta el valor de transacción, en la medida en que la vinculación no influya en el precio³².

El intento de utilizar los métodos empleados por el régimen del valor en aduana para adecuar los precios de transferencia a los fines fiscales o viceversa se hace difícil en razón de la diferente finalidad que persiguen unos y otros, de manera que la determinación de un valor en aduana aceptable para la aduana respecto de determinada mercadería de

31 BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., pags. 42 y 47.

32 BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit. pags. 41-42.

importación, no condicionará la posible revisión del mismo a los fines de la liquidación del impuesto a las ganancias. Ello no significa que los métodos de ajuste de los precios de transferencia no puedan ser empleados como un medio de demostrar la admisibilidad del precio declarado ante la aduana a los fines de considerarlo como “valor de transacción” en los términos del art. 1 del Código de Valoración; para lo cual debe tenerse en cuenta que la celeridad del despacho aduanero exige simplificación y rapidez en el análisis de cada situación y que “la determinación del valor en aduana debe basarse en criterios sencillos y equitativos”³³.

6.2. La doctrina de la convergencia.

Al respecto, es particularmente valioso el aporte efectuado por JOVANOVIČH³⁴. Este autor hace referencia al artículo 1.2 del Acuerdo de Valoración que establece –en su criterio– un principio general en materia de precios entre *empresas vinculadas*: “Se aceptará el valor de transacción siempre que la vinculación no haya influido en el precio”. Por tanto –continúa el autor– el principio adoptado bajo el Acuerdo de Valoración es claramente similar al adoptado por los lineamientos de la OCDE. Es más, afirma que al hacer énfasis en “la influencia de la vinculación”, el Acuerdo de Valoración ha adoptado el standard *arm’s length* sobre la base de que los elementos desconocidos de la transacción pueden ser descubiertos a través de la comparación entre transacciones comparables controladas y no controladas.

Con más precisión todavía, JOVANOVIČH indica que el principio subyacente en la definición de la OCDE del precio de libre competencia, es idéntico al establecido en el art. 1.2.a) del Acuerdo, ya que en ambos casos se examinan los términos y condiciones de una transacción entre partes vinculadas, con referencia a las condiciones que hubieran sido pactadas de no haber existido tal vinculación³⁵.

Al respecto es de destacar que la Nota interpretativa del párrafo 2 del Acuerdo de Valoración indica: “En los casos en que pueda demostrarse que, pese a estar vinculados en el sentido de lo dispuesto en el artículo 15, el comprador compra al vendedor y éste vende al comprador como si no existiera entre ellos vinculación alguna, quedaría demostrado que el hecho de estar vinculados no ha influido en el precio”. Esto abonaría la tesis de JOVANOVIČH: si se demuestra que el precio entre empresas vinculadas es idéntico (o similar, o se aproxima mucho) a un precio de libre competencia, se habrá demostrado que la vinculación no influyó en el precio. Dice en efecto dicho autor: “...decir que un precio es aceptable como valor de transacción si la vinculación entre comprador y vendedor no influyó en él, es lo mismo que decir que ese precio debió ser pactado en condiciones de libre competencia, es decir, como si hubiera sido fijado entre partes independientes en condiciones comparables”³⁶.

33 BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., págs. 48-50.

34 JOVANOVIČH, Juan Martín: “Customs Valuation and Transfer Pricing”, KLUWER, 2002, págs.12-13

35 JOVANOVIČH, Juan Martín: “Precios de transferencia en materia aduanera e impositiva. El uso de las Directrices de la OCDE en el contexto del artículo 1.2 (a) del Acuerdo de Valoración de mercaderías de la OMC” – Revista de Estudios Aduaneros (Instituto Argentino de Estudio Aduaneros), Año XVII, años 2005 y 2006, No. 17, pág. 80.

36 JOVANOVIČH, Juan Martín: “Valoración aduanera y precios de transferencia”, en “Relevancia tributaria del valor en aduana” de la mercadería importada” (autores varios), bajo la dirección de Germán PARDO CARRERO, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015, pág. 176.

6.3 Análisis crítico.

La afirmación de JOVANOVIČH supone que para demostrar que la vinculación no influyó en el precio, bastaría demostrar que las partes vinculadas negociaron libremente, en un régimen de plena competencia. Ello es correcto.

No obstante, debe recordarse el diferente fundamento de ambos sistemas, conforme se expuso anteriormente. Ello determina al menos una posible objeción a la afirmación de que el Acuerdo de Valoración ha adoptado el standard *arm's length* en el caso de empresas vinculadas. Así, el sistema de PT tiene la finalidad de evitar la evasión impositiva, en tanto el sistema del VA no busca evitar economías tributarias ilegítimas, sino que intenta establecer una base de valoración neutra, de tal manera que no se perjudiquen los flujos comerciales internacionales. El objetivo del Acuerdo de Valoración no es por tanto la protección de la renta aduanera.

En sede de valor en aduana, dos empresas independientes en condiciones de libre competencia, pueden pactar un precio que no sea el “normal” de mercado (por ejemplo por la concesión de un importante descuento, o un precio pactado con un distribuidor exclusivo al cual no le alcanzan ninguna de las causales de vinculación del art. 15.4 del Acuerdo de Valoración), o sea un precio que no coincide con lo que es la práctica *normal* del mercado entre empresas independientes, en relación al mismo tipo de mercaderías. El valor de transacción (aceptable como primer método de valoración) no es necesariamente un precio normal de mercado, lo que no quita que, a efectos aduaneros pueda considerarse un valor de transacción aceptable, e incluso un precio pactado en condiciones de libre competencia, en tanto las partes han negociado con total libertad.

En adición a ello, esto abre la puerta a la existencia de dos o más precios aceptables como “valor de transacción” a efectos aduaneros, correspondientes a dos o más compras de otras tantas empresas. Estaremos así en presencia de precios de libre competencia *que pueden diferir entre sí*, y ambos serán válidos desde el punto de vista de la valoración aduanera, lo que no sería admisible en el marco de un standard *arm's length*.

En el marco de los PT, el precio de libre competencia es el precio normal de mercado. En el marco del VA, el precio de libre competencia (admisible como valor de transacción) puede ser un precio que no corresponda a las prácticas usuales o normales de mercado. Sostener lo contrario en sede de VA, podría implicar retrotraerse a la Definición de Valor de Bruselas, que suponía un “ajuste” del precio contractual al precio normal o teórico.

Esto nos lleva al examen de los precios pactados entre empresas vinculadas. Así, el *valor de transacción* de mercancías idénticas o similares, con el cual se compara el fijado entre empresas vinculadas para hacer el “test” de comparación correspondiente conforme al análisis *particular* (valores-criterio), no tiene necesariamente las características de un *precio normal de mercado entre empresas independientes, ya que puede responder a un precio (entre empresas independientes) que no sea un reflejo de las prácticas normales de mercado*.

Lo que nos interesa destacar, es que en la comparación que se efectúa (para determinar si la vinculación influyó o no en el precio), entre un precio/valor entre vinculadas,

con un valor de transacción aceptado para mercaderías idénticas o similares puede descubrirse que estos valores de comparación, responden a diferentes valores de transacción, de mercaderías idénticas o similares. Si el valor de transacción puede diferir de las prácticas normales de mercado, la comparación será entonces con un precio de tales características; *y por consiguiente se podrá demostrar que la vinculación no influyó en el precio, en tanto dicho precio/valor entre vinculadas “se aproxime mucho” a un valor de transacción (aceptado por la Aduana) que no responde a las prácticas normales de mercado.*

Y si esto es así, no sería posible afirmar que el principio subyacente en la definición de la OCDE del precio de libre competencia, es idéntico al establecido en el art. 1.2.a) del Acuerdo.

Además, obsérvese que en los casos en que debe recurrirse al valor de transacción de mercaderías idénticas o similares (arts. 2 y 3 del Acuerdo de valoración), el inciso final de ambos artículos prevé que si “se dispone de más de un valor de transacción....se utilizará el valor de transacción *más bajo*” (el destacado es nuestro)³⁷. Este principio, no sólo se compadece con el concepto de valor de transacción ya examinado (puede existir más de un valor de transacción aceptable para las mismas o idénticas mercaderías), sino que es extensible al empleo comparativo de dicho valor de transacción en sede de valores-criterio en el art. 1.2.b) i).

Por tanto, el “análisis particular” (valores-criterio) puede determinar que el precio entre vinculadas, se aproxima mucho a uno de los tantos valores de transacción aceptados de mercaderías idénticas o similares. Es más, dicha comparación debe efectuarse con el valor de transacción más bajo, lo que genera oportunidades inmejorables para que el comprador vinculado demuestre que su precio de compra no fue influido por la vinculación.

El precio entre operadores independientes, fijado por los métodos de la OCDE, no deja de ser un precio teórico (que puede o no coincidir con el real de la operación). Y el valor de transacción no es teórico, como lo confirma el articulado del Acuerdo al establecer la existencia de dos posibles valores de transacción, igualmente válidos a los efectos aduaneros; en cuyo caso, como vimos, hay que acudir al valor más bajo, lo que significa que la empresa vinculada con su proveedor podrá demostrar que la vinculación no influye en el precio, mediante la comparación con el más bajo de todos los valores de transacción posibles de otras mercancías idénticas o similares. Ello, porque sobrevuela en todo el Acuerdo el principio de no discriminación, y por tanto la necesidad de evitar que la tributación aduanera se convierta en una barrera al comercio internacional. A lo que debe agregarse, conforme al principio interpretativo contenido en el Preámbulo del Acuerdo, que la base de valoración en aduana de las mercancías “*debe ser en la mayor medida posible su valor de transacción*”.

Ello no quita que un estudio de PT pueda ser un elemento útil, puesto que si en función del mismo se demuestra que el precio entre vinculadas es de libre competencia,

³⁷ Esta disposición responde a la denominada “regla del comprador prudente”; ver más ampliamente GONZÁLEZ BIANCHI, Pablo: “El valor en aduana – La valoración de las mercaderías en el sistema GATT/OMC”, Vol. II, Universidad de Montevideo – Montevideo 2010, No. 212, págs. 48-49, No. 265, pág. 134.

ello podría constituir una demostración –entre otras– de que la vinculación no influyó en el precio. Es cierto que tanto las Directrices o Lineamientos de la OCDE como el Acuerdo de Valoración, perseguirían el objetivo de determinar que el precio no está influido por la vinculación. Pero los métodos de la OCDE tienen como finalidad, en función de las características del vendedor y comprador vinculados, y de las circunstancias de las operaciones de venta entre ellos, la determinación de si el precio entre vinculadas es de libre competencia. El paradigma del Acuerdo de Valoración no es llegar a demostrar que el precio entre vinculadas es de libre competencia, sino simplemente demostrar que la vinculación no influyó en el precio. Un precio de libre competencia será una prueba más de esa situación. Pero el precio de libre competencia puede variar de comprador a comprador, y ello no sería aceptable en el marco del sistema de PT.

Por lo expuesto, si bien parecería que la identidad entre ambos sistemas no es absoluta (o sea, sostener que Acuerdo de Valoración ha consagrado el standard “*arm’s length*” para analizar el precio entre empresas vinculadas), ello no impide, en el marco de una deseable y conveniente armonización de las reglas sobre PT y sobre valoración aduanera, la utilización de los “Lineamientos” de la OCDE en el marco de la aplicación del art. 1.2(a) del Acuerdo³⁸. O dicho de otra forma, la armonización entre las legislaciones aduanera e impositiva debería efectuarse internamente en cada jurisdicción, otorgándoseles a los importadores la posibilidad de justificar el carácter *arm’s length* de sus precios de transferencia de un modo uniforme tanto en sede aduanera como tributaria³⁹.

Lo que, reiteramos, sería en nuestro concepto, *uno* (entre otros) de los “tests” para demostrar –en sede de valor en aduana– que la vinculación no influyó en el precio.

7.- Las convergencia de los dos sistemas (cont.).

7.1. Las conferencias internacionales.

La OCDE y la OMA organizaron en 2006 y 2007 dos conferencias conjuntas a efectos de profundizar el conocimiento y comprensión de esta cuestión, e intentar una armonización entre los dos conceptos; todo ello con la finalidad de que la Aduana por un lado y el organismo fiscalizador de impuestos internos por otro, no tengan posiciones contrapuestas que sólo contribuyen a generar inseguridad en el comercio exterior y en sus operadores. Como consecuencia de ello, se formó un Grupo especializado (conformado por funcionarios de las administraciones fiscales y aduaneras y representantes del sector privado) a efectos de examinar los temas clave que habían sido tratados en las Conferencias. Apareció en forma clara, como consecuencia de las conferencias y de la reunión del Grupo especializado (la cual tuvo lugar el 26 de octubre de 2007), que la armonización no era una proposición realista, teniendo en cuenta que la aplicación de la metodología del Acuerdo de la OMC, es una obligación para los países miembros de la Organización y no era concebible su modificación o actualización en el breve o mediano plazo. El desafío consistió en determinar lo que era posible hacer, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas por las disposiciones del Acuerdo de la OMC en vigor. Se

38 JOVANOVIĆH, “Precios de transferencia en materia aduanera...”, cit., págs. 80-81.

39 Op. cit. en nota al pie anterior, pág. 82.

admitió que la utilización de los valores-criterio probablemente no sería útil en el caso de las empresas multinacionales que venden generalmente mercaderías únicas. En otros términos, es poco probable que los valores-criterio, que están fundados en disposiciones estrictas referidas a mercancías idénticas o similares, estén disponibles. Se decidió por tanto concentrar el análisis sobre las disposiciones concernientes a “las circunstancias de la venta”. El Grupo especializado recomendó al Comité Técnico del Valor de la OMA el estudio y examen de las cuestiones de orden técnico siguientes:

- Aplicación de la expresión “circunstancias propias de la venta” en el artículo 1.2. a) del Acuerdo de la OMC sobre valoración a las situaciones en las cuales interviene un PT.
- Examen del trato a acordar en materia de valoración a las situaciones en las cuales está estipulado en un acuerdo sobre PT, que el valor en aduana declarado será ajustado ulteriormente en tanto es necesario a efectos de determinar un margen de beneficio predeterminado (práctica denominada cláusula de revisión de precios). Esta tarea podría prolongar los trabajos emprendidos recientemente por el Comité técnico sobre las cláusulas de revisión de precios⁴⁰.

7.2. Análisis de la posible convergencia en el marco del “análisis general”.

En párrafos precedentes, hemos hecho mención al denominado “análisis general” (o análisis de las circunstancias de la venta) como forma de demostrar que la vinculación no influyó en el precio. Y en este sentido, los informes sobre precios de transferencia, que justamente analizan dichas circunstancias, pueden ser un valioso elemento a utilizar por parte de la Aduana y de los particulares. De ahí el punto de partida para intentar una armonización de las normas de precios de transferencia en materia aduanera y en materia tributaria.

Otro elemento abona la tesis de la conveniencia de utilizar los Estudios sobre PT en el marco del “análisis general” del Acuerdo de Valoración. Este elemento consiste en la relativa escasez de criterios para realizar dicho análisis general, frente a la riqueza técnica de los métodos de fijación de PT; por lo tanto estos últimos pueden constituir un valioso complemento para complementar la realización del “análisis general”.

La Nota interpretativa al párrafo 2 del artículo I del Acuerdo brinda dos ejemplos en los cuales el examen de las “circunstancias de la venta”, revela que la vinculación no influyó en el precio. La doctrina indica que estos ejemplos son solamente ilustrativos y deben ser utilizados únicamente como punto de partida y a efectos interpretativos⁴¹.

- Si el precio se hubiera ajustado de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción de que se trate o con el modo en que el vendedor ajuste los precios de venta a compradores no vinculados con él, quedaría demostrado que la vinculación no influyó en el precio;

40 Se ha seguido lo expuesto en el trabajo ya citado de la OMA: “*Guide de l’ OMD...*” (2015), págs. 63-64.

41 JOVANOVIĆ, Juan Martín: Conferencia sobre Valor en Aduana y Precios de Transferencia – Dirección Nacional de Aduanas del Uruguay – 25 de Noviembre de 2010.

- Otro ejemplo sería que se demostrara que con el precio se alcanza a recuperar todos los costos y se logra un beneficio que está en consonancia con los beneficios globales realizados por la empresa en un periodo de tiempo representativo (calculado, por ejemplo, sobre una base anual) en las ventas de mercancías de la misma especie o clase, con lo cual quedaría demostrado que el precio no ha sufrido influencia.

Por tanto, puede verse que el Acuerdo de Valoración sólo contiene dos ejemplos ilustrativos. Por otro lado, la redacción de la Nota es muy amplia. Ambos elementos se conjugan para abonar la tesis de que un estudio sobre PT puede constituir un valioso aporte a los efectos de la realización del “análisis general”, esto es puede contener una cantidad de datos y conclusiones sobre las circunstancias de las ventas entre empresas vinculadas, y contribuir a alguna de las demostraciones ejemplificadas por el Acuerdo de Valoración.

ROSENOW y O’SHEA, indican que los métodos para fijar PT y los métodos de valoración en aduana, aunque tienen diferencias, coinciden en gran parte, lo que ha llevado a las administraciones de aduana a tomar la información sobre precios de transferencia como relevante –aunque no conclusiva– para determinar la aceptabilidad de un precio entre empresas vinculadas. Reproducen como ejemplo una decisión de las autoridades aduaneras de los EE.UU, en la cual se indica que si bien el precio de transferencia de un importador satisface uno de los métodos de la OCDE, ello no es determinante para la aceptación de dicho precio en el marco de los métodos de valoración en aduana; pero dichas autoridades reconocen no obstante que en ciertos casos un Estudio sobre PT puede contener información relevante sobre las circunstancias de la venta y por lo tanto puede ser considerado en el análisis de dicha venta. Por ejemplo, puede contener información pertinente sobre la forma en que las partes vinculadas celebran sus negocios y puede incluir información sobre ventas de productos similares a compradores no vinculados. El peso que pueden tener los hechos y conclusiones de un Estudio sobre PT, depende en gran medida de las circunstancias particulares y de la metodología utilizada para determinar el precio de transferencia⁴².

En este sentido, el Comité Técnico de Valoración de la OMA, ha emitido el Comentario 23.1, denominado: “Examen de la expresión *circunstancias de la venta* según el artículo 1.2 en relación con la utilización de estudios sobre PT”⁴³.

Reproducimos los numerales que nos interesan de dicho Comentario (los subrayados no están en el original):

“7.- La cuestión que se plantea entonces es la de saber si la Administración de Aduanas puede utilizar un estudio sobre PT elaborado a fines tributarios y facilitado por el importador como base para examinar las circunstancias de la venta

42 ROSENOW, Sheri – O’SHEA, Brian J.: “A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement”, World Trade Organization – Cambridge – december 2010, pág. 86.

43 Sobre el proceso que llevó a la redacción y aprobación de este Comentario, ver JOVANOVIĆ, Juan Martín: “Valoración aduanera y precios de transferencia”, en “Relevancia Tributaria del Valor en Aduana de la mercancía importada”, cit., págs.181-184. El autor citado tuvo importante participación en la elaboración de dicho Comentario.

“8.- Por una parte, es posible que un estudio sobre PT presentado por un importador resulte una buena fuente de información, si contiene información pertinente sobre las circunstancias de la venta.”

Por otra parte, puede que un estudio sobre PT no resulte pertinente o adecuado para examinar las circunstancias de la venta debido a las sustanciales y significativas diferencias que existen entre los métodos de determinación del valor de las mercancías importadas estipulados por el Acuerdo y los que se establecen en las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia.

“9.- Por consiguiente, la utilización de un estudio sobre precios de transferencia, como medio eventual para examinar las circunstancias propias de la venta, debería ser estudiada caso por caso. En conclusión, todas las informaciones y documentos pertinentes proporcionados por un importador pueden ser utilizados para examinar las circunstancias propias de la venta. Un estudio sobre precios de transferencia puede constituir una de esas fuentes de información”.

Este Comentario fue en definitiva un instrumento adoptado por el CTVA para sentar las bases de futuras discusiones y para establecer un marco conceptual básico. La referencia a “información pertinente” quiere indicar que la información del estudio sobre PT debe estar preparada en forma tal que suministre datos útiles al Servicio Aduanero, básicamente no realizar un análisis global de las transacciones (las Directrices no “ordenan” realizar el análisis de tal forma), sino segmentar los estados de resultados para poder analizar transacciones o grupos de transacciones, de forma tal que el servicio aduanero disponga de información suficiente para examinar las circunstancias de la venta en los despachos de importación que desea examinar. En otras palabras, lo deseable es que los estudios sobre PT suministren información útil, esto es, sean realizados tomando en cuenta las exigencias de la legislación aduanera⁴⁴.

En relación a la expresión referida a las “sustanciales y significativas diferencias” que existen entre los métodos de determinación del valor en aduana y los que se establecen en las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, JOVANOVIČH señala que existe un error conceptual. Ello, porque el Acuerdo de Valoración no incorpora métodos para analizar las circunstancias de la venta ni en el artículo 1.2(a) ni en su nota interpretativa, sino una serie de *ejemplos* para ilustrar situaciones en las que podría considerarse que un valor de transacción no se encontraría afectado por la vinculación. Y que, al ser ejemplos, no impiden el uso de reglas más complejas y específicas desarrolladas por la OCDE. Tampoco tendría sentido pensar que la referencia del Comentario a “métodos”, comprende los métodos de valoración de los artículos 2, 3, 5, 6 y 7 del Acuerdo, ya que estos métodos secundarios resultan aplicables una vez que el valor de transacción se ha rechazado, esto es cuando se resolvió que la vinculación influía en el precio situación en la cual la discusión sobre PT ya finalizó⁴⁵.

44 JOVANOVIČH: “Valoración aduanera y precios de transferencia” cit., págs. 186-187

45 JOVANOVIČH: “Valoración aduanera y precios de transferencia”, cit., págs. 187-188.

Inclusive, la objeción de que las Directrices se aplican, en general, sobre grupos de transacciones y no “transacción por transacción” lo que resulta incompatible con el Acuerdo, no sería de recibo. En efecto, si bien es cierto que la Aduana valora cada importación de mercaderías en particular, no lo es que el examen de las circunstancias de la venta requiera que se examine exclusivamente esa operación, independientemente de las restantes operaciones de ese importador. Nada impide que la Aduana, a efectos de determinar si la vinculación influyó en el precio, examine todas las importaciones de mercaderías efectuada por ese importador durante un año, dado que las circunstancias de la venta podrían ser también idénticas. De hecho uno de los ejemplos de la Nota interpretativa del apartado 2 del artículo 1 obliga a efectuar el examen de las circunstancias de la venta sobre todas las operaciones de un “período de tiempo representativo”. Detrás del Comentario 23.1 se encuentra la idea general de que es posible y conveniente complementar la Nota interpretativa del artículo 1.2(a) del Acuerdo con instrumentos mucho más sofisticados y desarrollados, con la finalidad de aplicar en forma previsible y uniforme el Acuerdo; en tal sentido, las Directrices aparecen como el conjunto de reglas y principios adecuados para tales fines, en virtud de su alto grado de aceptación a nivel internacional en materia de impuestos a la renta⁴⁶.

7.4. Estudio de Caso 14.1. Margen Neto de la Transacción⁴⁷.

Este instrumento emitido por el CTVA presenta un estudio de PT bajo el método del Margen Neto de la Transacción (MMNT) con un análisis funcional, y con datos disponibles de ocho empresas comparables no vinculadas (que venden mercadería de la misma especie o clase), con las que su margen de explotación se asimila. El examen de estos elementos comparables externos podría llevar a concluir que, al examinar “las circunstancias de la venta” por parte de la aduana, el precio de venta resulta compatible con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción (Nota interpretativa al artículo 1.2. a) del Acuerdo).

Los elementos fácticos de esta transacción son los siguientes.

XCO, un fabricante del país X, vende relés a su subsidiaria de propiedad integral ICO, un distribuidor del país I. ICO importa los relés y no compra ningún producto a vendedores no vinculados. XCO no vende relés ni mercancías de la misma especie o clase a compradores no vinculados.

En 2012, ICO introdujo sus mercancías utilizando el valor de transacción, calculado sobre la base del precio especificado en la factura comercial, que se presentó a la Aduana del país I. Tras la importación, la Aduana del país I decidió realizar un examen de las circunstancias de la venta de las mercancías entre ICO y XCO, de conformidad con el artículo 1.2 a) del Acuerdo, porque tenía dudas en cuanto a la aceptabilidad del precio.

El importador no proporcionó los valores-criterio exigidos para la aplicación del artículo 1.2 (b) y (c), como medio para demostrar que la vinculación no había influido en el precio.

46 JOVANOVIĆ: “Valoración aduanera y precios de transferencia”, cit., págs. 190 y 193.

47 Se reproduce en este párrafo el Estudio de Caso.

En respuesta a la petición de información por parte de la Aduana, ICO presentó un estudio sobre precios de transferencia para el periodo 2011, elaborado en su nombre por una empresa de contabilidad independiente.

El estudio sobre precios de transferencia utilizó el método del margen neto transaccional ("TNMM ") que, en este caso, compara el margen de explotación de ICO con el margen de explotación de distribuidores funcionalmente comparables de mercancías de la misma especie o clase, también establecidos en el país I, que realizan transacciones comparables no controladas en el mismo periodo de tiempo. El estudio sobre precios de transferencia se elaboró con el fin de satisfacer los requisitos relacionados con los reglamentos tributarios del país I, y se aplicaron los principios recogidos en las Directrices de la OCDE sobre Precios de transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("Directrices de la OCDE sobre Precios de transferencia").

El estudio sobre precios de transferencia cubría todos los relés que ICO había comprado a XCO.

El CTVA seleccionó como datos pertinentes para ICO, extraídos de los registros financieros de la empresa los siguientes:

Ventas 100,0; Coste de las mercancías vendidas (COMV) 82,0; Beneficio bruto 18,0; Gastos operativos 15,5; Beneficio de explotación 2,5; Margen de beneficio de explotación (sometido a prueba de comparabilidad) 2,5% de las ventas.

El estudio sobre precios de transferencia, utilizando datos extraídos de las cuentas financieras de ICO, indicaba que el margen de beneficio de explotación de ICO en la venta de relés comprados a XCO fue de 2,5 por ciento en 2011.

El Estudio de precios de transferencia utilizado, concluía que era posible encontrar transacciones comparables para ICO fiables y, consecuentemente, ICO fue seleccionado como la parte evaluada en el estudio sobre precios de transferencia.

El referido estudio había sido examinado por las administraciones tributarias de los países I y X en el marco de la negociación de un Acuerdo bilateral previo de fijación de precios (APP). Posteriormente, se concertó un APP entre ICO, XCO y las administraciones tributarias de los países I y X respecto a todas las transacciones concluidas entre ICO y XCO. Mientras era objeto de examen por parte de las administraciones tributarias de los países I y X, ICO facilitó información en la que se indicaba que los márgenes de beneficio que este obtenía en la venta de sus relés son generalmente los mismos que los obtenidos por distribuidores independientes en las empresas de aparatos eléctricos e industrias de componentes y accesorios electrónicos.

En el estudio sobre precios de transferencia, se seleccionaron ocho distribuidores, no vinculados con sus proveedores teniendo en cuenta que, al compararlos, sus funciones, riesgos y activos eran sustancialmente similares a los de ICO.

A efectos de comparación, la información relativa a estos ocho distribuidores se extrajo del ejercicio fiscal 2011. El intervalo del margen de beneficio de explotación obtenido por estos distribuidores no vinculados fue de 0,64 a 2,79 por ciento, con una mediana de 1,93 por ciento. En el marco de la negociación del APP, la administración tributaria aceptó dicho intervalo como intervalo en condiciones de igualdad del margen de beneficio de explotación para transacciones comparables a las transacciones que ICO realiza con XCO⁴⁸.

Dicho intervalo en condiciones de igualdad se estableció utilizando los márgenes de beneficios de las ocho empresas comparables, teniendo en cuenta los datos contables de dichas empresas disponibles en bases de datos de acceso público. El margen de beneficio de explotación de ICO fue de 2,50 por ciento, por lo que se situaba dentro del intervalo. El margen del 2,50 por ciento obtenido por el importador en el país de importación se ha calculado en función de: a) el precio realmente pagado o por pagar por parte de ICO a XCO, b) los ingresos obtenidos por ICO de sus propias ventas, y c) los propios costes de ICO.

Se determinó que no era preciso realizar los ajustes previstos en el artículo 8 del Acuerdo al precio realmente pagado o por pagar. Además, ICO no realizó ajustes compensatorios a efectos fiscales en 2011.

Se constató que ICO fijaba sus precios de venta de manera que permitían a la empresa obtener un beneficio de explotación que corresponde al rango (intercuartil) en condiciones de igualdad previsto en el estudio sobre precios de transferencia. El precio pagado o por pagar a XCO no había experimentado cambios significativos a lo largo del año.

La cuestión por resolver en el caso en estudio era la siguiente: ¿El estudio sobre precios de transferencia facilitado en el presente caso, elaborado teniendo en cuenta las Directrices de la OCDE sobre Precios de transferencia, y utilizado como base para un APP bilateral, facilita información que permita a la Aduana concluir si la vinculación entre las partes ha influido o no en el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo?

Como planteo del análisis realizado se detalló lo que sigue a continuación..

De conformidad con el artículo 1 del Acuerdo, un valor de transacción es aceptable como valor en aduana cuando no existe una vinculación entre el comprador y el vendedor, y si existe, dicha vinculación no influye en el precio. Si el comprador y el vendedor están vinculados, el artículo 1.2 del Acuerdo prevé dos medios para establecer si se puede aceptar el valor de transacción en el caso de que la Aduana tenga dudas sobre el precio:

1) se examinarán las circunstancias de la venta para establecer si la vinculación ha influido en el precio (artículo 1.2 a)); o

48 El artículo 8° del decreto No. 56/009 de 26 de enero de 2009 ("Criterios de ajuste") establece que cuando se determinen dos o más transacciones comparables, se deberán determinar la mediana y el rango intercuartil de los precios, de los montos de las contraprestaciones o de los márgenes de valor. Si el precio, el monto de la contraprestación o el margen de utilidad fijado por el contribuyente se encuentra dentro del rango intercuartil, dichos precios, montos o márgenes se considerarán como pactados entre partes independientes.

2) el importador demuestra que dicho valor se aproxima mucho a alguno de los tres valores criterios previstos (artículo 1.2 (b)). En el presente caso, tal como se indica en el párrafo 5, el importador no proporcionó valores criterio de forma que la Aduana examinó las circunstancias de la venta.

La Nota interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo establece que al examinar las circunstancias de la venta y “con objeto de determinar si la vinculación ha influido en el precio, la Administración de Aduanas debe estar dispuesta a examinar los aspectos pertinentes de la transacción, entre ellos la manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales y la manera en que se haya fijado el precio de que se trate.”

De la información obtenida de ICO, se desprende que XCO no vende las mercancías a compradores no vinculados. Por consiguiente, ICO no puede demostrar que el precio se fijó del mismo modo que en las ventas a partes no vinculadas, tal como se establece en la Nota 1 al artículo 1.2 (a) del Acuerdo.

Durante el examen de las circunstancias de la venta, al determinar si el precio se había fijado de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción correspondiente con arreglo a la Nota al artículo 1.2 (a), la Aduana tuvo en cuenta el examen de la información que se exponía en el estudio sobre precios de transferencia. A este respecto, el término “rama de producción” incluye la industria o el sector de la industria que produce mercancías de la misma especie o clase (incluidas las mercancías idénticas o similares) que las mercancías importadas.

Teniendo en cuenta la información extraída de los registros financieros de la empresa se concluyó como sigue:

- La cifra correspondiente a las ventas se puede aceptar ya que ICO sólo vende a partes independientes (y se da por sentado que ICO pretende lógicamente optimizar sus beneficios al negociar con partes no vinculadas).
- Se ha examinado el importe correspondiente a los gastos operativos y dicho importe se ha aceptado como fiable ya que se determina que es ICO quien paga dichos gastos a partes independientes, puesto que ICO pretende reducir sus costes al mínimo y dichos gastos no se han pagado en beneficio del vendedor.
- El estudio sobre precios de transferencia confirma que el margen de beneficio de explotación de ICO se sitúa en el intervalo de condiciones de igualdad (es decir, se basa en un estudio sobre distribuidores -no vinculados- comparables pero independientes).
- El coste de las mercancías vendidas para ICO refleja el precio pagado o por pagar a XCO y representa la transacción entre ICO y su parte vinculada, XCO. Este es el precio de transferencia en cuestión.

Empezando por el intervalo en condiciones de igualdad del margen de beneficio de explotación y los otros datos aceptados expuestos más arriba, se pudo demostrar que el precio de transferencia corresponde a un importe en condiciones de igualdad. Esto demuestra que al examinar las circunstancias de la venta entre XCO e ICO, la información relacionada con la transacción ocurrida entre ICO y los distribuidores no vinculados puede resultar útil y pertinente para la Aduana.

El análisis funcional reveló que no existían diferencias significativas en cuanto a las funciones, los riesgos y los activos entre ICO y los ocho distribuidores no vinculados. Se observó además un nivel adecuado en cuanto al carácter comparativo del producto. Se habían elegido empresas comparables de aparatos eléctricos, e industrias de componentes y accesorios electrónicos (empresas que vendían mercancías de la misma especie o clase que las mercancías importadas). Así pues, se demostró que el margen de beneficio de explotación sobre la reventa de las mercancías importadas era generalmente el mismo que el obtenido por las industrias de aparatos eléctricos, y por las de componentes y accesorios electrónicos.

Concretamente, el estudio sobre precios de transferencia puso de manifiesto que en condiciones de igualdad, el porcentaje del margen de explotación de las empresas comparables se situaba entre 0,64 y 2,79 por ciento. Tal como se indicó anteriormente, el margen de explotación de ICO era de 2,50 por ciento. Por consiguiente, dado que todas las empresas comparables venden mercancías de la misma especie o clase, el estudio sobre precios de transferencia respalda la conclusión de que el precio acordado entre ICO y XCO se fijó de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción correspondiente.

La conclusión final expresada en el Estudio de Caso que se ha traído aquí a colación fue la que sigue:

(Párrafo 23).

Tras examinar las circunstancias de la venta en lo que respecta a las transacciones entre partes vinculadas ocurridas entre ICO y XCO, la Aduana concluyó, mediante el análisis de un estudio sobre precios de transferencia basado en el método del margen neto transaccional y en información adicional relativa a los gastos operativos que se estimó necesaria, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 a) del Acuerdo, la vinculación existente entre las partes no había influido en el precio.

(Párrafo 24).

Como se indica en el Comentario 23.1, la utilización de un estudio sobre precios de transferencia como base para examinar las circunstancias de la venta se debe considerar caso por caso.

7.5. Legislación comparada.

La utilización de los métodos de fijación de precios de transferencia en sede de la determinación del valor en aduana entre empresas vinculadas, ha merecido expresas consagraciones⁴⁹.

49 Ver más ampliamente: "Guide de l'OMD..." cit., Anexo I ("Iniciativas Nacionales"), págs. 80 y sgts.

Así, en Canadá, el Memorando D13-4-5 (fechado en Ottawa el 9 de abril de 2001), rotulado: “Método del Valor de Transacción en lo que concierne a las personas vinculadas (*Ley sobre Aduanas, Artículo 48*)” publicado por la Agencia de Aduanas e Impuestos del referido país indica lo siguiente en su numeral 14: “*Debe demostrarse que la diferencia entre el precio de venta y aquel que se habría fijado a un comprador no vinculado, en circunstancias idénticas, con excepción de la vinculación, es mínimo*” (párrafo 14 *in fine*).

El párrafo 15 de dicho Memorando expresa:

“La OCDE publicó un reporte titulado *Principios aplicables en materia de precios de transferencia referidos a las empresas multinacionales y las administraciones fiscales*. Este reporte presenta varios métodos de establecimiento del precio de las mercaderías para llegar a un precio que se podría considerar razonable en circunstancias similares si el vendedor y el comprador no hubieran estado vinculados. Estos métodos se establecen en el párrafo 16. *La Agencia de Aduanas e Impuestos del Canadá aceptará, a los fines de la determinación del valor, un precio pagado o a pagar establecido por medio de uno de los métodos enunciados en el Reporte de la OCDE, a menos que ya se disponga de informaciones sobre precios que estén más directamente ligadas a importaciones específicas*” (el destacado no está en el original).

8. Situación actual del régimen de PT. El plan BEPS.

En los últimos años la OCDE ha entendido que las normas actuales dejan al descubierto una serie de puntos débiles que generan oportunidades para la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés), lo que exige decisiones drásticas y determinación por parte de los responsables políticos con miras a restablecer la confianza en el sistema tributario internacional y asegurarse de que los beneficios tributen allí donde se desarrollen efectivamente las actividades económicas y se genere valor. En septiembre de 2013, a raíz de la publicación del informe titulado “Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios en febrero de 2013”, los países de la OCDE y del G-20 avalaron y adoptaron un Plan de Acción conformado por 15 líneas de actuación o «acciones» para dar respuesta a los problemas BEPS. Dicho Plan de acción y las 15 medidas que lo conforman giran en torno a tres pilares fundamentales: dotar de coherencia a las normas de Derecho interno que afectan a las actividades transfronterizas; reforzar el criterio de actividad sustancial contemplada por las normas internacionales en vigor y, por último, mejorar la transparencia y la seguridad jurídica.

Como consecuencia de ello, y en relación a los PT, la OCDE elaboró un documento denominado: “Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios - Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, Acciones 8 a 10 – Informes finales 2015”⁵⁰.

En el Resumen ejecutivo del documento emitido por la OCDE se dice: “Los intercambios comerciales intragrupo se han intensificado de manera significativa durante

50 OCDE (2016): Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, Acciones 8 a 10–Informes finales 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258280-es>.

las últimas décadas, acompañados en todo momento de una rápida globalización de la actividad económica. Las normas de determinación de precios de transferencia, utilizadas a efectos tributarios, tienen por objeto establecer las condiciones, incluido el precio, aplicables a las transacciones efectuadas en el seno de una empresa multinacional y que determinan el reparto y asignación de beneficios a las empresas del grupo ubicadas en distintos países. La incidencia de dichas normas en empresas y administraciones tributarias se ha incrementado a medida que han aumentado el volumen y valor de los intercambios intragrupo. Como ya señalase el Plan de Acción BEPS, los estándares internacionales vigentes en materia de precios de transferencia pueden ser objeto de una aplicación errónea a fin de obtener unos resultados en los que la atribución de beneficios no esté alineada con la actividad económica que los genera. El trabajo realizado en el marco de las Acciones 8 a 10 del Plan de Acción BEPS ha tratado de dar respuesta a este problema a fin de garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor. Los países adoptan aplican el principio de plena competencia como piedra angular de las normas para la determinación de los precios de transferencia. Dicho principio está recogido en los convenios y se halla formulado en el apartado 1 del artículo 9 de los Modelos de Convenio de la OCDE y de las Naciones Unidas (MC OCDE y MC ONU, respectivamente). Las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias (en lo sucesivo, «Directrices sobre precios de transferencia»), representan la interpretación común de numerosos países del principio de plena competenciaDicho principio ha demostrado ser útil como un estándar práctico y equilibrado para las administraciones tributarias y los contribuyentes no sólo para determinar los precios de transferencia entre empresas vinculadas, sino también para evitar la doble imposición. No obstante, debido a la aparente importancia otorgada a la asignación de funciones, activos y riesgos, las directrices existentes sobre la aplicación del principio han sido igualmente objeto de manipulación, generando así resultados distorsionados que no se corresponden con el valor creado por la actividad económica realizada por las empresas dentro del grupo multinacional. En consecuencia, el Plan de acción BEPS instó a aclarar y consolidar las bases de la aplicación práctica del principio de plena competencia, al tiempo que contemplaba la posibilidad de introducir medidas especiales tanto dentro como fuera del principio de libre competencia, en caso de persistir los riesgos inherentes a los precios de transferencia una vez aclaradas y consolidadas dichas bases. El trabajo en materia de precios de transferencia llevado a cabo en el marco del Plan de Acción BEPS se centra en tres áreas clave. El trabajo resultante de la Acción 8 analiza los aspectos de precios de transferencia relativos a las operaciones de intangibles, ya que la errónea distribución de los beneficios generados por activos de gran valor resulta en la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios. El trabajo realizado en el marco de la Acción 9 trata la asignación contractual de riesgos económicos y la consiguiente atribución de ingresos a la(s) entidad(es) que asume(n) dichos riesgos, pudiendo no corresponderse dichos rendimientos con las actividades efectivamente desarrolladas. Asimismo, se aborda la tasa de retorno de la inversión realizada por una empresa del grupo multinacional con gran capital social y número de activos cuyos beneficios no corresponden al nivel de actividad realizado por la compañía que efectúa la inversión. El trabajo incardinado en la Acción 10 se centra en áreas que presentan riesgos significativos, como el alcance de la recalificación de las rentas derivadas de operaciones que resultan irracionales desde una perspectiva comercial para las distintas empresas involucradas, el uso de los métodos de determinación de los precios de transferencia que da

lugar al diferimiento de las rentas procedentes de las principales actividades económicas del grupo multinacional, y la necesidad de neutralizar el uso de ciertos tipos de pagos entre empresas pertenecientes a dicho grupo (como por ejemplo, los costes de gestión o los gastos de administración de la casa central) que erosionan la base imponible ante la falta de coherencia y compatibilidad con la creación de valor. El presente informe contiene la revisión de las directrices, dando respuesta a todas estas cuestiones y asegurando que las normas de determinación de los precios de transferencia atribuye los beneficios de explotación a las actividades económicas que los generan. Ésta es la premisa aceptada por los países participantes en el Proyecto BEPS de la OCDE/G20. En cuanto a los países firmantes de las Directrices sobre Precios de Transferencia, el informe expone las orientaciones formuladas en forma de modificaciones a las Directrices sobre Precios de Transferencia y refleja, asimismo, cómo se incorporarán dichos cambios a las Directrices. Para lograr este objetivo, las directrices revisadas exigen la cuidadosa delineación de la transacción real entre entidades vinculadas analizando, a tal fin, las relaciones contractuales entre las partes y sometiendo a examen la conducta de las mismas. En su caso, la conducta complementará o reemplazará los términos contractuales cuando estos estén incompletos o resulten incompatibles con la conducta de las partes. Junto con la correcta aplicación de los métodos de valoración de los precios de transferencia para evitar la asignación de beneficios en emplazamientos que no contribuyen a la generación de dichos beneficios, esto determinará la atribución de beneficios a las empresas que lleven a cabo las actividades empresariales correspondientes. Cuando la transacción entre empresas vinculadas carezca de racionalidad comercial, las directrices permitirán ignorar los acuerdos a efectos de precios de transferencia. Asimismo, las directrices revisadas incluyen dos aclaraciones importantes en relación con los riesgos y los intangibles. El término «riesgo» se define como el efecto de la incertidumbre en la consecución de los objetivos del negocio. En todas las actividades de una empresa, en cada medida adoptada para explotar las oportunidades, en cada vez que una empresa gasta dinero o genera beneficios, existe incertidumbre y se asumen riesgos. Ninguna empresa con ánimo de lucro asume riesgos asociados a oportunidades comerciales sin esperar a cambios de rendimientos positivos...”.

Es difícil prever la futura evolución del sistema nacional de PT, en tanto, al no formar parte Uruguay de la OCDE, las normas de dicha organización son solamente “softlaw” y requieren su adopción por ley nacional, en virtud además de la soberanía fiscal del país⁵¹.

En forma reciente, la ley No. 19.484 de 5 de enero de 2017 incorporó en su Capítulo IV (arts. 64 a 68) normas que constituyen ajustes al régimen de precios de transferencia del IRAE, y que forman parte del plan BEPS (acciones 8, 10 y 13). Se incorpora así en la legislación de Uruguay el “Master File” y el “Country by Country Report”, informes requeridos en el régimen de PT. La presentación del “Master File” es requerida para los grupos multinacionales de gran dimensión económica, cuya existencia en el país es escasa⁵².

51 Sobre este nuevo tema pueden leerse, entre otros trabajos: BLANCO, Andrés: “Soberanía fiscal y el plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting de OCDE: un problema de legitimidad)” en Revista Tributaria, Tomo 43, número 253, págs. 529 y sgts.; MAZZ, Addy: “Plan de acción BEPS. Estado actual” en la misma Revista, Tomo y número, págs. 537 y sgts.; AISENBERG, Luis y MELGENDLER, Gustavo: “Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria. ¿Influencia de BEPS en Latinoamérica?”, en Revista Tributaria Tomo 43, número 252, págs. 341 y sgts.

52 MAZZ, Addy: “La adaptación de los tratados internacionales al marco multilateral propuesto por el Plan de Acción 15 Beps”, en Revista Tributaria, Tomo XLV, número 266, setiembre-octubre 2018, pág. 688.

DEL MODO TESTAMENTARIO

RAÚL ANIDO BONILLA*

Resumen: Se analiza el modo como disposición testamentaria, por la que se concretiza la causa testamentaria, en la que la asignación al gravado se presenta como parcialmente instrumental en atención al fin perseguido en aquél, que implica un acto de destinación, y, por consiguiente, una afectación en toda o parte de la herencia. Asimismo se postula la existencia del modo, de naturaleza obligacional, como disposición testamentaria autónoma, que se distingue del legado en razón de la voluntad testamentaria y el interés que por ella se persigue.

Palabras clave: Modo. Destinación. Afectación. Voluntad testamentaria.

Sumario: 1.- Del modo contractual al modo testamentario. 2.- Del modo testamentario como concreción de la causa. 3.- El modo obliga pero no suspende. 4.- Entre el modo y la simple recomendación. 5.- De la relación de sentido del modo en beneficio del gravado. 6.- Del querer del testador. 7.- Del modo como disposición testamentaria sustancial. 8.- De la obligación de aplicar algo a un fin especial. 9.- De los vínculos de destinación en el planteo de M. BIANCA. 10.- Del fideicomiso testamentario como acto de destinación. 11.- De la destinación de bienes a favor de una fundación. 12.- Del cumplimiento del modo a través de prestaciones aisladas. 13.- Del modo como afectación del *jus utendi*. 14.- De las cargas hereditarias. 15.- Del modo ante el legado. 16.- Del modo como disposición autónoma.

1.- Del modo contractual al modo testamentario

Entre los “elementos accidentales del negocio jurídico” se incluyen la condición, el plazo y el modo. Pero, por “accidentales”, entendemos que pueden o no estar presentes en el respectivo negocio; pero que, de estar, se integran en la respectiva declaración de voluntad, y en el caso de los negocios bilaterales, en los respectivos acuerdo causal y de objeto. Así, refiriéndose a la condición, Rubino¹ nos decía que no es posible distinguir entre los diversos elementos del supuesto de hecho en el sentido de que algunos sean causa y otros sean condición. Mientras que Falzea² calificaba la condición como “concausa externa, futura e incierta”. A lo que Vallet de Goytisoló³ agregara que no hay duda que la condición puede a veces actuar como causa y también que en otras ocasiones influye sobre la causa mediatizándola, calificándola y conectándola con la realización del evento condicionante. De ahí que se preguntara ¿Cómo separar el *animus liberal* de la condición que se hace depender la donación? Así nos decía que la *causa donandi* queda

* Escribano público. Profesor Titular de “Investigación jurídica y práctica notarial” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-6194-6102>. raulanido@hotmail.com

1 Domenico RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano-1939, pág. 111

2 Angelo FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano-1941, pág. 21

3 Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones*, Editorial MONTECORVO, Madrid-1978, pág. 378

afectada e involucrada con aquella *condicio* a la que se supedita la donación. Y ello, que se escribiera en relación a la donación, es íntegramente trasladable al negocio testamentario y, concretamente, a la respectiva voluntad testamentaria. De ahí que en nuestro Código Civil se nos hable, en el artículo 1644, de donaciones por *causa de matrimonio*; viendo como la condición causaliza la donación. Ahora cada elemento accidental de aquellos se presenta en el negocio testamentario, y en la misma voluntad testamentaria, en diferente medida y perspectiva. Veamos cómo se nos presenta el modo.

Del modo, como elemento accidental del negocio jurídico, en nuestro Código Civil, se trata en el título “De las donaciones”, en el capítulo “de la naturaleza de la donación y de sus diferentes especies”, disponiéndose, en el artículo 1615 que “se requiere en la donación onerosa que el modo o gravamen impuesto al donatario y apreciable en dinero no sea equivalente al valor del objeto donado”, y, en el artículo 1632, que “la donación onerosa es rescindible cuando el donatario estuviere en mora de cumplir las obligaciones que se le han impuesto”, y que “ejercitándose la acción rescisoria, será considerado el donatario como poseedor de mala fe para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que, sin causa grave, hubiese dejado de cumplir la carga impuesta.”

Y, el modo, también como elemento accidental del negocio jurídico, en nuestro Código Civil, se trata en la regulación “De la sucesión testamentaria”, en el capítulo “De las condiciones, plazo y objeto de o fin de las disposiciones testamentarias”, en el artículo 956 y siguientes.

Sin embargo, Romagno⁴, entre otros, ha marcado la diversidad del modo contractual (en el mundo de los contratos gratuitos) al modo testamentario; en cuanto, en éste, el testador no se limita a agregar al que llama el negocio principal un efecto ulterior y secundario que reduce la utilidad derivada del respectivo contrato gratuito. En el testamento, lo que es extensible a todo negocio *mortis causa*, el modo se presenta con tal relevancia que relega a un segundo plano la atribución dispuesta a favor del gravado por él. Así, nos dice Romagno, la relación entre disposición atributiva y modo se presenta, en el negocio testamentario, invertida a como se regula en materia contractual. Por ello, en el ámbito sucesorio, la atribución a favor del gravado (heredero o legatario) presenta una función preparatoria o instrumental a fin del cumplimiento de la respectiva obligación modal. Ello aún cuando se sostenga que el modo, a diferencia de la condición o del plazo, implica una extensión de la voluntad manifestada en la disposición a la que accede, más que una limitación a la misma.

Así Santoro Passarelli⁵ escribía que el modo no modifica los efectos típicos del negocio, sino que a ellos suma otros. Pero también nos decía que la resolución de la donación “cuando el donatario estuviere en mora de cumplir las obligaciones (modo) que se le han impuesto” no depende de un defecto funcional de la causa, como sí sucede en los contratos sinalagmáticos. En ello hallamos presente la diferencia de *ratio legis* entre el modo contractual y el testamentario, que determina, por ejemplo, en la donación, que la resolución de ella (de las obligaciones emergentes de la misma) determina la pérdida de

4 Giuseppe Werther ROMAGNO, *Modus e tutela del legittimario*, Jovene editore, 2015, pág. 26

5 Francesco SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Jovene casa editrice, Napoli, 1957, pág. 186

la respectiva utilidad para el beneficiario del modo; mientras que, en caso de resolución de la asignación hereditaria o legataria, por incumplimiento del modo, igualmente “se deberá entregar a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto” (artículo 963).

2.- Del modo testamentario como concreción de la causa

Por lo cual creemos, retomando la citada afirmación de Santoro Passarelli, que en la donación el modo no se concretiza como causa ni tampoco como concausa, sino, diríamos, solo como una, llamémosla, “subcausa”. De ahí que nos diga que la resolución de la donación por incumplimiento del modo no se debe a un defecto funcional de la causa. Mientras que, en el testamento, el modo se integra en la causa testamentaria.

En relación a la causa, G. Ferri⁶ nos decía que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico, desarrolla un rol coordinador de la íntegra operación económica en él contenida, en sus elementos subjetivos y objetivos. A lo que agregaba que el rol de la causa no es confundible ni con la voluntad, en los negocios unilaterales, ni con el objeto; sino que representa el elemento de cohesión entre estos dos elementos, expresa la tensión de la voluntad hacia un bien, el interés que a través del negocio jurídico quiere alcanzar, o sea, la función que el negocio presenta para quien lo otorga. De ahí que nos presente la causa como función económica-individual que desarrolla un rol unificador.

En la regulación del modo testamentario, presente en nuestro Código Civil, hallamos expresiones tales como “la sustancia de la disposición” (artículo 960 inciso segundo) y “la voluntad de aquél” (del testador). El testador otorga el testamento, disponiendo “del todo o parte de sus bienes, para después de la muerte” (artículo 779). Y, entre las disposiciones que determinan el contenido típico del testamento, se encuentra el modo, que, como disposición testamentaria, es ejercicio de la “libertad civil” del testador, de su concreta “voluntad”, que presenta “la tensión” de ella “hacia un bien”: la utilidad o beneficio de la persona en cuyo favor se ha constituido el modo” (artículo 963) derivada de lo que “deja a una persona” (otra persona, el heredero o el legatario). Así apreciamos en el modo testamentario una concreción de la causa testamentaria, y también vemos cómo la asignación hereditaria o legataria que se grava con el modo presenta un rol instrumental hacia la consecución del fin en que aquél se concretiza. Por lo que coincidimos con el referido planteo de Romagno.

La regulación del modo testamentario en nuestro Código Civil se incluye en el capítulo VII, “De las condiciones, plazos y objeto o fin de las disposiciones testamentarias”, del título IV, “De la sucesión testamentaria”. Y, precisamente, “el objeto o fin de las disposiciones testamentarias” se liga necesariamente con el modo testamentario. Así hallamos a nivel textual, en nuestro Código Civil, la concreción de la causa testamentaria en el modo. Aunque dicho texto se corresponde al título del respectivo capítulo “De la

6 Giovanni B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano-1966, pág. 370-371

sucesión testamentaria”, no correspondiéndose a disposición, y por consiguiente, norma alguna de la respectiva regulación. Dicho texto, principalmente, llevó a que Vaz Ferreira⁷ sostuviera que la naturaleza del modo se encuentra en la causa.⁸

Pero la relación del modo testamentario con la causa testamentaria ya se hallaba en la ley de Partidas (6, 9, 21), en la que se hablaba de “De las condiciones, e razones, e maneras que pueden ser puestas en las mandas”, agregándose que “*En cada una destas tres maneras sobredichas, ha su manera cierta en latín, porque se pone. Ca la primera se faze con “si”, la segunda con “quia”, e la tercera con “ut”*”. Así se ligaba el modo con la razón del testamento, viéndose nuevamente cómo el modo integra la voluntad testamentaria por la que una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte (artículo 779), la causa testamentaria.

Así Vallet de Goytisolo⁹ nos dice que, en la parte que esta ley de Partidas dedica a explicar la causa, dice: “*Otrosí, los fazedores de los testamentos ponen razones en las mandas, quando las fazen. E a esta razón llaman en latín causa. Es esto es, como quando dice el testador: Mando a fulano cient maravedis, por servicio que me fizo. E tal razón como esta cata siempre al tiempo pasado. E la manda que assi fecha dezimos, que magüer la razón que es puesta en ella non sea verdadera, vale, e puede luego demandar tal manda aquel a quien es fecha, e due ser entregado della.*” Además nos recuerda que Gregorio López¹⁰, al glosar la palabra causa en dicha ley, recuerda que Bartolo definió la causa como “*quid praeteritum, vel instans quo impellimur, ut aliquid disponamus*”; y Baldo dijo que “*causa est adjectio, motiuvum finale vel impulsivum testatoris ostendens.*” En dichos textos vemos cómo hallamos dos acepciones de la causa, una como mera razón o motivo, que se corresponde al texto del artículo 788 de nuestro Código Civil, en que se nos habla de “la falsedad de la causa o del motivo expresado por el testador...que el testador ha querido hacer depender la eficacia de la disposición de la existencia del motivo aducido para ella”, y otra como *motiuvum finale*; en la que encontramos el interés que a través del negocio jurídico se quiere alcanzar de que nos hablara G. Ferri.

3.- El modo obliga pero no suspende

En el artículo 956 de nuestro Código Civil leemos que “Cuando se deja algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras, o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un *modo* y no una condición suspensiva.” “Si pareciere dudosa la intención del testador se juzgará que la disposición es modal”.

7 Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de las sucesiones*, tomo III, Montevideo-1975, pág. 180 y ss.

8 Sin perjuicio de decirnos, además, que la misma conclusión se desprende del artículo 956, en que se halla la expresión “con la obligación de aplicarlo a un fin especial”; recordándonos cómo García Goyena usaba las palabras “objeto o aplicación”. Y, por fin, Vaz Ferreira, funda su postura en el texto del artículo 959 del Código Civil, en el que se lee que “si el modo es en beneficio exclusivo de aquel a quien se impone, se mirará como simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica, salvo que lleve cláusula resolutoria.” A lo que agrega “aceptar que puede haber modo donde falta una obligación jurídicamente eficaz es característico de la teoría que equipara el modo a la causa”.

9 Ob. cit. pág. 412-413

10 Citado por Vallet de Goytisolo, ob. cit. pág. 412

Nin y Silva¹¹ indica como fuente de dicha disposición los artículos 1089 del Código Civil Chileno, el artículo 714 del Proyecto García Goyena, el artículo 797 del Código Civil español, y en los artículos 3774 y 558 del Código Civil argentino.

En el artículo 1089 del Código Civil Chileno se agrega, en un único inciso, que “El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada”, lo que nuestro Código Civil dispone en el artículo 957, estableciendo que “El modo no suspende la adquisición del derecho ni su ejercicio.” “Lo dejado modalmente puede pedirse desde luego, sin necesidad de dar fianza de restitución para el caso de no cumplirse el modo”. Lo que ya era explicado por Scaevola¹² (*Dig. 35, 1, 80*), distinguiendo la condición del modo, nos hablaba de atribución *si monumentum facerit y ut monumentum faciat*. Y que Vallet de Goytisoló¹³, resumiendo las posturas doctrinaria y jurisprudencial referentes al modo, marcara a través de la expresión de que “el modo obliga pero no suspende”.

4.- Entre el modo y la simple recomendación

Scaevola también diferenciaba el modo de la simple recomendación sin efecto jurídico, aunque ese deslinde concreto, nos decía, dependa de la interpretación de la voluntad del testador (*Dig. 33, 1, 7*); de “la voluntad de aquél” de que nos habla el artículo 961 de nuestro Código Civil.

En el artículo 959 de nuestro Código Civil se dispone que “Si el modo es en beneficio exclusivo de aquel a quien se impone, se mirará como simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica, salvo que lleve cláusula resolutoria.” Nin y Silva¹⁴, en sus notas, nos indica como fuente de esta disposición el artículo 1092 del Código Civil chileno¹⁵. Sin embargo, entre un texto y otro hallamos diferencias, en cuanto, en el chileno, leemos que, en tal caso, el modo “no impone obligación alguna” pero nada dice que se mire como simple declaración de voluntad.

Ante tal disposición, Vaz Ferreira sostiene que desde que el artículo 959 admite que el modo puede no encerrar obligación jurídica, inevitablemente debe aceptarse que la obligación no es de la esencia, ni debe por tanto incluirse en la definición del modo; debiendo concretarse siempre en una aplicación de bienes que integran la herencia o el legado. Frente a lo cual Gatti¹⁶, basándose en la misma disposición, nos dice que ella excluye hasta la más remota posibilidad de aceptar la teoría de la causa final. Ello en cuanto, desde que, los que encuentran la naturaleza del modo en la causa, el modo *simplex* no solamente es modo, sino que es el verdadero modo, y si nuestro legislador hubiera consagrado esa teoría, el caso contemplado en el artículo 959 sería el modo típico, y por lo tanto no hubiera sido necesario establecer una disposición expresa diciendo que en

11 Ob. cit. pág. 362

12 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho de sucesiones. I. Fundamentos*. Civitas, Madrid-1982, pág. 404

13 Ob. cit. págs. 405-406

14 Ob. cit. pág. 363

15 “Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria.”

16 Ob. cit. pág. 122

tal supuesto es igualmente un modo. A lo que agrega que, al aclarar el legislador que cuando el modo es en beneficio exclusivo de aquel a quien se impone, el modo se mira como una simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica, es porque implícitamente da por establecido y admitido, que en todos los otros casos, que es la generalidad de los casos, el modo encierra una obligación jurídica.

Si, en el texto del artículo 959 antes transcrito, acudimos al significado de mirar, hallamos entre sus acepciones¹⁷, la de “pensar, juzgar”. Así podríamos leer dicha disposición como “si el modo es beneficio exclusivo de aquél a quien se impone se juzgará como simple declaración de voluntad”, la “simple recomendación” de que nos hablaba Scaevola. Pero, a su vez, “juzgar”, según el significado de la Real Academia Española, entre sus acepciones presenta la de “afirmar, previa la comparación de dos o más ideas, las relaciones que existen entre ellas.” Y la relación, en dicha disposición, es que, ante tal supuesto, la declaración se juzgue como mera recomendación.

En el caso, el verbo mirar se acompaña del vocablo *se*. Caumont¹⁸, refiriéndose al la distinción entre contratos gratuitos y onerosos, nos ha dicho que dicho vocablo marca la absoluta “impersonalización”, “la total desubjetivación”, en fin, la completa objetivación del punto, alejando precisamente del señorío volitivo de los componentes personales del lazo obligacional toda posibilidad de imponer su impronta. Si seguimos tal postura nos encontramos, ante el supuesto planteado en la disposición, de una necesaria consecuencia (que el modo no encierra obligación jurídica), la que solo se podrá evitar mediante la inclusión de la cláusula resolutoria. Por tal vía llegaríamos a la conclusión que la “libertad de querer” del testador, de entender y obtener tal “disposición” como modo sólo es admisible a través de la cláusula resolutoria. Por lo cual dicho “se mirará” se hallaría sólo implicado de una lógica objetiva.

5.- De la relación de sentido del modo en beneficio del gravado

Arcos Llorach¹⁹ indica que el pronombre “se” entre los que carecen de acento en su significante y, por ello, requieren combinarse en la secuencia con otra palabra (un verbo o un derivado verbal). Asimismo Arcos Llorach²⁰, al estudiar el reflexivo *se*, nos dice cómo, en casos como el citado, “la experiencia que se comunica se reduce a manifestar una actividad y lo afectado por ella”, configurando una construcción impersonal. Impersonal sí, pero a nivel gramatical –afirmamos nosotros-. Pero aún, en dicho campo, Arcos Llorach²¹ enseña que el verbo combina un signo de referencia léxica (que sería el predicado) y un signo complejo de referencia gramatical (con significado, entre otros, de *persona*, que sería el sujeto gramatical). Y –continúa- ambos signos se presuponen mutuamente y son imprescindibles para que haya verbo. Pero no solo eso, sino que, agrega, “sus respectivos significantes no siempre son separables: con cierta frecuencia

17 Conforme el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición

18 Arturo CAUMONT, “Situaciones arrendaticias especiales. Comodato modal. Situación de la ex concubina. Ocupante del inmueble arrendado” en Jornadas de arrendamientos urbanos, Editorial Universidad, pág. 109

19 Emilio ALARCOS LLORACH, *Gramática de la lengua española*, Espasa, 15ª reimpresión, marzo de 2006, pág. 86

20 Ob. cit. pág. 259

21 Ob. cit. pág. 171

están amalgamados.” Así, no podemos entender la disposición sólo en función del verbo y del uso del reflexivo *se*; sino en razón del significado de todas sus palabras, para, a partir de ellas, de su *ratio*, de la regulación y la “lógica de la materia”, entenderla y hallarle su sentido.

Veamos dicha disposición desde la perspectiva del testador. En relación a él, si analizamos la disposición desde una perspectiva objetivista, ella deviene una norma imperativa. Y, ya Bobbio, al analizar la voz norma jurídica²², ha ligado las normas imperativas a las prohibitivas. Lo que Villa²³ compartiera y aclarara, afirmando que toda norma preceptiva conlleva lógicamente una serie de prohibiciones; siendo siempre traducible en términos de prohibición. De ahí que leeríamos aquella disposición como la concreción de una prohibición: la de imponer un modo en beneficio del mismo gravado. Salvo, claro está, que el modo se acompañe de una cláusula resolutoria.

Pero no cualquier norma jurídica es imperativa, sino sólo aquella que se halla basada en una *ratio* que determine la inquebrantable imperatividad (o prohibición). Así Endemann²⁴ nos hablaba de la *ratio* de la prohibición, y Villa²⁵ nos dice que la norma imperativa es aquella inderogable en protección del interés público y general. Por lo que, si la imperatividad de una norma se basa en criterios de interpretación fundados en la *ratio* de la misma, nos alejamos de ver en la disposición contenida en el artículo 959 del Código Civil una norma imperativa. Es más, en ella, sólo vemos un límite a su libertad de testar. Pero veamos qué tal fuerte es dicho límite.

Veámoslo a nivel del significado. Lyons²⁶ nos ha dicho que “el sentido de una expresión es, simplemente, el conjunto de relaciones de sentido que se mantienen entre dicha expresión y otra cualquiera”. Y que²⁷ “cuando consideramos las palabras como unidades dotadas de significado, también hemos de enfrentarnos al hecho de que una forma puede estar asociada con varios significados...y que el mismo significado puede estar asociado con diferentes formas...” Así, retomando las enseñanzas de C.S. Peirce, nos habla de palabras como muestras y palabras como tipos. Y, como ejemplo de ello, usa la oración “El que ríe último ríe mejor”, en la que, la misma palabra (ríe) se manifiesta una vez como muestra y otra vez como tipo. Por lo cual se nos impone el deber de encontrar “las relaciones de sentido” que se hallan junto a la expresión “se mirará”, y, que, - junto a ella, componen la disposición. Y, a su vez, si dicha expresión se corresponde a unas palabras muestra o tipo. Y, precisamente, el significado del modo se encuentra en una disposición testamentaria, la que, en principio, se rige por la primacía de la voluntad sucesoria del testador; la que en el Derecho romano se expresara a través del *brocardo Dicat testator et erit lex*, que se concretara expresamente en un pasaje de Ulpiano, y que el Tribunal Supremo de España²⁸ refiriera en la expresión “la voluntad del testador es

22 En Nss. Digesto Italiano, IX, Torino- 1965, pág. 331

23 Gianroberto VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano-1993, pág. 85

24 Citado por VILLA, ob. cit., pág. 15

25 Ob. cit. pág. 87

26 John LYONS, *Lenguaje, significado y contexto*, Paidós, pág. 65

27 Ob. cit. pág. 46

28 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho de sucesiones, I, Fundamentos*. Civitas, Madrid-1982, pág. 61

ley de la sucesión". De ahí que González Palomino²⁹ escribiera que en el derecho sucesorio, "salvo las normas de capacidad, forma y legítimas (asignaciones forzosas), todo es derecho dispositivo." Por lo que la relación de sentido de "se mirará" se debe ligar con la voluntad testamentaria, su libertad y el fin por ella buscado. Y, por consiguiente, entre los varios significados, debemos buscar el que se compadezca con el significado del tipo negocial (modo testamentario) que en la disposición se trata. Y, ya desde aquí, retomando enseñanzas de López Jacoiste³⁰, debemos vincular la libertad de testar, la causa y el contenido testamentario, con los derechos de la personalidad, por los que, nos dice, se protege la subjetividad en sí, en los que subyacen siempre exigencias de acoplamiento entre las posiciones y áreas de unas y otras personas; el designio de que cada persona esté en su sitio y sea respetada en él; y en cuya materia la ley se traduce en poco más que mera acogida de principios.³¹ Ello explica que Costa y Martínez³², al analizar la constitución del status individual, nos hable del "derecho de disponer libremente por testamento", comentando que la jurisprudencia de los tribunales considera también los testamentos como otras tantas manifestaciones de la soberanía civil del individuo." Por lo cual, si en el texto del artículo 959 de nuestro Código Civil han una palabra, como unidad dotada de significado, es la palabra "modo", y ella, con todas sus implicaciones es la que la respectiva relación de sentido, la que transitará, creemos, por una vía necesariamente subjetiva.

6.- Del querer del testador

Volvamos a la expresión "se mirará". Ya hemos dicho que en ella se encuentra el verbo mirar con el pronombre reflexivo se. Pero si bien el verbo que se usa es "mirar", "la sustancia de la disposición" (art. 960 del Código Civil) radica en "modo" y "declaración de voluntad", lo que se liga necesariamente con lo que Snell³³ llamara verbos del "querer". Pues el modo, en que se concretiza la causa testamentaria, se integra en el querer del testador por el que se dispone del todo o parte de los bienes. Así estamos ante la expresión del testador que podemos enunciar como "yo quiero", ante la cual Snell escribiría que contiene "el propio deseo, el convencimiento personal de que una situación debería darse", que "aparece como el origen espiritual del obrar". A lo que agrega que el "yo quiero" no solo expresa un convencimiento sobre lo futuro, sino que crea un impulso personal del obrar, se ha ganado algo nuevo y significativo." "Sólo en la antítesis frente al "yo debo" se refiere, con el "yo quiero", el obrar a un acto espiritual preciso, que no sólo anticipa el objetivo de ese obrar, sino que también pone en movimiento el obrar hacia ese objetivo." Y es ese "yo quiero" al que debemos atender, "al convencimiento personal" de que una situación debe darse, por lo que aquella expresión "se mirará" se debe entender necesariamente ligada a los "verbos del querer", en definitiva, al querer.

29 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit. pág. 81

30 José Javier LÓPEZ JACOISTE, *Una aproximación tónica a los derechos de la personalidad*, Anuario de Derecho Civil, Madrid-1986, pág. 1071

31 LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. pág. 1085

32 Joaquín COSTA Y MARTÍNEZ, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Civitas, pág. 63.

33 Bruno SNELL, *La estructura del lenguaje*, Editorial Gredos, Madrid-1966, pág. 124

Deleuze³⁴, al estudiar la proposición, ha estudiado sus relaciones, y, en la primera, la plantea como la relación de la proposición con un estado de cosas exteriores (*datum*); y, en una segunda relación, presenta la proposición como manifestación. En tal caso, nos dice, “se trata de la relación de la proposición con el sujeto que habla y se expresa”. Así debemos entender la expresión “se mirará” como integrando las reglas de la interpretación testamentaria, ante una proposición de un testador que habló y se expresó.³⁵ Tanto como la expresión “es tenido” contenida en el artículo 857 de nuestro Código Civil significa que en la respectiva disposición se concrete una norma de interpretación testamentaria.

En el artículo 857 del Código Civil se lee la proposición de que “el heredero instituido en una cosa cierta y determinada es tenido por legatario de ella”. Vallet de Goytisolo³⁶, estudiando el artículo 768 del Código Civil español, no consideraba imperativa esta disposición, sino de carácter interpretativo de la voluntad del testador. A través de tal afirmación seguía la postura de Manresa³⁷, quien, escribiera que varias normas en materia testamentaria “se inspiran en primer término en el respeto a la voluntad del testador, base principal de toda recta interpretación de los testamentos y que la ley procura siempre amparar”... “estableciendo, de acuerdo con la Ley 5^a, título 33 de la Partida 7^a, que las palabras (las del testador) debían ser entendidas lisa y llanamente como suenan, a no probarse que la intención fue otra; debiendo asimismo interpretarse ésta mediante la comparación de unas y otras cláusulas del testamento, para fijar su verdadera inteligencia de modo que no se alterasen los verdaderos propósitos del causante”.

Creemos que también en la interpretación del artículo 959 del Código Civil debemos atender al propósito del testador, y que, ante una voluntad clara y cierta (expresa) de imponer el modo en beneficio exclusivo de aquel a quien se impone como obligación jurídica; modo será, y, por tanto, obligación jurídica será. De ahí que ante la ausencia de una tal voluntad clara y cierta es que el modo que pretendiera el testador se entiende como una “simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica”. Pero, si no hay duda (artículo 787) de que el testador quiso imponer tal modo como una obligación hacia el gravado, y la herencia, modo será. Por consiguiente, entendemos que el modo siempre implica una obligación jurídica.

Un pilar del sistema jurídico es la coherencia, que, como sabemos, en una de las primeras explicaciones que se ella se diera, impone la ausencia de contradicciones. Todos estamos de acuerdo en la proximidad que existe entre el modo, creemos que necesariamente obligatorio, y el legado obligatorio. También muchos creemos en que aún cuando

34 Gilles DELEUZE, *Lógica del sentido*. Paidós, 1^a edición 1989, pág.35 y ss.

35 DELEUZE nos dice que la manifestación se presenta como el enunciado de los deseos y las creencias que corresponden a la proposición. Deseos y creencias –nos dice- son inferencias causales, no asociaciones. El deseo –continúa- es la causalidad interna de una imagen con respecto a la existencia del objeto o del estado de cosas correspondiente; correlativamente, la creencia es la expectativa de este objeto o estado de cosas, en tanto que su existencia debe ser producida por una causalidad externa. De ello no debe concluirse que la manifestación es segunda respecto de la designación: al contrario, ella la posibilita, y las inferencias forman una unidad sistemática de la que derivan las asociaciones. Y, desde el punto de vista de la significación, se consideran siempre los elementos de la proposición como “significado de conceptos que pueden remitir a otras proposiciones, capaces de servir de premisas a la primera.”

36 Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Anuario de Derecho Civil, Madrid-1955, pág. 171

37 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, ob. últ. citada, pág. 171

se trate de dos tipos distintos, a fin del colmar las lagunas en la regulación de uno u otro, debemos mediante la analogía acudir a una u otra regulación. Así, en la regulación del legado, se admite el prelegado. En el artículo 905 del Código Civil se dispone que “el testador puede gravar con legados no sólo a su heredero, sino también a los mismos legatarios; y si éstos aceptaren, deberán cumplirlos, con tal que no importen más de lo que se les deja”. A consecuencia de ello tendremos una relación obligatoria unipersonal, tan relación obligatoria unipersonal como la que se verificará ante un modo en beneficio del mismo gravado.

Por todo ello es que entendemos que el modo testamentario integra la causa testamentaria y, a la vez, concreta una obligación jurídica. Es más, creemos que, a fin de explicar su naturaleza, oponer la causa a la obligación no es más que un sofisma: el sofisma de falsa oposición.

Tanto la causa con la obligación, que, al referirse a la causa final y su vinculación con la causa de la obligación, Wayar³⁸ nos ha dicho que la causa final no es un elemento de la obligación, marcando la impropiedad de hablar de “causa” como sinónimo de “finalidad”; cuando la causa final es un requisito esencial de los actos y negocios jurídicos. Y, en el testamento, la causa final surge de la voluntad testamentaria (del negocio jurídico testamento) que genera la respectiva obligación.

7.- Del modo como disposición testamentaria sustancial

En la regulación “De las condiciones, plazos y objeto o fin de las disposiciones testamentarias”, se trata, precisamente de disposiciones. Así se nos habla de “las disposiciones testamentarias a plazo incierto” (art. 954), de “las disposiciones testamentarias bajo condición suspensiva” (art. 955), de que “la disposición es modal” (art. 956), de “las disposiciones modales”, de “disposición modal” (art. 962), y de “declaración de voluntad” (art. 959). Se liga la noción de disposición con la de precepto, tanto como con la de “acción y efecto de disponer”, y la de declaración.

Sicchiero³⁹ nos plantea la distinción entre cláusula en sentido formal y cláusula en sentido sustancial. Así nos dice que, ante la directiva europea sobre cláusulas abusivas número 93/13 se aprecia la distinción entre *Klausel* y *Bestimmung*. Se trata por tanto de verificar el problema de la ineficacia no referida a la forma sino al contenido dispositivo del acto, hablándose de aspecto formal de la cláusula y su contenido. Se nos recuerda que en la doctrina francesa⁴⁰ no se habla de cláusula sino de “*disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date ou lieu d'exécution, etc.), soit de l'assujeter à un régime spécial, parfois neme dérogatoire au droit commun (on parle alors de clauses spéciales).*” Tanto como Carbonnier⁴¹ nos dice que “*le clause est une partie de contrat portant sur un point particulier.*”

38 Ernesto WAYAR, *Derecho Civil. Obligaciones*, I, Depalma, Buenos Aires-1990, pág. 167

39 Gianluca SICCHIERO, “La cláusula contractual” en *Anuario de Derecho Civil*,

40 *Vocabulaire juridique*, dirigida por CORNU, VII, ed. Presees universitaire de France, citado por SICCHIERO, ob. cit. pág. 1642

41 CARBONNIER, *Droit Civil. Les obligations*. Presees universitaire de France, 1991, pág. 42, citado por SICCHIERO, ob. cit. pág. 1642

Le clause est au contract ce que l'article est à la loi". Mientras que en la doctrina italiana hallamos que el término "*clausola del contratto*" puede asumir de hecho dos significados diversos. El primer significado puede denominarse formal: es cláusula cualquier parte del contrato, la que Sicchiero⁴² llama noción formal de cláusula (*klausel, clause, term*). El segundo significado puede denominarse sustancial: es cláusula cualquier proposición que produzca un efecto jurídico, la que Sicchiero ha llamado noción sustancial de cláusulas (*Bestimmung, determinazione*). Como ejemplo de ello Sicchiero plantea la cláusula "el precio de la compraventa es de 15000 □ que se paga al contado", la que, conforme lo dicho, se corresponde a una sola cláusula. Pero, en el plano sustancial, la misma puede dividirse en dos cláusulas ulteriores: el precio de la venta es de 15000□ y el precio se paga al contado. Así describe la cláusula sustancial como "cualquier precepto indivisible del contrato que produzca efectos jurídicos."

El modo, dentro del testamento, como documento, puede integrar una misma cláusula (formal) en la que se determine una asignación hereditaria o legataria, y el modo que la grava. Pero, a nivel sustancial, en tal caso, estaremos ante dos cláusulas: la institución de heredero o legatario, y el modo, por la que, por cada una, el testador dispone del todo o parte de sus bienes. Y, cada una, a su vez, es indivisible. Ello en cuanto cualquiera de ambas proposiciones produce efecto jurídico.

8.- De la obligación de aplicar algo a un fin especial

En el artículo 956 se nos habla de "fin especial". El significado de "fin" lo hallamos en el sentido de "fin último", que en el Diccionario de la Lengua Española⁴³ presenta como significado el de "aquel a cuya consecución se dirige la intención y los medios del que obra".

El fin se encuentra presente en la regulación en materia de obligaciones y contratos, hablándonos en el artículo 1373, en la sección "De las obligaciones con cláusula penal", del "fin expreso"; en el artículo 1381, en la sección de las obligaciones divisibles e indivisibles, "del fin que se han propuesto las partes en el contrato, con la intención..."; en el artículo 1796, en la sección "De las obligaciones del arrendador", de mantener la cosa "en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada".

En materia de derechos reales encontramos la expresión "destino". Así en el artículo 520 del Código Civil se nos habla del "destino de un edificio"; en el artículo 508 de "naturaleza y destino" de las cosas muebles; en el artículo 1904 de "destino ordinario de las cosas pertenecientes al haber social"; y en el artículo 27 letra a de la ley 18308 (de ordenamiento territorial) se nos habla de "la vinculación de los terrenos, instalaciones y edificaciones al destino definido por el instrumento de ordenamiento territorial y al régimen del suelo que les sea de aplicación". Y, entre las acepciones de "destino", el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁴⁴ presente el significado de "señalamiento o aplicación de alguna cosa o un lugar para un determinado fin"; mientras

42 Ob. cit. pág. 1645

43 Real Academia Española, 22ª edición, 2001, Ed. ESPASA.

44 22ª edición

que se describe el significado de “destinar” como el de “ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto”.

Así vemos como el fin implica destino, el que se liga nuevamente con el querer del testador y la causa testamentaria, y con los mismos bienes afectados por tal fin (destino).

En nuestro sistema jurídico carecemos de una regulación general de los actos de destinación, aunque sí hallamos varios de ellos. En el artículo 2645-ter del Codice Civile se disciplinan los actos de destinación; tratándose de la creación de un vínculo sobre el patrimonio que se presenta como vínculo real, en cuanto oponible a terceros. Así lo presenta Mirzia Bianca⁴⁵, ligándolo al instituto de los patrimonios destinados a un fin específico. Pero, nos dice, la “realidad” del vínculo la entiende no tanto ligada a la creación de un conjunto de obligaciones *propter rem*, sino en la relevancia externa, y, por consiguiente, en la oponibilidad a terceros de un vínculo que nace de la voluntad de uno o varios sujetos. En tal sentido nos advierte, citando a Gazzoni, que el entendimiento del vínculo real como vínculo que implica la creación de un nuevo derecho real ha llevado a parte de la doctrina a considerar el vínculo que se deriva de la citada disposición como meramente obligatorio. Es por ello que Mirzia Bianca nos dice que el carácter innovador del acto de destinación patrimonial disciplinado en dicha disposición no se debe a su fuente negocial, sino en tratarse de un *acto atípico de destinación* patrimonial. En el modo asistimos, sin duda, a un acto de destinación patrimonial; pero dudamos que la destinación patrimonial por sí solo constituya un derecho real que se constituye en el testamento; lo que encontraría su base legal de publicidad registral en el numeral 1° del artículo 17 de la ley 16871.

En nuestra ley registral la oponibilidad del modo testamentario creemos que transitará mediante la inscripción del respectivo certificado de resultancias de autos, tanto como, otro vínculo de destino –el bien de familia constituido mediante el otorgamiento de un testamento–, transita por el certificado de resultancias de autos en que “se hará constar” (artículo 17, numerales 6 y 17, de la ley 16871).

En nuestro decreto-ley 15597 (ley de constitución de bien de familia), se nos dice que “la constitución de bien de familia puede hacerse” “en beneficio de ambos cónyuges o sus descendientes”, “a favor de los hijos del matrimonio o unión concubiniaria menores de edad o con discapacidad”, “en beneficio de los hijos naturales menores naturales, reconocidos o declarados tales”, “por toda persona en beneficio de la otra” por “toda persona de contratar” sobre “un inmueble de su propiedad”. Y entre los efectos de la inscripción de la constitución como bien de familia se dispone que “el bien de familia no será embargable por deudas contraídas con posterioridad a su constitución”, como tampoco “sus frutos en un 60% (sesenta por ciento) de la producción anual”, y que “el bien no podrá enajenarse, sino en los casos y en las condiciones admitidas en esta ley.” Aquí, al igual que en el modo, hallamos un vínculo de destinación tipificado legalmente. Es más, creemos que la constitución testamentaria de bien de familia transitará necesariamente por el modo; encontrándonos, así, ante un modo testamentario especialmente nominado y regulado. Además de un vínculo de destinación expresamente previsto como acto inscribible en el Registro de la Propiedad.

45 Mirzia BIANCA, “L’atto di destinazione: problema applicativi” en Rivista del notariato, tomo LX, 2006, pág. 1175

El vínculo real de que nos habla M. Bianca, en la situación que genera el bien de familia, no solo excluye la respectiva finca, y su valor, de la garantía común de los acreedores, sino que también limita el poder de disposición de su propietario; quien “no puede vender el bien de familia en todo en parte, mientras existan hijos menores o cónyuges beneficiados con su constitución” (artículo 10 del citado decreto-ley). Por lo cual, ante este modo, no dudamos de la eficacia real del mismo; compartiendo el planteo de M. Bianca.⁴⁶

9.- De los vínculos de destinación en el planteo de M. Bianca

Mirzia Bianca⁴⁷, al estudiar la oponibilidad de los vínculos de destinación en los patrimonios separados, ha escrito que los patrimonios separados como el *trust* se caracterizan como vínculos reales de destinación que determinan un diverso régimen de circulación de bienes separados. Tales vínculos afectan a terceros, tales como acreedores, modificando, aún, la regla de que todos los bienes del deudor sean garantía de sus acreedores. Sin embargo, nos dice, la bipartición entre vínculos reales y obligatorios de destinación solo puede aceptarse en relación a la naturaleza real o personal del vínculo, pero no en relación a la naturaleza del derecho ni a la oponibilidad del mismo. Mientras que en la doctrina francesa, Guinchard⁴⁸, seguido en la doctrina italiana por De Nova⁴⁹, se ha planteado, en relación al objeto de la destinación, entre destinación personal y destinación real; hallándose el criterio diferenciador en la protección de las persona o del uso y goce de los bienes. En cuanto el vínculo de destinación afecta el uso y goce de los bienes, también en el pensamiento de Guinchard, nos encontramos ante una destinación real.

M. Bianca nos dice que la distinción en relación a la naturaleza del derecho que nace del vínculo y la oponibilidad del mismo permite superar la objeción que se planteara en la doctrina en relación a la creación de vínculos que violenten el principio de número limitado de derechos reales, en cuanto no siempre la distinción y eficacia real implica la creación de nuevos derechos reales. Así nos recuerda cómo la destinación, ligada al derecho de propiedad, era manejada por Confortini⁵⁰, a través de la no asimilación de los vínculos de destinación a las obligaciones *propter rem* y a la consideración unitaria de los vínculos de destinación como situación jurídica subjetiva secundaria de contenido negativo, que desarrolla la función de conservar la destinación convencional o normativamente establecida a uno o varios bienes. Mientras que Alpa⁵¹ sostiene la autonomía de la destinación frente a los poderes dominicales, y Tamponi rechaza la asimilación del vínculo de destinación a las obligaciones *propter rem*.

46 En la misma doctrina italiana, Luminoso nos ha dicho que el acto de destinación regulado por el artículo 2645-ter del Código Civil italiano vincula de manera obligatoria al fin indicado en el acto, atribuyéndole al beneficiario la titularidad no de situaciones reales, sino de simples pretensiones de naturaleza personal. Sin perjuicio, en razón del texto legal, afirma que la oponibilidad a los terceros del vínculo de destinación no basta para hacer de él una relación comparable a la del *trust*.

47 Mirzia BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova-1996, pág. 208

48 Citada por M. BIANCA, *Vincoli di destinazione...*, cit., pág. 208

49 Giorgio DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, págs. 553 y ss. citado por M. BIANCA, ob. últ. citada pág. 208

50 Massimo CONFORTINI en *Vincoli di destinazione*, citado por M. Bianca, ob. últ. citada, pág. 209-210, nota 72

51 Guido ALPA, *Funzione sociale della proprietà e potere di destinazione*, pág. 47 citado por M. Bianca, ob. últ. citada, pág. 210

Del pensamiento de M. Bianca nos interesa destacar la eficacia real del vínculo de destinación, que en nuestro caso, genera el modo testamentario; eficacia real que distingue de las obligaciones *propter rem* y de los derechos reales, aún limitados.

10.- Del fideicomiso testamentario como acto de destinación

En nuestra ley de fideicomiso (número 17703) se nos habla de una “propiedad fiduciaria” “en beneficio de una persona” que se puede constituir por testamento, en cuyo caso en el certificado de resultancias de autos se hará constar la constitución de la propiedad fiduciaria, y, a través de él, encontrará la respectiva oponibilidad. Además, en tal caso, se confiere al fiduciario “derecho personal a reclamar a los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto”. Así, como en el modo, nos hallamos ante una acción personal (obligación) de la que es titular el fiduciario (que sustituye al beneficiario en los restantes casos de modo); pero que, sin perjuicio de ello, implica un nacimiento de un vínculo real que se denomina “propiedad fiduciaria”, en cuanto propiedad afectada por un vínculo de destinación. Por tal vía, en la regulación fideicomisaria, termina aplicándose la postura de M. BIANCA, en cuanto, junto a una relación obligatoria, presenciamos un vínculo real de destinación.

Así, en la misma doctrina italiana, Palermo⁵², refiriéndose al *trust*, nos ha hablado de una “investidura *ex re*” interina e instrumental a fin del otorgamiento de actos aún de extraordinaria administración, al límite dispositiva y de reconversión de la masa de bienes que conforman el fondo del *trust*, dirigidos a la realización del respectivo destino. Así la atribución traslativa asume el fin primario de la destinación del respectivo bien o de la masa de bienes a un fin, conforme lo configurara el disponente. Por tal vía reconocemos en el *trust*, en concreto en el fideicomiso testamentario, una atribución a favor del gravado (heredero o legatario) que presenta una función preparatoria o instrumental a fin del cumplimiento del respectivo destino (la obligación modal) de que nos hablara Romagno y que distingue el modo contractual del modo testamentario. Es así que reconocemos en el fideicomiso y modo testamentario; también con eficacia real.

En tal sentido Palermo⁵³ nos hablaba de la coesencialidad entre la atribución patrimonial, programada por el disponente, y el fin específicamente perseguido. Tanto como Palermo⁵⁴ nos habla de una fusión en un reglamento unitario del intento atributivo con el intento “destinatorio”. Por tal vía nos presenta el *trust* a través de una técnica caracterizada por la refracción del derecho de propiedad en distintos poderes dispositivos, administrativos y adquisitivos. Y, precisamente, dicho intento atributivo y “destinatorio” lo encontramos en el modo testamentario, en que se atribuye bienes al heredero o legatario, obligándosele a que lo destine a favor de “la persona en cuyo favor se ha constituido” (artículo 963). Persona que devengará, además del crédito contra el heredero o legatario gravado, titular de una “investidura *ex re*” sobre determinados bienes o la respectiva universalidad.

52 Gianfranco PALERMO, “Sulla riconducibilità del “trust interno” alle categorie civilistiche”, Rivista del Diritto Commerciale, marzo-junio 2000, pág. 143

53 G. PALERMO, *Autonomia privata e fiducia*, pág. 577 y ss.

54 Ob. cit. pág. 142

Palermo⁵⁵ nos dice que el beneficiario se encuentra en una situación de expectativa, jurídicamente tutelable, aún en forma específica. En nuestra regulación del fideicomiso es discutible que el beneficiario sea titular sólo de una expectativa –es más creemos que es titular desde ya de un derecho subjetivo⁵⁶–; pero no es discutible que en el modo testamentario el beneficiario es titular de un derecho subjetivo desde el momento en que devenga eficaz el testamento, que Vallet de Goytisolo llamara “el primer momento de la muerte”.

Pero lo que Palermo afirma, y nos interesa, es que la atribución patrimonial se caracteriza y concreta en función del fin al cual los bienes que constituyen el objeto del negocio se destinan. Tanto que ninguna norma impone separar el perfil de la destinación del atributivo. Quizás sea, decimos nosotros, porque no es posible. Como tampoco es posible separarlos en el modo testamentario. Como tampoco es separable el perfil atributivo del distributivo en la partición testamentaria o en la partición por acto entre vivos.

Además Palermo⁵⁷ nos habla de la relevancia *erga omnes* de la adquisición programada a favor del beneficiario; constituyendo un título relevante *erga omnes* de las respectivas modificaciones sustanciales propia de los negocios traslativos, atributivos y de destinación a un fin predeterminado. Y no tiene dudas de que posición de que el beneficiario es titular puede hacerse valer *erga omnes*.⁵⁸ Todo ello creemos que es trasladable al modo testamentario, y a la destinación que en él se encuentra presente.

11.- De la destinación de bienes a favor de una fundación

En nuestra ley 17163 se describe, con epígrafe “objeto”, las fundaciones como “personas jurídicas reconocidas como tales por la autoridad competente que se constituyen mediante el aporte de bienes, derechos o recursos realizado para una o más personas físicas o jurídicas y que persiguen un objeto de interés general, sin propósito de lucro.” Y, al regular su constitución, en el artículo 2º, se dispone que se pueden constituir “por acto entre vivos” y “por disposición testamentaria”; agregándose que “en ambos casos se deberán establecer expresamente y con claridad los bienes, derechos o recursos que se aportan y él o los fines a que los mismos se destinan”.

Así nos encontramos con que la fundación puede ser el contenido de una disposición testamentaria por la que se destinan bienes, derechos o recursos a determinados fines. Y, en el campo de las fundaciones, el beneficiario ser una persona que persiga un objeto de interés general, sin propósito de lucro.

55 Ob. cit. pág. 145

56 Creemos que para encontrar el respectivo poder de beneficiario en el fideicomiso debemos acudir a integrar la respectiva regulación con de los contratos a favor de tercero, que entre nosotros se los conoce como estipulación para otro (artículo 1526 del Código Civil). Y, por tal vía hallamos, aún en la doctrina italiana voces como la de L.V. MOSCARINI (*I negozi a favore di terzo*, Giuffrè, Milano-1970, pág. 45) que reconoce una eficacia externa atributiva de un derecho subjetivo al beneficiario. Y, en el mismo sentido, en la doctrina española, José Manuel MARTÍN BERNAL (*La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, Madrid-1985, pág. 311-312) ha escrito que “el rasgo más característico del contrato a favor de tercero es que éste se convierte en acreedor directo del promitente.”

57 Ob. cit., pág. 151

58 Entre los que cita a Schelinger, Giorgianni, Natoli y Mariconda

Creemos que, en tal caso, nuevamente, estamos en el campo del modo testamentario. Piñar Mañas y Real Pérez⁵⁹ han escrito que de entre todos los medios técnicos-jurídicos viables para adscribir permanentemente bienes al cumplimiento de fines de interés general, la constitución de una fundación dotada de personalidad jurídica es el más importante. En efecto, en los primeros casos los particulares mantienen la propiedad de los bienes adscritos a la satisfacción de dichos fines de interés general. La afectación constituye desde este punto de vista una limitación al ejercicio del derecho sobre los bienes afectados; pero la consecución efectiva del fin no queda suficientemente garantizada, ya que, en definitiva, depende de la voluntad del titular. Lo que se evita, en cambio, si se concede personalidad a la organización independiente encaminada a realizar con un patrimonio determinadas actividades de interés general. A lo que agregan que, si el Derecho reconoce personalidad jurídica a las fundaciones, es como vía de canalización de la propiedad privada para el servicio de fines de interés general.

No coincidimos con tal planteo, en cuanto, el cumplimiento del modo jamás dependerá de la mera voluntad potestativa del gravado; salvo, claro está, el caso del modo *intuitu personae*. Pero aún en tal caso, como viéramos, si se estableciere la cláusula resolutoria, “se deberá entregar a la persona cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto”. Pero también vemos en su planteo la idea de afectación de los respectivos bienes a la satisfacción de fines de interés general: el vínculo de destinación, con la eficacia real referida.

Tanto se liga el modo con la constitución de la fundación por “disposición testamentaria” que en el artículo 13 de nuestra ley de fundaciones se lee que “en los casos en que los aportes se realicen por disposición testamentaria se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil”, y precisamente, creemos que estas normas pertinentes se encuentran en la regulación del modo testamentario. Éste será aquella disposición testamentaria. Y tanto se liga el testamento, la causa testamentaria, y dentro de ellos el modo testamentario, con las fundaciones, que en ambos se ha visto la concreción de derechos de la personalidad. Así López Jacoiste⁶⁰ vinculaba las fundaciones con los derechos de la personalidad, del fundador, por lo que la voluntad de éste se hace merecedora del máximo respeto. De ahí que nos hable de un estrecho parentesco entre fundación y acto de última voluntad. Y así la protección al designo fundacional entraña dos fases distintas, la de formulación de ese designio por el propio fundador, y la del cumplimiento de esa voluntad.

12.- Del cumplimiento del modo a través de prestaciones aisladas

Todo modo, contractual o testamentario, se ha de cumplir mediante la ejecución de la respectiva prestación. Así, en ésta, encontraremos una paga, como “cumplimiento por parte del deudor de la dación o hecho que fue objeto de la obligación” (artículo 1448 del Código Civil) por el cual, en su caso, “debe transferirse la propiedad de la cosa” (artículo 1449 del Código Civil). De ahí que estemos ante un acto de paga y un acto de transfe-

59 José Luis PIÑAR MAÑAS y Alicia REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*. Marcial Pons-2000, pág. 28 y ss.

60 Citado por Piñar Mañas-Real Pérez, ob. cit. pág. 31

rencia, o en su caso de atribución, en que se concrete el destino o fin de la disposición testamentaria modal.

De ahí que estemos ante una prestación aislada que hallará su causa en la respectiva disposición testamentaria. La que Luminoso⁶¹ ha englobado en las “prestaciones traslativas aisladas” (*prestazioni traslative isolate*), las que parte de la doctrina italiana⁶² calificara como mero acto jurídico en razón de la incompatibilidad de la libertad que caracteriza a los negocios jurídicos y el deber (*doverosità*) que conlleva todo acto de cumplimiento. Sin embargo otra parte de la doctrina italiana⁶³ afirma que la naturaleza jurídica de los actos de cumplimiento no es constante, debiendo ser individualizada en cada caso en relación al contenido de la respectiva prestación, atendiendo al respectivo perfil funcional (la *doverosità* del acto) y el perfil estructural (el contenido de la prestación), que en muchos casos presenta naturaleza negocial. Tampoco serán constantes los actos o negocios jurídicos de cumplimiento del modo, pues la estructura y contenido del acto de cumplimiento puede variar desde la constitución de un derecho real limitado, de una renta vitalicia gratuita, la ejecución de una obra o servicio, hasta la transferencia de “una especie propia del heredero” que “se hubiese hecho en forma de carga” (artículo 908 del Código Civil) a favor de un persona determinada, que, en principio, nuestro Código Civil califica de “legado” de “especie ajena”, pero “especie propia del heredero o del legatario.”

De ahí que Luminoso entienda que nada se opone a la configuración del acto de cumplimiento de una obligación preexistente como negocio jurídico, en cuanto, además de la voluntad de cumplimiento, se halle presente y se atribuya relevancia a la voluntad del respectivo efecto final, y tal efecto se verifique en cuanto sean queridos aún con su contenido por el otorgante del respectivo “acto de cumplimiento”. “Acto de cumplimiento” que dijéramos es variable, verificándose, en la ejecución del modo testamentario, sólo en algunos casos “prestaciones traslativas aisladas”; pero que perfectamente pueden darse en el cumplimiento del modo.

13.- Del modo como afectación del jus utendi

El Código Civil de Quebec entre las concreciones de la afectación, en su artículo 2660, plantea la afectación de uno o varios bienes a la ejecución de una obligación. Y, nuevamente estamos presente ante la estructura y función del modo testamentario. Por lo que corresponde que los calificuemos como “disposición testamentaria de afectación”.

Así Roy⁶⁴ nos presenta la afectación como un acto de autoridad del propietario, de un bien o de una masa de bienes, dirigido a reservar una cosa a un fin determinado. Así, nos dice, la afectación imprime al bien una destinación, una dirección, un fin. Lo que implique que determinadas utilidades del bien ya no se hallen presentes entre las

61 Angelo LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*, Giuffrè editore, Milano-2007, pág. 11

62

63 Posición en la que ubica a Di Majo, Torrente, Schlesinger, y Nicolò.

64 Brigitte ROY, “L’*affectedation des biens en Droit Civil Québécois*”, *La Revue du Notariat*, Montréal, vol. 103, diciembre de 2001, pág. 388

atribuciones de su propietario. De ahí que nos diga que afectación es la expresión del *jus utendi* en su aspecto jurídico. Y, así, nuevamente, estamos ante la eficacia real del acto de destinación de que nos hablara M. Bianca.

Por tal vía vemos, no nos cabe duda, cómo el modo limita, afectándolas, las atribuciones del gravado aún en su situación de propietario (quizás instrumental) del respectivo bien. Así esa titularidad ya no ha de “reagrupar todos los atributos posibles, acumulándoles, para dejar a su beneficiario sin concurrencia” de que nos hablaran Atias y De los Mozos⁶⁵ a fin de describir la propiedad. Ello en cuanto el heredero, el legatario, a, aún, como veremos, la herencia misma, se verán privados de la temporal utilidad de la respectiva cosa, de la libertad de elegir sucesor, y hasta de una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa. Ello en cuanto, además, el modo afectará el valor del bien o de universalidad que grave en beneficio de un tercero determinado o determinable.

En tal sentido, Proto⁶⁶ ha hallado en la susceptibilidad de valoración económica de la afectación impuesta al heredero o legatario un índice de tipo del modo. De ahí que, nos diga, no bien desaparezca dicho índice, la respectiva disposición testamentaria ya no podrá ser tipificada como modo, debiéndola ser como condición. En nuestro Código Civil hallamos que dicho índice de tipo es referido en el artículo 961, en el que leemos que “Si el testador no determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, podrá hacerlo el Juez, consultando en lo posible la voluntad de aquél y dejando al gravado en el modo, un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de lo que se le deje por el testamento.”

Así, en lo que Betti llamara valoración comparativa de intereses, vemos cómo en la configuración del tipo modo testamentario, en su valoración económica, ésta prima sobre la del gravado (heredero o legatario). Tanto que en caso de laguna sobre el tiempo y la “forma especial” en que se ha de cumplirse el modo, como criterio supletorio, se asignará al gravado “por lo menos” “la quinta parte del valor de lo que se le deja por el testamento”; sólo “por lo menos” la quinta parte.

En el legado el beneficio económico puede faltar, pero jamás en el modo. Así mientras en el artículo 905 del Código Civil se dispone que “El testador puede gravar con legados no sólo a su heredero, sino también a los mismos legatarios; y si éstos aceptaren, deberán cumplirlos, con tal que no importen más de lo que se les deja.” Lo que marca la diferencia reiteradamente marcada con la disposición que se contiene en el artículo 1615 del Código Civil, en que se nos dice que “se requiere en la donación onerosa que el modo o gravamen impuesto al donatario y apreciable en dinero no sea equivalente al valor del objeto donado.”

Pero, además, en el artículo 963 de nuestro Código Civil se dispone que, aún cuando se produzca la resolución de la asignación hereditaria o de legado, “siempre”, aún cuando el heredero o legatario restituya (“restituyendo”) “lo recibido por no cumplirse el modo”, “se deberá entregar a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una

65 José Luis DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. EDERSA, 1993, pág. 234

66 Massimo PROTO, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni diretto da Giovanni Bonilini, II, La successione testamentaria*, Giuffrè editore, Milano-2009, pág. 1230

suma proporcionada al objeto y el resto del valor de cosa dejado modalmente acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa". Esta disposición, nos dice Nin y Silva⁶⁷, halla su fuente en el artículo 1096 del Código Civil chileno. Y en él también se nos habla de que, en caso de que "haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria", "se entregará a la persona a cuyo favor de ha constituido el modo una proporcionada al objeto y el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia...". Ello siempre que, conforme lo dispone el artículo 962 de nuestro Código Civil, el modo no se hubiere configurado en consideración de la persona del gravado (*intuitu personae*).

Así la disposición testamentaria modal afectará la titularidad del respectivo heredero o legatario, o, en su caso, ante la resolución de sus asignaciones, a la herencia toda; que devendrá obligada a pagar esta carga hereditaria (artículo 1039 del Código Civil). De ahí que, a través del modo testamentario, se afectará el *jus utendi*, en su aspecto jurídico, de toda la herencia. Y, al igual que los acreedores hereditarios y los legatarios (artículos 1149 y 942 del Código Civil), los beneficiarios del modo estarán legitimados para oponerse a la partición mientras no se les pague o afiance lo que se les deba. Para ello acudimos nuevamente a la analogía entre los legados obligatorios y el modo testamentario; aunque éste, repetimos, determine una afectación de toda o parte de la herencia.

Esta solución que consagra el citado artículo 963 de nuestro Código Civil marca un paralelismo con la consagrada en el inciso segundo del artículo 1973, que, en la sección "De la administración ordinaria de la sociedad legal", dispone que si la especie ganancial legada no cayere en el lote de los herederos "se abonará al legatario el valor de la especie con la parte de ganancias correspondiente al testador y con los bienes particulares de éste." En esta disposición podríamos hallar una concretización del principio de subrogación real, aunque es dudoso que estemos ante la aplicación del requisito de procedencia, propio de la subrogación real, sino, más bien, ante una aplicación del principio de equivalencia. Como aplicación de este principio, y no de aquél, Marín Padilla⁶⁸ cita la solución contenida en el artículo 645 del Código Civil español, en que se nos habla, ante la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, de que "se restituirán al donante los bienes donados o su valor si el donatario, los hubiese vendido". Pero, por tal solución, igualmente vemos cómo el legado afecta la herencia, y, por consiguiente, el valor de la misma para sus titulares.

14.- De las cargas hereditarias

En el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española⁶⁹ se nos habla de "carga personal", atribuyéndole el significado de "servicio a que están obligadas las personas", y de "carga real", a la que asigna el significado de "gravamen impuesto sobre bienes inmuebles, quienquiera que sea el poseedor de éstos". Significados que se ligan al primario de dicha palabra, de "cosa que hace peso sobre otra".

67 Celedonio NIN Y SILVA, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, A. MONTEVERDE & Cía., Montevideo-1943

68 María Luisa MARIN PADILLA, "La formación del concepto de subrogación real" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, pág. 1194

69 22ª edición

En la parte final del inciso primero del artículo 1039 del Código Civil se nos habla de “las deudas y cargas hereditarias”, imponiéndole al heredero la obligación de su pagado (“con la obligación de pagar”). También se nos habla de carga en el artículo 908 inciso segundo; luego de que se dispone que “será nulo el legado” de “alguna especie ajena”, supiese o no el testador que no le pertenecía. Sin embargo, se establece que “valdrá... el legado de una especie propia del heredero o del legatario, si se hubiese hecho en forma de carga o de condición.” Por vía vemos como se liga el legado a “la carga”, y ésta al legado. Mientras que en el artículo 909 inciso final se nos habla de “toda otra carga perpetua o temporal a que esté afectada la especie legada, pasa con ésta al legatario”, de la que se excluye la situación de la especie “empeñada o hipotecada” a que se refiere el inciso primero de dicha disposición.

Sin embargo, al regularse la reducción “de las donaciones y legados” que afectan la porción legitimaria, sólo se nos habla de “donaciones y legados”. Pero luego de dicha expresión contenida en el acápite, se nos dice que “1°.- No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la porción legitimaria reduciendo o dejando absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias”; a lo que, en el numeral 2° se agrega que “la reducción de éstas (las disposiciones testamentarias) se hará a prorrata sin distinción alguna.” Así vemos cómo se utiliza la expresión “disposiciones testamentarias” frente a la más limitada “legados” de que se nos habla en aquél enunciado. Y, nuevamente, se utiliza la expresión “disposición” en el numeral 3° al regular la cautela sociniana o gualdense, hablándonos de “si la disposición consiste en un usufructo o renta vitalicia”. Aún cuando en el inciso segundo del numeral 2° de dicha disposición se nos habla de que “si el testador quiso que se pagara cierto legado con preferencia a otros, ...”. Mientras que en el artículo 894 del Código Civil, que enuncia la llamada “intangibilidad de la legítima”, se nos dice que “La legítima rigorosa no admite gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie”.

Ante la disposición contenida en el artículo 894, antes transcrito, en nuestra doctrina, Vaz Ferreira⁷⁰ nos ha hablado de una nulidad que sólo puede invocarla el legitimario mediante la acción de reforma del testamento (artículos 1006 y ss. del Código Civil). Mientras que, en la doctrina especializada italiana, se habla automática caducidad de la respectiva disposición, “de la radical nulidad del acto”⁷¹. Sin embargo, en la misma doctrina italiana contemporánea, Romagno⁷² nos plantea que la consecuencia de la violación de una norma como la que surge de nuestro artículo 894 del Código Civil es la ineficacia en sentido estricto de la correspondiente disposición testamentaria. Pero, a su vez, marca⁷³ la diferencia entre la ineficacia automática que se deriva de la violación del artículo correspondiente a nuestro 894, de la reducción, como la regulada en materia de donaciones y legados, que solo determina la correspondiente ineficacia a través de la promoción de la respectiva acción.

Creemos que en nuestro sistema jurídico la consecuencia de la contravención de la norma que surge del artículo 894 del Código Civil es la ineficacia, y nunca la nulidad,

70 Eduardo VAZ FERREIRA, Tratado de las sucesiones, tomo II, FCU, 1981, pág. 288

71 Conforme nos lo dice ROMAGNO, ob. cit. págs. 456-457

72 Ob. cit. pág. 473

73 Ob. cit. pág. 475

y, quien esté legitimado para promoverla deberá demandar la reducción del respectivo modo a través de la correspondiente acción de reforma, por la que, precisamente, “los herederos forzosos a quienes el testador no haya dejado lo que les corresponde por ley” tienen derecho “a que se *reforme a su favor* el testamento”. Y, entre esta acción y la de reducción de legados, y aún la de reducción de donaciones, no hallamos diferencia alguna, en cuanto se trata de la aplicación de la llamada por Marín Padilla⁷⁴ “técnica jurídica de ajuste o adaptación a la legalidad, como manifestación del principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos *utile per inutile non vitiatur*”. Principio que, en materia testamentaria, demuestra una mayor relevancia, y, al que se la llamado *favor testamenti*.

Un ejemplo de dicha técnica lo encontramos, en el Derecho romano, en la *Ley Falcidia* (Ist. 2.22. *De lege Falcidia*) que se aplicó a los fideicomisos y en la que se establecía un límite al testador en la disposición de sus bienes. Los que contravinieran la llamada cuarta falcidia, “verán cumplida su voluntad pero hasta el límite legal” dijo el jurista Paulo. Así, nos dice Marín Padilla⁷⁵, para que se cumpliera la ley, se le concedió a los herederos la facultad de ajustar, por sí mismos, el legado a la ley, entregándolo sólo hasta el límite legal; en el caso de que el heredero ya lo hubiera entregado según la voluntad del testador, se le concedió la facultad de pedir la restitución de la parte entregada indebidamente, o solicitar del legatario, previo a la entrega, la garantía suficiente de la devolución de la parte ilícitamente entregada.

Por dicha técnica, ya la doctrina alemana, en voces como las de Hedemann, Larenz y Ennecerus⁷⁶, nos había planteado una transformación correctora del negocio, produciéndose una reducción teleológica del mismo. Así, nuevamente, el modo transita por el mismo camino que los legados; deviniendo aplicable la norma que surge del artículo 890 del Código Civil, con la misma relevancia a la preferencia concedida al testador en el numeral segundo del mismo. Y, es más, si el modo testamentario se corresponde a una disposición que consista en “un usufructo o renta vitalicia”, aplicaremos el numeral tercero de dicha disposición legal, hallándonos ante la aplicación de la llamada cautela gualdense o sociniana.

15.- Del modo ante el legado

Hemos hablado de la proximidad entre el modo y el legado obligatorio, y, también, cómo es admisible el recurso de la analogía a fin de integrar, ante vacíos en la regulación del modo testamentario, la respectiva normativa con la regulación de los legados obligatorios. Pero siempre manteniendo la diferencia entre una y otra disposición y asignación testamentaria. La discusión se ha planteado y mantenido en hallar un índice de tipo que permite distinguir una de otra.

74 María Luisa MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Bosch, Barcelona-1990, pág. 131

75 Ob. últ. citada, pág. 132

76 Citados por MARÍN PADILLA, ob. últ. cit. pág. 147

Así García Rubio⁷⁷ nos ha dicho que la imposibilidad práctica de diferenciar el legado de efectos meramente obligatorios de la carga modal destinada a beneficiar a un tercero determinado aconseja, en la medida en que se aprecie que este último es titular de un verdadero derecho de crédito frente al gravado, asimilar al beneficiario del modo con el de aquel tipo de legado. Tal postura, en nuestro sistema jurídico, se encuentra con el escollo de que en el artículo 963 del Código Civil se admite un modo en beneficio de una persona, que no necesariamente “por algún evento pueda resultar cierta” (artículo 785 del Código Civil).

Belloni⁷⁸, en cambio, quien dice seguir el planteo de Costanza, rechaza que la distinción entre modo y legado se halle en la necesaria determinación del beneficiario en éste. Así cuando la carga impuesta al heredero o legatario beneficie a una persona determinada siempre se será necesario atender a la voluntad (interés) del testador por la que aún se debe entender como *modus*, y no como legado, toda vez que ella refleje, prevalentemente, el interés del testador. Tal solución, nos dice Belloni, retoma, desarrollándola, la tesis que reconduce la disposición testamentaria al interés del *de cuius* representaría un elemento suficiente a fin de distinguir, en general, el modo del legado.

En el mismo sentido Bianca⁷⁹ nos ha dicho que el modo se puede dirigir a una finalidad moral del testador, a un interés del mismo gravado, a un interés de terceros determinados, o incluso a intereses difusos; pero que aún “cuando confiera una ventaja económica a una determinada persona, ...siempre se mantendrá diferente del legado”. En el legado la voluntad testamentaria se dirige siempre primordialmente a atribuirle una ventaja económica al destinatario; mientras que en el modo la ventaja económica de una persona determinada es solo eventual y siempre secundaria a la finalidad del testador. Así será modo, nos lo dice Belloni, la disposición que imponga al heredero la realización de una obra de asistencia a favor de las personas necesitadas de la villa, traduce prevalentemente el interés filantrópico del testador, y solo indirectamente el interés de quienes obtienen la respectiva asistencia.

En cuanto compartimos tal planteo, creemos que, una vez más, debemos atender a la voluntad del testador (“ley de la sucesión”) a fin de hallar el índice de tipo que nos permita determinar si estamos ante un modo o un legado. Fijémonos que en el caso de la fundación constituida testamentariamente, aún cuando estemos ante una disposición testamentaria que determine un beneficio directo (aporte) a favor de una persona determinada (la fundación), es el interés del testador el que concretiza en ella y busca el correspondiente fin.

16.- Del modo como asignación autónoma

En el artículo 780 del Código Civil, en la sección “De la naturaleza y efectos del testamento”, se dispone que “El testador puede disponer a título universal o de herencia y a título

77 María Paz GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*. Universidad de León. Civitas, 1ª edición-1989, pág. 140

78 Gian Paolo BELLONI PERESUTTI, “Gli elementi accidentali nel testamento” en AA.VV. *La ricostruzione della volontà testamentaria*. CEDAM, Padova -2005, pág. 382

79 C. Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, II, Milano-Dott. A. Giuffrè editore-1993, pág. 720 y ss.

particular o de legado.” De ahí que se entienda que el contenido típico del testamento transcurra únicamente por estas instituciones, con la consiguiente exclusión de un *tertium genus dispositionis*. Frente a lo cual ya Criscuoli⁸⁰ que la referida contraposición entre herencia y legado puede referirse no ya al íntegro contenido típico del testamento, sino solo a aquellas disposiciones testamentarias que teniendo como objeto bienes del *de cuius* surten un efecto sucesorio en sentido estricto. Quienes pretenden que el modo carezca de autonomía leen y entienden el citado artículo “*a contratio*”, cuando, precisamente, como ya lo advirtiera Laurent⁸¹, “el silencio del legislador, por sí solo, no prueba nada, pues el silencio no dice nada”. Cuando calla, no dice que sí ni que no. Su silencio puede hacernos suponer que únicamente quiere en un caso lo contrario de lo que ha dicho en otro. Pero nada es más vago, y por tanto más dañino que esta suposición. Se corre el riesgo de hacer decir al legislador lo que él no ha querido, es decir, el intérprete se pone en lugar del legislador.” Pero a ello Laurent agrega que, cuando “lejos de contrariar los principios generales, los apoya”, puede utilizarse el argumento *a contrario*. Y, precisamente, en la materia sucesoria, el principio es el ya referido de que “la voluntad del causante es ley de la sucesión” como concreción de la libertad civil. De ahí que utilizar al argumento *a contrario* para excluir el modo como disposición testamentaria autónoma es contradecir el principio general en la materia, basándose en una disposición que no es bicondicional, como actualmente se exige, desde una concepción lingüística del Derecho, a fin de la admisibilidad del dicho argumento. Por lo cual, a fin de determinar si el modo testamentario es admisible como única disposición testamentaria, debemos prescindir de dicha disposición. A ello Giorgianni⁸² ha agregado que no se puede argumentar que el legado implique una sucesión a título particular, mientras que el modo no; pues existen legados que no implican sucesión a título particular.

En cambio, creemos que debemos atender a otras disposiciones. En el artículo 863 del Código Civil leemos que “El sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no apareciere claramente que el testador quiso limitarlas a la persona del instituido.” Y, en el capítulo “Del derecho de acrecer”, en el artículo 1045, se nos dice que en caso que operare el derecho de acrecer en las sucesiones testamentarias, “la parte del que no quiere o no puede aceptar acrece a la coheredero o coherederos, llevando consigo todos sus gravámenes, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coheredero que falta”. A ello debemos sumar que, ante el funcionamiento de la cláusula resolutoria, en el artículo 963 del Código Civil se dispone que, igualmente, “se deberá entregar a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto”. Es decir, que el modo mantiene su validez y eficacia aún cuando el gravado ya no sea más heredero o legatario, y, por consiguiente, gravado; deviniendo gravada la herencia. Si ello no marca una autonomía del modo, no sabemos qué más agregar. Por tal razón creemos en la existencia, validez y eficacia de un testamento que como único contenido presente una disposición modal. Tanto como se admite un testamento que tenga por único contenido la revocación de uno anterior o una mera deseheredación.

80 G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, citado por ROMAGNO, ob. cit., pág. 38

81 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho, II, (Parte sistemática)*, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, pág. 637

82 Michele GIORGIANNI, “Il modus testamentario” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XI (1957), Milano-Giuffrè, pág. 894

En nuestra doctrina ya Vaz Ferreira⁸³, en contraposición a la postura de Gatti⁸⁴, había escrito que desde que el modo tiene con relación a la persona del gravado, un carácter ambulatorio inconciliable con el exagerado carácter de accesoriedad que suele atribuirle la doctrina; remitiéndonos a Criscuoli. Y éste⁸⁵, siguiendo un estudio de Giorgianni, sostenía que la ambulatoriedad es decididamente inconciliable con su pretendida accesoriedad.

Por tal vía presenciamos en el modo una disposición testamentaria autónoma, a la que llamáramos cláusula sustancial, a la que en nada afectará un vicio en la determinación de la institución hereditaria o legataria. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 960 del Código Civil, “si el hecho que constituye el modo es por su naturaleza imposible, contrario a las buenas costumbres o prohibido por las leyes, no valdrá la disposición.” Ello demuestra que el modo se configura, en nuestro Código Civil, como una verdadera cláusula sustancial, que, en su caso, dada la nulidad del mismo, se verifica una nulidad parcial, la que, precisamente, halla entre sus presupuestos que estemos ante parte de un todo divisible, que el negocio jurídico residual tenga entidad propia, y que satisfaga suficientemente el interés del testador.⁸⁶ Ello demuestra, hecho texto en la citada disposición, la autonomía del modo, tanto como la nulidad de la asignación hereditaria o legataria no afectan al modo. Pues aún, en tal caso, se mantendrá la configuración de la nulidad parcial; pues, igualmente, estaremos ante un negocio jurídico residual con entidad propia, y que, en principio, satisface suficientemente el interés del testador.

Dicha situación se ve más claramente si comparamos la regulación del modo con la de la condición, ambos calificados como “modalidades de la voluntad testamentaria”, y, en tanto, “elementos accidentales” del contenido del negocio testamentario. Así, si la condición fuere “físicamente imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes, es nula e invalida la convención que de ella pende” (art. 1408 del Código Civil); disposición que deviene aplicable al negocio testamentario, y desde él a todo negocio *mortis causa*, en razón de la norma remisiva contenida en el artículo 947 del Código Civil. En cambio, como viéramos, el modo se desenvuelve en la autonomía.

83 Eduardo VAZ FERREIRA, ob. cit., pág. 211

84 Gatti (Ob. cit., pág. 123), al diferenciar el modo del legado, sostenía que mientras éste es siempre una disposición autónoma de bienes, el modo es un accesorio de la institución de heredero o legatario y sigue la suerte de ésta. Así Gatti recogía la postura tradicional que asignara al modo una dependencia funcional y estructural en relación a las instituciones de heredero y de legatario.

85 Giovanni CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Dott. A. Giuffrè, Milano-1965, pág.198

86 María Luisa MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Bosch, Barcelona-1992, pág. 115

LEY 19.636: LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN URUGUAY. DIFERENCIAS RESPECTO A LA LEY MODELO UNCITRAL

MATEO VERDÍAS MEZZERA* Y JOAQUÍN GARINO PODESTÁ**

Resumen: El 2018 constituyó un año clave para el desarrollo del Arbitraje en Uruguay. Uniéndose al camino de más de 80 jurisdicciones, Uruguay aprobó una versión modificada de la Ley Modelo UNCITRAL. De este modo, se crea un régimen específico y adecuado para la resolución de conflictos comerciales internacionales.

En el presente trabajo, se analizan todas las diferencias de la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional (“Ley 19.636” o “Ley de Arbitraje Internacional”), con la Ley Modelo UNCITRAL (“LMU”) en la que se basó.

Palabras clave: Arbitraje. Ley Modelo UNCITRAL. Derecho Internacional Privado. Derecho Procesal

Abstract: 2018 was a key year for the development of arbitration in Uruguay. Joining the path of over 80 jurisdictions, Uruguay sanctioned a modified version of the CNUDMI Model Law. In this way, it created a specific and adequate regime for the resolution of international commercial conflicts.

In this paper, we analyze the differences between the new International Commercial Arbitration Law (“Law 19.636” or “International Arbitration Law”), and the CNUDMI Model Law (“LMU”) on which it was based.

Key words: Arbitration. UNCITRAL Model Law. International Private Law. Procedural Law

Sumario: Contenido: 1. Nociones preliminares. 2. Ámbito de Aplicación de la Ley de Arbitraje Internacional. 3. El Acuerdo de Arbitraje en la Ley de Arbitraje Internacional. 4. El Tribunal Arbitral: Recusación de Árbitros. 5. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones por parte de un Árbitro. 6. Suspensión del Procedimiento frente a una solicitud de recusación del Árbitro. 7. Intervención Judicial en el proceso arbitral. 8. Medidas Cautelares: se introdujeron cambios al régimen de la Ley Modelo enmendada en 2006. 9. Normas aplicables al fondo del litigio. 10. Corrección e interpre-

* Doctor en Derecho egresado de la Universidad de Montevideo, Uruguay. Asociado del departamento de Litigios y Arbitrajes de FERRERE Abogados. ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-4208-3372>. mverdias@ferrere.com

** Doctor en Derecho egresado de la Universidad de la República, Uruguay. Asociado del departamento de Litigios y Arbitrajes de FERRERE Abogados. ORCID id: <http://orcid.org/0000-0003-1066-3089>. jgarino@ferrere.com

tación del laudo y laudo adicional. 11. Régimen de Costas. 12. Causales de impugnación del Laudo. 13. Ejecución y reconocimiento de los laudos. 14. Denegatoria de Reconocimiento y Ejecución. 15. Reflexiones finales.

I. Nociones preliminares

El arbitraje es un proceso por el cual las partes acuerdan someter la resolución de una disputa a un decisor no-estatal (un tribunal arbitral integrado por uno o más árbitros), seleccionado por o para las partes, que emitirá una decisión vinculante, resolviendo así la controversia. Todo esto, de conformidad con un procedimiento de adjudicación neutral que otorga a cada parte la oportunidad para presentar su caso.¹

Se trata entonces, de un mecanismo de resolución de disputas típicamente adversarial, por el cual las partes deciden que un tercero imparcial resuelva la disputa, emitiendo un Laudo Arbitral con fuerza de cosa juzgada (el paralelo equivalente a una sentencia judicial).

Frecuentemente se refiere al arbitraje como una “criatura contractual”. Ello, porque en el centro de esta noción se encuentra el consentimiento de las partes; consentimiento de renunciar a su derecho a acudir ante los tribunales estatales para resolver su disputa y para someterse a lo que resuelvan el o los integrantes del tribunal arbitral. El arbitraje, por lo tanto, es de naturaleza eminentemente consensual o contractual.²

Si bien el arbitraje, así como la mediación y conciliación, son de acceso voluntario, no deben ser confundidos. El arbitraje es el único método alternativo de resolución de disputas caracterizado por tener una jurisdicción exclusiva y excluyente. Como se verá, el consentimiento al arbitraje implica una renuncia a la jurisdicción ordinaria (*jurisdicción excluyente*), otorgando jurisdicción únicamente al foro arbitral (*jurisdicción exclusiva*).

Existen distintas clasificaciones del arbitraje.

La primera, distingue entre arbitraje internacional y arbitraje doméstico. Como se verá, el arbitraje será internacional cuando las partes de un acuerdo arbitral tengan sus establecimientos en Estados diferentes, o si el lugar de cumplimiento de sus obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tiene una relación más estrecha, está situado fuera del Estado donde las partes tienen su establecimiento. No cumpliendo esos requisitos, el arbitraje será doméstico. Al respecto, cabe precisar que Uruguay optó por regular ambos procesos mediante un sistema “dualista”. Esto es, se prevé una legislación específica para el arbitraje doméstico (CGP), y otra para el arbitraje internacional (Ley 19.636 sobre Arbitraje Comercial Internacional).

1 BORN, G., *International Arbitration: Law and Practice*, Second Edition, Wolters Kluwer, 2016, pág. 2.

2 Ver, entre otros, GAILLARD, E., SAVAGE, J. (ed.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pág. 29; BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, Sexta Edición, Oxford University Press, Oxford, 2015, pág. 71; MOSES, M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2016, pág. 2.

La segunda, distingue entre arbitraje comercial y arbitraje de inversión. Mientras que el primero suele iniciarse en virtud de un supuesto incumplimiento contractual, pudiendo involucrar privados y también entidades estatales, el segundo se inicia, por lo general, en virtud del incumplimiento de un Tratado de Inversión. El arbitraje de inversión gira en torno al incumplimiento de estándares de protección otorgados por el Derecho internacional a los inversores extranjeros. Así, las partes serán, por un lado, el Estado receptor de la inversión, y por otro lado el extranjero que realizó su inversión y que accede a dichos estándares de protección. La participación más conocida del Estado uruguayo en este tipo de arbitrajes se dio contra el inversor suizo Philip Morris Internacional, donde el debate se centró en la posibilidad del Estado de hacer uso de sus poderes soberanos para combatir los daños generados a la salud de sus habitantes. Asimismo, actualmente el Estado uruguayo participa en un arbitraje de inversión contra los inversores del Reino Unido, Prenay Agarwal, Vinita Agarwal y Ritika Mehta, todos beneficiarios finales de la estructura corporativa bajo la cual se constituyó Minera Aratirí en el Uruguay. El debate no se centra en la contaminación medioambiental que puede generar la minería (dado que la actividad minera no llegó a efectuarse), sino en una supuesta expropiación del Estado uruguayo sobre la información producida en el proyecto minero, así como en una alegada violación al deber de trato justo y equitativo, debido a los inversores. Asimismo, el inversor considera que la promulgación de la Ley de Minería de Gran Porte, es una medida arbitraria, dirigida directamente al inversor en violación de las Legítimas Expectativas que se le generaron en cuanto al marco regulatorio del proyecto minero de inversión.³

La tercera, distingue entre arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*. El primero se caracteriza por la presencia de una Institución que administra y organiza el procedimiento, sin perjuicio de que el juzgamiento corresponde siempre al tribunal arbitral. El sometimiento del caso a la administración de una institución arbitral, pretende dar eficiencia y rapidez a cuestiones administrativas, así como facilitar el proceso a las partes. Por otra parte, en el afán de reducir costos, las partes optan muchas veces por no acudir a una institución que administre el caso, librando a su discreción y a la del tribunal arbitral las cuestiones de manejo del procedimiento. Cabe destacar que en Uruguay, la única institución arbitral que existe al día de hoy es el Centro de Conciliación y Arbitraje - Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios. A la fecha de este trabajo, el Reglamento y el Estatuto del Centro están siendo modificados, con el objetivo de renovar sus normas para darle más visibilidad y posicionamiento a nivel internacional

Habida cuenta de estas distinciones, es de notar que en Uruguay, ya existían normas relativas al arbitraje doméstico, recogidas en el Código General del Proceso de 1989.⁴ Sin

3 Ver artículo de prensa de CIARGlobal: “Uruguay enfrenta arbitraje Uncitral contra Zamin-Ferrous por mina de hierro”, publicada el 24 de julio de 2017 en <http://ciarglobal.com/uruguay-enfrenta-arbitraje-uncitral-contra-zamin-ferrous-por-mina-de-hierro/>

Ver también, JONES, Tom, “Uruguay faces new treaty claim over mining project”, publicado el 25 de julio de 2017 en <https://globalarbitrationreview.com/article/1144969/uruguay-faces-new-treaty-claim-over-mining-project>

4 Es de notar que en materia de arbitraje comercial internacional, Uruguay ratificó los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940. Asimismo, la República es parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) aprobada por Ley N°14.534, de 24 de junio de 1976, de la Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales (Montevideo, 1979) aprobada por Ley

embargo, el desarrollo moderno de transacciones internacionales ha hecho imperativa la necesidad de una regulación del arbitraje avocada a disputas internacionales. Así, el 26 de julio de 2018 el Parlamento uruguayo finalmente promulgó la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, “LMU”), como una herramienta tendiente a mejorar la competitividad internacional del Uruguay.

II. Ámbito de Aplicación de la Ley de Arbitraje Internacional

La Ley de Arbitraje Internacional aplica únicamente a los arbitrajes que acumulativamente califiquen como “comerciales” e “internacionales” y donde, además, Uruguay sea elegido como “sede” del arbitraje.

A nivel de arbitraje internacional, se sostiene que debe primar una noción amplísima de comercialidad, por lo que no es difícil que un arbitraje internacional cumpla con la nota de ser “comercial.”⁵

Esta noción amplia es la que primó en nuestra Ley de Arbitraje Internacional. Precisamente, su artículo 1 establece que la expresión “comercial” “*debe ser interpretada ampliamente de modo que abarque las cuestiones que se planteen en todas las relaciones de índole comercial contractuales o no*”. Luego, enumera en forma no taxativa algunas de las operaciones que se consideran comerciales. Cabe destacar que, mientras que la LMU optó por incorporar este concepto en una nota al pie, la Ley de Arbitraje Internacional incorpora el concepto en el propio cuerpo del Art. 1, salvando todo tipo de discusiones sobre qué valor interpretativo debe darse a una nota explicativa.

Con respecto a la internacionalidad del arbitraje, la Ley de Arbitraje Internacional brinda pautas objetivas. Al igual que la Ley Modelo, establece que el arbitraje será internacional cuando (i) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o (ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen su establecimiento. Sin embargo, a diferencia de la Ley Modelo, la Ley de Arbitraje Internacional agregó una limitación: “*La sola voluntad de las partes no podrá determinar la internacionalidad del arbitraje.*”⁶ De este modo, se establece que la voluntad de las partes no es suficiente para calificar a un arbitraje en particular como internacional, sino que debe estarse a la naturaleza de la disputa en sí, objetivamente considerada.

Esta es una diferencia importante con la LMU, que prevé la posibilidad de que el arbitraje sea internacional cuando: (i) la sede del arbitraje (que es de elección voluntaria para

Nº14.953, de 6 de noviembre de 1979, y de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) aprobada por Ley Nº15.229, de 11 de diciembre de 1981, y de los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR aprobados por Leyes Nº17.834 y 17.751.

5 GAILLARD, E., SAVAGE, J. (ed.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pág. 29

6 Artículo 1.4 de la Ley 19.636 de fecha 26 de julio de 2018, “Ley de Arbitraje Comercial Internacional”, Uruguay.

las partes) sea en un Estado distinto a los Estados en que las partes del arbitraje tienen sus establecimientos, y (ii) las partes convienen expresamente que la cuestión objeto de su acuerdo arbitral está relacionada con más de un Estado.

Este apartamiento de la LMU no fue explicado por los redactores de la Ley de Arbitraje Internacional. No obstante, es evidente que se buscó específicamente evitar que las partes evadieran las disposiciones del Código General del Proceso (“CGP”) en cuanto al arbitraje doméstico, cuando resultaran aplicables.⁷

Este punto no es menor, en tanto los arbitrajes domésticos se regularán por las disposiciones del CGP, que contiene aspectos inadecuados para resolver cierto tipo de disputas, negando las percibidas ventajas del arbitraje como un procedimiento rápido, barato y flexible.

III. El Acuerdo de Arbitraje en la Ley de Arbitraje Internacional

Como se mencionó, la voluntad de las partes—su consentimiento—de someter la resolución de una disputa a la decisión de un tribunal arbitral es fundamental. En este sentido, es necesario que las partes que pretenden acudir a un tribunal arbitral hayan celebrado un *acuerdo arbitral*.

Por esta razón, se sostiene que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje,⁸ y la base de todo el procedimiento arbitral.⁹

La Ley de Arbitraje Internacional regula al acuerdo arbitral en su artículo 7. Optó por estructurar su contenido en 3 numerales: el primer numeral define al acuerdo de arbitraje; el segundo establece la posibilidad de que el acuerdo arbitraje esté contenido en un contrato celebrado entre las partes o en un acuerdo por separado; y el tercero establece las formalidades que deben revestir al acuerdo arbitral.

De esta forma, el Art. 7 (1) de la Ley de Arbitraje Internacional define al acuerdo arbitral como “*un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*”

El artículo 7 (2) de la Ley de Arbitraje Internacional establece que el acuerdo arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o de compromiso arbitral (“*submission agreement*”). La primera alternativa es la más frecuente: las partes incluyen una cláusula arbitral en su contrato, consagrando la forma en que resolverán sus futuras (y eventuales) disputas. Sin embargo, si las partes no han incluido una cláusula

7 Antes de la sanción de la Ley de Arbitraje, la doctrina y jurisprudencia locales ya señalaban que la regulación sobre arbitraje del CGP aplicaba únicamente a arbitrajes domésticos, no internacionales. Ver ARRIGHI, P., “El Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Uruguayo”, disponible en: www.juridicas.unam.mx, pág. 242. Ver también sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno N° i74/2011, del 23 de febrero de 2011.

8 FRESNEDO DE AGUIRRE, C., “El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez”, en *Revista uruguaya de Derecho Internacional Privado*, número 7, 2015, págs. 29-54.

9 BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, pág. 226.

sula arbitral en el respectivo contrato, de todos modos pueden celebrar un compromiso arbitral *luego* de que ha surgido una disputa entre ellas, acordando someterla a arbitraje.¹⁰

En cuanto a las formalidades requeridas a los acuerdos arbitrales, el artículo 7 (3) de la Ley de Arbitraje Internacional también dispone: “*El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.*” El mismo artículo establece que un acuerdo arbitral “constará por escrito” cuando esté incluido en un contrato firmado por las partes o cuando su existencia surja de un intercambio de comunicaciones escritas.¹¹

De esta forma, nuestro legislador se basó en la redacción original del artículo 7 de la LMU de 1985. Descartó las revisiones que se le realizaron a la LMU en 2006, que prácticamente eliminaron el requisito formal de que el acuerdo arbitral conste por escrito.

IV. El Tribunal Arbitral: Recusación de Árbitros.

La doctrina ha considerado que la elección y designación de los árbitros es, probablemente, uno de los puntos con mayor importancia dentro del procedimiento arbitral.¹² De esta enorme importancia del régimen de designación de árbitros, se deriva la importancia del régimen de su recusación.

El procedimiento arbitral podrá contar con uno, tres o cinco árbitros, dependiendo de la Ley aplicable así como del Reglamento elegido (en caso de haberlo hecho).

A efectos de garantizar la imparcialidad, disponibilidad e independencia de los árbitros, las instituciones arbitrales exigen a los árbitros designados firmar declaraciones al respecto. Si bien no son vinculante en el sentido estricto del término, en la práctica internacional suelen aplicarse las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. Estas Directrices, establecen tres listas: una roja, una naranja, y una verde. Las listas se corresponden a distintas situaciones que los árbitros deben informar a las partes, y que, dependiendo del caso concreto, podrán obstarlo de actuar como árbitro en ese caso particular. Cuando uno de los árbitros omita datos en su declaración, o no alcance el estándar exigido por las Directrices IBA, deberá recusarse por voluntad propia o por exigencia de recusación hecha por la parte interesada al respecto.¹³

Una de las particularidades establecidas en la Ley de Arbitraje Internacional se encuentra en sede de causales de Recusación de Árbitros. Nuestra Ley incorporó una tercer literal no previsto en la LMU: en los arbitrajes en que sea parte un Estado o una entidad pública, la condición de funcionario público del árbitro designado por esa parte no supone necesariamente una causal de recusación.

10 MOSES, M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2016, pág. 2.

11 BORN, G., *International Arbitration: Law and Practice*, Second Edition, Wolters Kluwer, 2016, pág. 79.

12 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “El Árbitro”, Editorial Porrúa S.A. de C.V., 2008, p. 1.

Disponible en <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>

13 Ver “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, 2014.”

V. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones por parte de un Árbitro.

Mientras que la LMU se limita a establecer que las cuestiones sobre el no ejercicio de sus funciones por parte de un árbitro debe ser dilucidado por la autoridad judicial competente, la Ley de Arbitraje Internacional agrega una precisión: esa autoridad competente tendrá un plazo máximo para decidir de 60 días.

VI. Suspensión del Procedimiento frente a una solicitud de Recusación del Árbitro.

El Artículo 13.3 de la LMU prevé la “no suspensión” de los procedimientos arbitrales cuando una recusación de árbitro llegara a instancias judiciales. Sin embargo, siguiendo numerosas legislaciones y reglamentos arbitrales, en la Ley 19.636 se consideró conveniente no incluir esta disposición. Por el contrario, el artículo 13, numeral 3) de la Ley de Arbitraje Internacional incorporó una solución que prevé la suspensión del arbitraje hasta tanto exista un pronunciamiento respecto de la recusación planteada o venza el plazo de sesenta días de que el juez dispondrá para fallar al respecto.

VII. Intervención Judicial en el proceso arbitral.

La Ley de Arbitraje Internacional optó por seguir el lineamiento de la LMU, dando participación restringida a las cortes judiciales, únicamente en aquellos supuestos en que la Ley expresamente lo prevé. A esos efectos, estableció que en caso de requerirse la intervención judicial en asistencia y supervisión del arbitraje, tendrán competencia los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, siguiendo el criterio del artículo 501 del Código General del Proceso.

En este sentido, los Tribunales de Apelaciones en lo Civil podrán asistir al proceso arbitral en (i) la designación de árbitros, (ii) en el análisis *prima facie* de la competencia del Tribunal Arbitral (concretamente, cuando los cuestionamientos recaigan sobre la validez, eficacia o aplicabilidad del acuerdo arbitral), y (iii) en la anulación de un laudo dictado con sede en Uruguay. Debe notarse que el poder de análisis *prima facie*, es consistente con la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, ratificada por Uruguay, que establece que “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.¹⁴ Asimismo, es importante tener presente que la revisión judicial *prima facie* no implica una suspensión de los procedimientos arbitrales.

Por último, es de notar que en materia de Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales internacionales, la Suprema Corte de Justicia detenta jurisdicción exclusiva.

¹⁴ Artículo II.3 de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958.

Cabe realizar una precisión en este punto. La solicitud de Medidas Cautelares en sede judicial no implica una violación al acuerdo arbitral. Siguiendo la línea de la LMU, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje Internacional establece la compatibilidad de los acuerdos de arbitraje con medidas cautelares solicitadas por una parte de dicho acuerdo a un tribunal judicial en aplicación de leyes procesales nacionales.

VIII. Medidas Cautelares: se introdujeron cambios al régimen de la Ley Modelo enmendada en 2006.

Las medidas cautelares, pueden solicitarse tanto *antes* del inicio del proceso arbitral, como *durante* el mismo. En la primer hipótesis, debe tenerse presente que a) las cortes estatales siempre tienen competencia al respecto (principio del juez natural, Artículo 11 del Código General del Proceso), y b) las instituciones arbitrales han introducido la figura del Árbitro de Emergencia, cuyo propósito es el dictado de una medida cautelar en forma previa a la constitución del tribunal arbitral.¹⁵ Por otra parte, cuando la medida se pretende durante el proceso arbitral, puede ser solicitada tanto ante el Tribunal Arbitral, como el Juez estatal, sin que esto último implique una violación al procedimiento arbitral. Así lo dispone el Artículo 17 de la Ley de Arbitraje.

Además, debe notarse que -de regla- la Ley dispone que la medida cautelar debe reconocerse como vinculante y ejecutarse en tanto goza de una presunción de validez. Al hacerlo, el juez nacional está impedido de analizar el fondo de la medida otorgada.

La LMU, en su Sección III, contiene las disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares. Concretamente, se regula: a) la modificación, suspensión, revocación de la medida, b) la exigencia de una garantía por el tribunal arbitral, c) la comunicación a aquella parte que afectare a la medida y d) costas y daños y perjuicios.

En este sentido, la Ley de Arbitraje Internacional mantuvo el contenido de la LMU, aunque unificándolo en un único artículo.

En su Sección IV, la LMU regula lo relativo al Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, consagrando específicamente los "*Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución*". Sin embargo, la Ley de Arbitraje Internacional no adoptó este listado.

Asimismo, la Ley de Arbitraje Internacional establece que el tribunal arbitral deberá dar previo aviso a la contraparte antes de dictar la medida cautelar. No obstante, también otorga discrecionalidad al tribunal arbitral en este sentido, cuando el preaviso implicara un riesgo para la utilidad de la medida. Así, el Artículo 17.5 señala que "[t]oda medida cautelar se decretará previa comunicación a la contraparte, salvo que el tribunal arbitral considere que, en razón del peligro en la demora, debe resolverse sin dar aviso previo". Esta es una diferencia sustancial con la medida cautelar dictada en sede judicial, donde el principio establecido en el Artículo 315 del Código General del Proceso, es que "[l]a medida se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte".

¹⁵ Ver, en este sentido, Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Se dispone además, la vigencia de las medidas cautelares dictadas antes del inicio del proceso arbitral, por 30 días. Si en 30 días no se inicia el procedimiento, las medidas cautelares pierden vigencia.

Por último, no se adoptaron las disposiciones de la LMU de 2006 en materia de Órdenes Preliminares.¹⁶

IX. Normas aplicables al fondo del litigio.

Este punto es de suma importancia.

Históricamente, se entendió que el Artículo 2403 del Código Civil uruguayo—en línea con el Artículo 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940—estableció un rechazo a la consagración amplia del principio de la autonomía de la voluntad. Rechazo que alcanza tanto a la posibilidad de pactar ley aplicable como a la jurisdicción competente. Como explica la Profesora Cecilia Fresnedo, la única excepción a esta prohibición, es que la autonomía de la voluntad de las partes sólo podrá actuar *dentro del margen que le confiera la ley competente*. Esta excepción, permitirá que las partes pacten la ley sustancial aplicable a un negocio jurídico cuando a) el orden jurídico remitido por la norma de conflicto aplicada en el caso admita la autonomía de la voluntad, o b) que la normativa de DIPr competente para regular la categoría de que se trata, ya sea ésta de fuente nacional o internacional, material o de conflicto, admita la autonomía de la voluntad. En consecuencia, puede afirmarse que cuando la norma de conflicto determine que la legislación uruguaya es la aplicable al negocio jurídico en cuestión, las partes estarán impedidas de pactar la ley aplicable.¹⁷

Sin embargo, la Ley de Arbitraje Internacional —siguiendo a la Ley Modelo UNCTRAL—, ha venido a establecer en su Artículo 28, que “[e]l tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio”. En consecuencia, en sede de arbitraje internacional, se abre la posibilidad a las partes de elegir la legislación aplicable al fondo de su disputa.

Es de notar, que mientras que la LMU 2006 establece que “*Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*”, la Ley de Arbitraje Internacional optó por dar más libertad al tribunal, indicando que el derecho aplicable “*será escogido por el tribunal arbitral conforme a los criterios que estime convenientes*”.

X. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional.

Si bien el dictado del Laudo arbitral es la última instancia decisoria dentro del proceso arbitral, muchos reglamentos y leyes de arbitraje permiten solicitudes de aclaración del laudo.

¹⁶ Las órdenes preliminares tienden a ser más rápidas en su dictado, y son vinculantes para las partes dentro del proceso, pero no son ejecutables.

¹⁷ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. “*La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*”. P. 341. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_internacional_2004_Cecilia_Fresnedo_de_Aguirre.pdf

La LMU de 2006 permite que, con acuerdo de partes, cualquiera de las partes pueda, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

La Ley de Arbitraje Internacional, no incorporó el requisito del acuerdo de partes, dando lugar a la solicitud, aun no habiendo sido previsto y acordado por las partes.

XI. Régimen de Costas.

Si bien las partes pueden acordar la distribución de gastos por vía de acuerdo expreso o por remisión al reglamento aplicable, la regla general *-subsidiaria-* establecida por la Ley de Arbitraje Internacional es que la parte vencida se hará cargo de las costas del arbitraje.

Así, se agregan disposiciones que regulan: a) la Fijación y revisión de los honorarios (de los árbitros); b) Criterios para la fijación de honorarios; c) Condena en costas; d) Anticipo de costas.

XII. Causales de impugnación del Laudo (Art. 39.2.b.ii),

El laudo arbitral es cosa juzgada entre las partes del proceso arbitral. No existe una instancia de apelación del laudo. No cabrán contra el laudo más recursos que el de nulidad. A diferencia de lo que sucede con el reconocimiento y ejecución del laudo, la nulidad sólo puede exigirse en las cortes competentes de la Sede del arbitraje, y su procedencia se determinará o no acorde a las causales establecidas por dicha ley.

Mientras que la LMU originaria—y enmendada—establece como causal la violación del orden público del Estado, la Ley de Arbitraje Internacional establece expresamente que la violación debe ser al orden público *“internacional”* del Estado. En este sentido, se siguió el entendimiento general en nuestro país de que la inaplicabilidad del derecho extranjero se dará por violaciones al orden público *“internacional”* de nuestro país.

De regla, una vez anulado, el laudo no podrá ser ejecutado en ninguna otra jurisdicción (es el caso de Uruguay, por ejemplo). Sin perjuicio de ello, existen sistemas legales que hoy en día permiten reconocer en su jurisdicción, laudos que han sido previamente anulados en la sede. Ese es el caso de Francia, por ejemplo.

XIII. Ejecución y reconocimiento de los laudos.

El reconocimiento y ejecución del laudo no están sujetos a una jurisdicción en particular. La parte vencedora del arbitraje, podrá optar voluntariamente por pretender el reconocimiento y ejecución en aquella jurisdicción donde la contraparte tenga sus activos, y por ende le permitan tener de dónde cobrarse, o donde se pretenda tener esa condena simplemente declarativa (si fuere el caso). Para el reconocimiento y ejecución, las jurisdicciones suelen exigir la presentación de documentos acreditantes de la validez del laudo. La Ley de Arbitraje Internacional no exige (como sí lo hace la LMU) la

presentación del acuerdo arbitral original: basta con la presentación del laudo original o copia autenticada.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje Internacional sí exige particularmente que en caso de estar redactado en otro idioma, el laudo debe ser traducido por un traductor público nacional o agente consular de la jurisdicción donde se dictó el laudo.

XIV. Denegatoria de Reconocimiento y Ejecución.

A este respecto, se realiza la misma salvedad en materia de orden público internacional que la realizada para las causales de impugnación. Así, dentro de las causales de denegatoria de reconocimiento de ejecución de Laudos (lo cual, como se vio, incluye a las medidas cautelares dictadas por el Tribunal):

a) Incapacidad de una de las partes del arbitraje, o que el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley que lo regula;

b) Por violación del debido proceso;

c) Por referirse el laudo, a una controversia no prevista en la cláusula arbitral,

d) Que la composición del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaran al acuerdo de partes o, en su defecto, a lo establecido por la Ley de Arbitraje aplicable;

e) Que el Laudo no es aún obligatorio para las partes, o ha sido anulado (lo cual puede suceder únicamente en la sede del arbitraje).

Además, si el Tribunal lo comprueba, podrá denegar el reconocimiento y ejecución cuando:

a) la materia no fuera susceptible de ser sometida a arbitraje;

b) que el reconocimiento o ejecución fueren contrarios al orden público *internacional* de Uruguay.

XV. Reflexiones finales

La aprobación de una Ley de Arbitraje Internacional fue un gran paso para la competitividad de Uruguay frente al mundo.

Una instancia de resolución de controversias, debidamente regulada, y ajena a la justicia estatal, no hace otra cosa que fomentar las relaciones comerciales a la vez que descongestionar la labor del Poder Judicial.

La Ley de Arbitraje Internacional supone un punto de inflexión que, acompañado por regulación moderna sobre ciertos puntos complejos del proceso arbitral, posicionarán a Uruguay como una sede arbitral atractiva en Latinoamérica. En consecuencia, el merca-

do jurídico uruguayo comenzará una tendencia a la sofisticación legal en materias que hoy no llegan a nuestro país con la frecuencia que desearíamos.

Bibliografía

ARRIGHI, P., “El Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Uruguayo”, disponible en: www.juridicas.unam.mx;

BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, Sexta Edición, Oxford University Press, Oxford, 2015;

BORN, G., *International Arbitration: Law and Practice*, Second Edition, Wolters Kluwer, 2014;

BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2014;

FRESNEDO DE AGUIRRE, C., “El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez”, en *Revista uruguaya de Derecho Internacional Privado*, número 7, 2015;

FRESNEDO DE AGUIRRE, C., “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional”, en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_internacional_2004_Cecilia_Fresnedo_de_Aguirre.pdf;

GAILLARD, E., SAVAGE, J. (ed.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1999;

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Árbitro*, Editorial Porrúa S.A. de C.V., 2008, en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>;

MOSES, M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2016.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN CONCEPTO DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL

SOFÍA MARURI ARMAND-UGÓN*

Resumen: En el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el “control de convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las normas de su derecho interno que tienen que aplicar a un caso concreto, con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que deriva de la creación y evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto implicaría reconocer la fuerza normativa de tipo convencional que tendrían los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta.

Palabras clave: control de convencionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derechos Humanos.

Abstract: Within the framework of the Inter-American system for the protection of human rights, "conventionality control" consists of the duty of national judges to carry out an examination of compatibility between the norms of their domestic law that have to apply a concrete case, with the American Convention on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights' jurisprudence. This new type of control does not have a basis in the American Convention on Human Rights, but derives from a judicial creation of the Inter-American Court of Human Rights. This implies recognizing the normative force that the jurisprudential criteria have. Jurisprudence that derive from the same international body that interprets the Convention.

Key words: Conventionality control. Inter-American Court of Human Rights. Human Rights.

Sumario: 1. Concepto, evolución y características del control de convencionalidad. 2. Un concepto de creación jurisprudencial. 3. Consecuencias jurídicas a nivel internacional al aceptar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH. 4. Consideraciones finales.

1. Concepto, evolución y características del control de convencionalidad.

La idea del control de convencionalidad tiene su germen en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (resuelto el 25 de noviembre de 2003), cuando el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) SERGIO GARCÍA RAMÍREZ seña-

* Abogada. Profesora aspirante de “Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-9745-7191>. m.maruri@um.edu.uy

ló en su voto que, no es posible seccionar internacionalmente al Estado y decir que los fallos de la Corte IDH obligan solo a algunos de sus órganos y que otros quedan fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte IDH. Parecería referirse a las facultades que tiene la Corte IDH al resolver los casos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH).

Si bien fue ahí donde se utilizó por primera vez la expresión “control de convencionalidad”, más adelante, el propio GARCÍA RAMÍREZ volvió a hacer referencia a ella en el caso *Tibi vs. Ecuador* (resuelto el 7 de septiembre de 2004) pero con otro significado: “si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”¹.

El concepto desarrollado de “control de convencionalidad”, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (resuelto el 26 de septiembre de 2006)².

En la sentencia correspondiente a dicho caso, la Corte IDH se expresó diciendo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CIDH, sus jueces, como parte del aparato del estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CIDH. Además, en esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, interprete última de la CIDH³.

1 Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.

2 Los hechos del presente caso se desarrollaron en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el final del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del partido comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictivos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma, no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho. “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad. Concepto de control de convencionalidad”, pág. 1.

3 Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

De este modo, cuando una sentencia que recae en un proceso en que un Estado fue parte, hace para dicho Estado “cosa juzgada”, y la interpretación que de la CIDH hace la Corte IDH, también hace “cosa interpretada”, que es vinculante fuera del caso resuelto⁴.

Más adelante, aparece el caso *Boyce y otros vs. Barbados* (resuelto el 20 noviembre de 2007), en donde la Corte IDH explica de manera concreta el modo en que debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. Sostiene que los tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad. “De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales⁵.”

De este modo, de la jurisprudencia de la Corte IDH, surge el concepto de control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la CIDH y su jurisprudencia.⁶

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y el alcance del control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos:

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CIDH, los demás tratados internacionales de los cuales el Estado sea parte⁷, la jurisprudencia⁸ y las interpretaciones de la Corte IDH
- b) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda la autoridad pública en el ámbito de sus competencias y no solamente por el Poder Judicial⁹
- c) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CIDH o bien su interpretación conforme a la CIDH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

En palabras de FERRER MAC-GREGOR “si observamos con atención los alcances del “control de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se

4 MARTIN RISSO FERRAND, “El control de convencionalidad”, *Revista de Derecho Público*, año 25, número 50, diciembre de 2016, pág. 196.

5 Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia del 20 noviembre de 2007, párrafo 77.

6 “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad. Concepto de control de convencionalidad”, pág. 1.

7 Esto puede verse en los textos de las siguientes sentencias: *Rochac Hernandez y otros vs. El Salvador* del 14 de octubre de 2014, párrafo 213; *Gaudiel Alvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala* del 20 de noviembre de 2012, párrafo 330.

8 Esto puede verse en el texto de la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* del 24 de febrero de 2012, párrafo 284.

9 Esto puede verse en el texto de la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, del 24 de febrero de 2011.

trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado¹⁰.

2. Un concepto de creación jurisprudencial.

Lo novedoso de este concepto de “control de convencionalidad” es que “la obligación” de los jueces nacionales de aplicar la CIDH, la jurisprudencia y las interpretaciones de la Corte IDH, no tiene sustento en la CIDH, sino que deriva de la creación y evolución jurisprudencial de la propia Corte IDH. Esto significa que los países integrantes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no lo acordaron, por lo tanto, no deberían verse obligados a cumplir con él.

Cierto es que es un concepto nuevo, que no tiene más de diez años y que su análisis suele llevar a posturas extremas. Cierto es también que, si bien el control de convencionalidad no está definido y desarrollado en la CIDH, no puede rechazarse la existencia del mismo. Al igual que el control de constitucionalidad, también de creación jurisprudencial y ya con más de doscientos años de antigüedad.

No puede negarse la pertinencia y la obligación de realizar el control de convencionalidad considerando la CIDH y demás tratados. Este control es una herramienta importante para asegurar el respeto a ese derecho internacional de los derechos humanos que se impone a los ordenamientos nacionales. Sin embargo, afirmar que este control alcanza también la obligatoriedad de la jurisprudencia y de las interpretaciones de la Corte IDH, sería sobrepasar lo que dice la letra del tratado.

El Artículo 68 de la CIDH establece que: “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*” Vemos como la norma es clara y no establece que los Estados estén también obligados a cumplir con las decisiones de la Corte IDH respecto a otros países.

Es necesario que la interpretación que se haga de este artículo y de la CIDH sea acorde a la buena fe, y en concordancia con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹. De este modo, nunca podría entenderse que los fallos de la Corte revistan el carácter de fuente de seguimiento obligatorio.

En palabras de VÍTOLO: “en todo sistema normativo es condición necesaria determinar cuáles son sus fuentes, a fin de permitir separar aquellas normas que integran el sistema de aquellas que se encuentran fuera de él. Es por ello que, dentro de sistema interamericano, resulta necesario pues, más allá de gustos o deseos, encontrar cuál es la norma que desde el propio sistema otorga valor obligatorio a la jurisprudencia de la Corte. Y... dicha norma no existe.”¹²

10 EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 28.

11 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.1: “Regla general de interpretación 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

12 ALFREDO M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo

Como comenta este mismo autor, en los países del *common law*, la obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia no viene del precedente mismo sino de la aplicación de los usos inmemoriales y prolongados en el lugar (*the common law of the land*). El tema es que, cuando uno lee los fallos de la Corte IDH, no parecen demostrar que su razonamiento constituya una práctica común de los Estados.

Además, la regla de la obligatoriedad del seguimiento del precedente que plantea la Corte IDH tampoco parece presentar ninguno de los contrapesos utilizados en el sistema del *common law*, como las técnicas del *distinguishing* y del *overruling*. El *distinguishing* permite a otros tribunales inaplicar el precedente mediante la búsqueda de diferencias (muchas veces sutiles) entre el caso que motivara el precedente y el que se está llamando a juzgar. Con el *overruling*, el mismo tribunal que sentó el precedente, deja este de lado por no considerarlo ya más como la doctrina «correcta»¹³.

El Artículo 1 de la CIDH establece que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. Está claro que la obligatoriedad asumida por los estados es la de cumplir con la CIDH, y este tratado en ningún momento marca que la jurisprudencia de la Corte IDH y sus opiniones sean de carácter obligatorio.

Si los Estados quisieran darle a la jurisprudencia de la Corte IDH dicho carácter, podrían hacerlo, tal como lo plantea el Artículo 2 de la CIDH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Pero, mientras que no manifiesten ese deseo de forma expresa, entonces se entiende que no es su deseo.

Parecería que la Corte IDH se está auto atribuyendo facultades no conferidas por los Estados Partes y que van más allá de lo que dice la propia CIDH. Además, esto estaría violentando el consentimiento otorgado por los estados cuando, a través de la CIDH, establecieron el tribunal y fijaron sus atribuciones, limitando su soberanía al otorgarle a la Corte ciertas competencias. La propia Corte lo señala en una Opinión Consultiva: “[la función de la Corte IDH], enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es tan amplia como lo requiere la salvaguardia de tales derechos, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala”¹⁴.

Volviendo a citar a VÍTOLO, “esta situación exige a los jueces del tribunal, a fin de conservar su prestigio, mantenerse escrupulosamente dentro del marco de sus atribuciones, sin exceder las mismas, ni siquiera bajo el pretexto de estar defendiendo derechos humanos de validez universal”¹⁵.

erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad», Pensamiento Constitucional N° 18, 2013, pág. 366.

13 Idem.

14 Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, N° 4, 22.

15 ALFREDO M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad», Pensamiento Constitucional N° 18, 2013, pág. 374.

No se puede dejar de lado que, a final de cuentas, lo que interesa es que se le de una mayor protección a los derechos humanos. El tema está en que, si se abre tanto el abanico y se amplía tanto el marco de protección, se termina dejando todo en la arbitrariedad de una Corte que está compuesta por siete jueces que no son representativos de las partes porque no son elegidos, ni directa ni indirectamente, por el pueblo, ni están sujetos a contralor alguno.

En todo caso, si se quisiera hacer una modificación, la misma CIDH establece el procedimiento para que sean los estados quienes lo hagan en los arts. 31, 76 y 77. Pero la misma no puede ser modificada de forma unilateral por la Corte IDH.

Como dice RISSO FERRAND, se debería optar por la solución con mayor estándar mínimo de protección¹⁶.

3. Consecuencias jurídicas a nivel internacional al aceptar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH

Los Estados, al firmar un Tratado Internacional, deben respetar las disposiciones del Derecho Internacional a las que ellos mismos se han comprometido, pero esta obligación no recae únicamente en los Estados, sino en todas las partes que forman parte del tratado, la obligación es igual para todos. De lo contrario, se estaría ante una violación del tratado, la cual puede ser el no cumplimiento, el cumplimiento parcial o bien la ex-
tralimitación a lo pactado.

Los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen y resguardan principios como el de igualdad soberana, el de no intervención en los asuntos internos de los estados, el de autodeterminación de los pueblos, y el de integridad territorial¹⁷. Sin embargo, los alcances que la Corte IDH trata de establecer para el control de convencionalidad exceden lo pactado, lo cual contraviene todos y cada uno de estos principios que son la base de los tratados. Es la pretensión de la Corte IDH mediante la cual otorga un efecto erga omnes a su jurisprudencia, la que excede en mucho el mandato que los estados le han conferido, afectándose las obligaciones de las partes y poniéndose incluso en riesgo de poder ser cuestionada.

En Derecho Internacional, soberanía equivale a independencia para actuar. Sería la personalidad que tiene el Estado para conducirse de forma autónoma, y en pie de igualdad, frente a los demás estados, y obligarse libremente con ellos.

En Derecho Interno, la soberanía es el ejercicio de un poder que, dentro del territorio del Estado, no puede ser disputado por otras organizaciones y que se ejerce dentro de los límites que la misma Constitución impone. Pero es de imperativa importancia resal-

16 MARTIN RISSO FERRAND, "El control de convencionalidad", Revista de Derecho Público, año 25, número 50, diciembre de 2016, pág. 194.

17 MANUEL BECERRA RAMÍREZ; ADRIANA POVEDANO AMEZOLA; EVELYN TÉLLEZ CARVAJAL. "La soberanía en la era de la globalización", en: MANUEL BECERRA RAMÍREZ y KLAUS THEODOR MÜLLER UHLENBROCK (coords.), "Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, pág. 62.

tar que el titular de la soberanía es el pueblo, que la ejerce a través del Cuerpo Electoral o procedimientos internos que, en ejercicio de su independencia, cada estado establece para otorgar la voz al pueblo. También es cierto que, aunque el pueblo es soberano, debe actuar conforme a Derecho. Su carácter de titular de la soberanía no puede usarse en el sentido de permitirle actuar por encima de lo que el orden jurídico establece.

El derecho de libre determinación de los pueblos, más conocido como derecho de autodeterminación, es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de equidad.

Sin embargo, aceptar el control de convencionalidad y considerar que este principio incluye el que la jurisprudencia general de la Corte IDH tenga efectos erga omnes, sería violentar la soberanía de los Estados y más grave aún, la autodeterminación de los pueblos. Esto porque no se estaría actuando conforme a Derecho (violando el art. 1 de la CIDH) y se estaría pasando por encima de lo que el orden jurídico establece (la CIDH no contiene la obligatoriedad de la jurisprudencia) pues con ello la Corte se auto colocaría en una especie de Corte supra nacional que pasa por encima de las instituciones de orden interno establecidas por los estados en el ejercicio de esta auto determinación.

Pretender minimizar los alcances de la soberanía de los Estados sobre la base de la existencia de una comunidad internacional resulta en una incongruencia, en tanto es precisamente la soberanía estatal la que permite el mantenimiento de dicha comunidad¹⁸.

Con el fin de mantener el respeto al orden internacional y a los principios del derecho internacional ya mencionados, es necesario que la Corte IDH, logre un equilibrio mediante el cual los Estados cumplan con las obligaciones que la CIDH establece y se logre

18 Tal como explican MANUEL BECERRA Y OTROS AUTORES: "Es gracias al concepto de soberanía que el derecho internacional existe y puede entenderse la «igualdad soberana», la autodeterminación de los pueblos, la integridad territorial, la soberanía permanente sobre los recursos naturales, la no intervención en los asuntos internos de cada uno de los Estados, entre otros muchos principios que son reconocidos por los sujetos del derecho internacional." Véase: MANUEL BECERRA RAMÍREZ; ADRIANA POVEDANO AMEZOLA; EVELYN TÉLLEZ CARVAJAL, "La soberanía en la era de la globalización", en: MANUEL BECERRA RAMÍREZ y KLAUS THEODOR MÜLLER UHLENBROCK, "Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, págs. 63-64.

De igual manera, explica LUIS CARLOS MORENO que "es en ejercicio de la soberanía como un Estado voluntariamente asume el compromiso de integrarse a una organización multilateral o formar parte de un bloque comercial regional, es decir, precisamente por su carácter de soberano el Estado puede asumir compromisos internacionales." Véase: LUIS CARLOS MORENO DURAZO, "Soberanía Nacional, Globalización y Regionalización", en: El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional, Universidad Nacional Autónoma de México, The American Society of International Law, México, 1997, pág. 266.

En la misma línea, sostiene KLAUS MÜLLER que "la protección eficaz de los derechos no se puede garantizar sin hacer referencia a la existencia de los Estados soberanos. La ONU no puede promover la protección jurídica del hombre sin el acuerdo de aquellos sujetos reales competentes para garantizar lo que manifiesta la organización internacional como fin. Los Estados soberanos permanecen como sujetos del derecho internacional. La soberanía implica una autoridad política central constituida por el gobierno que representa al Estado con facultades internas y externas. Como tal, la soberanía sostiene el concepto del derecho en general y el del derecho internacional en particular." Véase: KLAUS MÜLLER UHLENBROCK, "El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y estadios de la estatalización" en: MANUEL BECERRA RAMÍREZ, y KLAUS THEODOR MÜLLER UHLENBROCK, "Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, pág. 48.

la mayor protección de los derechos de toda persona, respetando la auto determinación y la soberanía de los Estados.

Un ejemplo interesante es la Corte Europea, la cual no habla de “control de convencionalidad” sino por el contrario, y en aras de mantener este equilibrio, ha establecido el principio que se conoce como de margen de apreciación. El margen de apreciación sería el “criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales”¹⁹. Aparece cuando los Estados parte de los tratados perciben que hay una ausencia de consenso entre ellos, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada. De este modo, se otorga a las autoridades nacionales el cuidado de apreciar la necesidad y la amplitud de ciertas injerencias dentro de las libertades consagradas por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Cabe resaltar que este margen de apreciación, no impide a la Corte Europea dar una efectiva protección a los derechos humanos, pues el margen se puede acotar o ampliar de acuerdo al caso y siempre con la visión de garantizar la mayor protección.

En otras palabras, la Corte Europea respeta su mandato y reconoce su rol subsidiario y, en temas controversiales, los países son independientes para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por la CEDH. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interviene, pero le da margen de apreciación a los jueces nacionales, por lo que hay más garantías de legalidad.

El propio TEDH recordó en una de sus sentencias, que existen aspectos de la vida social en los cuales “las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos recogidos por la Convención”²⁰.

4. Consideraciones finales

No se puede dudar la pertinencia y obligación de realizar el control de convencionalidad, considerando la CIDH. La única duda sería sobre la pertinencia de la “cosa interpretada” y obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH. Entiendo que lo que corresponde es conocer sus interpretaciones y su jurisprudencia, darle una especial relevancia, pero sin llegar a la obligatoriedad, que sería un exceso.

Bibliografía

1) Doctrina:

AGUSTINA RIGUETTI, CAMILA ÁLVAREZ, MATHÍAS ROJAS, MELANIE OLLE-RO, MICAELA URCHITANO Y PAULINA CEDROLA, “Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del

19 FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO. “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, pág. 52.

20 TEDH, Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica, sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 10.

corpus iuris Interamericano: la cosa interpretada”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año XVI (2017), N° 32.

ALFREDO M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad»”, *Pensamiento Constitucional* N° 18, 2013.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

EDUARDO G. ESTEVA GALLICCHIO, “El control de convencionalidad. Situación en Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, año 21, número 42, 2012.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO. “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

MANUEL BECERRA RAMÍREZ Y KLAUS THEODOR MÜLLER UHLENBROCK (coords.), “Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales”, *Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010*.

MARTIN RISSO FERRAND, “El control de convencionalidad”, *Revista de Derecho Público*, año 25, número 50, diciembre de 2016.

2) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia del 20 noviembre de 2007.

Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011.

Corte IDH, Caso Gaudiel Alvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, sentencia del 20 de noviembre de 2012.

Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012.

Corte IDH, Caso Rochac Hernandez y otros vs. El Salvador, sentencia del 14 de octubre de 2014.

3) Opiniones Consultivas de la Corte IDH:

Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, N° 4, 22.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ETTLIN, Edgardo

Specialization in intellectual property of tribunals and judiciaries

SPECIALIZATION IN INTELLECTUAL PROPERTY OF TRIBUNALS AND JUDICIARIES

EDGARDO ETTLIN*
JUDICIARY POWER - ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY

Summary: I. Introduction - II. Advantages and problems of judicial specialization in the field of Intellectual Property - III. On the controversy “specialization vs. non-specialization” - IV. Different specialization models - V. By way of conclusions

I. Introduction

The question about the specialization or not of the tribunals in the subject of Intellectual Property (IP), is merely one chapter related to the debate on the specialization of tribunals in various aspects of juridical disciplines. Like in all branches of human knowledge, nowadays it is virtually impossible to know appropriately all topics of the different branches through which Law has been evolving and will diversify. “Hunter of many hares does not catch any of them”. Whoever intends to encompass all aspects of juridical knowledge matters, must at most choose some section if he wants to fully master it (option of the specialists) or, in any case, we will content to appreciate what does some surfaces like or to be acquainted with some legal subjects with more or less deepness (election of the generalists). This question could be solved sharing with all beings our information and knowledge, but to treat this exceeds our subject.

Specialization is here to stay in the Judiciaries of all nations, of regional blocks and international unions, as a necessity to attend properly to the demands of the most complexes and various requirements of integral jurisdictional protection the societies have. When certain disputes that have a focused problem or a complexity different from those of other areas reach certain rates or critical numbers, arises the need that these disputes be subject to a differentiated tutelage and a specialized jurisdiction, so that they could be adequately addressed, and to reinforce their protection.

Recognizing the reality expressed in the preceding paragraphs, the concern to circumscribe the scope of competence or thematic knowledge of the Courts to certain fields based on legal knowledge is proposed to improve the accessibility to justice, to substantiate it with economy of resources and to offer an effective resolution through Judges or experienced decision makers, with expertise in the subject matters and their peculiar issues at stake, in both substantive and procedural aspects.

* The author wants to thank Judge Aidelena Pereira (Panama) for her kind suggestions.

[1] Art. 41.5 of the TRIPS: “It is understood that this Part does not create any obligation to put in place a judicial system for the enforcement of Intellectual Property rights distinct from that for the enforcement of law in general, nor does it affect the capacity of Members to enforce their law in general. Nothing in this Part creates any obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of Intellectual Property rights and the enforcement of law in general.”.

Jurisdictional specialization is the *desideratum* of any Administration of Justice. However, the need to specialize jurisdictions by divisions or matters depends on the circumstances and needs of each society, on the complexities of the particular litigious issues that are addressed and the rules that must be applied to them, on the magnitude of the interests that they concur, on the strategic importance that the matter has in the design of the objectives, plans and policies of State in matter of welfare, security, development and promotion of investments, and on the national and international government commitments. To fulfill these demands plausibly, in the field of judicial government it is necessary to promote, create and train more qualified Courts, skilled and knowledgeable of the applicable rules for certain particular issues, especially those of substantial nature. But it is also necessary to organize them and provide them with resources in an appropriate manner.

When we refer to "specialization of a judiciary in Intellectual Property matters" we allude, in expressions of the International Bar Association, to the necessity of a "*a permanently organised body with independent judicial powers defined by law, consisting of one or more Judges who sit to adjudicate disputes and administer justice in the IP field*". For DE WERRA, it means "*An independent public judicial body than can operate at national or regional levels to adjudicate certain types of disputes relating to IP rights, but may also adjudicate other types of disputes*". Intellectual Property issues have characteristics that are uniquely different from those of general criminal, administrative, civil and commercial systems, although they draw on them and share some issues. All jurisdictional specialization seeks to contribute to improving the management and administration of the litigiousness of a problem, and in the matter of Intellectual Property the thing is not different. The specialization of a Judiciary that deals with Intellectual Property matters goes hand in hand with efforts to reinforce and give greater importance to these rights, and shows the concern with which society and its politicians consider these rights.

The particular characteristics of the topic on Intellectual Property, its normative inorganicity that involves various national, regional, community and global norms, the fact that it has technical aspects and its own language, its constant evolution that follows technological innovations and the challenges created to maintain the protection of these rights against illicit trafficking, have warned that these rights must be protected in a differential or independent way with respect to the rest of the Law and the various branches of Law. In the area of Courts, this requires knowledge, sensitivity and peculiar skills in their Judges. If Intellectual Property is not fully understood, not only errors and ignorance in the application of the rules on the matter will be revealed, but an effective protection will not be guaranteed to a sector that contributes through its knowledge, in an important way to the development and growth of a society.

The different countries that have adhered to or ratified the international conventions on Intellectual Property are not obliged to establish national specialized Courts in the field of Intellectual Property. Therefore, it is not considered that this lack or omission could affect its international commitments (article. 41.5 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, or TRIPS) ([1]). Nevertheless, the States are obliged in any case to comply with, and effectively to protect, Intellectual Property

rights in accordance with the available national and international standards, ensuring an accessible, agile, transparent, impartial and effective jurisdiction (arts. 1., 2., 41 to 64 of the TRIPS). It is true that in order to reinforce an adequate observance according with international standards, as well as an indicator to consider the degree of compliance, the administration and management capacity, and the promotion of Intellectual Property, each country within its possibilities should establish specialized Courts in this matter; but each one is free to determine how to do it as long as it tends to make real the values of better justice for these rights.

II. Advantages and problems of judicial specialization in the field of Intellectual Property

We have observed in the previous Section that the discussion on the feasibility or not of specializing a jurisdiction in the area of Intellectual Property participates in similar arguments, for or against, to those that tend to be discussed in the debate on the specialization of the Judiciary in every different branch of Law. Of course, the particularities of the subject of Intellectual Property propose peculiar characteristics in this dilemma.

1. Advantages of specializing Courts to manage issues related to Intellectual Property litigation

National, regional and international rules on Intellectual Property, as well as the protected technologies and the topics to be addressed under them, are complex and dispersed. There is usually a scarce interest in judicial Magistrates, and they even think there is no need for them, to be trained in Intellectual Property matters. The proposals that suggest the necessity to specialize jurisdictions in matters of Intellectual Property arise precisely, as a reaction against the fact of the reality that warns the gaps of knowledge and disinterest that Judges generally show in this subject, who cannot keep up a level that require great technicality and solvency.

It is expected that a specialized judicial professionalization offers a more complete understanding and a better response to the evolution and the dynamics of Intellectual Property rights, where technological innovations are currently affecting them, with the possibility of quickly adapting to new requirements and instruments. The supporters of the jurisdictional specialization in Intellectual Property trust that this will improve the quality of justice in the decisions on that area, betting that the specialization favors instructing and training Judges with better knowledge, improving professionalism in the area. In this line, a Judiciary with expertise in the subject allows a more effective guardianship and management of the interests at stake, as well as more correct decisions of the cases within more time-consuming and more than reasonable periods, which is not always possible when Courts are not specialized and have to address issues of dissimilar nature. In addition, as specialization reduces the number of cases to be administered, and without the burden of having other tasks in many legal disciplines as ordinary general Courts may have, Judges with a primary responsibility in matters of Intellectual Property are at the disposal of develop and perfect their knowledge. It would also serve to decongest the Intellectual Property cases form ordinary Courts, which in many cases they have problems of management and delays in adopting a decision because the Jud-

ges, considering them "difficult", do not pay attention to them or do not provide adequate decisions, sometimes making mistakes.

In its social projection, the Intellectual Property Courts offer greater guarantees to their holders or beneficiaries with respect to the comprehensive protection of their rights, since by knowing the subject better they have better skills to understand the issues at stake, which it would even allow for alternative ways of elucidating the conflict through mediation or intra-procedural conciliation, and if necessary to arrive at a judgment with greater authority. Bearing in mind that Intellectual Property disputes are often related to commercial and business activity, strengthening the jurisdictional knowledge specialized in Intellectual Property could provide Trade and Industry a better access to justice, administered in the key of their interests. When the litigants in the field of Intellectual Property, such a particular and technical field, feel that a Judge with technical competencies in their activity attends them in a different way and shows them that he speaks their own language, that he knows the reality of the market and that he understands the inherent topics of the problem, they feel that their interests are being balanced with better understanding and feel that they are in good hands. Thus, the existence of Courts in the matter of Intellectual Property increases the confidence of the commercial, business and artistic community, especially when intellectual production is related with production and generates incomes, encourages research and knowledge, promotes foreign investment, fosters innovation, and contributes in the instance to economical growth of trade and industry.

This specialization would reduce the number of tribunals to intervene, concentrating and facilitating better access to this peculiar justice, reducing conflicts of intervention between Courts. In addition, by concentrating on legal technical issues, the analysis of the specialized Judges becomes purer and this gravitates in greater independence criteria. Regarding the development of processes and litigation on Intellectual Property issues, it is believed that judicial specialization can contribute to a better economy in terms of litigation costs, in less duration of the hearings and of the trials, and through the unification of procedural criteria and practices, with benefits in the agility and in the best use of the resources of the Justice Administration, increasing the efficiency in terms of time and cost of the processes, and the efficacy in the composition of the litigation.

In another order, it is trusted that a specialization of the Courts in the matter of Intellectual Property would concentrate the formation of a more uniform, solid, coherent and foreseeable Jurisprudence, that would generate its own databases of sentences that would be nourished of such experience and could solidify the knowledge. A dynamic justice according to the evolution of Law, technology and commercial uses, giving greater legal security. It would also promote a better respect, protection and effective observance of Intellectual Property rights, a fact that is currently relieved as an indicator of development for nations.

The specialization of the Judges, by the way, would promote the specialization of the Universities and legal professions in the subject of Intellectual Property, opening a field of work for jurists in general, which would be limited to a number that would require preparation, experience and peculiar skills, enabling greater economic profits.

2. Problems entailed in the implementation of a specialized Intellectual Property Judiciary

The International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee found in a meeting held in 2013 that the lack of adequate knowledge of Intellectual Property in the Judges, is one of the greatest problems in achieving an satisfactory application of these rights. However, not everyone considers it worthwhile to specialize or train a Judiciary in the field of Intellectual Property.

Creating and operating specialized Courts in the field of Intellectual Property involves allocating economic, technological and human resources; not only political will is enough. All this has its cost and requires proper planning. It is necessary to analyze previously what kind of resources are available, because considering a specialization of Justice in the matter of Intellectual Property supposes overloading public budgets. Although assigning the specialization in whole or in part to existing Courts can reduce the cost or even bring it to "cost 0", there can always be unforeseen economic problems when considering doing a Justice reform in this sense. Anyway, it is always important to plan correctly. This implies establishing what expenses will have to be afforded and how they will be paid. It will eventually be necessary to reinforce or redirect funds, which is not without concern for the usually deficient judicial budgets. More precisely, it is crucial to obtain premises for its operation, acquire equipment, determine what kind of administrative and judicial personnel are needed and what allocation in money will require. The need for this investment may be feared it could be an expense. Thus, planning and evaluating "ex ante", how to distribute resources, must be balanced according to the supposed benefits it can provide to individuals and to the quality of the Justice service, whose results can not always be measured in the short term. Besides, to maintain Courts that might handle fewer cases, although of greater complexity, could have excessive costs of operability whose expenses could not be justified.

It is difficult for the different Administrations of Justice to determine what should be the profile and preparation that a specialized Judge in Intellectual Property should have, as well as in what way it should be recruited. For the kind of conflicts that they will process and decide, it is assumed that their remuneration should be commensurate with the particular training and preparation that is required, and that the salary that the State may have to pay should offer them a stimulus of compensation in due consonance.

There are those who believe that allocating Judicial Magistrates exclusively to these issues, because of their reduced margin of competence, means giving them too narrow a scope of legal attention because Intellectual Property is actually a subspecialization within Commercial Law, which in turn is a specialization of general Civil Law. In countries where the Judiciary has a system of promotions, some judicial magistrates may fear that over-specialization and long stay in Intellectual Property Courts may even affect their careers. It is criticized that this "overspecialization" could focus the perspective of these Judges in a very insular field of reality ("*tunnel vision*"), that would make them difficult to integrate other areas or to integrate the realness of the rest of the Law. It is believed that Judges could lose the general perspective whose background could also provide quality elements to solve Intellectual Property conflicts. But as a matter of fact, any specialized

Judges, even the Intellectual Property ones, must possess a good wealth of knowledge of the different disciplines of Law, because with them they enrich the Jurisprudence in Intellectual Property. More than this, centralization and tunnel vision could potentially perpetuate mistakes and wrong Jurisprudence, especially in systems of mandatory jurisprudential precedents.

Furthermore, Intellectual Property Law brings together contributions from all branches of Law, so the Judge who specializes in that area will not lose the general perspective and what is more, he will be able to integrate his knowledge of general Law and of different branches in decisions concerning the field of Intellectual Property. It is said that Intellectual Property, as every legal phenomenon, lives in the realness of the world and in the world of Law, so the specialized Judge in this subject should be integrated with all reality and with the entire legal world, whose tools will also help his resolutions on Intellectual Property disputes. Therefore, the Judge of this matter should not be in a bubble or in any height, since his work is integrated to the whole body of Law. Moreover, by using the tools of general Law to focus on the particular Law of Intellectual Property, he might even notice the contradictions or inconsistencies that specialized Courts sometimes show through their own Jurisprudence.

These disadvantages, however, could be overcome by integrating the Courts of Intellectual Property with Judges with previous generalist experience, or by making them part of the specialized Courts integrating (mixing) them in those tribunal bodies with the expert Judges. Against the perplexities and disadvantages of specialization in the Intellectual Property area, it has been proposed that the Judges who attend this subject could be rotated from time to time. But this causes that all the training of the practiced Judges is lost and their experience cannot be replicated or perfected by the new members, who must resume from scratch and exhibit errors due to their lack of experience, being the litigants those who will suffer in their own interests the negative effects of this replacement.

Some people believe that the over-specialization in Intellectual Property could make the judicial work repetitive and a routine, reducing the intellectual stimulation of the Judge, although in reality, the Intellectual Property is an area that requires continuous training and studying. Legislation and technology in this field are constantly evolving, especially in developed countries. This obliges the Intellectual Property Judges to have a continuous learning to get certain updated erudition and qualifications. After all, permanent training is an imperative for any branch of judicial work in modern times, thus in some countries it has been instituted as mandatory.

It has become a matter of concern that specialization may cause some imbalances and inequalities, which would be to the detriment of the parties and of the prestige of the Justice system.

It has been posed as a disadvantage of the specialization in Intellectual Property, that the members of these Courts could feel that they are a sort of elite, because it is requested in their profile knowledge or requirements more qualified than for the rest of the Magistrates, and because they handle issues of complexity where important interests may

be involved. This makes isolate themselves from their peers, increasing their insularity within the judicial corporation. Regarding that alert, it has been argued that the specialization in Intellectual Property could concentrate a more conservative Jurisprudence and less willing to face new directions, especially in those countries of mandatory jurisprudential precedents.

This class of Judges could also be tempted to alternate with political and economic spheres, forgetting their roles, running the risk that they seek to capture or ingratiate themselves with them, which leads to unwanted interests, ethical conflicts, and politic or economic influences. There is the possibility that specialization, which naturally creates a world of few where everyone knows, facilitates an atmosphere of familiarity and undue relations between Judges, Lawyers and clients. However, we must dismiss this criticism, because good relations are not incompatible with the sense of ethics of each legal operator who remembers that when the time of judgment and decision comes, everyone must be on the correct side they should. In addition, certain good relationships can help Judges or arbitrators to create mediation and conciliation environments, or give them the opportunity to invite them to dialogue and seek compromises or agreements, especially in those countries where intra-procedural conciliation is mandatory or part of the process.

Some people have the idea that Intellectual Property Judges could develop some kind of biases "pro individual" or "pro-Administration" (in the latter case, especially when they must resolve administrative conflicts or lawsuits against public agencies). There is also a risk that governments want to pressure or capture Intellectual Property Judges, with consequent loss of their independence. In practice, would an Intellectual Property justice favor the rights of the rightful owners or creators, or the privileges of the State? How would Intellectual Property rights be integrated into a specialized justice within the context of human rights, and how would they balance each other? It is said that the specialized or elite Judges are theoretically less independent and balancing rights than the generalist ones, and although there is really no evidence to support this affirmation, the suspicion is installed.

Another disadvantage of the jurisdictional specialization in Intellectual Property is that due to its reduced margin of competence, in practice these Courts would only work in large cities or in development poles, centralization that for many people would suppose due to being far from such nuclei, with consequent restrictions because of distances or difficulties of geographic access to that justice, or the discrimination that their cases for the simple reason of distance should be attended by the generalist Judges, usually not very affected to the matter, of their localities. In addition, the specialization would favor the creation of a circuit of lawyers and law firms very particularly prepared and inclined towards a commercial and business counselling practice, which could raise the costs of litigation. All this could cause difficulties of access to comprehensive and effective justice, overheating of expenses, an exclusivist and very competitive forensic environment, with nocive effects on equality rights.

It is believed that the specialized attribution of Intellectual Property to certain Courts could increase the litigation in the matter, which would collapse those tribunals. There

is no data to support that this possibility can happen, but if the system "dies of success", the Judges will suffer the personal consequences imposed by this overload. The statistics and the administrative monitoring of the Intellectual Property Courts movement in any case, will determine if this fear would have been or not founded.

Many operators consider that in practice, specialization does not ensure difference, nor uniformity, nor success, nor quality in judicial decisions, nor does it translate into higher levels of protection of those rights. Neither does it mean in the facts that those judgements will be quicker in their processing than in the rest of the general litigation. Some experiences, such as that of India, had not seen in 2016 significant results in terms of speed ([2]).

In order to try to solve the problems that arise in a process on Intellectual Property, or even on complex and technical issues such as patents, no Judge needs to be an expert. It is enough that he can be able to understand the problems concerned (this requirement is as necessary in a common generalist as in a specialized one) in each case, since most of them involving Intellectual Property are not so complicated in their elucidation as it is commonly believed. It is thought that as in all justice, it is good for Judges to have first of all his common sense (especially in matters of confusing or counterfeiting, where Judges must be mentally situated in a market and inside the mind of an average consumer), to study in depth their case, and if they know Intellectual Property Law, even better. It should be demystified the idea that Intellectual Property Justice should be elitist or specialized.

There is a prejudice that a non-specialized Judge would not understand the complexity of Intellectual Property Law. This supposes underestimating the intelligence and the ability to study or analyze of the Judges. The technical deficiencies or the unfamiliarity of Magistrates with the state of the art in the area of Intellectual Property can be compensated with the advice of experts who will provide them the data and technical knowledge the Judge naturally does not have, and as for the alleged legal difficulties, these can be always overcome with a greater study of the issues involved in every case, without necessarily having to import more time. But anyway, could not this be solved with opportunities of training for general Magistrates or for Judges with criminal, civil or commercial competence, and on the other hand proposing legislative reforms or international instruments that seek a certain simplification or codification of the subject of Intellectual Property? After all, many Magistrates who make up the specialized Intellectual Property Courts were recruited from the general justice system and made their experience gradually.

In South Africa, the Commission of Inquiry into the Structure and Functioning of the Courts (the Hoexter Commission) examined the creation of specialized Intellectual Property Courts and concluded that they have no justification. It was argued that the subtleties inherent in Intellectual Property rights could be entrusted to mere mortals; that the complexity of Patent Law was not to understand its principles, but to extract the essence of the facts to which they should apply; and that specialization could lead to narrow-mindedness. In very rare cases it can be said that the cases related to trademarks and copyright are really "technical" (possibly with the exception of computer programs,

musical works and patents). Sometimes, common sense may be more important than technical knowledge. The issues of falsification, in the point of view of that mentioned Commission, are very simple from the point of view of the Law, because there are no significant differences around the limits of the rights of the owner of the mark. The conduct of the counterfeiter, who imitates the goods and brands, is undoubtedly part of the type of conduct that the owner of the trademark has the right to avoid ([3]). The same can be said about copyright piracy. It does not follow from all this that there cannot be differences of opinion between sensible people (and between sensible Courts) in matters of Intellectual Property. Neither does it mean that more complex problems of private international and jurisdictional law related to cross-border and digital infractions are not going to arise, which are not very different from other cross-border crimes such as money laundering or smuggling. But with hard work and due technical advice, everything can be resolved judicially.

III. On the controversy “specialization vs. non-specialization”

Is a sub-specialization of Judges necessary in Intellectual Property? Is it worth, in relation to the number and nature of the cases they may have? We have seen pros and cons. This discussion will be fueled by reasons of values, interests and even prejudices.

Promoting Intellectual Property is necessary, because it is a tool for innovation, development and the achievement of the general interests of society. To ensure this promotion, the Intellectual Property rights should be backed by a swift and effective legal protection. But should this path be set in a dilemma about whether this protection should be specialized or not?

It is not possible to give a categorical answer to the question whether it would be beneficial to establish specialized Courts on Intellectual Property or not. It is true that the specialization of the various activities of human labor, and of course specialization in jurisdictional activity, is a global trend as we all know it has long been imposed in the legal world. However, in this particular question like specialization of Courts is, this must be framed within the particularities of the territory in which it operates.

In the very special subject of Intellectual Property, the discussion on whether or not to specialize jurisdictional knowledge in this regard should be established in the social and political sphere of each country and in the blocks of nations to which they are linked, because each one is free, within its reality, its resources and its needs, to decide how its Administration of Justice should act in this matter, and if so, to determine what type of judicial body or bodies should have jurisdiction to hear the related disputes.

With practical and realistic mind, the TRIPS (Art. 41.5) gave the nations the option to create or not specialized Courts in the matter of Intellectual Property. It means that it is an election whose decision is exclusive for each State. Within this line, countries can decide discretionally and sovereignly how Justice will be administered in conflicts on Intellectual Property in its territory, and through what kind of judicial organs: administrative, contentious administrative, ordinary or specialized ones. Or eventually favoring the decision of disputes on that matter through arbitral tribunals.

We could say that there is no single model for establishing an effective jurisdictional system of Intellectual Property that guarantees efficiency or that resolves the demands of society in the matter. Planning and designing a special system would merit considering many factors of each country and even of its different geographical regions, its different activities and economies, what impact do creativity and intellectual innovation have on the production and the Gross Domestic Product of each nation, how its social, political, legal and administration system of justice is, and which regional and international commitments they assumed. It is also necessary to assess in an objective, documented and unbiased form what budgetary resources, equipment and human personnel is counted and if not so, how they could be provided, what the real costs are, which likely number of cases would be met, and what the relationship between cost-benefit would be. This balance will emerge if necessary, or whether it is worthwhile, first to decide to specialize Courts on Intellectual Property, if this specialization should be partial or gradual, whether it should be limited to certain communities, whether it should cover all litigation relating to Intellectual Property or in its merit, what kind of conflicts it should address, in what instances of the procedure or at what judicial levels should the specialization be made.

Therefore, it cannot be established for each country, and even for the different regions within them, any supposed ideal model of specialization. What works well in a territory may not work in another.

In certain cases, this reform offers problems of legal nature, which would even require redesigning up to constitutional standards. For example, in Uruguay, the review of the acts of all State agencies is dealt with, according to its Constitution, by the Contentious Administrative Court (separate and independent branch of the Judiciary and the system of powers, similar to the french "Conseil d'État"); among them, this Court reviews jurisdictionally the administrative acts related to the concession, denial, nullity and expiration of Intellectual Property rights (in practice mainly, trademarks and patents, in copyright there are few cases). It can within their orbit be created first and second instance specialized Courts to handle these cases. But if the government wants to create Courts with special jurisdiction on all issues of Intellectual Property, including damages or cessation of use, it is necessary to make a constitutional reform that would give to the Contentious Administrative Court the knowledge of that cases, or that could move contentious administrative proceedings on Intellectual Property rights to the ordinary Judiciary.

Although there are some global or comparative studies on the reality of different countries regarding the organization of jurisdictional knowledge of Intellectual Property conflicts, currently analyzing how Intellectual Property Justice works in all countries, we believe that there are not any synoptic analysis of different realities which could establish standards or detect common patterns, in order to have a universally recognized classification on how the different models of Intellectual Property Justice could be grouped. Some lists of countries that are supposed they have jurisdictions specializing in Intellectual Property offer controversies regarding the criteria used for classification, because everything depends on how a Court is defined as "specialized in Intellectual Property". Perhaps it would be very laborious to make a classification and a universally defined list

of jurisdictional protection systems for Intellectual Property that would be supported by an international organization (such as, for example, the World Trade Organization or the World Intellectual Property Organization), and that could even be updated, but it would not be impossible. The different reports on the observance of Intellectual Property rights (Articles 7, 41 to 61 of the TRIPS) by the different countries could be a valuable input of analysis, so that based on them, we could watch strengths and weaknesses of their Judiciary Powers in the area of Intellectual Property, as well as to analyze their comparative characters and models of Administration of Justice, and what would be the *desiderata* of judicial enforcement in this area. The results of these investigations would not oblige the nations to adopt certain policies or guidelines regarding judicial policy for the enforcement of Intellectual Property rights, but they could provide material for self-criticism, to try solutions for improvement, or to improve the paths already advanced.

States, or rather, their political systems, do not always have an interest in considering Intellectual Property as a strategic tool or in understanding the contribution it could make to the development, security and welfare of a nation. In addition, the multiple needs that all societies and their governments have, require that in many cases the concerns and resources must be concentrated to meet other needs of priority and urgency. That is why it is natural to understand that the discussion on the need to specialize or not jurisdiction in matters of Intellectual Property may not always be part of the Governments Agenda, even appearing as an insular issue or of minor importance with respect to other issues (think for example, about Education, Health, internal and external Security), which does not involve a critical sector of the society.

The needs to provide specialized Courts in Intellectual Property are usually observed in matters for which special technical or constantly evolving knowledge is required, or which are in perpetual technological renovation, mostly in the case of patents and trademarks. However, copyright issues, considering the increasingly technified forms of reproduction and forgery, would also require particular knowledge.

In countries with a small number of Intellectual Property cases in their Courts, especially those in development, the need for specialization is not justified. In any case, this does not prevent their Judges from receiving special training in these matters, or that a partial specialization be established using pre-existing Courts. When for whatever reasons, a country does not have a specialization of Justice in matters of Intellectual Property, the desired thing would be that its Judges have opportunities for learning or training, or the possibility of accessing bibliography or specialized Jurisprudence banks of its territory or foreign systems.

Another issue is, once the creation of a specialized intellectual property judiciary is decided, what kind of issues will be given to them. In some cases it could be assigned to them all the Intellectual Property Rights conflicts, in others only some such as patents or trademarks, and in other cases all the different jurisdictions that may be involved, civil, commercial, administrative and criminal (Thailand).

Assuming that a country decides to concentrate and start up, whether or not it has been negotiated or passed a discussion on all the issues raised, a jurisdiction or Courts

in matters of Intellectual Property inside the structure of the Judiciary, which Judges should be selected or appointed to rise to the occasion? How should its structure and its human team be equipped? Within these issues, it should be studied what training would be required to these specialized or partially specialized Judges. Should they be recruited from among the existing judges and afterwards specialize them, or should they be sought outside the system with their own knowledge or training in the area of Intellectual Property? The profile of the Judges of Intellectual Property must require Judges with training in the Law of the subject, or technical expert judges. These Judges may have a disciplinary team of experts or experts to advise them by providing them with the technical knowledge that illustrates the Judges when deciding. Would we prefer setting up mixed Courts with legal Judges and lay technical Judges (as in the Federal Patent Court of Germany)? There is no dispute that the appointed Judges to manage Intellectual Property issues should have an official legal degree, because they handle mainly legal issues. Eventually Judges with technical qualifications or training may be required, in addition to an official legal degree, to have technical training. Or even lay judges, technical experts who do not need legal title, but who are appointed technicians to integrate the Court's membership through a specific designation process.

Once these specialized Intellectual Property Courts have been created or the assignment of the subject has been determined to some of the existing ones, it should be monitored how much more successful, efficient and better than the ordinary ones are. In practice, this never ceases to depend on the work capacity of the Judges who support these Courts.

It is more feasible that the specialization in Intellectual Property Justice occurs in the most developed and technified countries, which are generally those where there is an important economic movement or registrations of patents, trademarks or artistic works, influencing in the generation of its Gross Domestic Product, where the ordinary or administrative litigation of these rights is high. It could be noted that specialized jurisdictions in Intellectual Property are usually established in Capitals, important cities or jurisdictions generally located in centers of highly industrialized regions, or in cities where Industrial Property offices or sections of these offices are located, where the need for a specialized jurisdiction is naturally high.

As a matter of fact, specialization in Intellectual Property exists only for a small number of Courts. With a small number of Courts of first instance and Appeal Courts, the need for specialized judges can be met. A certain observation would allow to notice that the tendencies to the specialization in the subject of Intellectual Property are given from specializing some of the generalist or mercantile Courts already existing. Many countries have opted for the creation of Intellectual Property jurisdictions using, either exclusively or in a partially specialized form, preexisting civil or commercial Courts, assigning the specialized matter to their members or to certain Chambers or Sections of these Courts. This allows using the available infrastructure of the Judicial Powers, with optimization of resources and reducing the costs involved in organizing the creation of jurisdictions specializing in Intellectual Property. To avoid tunnel or insularity specialization, it is proposed to rotate the Judges from the ordinary Courts to Intellectual Property ones and *vice versa*, totally or partially.

The competence of specialized jurisdictions in Intellectual Property matters varies, depending on the type of rights in question (some jurisdictions only handle about specific Intellectual Property rights issues, usually trademarks or patents) or the type of issues which are of its exclusive competence (some Courts may be devoted to hearing the requests for invalidation or infringement). In addition, in some jurisdictions there is a monetary threshold for a dispute to be attributed to the jurisdiction of certain Courts. It must be decided whether the judicial specialization in Intellectual Property must be carried out for all the matter (possibly, a Court attending all -copyright, trademarks and patents-), or if it should be partially established, especially in areas where more complex and technical knowledge is required, such as patents or trademarks. Many nations have independent Courts specialized in cases of Intellectual Property, generally for questions about patents or trademarks, especially for cases related to disputes over their use. But other countries have organizations that deal with cases of Intellectual Property through administrative procedures, whose conflicts or claims by the resolutions of those bodies on validation, invalidation, concession or granting of rights can be reviewed by an administrative justice or Boards of Appeal within their bosom, or be submitted to a review in an independent Court of the Judiciary.

In some countries, administrative jurisdictions can be created within the same Industrial Property or Copyright organizations (the latter, the case of Colombia); that is, outside the Judicial Power. All this without prejudice to the fact that the decisions of these "administrative justice" Courts can be reviewed jurisdictionally. It is also the case of India (the Indian Intellectual Property Appellate Board understands appeals against administrative decisions of the competent bodies on trademarks and patents), or the Board of Trial at the level of the Korean Intellectual Property Office (South Korea, in case of patents and trademarks), appealable to the Court of Patents or to the District Courts (the latter in matters of Trademarks), and eventually to the Supreme Court. This is also the case of the Specialized Intellectual Property Chamber of the National Institute for Defense of Competition and Protection of Intellectual Property (INDECOPI) in Peru, that decides in appellation administrative decisions of the offices of this institute, whose decisions can be revised through jurisdictional litigation (similar is the Dominican Republic system). We think that entrusting the solution of conflicts or claims against decisions of the administrative bodies of Intellectual Property to an independent Judicial Power, could be considered a more advantageous option than resorting to "administrative Courts", to avoid the undue interference of the political powers over them, even if their decisions could be subject to judicial review. An intermediate regime, in case the States decide to establish administrative tribunals, must allow their resolutions to be appealed before Courts of the Judicial Power or Contentious Administrative Courts.

Generally, the specialization of Courts in the sphere of Intellectual Property is usually proposed more for civil or commercial Bodies than for criminal justice. Therefore, it is not common for there to be criminal Courts specialized in Intellectual Property crimes (these crimes tend to be prosecuted by the ordinary criminal justice system), except for certain forms such as organized piracy and counterfeiting which are adjudicated in criminal Courts against organized crime, or for some specialized tribunals in matters of Intellectual Property that share the criminal competence with the civil and commercial jurisdiction in that subject.

In different countries, specialized jurisdictions in Intellectual Property solve cases through Courts of first instance and Courts of Appeals, and ultimately or in cassation the dispute is usually decided by a High Court or a Supreme Court (not specialized) ([4]). In countries whose Supreme Court of Justice works with Chambers ("Salas", in the Latin American model), it has been proposed to give the problematic of Intellectual Property to a partially specialized Chamber, that usually considers commercial issues.

In other cases, the specialization is given not in the first instances, but in collegiate Tribunals or Courts of Appeals, such as the United States Court of Appeals for the Federal Circuit. In others, a specialized competence is established such as the Patent Courts (they are part of the Chancery Division of the High Court) and the County Patents Courts, which in appeals have a patent specialist Judge in the Commercial Court of Appeals, as in the United Kingdom. In other countries there is a specialized Court such as the Thailand Central Intellectual Property and International Trade Court that acts in civil and criminal matters, which includes career judges and experts in certain areas of Intellectual Property, whose appeals are addressed to an Intellectual Property and International Trade Division of the Supreme Court of Justice.

There is a tendency to specialize the Intellectual Property jurisdiction mainly for issues of patents and trademarks, leaving the other disputes in charge of ordinary Courts (a trend that can be seen in Europe, towards a Unified Patent Court).

Another option is to leave the civil, commercial and criminal Intellectual Property trials in charge of ordinary Courts, and submit to a specialized administrative contentious jurisdiction (sometimes outside the system of the Judiciary, such as the Court of Contentious Administrative) issues of administrative concession, refusal, nullity or expiration of trademarks and patents.

It is always necessary, no matter what system any country chooses, to provide its Courts with surveyors or technical experts, who complement the knowledge of those on technical issues the Judges lack. These experts could be part of the judicial body, its auxiliary personnel, or work as external advisors that the Judges prefer, or through a list that the parties choose or that the courts can resort to.

It could be proposed that the Intellectual Property Courts be of plurality of members or collegiate, with mixed integration of legal and technical Judges according to the type of Intellectual Property right at stake (for instance, the case of the Courts of Appeals in the United Kingdom). This solution could apply different knowledge and experiences in a confluent way, combining in the decision technical and juridical elements, complementing each other.

It can be questioned if the Intellectual Property Judge could be a technician, possibly layman in Law. The answer could be positive for strictly technical or administrative Courts, or in arbitrations where the technical issues are decisive. However, when assigning what right corresponds, they would not have the capacity to determine the legal issues at stake. Therefore, the Courts that resolve Intellectual Property issues must necessarily be integrated by Judges of Law, although the number of collegiate Courts could be integrated in

some proportion by lay technicians, notwithstanding the fact that in practice the technicians usually work at the judicial level as assistants experts or experts providing for the illustration of the Judges, in a non-binding or obligatory way in their decisions.

The regionalization of Intellectual Property has led to the establishment of jurisdictions that contemplate the requirements of the International Community or the federal countries internally, especially in the field of patents and trademarks. It is the example of the Andean Community Court of Justice, and the Unified Patent Court in the European Union (in process).

The liberation of the resolution of conflicts in the matter of Intellectual Property to Chambers or Courts of Arbitration is considered as a solution to solve privately in a faster, cheap and specialized way those questions, decongesting the work of the jurisdictional Courts or administrative litigation. However, nothing ensures that this arbitral justice will be more economical, quicker and more effective than the work of the judicial Courts. A problem that also have arbitrations, is how to execute their decisions if the parties do not agree to the decision voluntarily; for which they end up needing to resort to the Judicial Powers.

IV. Different specialization models

Following the International Bar Association, Brian Pearce and the International Intellectual Property Institute with our modifications, we could establish a tentative classification on different systems in which the judicial specialization in Intellectual Property matters has been organized. It is a strictly personal proposal, subject to discussions:

1. Countries with specialized Courts, with special jurisdiction in cases of Intellectual Property (f. i., Thailand, Kenya, United Kingdom);
2. Countries that created Courts that deal with cases of Intellectual Property (Australia, Singapore);
3. Countries with general jurisdiction Courts with special Divisions that deal with cases of Intellectual Property with specialized Judges (Brazil, Canada);
4. Countries whose commercial Courts address Intellectual Property issues in addition to other commercial issues (Argentina, Morocco, Spain);
5. Countries with Courts of Appeals with specialization for Intellectual Property cases (United States);
6. Countries with administrative Courts, whose decisions can be reviewed jurisdictionally (India, Peru);
7. Regions with specialized Courts or with competence in Intellectual Property matters (Andean Community Court of Justice, "Unified Patent Court" of Europe);
8. Countries without specialization (Uruguay, Trinidad and Tobago).

V. By way of conclusions

Although certain countries are not obliged to have a specialized jurisdiction in Intellectual Property matters nor to follow a model in this respect, the demands of Industry, Commerce and Technology require consideration for the best effective protection of Intellectual Property rights, and thus the alternative of creating or giving specialization in that matter to some Courts in a total or partial manner.

We have warned along these considerations the pros and cons that are often argued in the debate on the specialization of Justice in Intellectual Property, as we have also seen some solutions adopted by certain countries. The final definition will be subject to the political decisions taken by each nation, balancing costs and available resources, what kind of Judges should be needed, how important countries consider Intellectual Property rights in their development, and what commitments they have in this regard.

We do not intend to establish a position on this subject, but to present a panorama on the main elements to consider in the debate "judicial specialization vs. non-judicial specialization in the area of Intellectual Property. In our understanding, the *desideratum* of each country, to decide on the specialization or not of its Judges in IP, must contemplate complying with the procedural standards required by Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), such as:

- a) They must be destined to comply with the TRIPS (article 1.1 of the same);
- b) They must guarantee protection quickly and effectively (principle of effective judicial protection), in accordance with arts. 41.1, 42 and 43 and ccs. of said Agreement;
- c) They must have mechanisms to adopt rapid and effective injunctions, provisional or precautionary measures (articles 44, 51 and 52 of TRIPS);
- d) They must ensure due contradiction and defense (articles 41.3 and 50.4 of TRIPS);
- e) They must guarantee a fair, equitable and impartial justice, with written, well-founded and reasonable decisions, based on evidence support, that will stop unlawful practices and, if appropriate, grant appropriate compensations or satisfactions (articles 41.2 and 41.3 , 42, 43 to 45 TRIPS);
- f) They must ensure an adequate standard of double instance (Article 41.4 TRIPS).

An intellectual Property Judge must first of all be an expert in Law, but the should be provided with adequate training and education in the relevant areas. It is not necessary for him to know the technical issues, especially when this knowledge can be provided or advised by experts, eventually external or independent (possibly within an official List of experts who have evaluated them to have a certain standard of seriousness), or as a stable official of the Judiciary, whose opinion does not have to be binding or mandatory for the Judge.

Geneva, 8 November 2018

Bibliography

Comité Asesor sobre Observancia, Undécima sesión, Ginebra, 5 a 7 de septiembre de 2016, “Mecanismos para resolver controversias de Propiedad Intelectual de forma equilibrada, holística y eficaz. Contribuciones preparadas por el Pakistán, Portugal, la Federación de Rusia, Sudáfrica, Tailandia, el Reino Unido, la Cámara de Comercio Internacional y el Profesor Jacques de Werra, de la Universidad de Ginebra (estudio conjunto de CEIPI-ICTSD)”, WIPO/ACE/11/7, Geneva, 20 June 2016.

Comité Asesor sobre Observancia, Duodécima sesión, Ginebra, 4 a 6 de septiembre de 2017, “Mecanismos para resolver controversias de Propiedad Intelectual de forma equilibrada, holística y eficaz. Procedimientos judiciales eficaces. Contribuciones preparadas por Egipto, Panamá y Suiza”, WIPO/ACE/12/6, Geneva, 30 de junio de 2017.

FRILET MARC - KARILA Laurent, “The critical role of judicial experts in construction litigation and arbitration in France”, *Construction Law International*, Volume 8 Issue 2 June 2013, ps. 42-44.

INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY INSTITUTE, “Study on specialized Intellectual Property Courts”, en “<https://iipi.org/wp-content/uploads/2012/05/Study-on-Specialized-IPR-Courts.pdf>”, paper, 2012.

PEARCE Brian, “Is there a need for specialization by the Courts and the Prosecutors?”, paper, in “<https://www.asean.org/uploads/archive/21388-4.pdf>”.

POPA Gheorghe, NECULA Ionel , “Study on expert status in the European judicial system”, in “*Agora International Journal of Juridical Sciences*” No. 3, 2013, ps. 161-168.

WERRA Jacques de, “Specialized Intellectual Property Courts - Issues and Challenges”, with contributions by Denis Borges Barbosa and Pedro Marcos Nunes Barbosa, Hong Xue, Shamnad Basheer and Susan Isiko Štrba, Issue Number 2, ICSTD - CEIPI, Geneva, 2016.

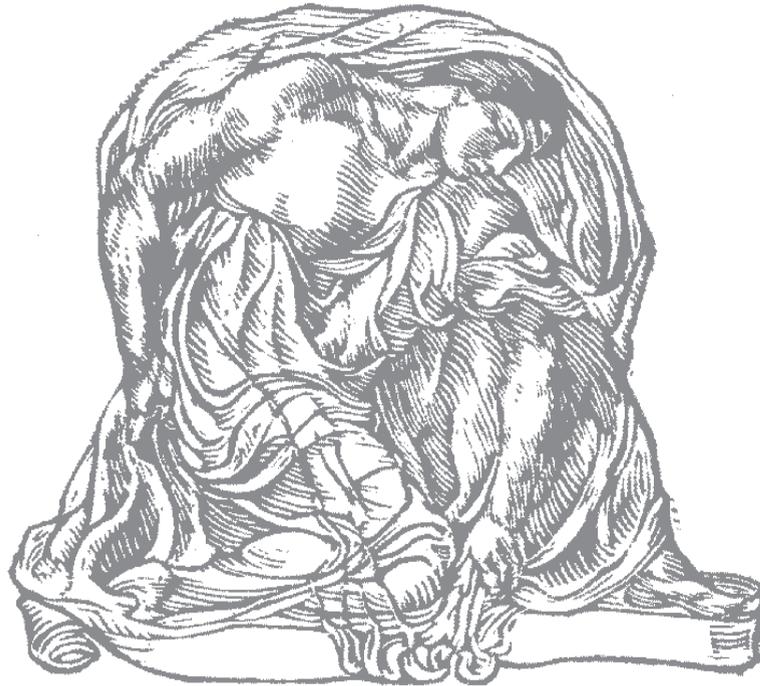
THE INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION - Intellectual Property and Entertainment Law Committee, “International Survey of Specialized Intellectual Property Courts and Tribunals”, International Bar Association, London, 2017.

[2] WERRA Jacques de, “Specialized Intellectual Property Courts - Issues and Challenges”, with contributions by Denis Borges Barbosa and Pedro Marcos Nunes Barbosa, Hong Xue, Shamnad Basheer and Susan Isiko Štrba, Issue Number 2, ICSTD - CEIPI, Geneva, 2016, p. 56.

[3] HARMS Louis, “La experiencia sudafricana”, in COMITÉ ASESOR SOBRE OBSERVANCIA, Undécima sesión, Ginebra, 5 a 7 de septiembre de 2016, “Mecanismos para resolver controversias de Propiedad Intelectual de forma equilibrada, holística y eficaz. Contribuciones preparadas por el Pakistán, Portugal, la Federación de Rusia, Sudáfrica, Tailandia, el Reino Unido, la Cámara de Comercio Internacional y el Profesor

Jacques de Werra, de la Universidad de Ginebra (estudio conjunto de CEIPI-ICTSD)", WIPO/ACE/11/7, Geneva, 20 de junio de 2016. WERRA Jacques, "Specialized..." cit., ps. 26-27. Nevertheless, South Africa has a "Court of the Commissioner of Patents" with exclusive jurisdiction in patent matters, whose appellations go to an ordinary Appellation Court integrated with at least one specialist Judge in patent subjects.

[4] There are, for example, Courts with different degrees or levels of specialization in Intellectual Property matters, like in Germany, Belgium, Brazil, Chile, China, Slovakia, Slovenia, Spain, United States of America, France, Kenya, Hong Kong, Holland, Hungary, Israel, India, Italy, Jamaica, Japan, Mexico, Norway, New Zealand, Pakistan, Peru, Portugal, United Kingdom, Republic of South Korea, Romania, Russia, Singapore, South Africa, Sweden, Switzerland, Thailand and Turkey.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

VELOSO, Natalia

**Responsabilidad del Estado frente a un potencial oferente
por contratar directamente cuando debió llamar a un
procedimiento competitivo**

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A UN POTENCIAL OFERENTE POR CONTRATAR DIRECTAMENTE CUANDO DEBIÓ LLAMAR A UN PROCEDIMIENTO COMPETITIVO

NATALIA VELOSO GIRIBALDI*

Resumen: El fallo recoge una condena al Estado por no haber llamado a Licitación para la contratación del suministro de alimentos para la población carcelaria. Considera que haber realizado una compra directa a un proveedor le generó un daño al actor consistente en haber sido privado de la chance de obtener dicho contrato.

Palabras Clave: Responsabilidad, Estado, Adjudicación, Procedimiento, Competitivo, Compra, Directa, Licitación.

Abstract: The ruling includes a condemnation to the State for not having called for bids to contract the food supply for the prison population. It is considered that having made a direct purchase from a supplier caused damage to the actor consisting of having been deprived of the chance to obtain said contract.

Keywords: Responsibility, Administration, Adjudication, Procedure, Competitive, Purchase, Direct, Tender.

1. La importancia del fallo jurisprudencial

El presente fallo jurisprudencial reviste especial importancia teórica y práctica en tanto responsabiliza al Estado patrimonialmente frente a un tercero por haber contratado directamente con un proveedor sin llamar a un procedimiento competitivo en contravención del art. 33 del TOCAF.

En la inmensa mayoría de los casos, las hipótesis de responsabilidad del Estado en materia de contratación administrativa se configuran cuando un oferente, que no resultó adjudicado, demuestra que su oferta era la más conveniente y que por tanto, la adjudicación a otro proveedor fue ilegítima. En dichos casos, el hecho ilícito es la adjudicación y la cuantificación de la condena no ofrece demasiados problemas, ya que la misma consistirá en la totalidad del precio del contrato más los daños y perjuicios.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo (2005), Máster en Derecho Administrativo Económico (2011), Profesor Adscripto de Derecho Administrativo I y II en la Universidad de Montevideo (2006-2018), Profesora de Derecho Público en el Posgrado de Gestión Financiera en Instituciones Públicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de la República (2018). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-5340-2906>. natalia.veloso@delpiazzo.com

No obstante, en este caso la situación es distinta ya que el actor se presenta reclamando responsabilidad por un proceso de contratación del que no fue partícipe y del cual, ni siquiera se enteró sino hasta una vez culminado. En este caso, el hecho ilícito no es la adjudicación a una oferta menos conveniente sino la violación del art. 33 del TOCAF.

Asimismo, la cuantificación del daño tampoco resulta lineal ya que el actor no puede reclamar el precio del contrato que se le debió adjudicar (ya que no existió Licitación alguna) sino que, por el contrario, lo que reclama es la pérdida de la chance de participar en dicho procedimiento competitivo y de resultar adjudicado en el mismo.

Por último, el fallo también plantea la particularidad de sostener que si el acto administrativo que dispone la compra directa no fue notificado personalmente a otros interesados o Publicado en el Diario Oficial, dichos interesados podrían recurrirlo en cualquier momento, incluso si ya pasó el plazo de diez días desde su publicación en la página web del Sitio de compras estatales.

En definitiva, entendemos que se trata de un fallo de especial interés teórico y práctico ya que aplica el artículo 33 del TOCAF, no solo como una garantía para la Administración tendiente a que consiga la oferta más conveniente, sino también como una garantía para el Administrado de no ser privado de su chance de participar en procedimientos competitivos para contratar con el Estado.

2. El caso

El caso a estudio versa sobre la compra por parte del Estado (Ministerio del Interior) de alimentos no perecederos (pasta seca) para la población carcelaria. Dado el volumen de la compra, históricamente la Administración convocaba a un procedimiento competitivo para la elección de su proveedor, tal como lo indica el art. 33 del TOCAF.

No obstante, a partir del 2014, el Estado comenzó a contratar dicho suministro mediante el mecanismo de compra directa sin convocar a Licitación Pública ni a ningún otro procedimiento competitivo.

Advertido de esta situación, uno de los proveedores no contratados (Las Acacias) recurrió dichas compras directas y demandó al Estado (Ministerio del Interior) por responsabilidad patrimonial. Sostuvo que el actuar ilegítimo de la Administración, contrario a lo establecido por el art. 33 del TOCAF, configuró una “falta de servicio” que le generó un daño consistente en la pérdida de la chance de competir para resultar adjudicataria, la cual estimó en el 90% de las sumas compradas directamente.

Por su parte, el Estado contestó la demanda e interpuso la excepción previa de falta de agotamiento de la vía administrativa en tanto sostuvo que la compra directa fue publicada en la página web de compras y contrataciones del Estado y que al no haber sido recurrida dentro de los diez días siguientes a su publicación, el acto quedó firme y ello impedía acudir a la Justicia ordinaria para un reparatorio patrimonial. En cuanto al fondo de la cuestión, señaló que el Juez no debió ingresar a analizar la legitimidad de los actos de adjudicación porque ello es competencia exclusiva del TCA; que la compra directa

fue válida por haberse hecho por razones de buena administración y que por tanto no habría falta de servicio y que no procede la pérdida de chance ya que no existen elementos de convicción suficientes que hagan suponer que el actor iba a resultar adjudicado.

La Sentencia Definitiva de Primera Instancia N° 93/2016 de 24 de noviembre de 2016 del Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er Turno, Dr. Pablo Eguren, amparó parcialmente la demanda condenando al Estado al pago del rubro pérdida de la chance, el cual fue estimado en un 30% de las ganancias líquidas que obtuvieron los beneficiados por la compra directa, más reajustes e intereses legales a partir de la demanda hasta su efectivo pago.

Contra dicha Sentencia, el Estado interpuso y fundó recurso de apelación anunciado en audiencia preliminar contra la Sentencia Interlocutoria N° 66/2016 dictada el 26 de julio de 2016 y contra la sentencia definitiva. Concretamente, la sentencia interlocutoria le generó agravio en tanto desestimó la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y en tanto condenó al Estado cuando, a su criterio, no existió falta de servicio ni estaba probada la existencia de una chance.

Por su parte, Las Acacias también recurrió dicha sentencia por entender que, si bien se había amparado parcialmente su demanda, la reparación del quantum no podía determinarse como un porcentaje de las ganancias que obtuvieron los proveedores adjudicados en forma ilegítima, sino como la ganancia que hubiera obtenido ella misma.

Mediante la Sentencia N° 140/2017 de 27 de octubre de 2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno, se confirmó la sentencia en cuanto a la cuestión formal entendiendo que la publicación en el sitio web de compras estatales no puede sustituir al régimen constitucional de recursos administrativos y en cuanto a que las Resoluciones cuestionadas no fueron notificadas personalmente al actor, por lo que podían ser recurridas en cualquier momento. Asimismo, en cuanto al fondo de la cuestión, la Sentencia de segunda instancia confirmó la recurrida con excepción del quantum por pérdida de chance, cuya liquidación entendió, debía ajustarse a la realidad económica del actor y no a la de otros proveedores, por lo que difirió su liquidación a la vía incidental.

3. Análisis de los fundamentos del fallo

De las distintas cuestiones abordadas por el fallo a estudio podemos extraer al menos siete máximas que consideramos extrapolables a otros casos, en función de los argumentos manejados en la sentencia y en función de otros, que se desarrollarán seguidamente.

3.1 El Juez ordinario tiene plena competencia para analizar la legitimidad de un acto administrativo que adjudica una compra directa

Uno de los agravios esgrimidos por el Estado, fue que una demanda reparatoria por violación del art. 33 del TOCAF era improcedente en tanto el Juez no tendría competencia para analizar la legitimidad o ilegitimidad de un acto administrativo que aprueba una compra directa. Concretamente, sostuvieron que el análisis de la validez de un acto administrativo de este tipo es competencia exclusiva del TCA.

No se comparte dicha afirmación. En efecto, la mayoría de la doctrina nacional entiende que el juez tiene plena potestad para analizar en cada caso la legitimidad de un acto administrativo¹.

En este sentido, con meridiana claridad SAYAGUÉS señalaba que el TCA “tiene competencia exclusiva para la anulación de los actos administrativos y en ese aspecto excluye absolutamente la actuación del Poder Judicial; pero no tiene competencia para juzgar a otros efectos la regularidad jurídica de los actos administrativos, en cuyo plano se mantiene la competencia del Poder Judicial”².

En el mismo sentido, se ha pronunciado recientemente nuestro máximo órgano jurisdiccional sosteniendo que: “la justicia ordinaria tiene competencia para examinar la legitimidad del acto administrativo”³.

Asimismo, en cuanto a la posibilidad plantear la legalidad de una decisión administrativa por vía de acción, nuestra doctrina también se ha pronunciado sosteniendo que: “entendemos que la cuestión de la legalidad de una decisión administrativa podría plantearse por vía de acción, en algunos casos, tal como sucede cuando se reclama una reparación por los daños causados por un acto ilegítimo o cuando se pretende su des- aplicación -por manifiesta ilegitimidad -mediante una acción de amparo”⁴.

Por dichas razones, asiste razón al Tribunal cuando sostiene que: “el Poder Judicial puede y debe analizar la legalidad de los actos administrativos en materia de reparatoria patrimonial que es el proceso que nos ocupa. Claramente el objeto del proceso de los juicios que se promueven ante el Poder Judicial y ante el TCA son diferentes, lo que el Estado no puede desconocer. Aquí se pretende responsabilizar al Estado desde el punto de vista civil, no se está pidiendo que se anulen los actos administrativos ilegítimos, sino que se pide que se repare el perjuicio económico ocasionado por un actuar ilegítimo del Estado. Sobre el punto la Sala comparte lo dicho por el actor al evacuar el traslado de la apelación, a lo que nada más corresponde agregar (fs.586-588vto) debiendo tener presente el demandado los arts.24, 309 y 312 de nuestra Constitución”.

En definitiva, se comparte el fallo en cuanto rechaza el argumento del Estado y sostiene que la Justicia Ordinaria tiene competencia para analizar la legitimidad de los actos

1 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “Competencia del Poder Judicial para Conocer de la Validez de un Acto Administrativo como Premisa del Fallo” en Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 71, Montevideo, pág. 94; Aparicio MENDEZ - “Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo”, Montevideo, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, pág. 77; Héctor GIORGI - “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 83; Gabriel OHANIAN - “Juez y Acto Administrativo”, en Revista Judicatura No. 44, mayo, 2006, Montevideo, IMPO, 2006, pág. 309; Enrique SAYAGUES LASO - “Tratado de Derecho Administrativo”, F.C.U., Montevideo, 2010, 9ª Edición, pág. 555; Augusto DURAN MARTINEZ - “Contratos administrativos, Vicios y Juez Competente para Juzgarlos. El Caso Caravana”, en “Casos de Derecho Administrativo” Ingrausi, Montevideo, 1999, Vol. I, pág. 68; Juan Pablo CAJARVILLE - “Sobre Derecho Administrativo”, F.C.U., 2007, Tomo II, pág. 606; Daniel OCHS - “La Acción de Amparo”, FCU, Montevideo, 2001, pág. 69; Marcelo LABORDE GOÑI - “El principio de buena fe como rector del Ejercicio de la Función Pública” en Revista de Derecho Público, F.C.U., 2016, Año 25, Número 50, diciembre de 2016, pág. 67 y GUITIÉRREZ, Adrián - “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>

2 Enrique SAYAGUES LASO - “Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, cit, pág. 555.

3 Sentencia de la SCJ N° 180/2015 de 5 de junio de 2015.

4 Adrián GUITIÉRREZ - “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>

administrativos que adjudican en forma ilegítima las compras directas cuestionadas y si bien no se plantea la regularidad de invocar dicha ilegitimidad por vía de acción, también se entiende que dicho extremo es posible mediante una correcta interpretación del art. 312 de la Constitución.

3.2 La observación de la compra directa por parte del Tribunal de Cuentas es un indicio de su ilegitimidad que el Juez puede tomar en consideración al analizar la legitimidad del acto

El Estado también sostuvo que, si bien el Tribunal de Cuentas observó el gasto, este hecho no es suficiente para decir que un acto administrativo es ilegítimo o contrario a Derecho, siendo el TCA el único que tiene jurisdicción para ello.

Al respecto, solo cabe decir que es incuestionable que el Tribunal de Cuentas no tiene competencia ni para anular, ni para declarar ilegítimos los actos administrativos que aprobaron la compra directa.

En efecto, la competencia del Tribunal de Cuentas en esta materia se limita a intervenir el gasto “al solo efecto de certificar su legalidad” en función de lo cual, podrá formular observaciones al mismo si entendiéndose que hay algún apartamiento de las normas que lo regulan (art. 211 Lit. B de la Constitución) pero en ningún caso podrá entenderse que dicha “certificación de la legalidad” constituye un pronunciamiento jurisdiccional, ya que es indiscutido que no ejerce función jurisdiccional⁵.

Sin perjuicio de ello, dicho pronunciamiento, constituye sin lugar a dudas un importante antecedente e indicio de ilegitimidad que la justicia ordinaria podrá tener en cuenta a la hora de examinar si existió o no un actuar ilícito de la Administración.

En este caso, consta en autos que el Tribunal de Cuentas observó las compras directas analizadas por la sentencia. Tal como señala el fallo “En forma clara, concreta el Tribunal de Cuentas le señaló al Ministerio del Interior que las contrataciones debían realizarse mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo de acuerdo al art.33 del TOCAF, pues no advertía que la compra de la mercadería que nos ocupa pudiera estar contemplada en alguna excepción, de las previstas en la norma citada”.

En consecuencia, resulta incuestionable que el pronunciamiento del Tribunal de Cuentas no es suficiente para concluir acerca de la ilegitimidad de los actos que se cuestionen, sin perjuicio de ello, nada impide que el Tribunal tenga en cuenta los fundamentos en los cuales el Tribunal fundó su observación para llegar a la conclusión de que el acto que aprobó una compra directa es ilegítimo.

3.3 La mera invocación de razones de buena administración no habilita la compra directa si no está probada la causal de excepción

El Estado alegó que las compras directas efectuadas eran perfectamente legítimas en tanto estaban justificadas en razones de buena administración y que así lo establecía el art. 33 del TOCAF. Más específicamente, sostuvo que las razones por las cuales optó por

5 Carlos E. DELPIAZZO – “Tribunal de Cuentas”, AMF, Montevideo, 1981, pág. 58.; Elías Mantero Mauri, – “Perfeccionamiento y responsabilidad civil en los contratos con la Administración, AMF, Montevideo, 2011, págs. 69 a 71.

contratar en forma directa fueron por parámetros de calidad, buen valor en el mercado, menor costo y a la vez fomentar el fortalecimiento del Plan de Desarrollo impulsado por la Intendencia de Tacuarembó y Cooperativas de Trabajo Américo Caorsi, apoyando a las mismas.

Sin embargo, no es correcto que el art. 33 del TOCAF habilite la compra directa por el solo hecho de que se invoquen o se configuren razones de buena administración.

Por el contrario, el art. 33 del TOCAF establece que la regla general⁶ es que “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto” y seguidamente, establece que podrá contratar “Directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, **en los siguientes casos de excepción**” (lit C, destacado nuestro).

Tal como puede apreciarse, surge del tenor literal del art. 33 lit. C que la posibilidad de contratar directamente no queda habilitada únicamente por la invocación o incluso por la verificación de razones de buena administración, sino que debe verificarse **además** alguna de las hipótesis de excepción consagradas por el ordenamiento positivo.

Pues bien, en este caso ni siquiera se invoca cuál sería la causal de excepción en la cual quedaría encuadrada esta compra. Por el contrario, únicamente se ensaya cuales serían las razones de buena administración o conveniencia que se tuvieron en cuenta para omitir llamar a un procedimiento competitivo.

En este sentido, adviértase que el propio Tribunal de Cuentas al formular su observación, señaló expresamente que no se advertía en cual de las excepciones previstas por el art. 33 podía estar incluida la compra de esta mercadería no perecedera.

Es por ello, que se comparte el fallo en cuanto señala que el Estado “No probó la causa que justificaría un apartamiento al art.33 del TOCAF en la interpretación dada por el a quo y por el Tribunal de Cuentas, que se dijo la Sala comparte. No se comprende cuál es la razón de "buena administración", concepto que no se puede asimilar a "razones de conveniencia" en que se funda la demandada para actuar de la manera en que lo hizo”.

En definitiva, entendemos que resulta de cardinal importancia advertir -como lo hizo la Sede y el Tribunal de Cuentas- que la mera invocación de razones de buena administración -aunque sean ciertas y fundadas- no es suficiente para contratar directamente, ya que el art. 33 lit. C del TOCAF no solo exige este tipo de razones, sino que además debe probarse que la hipótesis se encuentra contemplada en alguna de las causales de excepción que, a texto seguido, prevé dicho artículo.

3.4 La omisión de realizar un procedimiento competitivo cuando así está dispuesto por el art. 33 del TOCAF configura “falta de servicio”

De acuerdo al art. 24 de la Constitución, “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Es-

6 Carlos E. DELPIAZZO – “Contratación Administrativa”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, pág. 121.

tado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”.

En doctrina existe consenso acerca de que la expresión “servicio público” está usada en un sentido amplio que hace aplicable el precepto a todos los daños ocasionados por sujetos de Derecho público en el ejercicio de la función administrativa⁷.

En consecuencia, la responsabilidad de cualquier Administración frente al damnificado es directa, obligándola a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionaren perjuicio.

Al respecto, existen divergencias de opinión acerca de si el criterio de imputación de dicha responsabilidad debe responder a pautas objetivas⁸ o a pautas subjetivas⁹.

Desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, sostienen los partidarios de esa doctrina que, la responsabilidad del Estado “no es de carácter objetivo, como se ha enseñado, sino basada en la responsabilidad derivada directamente de la falta del servicio (por haber éste funcionado mal, tardíamente o por no haber funcionado) e indirectamente de la falta personal de sus funcionarios, ya sea por violación de una regla de derecho (ilegalidad en sentido lato) o por culpa proveniente de negligencias, errores, omisiones, retardos y desde luego, dolo y culpa grave”¹⁰. Adicionalmente se ha dicho que, “el criterio básico más adecuado para determinar cuándo surge responsabilidad de la Administración, es el de la falta de servicio. Si el servicio no funcionó, si funcionó con demora o si funcionó irregularmente, deriva responsabilidad. En el mal funcionamiento del servicio quedan comprendidos los casos de culpa personal del funcionario, porque es evidente que en tales casos el servicio no funcionó como era debido”¹¹.

Siguiendo esta línea, la doctrina sostiene que para que se configure responsabilidad del Estado es necesario la existencia de los siguientes elementos: a) daño; b) que dicho daño haya sido causado a terceros; c) que sea consecuencia de actos o hechos imputables al Estado; d) que exista entre ambos nexo causal; e) que los daños se hayan producido en la ejecución de los servicios públicos; f) que dichos servicios estuvieran confiados a

7 Enrique SAYAGUES LASO – “Tratado de Derecho Administrativo”, cit. Tomo I, pág. 658; Daniel Hugo Martins – “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, en Rev. de Derecho Público y Privado, Tomo 30, pág. 263; Sergio Deus – “Responsabilidad civil del Estado”, en La Justicia Uruguaya, Tomo XCIV, pág. 35; Julio A. Prat – “Derecho Administrativo”, Tomo 4, vol. 2, pág. 60; y José Korzeniak – “Curso de Derecho Constitucional 2º”, vol. 2, pág. 11 y ss.

8 Justino Jiménez de Aréchaga – “La Constitución del Uruguay de 1952”, Tomo II, pág. 314; Sergio Deus – “Responsabilidad civil del Estado”, cit., pág. 31 y sigtes; Jorge Peirano Facio – “Responsabilidad del Estado”, en Anales del Foro, Tomo II, N° 109-120, pág. 72 y sigtes.; Julio A. Prat – “Derecho Administrativo” cit., Tomo 4, vol. 2, pág. 71; Mariano R. Brito – “Responsabilidad extracontractual del Estado -administrativa, legislativa y jurisdiccional-”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, pág. 129 y sigtes.; Horacio Cassinelli Muñoz – “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, Tomo CV, págs. 323 y 324; Martín J. Risso Ferrand – “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional” -2ª edición actualizada-, pág. 38 y sigtes; Graciela Berro – “Responsabilidad objetiva del Estado”, en Rev. de Derecho Público, Año 1992, N° 2, pág. 89 y sigtes.; y Cristina Vázquez – “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista”, en Rev. de Derecho Público, Año 1995, N° 7, pág. 32 y sigtes.

9 Daniel Hugo MARTINS – “La Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios en la Constitución Uruguaya”, Rev. de Derecho Público y Privado, tomo 30, pág. 267.

10 Daniel Hugo MARTINS – “La Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios en la Constitución Uruguaya”, cit. pág. 267.

11 Enrique SAYAGUES LASO – “Tratado de Derecho Administrativo”, cit. Tomo 1, pág. 660 y 661.

la gestión o dirección del Estado y g) que los actos o hechos sean ilícitos o deriven de la culpa o dolo del servicio o del funcionario¹².

En el caso bajo análisis, es claro que, como bien sostuvo la Sede: “La conducta del Ministerio de Interior tipificó la “falla del servicio” al utilizar el mecanismo de la compra directa para comprar mercadería -pasta seca -fideos- cuando lo debía hacer a través de procedimientos competitivos, allí está el hecho ilícito. Su actuar devino ilegítimo al amparo del art.33 del TOCAF”.

En efecto, al no convocarse a un procedimiento competitivo, se violentó lo dispuesto por el art. 33 del TOCAF, configurándose un hecho ilícito que generó un daño a un tercero que se vio privado de la posibilidad de competir para vender su producto al Estado, con lo cual, se configuraron los elementos propios de la falta de servicio configurativa de la responsabilidad estatal.

3.5 El potencial oferente tiene legitimación activa para reclamar los daños y perjuicios generados por el incumplimiento del art. 33 del TOCAF

Si bien este es un tema que no se plantea en el caso que dio lugar al fallo, podría plantearse la duda en torno a si el potencial oferente tendría o no legitimación activa para reclamar por los daños que le generara la omisión de llamar a un procedimiento competitivo.

En efecto, cuando SAYAGUÉS analizó la posibilidad de que un tercero reclame daños y perjuicios por dicho incumplimiento, llegó a la conclusión de que los terceros no pueden “entablar una reclamación judicial de daños y perjuicios por la lesión de derechos, porque no existe violación alguna de sus derechos subjetivos: han sido afectados solamente en sus intereses, en sus perspectivas de ganar la licitación”¹³.

No se comparte dicha solución. En efecto, no caben dudas de que el tercero o potencial oferente no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicado. No obstante, a lo que sí tiene derecho es a que -en los casos en que así lo determina la ley- se convoque a un procedimiento competitivo para contratar con el Estado.

Es que en el caso de la acción reparatoria de un potencial oferente, este no reclama por la violación de un derecho a ser adjudicado, sino porque se le ha privado ilegítimamente de su derecho a participar de un procedimiento competitivo tendiente a determinar cuál era la oferta más conveniente.

En este sentido, el potencial oferente tiene una situación jurídica protegida que lo habilita a una reclamación patrimonial y la norma que le confiere dicha legitimación, no es otra más que el propio art. 33 del TOCAF.

Ello es así en tanto el artículo 33 del TOCAF no persigue únicamente el beneficio de la Administración, sino que también supone una garantía genérica para los potenciales oferentes de poder competir en igualdad de condiciones para resultar adjudicados.

12 Daniel Hugo MARTINS – “La Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios en la Constitución Uruguaya”, cit. pág. 267.

13 Enrique SAYAGUÉS LASO – “La licitación pública”, BdeF, Montevideo –Buenos Aires, 2004. pág. 61.

En respaldo de dicha afirmación, pueden traerse a colación los desarrollos realizados por la doctrina para analizar la validez del contrato al que se llega incumpliendo el requisito de convocar a Licitación. En dichos desarrollos, se analiza el fundamento mismo de la exigencia de Licitación. Así, para algunos autores la licitación sería una formalidad dispuesta en exclusivo beneficio del Estado y entonces éste sería el único legitimado para reclamar la nulidad derivada de su incumplimiento¹⁴. Sin embargo, para otros autores, entre los que se encuentra SAYAGUÉS, el requisito de la Licitación pública está impuesto por razones de **interés público** como por ejemplo, asegurar la transparencia y honestidad en las contrataciones, por lo que “su omisión vicia totalmente el acto administrativo y apareja su nulidad, la cual puede ser declarada en cualquier momento por los propios órganos administrativos, invocada por los terceros y dar lugar a recursos contenciosos de anulación en los países donde se ha legislado sobre esa clase de acciones”¹⁵

Es por ello que, cuando se violenta la exigencia establecida en el art. 33 del TOCAF, el Estado no solo actúa en contra de su propio interés sino que además, actúa en forma ilícita lesionando una situación jurídica subjetiva del potencial oferente protegida por el ordenamiento. Esta ilicitud frente al potencial oferente se presenta tanto si se adhiere a la posición imperativista como a la valorativista sobre la noción de ilicitud¹⁶

En consecuencia, el potencial oferente tiene legitimación activa para entablar una acción de reparación por el daño que le generó el no haber tenido la chance de ser adjudicado. Dicha legitimación, proviene del propio art. 33 del TOCAF que, no solo protege al Estado, sino también al potencial oferente. Asimismo, para proteger este tipo de daño, es que nuestra doctrina y jurisprudencia admiten el reclamo por la “perdida de chance” que protege justamente, situaciones como esta.

3.6 El potencial oferente sufre un daño consistente en la “pérdida de chance” de participar y resultar adjudicado en el procedimiento competitivo

La principal dificultad que plantea la cuestión bajo análisis es cómo cuantificar el daño consistente en la pérdida de chance de haber resultado adjudicado. Esto es, como hace el potencial oferente para demostrar que efectivamente tenía chance de ganar un eventual procedimiento competitivo y cómo cuantifica esa chance.

Como enseña GAMARRA, “la pérdida de la chance consiste en la “pérdida de la probabilidad de ganar algo, normalmente la situación futura que con la pérdida de la chance deviene imposible (impidiendo definitivamente su verificación) significa una ventaja o un beneficio para el damnificado”¹⁷.

En este sentido, lo primero que hay que tener en cuenta es que “el daño resarcible consiste en la pérdida de la “chance” y no en la pérdida de la ventaja esperada o situa-

14 Enrique SAYAGUÉS LASO – “La licitación pública”, cit., pág. 60.

15 Enrique SAYAGUÉS LASO – “La licitación pública”, cit. pág. 60.

16 Gerardo Caffera y Elías Mantero Mauri – “Protección extracontractual del crédito”, 2ª Ed., FCU, Montevideo, 2016, págs. 54 y ss.

17 Jorge GAMARRA – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, FCU, Montevideo, Tomo XXIV, Vol. 6, Parte VII, pág. 115.

ción terminal”¹⁸ por lo que la reparación consistirá en una fracción de la ganancia esperada, cuantificada en función de la importancia de la chance¹⁹.

En este caso, es claro que el daño no es la pérdida del monto adjudicado directamente, sino que el daño es la pérdida de la chance de haber podido obtener las ganancias derivadas de esa contratación.

Para ello, será necesario probar que el actor tenía una chance de resultar adjudicado. A modo de ejemplo, podría probarse que el potencial oferente estaba inscripto en el Registro Único de Proveedores del Estado, que giraba en el ramo contratado, que tenía capacidad de hacer frente a la demanda de productos o servicios del Estado, que tenía antecedentes de haber participado y/o resultado adjudicado en procesos competitivos anteriores, etc.

Por otra parte, para la determinación del valor de la chance, la doctrina ha establecido principios rectores que permiten determinar su valor. El primero de los principios reza que “la probabilidad es mayor cuando más próximo se encuentra el evento dañoso de la situación terminal de ganancia esperada” y el segundo que “cuanto mayores son las contingencias, menor es el valor de la “chance” perdida”²⁰.

En cuanto a la forma de **liquidación de la pérdida de chance** la doctrina ha establecido que la operación está enmarcada por dos principios: 1º) la indemnización no puede consistir nunca en la totalidad de la ganancia esperada sino en una fracción de la misma y 2º) la fracción total que corresponde indemnizar se mide sobre el valor de la chance, según el cálculo de probabilidades y circunstancias particulares del caso. Cuanto más fuerte es la probabilidad y mayores las posibilidades de éxito más cerca estará la reparación de la indemnización que hubiera correspondido otorgar en el caso hipotético de que se hubiera verificado la ventaja esperada²¹.

En estos casos, no es posible asegurar que el potencial oferente iba a resultar adjudicado, no obstante, podrá demostrarse que dada la estructura económica del oferente, su competitividad, etc., el mismo estaba en condiciones de ofertar un precio menor al que resultó adjudicado directamente.

Asimismo, respecto a la liquidación de la chance, se comparte con el Tribunal que la ganancia líquida que el oferente se perdió de ganar, debe ser apreciada en función de su realidad económica y no la del que fue adjudicado directamente, ya que la estructura de costos puede variar de un caso a otro. En este sentido, el fallo sostuvo que: “la Sala comparte con el actor en que el daño que se debe resarcir es lo que DARCEL S.A pudo dejar de ganar y no lo que otros ganaron. Se debe calcular la ganancia líquida sobre su realidad económica, situación funcional, competitividad, rentabilidad, etc., todos elementos que no surgen de autos por lo que se diferirá el quantum a la vía incidental”.

18 Jorge GAMARRA – ob. cit., Tomo XXIV, Vol.6º, pág. 116.

19 Jorge GAMARRA – ob. cit., Tomo XXIV, Vol.6º, pág. 118.

20 Jorge GAMARRA – ob. cit., Tomo XXIV, Vol.6º, pág.120 y 121.

21 Jorge GAMARRA – ob. cit., Tomo XXIV, Vol.6º, pág. 121 y 123.

3.7 La publicación en la página web de compras y contrataciones del Estado de la compra directa, no hace comenzara correr el plazo para recurrirla

En este caso, el Estado sostuvo que una de las compras directas fue publicada en la página web de compras y contrataciones del Estado el 23 de marzo de 2014 y que el recurso fue presentado el 30 de mayo de 2014, por lo que a su criterio, habría vencido el plazo de 10 días para recurrirla y como corolario, el acto habría sido consentido y no se podría reclamar ahora reparación alguna.

Para ello, fundó su posición en el art. 50 del TOCAF vigente en ese momento que disponía que: "Es obligatoria la publicación por parte de los organismos estatales en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales la información correspondiente a contrataciones de obras, bienes y servicios de todas las licitaciones y convocatorias a procedimientos competitivos que se realicen. La publicación de la convocatoria tendrá el alcance establecido en el art.4° de la ley N°15.869 de 22 de junio de 1987.....".

Sin embargo, la Sede sostuvo que: "Dado el claro tenor de la norma, las compras directas como es el caso que nos ocupa, no están comprendidas, pues el inciso refiere a lo opuesto a licitaciones y procedimientos competitivos. El art.50 del TOCAF refiere a la obligatoriedad de la publicación en la página web para dar mayor publicidad, transparencia a los procesos competitivos. Pero esta norma **no puede alterar el régimen constitucional consagrado en el art. 317 de nuestra Constitución**. Los actos administrativos deben ser notificados personalmente en el caso que corresponda o publicados en el Diario Oficial acorde a lo dispuesto en el art.4 de la ley 15.869 y art.142 inciso segundo del D 500/991 como lo consignó en su resolución el quo. En su consecuencia, al no haber sido notificadas las resoluciones acorde a la normativa citada se podían recurrir en cualquier momento" (destacado nuestro).

Dicha solución resulta plenamente compatible, en tanto con prescindencia de la postura que se adopte en cuanto a si es necesario o no agotar la vía administrativa para promover el proceso reparatorio, lo cierto es que no puede privarse al potencial oferente de la posibilidad de recurrir el acto administrativo que dispone la compra directa si no fue notificado del mismo en la forma que establece el art. 317 de la Constitución²².

4. Conclusiones

De lo anteriormente señalado, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. El Juez ordinario tiene plena competencia para analizar la legitimidad de un acto administrativo que adjudica una compra directa, incluso, si ella se plantea por vía de acción.
2. La observación de la compra directa por parte del Tribunal de Cuentas es un indicio de su ilegitimidad que el Juez puede tomar en consideración al analizar la legitimidad del acto.

22 Augusto DURÁN MARTÍNEZ – "Contencioso administrativo", F.C.U., Montevideo, 2009, pág. 172.

3. La mera invocación de razones de buena administración no habilita la compra directa si no está probada la causal de excepción prevista en el art. 33 del TOCAF.
4. La omisión de realizar un procedimiento competitivo cuando así está dispuesto por el art. 33 del TOCAF configura “falta de servicio”.
5. El potencial oferente tiene legitimación activa para reclamar los daños y perjuicios generados por el incumplimiento del art. 33 del TOCAF ya que dicho artículo, no solo protege los intereses de la Administración, sino que también protege el derecho del potencial oferente a que no se lo prive de la chance de competir para ser adjudicado.
6. El potencial oferente sufre un daño consistente en la “pérdida de chance” de participar y resultar adjudicado en el procedimiento competitivo
7. La publicación en la página web de compras y contrataciones del Estado de la compra directa, no hace comenzar a correr el plazo para recurrirla

BIBLIOGRAFÍA

Berro, Graciela - “Responsabilidad objetiva del Estado”, en Rev. de Derecho Público, Año 1992, N° 2, pág. 89 y sigtes.

Brito, Mariano - “Responsabilidad extracontractual del Estado -administrativa, legislativa y jurisdiccional” en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, pág. 129 y sigtes.

Caffera, Gerardo y Mantero Mauri, Elías - “Protección extracontractual del crédito”, 2ª Ed., FCU, Montevideo, 2016, págs. 54 y ss.

CAJARVILLE, Pablo - “Sobre Derecho Administrativo”, F.C.U., 2007, Tomo II, pág. 606;

Cassinelli Muñoz, Horacio - “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, Tomo CV, págs. 323 y 324;

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio - “Competencia del Poder Judicial para Conocer de la Validez de un Acto Administrativo como Premisa del Fallo” en Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 71, Montevideo, pág. 94

DELPIAZZO, Carlos E. - “Contratación Administrativa”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, pág. 121.

DELPIAZZO, Carlos E. - “Tribunal de Cuentas”, AMF, Montevideo, 1981, pág. 58.

Deus, Sergio - “Responsabilidad civil del Estado”, en La Justicia Uruguaya, Tomo XCIV, pág. 35.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto – “Contencioso administrativo”, FCU, Montevideo, 2009, pág. 172.

DURAN MARTINEZ, Augusto - “Contratos administrativos, Vicios y Juez Competente para Juzgarlos. El Caso Caravana”, en “Casos de Derecho Administrativo” Ingrausi, Montevideo, 1999, Vol. I, pág. 68.

GAMARRA, Jorge – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, FCU, Montevideo, Tomo XXIV, Vol. 6, Parte VII, pág. 115.

GIORGI, Héctor – “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 83.

GUTIÉRREZ, Adrián – “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>

Jiménez de Aréchaga, Justino - “La Constitución del Uruguay de 1952”, Tomo II, pág. 314.

Korzeniak, José – “Curso de Derecho Constitucional 2º”, vol. 2, pág. 11 y ss.

LABORDE GOÑI, Marcelo – “El principio de buena fe como rector del Ejercicio de la Función Pública” en Revista de Derecho Público, F.C.U., 2016, Año 25, Número 50, diciembre de 2016, pág. 67.

Mantero Mauri, Elías – “Perfeccionamiento y responsabilidad civil en los contratos con la Administración, AMF, Montevideo, 2011, págs. 69 a 71.

Martins, Daniel Hugo - “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, en Rev. de Derecho Público y Privado, Tomo 30, pág. 263.

MARTINS, Daniel Hugo – “La Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios en la Constitución Uruguaya”, Rev. de Derecho Público y Privado, tomo 30, pág. 267.

MENDEZ, Aparicio – “Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo”, Montevideo, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, pág. 77.

OCHS, Daniel – “La Acción de Amparo”, FCU, Montevideo, 2001, pág. 69;

OHANIAN, Gabriel - “Juez y Acto Administrativo”, en Revista Judicatura No. 44, mayo, 2006, Montevideo, IMPO, 2006, pág. 309.

Peirano Facio, Jorge - “Responsabilidad del Estado”, en Anales del Foro, Tomo II, N° 109-120, pág. 72 y sigtes.

Prat, Julio - “ Derecho Administrativo”, Tomo 4, vol. 2, pág. 60.

Risso Ferrand, Martín J. - "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional" -2ª edición actualizada-, pág. 38 y sigtes.

SAYAGUÉS LASO, Enrique – "La licitación pública", BdeF, Montevideo –Buenos Aires, 2004. pág. 61.

SAYAGUES LASO, Enrique - "Tratado de Derecho Administrativo", F.C.U., Montevideo, 2010, 9º Edición, pág. 555.

Vázquez, Cristina - "Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista", en Rev. de Derecho Público, Año 1995, N° 7, pág. 32 y sigtes.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Sentencia N° SEF-0007-000140/2017 DFA-0007-000433/2017

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE TERCER TURNO

MINISTRA REDACTORA: DRA. CLAUDIA KELLAND.

MINISTRAS FIRMANTES: DRA. ALONSO, DRA. OPERTTI, DRA. KELLAND.

Montevideo, 27 de octubre de 2017

VISTOS:

Para dictado de Sentencia Definitiva en segunda instancia los presentes autos caratulados:"DARCEL S.A C/ MINISTERIO DEL INTERIOR -REPARATORIO PATRIMONIAL POR RESPONSABILIDAD ADM. POR HECHO-" IUE 2-45215/2015, en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y demandada contra la Sentencia Definitiva N°93/2016 de fecha 24 de noviembre de 2016 y por el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia interlocutoria N°66/2016 de fecha 26 de julio de 2016, dictadas por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er turno, Dr. Pablo Eguren, se manifiesta.

RESULTANDO:

I) Por la sentencia interlocutoria impugnada el a quo desestimó la excepción previa de falta de agotamiento de la vía administrativa interpuesta por el Ministerio del Interior (fs.505-508 vto.) y por la sentencia definitiva amparó parcialmente la demanda condenando al accionado al pago del rubro pérdida de la chance en un 30% de las ganancias líquidas que obtuvieron los beneficiados por la compra directa -Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y Grankal S.A- más reajustes de acuerdo al D.L 14.500 e intereses legales a partir de la demanda hasta su efectivo pago, ordenando que se determinara el monto

de acuerdo al procedimiento del artículo 378 del C.G.P, sin especial condena en la instancia (fs.563-567).

II) En tiempo y forma compareció el representante de DARCEL S.A interponiendo el recurso de apelación que nos ocupa, esgrimiendo agravios concretos que lucen a fs.568-579.

En síntesis señaló, que si bien la sentencia amparó parcialmente la demanda le causa agravio a su representada en cuanto determinó el quantum de la reparación en base a la ganancia líquida obtenida por los proveedores beneficiarios de la ilegítima actuación de la demandada, y no de la ganancia líquida que DARCEL S.A hubiese obtenido de haber resultado adjudicataria de un procedimiento licitatorio.

Considera que el cálculo debe hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias y contingencias que hubiesen rodeado a ese beneficio cuya posibilidad de acceso perdió ilegítimamente y no del que otro efectivamente ganó.

En definitiva señaló, que el daño a resarcir no está constituido por una parte de lo que otros ganaron sino de la ganancia que su representada perdió como consecuencia directa de la actuación ilegítima de la Administración. Considera que en un futuro proceso se deberá estimar cuánto hubiese cotizado su representada en el proceso licitatorio y cuál había sido la ganancia líquida devengada conforme a lo que son sus propios costos de estructura.

En su defecto, en forma subsidiaria pidió al Tribunal que determine la cuantía del rubro pérdida de la chance, en un porcentaje de los ingresos brutos facturados por los beneficiados por la compra directa, prescindiéndose de la necesidad de promover un incidente de liquidación vía incidental art.378 del C.G.P.

III) En tiempo y forma compareció el representante legal del Ministerio del Interior e interpuso y fundó el recurso de apelación anunciado en audiencia preliminar contra la sentencia interlocutoria N°66/2016 dictada el 26 de julio de 2016 y contra la sentencia definitiva según fundamentos que lucen a fs.574-579.

Respecto de la sentencia interlocutoria se agravia por haberse desestimado la excepción opuesta de falta de agotamiento de la vía administrativa.

Señaló que la demanda de obrados se centra en la compra directa por excepción cumplida a través de dos procedimientos: 6/2014 y 15/2014 (fs.574). Con respecto al primer procedimiento destacó que la adjudicación fue publicada en la página web de compras y contrataciones del Estado. La publicación se cumplió el 20.3.2014 y el recurso fue presentado el 30.5.2014. En su consecuencia, el demandado entiende que no removió su contraria el obstáculo que le impedía concurrir al Poder Judicial a solicitar la reparación del mal que alega conforme a lo establecido en los arts.309 y 312 de la Constitución. Afirma que el recurso fue presentado fuera de plazo.

Destaca que de acuerdo al art.50 del TOCAF en la redacción dada por el art.31 de la ley 18.834 la notificación que se prevé es a través de la publicación en la página web, tal

como se hizo. En definitiva y respecto del procedimiento realizado de Compra Directa N°6/2014 considera que nunca podría prosperar por extemporáneo.

Respecto de la sentencia definitiva señaló que el juez no pudo entrar a considerar la legitimidad o ilegitimidad de dichos actos lo cual es competencia exclusiva del TCA. Además señala, que si bien el Tribunal de Cuentas observó el gasto este hecho no es suficiente para decir que un acto administrativo es ilegítimo o contrario a derecho, siendo el TCA el único que tiene jurisdicción a sus efectos.

Señala que al no haber agotado la vía administrativa, permaneció omisa, consintiendo la existencia de tales actos, siendo de aplicación la teoría del acto propio.

Explicó que las razones por las cuales se optó por contratar en forma directa fueron por parámetros de calidad, buen valor en el mercado, menor costo y a la vez fomentar el fortalecimiento del Plan de Desarrollo impulsado por la Intendencia de Tacuarembó y Cooperativas de Trabajo Américo Caorsi, apoyando a las mismas.

Se agravia por no entender dónde está la "falla del servicio" en que funda el a quo la condena, cuando conforme a lo previsto en el art.33 del TOCAF el ordenador podía ejercer la modalidad de compra por políticas de buena administración y compró directamente al productor un producto percedero. Que no se probó en estas actuaciones que se hubiera abonado por los fideos un precio mayor.

Respecto del monto fijado en el 30% por concepto de pérdida de chance considera que es elevado, que no había certeza de que fuera DARCEL S.A la adjudicataria de los productos en cuestión. Que de acuerdo a los antecedentes administrativos existía una gran probabilidad de que hubiese sido otra empresa la adjudicataria, como ocurrió en el año 2007 donde se le adjudicó la compra a otra empresa, a la que luego se le amplió la compa. Y en el año 2008 ocurrió de igual forma, no resultó ser la adjudicataria la actora.

Por lo que solo tenía una mera expectativa de resultar adjudicataria no existiendo ningún elemento de convicción suficiente aportado por la parte actora para sostener que ésta habría resultado adjudicataria de las compras hoy cuestionadas en forma tardía.

En definitiva, considera que DARCEL S.A no podría haber resultado adjudicataria como sucedió en anteriores oportunidades, por lo tanto no hay daño alguno para reclamar.

Pide se revoque la impugnada y se reciban sus agravios.

IV) Por providencia N°38/2017 (fs.580) se dio traslado de los recursos de apelación en forma recíproca. En tiempo y forma evacuó la actora el traslado conferido según fundamentos que obran en escrito de fs.583-593 y de igual forma la demandada como consta a fs.596-598.

V) Por providencia N°246/2017 (fs.599) el a quo tuvo por interpuesto en tiempo y forma los recursos de apelación, franqueó la alzada con efecto suspensivo (fs.251 numeral 1, 252.1 y 255 del C.G.P).

Los autos fueron recibidos por el Tribunal, se asumió competencia y pasaron a estudio de las Sras. Ministras acordándose el dictado de decisión anticipada (art.200.1 del C.G.P).

CONSIDERANDO:

I) La Sala acepta el correcto relato de antecedentes procesales que se consignó en la recurrida y por el número de voluntades requerido por la ley (art.61 inc.1 de la LOT) de conformidad de sus miembros naturales habrá de confirmar la sentencia interlocutoria y confirmar parcialmente la sentencia definitiva por los fundamentos que se darán, sin especial condena en la instancia.

II) En virtud del principio de congruencia que se impone en toda decisión judicial (art.198 del C.G.P), el Tribunal de alzada por mandato legal (art. 257.1, 257.2, 257.3 del C.G.P), se ve limitado a revisar únicamente lo que fue expresión de agravios, sin perjuicio de las facultades que le confiere el legislador acorde lo preceptúa el art. 217 y art. 257.4 del C.G.P. Y concretamente en materia de nulidad la última norma citada, nos remite a las disposiciones contenidas en la Sección VII, Capítulo VI del libro I.

III) Corresponde al Tribunal de alzada -preceptivamente-, efectuar el examen de la procedencia y regularidad formal de los recursos, con antelación al estudio de los agravios, ya que el régimen de los medios impugnativos es de orden público. El Tribunal debe investigar de oficio si quien ha apelado reviste la calidad de parte, si el recurso se interpuso en debida forma y tiempo, y si la providencia impugnada es susceptible de recurso y controlar el efecto dado por el Tribunal inferior (Cfme. R.U.D.P. 3-4/98 c.2996).

En mérito a lo referido ut-supra se dirá que no existe impedimento formal alguno para que se analice el mérito del accionamiento movilizado por las partes, advirtiendo del examen del expediente que se cumplió cada una de las instancias procesales que conforman el debido proceso, y que la recurrencia ha sido impetrada acorde a derecho.

Ahora bien, no sólo se deben estudiar los aspectos formales como requisito de admisibilidad de la alzada, sino los agravios formulados, su contenido.

La expresión de agravios debe ser un examen crítico del pronunciamiento recaído, que examine los fundamentos de la decisión y analice concretamente el supuesto error in indicando, para concluir fundamentando la necesidad de que el fallo sea revisado. Ello es así puesto que el reexamen en la alzada no se justifica únicamente mediante la reiteración de pretensiones deducidas y mantenidas a lo largo del juicio, sino también por la referida impugnación crítica que ponga en entredicho la decisión de primer grado, atacando sus bases fácticas y jurídicas.

Los apelantes introdujeron agravios concretos (resumidos en el Resultando II y III) que se analizaron a la luz de los fundamentos del fallo y de la prueba de autos.

IV) Interpretada rectamente la demanda (fs81-94.) surge que DARCEL S.A conocida con el nombre de "LAS ACACIAS", es una empresa que gira en el ramo de la fabrica-

ción y comercialización de pastas secas. Afirmó que históricamente ha estado vinculada con distintas entidades estatales, entre ellas la demandada, participando en infinidad de procedimientos competitivos en los cuales ha resultado adjudicataria proveyendo de mercadería en el rubro fideos.

Señaló que hasta el año 2014 el Ministerio del Interior cumplía con las disposiciones legales para la adquisición de los productos en cuestión hasta que dejó de hacerlo en forma ilegítima adjudicando las compras en forma directa. Precisamente destacó su sorpresa cuando se enteró que la accionada había firmado un convenio con la Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y el Molino Santa Rosa. Refirió a dos compras, una por Resolución N°25414/2014 Compra Directa N°6/2014 por un monto de \$ 16.504.699,32 de fecha 5 de marzo de 2014 y otra por Resolución 1658/2015 Compra Directa N°10/2015 de fecha 20 de mayo de 2016 por un monto de \$ 22.466.720,72.

Afirmó que según el art.33 del TOCAF en que se fundan ambas resoluciones, las compras deben hacerse por licitación pública u otro procedimiento competitivo, pero nunca en forma directa.

Responsabiliza al Estado- Ministerio del Interior- (art.24 de la Constitución de la República) por haber incurrido en una conducta ilegítima, apartándose del dictamen del Tribunal de Cuentas, quien observó la contratación del Ministerio. En su consecuencia, considera que los contratos firmados son contrarios a derecho y generaron perjuicios a su representada.

Solicitó se condene al Estado al pago de daño emergente el que cuantificó en \$ 46.354 más reajustes e intereses y lucro cesante y/o pérdida de chance el que estimó en el 90% de las sumas que fueron compradas directamente por excepción (ilegítima) a la Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y a Grankal S.A por lo que reclama una condena de \$ 35.074.277, más reajustes e intereses. V) Por orden lógico se analizará en primer lugar los agravios esgrimidos por el Ministerio del Interior contra la sentencia interlocutoria N°66/2016 dictada en audiencia preliminar en cuanto desestimó la excepción previa de falta de agotamiento de la vía administrativa (fs.506-508 vto).

La Sala confirmará la impugnada por compartir los fundamentos del a quo en lo que dirá.

La Resolución N°25414/2014 de fecha 5 de marzo de 2014 (fs.16-17) autorizó y reiteró el gasto de la Compra Directa por Excepción N°6/2014. Es frente a esta resolución que el Estado entiende que el actor no agotó la vía administrativa porque interpuso el recurso en forma extemporánea. Para tal afirmación señaló que la adjudicación fue publicada en la página web de compras y contrataciones del Estado conforme a derecho. La publicación se efectuó el 20 de marzo de 2014, el recurso se presentó con fecha 30 de mayo de 2014 (fs.37-43), la demandada concluye que no fue interpuesto en tiempo útil. Fundó su derecho en el art.50 del TOCAF, en la ley 18.834, art.31. Señaló que la norma previó que la publicación en la página web abre un plazo para recurrir a quienes se consideren titulares de un interés directo, personal y legítimo, pero que no se encuentren comprendidos en la situación que regula el art.317 de la Constitución y por la cual se dispone la publicación en el Diario Oficial. No se comparte tal postura.

El art.50 del TOCAF vigente al momento histórico que interesa disponía que "Es obligatoria la publicación por parte de los organismos estatales en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales la información correspondiente a contrataciones de obras, bienes y servicios de todas las licitaciones y convocatorias a procedimientos competitivos que se realicen. La publicación de la convocatoria tendrá el alcance establecido en el art.4° de la ley N°15.869 de 22 de junio de 1987.....".

Dado el claro tenor de la norma las compras directas como es el caso que nos ocupa, no están comprendidas, pues el inciso refiere a lo opuesto a licitaciones y procedimientos competitivos. El art.50 del TOCAF refiere a la obligatoriedad de la publicación en la página web para dar mayor publicidad, transparencia a los procesos competitivos. Pero esta norma no puede alterar el régimen constitucional consagrado en el art.317 de nuestra Constitución. Los actos administrativos deben ser notificados personalmente en el caso que corresponda o publicados en el Diario Oficial acorde a lo dispuesto en el art.4 de la ley 15.869 y art.142 inciso segundo del D 500/991 como lo consignó en su resolución el quo. En su consecuencia, al no haber sido notificadas las resoluciones acorde a la normativa citada se podían recurrir en cualquier momento.

Se destaca que respecto de la Resolución N°1658/2015 de fecha 20 de mayo de 2015 referente a la Compra Directa N°10/2015, la demandada no formuló cuestión formal, ni agravios al apelar, pues la misma fue recurrida dentro de los 10 días corridos a la publicación en la página web (fs.44 recurso presentado 17 de junio). Postura que marca coherencia con su posición, no obstante lo dicho por la Sala, que entiende que en los dos casos por los motivos dados se agotó la vía administrativa.

En congruencia se rechaza también el intento del Estado de querer aplicar al caso la Teoría del Acto propio afirmando que la actora consintió las compras cuestionadas en autos al no recurrir.

VI) En cuanto a la responsabilidad estatal imputada al accionado, la Sala comparte en todos sus términos los fundamentos dados por el a quo. El Tribunal con anterior integración que la actual mantiene, se afilia a la postura doctrinaria y jurisprudencial de la tesis subjetiva y en el caso considera que existió "falla en el servicio" actuando el Ministerio del Interior de manera no ajustada a derecho en forma antijurídica, realizando compras directas cuando no le estaba permitido (art.24 de la Constitución, art.33 del TOCAF).

Respecto a la falta de jurisdicción y/o competencia alegada en forma tardía en el proceso, es de franco rechazo.

En el orden procesal debió -en su caso- al contestar la demanda oponer todas las excepciones y/o cuestiones formales que entendía pertinente tal como lo hizo respecto del agotamiento de la vía administrativa (art.132 y 133 del C.G.P).

Interpretada la contestación (fs.476-483vto) advertimos en la misma tres capítulos diferentes: 1-opone excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, 2- contesta la demanda en su aspecto sustancial, 3-controvierte la procedencia y monto de los daños y perjuicios solicitados. Nada dijo en su momento sobre lo que ahora introduce por vía

de apelación refiriendo a que el Poder Judicial no tiene competencia ni jurisdicción para analizar la legitimidad o ilegitimidad de los actos administrativos objeto de este proceso, afirmando que es competencia exclusiva del TCA.

No obstante la oportunidad procesal del planteo, se señala que el Poder Judicial puede y debe analizar la legalidad de los actos administrativos en materia de reparatoria patrimonial que es el proceso que nos ocupa. Claramente el objeto del proceso de los juicios que se promueven ante el Poder Judicial y ante el TCA son diferentes, lo que el Estado no puede desconocer. Aquí se pretende responsabilizar al Estado desde el punto de vista civil, no se está pidiendo que se anulen los actos administrativos ilegítimos, sino que se pide que se repare el perjuicio económico ocasionado por un actuar ilegítimo del Estado. Sobre el punto la Sala comparte lo dicho por el actor al evacuar el traslado de la apelación, a lo que nada más corresponde agregar (fs.586-588vto) debiendo tener presente el demandado los arts.24, 309 y 312 de nuestra Constitución.

VII) En la sentencia impugnada el magistrado efectuó un pormenorizado relato de los hechos, actuaciones administrativas (considerando I fs.564-564vto), a los cuales el Tribunal se remite por economía procesal, además de ser hechos alegados por ambas partes, no controvertidos. De igual forma el a quo refirió a la normativa aplicable al caso compartiéndose su interpretación.

Del estudio de la prueba de autos se evidencia claramente que el Ministerio del Interior cambió la forma de contratación. Antes del año 2014 se realizaban las compras de mercadería como las que nos ocupa (pasta secas, fideos) a través de procedimientos competitivos y pasó a ser realizado mediante compras directas, en perjuicio de empresas como la actora que gira en el ramo de pastas secas, y que con anterioridad había resultado adjudicataria. Las compras directas solo se pueden realizar en casos excepcionales previstos legalmente. En las dos compras objeto de este proceso se benefició a la Cooperativa de Trabajadores Américo Caorsi de acuerdo al Convenio celebrado el 14 de febrero de 2014 en forma conjunta con la Intendencia de Tacuarembó (fs.261-261vto). Luego operó una cesión de la Cooperativa a favor de GRANKAL S.A (fs.238-284). Consta en autos que el Tribunal de Cuentas observó el convenio referido según Resoluciones de fecha 29 de enero de 2014 (fs.254-256) y 18 de marzo de 2015 (fs.133-136). En forma clara, concreta el Tribunal de Cuentas le señaló al Ministerio del Interior que las contrataciones debían realizarse mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo de acuerdo al art.33 del TOCAF, pues no advertía que la compra de la mercadería que nos ocupa pudiera estar contemplada en alguna excepción, de las previstas en la norma citada.

No obstante la contundente observación, el Ministerio del Interior hace caso omiso y funda su decisión en que de esa forma -compra directa- se beneficia sus intereses comprando productos de calidad y a menor costo para alimentar a las personas privadas de libertad donde en la dieta diaria se brinda ese tipo de comida.

Asimismo señala que de esa forma -compra directa- contribuye con fomentar el fortalecimiento del plan de desarrollo impulsado por la Intendencia de Tacuarembó y la Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi (fs.7-8 del expediente acordonado 2014-4-10006579,

fs.479 y ss). La demandada funda su derecho en el art.33 del TOCAF, en la misma norma en que se fundó el Tribunal de Cuentas para observar la contratación de alimentos no perecederos (a diferencia de los alimentos frescos como pueden ser las frutas o verduras, que no es el caso de autos).

La Sala ha estudiado los fundamentos dados por la demandada para efectuar las compras directas y concluye que por más que el fin pueda ser loable, esto es tratar de colaborar para el desarrollo de planes de trabajo, cooperativas, etc, no puede desconocer el orden jurídico, apartarse del mismo. No probó la causa que justificaría un apartamiento al art.33 del TOCAF en la interpretación dada por el a quo y por el Tribunal de Cuentas, que se dijo la Sala comparte. No se comprende cuál es la razón de "buena administración", concepto que no se puede asimilar a "razones de conveniencia" en que se funda la demandada para actuar de la manera en que lo hizo.

Resulta de aplicación al caso la comprendida expresión popular que el fin no puede justificar los medios cuando para ello se deba apartar del ordenamiento jurídico que debe primar siempre para una pacífica convivencia en un Estado de Derecho.

La conducta del Ministerio de Interior tipificó la "falla del servicio" al utilizar el mecanismo de la compra directa para comprar mercadería -pasta seca-fideos- cuando lo debía hacer a través de procedimientos competitivos, allí está el hecho ilícito. Su actuar devino ilegítimo al amparo del art.33 del TOCAF.

VIII) En cuanto a la condena por "pérdida de chance" la Sala confirmará su procedencia por sus fundamentos y recibe el agravio del actor -en lo que se dirá- por considerar que la forma de reparación económica impuesta en primer grado no es justa acorde a los parámetros utilizados.

Como bien lo precisó el a quo la actora se encuentra inscrita en la Unidad Centralizada de Adquisiciones dependientes del MEF (fs.73) y ha participado en licitaciones acorde a los distintos llamados (prueba documental aportada con la demanda fs.53 y ss), no siempre ha resultado adjudicataria. No obstante, con la conducta antijurídica adoptada por la accionada, se le impidió tener una chance de poder vender sus productos al Estado. Como ha dicho la doctrina y jurisprudencia civilista nacional, la "pérdida de la chance" implica la pérdida de una probabilidad de lograr una ganancia futura aunque el perjuicio es presente en la medida en que se le está impidiendo en el caso competir para vender. No se le dio la posibilidad de poder participar en un proceso competitivo que era lo que correspondía. El resultado no se puede saber con exactitud, pues depende de muchos factores, no se puede saber si hubiese resultado adjudicataria a ciencia exacta, debía competir con terceros. Aquí se encuentra el mayor problema que es precisamente justipreciar el perjuicio económico.

En la demanda se estimó el lucro cesante y/o pérdida de chance en "...Se estima en el 90% de las sumas que fueron compradas directamente por excepción (ilegítima) a la Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y a Grankal S.A, por lo que se reclama el pago de la suma de \$ 35.074.277, más reajustes e intereses" (fs.92).

En la sentencia de primera instancia se condenó por pérdida de chance "...en un 30% de la ganancia líquida que obtuvieron los beneficiados por la compra directa Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y Grankal S.A más reajuste de acuerdo al D.L 14.500 e intereses legales a partir de la demanda hasta su efectivo pago, el que se determinará de acuerdo al procedimiento del art.378 del C.G.P..."

El Tribunal no comparte ninguna de las dos formas de estimar el daño.

Lo pedido por el actor no tiene fundamento. Fundó muy bien su derecho, no así la cuantificación del daño pretendido. No es congruente lo pedido en la demanda con los agravios que luego al apelar esgrime contra el fallo. Precisamente por entender que los parámetros de su perjuicio no pueden guardar relación con la Cooperativa de Trabajo, con un tercero. Refiere al apelar, que son empresas distintas, con estructuras distintas, etc. Y señala que el cálculo debe hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias y contingencias que hubiesen rodeado a esa posibilidad de acceso a poder competir, la que perdió en forma ilegítima y no en base a lo que otro (tercero) efectivamente ganó.

Entonces, la Sala comparte con el actor en que el daño que se debe resarcir es lo que DARCEL S.A pudo dejar de ganar y no lo que otros ganaron. Se debe calcular la ganancia líquida sobre su realidad económica, situación funcional, competitividad, rentabilidad, etc., todos elementos que no surgen de autos por lo que se diferirá el quantum a la vía incidental.

El a quo determinó el daño en base a un porcentaje de la ganancia líquida de la Cooperativa lo que no se comparte por lo antes dichos. Son dos empresas diferentes, con realidades muy diferentes, capacidad económica diferente, etc, y la lógica indica que el margen de ganancia de una no sea igual que el de la otra.

Además, la prueba del daño para el actor resultaría diabólica, pues tendría que probar cuál fue la ganancia líquida de una empresa que le es ajena, dependerá de su colaboración, de su contabilidad y el resultado puede ser incluso negativo, que no obtuvo ganancia por ejemplo. Conceptos evidenciados por el actor que se comparten.

La Sala no deja de apreciar que la prueba de la "pérdida de chance", no es fácil, pero no por ello se debe dejar de condenar. Así lo ha señalado la doctrina nacional citada por el Dr. Ordoqui en su obra Derecho de Daños Tomo I pag.392:

"...Peirano Facio (Responsabilidad extracontractual ob. cit., N°204 o.364) entendió que el daño no deja de ser cierto por el hecho de que su cuantificación sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación, o porque resulte más o menos dificultoso acreditarlo, que es lo que sucede, precisamente cuando el daño se concreta en la pérdida de una oportunidad más o menos probable de realizar una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad en estos casos proviene de que es preciso indagar el valor de dicha oportunidad, lo que naturalmente presenta varios inconvenientes.

En la pérdida de la chance la dificultad está en que se debe indagar el valor de la oportunidad perdida, lo que naturalmente implica serias dificultades. Frente a quienes

sostuvieron que este daño carecía de certeza, el autor sostiene que es un enfoque errado, pues la certeza del daño no puede depender de la causalidad. El nudo de la cuestión está en considerar si la chance en sí misma posee o no, independientemente del daño futuro, un valor. La respuesta afirmativa se impone pues, como señala el autor, no existe razón alguna para negar el carácter de daño indemnizable a la pérdida de la chance. Para conocer la importancia o entidad de la chance se estará a la prueba de indicios que permitan desentrañar el grado de probabilidad de la chance.

Gamarra (Tratado de derecho civil uruguayo, Montevideo t. XXIV pag.115) define la chance como la probabilidad de ganar algo o de evitar una pérdida. Dicha posibilidad existió en el pasado donde un comportamiento hubiera podido evitar o atenuar el daño causado por el resultado final que efectivamente aconteció posteriormente.

La pérdida de esta posibilidad podrá llegar a ser un daño siempre que existan ciertas pautas que hagan presumir con certeza que efectivamente se iba a obtener un beneficio y no se obtuvo (Cassinelli Muñoz, "Reparación por la pérdida de una probabilidad" en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. LXVIII, p.271).

La aceptación de la pérdida de la chance como daño resarcible contempla dificultades probatorias que en ocasiones debe afrontar el actor y además cumple una función preventiva de mayor alcance en un momento en que el derecho de daño persigue la misión no sólo de resarcir sino de prevenir perjuicios..."

En definitiva, se diferirá a la vía incidental el quantum de la pérdida de chance. En dicho proceso se deberá probar en forma fehaciente, contable, la ganancia líquida que hubiera obtenido la actora en aquel momento histórico (luego se aplicarán los reajustes e intereses que correspondan) de haber resultado adjudicataria en las compras que en forma directa se adjudicaron a la Cooperativa citada, en cada una de las oportunidades que constituyen el objeto de este reclamo. Sobre la eventual ganancia que se tenga por acreditada se deberá aportar elementos probatorios para la determinación del porcentaje de la "chance", de las probabilidades que tenía de ser efectivamente la adjudicataria.

Debe tener presente la actora que no puede en vía incidental pretender mayor beneficio económico que lo solicitado en el proceso ordinario, quedando tasada su pretensión económica en su máxima expresión a lo ya pedido.

El daño emergente fue rechazado en primera instancia y el actor no se agravió.

IX) La conducta de las partes no amerita sanción procesal en la instancia (art.688 del C.C, art.261del C.G.P)

Por los fundamentos dados, normas citadas, el Tribunal.

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA N°66/2016.

CONFIRMASE LA SENTENCIA DEFINITIVA -SALVO- EN CUANTO A LA DETERMINACION DEL QUANTUM POR "PERDIDA DE CHANCE" EL QUE SE DIFIERE

A LA VIA INCIDENTAL SOBRE LAS BASES ESTABLECIDAS EN EL CONSIDERAN-
DO VIII.

SIN ESPECIAL CONDENA EN LA INSTANCIA. HPF 5 BPC.

NOTIFIQUESE A DOMICILIO A LAS PARTES CUMPLIDO, DEVUELVA AL TRI-
BUNAL DE ORIGEN CON COPIA PARA EL SR. JUEZ A QUO.



INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y postgrados

NOTICIAS DE GRADO

Experto en criminología expuso en la UM

El Prof. Dr. h.c.mult Dr. Hans-Jörg Albrecht estuvo a cargo de una conferencia organizada por la UM y el Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP)



El Prof. Dr. h.c.mult Dr. Hans-Jörg Albrecht visitó Uruguay y habló sobre la situación de la criminología en la actualidad en una actividad organizada por la Universidad de Montevideo (UM) y el Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP), organización que forma parte de la Universidad de la República y está vinculada al Instituto Max Planck de Friburgo, y del que es director el profesor Albrecht.

Una estudiante y una graduada de la Licenciatura en Traducción de la UM estuvieron encargadas de la traducción del inglés al español de la conferencia, que tuvo lugar en la sede central de la UM el 20 de julio. Además, profesores y estudiantes de la Universidad de Buenos Aires (UBA) asistieron a la exposición a través de teleconferencia.

En una entrevista previa a su ponencia, el Dr. Albrecht afirmó que en Uruguay existe una menor cantidad de crímenes que en Alemania y varios países de Europa. Por otro lado, sí existe una mayor cantidad de asesinatos. Sin embargo, aunque la cantidad de crímenes totales es menor, en proporción, que la de varios países de Europa, los uruguayos están hoy más preocupados por los delitos, mientras que, en otros países con índices menores, hay menos preocupación. Sobre esto, explicó que la investigación muestra que, a nivel mundial, la cantidad de crímenes y la sensación de las personas en relación a los delitos, no tienen una correlación.

En relación a las modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal en 2017, entre las que destacan las características del juicio —acusatorio, adversarial, oral y público— y un mayor protagonismo del Ministerio Público, opinó que debería haber más discusión, considerando además la experiencia de otros países en relación a su en-

foque de la justicia penal. Explicó también que es difícil nombrar a un país cuyo sistema penal sea un modelo, porque existen distintos enfoques sobre el crimen y la justicia, relacionados con la historia, la cultura y otros factores. Asimismo, lo que es eficaz en la justicia de un país de Europa probablemente no lo sea en la de un país de América Latina.

Preuniversitarios de todo el país fueron abogados y escribanos por un día.

Alumnos del colegio The British School obtuvieron el primer premio del certamen organizado por la Facultad de Derecho de la UM



Más de 150 estudiantes de bachillerato de todo el país participaron de la competencia *Abogado y escribano por un día* que realizó la Facultad de Derecho (FDER) de la UM el sábado 9 de setiembre en la sede central de la Universidad.

La FDER organiza este evento hace 17 años, con el objetivo de brindar ayuda en materia de orientación vocacional y fomentar el trabajo en equipo, además de dar a conocer la propuesta educativa de la UM.

Durante el concurso, los preuniversitarios se enfrentaron a un caso ficticio, del mismo modo que lo haría un abogado y escribano en la vida real. Dependiendo del rol que se les asignó —actor o demandado— debieron aportar su visión del asunto y la solución jurídica que consideraron más adecuada.



En la 17ª edición del certamen se postularon 70 equipos de los cuales fueron seleccionados 20 para la etapa de las rondas orales. El primer puesto lo obtuvieron Clara Szeizer, Andrés Buero y María Dolores Alende del colegio The British School, quienes figuran en la foto junto con el Decano de la Facultad., Dr. Nicolás Etcheverry, la Dra. Raquel Landeira, Profesora de Técnicas de juicio por Audiencias y Litigación y el Dr. Esc. Guillermo Rosati, Coordinador Académico de Notariado. El segundo lugar fue para Sebastián Antúnez y Nicolás Sastre del Colegio Sagrada Familia de Montevideo.

Entre los mejores del mundo

Estudiantes de Derecho de la UM fueron premiados en múltiples competencias internacionales de arbitraje de inversión; obtuvieron primer puesto en San Pablo y segundo puesto en Estocolmo, compitiendo contra 110 universidades del mundo.



Los alumnos Thomas Biscomb, Javier Galperín, Lucía Vilaseca, Pia Ruggieri, Melanie Ollero, Francisco Algorta y Elina Arocena Basso, junto a sus tutores (coaches) Juan Pablo Trelles Figueira, Mateo Verdías Mezzera, María del Pilar Álvarez, Yael Ribco y la Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga, estuvieron presentes en tres competencias internacionales de arbitraje de inversión, logrando un nivel internacional altamente destacado en todas las instancias.

Durante el segundo fin de semana de noviembre, los alumnos de Derecho de la UM cosecharon los frutos de una preparación con los más altos estándares, y alcanzaron el segundo puesto entre 110 universidades de todo el mundo en la FDI International Arbitration Moot 2018 en Estocolmo, la competencia global más reconocida en arbitraje de inversiones. Cabe destacar que esta fue la primera participación de alumnos de la UM en FDI. El primer puesto lo obtuvo la Universidad Estatal Lomonosov Moscow (de Rusia).

“Fue una experiencia preciosa para todo el grupo. Tuvimos que cambiar argumentos, puntos de vista en una materia absolutamente nueva para los alumnos, que es todo lo relacionado con Derecho Internacional de la Inversión, materia en la que Uruguay tiene poca experiencia (aunque fue un tema fundamental, por ejemplo, en el caso Phillip

Morris contra Uruguay). Implicó conocer una competencia nueva, distinta de las que ya hemos participado, y la actitud de los chicos fue de absoluta flexibilidad, de ganas de aprender, a lo que se sumó el talento y la ganas de poner en alto el nombre de la UM. Esta competencia les abre muchas puertas, desarrollan habilidades fundamentales en el ejercicio de la abogacía y es el elemento distintivo que presenta la carrera de Derecho en la UM, comentó Mercedes Jiménez de Aréchaga, tutora principal del equipo, y destacó: “fue un verdadero privilegio ser la coach de un grupo tan talentoso y dedicado”.

El 12 de noviembre en la tarde, el embajador de Uruguay en Suecia, Santiago Wins Arnabal, recibió a los alumnos y sus coaches en la Embajada para felicitarlos por su distinguida participación en las jornadas de arbitraje en la capital del país.



A este hito en Estocolmo le precede la participación del mismo equipo en la Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión FDI (III Pre-Moot anual) en San Pablo, en el cual obtuvieron el primer lugar. En la tercera edición de este certamen, organizado por el Instituto Sociocultural Ibrachina y el estudio jurídico Tozzini Freire entre el 19 y el 21 de octubre, compitieron seis equipos de universidades uruguayas, argentinas y brasileras. El buen nivel también se valoró en la capacidad de presentación de los estudiantes Thomas Biscomb y Lucía Vilaseca, que fueron premiados como mejores oradores del concurso. El evento contó con la presencia de un prestigioso tribunal, integrado por Jan Paulsson, George Bermann y Fernando Serec. A esta instancia le siguió la participación del equipo UM en el Pre-Moot de San Petersburgo, que tuvo lugar el 2 y 3 de noviembre, en el que consiguió colocarse en el quinto puesto.

Visita de Jorge Escobedo a la Universidad de Montevideo

El director de Vance Center en Nueva York habló sobre experiencias de la cultura Pro Bono en latinoamérica e informó acerca de los avances de la UM, y firmas de abogados, para implementar el centro Pro Bono en Uruguay



A fines de octubre la Facultad de Derecho recibió la visita de Jorge Escobedo, director de *Vance Center* en Nueva York. Desde hace diez años que Escobedo, oriundo de México, trabaja en temas vinculados a los programas de Pro Bono en los EEUU. Además de desempeñarse en *Shearman & Stirling* durante cinco años, se graduó como Antropólogo en Harvard y desarrolló una Maestría en Derechos Humanos por la Universidad de Columbia.

Ahora dedica su tiempo por entero a la labor de desarrollo de los Programas Pro Bono en América Latina que viene promoviendo y desarrollando la Fundación *Vance Center* desde hace años en la región. Los países en los que más ha arraigado la cultura de la asistencia legal gratuita por parte de abogados o estudios jurídicos en América Latina son Colombia, Chile, Perú y Argentina.

Desde hace ya un tiempo, y con el apoyo de varios estudios jurídicos instalados en Montevideo, la UM ha sido designada por *Vance Center*, la Clearing House o Unidad de distribución y asignación de casos que requieren asistencia legal gratuita en Uruguay. Los mismos pueden provenir de personas individuales o de entidades sociales sin recursos suficientes para contratar asistencia jurídica paga. Las tres áreas más específicas en las que dicha asistencia se puede ofrecer son: a) Derechos Humanos b) Derecho Ambiental y c) Políticas Anti-corrupción y de Gobernanza.

Dentro de ese marco, y tomando como referencia las experiencias que ya han tenido los cuatro países latinoamericanos mencionados anteriormente, Jorge Escobedo visitó la UM para relatar algunas experiencias de la cultura Pro Bono en esos otros países y conversar con abogados vinculados a las firmas Ferrere, Guyer & Regules, Hughes & Hughes, De Posadas & Vecino y Jiménez de Aréchaga, Brause y Viana, así como con el decano y vice-decano de la Facultad de Derecho de la UM. En tal sentido, se informó también acerca de los avances de estas firmas y de la Universidad para implementar el Centro Legal Pro Bono Uruguay con el apoyo de todos los nombrados.

Durante el encuentro y el almuerzo posterior organizado, se vieron casos de poblaciones indígenas con problemas de dificultad para acceder a las asesorías legales de sus respectivos países, temas de contaminación ambiental que afectaron a poblaciones concretas, la situación de más de 13.000 menores de edad que se encuentran separados de sus países de origen, sus familias o de sus seres queridos por las políticas anti-migratorias de gobiernos como el estadounidense (tal como es el Proyecto Familias Unidas.)

También se analizaron posibilidades de proyección futura del asesoramiento legal gratuito para quienes realicen consultas en materia de emprendimientos incipientes de personas jóvenes hasta cierta edad, o en materia de inserción y mantenimiento laboral para personas con discapacidades específicas o con capacidades diversas.

El consultorio jurídico de la Facultad puede tener un amplio campo de nuevas áreas de asesoramiento cuando el Programa Pro Bono Legal Uruguay se concrete y se vaya afianzando.



Presentación del libro “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018” en la Facultad de Derecho

El Dr. Alfonso Santiago presentó su nueva obra y contó con la visita del Dr. Ricardo Pérez Manrique, juez designado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Este año se cumplen cuatro décadas de la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH). Con motivo de esta conmemoración, se presentó la obra “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018” que estudia la labor de este tribunal regional a lo largo de su historia. Esta publicación es una coautoría del Dr. Alfonso Santiago con la Dra. Lucía Bellocchio y la participación de otros cinco jóvenes investigadores colombianos y argentinos.

La presentación tomó lugar el lunes 12 de noviembre en la Facultad de Derecho de la UM (FDER) y contó con la participación del Dr. Ricardo Pérez Manrique, uno de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Dr. Alfonso Santiago. El Dr. Manrique, que ha sido designado juez de la Corte IDH, aportó en la presentación del libro su visión acerca de la Corte IDH.

“Es muy importante analizar el creciente impacto en el derecho de la jurisprudencia de la Corte IDH en todos los países de la región en materia de derechos humanos, ver cómo ha sido el desarrollo institucional de este tribunal regional y valorar sus aportes, sus fortalezas, debilidades, riesgos y amenazas”, destacó el Dr. Santiago durante la presentación.

Soluciones jurídicas para startups

El vicedecano de FDER Miguel Casanova expuso, junto a otros tres abogados, en el evento “Metodologías innovadoras para pactos entre socios de startups” organizado por Initium, Contratos Digitales e Ip Facilis.



En el trayecto de desarrollo de una *startup* existe la posibilidad de que las circunstancias o expectativas de cada uno de los socios cambien. Esto requiere estudiar de qué forma debe reflejarse la participación accionaria para que el resultado sea justo. Con el fin de profundizar en este tema y en el marco de la Semana Emprendedora Global, Initium, Contratos Digitales e Ip Facilis organizaron el encuentro “Metodologías innovadoras para pactos entre socios de *startups*”, que estuvo dirigido a emprendedores y tuvo lugar el martes 13 de noviembre en la Cámara de Industrias del Uruguay.

Los expositores del evento fueron el Dr. Miguel Casanova, vicedecano de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM; el Dr. Manuel Lecuona, socio de Ferrere y profesor de la UM; el Dr. Javier Berdaguer, socio de Guyer y Regules y la Dra. María Balsa Cadenas, CEO de Contratos Digitales e Ip Facilis. “Tratamos el tema de pactos entre socios o accionistas de *startups* (empresas que comienzan) para lograr la asignación dinámica de participaciones en función de los aportes de cada uno de los socios desde la fundación hasta el momento en que, por ejemplo, reciben una inversión semilla o una inversión más potente”, explicó Casanova.

Para esto, la Dra. Balsa indicó los mecanismos que se están desarrollando en otros países para lograr el objetivo de la asignación dinámica de participaciones sociales y el resto de los expositores fundamentó cómo podrían implementarse esas acciones de acuerdo al derecho uruguayo. El vicedecano de FDER habló sobre la prima de emisión como instrumento útil para reflejar esta dinámica. Sobre esto, subrayó la importancia de la aprobación de la Ley de Sociedades Anónimas Simplificadas, que está en proceso parlamentario y que permitirá la emisión de acciones con distinta prima.

El encuentro tuvo el apoyo de la Cámara de Industrias del Uruguay, Thales Lab, Ingenio, la Agencia Nacional de Desarrollo (ANDE), Guyer & Regules, Ferrere, Universidad ORT y el Centro IthaKa de la Universidad Católica del Uruguay.

Conferencia sobre negocios y delitos de cuello blanco

El Dr. Peter Lewisch visitó la UM e informó de los nuevos mecanismos procesales austríacos, algunos de los que se tomaron en cuenta en el nuevo Código del Proceso Penal uruguayo.



Desde hace varios años, Austria cuenta con un sistema procesal penal como el que Uruguay inauguró en su nuevo Código del Proceso Penal, hace ya más de un año. El pasado viernes 9 de noviembre, el Dr. Peter Lewisch -austríaco- brindó una conferencia titulada “Negocios y delitos de cuello blanco”, en la que compartió la experiencia del sistema procesal implementado en Austria. Lewisch es profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Viena y director del Centro de Negocios y Derecho Penal Económico en dicha universidad.

Los delitos de cuello blanco son los que se cometen normalmente en el ámbito de los negocios. Están comprendidos de estos delitos los de corrupción pública, estafas a los consumidores, el lavado de activos, entre otros. La mirada transatlántica del Dr. Lewisch fue de gran aporte para el público presente, principalmente en temas de delitos medioambientales e informáticos, nuevos en Uruguay.

Lewisch explicó que, en Austria, a pesar de las medidas preventivas, la sociedad no está satisfecha del todo. “Los datos oficiales sobre delitos en Austria muestran una disminución del delito. Sin embargo, estos datos son, en buena medida, el resultado del hecho de que muchas personas no informan incidencias (menores) porque no esperan ningún resultado. El sentimiento ‘subjetivo’ de seguridad de la población muestra una tendencia a la baja”. Además, comentó que hay un aumento de los delitos violentos y los delitos sexuales. En la actualidad, destacó, hay una enmienda en preparación para aumentar las penas por delitos sexuales violentos.

Respecto a la situación de Uruguay, dijo: “Este cambio ha conducido a considerables dificultades prácticas en la aplicación de la ley. Hubo un cambio de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio. En ese sentido, no sería una sorpresa que las tasas de criminalidad aumenten como resultado de estas dificultades procesales. Lo mejor sería encontrar una aplicación efectiva (procesal) pronto. Solo entonces, reconsideraría cambiar la ley sustantiva o aumentar las sanciones”.

A su vez, Lewisch remarcó la necesidad de que la población tenga un sentido del comportamiento decente y ético, ya que es difícil controlar la delincuencia únicamente con penas. Señaló que es fundamental fomentar el comportamiento ético en la sociedad en un sentido amplio y también fomentar las familias como las unidades centrales de la sociedad donde se aprende, practica e internaliza la confianza, la imparcialidad y el sentido del bien.

Ganadores del Premio Nacional de Economía

Egresada de Economía en la UM y estudiante de Derecho de nuestra universidad fueron galardonados por su trabajo enfocado en la regla fiscal.



Coincidiendo con la celebración de los 61 años de la fundación de la Academia Nacional de Economía (ACADECO), se realizó la entrega del Premio Academia Nacional de Economía en la Fundación Konrad Adenauer, que tomó lugar en Ciudad Vieja el 7 de noviembre. En dicha ceremonia la economista egresada de la Universidad de Montevideo Paz Zufriategui y el estudiante de Derecho Julián Barquín obtuvieron el Premio Nacional de Economía 2018 por el trabajo “Uruguay y la regla fiscal, un cambio de rumbo necesario”.

Su trabajo trata de un análisis del marco jurídico y económico para que el país pueda mejorar el desempeño de su déficit fiscal en un futuro. Los involucrados plantearon una redacción de proyecto de ley de responsabilidad fiscal que, entre otros aspectos, considera la creación de una comisión de asesoramiento fiscal para fijar variables que impactan en los ingresos y egresos públicos, determinar el resultado estructural para cada ejercicio según la regla fiscal, asesorar al Poder Ejecutivo y realizar proyecciones macroeconómicas para elaborar un presupuesto quinquenal y las leyes de rendición de cuentas.

El proyecto, según comentaron a El Observador en la nota del 16 de noviembre, se centra en un saneamiento y un cambio de la cultura fiscal. También refirieron a las medidas que ha adoptado el Poder Ejecutivo en cuanto al déficit fiscal, la ley 17.947 del endeudamiento público, y hablaron del sistema chileno como una experiencia positiva de la que se puede aprender porque se ajusta adecuadamente al ciclo económico.

NOTICIAS DE POSGRADO

Crisis de las democracias liberales

El 17 de octubre se llevó a cabo en el Centro de Posgrados de la Facultad de Derecho, una conferencia a cargo del Mg. Francisco Santibañes, que analizó la sensación térmica de los gobiernos liberales versus conservadurismo popular.



La conferencia “Crisis de las democracias liberales: la rebelión de los Estados” fue organizado por el Centro de Posgrados de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, el CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales) y el CESCOS (Center for the Study of Contemporary Open Societies). El evento se desarrolló el miércoles 17 de octubre en la sede de Carrasco de la UM y contó con la presencia del Dr. Sergio Abreu (CURI) como presentador del encuentro, mientras que la exposición estuvo a cargo del Mg. Francisco Santibañes y el Mg. Pedro Isern Munne (Director Ejecutivo de CESCOS) participó como moderador.

Santibañes disertó sobre el surgimiento y el ascenso del conservadurismo popular, un movimiento que tiene como principal bandera la denuncia de élites gobernantes, ya que considera que estas se han alejado de los valores y de los intereses de sus pueblos. Asimismo, explicó que sus líderes comparten una serie de características: son nacionalistas, valoran el rol de la religión, denuncian la corrupción de la clase política, defienden el modelo tradicional de familia y, si bien son profundamente capitalistas, no necesariamente apoyan la interpretación más amplia de la globalización (la libre circulación de bienes y capitales en el mundo). Esto último, los ha llevado a aplicar algunas posturas proteccionistas para mejorar los ingresos de los obreros. Además, agregó que “tienden a ser pragmáticos, no son intelectuales, y han sabido utilizar muy bien las redes sociales”.

“El conservadurismo popular busca una democracia más directa, una que deje de lado a las élites liberales y cosmopolitas que se interponen entre la sociedad y las políticas públicas”, señaló. Destacó que la democracia en sí no está siendo cuestionada, lo que sí se cuestiona es el liberalismo: “Más que dictaduras, lo que observamos en el mundo es un creciente rechazo a las instituciones liberales. En algunos países se cuestiona el poder

judicial independiente y en otros la autonomía de la prensa o el accionar de las organizaciones no gubernamentales”.

Por último, el experto expresó que los países en donde ya gobierna el conservadurismo popular representan prácticamente la mitad de la población mundial e incluyen a las dos grandes potencias, China y EEUU, una potencia regional, como Rusia, y otra emergente como es el caso de India. También gobiernan en países tan diferentes como Polonia, Israel y todo parece indicar que también lo hará en Brasil (si sale electo Bolsonaro). Sin embargo, dijo, en naciones como Alemania, Francia y Canadá siguen gobernando líderes que defienden y promueven los valores liberales, aunque ellos también se encuentran debilitados debido al crecimiento de los partidos conservadores populares en sus países.

Seminario sobre Derecho Ambiental

Del 24 de setiembre al 3 de octubre, se disertó sobre las últimas tendencias en la temática y se realizó un análisis de la situación actual desde lo jurídico

El seminario *Tendencias en Derecho Ambiental*, organizado por el Centro de Posgrados de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, se desarrolló en cuatro sesiones que buscaron conocer las tendencias del Derecho Ambiental a nivel nacional, regional e internacional. En el seminario disertaron el Dr. Alvaro Carrau, Dr. Pedro Montano, Dr. Andrés Supervielle y Dr. Mauricio Cousillas.

La primera sesión se refirió a la presentación y aspectos internacionales del Derecho Ambiental, la segunda fue sobre el control de la contaminación y residuos, la tercera se enfocará en la represión por incumplimientos ambientales y, la cuarta, en la institucionalidad y jurisprudencia.

El Dr. Marcelo Cousillas, profesor de la UM y director de la Asesoría Jurídica de la Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA), participó en distintas actividades internacionales, como el II Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental de la OEA y la evaluación del Programa de Montevideo sobre Derecho Ambiental de las Naciones Unidas.



En el seminario se analizaron los nuevos principios del Derecho Ambiental y las posiciones latinoamericanas sobre los derechos de la naturaleza. También, se trabajó en torno al reciente proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General sobre Delitos contra el Ambiente. El Dr. Cousillas integra la comisión interinstitucional que redactó la ley. En la siguiente entrevista, el experto explica las tendencias actuales en la materia.

¿Se ha visto un cambio de paradigma a partir de la concientización del cambio climático y los derechos humanos? ¿Qué consecuencias ha traído esto para el Derecho Ambiental?

Sin lugar a dudas, la respuesta es afirmativa. La conciencia ambiental de la población ha aumentado y cambiado de manera muy importante en los últimos años. A ello han contribuido temas como el cambio climático, porque se trata de una afectación cuyo origen claramente es humano, pero que incide de manera crucial tanto sobre las actividades sociales como sobre los ecosistemas naturales. Algo similar sucede con un enfoque jurídico que tenga en cuenta que todos tenemos derecho a gozar de un ambiente sano y adecuado como derecho humano fundamental.

Ambas cuestiones determinan día a día nuevas regulaciones, como el emblemático Acuerdo de París sobre cambio climático, o el reciente Acuerdo de Escazú, sobre el acceso a la información, la participación y a la justicia en asuntos ambientales en América Latina. También, un enfoque como el de los derechos humanos, no solamente jerarquiza la gestión ambiental, sino que, además, amplía las posibilidades de abordaje, tanto en el ámbito nacional como regional o internacional, ante la eventual intervención de tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Cuáles son las principales regulaciones existentes para la gestión de residuos?

En nuestro país, hasta fines del S XX, se mantenía un concepto indiscriminado respecto de los residuos, que no permitía advertir las distintas responsabilidades de los generadores y que no todos ellos eran de competencia de los gobiernos departamentales. El cambio se inició en 1999, con la primera regulación de un tipo específico de residuos, los hospitalarios o sanitarios, a la que siguieron otros reglamentos, relativos a baterías de plomo y ácido, neumáticos usados, residuos especiales agrícolas y residuos industriales y asimilados.

Pero, además, estas regulaciones permitieron introducir en nuestra legislación el criterio de la responsabilidad extendida del importador o fabricante de determinados productos por lo desechos que de ellos pudieran derivarse. Tal vez la reglamentación más conocida sea la de los envases y residuos de envases, aprobada por decreto de 2007, derivados de la Ley de Envases de 2004. Sin perjuicio de otras corrientes de residuos, que podrían requerir una reglamentación específica, parece surgir con facilidad que la más notoria es la ausencia de una regulación especial de los residuos más comunes, es decir, los residuos domiciliarios o urbanos.

Respecto a las infracciones ambientales, ¿existen sanciones no penales dentro del Derecho Ambiental?

El Derecho Ambiental es esencial y especialmente preventivo. Sin embargo, es necesario contar con un conjunto de sanciones de tipo administrativas por la infracción a las normas de protección del ambiente, como mecanismo para ayudar a la efectiva aplicación y cumplimiento de los preceptos en la materia. Desde la creación del Ministerio de Medio Ambiente (MVOTMA) y la Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA), la ley prevé la posibilidad de imponer multas a los infractores, tanto públicos como privados.

Sin embargo, fue la Ley General de Protección del Ambiente del año 2000 la que amplió el elenco de las sanciones ambientales, incluyendo otras, más benignas, como el apercibimiento para el caso de los infractores con antecedentes y por incumplimientos muy leves; pero también implicó sanciones más severas, como el decomiso, la suspensión de permisos o autorizaciones y la clausura de establecimientos. Incluso algunas sanciones pueden imponerse en forma acumulativa, como la sanción de difusión pública de la resolución que recaía sobre el infractor.

USA vs China

La gobernanza global y el multilateralismo desde una visión políticamente incorrecta ¿Cuáles son los nuevos paradigmas que genera este enfrentamiento comercial y qué rol debería tener Uruguay en este nuevo escenario?



Con esta interpelante pregunta inició su conferencia el Dr. Sergio Abreu, el 27 de septiembre en el Centro de Postgrados de Derecho, con una sala colmada de público variado que incluyó abogados, contadores, economistas, licenciados en relaciones internacionales, empresarios, funcionarios públicos y profesionales extranjeros, dentro del Ciclo de Conferencias 2018 del Máster y Posgrado en Comercio Internacional e Integración.

El Dr. Abreu puntualizó que esta guerra comercial no es solo de bienes y servicios. La infraestructura y la energía jugarán un rol fundamental en materia geopolítica. Más que la guerra en aranceles y medidas no arancelarias unilaterales, está el tema de la

gobernanza global -diferente de “gobierno global”-. Y esto se vincula con el rol de las instituciones como la OMC, es decir, el futuro del multilateralismo.

Asimismo, señaló que es necesario analizar el contenido del comercio global y de las cadenas de valor con los servicios incorporados. “La gran pregunta es si Trump va a insistir en un nacionalismo que no puede ser hoy una política de sustitución de importaciones. Actualmente dos terceras partes del comercio mundial es intrafirma y el 60% de los bienes exportados son semi terminados. Ahora la apertura comercial china convive con el partido único y la democracia americana con el proteccionismo dirigista”, destacó.

Finalmente planteó la necesidad de que los uruguayos nos cuestionemos qué rol jugaremos en el comercio internacional, lo cual fue motivo de un rico intercambio con los concurrentes. Por último, dijo que no hay otro camino que la apertura, la competitividad y menos Estado empresarial.



Las nuevas tecnologías y la regularización

Profesionales de la esfera internacional ofrecieron su expertise en Blockchain, criptomonedas y datos personales en el marco del ciclo de charlas formativas del centro de Maestrías y Posgrados de Derecho de la UM



El centro de Maestrías y Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo organizó una charla especializada en las nuevas tecnologías y las preocupaciones principales que deben atender los profesionales del comercio y el marco jurídico. El evento, que tuvo lugar en el Centro de Posgrados de Carrasco el 3 de setiembre a la noche, se tituló *Blockchain, criptomonedas y datos personales* y contó con la presencia de dos invitados internacionales expertos en asuntos legales relacionados con las nuevas tecnologías.

La sesión abrió con palabras de la Dra. Mercedes Aramendía, seguido por la introducción del Ingeniero Ignacio Varese, que presentó las principales definiciones y nociones del fenómeno del *Blockchain*, las nuevas criptomonedas, la evolución que tuvo –y tiene– el *bitcoin* y las principales razones para prestarle atención a esta nueva tendencia tecnológica y económica en términos de mercadeo globalizado.

Desde una ubicación remota (por conferencia electrónica), la Dra. Johanna Faliero, consultora, asesora y representante legal para Argentina, Latinoamérica y el Caribe en Derecho Informático y protección de datos (entre otras áreas), ofreció su *expertise* en seguridad de datos personales. Faliero enfatizó su discurso en la necesidad de generar un marco regulatorio ideal que establezca el balance de la transparencia informativa, la creciente innovación y la seguridad de datos personales. Habló sobre el futuro prometedor del Blockchain y sus nuevas aplicaciones que se extienden mucho más allá del comercio.

Por su parte, el Dr. Ian Gauci, socio de *GTG Advocates* en Malta, abordó la temática desde sus experiencias como asesor de empresas y del gobierno de Malta en cuestiones relacionadas a los *contratos inteligentes* (mejor conocido por su terminología en inglés como “*Smart Contracts*”), certificación de E-Trust, estrategia de comercio electrónico (ecommerce), entre otros ejemplos.

La jornada contó con una audiencia de los más variados sectores, interesados en tomar nota para comprender marcos jurídicos acordes a las necesidades sociales y comerciales que se moldean en torno a las nuevas tecnologías. El Dr. Pablo Genta, director de las Maestrías y Posgrados de Derecho en la UM, cerró el evento agradeciendo a los presentadores por sus exposiciones y enfoques.



Incentivos tributarios a la construcción de viviendas

Conferencia sobre estímulos fiscales para construcción de viviendas de interés social y emprendimientos de gran dimensión



El Cr. David Eibe realizó una exposición sobre los incentivos tributarios a la construcción de vivienda, en particular a los regímenes de interés social y de proyectos de grandes dimensiones económicas. La conferencia tuvo lugar en la sede de Posgrados de Carrasco de la UM el miércoles 10 de octubre, y fue organizada por la Unidad de Maestrías y Posgrados en Economía (UMPE) y el Centro de Posgrados de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM. Estuvo orientada a abogados, contadores, arquitectos, ingenieros y profesionales vinculados a esta temática, así como a constructores, promotores e inversores individuales e institucionales.

Eibe destacó que el régimen de beneficios de vivienda de interés social es el que más impacto ha tenido en los últimos cinco o seis años en términos de construcción de viviendas. “La inmensa mayoría de viviendas que se han construido en Montevideo se han hecho bajo este régimen, y se han hecho, en buena medida, por el régimen de incentivos tributarios que se otorgaron”, señaló. En el caso de los proyectos de grandes dimensiones económicas, dijo que han tenido mayor impacto en la zona de Maldonado, debido a los grandes emprendimientos que se han llevado a cabo.

Respecto a los estímulos fiscales orientados a la promoción de la construcción de viviendas que se han promulgado en estos últimos años, afirmó que, en construcciones de viviendas de interés social, se han otorgado beneficios a las empresas promotoras y a los inversores. Dentro de estos beneficios está la exoneración del IVA y una devolución del IVA incluido en las compras destinadas a instalar obra civil, exoneración de impuesto a las transmisiones patrimoniales a ambas partes, exoneración de impuesto al patrimonio, entre otras.

La Ley 18.795 (que regula la Vivienda de Interés Social) y el Decreto 329/016 (que refiere a los Proyectos de Construcción de Gran Dimensión Económica) han sido instrumentos clave para dicha promoción. Ambos regímenes han sido objeto de sucesivas modificaciones a lo largo del tiempo, por lo que resulta necesario analizar su estado actual, así como las perspectivas de adecuación de los mismos, en función de las actuales

condiciones del mercado. En el caso de la vivienda de interés social, en los últimos años, “han ocurrido cambios normativos que, por la vía de la incorporación de topes, han generado un cierto enlentecimiento en la industria que ha dado lugar a ciertas polémicas entre los actores empresariales y las autoridades que se analizaron en la conferencia”, puntualizó Eibe.



Entendiendo a la nueva China

Nicolás Santo, profesor de la FDER, experto en negocios con China, expuso sobre oportunidades que ofrece el gigante asiático.



El seminario dictado por el Dr. Nicolás Santo "*Entendiendo a la nueva China*" tuvo como objetivo presentar las nuevas oportunidades que ofrece la China de nuestros días y dotar a los presentes con herramientas para captarlas. El seminario tuvo lugar el 13 y 15 de agosto en el Centro de Posgrados de la Facultad de Derecho de la UM (FDER).

“La oportunidad china se erige sobre tres pilares: ascenso y consolidación de la clase media china, globalización de las empresas chinas y dicho país como potencia digital”, explicó Santo, quien acaba de publicar el libro *Un Tango con el Dragón: Un uruguayo*

en el gobierno chino y el ascenso de una potencia global desde adentro. “China es la mayor oportunidad de desarrollo que se le ha presentado al Uruguay y a América Latina en su historia”, concluyó.

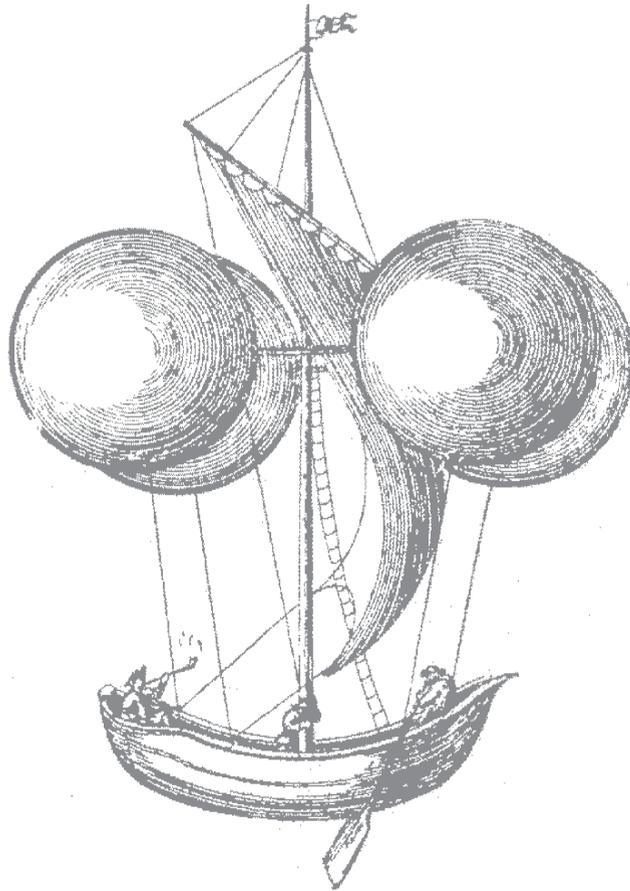
El seminario contó también con la participación de invitados virtuales, quienes, desde distintas ciudades del gigante asiático, discutieron con los participantes los principales desafíos prácticos que conlleva hacer negocios con China y brindaron su opinión sobre el posicionamiento de la marca América Latina en ese país.

El abogado Ignacio Tornero, representante del China Desk de la firma chilena Carey en Shanghái, destacó la importancia de los acuerdos de libre comercio para atraer nuevos flujos de inversión hacia nuestros países. “El TLC China-Chile marcó un antes y un después en las relaciones, no solo comerciales sino también de inversión, poniendo a Chile en el mapa”, explicó. “Nuestra firma ha asesorado a decenas de empresas chinas que establecieron *joint ventures* con empresas chilenas, las cuales gracias a estos acuerdos exportan más y mejor hacia China”, agregó.

Por su parte, Felicia Wang, representante de la Zona de Alta Tecnología del Gobierno de Chengdu, les dio a los participantes una visión china de América Latina. “Los millenials chinos todavía no conocen mucho acerca de América Latina, pero definitivamente tienen interés en consumir productos de la región”, dijo. “En los próximos años muchos más turistas chinos elegirán América Latina y la clase media probablemente se interese más en productos uruguayos como la carne y los vinos”, añadió.

El seminario finalizó con las palabras de agradecimiento del Dr. Pablo Genta, coordinador de Posgrados y Maestrías de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, quien entregó los certificados de participación y destacó la importancia que la UM le asigna a China.





TESINAS DE MASTERS

GATTI, Graciela

Proyecto de ley de cooperación penal internacional

PROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

GRACIELA GATTI*

1. INTRODUCCIÓN

Puede parecer un lugar común señalar que el mundo actual se ha globalizado y que las fronteras han dejado de ser límites difíciles de sortear. El mundo hoy se mueve a través de éstas de manera dinámica y eso ha acercado, sin duda alguna, a los distintos sistemas jurídicos de cada país.

Empresas multinacionales, inversiones fuera de fronteras, trabajo a distancia generan la confluencia de distintos órdenes jurídicos a la hora de regular distintas relaciones privadas, ya sean comerciales o civiles.

También en el ámbito de la familia estos fenómenos se encuentran presente. Y así, no es nada extraño la conformación de matrimonios o familias cuyos miembros pertenecen a distintos Estados, o que se desplazan de un país a otro generando distintas relaciones en cada uno de ellos.

Ante este panorama, los procesos judiciales también se ven impactados por esta nueva realidad. Cada día es mayor la cantidad de casos en que una sentencia dictada en un Estado debe ser ejecutada en otro porque allí es donde se encuentran los bienes. O que las partes del juicio estén localizadas en Estados distintos, o deba recabarse prueba en un Estado distinto a aquel donde el juicio se lleva a cabo.

A nivel penal, ello también ocurre. Muchas veces, delitos que en principio solo afectan a una sociedad nacional presentan alguna vinculación con hechos ocurridos en el exterior o personas localizadas fuera de fronteras, que determinan la necesidad de realizar actuaciones en otro país, distinto de aquel donde se sigue el proceso.

Por otro lado, existe un fenómeno que plantea aristas distintas, tal como es la delincuencia organizada transnacional. Ésta comprende fenómenos criminales que suponen, casi por definición, el traspaso de las fronteras nacionales. Este tipo de delincuencia pone en jaque a los Estados y les impone adoptar medidas para que las fronteras no se constituyan en una valla para la investigación y sanción de este tipo de delitos, y con ello que los mismos no resulten impunes.

Como lo indica el Dr. Tellechea Bergman: *“La imperiosa necesidad de atender desafíos de notoria actualidad derivados de delitos transnacionales gravemente lesivos de los derechos huma-*

* Graciela Gatti es Ministra del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to Turno. Publicamos su tesina correspondiente a la Maestría en Derecho (LLM), por la Universidad de Montevideo.

nos – terrorismo, narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas – con frecuencia en modalidades que abarcan más de uno de tales tipos, impone a los Estados abandonar comportamientos autistas y adoptar posiciones favorables a una decidida y amplia cooperación en materia penal...¹.

Todo ello supone desafíos de gran trascendencia para los Estados, a la hora de organizar una cooperación penal internacional eficiente pero a la vez garantista. Que sin dejar de lado las reglas del debido proceso, propias del Estado de Derecho, impidan que los delincuentes se valgan de la transnacionalidad de su accionar para lograr la impunidad.

Como lo indica Ana Villalta: *“La Cooperación Judicial Internacional se ha convertido en la era de la globalización, en uno de los mecanismos más eficaces y necesarios en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, razón por la cual la cooperación entre Estados ha ido evolucionando hacia la incorporación de nuevas estructuras y mecanismos con el objeto de facilitar la aplicación de los instrumentos internacionales existentes, esto ha llevado en la actualidad a la creación de redes de cooperación judicial internacional.”²*

Ante este panorama y desafíos, el 1º de noviembre de 2017 comenzó a regir el nuevo Código del Proceso Penal, aprobado por Ley 19.293 y modificativas, el que si bien reguló en el Libro IV Título I, el procedimiento de Extradición, poniendo por lo tanto el foco en la cuestión internacional referida al traslado de personas para ser juzgadas o para cumplir pena en el extranjero, guardó total silencio con relación a la cooperación judicial penal internacional, apartándose así de la opción seguida por el C.G.P. en 1989 al regular en el Título X *“Normas Procesales Internacionales”* la cooperación en materia no penal.

Y si bien es cierto que Uruguay es parte de numerosos tratados internacionales con relación a este tema y tiene alguna legislación puntual en materia de cooperación internacional para algunas modalidades delictivas en particular, no existe un cuerpo normativo general que brinde soluciones para aquellos casos en que no existen tratados vinculantes o queden fuera de las normas concretas dictadas, reitero, solo para algunas modalidades delictivas.

El nuevo Código, a mi juicio, ha incurrido en una omisión que debería ser subsanada. La importancia de esta materia es innegable y ameritaba su inclusión en el nuevo régimen procesal. Por ese motivo el objeto de este trabajo será elaborar la propuesta de un **Proyecto de Ley General sobre la Cooperación Penal Internacional**, para lo cual se recurrirá a un enfoque metodológico cualitativo, pues se basará en análisis documental.

1 TELLECHEA BERGMAN, E. *La asistencia jurídica mutua en materia penal en el derecho convencional y de fuente nacional de la República Oriental del Uruguay*, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán, Montevideo, F.C.U., 2005, pág. 963-964.

2 VILLALTA, A, *“La Cooperación Judicial Internacional”*, en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf

2- COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL – GENERALIDADES

2.1-CONCEPTO

Atendiendo al objeto de investigación planteado, el primer punto a delimitar consiste en establecer qué entendemos por cooperación penal internacional estableciendo así el objeto de la ley que habrá de proyectarse.

Por cooperación personal, entendemos un acto de asistencia, hacia un Estado donde se lleva a cabo un juicio o investigación penal, (Estado requirente) que se desarrolla en otro (Estado requerido) y que tiene un fin instrumental, es decir, tiene por fin permitir que ese juicio o investigación pueda cumplirse efectivamente aun cuando el acto cumplido se deba llevar a cabo fuera de las fronteras del Estado requirente.

Así, señala Tellechea Bergman en relación a este punto: *“Entendemos por cooperación o asistencia penal internacional toda aquella actividad desplegada en territorio de un Estado a solicitud o ruego de las autoridades competentes de otro y al servicio de un proceso penal incoado o a incoarse en el extranjero”*³.

Ana Villalta establece que: *“la Cooperación Judicial Internacional en materia penal, puede definirse como: “ un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa que involucra a dos o más Estados y que tiene por finalidad la persecución y la solución de un hecho delictivo ocurrido en territorio cuando menos, de uno de tales Estados”*.⁴

Opertti, examinando la cooperación judicial internacional en general, establece que es posible exponer una conceptualización orgánica del instituto de la cooperación de acuerdo a distintos fundamentos. Y de acuerdo a los actos que se llevan a cabo, limita la idea de auxilio a aquellos que se promueven entre los Estados cuando deben efectuar actos procesales fuera del territorio al que pertenece el proceso original y que se disponen a su vez con finalidad extraterritorial. Expresa: *“...se puede considerar junto a Goldschmidt que aquellas resoluciones efectivas extranjeras sin finalidad – aunque con eficacia extraterritorial- no integran el concepto estricto de cooperación pues el objetivo de las mismas no es el de surtir efectos en el extranjero, aunque eventualmente puedan llegar a producirlos. Al acto procesal que exhorta- dato objetivo- se adiciona la intención de parte de requirente de lograr por medio de él un resultado pensado y querido, objeto del pedido mismo.”*⁵, motivo por el cual excluye del campo de la cooperación la ejecución de sentencias en la medida en que no se trata de resoluciones dictadas con finalidad extraterritorial.

Miaja de la Muela enseña que aunque la represión penal es materia que el derecho internacional asigna a la competencia exclusiva de cada Estado, *“existe entre estos cierta*

3 TELLECHEA BERGMAN, E. *La asistencia jurídica mutua en materia penal en el derecho convencional y de fuente nacional de la República Oriental del Uruguay*, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán, Montevideo, F.C.U., 2005, pág. 970.-

4 VILLALTA, A, *“La Cooperación Judicial Internacional”*, en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_eliz_abeth_villalta_vizcarra.pdf

5 OPERTTI BADAN; D, *Exhortos y Embargo de bienes extranjeros – Medios de cooperación judicial Internacional*, Montevideo, Amalio Fernández, 1965, pág 34.

solidaridad en su lucha contra la delincuencia que se manifiesta en la asistencia penal internacional, de contenido muy diferente según la clase de criminalidad que se desee combatir” Agrega: *“ordinariamente esta asistencia falta para la represión de delitos políticos, cuya comisión es en los más de los casos indiferente para los Estados extranjeros; aparece en variadas formas frente a los delitos comunes y se intensifica en la lucha contra algunas modalidades típicamente internacionales de criminalidad”*⁶

Al analizar qué se entiende por cooperación Penal, Raúl Cervini señala que: *“Definida en términos generales como una de las variedades de entreaayuda Penal Internacional, la Cooperación Judicial Penal Internacional se concretiza cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción del territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le puedan prestar otros Estados, a través de su actividad jurisdiccional. El proceso, nos recuerda Sosa Aguirre, constituye un complejo de actos diversos que se suceden en un período más o menos extenso, considerados como una unidad en vistas al fin que los reúne (en el caso, la aplicación de la ley penal). Normalmente estos actos se desarrollan dentro del ámbito de competencia de la autoridad judicial en que tiene lugar el proceso, en tanto que otros deben cumplirse en lugares distintos, dentro o fuera del Estado donde se instruye el proceso. Precisamente, cuando bajo esas condiciones el órgano jurisdiccional de un Estado solicita auxilio de un órgano jurisdiccional de un Estado diferente, estamos en presencia de la Cooperación Judicial Penal Internacional. Por su parte para POLIMENI, un concepto introductorio y descriptivo de la Cooperación Judicial Penal Internacional como estatuto global de solidaridad interetática y garantías (formales y sustanciales) presupone reconocer, ante todo, la necesidad táctica y viabilidad jurídica de una interacción procesal-funcional entre estructuras jurisdiccionales de diferentes Estados. Consecuentemente con ello, para el citado Profesor de Florencia, la Cooperación Judicial Penal Internacional puede esquematizarse funcionalmente como un conjunto de actividades procesales (cuya proyección no se agota en las simples formas), regulares (normales), concretos y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales (competentes) en materia penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que confluyen (funcional y necesariamente) a nivel internacional, en la realización de un mismo fin, que no es sino el desarrollo (preparación y consecución) de un proceso (principal) de la misma naturaleza (penal), dentro de un estricto marco de garantías (acorde al diverso grado y proyección intrínseco del auxilio requerido).”*⁷

La cooperación guarda por otra parte una relación estrecha con el Derecho Procesal, lo que supone en definitiva considerar la relación entre el Derecho Procesal y el Derecho Internacional Privado, relación ésta sobre la cual la doctrina ha discutido si se trata de un vínculo de dependencia o desprendimiento ⁸cuyo examen en detalle excede el contenido del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, brevemente, cabe mencionar, siguiendo al autor antes citado que *“La línea fundamental de coincidencia entre los autores permite atribuir al tema de la cooperación judicial internacional una clara ubicación dentro del derecho procesal internacional, correspondiendo la precisión de sus límites a una tarea de apreciación conjunta de las normas de éste y del derecho internacional privado. Tal ubicación puede fundamentarse, esencialmente, en la calificación previa que permite establecer cuando estamos en presencia de un procedimiento o de un derecho material. ...”*⁹.

6 MIAJA DE LA MUELA, A. *“Derecho Internacional Privado”*, Tomo Segundo Parte Especial, Madrid, Ediciones Atlas, 1979, 8va Edición, pág 455.

7 CERVINI, R. *“La Cooperación Judicial Penal Internacional – Concepto y proyección”*,

8 OPERTTI BADAN, D. *“Exhortos y Embargo de Bienes Situados en el Extranjero”*, Montevideo, Edit. Amalio Fernández, págs. 18-30.

9 OPERTTI BADAN, D. *“Exhortos y Embargo de Bienes Situados en el Extranjero”*, Montevideo, Edit. Amalio Fernández, pág 26.

Ahora bien, cuando hablamos de cooperación penal internacional, necesariamente estamos hablando de una materia o ámbito compartido entre el derecho penal, el internacional privado y el derecho procesal.¹⁰

Finalmente, y en lo que hace al concepto y alcances del instituto que se examina, debe señalarse que si bien en un sentido amplio o genérico puede concebirse a la extradición como una forma más intensa de cooperación, en realidad no lo es, sino una categoría independiente de relacionamiento interetático¹¹ por su independencia técnico jurídica, axiológica e incluso sociológica. De todas formas, no corresponde detenerse en el punto, en la medida en que el nuevo Código del Proceso Penal ha regulado la extradición (arts. 329-350) y siendo así, carece de todo sentido – aún cuando se entendiera que la extradición integra la cooperación penal en sentido estricto- volver a regularla en el proyecto que se formulará.

También por motivos similares, esto es, la existencia de una regulación específica sobre el punto, no se habrá de considerar la cooperación con la Corte Penal Internacional, regulada en la Ley 18.026.

2.2- ORÍGENES

Como lo hace notar Opertti,¹² en materia de cooperación penal internacional, el territorialismo ha tenido una gran influencia, en tanto el derecho penal y el territorialismo han marchado de la mano, de ahí que en un principio la única institución que fuera aceptada fue la extradición, que no era otra cosa que la afirmación de ese territorialismo ya que permite juzgar a quien cometió un delito en el Estado donde tal hecho se produjo. Sin embargo, como el mismo autor indica, se han producido cambios acelerados. La Convención de Viena de Naciones Unidas contra el narcotráfico (ratificada por Ley 16.579) ha marcado un hito importante en esa aceleración, previendo un verdadero tratado de asistencia judicial.

Según Cervini¹³ *“La Cooperación Penal Internacional, “latu sensu”, no es descubrimiento reciente. Los primeros aportes clásicos al tema ya pueden encontrarse incidentalmente en Bartolo y, en forma más precisa, en la Escuela Holandesa, en la obra Grocio y sus seguidores Puffendorf y Wolff. Posteriormente, sobre fines del siglo pasado, los profundos cambios provocados por la creciente internacionalización de las sociedades se ven reflejados en una visión moderna de los problemas vinculados al auxilio interetático (interestatal) en materia penal. Estos temas van a constituir el centro de debates del 1er. Congreso Penitenciario celebrado en Londres en 1872 y posteriores (Roma, 1885, París, 1895), donde se llegó a propugnar la urgente necesidad de lograr una unión entre las policías de los diferentes Estados con el propósito de facilitar la detención de los*

10 OPERTTI BADAN, D. *“Exhortos y Embargo de Bienes Situados en el Extranjero”*, Montevideo, Edit. Amalio Fernández, pág.139-140.

11 Bermúdez, V. *“La extradición”*, en *“La Asistencia Judicial Internacional”*, Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur”, Montevideo, F.C.U., año1997, pág.193- 195.

12 OPERTTI BADAN, D. *“La Asistencia Judicial Internacional”*, Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur”, Montevideo, F.C.U., año1997, pág. 139-140.

13 CERVINI, R. *“La Cooperación Judicial Penal Internacional – Concepto y proyección”*, EN:

<http://derechointernacional.net/privado/doctrina-parte-especial/442-derecho-procesal/204-cervinicooperacion-judicial-penal.html>

criminales prófugos y una racional conexión entre los Jueces de Europa a efectos de enfrentar ese problema. Otro hecho saliente, se da en abril de 1916, cuando Alberto I de Mónaco, obedeciendo a motivaciones tan personales como pintorescas, convoca el primer Congreso de Policía Judicial, evento al que concurren policías y juristas de 14 países para discutir estrategias frente al delito internacional y sentar las bases de la futura Organización Internacional de Policía Criminal, (OIPC-Interpol), cuya fundación formal se concreta, pasadas las dos guerras mundiales, en la Conferencia de Bruselas en 1946...”

Al día de hoy, el proceso tendiente a facilitar la cooperación en materia penal ha avanzado notablemente, al punto que en lo que hace a nuestro país, contamos con Tratados ratificados, emanados del seno de las Naciones Unidas, cuyo alcance es mundial, convenciones a nivel americano, suscritas en el ámbito de la CIDIP, y Convenios elaborados en el marco del MERCOSUR y por lo tanto con el alcance derivado de tal circunstancia, al margen de numerosos tratados Internacionales bilaterales y normas de fuente nacional, todo lo cual será examinado con mayor amplitud más adelante. Este proceso, que no difiere del verificado en general en los demás países, demuestra como aquel territorialismo propio del derecho penal ha cedido espacio a la entrea ayuda internacional, con miras a la mejor eficacia en la prestación del servicio de justicia, todo lo cual, se considera no desmerece el objeto de este trabajo, puesto que si bien los avances son sin duda significativos, y el número de textos vigentes es relevante, no existe una normativa completa y para todo tipo de modalidad delictiva que regule la cooperación internacional a nivel penal, para los casos en que no existe tratado y que además lo haga de una manera general para cualquier actividad delictiva no solo la vinculada al lavado de activos o los ilícitos precedentes.

2.3- FUNDAMENTO DE LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

Como se indicaba anteriormente, cada vez son más las normas que han surgido a nivel internacional y algunas de fuente nacional, regulando la cooperación penal. Organismos Internacionales también delinean políticas en este sentido, tal como lo hacen por ejemplo, las Recomendaciones de GAFI. Ahora bien la pregunta se impone: ¿es obligatorio para los Estados plegarse a esta forma de actuar? Es decir, ¿están obligados a prestar cooperación? ¿O se trata de un acto gracioso o de mera cortesía, ligado a la reciprocidad, o un acto cumplido por simple razón de utilidad pero que puede dejar de serlo en cualquier momento?

Estas interrogantes nos conectan con el fundamento de la Cooperación. Esto es, considerar si se trata de un acto gracioso del Estado requerido, que cumplirá a su voluntad, o por simple cortesía internacional, si deberá estar sujeto a la reciprocidad del requirente o si aquel actúa en verdadero cumplimiento de una obligación internacional.

Al respecto, y siguiendo a Cervini,¹⁴ podemos indicar que dentro de las varias teorías que han abordado esta cuestión del fundamento, vale destacar aquellas que se fundan

14 CERVINI, R. “La Cooperación Judicial Penal Internacional – Concepto y proyección”, EN:

<http://derechointernacional.net/privado/doctrina-parte-especial/442-derecho-procesal/204-cervinicooperacion-judicial-penal.html>

en las teorías de la utilidad para los Estados, reciprocidad, realización de la justicia y, fundamentalmente la teoría de la cortesía internacional (Comitas Gentium), las que representan una etapa superada en la evolución del D.I.P. y también en lo que hace a la Cooperación Internacional y llevan a que ésta no resulte preceptiva para el receptor, esto es, éste tendrá discrecionalidad para decidir si cumple o no el requerimiento formulado por el Estado extranjero.

Más modernamente se han ensayado nuevas formulaciones que consideran aspectos tales como la utilidad política, interés en la justicia sustancial, imperio de los hechos, coincidiendo todas en definitiva en el respeto al proceso, como concentración de actos estricta y formal, creada por la sociedad para dirimir las controversias que se dan en su seno, cualquiera sea su naturaleza, aún y en vista al fin de justicia que por su intermedio pretende consagrarse.

Otros autores consideran en la base de la Cooperación Judicial Penal Internacional se encuentran los supuestos fácticos de la propia existencia del Derecho Internacional.

Por su parte, Tellechea ha señalado que en la actualidad y salvo excepciones de interpretación estricta, la asistencia penal internacional es un deber del Estado rogado. *“En demostración que la prestación de la cooperación ha dejado de ser una decisión discrecional del Estado requerido, fundada ya en la conveniencia, ya en la cortesía internacional o en la reciprocidad, para constituir en cambio una obligación, los actuales tratados imponen al país rogado el deber de informar las razones en que se funda la denegatoria”*¹⁵.

Siendo así, y en la medida en que el Estado rogado debe explicitar y fundar las razones del rechazo del pedido de colaboración coincidimos en sostener que efectivamente dicho Estado se encuentra frente a una obligación internacional, cuyo incumplimiento legítimo debe justificar, tal como lo determinan por ejemplo el art. 9.3 del Estatuto de Roma, la Convención Interamericana de Nassau, art.26 literal d in fine; artículo 11.3 del Protocolo de San Luis en el marco del Mercosur, entre otros.

En igual sentido y en trabajo anterior a las normas antes citadas, Gabriel Adriazola señalaba: *“... partiendo de la base de que la cooperación judicial penal es de principio y no atípica o excepcional, permite establecerla en todo aquello no prohibido a texto expreso por las legislaciones nacionales. Y ello no sólo en lo atinente a la aplicación de institutos de fondo, sino también extendida a sus aspectos formales, esto es, a la atenuación de sus rigorismos. Así, y por ejemplo en aplicación de uno de los más modernos principios de cooperación, flexibilización, edictado ya en la Convención del Consejo de Europa de lavado de dinero, detección y confiscación de activos, bien podría admitirse, en casos de urgencia, la transmisión de comisiones rogatorias por telefascículos o medios análogos. De igual manera, no parece ilegítima la prosecución de investigaciones conjuntas y coordinadas por parte de jueces o fiscales de diversas naciones, en clara analogía con el art. 9 de la Convención de Viena de 1988. El aumento del tráfico transfronterizo en una zona integrada sin duda brindará mayores facilidades a la comisión del delito transnacional aunque más*

15 TELLECHEA BERGMAN, E. *La asistencia jurídica mutua en materia penal en el derecho convencional y de fuente nacional de la República Oriental del Uruguay*, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán, Montevideo, F.C.U., 2005, pág. 963-964.

*no fuera por la mera flexibilización de los controles, lo que requiere de acuerdos amplios en materia de cooperación penal y una firme predisposición de las magistraturas del área a desarrollarla...*¹⁶

También debe considerarse si el Tribunal requerido, al actuar cumpliendo la medida que le fue solicitada, lo hará ejerciendo una Jurisdicción propia, más allá de que el acto procesal de referencia no esté destinado a producir efectos en un juicio local, o si lo hace por delegación de jurisdicción.

Sobre el punto, más allá de los matices, estimo compartible lo manifestado por Cervini en cuanto a que *“existe acuerdo en que la Cooperación Judicial Penal Internacional alude necesariamente a la asistencia que han de prestarse los órganos judiciales de Estados diversos, para que cada uno pueda cumplir adecuadamente sus cometidos en el proceso -principal- en que actúa”*. Y que: *“El órgano judicial cooperante o asistente, nos dice GELSI BIDART actúa por delegación del que solicita la cooperación y en asistencia del mismo. El proceso principal no puede desarrollarse fuera del ámbito espacial del Tribunal que lo preside, en actividades necesarias para su complementación y desarrollo, si otro Tribunal competente territorialmente no asume la dirección judicial, indispensable para que exista el proceso, si bien limitada a determinadas actividades que el primer Tribunal dispone. Existe, según este autor, una mutua dependencia entre ambos Tribunales: el 1ro. no puede llevar a cabo directamente ciertas actividades porque han de realizarse fuera de su competencia territorial, o sea que depende, para que éstas se efectúen, del 2do. Tribunal, que es el territorialmente competente en dicho lugar. A su vez, el 2do. Tribunal depende de que exista un proceso que preside el 1ero. en el cual se dispusieron determinadas actividades para la realización de las cuales él ha recibido delegación para actuar.”*¹⁷

En efecto, y como concluye el autor citado, la situación no es muy diferente de la que se plantea dentro de cada Estado, entre órganos judiciales con competencia territorial diferente, por lo que este planteo tiene cierta relación con el que formula Polimeni, definiendo la dependencia entre requirente y requerido como una interacción procesal funcional internacional. *“Contrariamente a lo que han entendido algunos autores, la posición del citado autor italiano no implica de modo alguno que el Juez requerido en asistencia se constituya en un “autómata”, en un mero ejecutor material de medidas de cualquier tipo que se le soliciten. La expresión “delegación” sólo atiende en su perspectiva al origen funcional del auxilio, y no es sinónimo de mandato o mandatario. Eso es lo que él llama “interacción procesal funcional”. En nuestro criterio, el Juez, llamado a prestar cooperación penal internacional sólo podrá dar trámite e implementar aquellas medidas que no se encuentren prohibidas por sus leyes internas. Este principio está recogido en Convenios bilaterales firmados por la República e incluso en nuestro Derecho Internacional Privado de fuente nacional. En ese ámbito, entran a jugar también los principios fundamentales del dogma penal y es tarea de los penalistas “cuidar de su observancia”...*¹⁸

16 ADRIAZOLA, G, “Cooperación penal internacional y delito transnacional”, L.J.U., CITA ONLINE UY/DOC/925/2009.

17 CERVINI, R. “La Cooperación Judicial Penal Internacional – Concepto y proyección”, EN: <http://derechointernacional.net/privado/doctrina-parte-especial/442-derecho-procesal/204-cervinicooperacion-judicial-penal.html>

18 CERVINI, R, ob. cit. ut supra

2.4- GRADOS DE COOPERACIÓN

La cooperación penal internacional, según se analizará más adelante, abarca numerosos actos procesales que van, desde simple notificaciones, a medidas susceptibles de ocasionar perjuicios o limitaciones a derechos de las personas concernidas, tales como embargos o decomisos. Siendo así, y como ocurre en materia de cooperación no penal, podemos identificar distintos grados en la asistencia requerida, lo que a su vez determinará mayores exigencias por parte del Estado requerido cuanto más gravosa sea la medida.

En general podemos afirmar que no existen mayores discordancias en identificar como niveles o grados de cooperación los siguientes: 1- Un primer nivel relativo a auxilio de mero trámite tal como puede ser el cumplimiento de notificaciones, intimaciones, emplazamientos o citaciones. Se trata de casos donde se verifican actos que afectan en modo mínimo al Estado requerido a los destinatarios de las medidas y donde no se requiere el uso de coerción. 2- En un segundo nivel podemos ubicar el diligenciamiento de prueba, donde la complejidad es sin duda mayor, así como la incidencia en el proceso que se sigue en el estado requirente. Y dentro de este nivel, debe diferenciarse a aquellas diligencias probatorias que puedan ser susceptibles de ocasionar perjuicios o afectar derechos de las personas destinatarias de las mismas, tales como los allanamientos o registros. En estos casos, además de exigirse el cumplimiento de los requerimientos formales, de regla habrá de exigirse que se cumpla el requisito de la doble incriminación. 3- En tercer lugar ubicamos al auxilio cautelar, el que puede estar referido tanto a instrumentos como productos del delito, incluyendo la incautación y entrega de bienes decomisados o entrega de documentos en los que por la afectación de derechos que suponen e injerencia en la espera del tribunal requerido habrá de exigirse también el requisito de la doble incriminación.¹⁹

3- ACTIVIDADES DE ASISTENCIA QUE NO SUPONEN COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

Tal como se indicará en el Numeral 1 de este trabajo, el mismo tiene por objeto proponer un proyecto de Ley que regule la Cooperación Judicial Internacional, a ser aplicado en aquellos casos en que no exista Tratado o regulación especial. Este proyecto de Ley podría ser considerado como un nuevo Título del nuevo Código del Proceso Penal o mantenerse como Ley independiente, sin embargo, se habrá de optar por la primera de las posibilidades.

El objetivo propuesto pretende subsanar lo que se considera una omisión del Legislador y en razón de ello no se incluirá en el proyecto el instituto de la Extradición. Como ya se indicará, no solo por cuanto es opinable que integre la Cooperación Penal Internacional *strictu sensu* sino porque, además, ha sido regulado por el nuevo Código del Proceso Penal (en adelante: NCPP).

19 TELLECHEA BERGMAN, E, "Desarrollos actuales de la cooperación penal internacional en el ámbito regional y uruguayo en particular", Revista de Derecho y Tribunales, N° 15 año 2011, Montevideo, Editorial Amalio Fernández, pág114-115.

Además de este deslinde, debe efectuarse otro no menos importante y que tiene que ver con actuaciones desarrolladas por los Estados con miras a la prestación de ayuda para la mayor eficacia de la prestación del servicio de justicia en casos en que algunas actuaciones debe realizarse fuera del proceso, pero que en realidad, no se encuadran en el Concepto de Cooperación Penal Internacional, y por lo tanto tampoco serán considerados en el Proyecto de Ley a proponer.

No se trata de actuaciones que puedan ser incluidas sin más en el proceso desarrollado en el Estado requirente y muchas veces ni siquiera apuntan a esa finalidad, sino solamente a colaborar con las Autoridades Judiciales o del Ministerio Público para que puedan cumplir su labor.

El hecho de que no produzcan actuaciones a ser incorporadas en el juicio o investigación desarrollada en el Estado requirente no significa que no sean importantes o no cumplan una labor instrumental relevante, motivo por cual habrán de reseñarse algunos de estos mecanismos.

3.1- IBER RED

Dentro de los mecanismos de ayuda recíproca existentes en la actualidad, corresponde mencionar la IBER RED.

¿Qué es la Iber Red? Pues conforme se define por la propia organización²⁰ *“La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, IberRed, es una estructura formada por Autoridades Centrales y por puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales de los 22 países que componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones, así como por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Está orientada a la optimización de los instrumentos de asistencia judicial civil y penal, y al reforzamiento de los lazos de cooperación entre nuestros países. Constituye así un paso fundamental en la conformación de un Espacio Judicial Iberoamericano, entendido como un escenario específico donde la actividad de cooperación jurídica sea objeto de mecanismos reforzados, dinámicas e instrumentos de simplificación y agilización en la consecución de una tutela judicial efectiva.”*

La IberRed funciona a través de puntos de contacto localizados en el Poder Judicial, concretamente en el caso de Uruguay en la Suprema Corte de Justicia, en la Fiscalía General de la Nación y en la Autoridad Central de Cooperación Internacional, que tiene por fin “cooperar con la cooperación”. Esto es, cumple una función instrumental en relación a las Autoridades que intervienen en materia de cooperación judicial internacional, ya sea penal o civil. Ayuda, facilita y dinamiza la cooperación mediante la comunicación directa entre los distintos puntos de contacto, a requerimiento de las autoridades competentes.

Brinda auxilio entonces a dichas autoridades para que éstas puedan llevar a cabo de manera más eficiente aquellos actos de cooperación que requieran o les sean requeridos, sin sustituir a aquellas ni constituir una vía de transmisión válida para el proceso de

20 <https://www.iberred.org>

cooperación.

Para cumplir sus objetivos, la IberRed actúa con sujeción al principio de complementariedad y, por lo tanto, bajo el pleno respeto a la competencia que, en materia de cooperación judicial internacional, ostentan los poderes ejecutivos y autoridades centrales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Los puntos de contacto llevan a cabo dos tipos de funciones: operativas y no operativas. Las funciones operativas consisten en procesos tales como intermediación activa, reforzamiento, simplificación y facilitación de los mecanismos tradicionales de cooperación judicial internacional. También se ocupa de agilizar las solicitudes de cooperación judicial cursadas; lograr la aplicación efectiva y práctica de los convenios de cooperación judicial vigentes en los Estados iberoamericanos; y coordinar el examen de las solicitudes de cooperación judicial; e incluso en algunos casos hasta ejecutar funciones operativas. Entre las funciones no operativas podemos destacar proporcionar y actualizar la información necesaria para que la cooperación judicial se cumpla fluidamente y organizar y desarrollar las reuniones plenarios de los puntos de contacto.²¹

3.2- INTERPOL

Tal como se define en su página WEB ²² *Con 192 países miembros, INTERPOL es la mayor organización policial internacional del mundo*” Su función consiste en permitir que las policías de todo el planeta colaboren para cumplir una tarea más eficaz, brindando actividades de capacitación y de apoyo en todas aquellas cuestiones que vinculan a distintos servicios policiales de todo el mundo. Tienen así participación en el cumplimiento de las órdenes de detención y capturas internacionales (“Código Rojo”) y en los procesos de extradición, actuando como auxiliares de las Fiscalías y Tribunales, según los procesos y etapas en que se requiera su colaboración.

Cuenta con una Secretaría General con sede en Lyon (Francia) y que funciona 24 horas al día y los 365 días al año. Tiene además siete oficinas regionales y oficinas en Nueva York y Bruselas para sus representantes permanentes ante las Naciones Unidas y la Unión Europea, respectivamente. Cada país miembro se encarga de mantener una Oficina Central Nacional, dotada de funcionarios altamente cualificados de sus propios servicios encargados de la aplicación de la ley²³.

Se trata de un servicio policial, y por lo tanto administrativo, que cumple funciones de auxiliar de la Justicia en sentido amplio, ya sea ayudando en la labor de las Fiscalías o los Tribunales con una función claramente instrumental que no constituye un mecanismo de cooperación en el sentido en que se propondrá regular en el presente trabajo, aunque puede sin duda ayudar a que ésta se concrete de forma rápida y eficaz.

La cooperación policial sin embargo no puede ni debe sustituir de modo alguno a la judicial. Como alerta Adriaola: *“Hasta el momento, la experiencia latinoamericana ha de-*

21 GARCÍA MORENO, JM, *“La cooperación judicial penal en el ámbito iberoamericano”* <https://elderecho.com/garcia-moreno>.

22 <https://www.interpol.int/es/Acerca-de-INTERPOL/Visión-de-conjunto>

23 <https://www.interpol.int/es/Acerca-de-INTERPOL/Visión-de-conjunto>

mostrado, en materia de control del delito organizado, la absoluta preeminencia de las técnicas de cooperación policial y administrativas, e incluso militares, pasando a segundo plano la judicialización del problema. Un ejemplo de ello lo es, también en Colombia, la táctica de "tierra arrasada" por la cual se pretende abordar el tema de los cultivos de la hoja de coca, o el envío de agentes especiales e incluso militares a naciones como Bolivia. Un análisis de los más recientes instrumentos internacionales en materia de narcotráfico puede echar luz sobre esta consideración del problema por parte de los mismos.... En esta materia, los instrumentos internacionales presentan una mayor flexibilidad cuando se trata de cooperación administrativa que cuando se trata de cooperación judicial. Así; por ejemplo, como los resquemores contra los proyectos que estatuyen la impunidad judicial para con los delatores que colaboran con la justicia favorece en última instancia la impunidad de hecho con que la policía premia a sus informantes, las restricciones y formalismos en la cooperación judicial interestatal favorece la transnacionalización de las policías, lo que no es grave de por sí sino en tanto que se carece de su necesario control jurisdiccional y se favorece la mera investigación administrativa. Ello en los países productores de estupefacientes, ha derivado lisa y llanamente en el control militar del conflicto penal.

No obstante, ambos grados de cooperación no deben plantearse como contrapuestos, a menos que ello signifique una disminución del papel jurisdiccional en el contralor del delito internacional. Pero sin ocultar que el sistema judicial conforma una sub-agencia de la alternativa tradicional de control social, su revalorización en la dirección de las investigaciones de delitos transnacionales conformará sin duda un acotamiento de un fenómeno que no por necesario deja de ser peligroso, cual es la transnacionalización de las agencias administrativas."²⁴

3.3- ASISTENCIA ADMINISTRATIVA EN MATERIA FISCAL

Por ley número Ley N° 19.428, de 29 de agosto de 2016, Uruguay ratificó la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, abierta a la firma en Estrasburgo, Francia, el 25 de enero de 1988 enmendada por el Protocolo de 2010.

Dicha Convención tiene por objeto, según lo indica el artículo 1°, la prestación de asistencia administrativa mutua en asuntos fiscales. Dicha asistencia puede incluir, de considerarlo apropiado, medidas adoptadas por órganos judiciales. Dicha asistencia administrativa incluye a.) intercambio de información, incluyendo auditorías fiscales simultaneas y participación en auditorías en el extranjero; b.) asistencia en el cobro, incluyendo el establecimiento de medidas cautelares; y c.) la notificación o traslado de documentos.

La asistencia se presta entre autoridades administrativas y por lo tanto la misma queda al margen de la Cooperación Judicial Internacional.

3.4- GRUPO EGMONT DE UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA

La Unidad de Información y Análisis Financiero, que forma parte del Banco Central del Uruguay, integra el Grupo EGMONT.

Este es un organismo integrado por 155 Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)

24 ADRIAZOLA, G, "Cooperación penal internacional y delito transnacional", L.J.U., CITA ONLINE UY/DOC/925/2009.

que proporciona una plataforma para el intercambio seguro de experiencia e inteligencia financiera para combatir el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo (LA/FT). El Grupo Egmont parte de la premisa de que el intercambio de inteligencia financiera es de suma importancia y constituye una piedra angular de los esfuerzos internacionales para contrarrestar el LA / FT. Las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) de todo el mundo están obligadas por normas internacionales a intercambiar información y participar en la cooperación internacional entre sí. También actúa como un foro internacional de inteligencia financiera.

En consonancia con estos parámetros la UIAF de Uruguay intercambia información con sus pares en relación a su competencia, a efectos de poder llevar a cabo de mejor forma su labor vinculada a la lucha contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, pero este intercambio no constituye actividad de cooperación internacional en el sentido que hemos señalado en este trabajo y su resultado queda acotado al ámbito de la propia UIAF. Ello es así en tanto, conforme al art. 27 de la Ley 19574, promulgada el 20/12/2017, los antecedentes que se obtengan a partir de este intercambio de información con Unidades de Inteligencia Financiera del exterior solo podrán incorporarse a un proceso judicial en el Estado requirente en la medida en que se obtenga la previa autorización del tribunal penal competente de nuestro país, la que se otorgará de acuerdo con las normas de cooperación jurídica internacional²⁵.

4. LA COOPERACION JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO URUGUAYO

A la fecha Uruguay forma parte de Tratados Internacionales suscritos en el ámbito de las Naciones Unidas y que por lo tanto tienen alcance mundial, así como ha ratificado la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscrita en el ámbito de la CIDIP, que por lo tanto nos vincula con los países miembros de la OEA, ratificada por Ley Número 18.810 de 23 de Septiembre de 2011.

En el ámbito del Mercosur, Uruguay ratificó por Ley Número 17.145 de 9 de agosto de 1999, el Protocolo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales que fuera

25 Art. 27: (Intercambio de información con autoridades homólogas de otros Estados).- Sobre la base del principio de reciprocidad, la Unidad de Información y Análisis Financiero podrá intercambiar información relevante para la investigación de los delitos de lavado de activos, las actividades delictivas incluidas en el artículo 34 de la presente ley y el terrorismo, financiamiento del terrorismo y delitos conexos, con las autoridades de otros Estados que, ejerciendo competencias homólogas, lo soliciten fundadamente. Con esa finalidad, podrá además suscribir memorandos de entendimiento. Para este efecto, solo se podrá suministrar información protegida por normas de confidencialidad si se cumplen los siguientes requisitos:

- A) La información deberá ser solicitada con el objeto de investigar un caso vinculado con el delito de lavado de activos, las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley, o el financiamiento del terrorismo.
- B) Cuando el organismo requirente no forme parte del Grupo EGMONT de Unidades de Inteligencia Financiera, se deberá verificar además que, respecto a la información y documentación que reciban, el organismo y sus funcionarios estén sometidos a las mismas obligaciones de secreto profesional que rigen para la Unidad de Información y Análisis Financiero y sus funcionarios.
- C) Los antecedentes suministrados únicamente podrán ser utilizados en un proceso penal o administrativo en el Estado requirente, previa autorización del tribunal penal competente de nuestro país, la que se otorgará de acuerdo con las normas de cooperación jurídica internacional. La Unidad de Información y Análisis Financiero podrá autorizar a la autoridad requirente a compartir la información suministrada con otros organismos encargados de la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo en su país, para ser utilizada únicamente con fines de inteligencia.

aprobado por el Consejo del Mercado Común por Decisión número 02/96 que nos vincula con Argentina, Paraguay y Brasil, los que también lo han ratificado.

Uruguay cuenta también con numerosos Tratados bilaterales suscritos con países de la región y también fuera de ella, entre los cuales señalamos:

- COLOMBIA-URUGUAY. COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA
- PENAL. Ratificado por Ley 18.548, Publicada D.O. 18 set/009.
- PERU – URUGUAY. CONVENIO DE ASISTENCIA JURIDICA ASUNTOS PENALES. Ratificado por Ley 18.547, Publicada D.O. 18 set/09 - N° 27818.
- TRATADO DE COOPERACION CON EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SOBRE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN MATERIA PENAL, ratificado por Ley 17.821 Publicada D.O. 14 set/004 - N° 26586.
- FRANCIA – URUGUAY- CONVENCION DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL. Ratificada por Ley N° 17.622, Publicada D.O. 1° abr/003 - N° 26229.
- ECUADOR – URUGUAY- CONVENIO DE ASISTENCIA JURÍDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES, ratificado por Ley N° 17.526, Publicada D.O. 16 agosto/002 - N° 26072.
- CANADÁ – URUGUAY- TRATADO SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ORIENTAL
- DEL URUGUAY Y EL GOBIERNO DE CANADA, ratificado por Ley N° 17.336, Publicada D.O. 24 mayo/001 - N° 25768.
- VENEZUELA – URUGUAY. TRATADO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES, ratificado por Ley 17.356, Publicada D.O. 29 jun/001 - N° 25793.
- CUBA-URUGUAY. CONVENIO DE ASISTENCIA JURIDICA ASUNTOS PENALES. Ratificado por Ley 17.034, Publicada D.O. 4 dic/998 - N° 25168.
- ESPAÑA-URUGUAY. TRATADO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA ASUNTOS PENALES. CONVENIO, ratificado por Ley N° 17.020 publicada D.O. 11 nov/998 - N° 25151
- EE.UU.-URUGUAY. TRATADO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES, ratificado por Ley N° 16.431, Publicada D.O. 7 dic/993 - N° 23942 y TRATADO DE EXTRADICION Y COOPERACION EN MATERIA PENAL, ratificado por DL N° 15.476 Publicado D.O. 3 nov/983 - N° 21596.

Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, los que ya no resultan aplicables en función de la normativa más moderna, regulaban, bien que parcialmente, el tema en lo que hace a la transferencia de los efectos incautados del delito.

También Uruguay ha ratificado con Chile y Argentina sendos Tratados Bilaterales sobre Intercambio de Antecedentes Penales (Ratificados por Leyes N° 15.507 Publicada en el D.O: el 31oct/1980 y N° 15249, Publicada en el D.O. el 13 abr/1982).

En otro orden y como ya se indicará, Uruguay ha ratificado numerosos Tratados elaborados en el ámbito de Naciones Unidas, los que tienen por fin apuntar a modalidades delictivas específicas, vinculadas a delitos transnacionales o de crimen organizado, o delitos que aún cuando se verifiquen en un Estado en particular son capaces de afectar otros sistemas jurídicos por la transferencia de bienes y subsecuente lavado de los activos que las importantes ganancias ilícitas generan. Tales tratados establecen diferentes líneas de acción en relación a la temática a que cada uno refieren, dentro de las cuales ponen especial atención en la cooperación judicial internacional. Las soluciones proporcionadas, novedosas muchas de ellas y anteriores a los Tratados Regionales de los que es parte Uruguay y que luego éstos siguieron y su alcance mundial, determinan su importancia para el sistema jurídico uruguayo.

Dentro de esta categoría podemos identificar como algunos de los más relevantes los siguientes:

Convención de Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, (Convención de Viena de 1988). ratificada por Ley 16.579 de 07.09.1994, Publicada D.O. 19 oct/94 - N° 24155.

Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo de 2000) y sus Protocolos Complementarios para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas,

Especialmente de Mujeres y Niños y el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, de 15 de noviembre de 2000, ratificados por Ley 17.861 de 15b de diciembre de 2004. Publicada D.O. 7 ENE/2005- N° 26666.

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, (Convención de Mérida) de diciembre de 2003, ratificada por Ley N° 18.056, Publicada D.O: 1° Dic/2006 – N° 27131.

También a nivel multilateral, pero en el marco de la OEA, corresponde tener presente la Convención de Interamericana contra la Corrupción suscrita en Caracas, en marzo de 1996 y ratificada por Uruguay por Ley N° 17.008 de 15 de septiembre de 1998, Publicada D.O. 7 oct/98 - N° 25128, que también regula en sus artículos XIV a XVI medidas de cooperación judicial internacional.

Finalmente, a nivel de Derecho Positivo de Fuente Nacional, en lo que hace al derecho vigente, debemos mencionar:

Ley N° 17.016 de 7 de octubre de 1998.-

Ley N° 17.060 de 10 de octubre de 1998.-

Ley N° 19574 de 20 de diciembre de 2017 que en definitiva deroga tácitamente a las dos anteriores en cuanto al tema en examen.

Ley N° 18.026 de 25 de septiembre de 2006-

5.- CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE FUENTE SUPRANACIONAL

Como se señalaba anteriormente, Uruguay es parte de tratados multilaterales y bilaterales, referidos a Cooperación Penal Internacional suscritos en diversos ámbitos y con distinto alcance. Más allá de sus diferencias puntuales, podemos señalar que en líneas generales es posible extraer características que se mantienen y que permiten delinear la regulación que Uruguay ha adoptado en cuanto a este tema, en función de sus normas internacionales.

A fin de señalar entonces cual es esa regulación, se analizarán los dos textos que resultan ser de mayor aplicación, en función de los países con que nos vinculan, esto es: el Protocolo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, en adelante “Protocolo de San Luis” y la Convención Interamericana en adelante “Convención de Nassau”, luego se consignarán las soluciones de los Tratados Bilaterales ya mencionados. Así mismo, en forma separada se habrán de examinar los lineamientos que resultan de la normativa elaborada en el ámbito de las Naciones Unidas, en aquello en que sea distinto o innovador y que funciona en subsidio de Tratados específicos. Finalmente, se pasará a examinar la regulación vigente en función de las normas de derecho positivo de fuente nacional, aplicables toda vez que no exista un Tratado que nos vincule con el país con quien se verifique el caso.

5.1- PRESTACIÓN DEL AUXILIO - CAUSALES DE DENEGACIÓN

Tal como se señalara en el numeral 2.3 que antecede, al día de hoy, la prestación del auxilio judicial internacional es entendida como una verdadera obligación internacional del Estado requerido, ello resulta en definitiva tanto del Protocolo de San Luis, en su artículos 1.3 y artículo 5 conforme al cual “si el Estado requerido deniega la asistencia deberá informar a Estado requirente por intermedio de la Autoridad Central, las razones en que se funda la denegatoria, salvo lo dispuesto en el art. 15, literal b”, el que refiere a la entrega de documentos no accesibles al público, caso en el cual el Estado requerido puede denegar dicha entrega y “la autoridad competente del Estado requerido no estará obligada a expresar los motivos de la denegatoria”.

Por consiguiente, y en la medida en que la denegatoria del Estado requerido debe ser fundada, salvo el caso del art. 15 literal b, ello pone de manifiesto que la decisión de cumplir o no, no es discrecional para aquel.

En sentido concordante, la Convención de Nassau adopta igual solución al establecer en el art. 26 inciso 2 que “cuando la solicitud de asistencia no pueda ser cumplida por el estado requerido, éste la devolverá al Estado requirente con explicación de la causa”.

Ahora bien, el hecho de señalar que la prestación de asistencia judicial constituye una obligación no significa que el Estado requerido deba cumplir en todo caso y circunstancia, ni atender ciegamente cualquier pretensión que provenga de las autoridades extranjeras. Por el contrario, en ésta materia, debe existir un balance entre, por un lado, la eficacia de la justicia, y por lo tanto el posibilitar que ésta se cumpla en el requirente

aún cuando algún acto deba desarrollarse en el extranjero y por otro lado, el control de las garantías del debido proceso.

Siendo así, los textos en examen regulan aquellas situaciones en las que el Estado requerido puede denegar la ayuda, coincidiendo ambos en establecer:

- Solicitud de asistencia a ser usada para juzgar a una persona que ya fue absuelta o condenada ya sea en el Estado requirente o en el requerido. (art. 9 literal a, Convención de Nassau y art. 5 literal d del Protocolo de San Luis).
- Cuando la solicitud refiera a un delito político o delito común perseguido por finalidad política (art.9 literal b Convención de Nassau y art. 5 literal b del Protocolo de San Luis). Debe tenerse presente que la calificación de delito político es coincidente con la denegatoria que al respecto se regula en materia de extradición. La determinación de si un delito es
- político o es común pero perseguido con finalidad política debe hacerse conforme a la legislación del Estado requerido, y por lo tanto, ante solicitudes recibidas por las Autoridades uruguayas éstas deberán tener presente que conforme al art. 4.5 de la Ley 18.026 los crímenes y delitos tipificados en esta ley no se considerarán delitos políticos, ni delitos comunes conexos con delitos políticos o cuya represión obedezca a fines políticos. Así mismo, el delito terrorista tampoco puede ser considerado delito político y el concepto de delito terrorista debe extraerse del art. 14 de la Ley 18.494.
- Cuando la solicitud de asistencia refiera a un delito tributario, lo que ha sido previsto en el art. 5 literal b del Protocolo de San Luis y el art. 9 literal f de la Convención de Nassau. Sin embargo, la regulación no es idéntica pues ésta deja a salvo la obligación de prestar colaboración si el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa efectuada en forma oral o por escrito, o por una omisión intencional de declaración, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en la presente Convención.
- Cuando la asistencia se solicita con relación a delitos militares (art. 8 de la Convención de Nassau y art. 5 literal a del Protocolo de San Luis).
- Cuando la solicitud sea contraria al orden Público, a la seguridad u otros intereses esenciales del Estado requerido (art. 5 literal e del Protocolo de San Luis y art. 9 literal e de la Convención de Nassau, la que se bien presenta alguna diferencia en los términos empleados (“orden público, soberanía, seguridad o intereses públicos fundamentales”) en realidad ambas refieren a cuestiones que pueden ser englobadas en los mismos conceptos, atinentes a intereses esenciales del Estado. En cuanto al orden público, éste debe ser entendido por nuestros Tribunales en caso de ser requerida su cooperación, conforme fuera definido por la Delegación Uruguaya al suscribir la Convención de Nomas Generales (CIDIP II), esto es que “de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado. Por consecuencia, a juicio de la República Oriental

del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Parte para que, en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales del orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica²⁶

A su vez, la Convención de Nassau agrega dos hipótesis de rechazo no contempladas en el Protocolo de San Luis, y que consisten en:

- Que la investigación en función de la cual se solicita la cooperación se haya iniciado con finalidad discriminatoria por razones de raza, sexo, condición social, nacionalidad, religión o ideología (art. 9 literal b).
- Cuando la solicitud provenga de un tribunal ad hoc o de excepción, (art. 9 literal e). Debe señalarse sin embargo que aún cuando está hipótesis no está contemplada en el Protocolo del Mercosur cabe considerar que podría ser alegada, ya sea al considerar si la autoridad requirente tiene legitimación para la medida que solicita o por eventual afectación del Orden Público.

5.2- AUTORIDADES REQUIRENTES- PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES

Ambos tratados optan por soluciones similares, que parten de considerar como Autoridades con legitimación para accionar la solicitud de cooperación a las Fiscalías o Tribunales, partiendo de las diferencias que pueden presentarse entre los sistemas procesales acusatorios o inquisitivos y que autoridad tiene a su cargo la investigación y recolección de pruebas en el proceso penal. El art. 4 de la Convención de Nassau hace referencia a las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos en el Estado requirente, las que a su vez deben ser competentes del punto de vista internacional conforme al art. 1.

Por su parte, el artículo 4 del Protocolo de San Luis establece idéntica solución al referirse a las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación de delitos, autoridades cuya competencia internacional también es exigida conforme al art. 1.

Así mismo, tanto el Protocolo de San Luis como la Convención de Nassau, en línea con la normativa más moderna, han tomado debida nota de la importancia de la intermediación, regulando y posibilitando la presencia de las autoridades requirentes en el Estado requerido para presenciar el cumplimiento de la asistencia rogada.

Esto, sin embargo, no significa que las Autoridades del Estado requirente puedan actuar por sí fuera de su jurisdicción realizando actividades tales como las propias de los jueces o fiscales, invadiendo competencias propias y exclusivas de las autoridades requeridas. Lo que pueden hacer es estar presentes y presenciar el cumplimiento de las diligencias toda vez que ello no esté prohibido por la Ley del Estado requerido, tal como resulta del artículo 1.5 y 17.3 del Protocolo de San Luis conforme a los cuales:

26 Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979). Aprobada por Uruguay por decreto - ley N° 14.953 del 12 de noviembre de 1979

Art. 1....

“5.- El presente Protocolo no faculta a las autoridades o a los particulares del Estado requirente a emprender en el territorio del Estado requerido funciones que, conforme a sus leyes internas están reservadas a sus Autoridades, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17, párrafo 3.” Art. 17....

“3.- El Estado requerido autorizará la presencia de las autoridades indicadas en la solicitud durante el cumplimiento de las diligencias de cooperación, y les permitirá formular preguntas si ello estuviera autorizado por las leyes del Estado requerido y de conformidad con dichas leyes. La audiencia tendrá lugar según los procedimientos establecidos por las leyes del Estado requerido.”

En términos similares regula el punto la Convención de Nassau de Nassau en los artículos 2 inciso 3 y 16 inciso 2.

En cuanto a las Autoridades requeridas, tratándose de asistencia judicial internacional, solo los jueces serán los autorizados conforme a las normas que se examinan para disponer la misma.

Finalmente, y en lo que hace a los participantes del proceso de cooperación, cabe analizar qué rol les compete a las personas afectadas por las medidas requeridas, habitualmente denominados “sujetos concernidos”.

Los textos que se examinan optan por negarles participación en dicha actuación, prohibiéndose además que los mismos puedan oponerse a las medidas que se lleven a cabo.

Así, el artículo 1.2 del Protocolo de San Luis establece: “Las disposiciones del presente Protocolo no confieren derechos a los particulares para la obtención, supresión o exclusión de pruebas, o para oponerse al cumplimiento de una solicitud de asistencia”. Y el art. 2 inciso 3: “Esta Convención se aplica únicamente a la prestación de asistencia mutua entre los Estados Partes; sus disposiciones no otorgan derecho a los particulares para obtener o excluir pruebas, o para impedir la ejecución de cualquier solicitud de asistencia”.

Ahora bien, más allá de las previsiones expresas contenidas en las normas antes transcritas, debe examinarse como deben interpretarse las mismas, en tanto el vedar toda posible participación al sujeto concernido puede claramente significar una vulneración de derechos fundamentales que tampoco puede ser admitida.

Sobre el punto Tellechea ha señalado que: “La limitación responde al concepto de que en tanto la asistencia jurídica en materia penal refiere a la potestad de castigar conductas delictivas, los agentes de esta cooperación son los Estados y consiguientemente los particulares no son actores de la misma, lo que no significa, obviamente, que no se les reconozca un natural y básico derecho de defensa en tanto resulten directamente afectados por el acto cooperativo”.²⁷

27 TELLECHEA BERGMAN, E, “Desarrollos actuales de la cooperación penal internacional en el ámbito regional y uruguayo en particular”, Revista de Derecho y Tribunales, N° 15 año 2011, Montevideo, Editorial Amalio Fernández, pág. 118.-

Ada Pellegrini Grinover, enseña que la búsqueda del equilibrio entre las exigencias de cooperación y la preocupación por las garantías individuales ha venido a transformar el enfoque de la cooperación internacional en materia penal procesal penal: de la clásica aseveración de que "... *los tratados de extradición se hacen en beneficio de los gobiernos comprometidos*" en base a lo cual toda esta materia era considerada en un plano bidimensional, donde la persona figuraba tan solo como un sujeto pasivo, se pasa al esfuerzo de construcción de la cooperación internacional en una dimensión trilateral, donde el individuo es sujeto de derechos, tutelado por las normas internacionales y por las garantías constitucionales y legales de su propio país".²⁸ Y concluye que más allá de las distintas reglas de hermenéutica a las que pueda acudir, existe una única conclusión y esta es que el núcleo fundamental de derechos humanos prevalece sobre las demás normas y por lo tanto también respecto de las normas previstas en materia de cooperación.

En forma por demás enfática, Cervini se ha manifestado en sentido contrario a aplicar textualmente la prohibición de participación de los sujetos concernidos en las medidas de cooperación que los afectan. Y así ha señalado, en criterio totalmente compartible, que: "*creemos que las disposiciones contenidas en el art. 1.4 del TEVR Brasil- Uruguay y el art. 1.2 del Protocolo del Mercosur, que sustentan, con similar énfasis, que las disposiciones de los referidos textos de CJPI bilateral y multilateral respectivamente, "no confieren derechos a los particulares para la obtención, supresión, o exclusión de pruebas, o para oponerse al cumplimiento de una solicitud de asistencia"* – constituyen un resquicio de concepciones obsoletas que sacrifican las garantías en pro de una pretendida eficacia en la asistencia. Normas de este carácter cercenan radicalmente el derecho de amplia defensa consagrado en el plano interno, a partir de la propia Constitución de cada uno de los Estados miembros del Mercosur y en los Tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por los mismos Estados- partes, los que por su especificidad prevalecerían sobre las normas convencionales restrictivas de las garantías."²⁹

Como lo precisa también Cervini: "*Tratándose de medidas de asistencia consistentes en levantamiento del secreto bancario, bloqueo de bienes, inspecciones, registros, allanamientos de morada, interceptación de correspondencia, secuestro de bienes, típicas medidas de segundo grado, el sujeto afectado por ellas se encuentra, en la práctica, en muchos casos, desprovisto de defensa y amparo. Como consecuencia de esta práctica ilegal, las solicitudes de CJPI susceptibles de causar gravamen irreparable, se suelen expedir, tramitar y devolver, sin noticia ni participación, del concernido, que solo tomará conocimiento tardíamente de que determinados derechos que la Constitución y la ley le aseguran fueron irreversiblemente violados. Se puede afirmar que esta forma de práctica de la CJPI, deroga puntualmente las garantías constitucionales y legales que normalmente tiene todo ciudadano y anula la función preventiva de comparecencia precautoria de lesión del derecho subjetivo del concernido, que es la función primordial del Derecho. El Derecho no se consagra solamente para reparar los daños sino también para prevenirlos, porque en su función preventiva se funda la normalidad de la convivencia social. Prácticas de este carácter cercenan radicalmente el derecho de amplia defensa consagrado en el plano interno, a partir de la propia Constitución de cada uno de los Estados miembros del Mercosur y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los mismos Estados partes, los que por su especificidad deben*

28 PELLEGRINI GRINOVER, A. "Cooperación Internacional en el Proceso Penal. Líneas evolutivas y garantías procesales", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Número 2 (1996) pág. 144.

29 "CERVINI, R. "Principios de cooperación judicial penal internacional en el Protocolo del Mercosur", <https://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-004.pdf>, pág 25.

prevalecer sobre las normas convencionales restrictivas de las garantías. El derecho de amplia defensa y consecuentemente la legitimación del concernido a comparecer activamente en casos de CJPI lo consagran las Cartas Magnas del Mercosur: Constitución uruguaya (artículos 12, 30, 66, 72 y 332), Constitución Nacional del Paraguay (artículos 16 y 17), Constitución argentina (artículo 18), Constitución Federal de Brasil, de 1988 (artículo 5.º, LV); también los acuerdos internacionales de carácter bilateral: Acuerdo para la Ejecución de Cartas Rogatorias Brasil-Uruguay de 1879 (artículo 3), Convenio entre Argentina y Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Cartas Rogatorias de 1982 (artículo 8), tratado suscrito entre Uruguay y Chile del mismo año 1982 (artículo 9), Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Estados Unidos de América y Uruguay, el TEVR Brasil-Uruguay, etcétera. En el ámbito multilateral recogen claramente el mismo principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que consagra explícitamente los principios de la preceptividad de la defensa e “igualdad de armas”; el Proyecto de Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial en Materia Penal a nivel de OEA (artículos 10 ss.); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 14); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969 (artículos 1.1, 2, y fundamentalmente su artículo 8); la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 1999; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, conocida como Carta de Banjul, etcétera. Todas las garantías reconocidas en los documentos mencionados integran el contenido de garantía de un proceso justo y equitativo, en que los derechos humanos de los concernidos y los atributos sustantivos y adjetivos de la más amplia defensa constituyen a la vez su objeto y el factor legitimante de la actuación estatal. Las facultades de la defensa se vinculan medularmente con el modelo garantista sustentado por Luigi Ferrajoli, en su doble función: cognitiva y de protección de las libertades. El modelo garantista, desde el punto de vista cognitivo, expresa el parámetro para la actividad de producción de pruebas, en tanto es el método más adecuado para la aprehensión de una realidad. Desde el punto de vista de las libertades, el modelo garantista está asociado a la protección del individuo en el proceso, al asegurar, por ejemplo, la participación de las partes, el derecho al silencio y fundamentalmente el derecho a la defensa técnica. En ese sentido, el magisterio de la defensa representa mucho más que la expresión de un proceso justo de naturaleza garantista, como ha reconocido la Corte Internacional de Derechos Humanos; significa, en realidad, “el padrón de exigencia mínima de las adecuadas garantías en un proceso calificado como democrático”.³⁰

Por consiguiente y más allá de las restricciones previstas tanto en el Protocolo de San Luis como en la Convención de Nassau, no resulta posible impedir el ejercicio del derecho de defensa de las personas concernidas ante el cumplimiento de medidas en función de la cooperación internacional penal y ello significará, por lo tanto, que dicho derecho podrá ejercerse estando presente en el cumplimiento del acto requerido, contando el sujeto con asistencia letrada, y con la posibilidad de efectuar un control de la regularidad de los actos realizados³¹. Ello es así además en tanto el diligenciamiento de la cooperación se realiza conforme a la legislación del Estado requerido, y por lo tanto, conforme

30 CERVINI, R. “El principio de confidencialidad en la cooperación penal internacional – Su relación con el ejercicio efectivo de la Magistratura de la Defensa, en especial a la luz del Protocolo del Mercosur”, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. N° 6- 2011, Montevideo, pág. 18- 19.

31 CERVINI, R. “El principio de confidencialidad en la cooperación penal internacional – Su relación con el ejercicio efectivo de la Magistratura de la Defensa, en especial a la luz del Protocolo del Mercosur”, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. N° 6- 2011, Montevideo, pág. 20.

no solo a las normas procesales de éste sino también los preceptos constitucionales y los Tratados Internacionales que garantizan el ejercicio de los derechos humanos, en el caso, especialmente, el derecho de Defensa y Debido Proceso³².

Vinculado a su vez a las garantías del derecho de defensa en juicio se encuentra el principio de confidencialidad.

En efecto, el Protocolo de San Luis (art. 10) establece que “A petición del Estado requirente, se mantendrá el carácter confidencial de la solicitud y de su tramitación. Si la solicitud no puede cumplirse sin infringir ese carácter confidencial, el Estado requerido informará de ello al Estado requirente, que decidirá si insiste en la solicitud.”

Se trata de una nueva tensión entre la eficacia de la medida, cuyo éxito puede en parte depender precisamente del mantenimiento de la confidencialidad y de las garantías de los sujetos concernidos.

Si el Estado requerido no hiciere lugar a la misma, deberá informar al requirente al respecto, pero de hacer lugar, corresponde examinar con que alcance debe interpretarse esta premisa ante el ejercicio de derecho de Defensa. Esto es, ¿debe realizarse toda la tramitación de la medida, devolverse al requirente y todo ello sin noticia alguna de la persona afectada por la misma?, ¿o existe un punto en que la Defensa pueda intervenir sin afectación del cumplimiento de la medida solicitada?

Nuevamente, Cervini aporta luz sobre este tema abogando por una amplia participación de la Defensa, en todo aquello en que la misma no sea susceptible de impedir o frustrar la asistencia. Así señala: *“las personas eventualmente afectadas por el cumplimiento de medidas de asistencia judicial penal internacional tienen, de principio, una legítima y natural vocación de ser asistidas por un abogado que controle en todos sus aspectos previos, concomitantes y posteriores la ejecución de las medidas y su derecho a hacer oír su punto de vista en el decurso de esas instancias de auxilio interetático, las cuales, no obstante ese carácter predominante de asistencia entre Estados, no pueden ejecutarse legítimamente de espaldas a los derechos de los destinatarios finales de todo el tráfico jurídico: los ciudadanos. El ejercicio de la magistratura de la defensa solo puede ser limitado en los aspectos previos a su materialización, siempre y cuando la normativa admita el llamado principio de confidencialidad. Pero aún en tal hipótesis no es admisible desvirtuar o impedir irrestrictamente el ejercicio de la facultad de contralor concomitante y posterior a su ejecución.”*³³

Así mismo, las autoridades del Estado requerido podrán también solicitar condiciones de confidencialidad en relación a las pruebas o documentos que deberían remitir al requirente en cumplimiento de la actividad de cooperación, (art. 12 Protocolo de San Luis y 25 Convención de Nassau), lo que será puesto en conocimiento de aquel y de no

32 ADRIAZOLA, G. “Como litigar en solicitudes de Cooperación Penal Internacional”, Revista de derecho y Tribunales, Montevideo, Editorial Amalio Fernández, N°10, junio de 2009, págs. 21-61.

33 CERVINI, R. “El principio de confidencialidad en la cooperación penal internacional – Su relación con el ejercicio efectivo de la Magistratura de la Defensa, en especial a la luz del Protocolo del Mercosur”, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. N° 6- 2011, Montevideo, pág 22.

poder cumplir con ello, deberá comunicarlo al requerido, quien en definitiva deberá decidir si presta o no la cooperación teniendo en cuenta la respuesta obtenida.

5.3- DOBLE INCRIMINACIÓN

Como se indicara anteriormente, existen distintos niveles de cooperación en función del tipo de actividad que se lleva a cabo en el Estado requerido, desde actividades de mero trámite, que significan una mínima intervención del Estado requerido y no requieren el empleo de coerción, a otras donde la índole de la cooperación involucrada supone una actividad más intensa, por cuanto puede requerir el uso de la coerción y además puede ser susceptible de ocasionar perjuicios. Por lo tanto, éste tipo de medidas requiere de mayores exigencias, lo que se examinará en cada caso en particular. Sin perjuicio de ello, puede indicarse, con carácter general, que las exigencias en particular tienen que ver con que se verifique el requisito de la doble incriminación. Esto significa que, en ciertos niveles de cooperación, y para que esta sea posible, los hechos que dan lugar al proceso o investigación penal en el Estado Requirente deben constituir delito no sólo en éste sino también en el requerido. Esto no significa que los dos Estados deban tipificar tales hechos exactamente de la misma manera, o que denominen de igual forma el delito de que se trata, lo que por otra parte sería casi imposible, en tanto cada sistema jurídico tiene matices a la hora de proteger los bienes jurídicos que considera merecen protección penal. Lo que importa, en definitiva, es que esos hechos, bajo cualquiera sea la denominación que se les dé, puedan ser susceptibles de constituir un delito tanto en el requirente como en el requerido.

Desde que esta exigencia refiere a los niveles más intensos de cooperación no la veremos, en general, en el primer nivel ni tampoco en los medios de prueba no susceptibles de afectar derechos sustanciales, como recibir una declaración testimonial. Si será exigible en los demás (registros, allanamientos, transferencia de documentos) y también en las medidas cautelares e incautaciones de bienes, todo ello, sin perjuicio de lo que se dirá al examinarse la Ley 19574.

Conforme al art. 1.4 del Protocolo de San Luis: “La asistencia será prestada aun cuando las conductas no constituyan delitos en el Estado requerido, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 23.” Y precisamente los artículos 22 y 23 refieren a los casos en que sí se requiere que se cumpla con el requisito de la doble incriminación y consisten en medidas cautelares (art. 22) e inspecciones y a la entrega de cualesquiera objetos, comprendidos entre otros, documentos o antecedentes, (art. 23).

Por su parte, la Convención de Nassau establece en el art. 5. “La asistencia se prestará, aunque el hecho que la origine no sea punible según la legislación del Estado requerido. Cuando la solicitud de asistencia se refiera a las siguientes medidas: a) embargo y secuestro de bienes; y b) inspecciones e incautaciones, incluidos registros domiciliarios y allanamientos, el Estado requerido podrá no prestar la asistencia si el hecho que origina la solicitud no fuera punible conforme a su ley.”

5.4- MEDIDAS DE ASISTENCIA y DILIGENCIAMIENTO

Los dos textos convencionales que se vienen examinando contemplan un amplio espectro de medidas de asistencia, las que van desde la simple notificación de actos procesales a la incautación y transferencia de bienes decomisados. Así en una enumeración que no resulta taxativa, el artículo 2 del Protocolo de San Luis establece que la asistencia comprenderá:

a) notificación de actos procesales; b) recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares; c) localización o identificación de personas; d) notificación a testigos o peritos para la comparecencia voluntaria a fin de prestar testimonio en el Estado requirente; e) traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, conforme al presente Protocolo; f) medidas cautelares sobre bienes; g) cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes; h) entrega de documentos y otros elementos de prueba; i) incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar. J) aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones o multas. Todo ello, sin perjuicio de que igualmente “proceda cualquier otra forma de asistencia acorde con los fines de este Protocolo que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido.”

De la misma manera la Convención de Nassau prevé un elenco similar de actuaciones, en enumeración que tampoco resulta taxativa pues los establecidos en el art. 7 son “entre otros”, los siguientes: a. Notificación de resoluciones y sentencias; b. recepción de testimonios y declaraciones de personas; c. notificación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio; d. práctica de embargo y secuestro de bienes, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación; e. efectuar inspecciones o incautaciones; f. examinar objetos y lugares; g. exhibir documentos judiciales; h. remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba; i. el traslado de personas detenidas, a los efectos de la presente Convención. Y todo ello, sin perjuicio de cualquier otro acto siempre que hubiere acuerdo entre el Estado requirente y el Estado requerido.

Cabe agregar además que conforme a la Convención de Nassau para que proceda la asistencia, además, el delito por el que se peticiona la misma debe tener una pena mínima de 1 año o más de prisión en el Estado requirente (art. 6).

En lo que hace a la procedencia de las medidas, en principio éstas se resolverán conforme a la Ley del Estado requirente, salvo que se trate de medidas cautelares o inspecciones o entrega de objetos, en cuyo caso, la exigencia del requisito de la doble incriminación determina que tales medidas además de haber sido valoradas en cuanto a su procedencia por el requirente deban también someterse a la ley procesal y sustancial del Estado requerido (arts. 22 y 23 del Protocolo de San Luis y art. 13 de la Convención de Nassau).

Ahora bien, en lo que hace al diligenciamiento, y siguiendo el criterio plasmado desde larguísima data en Derecho Internacional Privado en lo que hace a la distinción entre elementos ordenatorios y decisorios del proceso, tal como ya lo hiciera Jacobo Balduino,

dentro de la corriente de los Glosadores³⁴, el diligenciamiento de las medidas se hará conforme a la Ley del Estado requerido. Todo ello, sin perjuicio de que, como ocurre también en materia de cooperación internacional no penal, el Estado requirente podrá solicitar el cumplimiento de formas y procedimientos especiales por parte del requerido, a los que éste podrá hacer lugar en la medida en que ello no contravenga la legislación del Estado requerido (art. 10 Convención de Nassau y art. 7 Protocolo de San Luis).

Así mismo, en caso de que se afecten derechos de terceros, la ley del Estado requerido será la aplicable, lo que comprende las tercerías que pudieren plantearse en definitiva en relación a bienes objeto de medidas cautelares (art. 12 in fine Convención de Nassau y art. 22 numeral 3 Protocolo de San Luis), facilitándose en definitiva el acceso a eventuales recursos de los afectados ubicados – de regla - precisamente en el territorio del requerido, donde se lleva a cabo la diligencia.

En tanto las medidas peticionadas pudieren tener relación con procedimientos que se siguen en el Estado requerido que podrían verse afectados por la prestación de cooperación, ambos textos permiten al Estado requerido diferir el cumplimiento de la ejecución de dicha solicitud (art. 11 Convención de Nassau y art. 9 Protocolo de San Luis). En relación al texto del Mercosur, debe señalarse que además de permitir diferir el cumplimiento permite también al requerido, sujetarlo a determinadas condiciones que informará al requirente.

En lo que hace a los gastos, en principio, ambos tratados coinciden en asignar los mismos al Estado requerido, salvo en cuanto a los gastos de honorarios por informes periciales, traducciones, transcripciones, o gastos extraordinarios que provengan del empleo de formas o procedimientos especiales (art. 13 Protocolo de San Luis y 20 de la Convención de Nassau).

En cuanto a los requisitos formales y la vía de transmisión, ambos tratados regulan detalladamente el punto (art. 6 del Protocolo de San Luis y 26 de la Convención de Nassau), asignando a la Autoridad Central la responsabilidad de la transmisión art. 3 y del Protocolo de San Luis y art. 3 de la Convención de Nassau), a la vez que excluyen la necesidad de legalización toda vez que la vía de transmisión recae en un órgano oficial.

Sí importa destacar la solución adoptada por el Protocolo de San Luis (art. 6), en consonancia con el uso de medios más modernos de transmisión de datos y en busca de una comunicación más fluida que toma en cuenta la urgencia que muchas veces rodean los pedidos de asistencia penal. Concretamente, en relación a la forma escrita exigida para las solicitudes de cooperación, la que puede ser transitoriamente sustituida por comunicaciones mediante telex, facsímil, correo electrónico o similares, sin perjuicio de que deberá luego confirmarse por documento original firmado por la autoridad requirente dentro de los diez días siguientes a su formulación.

34 ALFONSÍN, Q. *“Teoría del Derecho Privado Internacional”*, Montevideo, 1955, Publicación oficial de la Facultad de Derecho, pág. 60.

5.5- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Este se encuentra previsto en el art. 12 del Protocolo de San Luis y el art. 25 de la Convención de Nassau. Conforme a dicho principio las pruebas o informaciones recibidas por el requirente, en cumplimiento de su solicitud de cooperación, no podrán ser usadas para fines diversos a aquellos para los que fueron peticionadas sin previa autorización del requerido.

Como lo señala Cervini: *“Es evidente que su expreso reconocimiento reviste gran importancia para todos los Estados que se pretendan consolidar como Democráticos de Derecho. A través del principio analizado, los Estados partes del Mercosur están dando un claro mensaje a la comunidad jurídica internacional con relación al alcance y garantías de su respectiva cooperación en el campo judicial penal. Es sabido que en algunas jurisdicciones existe la peligrosa tendencia a “extrapolar”, “trasladar”, “transferir” o “prestar” la prueba obtenida a través de medidas concretas de CJPI a otros juicios u otras investigaciones administrativas desvinculadas del proceso en el cual esas instancias se generaron. El profesor de la Universidad de los Ángeles MacGee Jr. critica fuertemente esa práctica de la justicia norteamericana, que se realiza – a su entender- por aplicación de normas de dudosa constitucionalidad contenidas en el Título IX, Rackteers Influenced and Corrupt Organizations do Organized Crime Control Act de 1970 (OCCA Act), conocida como Normativa Rico como Normativa Rico.¹⁴³ En el campo jurídico europeo el tributarista Melitón Filgueiras Miranda Torre alude a prácticas de similar naturaleza implementadas en el ámbito de la administración tributaria portuguesa. A su juicio, esa extrapolación probatoria confronta con el Derecho en varios sentidos: en primer lugar porque ataca el principio de la continencia procesal reconocido por la Constitución ; en segundo lugar, traduce un comportamiento tendiente a desnaturalizar o vulnerar por vía oblicua el alcance de la CJPI, que, salvo raras excepciones, excluye los delitos e infracciones tributarias y por último, constituye una práctica incompatible con la buena fe que debe presidir toda instancia cooperacional, o luce lo suficientemente grave, como para afectar su siempre frágil estructura.”³⁵*

5.6- RESPONSABILIDAD

El Protocolo de San Luis ha guardado silencio al respecto en lo que Cervini, en el trabajo citado ut supra ha indicado configura *“uno de los más grandes divorcios con los criterios garantistas consagrados en el Tratado Uruguay- Estados Unidos y en el TEVR Brasil – Uruguay”*. Precisamente, es en el Tratado Uruguay –Estados Unidos donde apareció por primera vez tratado este tema en lo que se denomina la *“Cláusula Uruguay”* por la que se acordó que *“Ninguna de las partes contratantes será responsable por los daños que puedan resultar de los actos de las autoridades de la otra parte contratante, en la formulación o ejecución de una solicitud, de conformidad con este Acuerdo”*.

Este criterio fue luego recogido por la Convención de Nassau, en cuyo artículo se dispuso *“La ley interna de cada Parte regula la responsabilidad por daños que pudieran emerger de los actos de sus autoridades en la ejecución de esta Convención. Ninguna de las Partes será responsable por los daños que puedan surgir de actos de las autoridades de la otra Parte en la formulación o ejecución de una solicitud conforme a esta Convención.”*

35 CERVINI, R., “CERVINI, R. *“Principios de cooperación judicial penal internacional en el Protocolo del Mercosur”*, <https://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-004.pdf> , pág 43.

6- NORMAS DE COOPERACIÓN CONTENIDAS EN TRATADOS EMANADOS DE NACIONES UNIDAS.

6.1- ANTECEDENTES

Las Naciones Unidas comenzaron a enfocar su accionar en la lucha contra el Crimen Organizado, a partir de la década del 40, pero las actividades de mayor relevancia en tal sentido y fundamentalmente en relación a la cooperación internacional en materia de crimen organizado aparecen a partir de 1975 cuando se llevó a cabo el “V Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes celebrado en Ginebra”.

A partir de allí se siguió trabajando en este tema, y en 1988 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Por su importancia, debe destacarse la Conferencia Mundial Interministerial sobre el Crimen Organizado Transnacional de Nápoles de 1994 en la que se aprobó la Declaración Política de Nápoles y el Plan de Acción Global contra el Crimen Transnacional Organizado, que luego fueron a su vez aprobados por la Asamblea General mediante Resolución 49/159. En el Plan de acción se establecen medidas que los Estados deben incorporar a sus derechos en relación a la cooperación y para la lucha contra el Crimen organizado.

Otro hito fue la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, aprobada por Resolución 55/25 de la Asamblea General, con fecha de 15 de noviembre de 2000. También se aprobaron sus dos Protocolos Adicionales (Protocolos contra el tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de personas, en especial mujeres y niños; y contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego).³⁶ También la Convención contra la corrupción contiene abundante regulación en relación a la cooperación.

Debe señalarse que las Naciones Unidas han emprendido una lucha decidida contra el blanqueo de dinero proveniente de actividades ilícitas, especialmente del crimen organizado, así como la financiación del terrorismo, para lo cual el perfeccionamiento de las medidas de cooperación internacional ha sido central. La cuestión del blanqueo del producto del delito aparece regulada por primera vez en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena en diciembre de 1988.

Como se señala en informe elaborado por UNODOC³⁷ “*El fundamento de la lucha contra el blanqueo de dinero es atacar a las organizaciones delictivas transnacionales en su punto más vulnerable. El dinero generado por las actividades delictivas es difícil de esconder; a veces, constituye la prueba principal del delito cometido. Es posible identificar las transferencias de fondos delictivos en*

36 MIRALLES DE IMPERIAL, Julia- “La Cooperación Judicial en la Persecución del Crimen Organizado”, <https://derechopenalonline.com/la-cooperacion-penal-internacional-en-la-persecucion-delcrimen-organizado>

37 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

*los sistemas financieros si se cuenta con mecanismos de alerta adecuados. Desde fines del decenio de 1980, los Estados se han esforzado por establecer esos mecanismos de alerta para que el producto del delito se pueda identificar, incautar y decomisar en cualquier parte en que se encuentre.*³⁸

Siguiendo tal línea, en la Declaración Política y Plan de Acción contra el Blanqueo de Dinero, aprobados en el vigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dedicado a la “acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas”, (Nueva York, 10 de junio de 1998) se consignó: “la necesidad de promover y desarrollar dispositivos eficaces para perseguir por la vía judicial, congelar, incautar y decomisar los bienes que dimanen o se hayan obtenido de actividades ilícitas a fin de que se impida su utilización por los delincuentes” y que “sólo mediante la cooperación internacional y el establecimiento de redes de información bilaterales y multilaterales, como la del Grupo Egmont, que faciliten el intercambio de información las autoridades competentes de los Estados, será posible combatir eficazmente el problema del blanqueo de dinero”.

Así mismo, en la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles, contra la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobados en la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, celebrada en Nápoles del 21 al 23 de noviembre de 1994 (resolución 49/159 de la Asamblea General), también se apuntó a la cooperación internacional como una herramienta fundamental en este sentido y la dirección del combate hacia la persecución de las ganancias ilícitas generadas por el crimen organizado. En dicha declaración se consignó, entre otros puntos, que: “Los Estados deberán cerciorarse de que la lucha contra la delincuencia transnacional organizada está basada en estrategias encaminadas a destruir el poder económico de las organizaciones delictivas, que prevean tanto medidas de derecho penal, concretamente sanciones y condenas apropiadas, como mecanismos adecuados de reglamentación”

“Los Estados deberán examinar la posibilidad de adoptar medidas legislativas para confiscar todo activo ilícito, según proceda, y prever arreglos provisionales, como la congelación o la incautación de activos, respetando siempre debidamente los intereses de los terceros de buena fe. A reserva de lo dispuesto en los principios básicos de su ordenamiento jurídico, los Estados deberán estudiar también la posibilidad de compartir los activos confiscados y de darse determinadas condiciones y siempre por vía judicial de confiscar el producto del delito sin esperar a que medie una condena, o de confiscar sumas superiores a las relacionadas con el delito sobre el que haya recaído sentencia.”

Por consiguiente, y en función de estas metas adoptadas como política de acción a nivel mundial, en el ámbito Naciones Unidas se han elaborado una serie de Convenios, de alcance también mundial que se han dirigido a regular las líneas de prevención y represión a la que deben propender los Estados, poniendo especial énfasis en el blanqueo de divisas ilícitas, y la cooperación internacional como herramienta para el combate de este tipo de actividades, propias, en general, de grupos criminales organizados que actúan a nivel transnacional.

38 NACIONES UNIDAS, UNODOC, Programa Global contra el Lavado de Dinero, “El blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo – La respuesta de las Naciones Unidas”, <https://www.imolin.org/pdf/imolin/UNres03s.pdf>

Este enfoque ha determinado que, si bien podemos extraer de los Convenios aprobados principios generales que han modernizado y aportado nuevas soluciones en lo que hace a la cooperación internacional, no existe en realidad un marco normativo general, aplicable para toda clase de delitos, sino que las regulaciones – aun cuando coincidentes en los distintos Convenios- se refieren a los delitos que cada uno aborda. Precisamente, el objetivo de este trabajo es proponer una regulación general para nuestro país, a fin de que funcione con aquellos Estados con los que no tenemos un Tratado ratificado y también en relación a todos los delitos en general y por lo tanto no comprendidos en Tratados más específicos. Y aún cuando entonces el alcance pretendido sea más amplio, las soluciones de los Convenios de Naciones Unidas resultan sin duda antecedentes de obligada consulta.

Dentro de los Tratados ratificados por Uruguay, vale detenerse - someramente- y como antecedentes a considerar para el objeto final de este trabajo, las soluciones adoptadas en los siguientes:

- Convención de Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, (Convención de Viena de 1988). ratificada por Ley 16.579 de 07.09.1994, Publicada D.O. 19 Oct/994 - N° 24155. (En adelante: Convención de Viena)
- Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo de 2000) y sus Protocolos Complementarios para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños y el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, de 15 de noviembre de 2000, ratificados por Ley 17.861 de 15 de diciembre de 2004. Publicada D.O. 7 Ene/2005- N° 26666.
- (En adelante: Convención de Palermo)
- Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de diciembre de 2003, ratificada por Ley N° 18.056, Publicada D.O: 1° Dic/2006 – N° 27131 (En adelante: Convención de Mérida).

6-2 REGULACIÓN - GENERALIDADES

En relación a la Cooperación Jurisdiccional Internacional y dentro del ámbito material de cada uno de dichos Convenios se destaca:

Obligación de prestar “la más amplia asistencia judicial recíproca”, en enumeración que comprende medidas de prueba y de trámite, sin perjuicio de “cualquier otra forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno de la parte requerida”, (art. 7 numerales 1 a 3 de la Convención de Viena, Convención de Mérida, art. 46 numerales 1 a 3). También hace referencia a la “más amplia asistencia judicial” la Convención de Palermo en relación a los delitos comprendidos en la misma (art. 18.1) en enumeración que en el marco de dicho convenio tampoco es taxativa. Incluso, en el art. 4 se establece la posibilidad de que un Estado comunique a otro, sin previa solicitud,

información relativa a cuestiones penales en caso de que la misma pudiera dar lugar a indagaciones o procesos penales o solicitud de asistencia (art. 18.4 y 18.5). Tan es una obligación que la Convención de Palermo precisa que: “Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente”. De igual forma lo regula la Convención de Mérida en el art. 46 numeral 23).

Por su parte, la Convención de Mérida refiere específicamente en el elenco de medidas de asistencia a las medidas cautelares y recuperación de activos, a los que luego regulará con mayor detalle. (art. 46.3 literal j y k).

Sin perjuicio de ello, se prevén causales para denegar la cooperación. Dichas excepciones consisten en: falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el tratado, cuando la petición pueda menoscabar la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses fundamentales del requerido.

También cuando la asistencia solicitada resulte prohibida por el derecho interno del requerido para un delito análogo a aquel por el que se solicita la cooperación o cuando acceder a las solicitudes de cooperación sean contrarias al ordenamiento jurídico de la parte requerida. (art. 7.15 de la Convención de Viena, Convención de Palermo art. 18.21, Convención de Mérida, art. 46.21). Así mismo, conforme a la Convención de Palermo no podrá denegarse la cooperación porque el delito entrañe también asuntos fiscales (ídem Convención de Mérida, art. 46.22)

La regulación establecida en estos Tratados no afecta ni limita las obligaciones derivadas de otros Tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros y aplicación de la Convención en subsidio de tratados de asistencia judicial recíproca (art. 7 numeral 7 Convención de Viena, Convención de Palermo, art. 18.6 y 18.7) en criterio que mantiene la Convención de Mérida (art. 46.6).

Establecimiento de la Autoridad Central como autoridad encargada de la transmisión de las solicitudes de asistencia (art. 7 numeral 8 Convención de Viena, Convención de Palermo, art. 18.13, Convención de Mérida, art. 46.13)

Se aplicará la *lex fori* para el cumplimiento de la solicitud sin perjuicio de seguirse procedimientos especiales que sean solicitados por el requirente y en tanto no estén prohibidos por la ley local (art. 7.12 de la Convención de Viena, Convención de Palermo, art. 18.17, Convención de Mérida, art. 46.17)

Aplicación del principio de especialidad. La parte requirente no podrá utilizar la información o pruebas proporcionadas sin previo consentimiento de la requerida (art. 7.13 de la Convención de Viena, Convención de Palermo, art. 18.19, Convención de Mérida art. 46.19), nada de lo cual puede impedir la revelación de pruebas exculpatorias para la persona acusada conforme así lo precisa la norma última citada.

Reserva de la solicitud a pedido del requirente y siempre que ello sea posible para el requerido, (art. 7.14 de la Convención de Viena Convención de Palermo, art. 18.20, Convención de Mérida, art. 46.20)

Posibilidad de diferir la prestación de asistencia en la medida en que exista una investigación o proceso en trámite (art. 7.16 de la Convención de Viena, Convención de Palermo art. 18.25, Convención de Mérida, art. 46.25).

Proveimiento de salvoconducto para el testigo, perito o persona que en cualquier calidad acceda declarar en el territorio del estado requirente (art. 7.18 de la Convención de Viena, Convención de Palermo, art.18.10 y 18.11, 18.12, Convención de Mérida, art. 46.27)

En relación a los gastos, se establece que los gastos ordinarios serán de cargo de la parte requerida, salvo acuerdo en contrario, remitiendo a la consulta entre las partes en caso de gastos extraordinarios o cuantiosos (art. 7. 19 de la Convención de Viena, Convención de Palermo art. 18.28, Convención de Mérida, art.46.28).

Se prevé la entrega vigilada como mecanismo eficaz para descubrir a las personas involucradas en los delitos regulados en cada uno de los respectivos convenios (art. 11 de la Convención de Viena). La convención de Palermo, además de la entrega vigilada, propugna por la celebración de acuerdos a efectos del uso de otras técnicas especiales de investigación (art.20) así como para realizar investigaciones conjuntas (art. 19).

En materia de decomiso, proceder a la detección, identificación y embargo preventivo del producto, bienes, instrumentos o elementos provenientes de los respectivos delitos, a solicitud de la parte donde tales delitos se cometieron. (Convención de Viena, art. 5.4, Convención de Palermo, art. 13.1 y 13.2) Las medidas cautelares a adoptar se regularán por la ley del Estado requerido conforme a su derecho interno y con sujeción a sus disposiciones o tratados o acuerdos que tuviere en vigor (art. 5.4 de la Convención de Viena, art. 13.4 de la Convención de Palermo). Para el caso que se requiera la existencia de un tratado a estos efectos, la misma Convención servirá como base necesaria y suficiente (art. 5. 4 f. de la Convención de Viena, Convención de Palermo, art. 13.6). Así mismo se regula la posibilidad de que los Estados acuerden como distribuir el valor de los bienes o efectos decomisados, o donarlos a Organismos Internacionales, cuando dicho decomiso hubiere operado a solicitud de otro Estado (art. 5.5 Convención de Viena). También podrán celebrar Tratados a fin de aumentar la eficacia de la colaboración internacional en relación al decomiso (Convención de Palermo, art.13.9).

La Convención de Mérida sigue líneas similares, aunque desarrolla con mayor detalle la cooperación en lo que hace a las medidas cautelares con fines de decomiso y el decomiso. Regula el punto en sus artículos 54 a 57, a fin de lograr una amplia y eficiente colaboración sin perjuicio de poder poner fin a las medidas adoptadas toda vez que no se reciban “pruebas suficientes u oportunas” de parte del requirente o si los bienes son de escaso valor (art. 55). En cuanto al destino de los bienes decomisados, el art. 57 permite al Estado requerido deducir los costos en que incurrió para llevar adelante las actuaciones que permitieron la restitución o disposición de los bienes decomisados.

La Convención de Palermo permite denegar la cooperación en los casos en que no se verifique el requisito de la doble incriminación (art. 18.7). También lo permite la Convención de Mérida, aunque si ello está en consonancia con su derecho interno, el re-

querido podrá igual prestar colaboración en relación a actos que no supongan medidas coercitivas (art. 46.9)

El Estado requerido no invocará el secreto bancario para denegar asistencia judicial (Convención de Palermo, art.18.8, Convención de Viena art. 7.5. Convención de Mérida, art. 46.8).

En relación a la Convención de Viena y en lo que hace a las medidas de decomiso, el art. 5.2 establece que las partes adoptarán las medidas necesarias para la identificación, detección y embargo preventivo, entre otros del producto del delito con miras a su decomiso, hipótesis en la que se incluiría el dinero obtenido de la actividad de narcotráfico, y por lo tanto, conforme al art. 5.3 los Estados partes deberán facultar a sus tribunales para la ordenar la presentación o incautación de documentos bancarios, financieros, comerciales, sin que puedan negarse amparándose en el secreto bancario. Como lo enseña Operti, refiriéndose al punto, desde que el secreto bancario forma parte del orden público del Estado uruguayo, corresponde poner en armonía las obligaciones derivadas de la Convención y los intereses del Estado. Sin embargo, *“esta armonía no equivale a denegación de asistencia o cooperación porque existe un deber de cooperación internacional, pero sí equivale a una serie de controles que vienen desde adentro de la propia norma internacional y que además dentro del propio sistema jurídico uruguayo se cobijan, válidamente en el orden público internacional”*³⁹ por lo que cabe considerar que el mandato de la Convención de Viena referido en el art. 5.2 se encuentra cumplido conforme al DL 15.322, norma de policía, aplicable y que determinará que el Juez uruguayo actuando en función del art. 5.2 mencionado no sea un mero homologador sino que deberá dictar una decisión fundada propia.

En lo que hace a las formas, se prevé la forma escrita, sin perjuicio de que en situaciones de urgencia puedan remitirse dichas solicitudes verbalmente debiendo ser luego confirmadas por escrito (Convención de Viena, art. 7.9, Convención de Palermo, art. 18.14, Convención de Mérida, art. 46.14).

La Convención de Palermo incorporó el uso de la video-conferencia como medio a los efectos de recibir declaraciones de personas localizadas fuera del lugar del juicio (art.18.18), en solución seguida también por la Convención de Mérida (art. 46.18).

7- TRATADOS BILATERALES

Como ya se señaló anteriormente, Uruguay ha suscrito y ratificado numerosos tratados bilaterales sobre Cooperación Penal Internacional, de los que se han indicado los últimos ratificados en el Capítulo 4.

Estos textos, todos aprobados en los últimos años, esto es a partir de fines de la década del 90 y en su mayoría en la primera década del Siglo XXI, presentan características generales similares, al punto que son mínimas las diferencias que pueden

39 OPERTTI, D- *“El Secreto bancario y la actuación del Poder Judicial en el marco de los instrumentos de Cooperación Penal Internacional”*, Secreto Bancario en el Uruguay- Montevideo, FCU, 1995, pág.

73.

ubicarse entre uno y otro, manteniendo incluso en muchos casos hasta una redacción prácticamente idéntica.

Todos guardan además una regulación que sigue los lineamientos de la Convención de Nassau y el Protocolo de San Luis. Tanto es así por ejemplo que los Tratados con Perú y Ecuador, fundamentalmente el primero, reproducen literalmente las soluciones de la regulación del Mercosur.

Por todo ello, puede destacarse que en todos los textos se prevé la obligación de prestar asistencia, y en caso de que ello no sea posible informar los motivos, sin perjuicio de que se establecen causales para denegar la cooperación, consistentes en las admitidas en los textos tanto del Mercosur como CIDIP, esto es: delitos políticos, militares, tributarios (sin perjuicio de prestarse asistencia en supuestos de declaración intencionalmente falsa o una omisión de declaración intencional para ocultar ingresos provenientes de otros delitos), que la persona requerida haya sido absuelta o ha cumplido pena por el mismo delito en el Estado requerido (*non bis in ídem*), cuando la solicitud es contraria al orden público, a la seguridad o intereses esenciales del Estado.

En cuanto a las Autoridades involucradas, salvo el Tratado con Francia, todos prevén que podrán requerir asistencia las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos, lo que permite adecuar la regulación a los sistemas procesales penales inquisitivos o acusatorios y en definitiva también a la etapa del proceso en que se solicite la asistencia.

Debe tenerse presente que a la hora de negociarse y ratificarse estos Tratados nuestro país regulaba el proceso penal por las disposiciones del DL 15.032 y por lo tanto en base a un sistema inquisitivo, lo que no era propio de los demás países de la región, motivo por el cual la fórmula adoptada – al igual que la prevista en el Protocolo de San Luis o la Convención de Nassau – permitía su aplicación a los dos sistemas. Ello determina que el cambio operado al sistema acusatorio a partir de la Ley 19.293 y modificativas no habrá de tener consecuencias en los mismos.

Todo ello, salvo en el caso del Tratado con Francia. En este caso, contando ambos países con sistema inquisitivos a la hora de celebrar el Tratado, no previeron en éste la legitimación de las Fiscalías, pese a que actualmente es ésta quien tiene competencia en la etapa de la indagatoria preliminar. En efecto, el art. 3 dispone que: “Las autoridades competentes serán para Uruguay y Francia las autoridades judiciales”.

Los Tratados en examen, además, asignan participación a la Autoridad Central designada por cada Estado para intervenir en el proceso de transmisión de las solicitudes de cooperación otorgándole además funciones de comunicación entre ellas de modo de facilitar la prestación de la asistencia.

Todo ello, en línea con el Protocolo de San Luis y la Convención de Nassau.

Al igual que éstos últimos textos, se permite que las autoridades requirentes concurren al territorio del Estado requerido a estar presentes durante la realización de las di-

ligencias requeridas si bien en general no se permite el ejercicio de las funciones propias de aquellas en el territorio del Estado requerido.

Escapa a esta regla el art. 16.3 del Tratado con el Reino de España en el que se dispone: “El Estado requerido autorizará la presencia de las personas que se especifiquen en la solicitud durante el cumplimiento de la misma, facultándolas para interrogar a la persona cuyo testimonio o pruebas hayan de recibirse en la forma prevista por las leyes del Estado requerido. La audiencia tendrá lugar según los procedimientos establecidos por las leyes del Estado requerido.” Conforme a ello, en este caso, las Autoridades que comparezcan ante el requerido no solo presenciarán lo actuado por las Autoridades de éste, sino que podrán, por sí, interrogar a los peritos y testigos.

En lo que hace a la participación del concernido, todos los textos coinciden en no otorgarle a estas facultades para obtener pruebas o solicitar la supresión o exclusión de pruebas, más allá de la extensión que se asigne en definitiva a esta disposición según ya se indicara y en función de las garantías del debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa.

La doble incriminación no es exigida como regla general y sólo debe cumplirse para las medidas susceptibles de ocasionar gravamen de igual forma en que se la exige en el Protocolo de San Luis o la Convención de Nassau.

La regulación en materia de confidencialidad, principio de especialidad, asignación de los costos, medidas a cumplirse, y formalidades son similares y coinciden también con los textos multilaterales referidos, variando la solución en cuanto a admitir, en casos de urgencia, solicitudes no escritas sujetas a confirmación por escrito a posteriori.

8- NORMAS DE FUENTE NACIONAL

Como se señalará en más de una oportunidad en este trabajo, y precisamente es el motivo que le diera origen, a nivel de derecho positivo de fuente nacional, no tenemos una norma general que regule la cooperación penal internacional. A diferencia de lo que ocurrió en materia no penal con la aprobación del Código General del Proceso, y la regulación establecida en los arts. 524 a 543, el NCPP no ha incluido este tema, previendo únicamente el instituto de la Extradición.

A la fecha entonces contamos únicamente con algunas normas que tratan la cooperación penal internacional pero que lo hacen en relación a los delitos que las mismas comprenden.

Así, podemos indicar al efecto como norma vigente la recientemente aprobada Ley Integral contra el Lavado de Activos, Ley 19.574 Publicada D.O. 10 ene/018, la que en el Capítulo IX regula la Cooperación Jurídica Penal Internacional, cosa que realiza en relación a los delitos regulados por la propia norma, esto es, los previstos en los arts. 30 a 33 y actividades delictivas previstas en el art. 34.

En función de lo expuesto, con tal regulación se deroga tácitamente en cuanto al punto las previsiones de los artículos 75 a 80 de la ley 17.016 que también se referían a la cooperación penal internacional en relación a los artículos 30 a 34 del DL 14.294 en la redacción que la propia Ley 17.016 les daba. La cooperación referida a tales delitos, y en función del art. 68 de la ley 19574 pasa a quedar incluida en ésta.

Por consiguiente, la Ley 19574 se aplica a los delitos previstos en los arts. 30 a 33⁴⁰, esto es delitos de Lavado de activos, y las actividades delictivas precedentes establecidas en el art. 34 y cuyo margen ha sido ampliado largamente⁴¹.

Por consiguiente, al abarcar como actividades ilícitas precedentes también los delitos de corrupción pública establecidos en la Ley 17.060, la nueva Ley 19574 sustituye también la regulación que aquella contenía en materia de cooperación penal internacional y que preveía una solución distinta a la ahora establecida en relación al requisito de la doble incriminación.

Todavía, debe insistirse en que no cabe duda que el nuevo elenco de actividades delictivas precedentes del lavado de activo ha significado una expansión importante en lo que hace al alcance de la cooperación que la Ley 19574 regula, comprendiendo delitos que afectan a diversos bienes jurídicos.

40 **Artículo 30: (Conversión y transferencia).**- El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley será castigado con pena de dos a quince años de penitenciaría. **Artículo 31: (Posesión y tenencia).**- El que adquiriera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley, o que sean el producto de tales actividades, será castigado con una pena de dos a quince años de penitenciaría. **Artículo 32: (Ocultamiento).**- El que oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes, o productos u otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría. **Artículo 33: (Asistencia).**- El que asista al o a los agentes en las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, con la misma finalidad, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría. No quedan comprendidos en la presente disposición la asistencia ni el asesoramiento prestado por profesionales a sus clientes para verificar su estatus legal o en el marco del ejercicio del derecho de defensa en asuntos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación.

41 Art. 34-(Actividades delictivas precedentes).- Son actividades delictivas precedentes del delito de lavado de activos en sus diversas modalidades previstas en los artículos 30 a 33 de la presente ley, los siguientes delitos: 1) Los delitos previstos en el Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974 en las redacciones dadas por la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998 y Ley N° 19.172, de 20 de diciembre de 2013 (narcotráfico y delitos conexos). 2) Crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad tipificados por la Ley N° 18.026, de 25 de setiembre de 2006. 3) Terrorismo. 4) Financiación del terrorismo. 5) Contrabando cuyo monto real o estimado sea superior a 200.000 UI (doscientas mil unidades indexadas). 6) Tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción. 7) Tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos. 8) Tráfico ilícito y trata de personas. 9) Extorsión. 10) Secuestro. 11) Proxenetismo. 12) Tráfico ilícito de sustancias nucleares. 13) Tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos. 14) Estafa cuyo monto real o estimado sea superior a 200.000 UI (doscientas mil unidades indexadas). 15) Apropiación indebida cuyo monto real o estimado sea superior a 200.000 UI (doscientas mil unidades indexadas). 16) Los delitos contra la Administración Pública incluidos en el Título IV del Libro II del Código Penal y los establecidos en la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998 (delitos de corrupción pública). 17) Quiebra fraudulenta. 18) Insolvencia fraudulenta. 19) El delito previsto en el artículo 5° de la Ley N° 14.095, de 17 de noviembre de 1972 (insolvencia societaria fraudulenta). 20) Los delitos previstos en la Ley N° 17.011, de 25 de setiembre de 1998 y sus modificativas (delitos marcarios). 21) Los delitos previstos en la Ley N° 17.616, de 10 de enero de 2003 y sus modificativas (delitos contra la propiedad

Ello sin embargo, no obsta a que se proponga una regulación completa y general en materia de cooperación en la medida en que como actividades delictivas precedentes, muchos de los delitos han sido acotados en su descripción, exigiéndose en algunos casos que se haya actuado a través de un grupo criminal organizado o que los ingresos ilegítimamente obtenidos superen determinado monto. Por consiguiente, queda un amplio margen todavía de actividades delictivas para las cuales, de no existir tratado con el Estado de donde se solicite asistencia, no existe regulación.

En lo que hace entonces a la regulación dada por la Ley 19.574, la misma hace referencia a solicitud de autoridades competentes no limitándola a tribunales por lo que se trata de las autoridades competentes para la investigación y juzgamiento de delitos, comprendiendo entonces a las Fiscalías o Tribunales según se trata de sistemas acusatorios o inquisitivos y según la etapa del juicio en que se solicite la asistencia (art. 68)

En cuanto al objeto de la asistencia, comprende, el auxilio jurídico en actividades de mero trámite, probatorio, cautelar o de inmovilización, confiscación, decomiso, o transferencia de bienes (art. 68).

La Autoridad Central, deberá remitir a las autoridades jurisdiccionales o administrativas con funciones jurisdiccionales las solicitudes que reciba, sin requerirse legalización, siendo las vías de transmisión desde el requirente conforme al art. 69 in fine no solo a través de la Autoridad Central sino también la vía diplomática o consular.

En lo que hace al diligenciamiento de la solicitud, se hará conforme a la ley uruguaya, (*lex fori*) siguiendo así lo que es la regla en esta materia. Además de exigirse que la solicitud esté debidamente fundada, identifique la autoridad requirente y esté traducida, para todo tipo de medidas de cooperación deberá exigirse el requisito de la doble incriminación pues el art. 71 no realiza salvedad alguna en relación al grado de aquella. Si se trata de medidas tales como registros, levantamiento del secreto bancario, embargo, secuestro y entrega de cualquier objeto, comprendidos, entre otros, documentos, antecedentes o efectos, la medida se someterá a la ley procesal y sustantiva de la República.

Conforme al art. 68 recibida la solicitud en principio la misma debe ser cumplida, en tanto se sujete a los requisitos legalmente previstos, por lo que podemos señalar que también en la ley 19574 se ha previsto la cooperación como obligación para nuestro Estado, el que en principio debe cumplirla. Obviamente, no a cualquier costo y por ello el art. 71 permite rechazar la solicitud en la medida cuando ésta afecte el orden público internacional, en redacción que se adecua a la declaración de Uruguay, efectuada al momento de suscribir la Convención de Normas Generales (CIDIP II) y por lo tanto cuando aquella afecte de manera concreta, grave y manifiesta el orden público, a lo que se agrega la afectación de otros intereses esenciales de la República, lo que no han sido especificados.

También en caso de que los datos aportados por el requirente sean insuficientes, sin perjuicio de solicitarse su aclaración, de no llevarse a cabo la misma, también podrá rechazarse el pedido del requirente (art. 75).

Así mismo, y en consonancia con los textos multilaterales antes mencionados en este trabajo, y en los que es regla para nuestro sistema jurídico se establece que las autoridades extranjeras no podrán cumplir en nuestro país actividades que la legislación nacional reserva a las autoridades locales. La nueva norma también incursiona en la regulación de la responsabilidad del Estado por actos de cooperación, lo que remite a la legislación interna, sin perjuicio de la eventual repetición contra el estado extranjero, extremo éste que deberá ser comunicado a la autoridad requirente vía Autoridad Central (art. 77).

Finalmente, y si bien fuera del capítulo referido a cooperación, la Ley integral también prevé la participación de nuestro país y Estados extranjeros en el reparto del producto de bienes decomisados, para lo cual no da una solución específica sino la posibilidad de que nuestro país suscriba acuerdos al respecto (art. 60).

9- DERECHO COMPARADO

Si bien la extensión de este trabajo impide realizar un análisis más profundo en cuanto a que soluciones han seguido otros países en relación a la eventual adopción de una Ley de Cooperación Penal Internacional, a nivel de derecho comparado, pueden encontrarse algunos sistemas que han seguido ese camino.

9.1- Así, en **ARGENTINA** rige la Ley N° 24.767 “Ley de Cooperación Internacional en materia Penal”, fue sancionada el 18 de diciembre de 1996 y promulgada de hecho, el 13 de enero de 1997.

En la misma se regulan las disposiciones generales, extradición, asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos, cumplimiento de condenas, competencia así como disposiciones transitorias y de forma.

Como lo señalaran D’Alesio, de Paoli y Tamini, esta Ley “*produce una extraordinaria innovación en esta materia. Se inspira en la idea de que la cooperación internacional constituye un tema de relaciones internacionales capaz de afectar los derechos de los habitantes*”⁴²

En lo que hace a las características generales del sistema establecido, se prevé que la Argentina prestará la “más amplia cooperación”, art. 1, (principio de amplia y pronta cooperación).

Conforme al artículo 1°: “La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél. Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda.”.

También se establece que esta norma se aplicará en defecto de tratado sin perjuicio de que pueda utilizarse para interpretar el texto de los tratados - art. 2- (principio de

42 D’ALESIO A, DE PAOLI G y TAMINI, A – “La nueva Ley Argentina de extradición y Cooperación en Materia Penal”, Revista de Ciencias Penales N° 4, (1998), pág 495.

subsidiariedad) y que salvo que exista un tratado que la prescriba la ayuda estará subordinada a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad (art. 3).

En cuanto a las formas, sigue el principio general, conforme al cual no se requiere legalización en caso de transmisión de las solicitudes por vía oficial (art. 4) exigiéndose sí la traducción al idioma español.

Finalmente, en relación al exhortante, su competencia se determinará conforme a su propia ley lo que constituye una norma que favorece la cooperación al evitar criterios disímiles entre exhortante y exhortado, sin que obste a la asistencia el hecho de que Argentina pudiere ser también competente (art. 5).

Estrictamente y en lo que refiere a la “asistencia en la investigación y juzgamientos de delitos”, regulada en los artículos 67 a 81, cabe destacar en primer término que no se exige en principio el requisito de la doble incriminación (art. 68), salvo que se trate de medidas de segundo grado, tales como el secuestro de bienes o medidas susceptibles de ocasionar limitaciones a otros derechos, tales como el registro domiciliario, seguimiento de personas, interceptación de correspondencia o intervenciones telefónicas.

Quedan excluidos de la cooperación, al igual que se excluye la extradición, conforme al art. 8, los casos que refieran a delitos políticos, delito militar, delito tramitado por Comisión Espacial prohibida por el art. 18 de la Constitución, o delito perseguido con fines persecutorios por razones de opinión política, nacionalidad, raza, o religión. También se excluye la cooperación por razones de soberanía nacional, seguridad, orden político u otros intereses esenciales del Estado (art. 10).

En cuanto al pedido de asistencia, el requirente deberá aportar la información que dé cuenta de la autoridad de que proviene la solicitud, el hecho delictivo que la motiva, tipificación y pena que corresponden, objeto de la solicitud y circunstancias necesarias para asegurar la eficacia de la medida, datos de las personas autorizadas para participar en los procedimientos.

Al igual que en materia convencional se permite a la Autoridades argentinas disponer el aplazamiento de la asistencia cuando la medida solicitada pueda interferir con una investigación penal local (art. 72).

La medida solicitada se diligenciará conforme a la ley local (art. 73). En cuanto al diligenciamiento de algunas medidas se destaca que si se tratare del traslado de persona detenida para prestar declaración, éste solo podrá disponerse con su expreso consentimiento y con la garantía de salvoconducto (art. 77).

Si se tratare de la citación de un imputado, testigo o perito para que comparezca ante el Estado requirente, no serán de aplicación las normas sancionatorias previstas en la legislación Argentina, salvo que el citado hubiere recibido un adelanto pecuniario por concepto de gastos de viaje (art. 79)

El envío de documentos originales, podrá sujetarse a la obligación de devolución (art. 80).

En cuanto a los gastos de depósito y envío, traslado de personas y honorarios de peritos, esto será de cargo del requirente (art. 81).

9.2- En **PERÚ**, el Código del Proceso Penal (Decreto legislativo N° Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2004) en su Libro Séptimo regula la Cooperación Penal Internacional, lo que incluye los principios generales en esta materia, la extradición activa y pasiva y la asistencia judicial propiamente dicha (Sección III, arts. 528- 538), además de regular el cumplimiento de condenas en el extranjero, en una regulación completa y en base a los criterios de regla postulados en los Tratados internacionales, sin perjuicio de adicionar el requisito de la reciprocidad.

Las previsiones antes indicadas operan en caso de que no exista tratado (principio de subsidiaridad) y bajo condición de reciprocidad (art. 508). Al igual que la legislación argentina, se establece que las solicitudes deben ser formuladas por escrito y traducidas al español, (art. 509).

Se otorga competencia a la Autoridad Central, localizada en la Fiscalía General de la Nación, a estos efectos y así, la autoridad extranjera se dirigirá a ella para instar los actos de Cooperación Judicial Internacional, y para coordinar y efectuar consultas en esta materia y las autoridades locales efectivizarán sus solicitudes al extranjero a través de la misma.

La competencia de la autoridad requirente se examinará conforme a su ley y no será obstáculo para prestar cooperación que la justicia Peruana sea también competente. Si se requiere la práctica de algunas diligencias con arreglo a determinadas condiciones, su ejecución está condicionada a que no contraríe el ordenamiento jurídico peruano.

Como actos de cooperación el art. 511 establece:

a) Notificación de resoluciones y sentencias, así como de testigos y peritos a fin de que presenten testimonio;

b) Recepción de testimonios y declaraciones de personas;

c) Exhibición y remisión de documentos judiciales o copia de ellos;

d) Remisión de documentos e informes;

e) Realización de indagaciones o de inspecciones;

f) Examen de objetos y lugares;

g) Práctica de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos;

h) Facilitar información y elementos de prueba;

i) Traslado temporal de detenidos sujetos a un proceso penal o de condenados, cuando su comparecencia como testigo sea necesaria, así como de personas que se encuentran en libertad;

j) Traslado de condenados;

k) Diligencias en el exterior; y,

l) Entrega vigilada de bienes delictivos.

2. La Cooperación Judicial Internacional también comprenderá los actos de asistencia establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Conforme al art. Art. 528, para que la asistencia proceda, se requiere que la pena privativa de libertad para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y siempre que no se trate de delito sujeto exclusivamente a la legislación militar.

Más allá de la amplitud con que la cooperación es concebida, en el art. 529, se prevén hipótesis en que la misma puede ser denegada, a saber:

a) El imputado hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado por el delito que origina dicha solicitud;

b) El proceso ha sido iniciado con el objeto de perseguir o de castigar a un individuo por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, ideología o condición social;

c) La solicitud se formula a petición de un tribunal de excepción o Comisiones Especiales creadas al efecto;

d) Se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses fundamentales del Estado;

e) La solicitud se refiera a un delito tributario, salvo que el delito se cometiera por una declaración intencionalmente falsa, o por una omisión intencional, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito.

En relación a la doble incriminación, en principio no es exigida salvo que se trate de las medidas previstas en literal h) del numeral 1) del artículo (bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos.

La regulación de los datos que debe contener la carta rogatoria se ajusta a las exigencias generales, en especial las contenidas en la Convención de Nassau y también se regulan de manera similar a ésta la recepción de testimonios en el país y el traslado de

personas para declarar en el extranjero con la exigencia del debido salvoconducto (arts. 531 a 537).

Y finalmente, se regula la posibilidad de que autoridades extranjeras realicen diligencias en el territorio nacional para lo cual su ejecución estará condicionada a que no se afecten derechos y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico peruano. En este caso, prestará a la autoridad extranjera el auxilio que requiere para el cumplimiento de dichas diligencias. El Ministerio Público será citado y participará activamente en el procedimiento de ejecución (art. 539).

Asimismo, que las Autoridades Peruanas cumplan diligencias en el exterior. Al respecto se dispone:

“ARTÍCULO 538.- Práctica de diligencias en el extranjero por Fiscal o Juez peruanos:

1. Cuando sea necesaria la práctica de diligencias en territorio extranjero, el Fiscal Superior o la Sala Penal Superior competente, según corresponda realizarla al Fiscal o al Juez, podrán de acuerdo con la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, previa aceptación del Estado extranjero, autorizar el traslado del Fiscal o del Juez. La decisión que se emite no es recurrible.

2. El Fiscal o el Juez dispondrá se forme cuaderno aparte conteniendo copia certificada de los actuados pertinentes que resulten necesarios para determinar la necesidad y urgencia. La resolución que acuerde solicitar la autorización será motivada y precisará las diligencias que deben practicarse en el extranjero.

3. La Fiscalía de la Nación recibirá por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores la respuesta del Estado requerido sobre la posibilidad de realizarse en su territorio estas diligencias y las anexará a los actuados.

4. Expedida la autorización a que se refiere el primer párrafo de este artículo, dará aviso al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la representación diplomática acreditada en Perú del país donde debe realizarse la diligencia.”

Se trata en definitiva de una normativa muy moderna, que recoge las enseñanzas de la doctrina especializada y los Tratados internacionales en cuanto al punto y que constituye, sin duda, un antecedente a considerar a la hora de regular en forma general la entrea ayuda internacional en nuestro país.

9.3- En **CHILE**, pese a que el Código del Proceso Penal ha sido modelo en Latinoamérica por su moderna regulación del proceso acusatorio, éste no ha incluido una regulación general de la Cooperación Penal Internacional. Cuenta sí con algunas normas aisladas, concretamente:

Artículo 20 bis del Código Procesal Penal, que dispone: “(Tramitación de solicitudes de asistencia internacional). Las solicitudes de autoridades competentes de país extranjero para que se practiquen diligencias en Chile serán remitidas directamente al Ministerio Público, el que solicitará la intervención del juez de garantía del lugar en que deban

practicarse, cuando la naturaleza de las diligencias lo hagan necesario de acuerdo con las disposiciones de la ley chilena.”

Artículo 13 del CPP (sobre efecto en Chile de las sentencias extranjeras): “Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente. En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado. La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes.”

Artículo 76 del Código de Procedimiento Civil (norma supletoria para la tramitación de asistencias judiciales -entre juzgados-): “Cuando hayan de practicarse actuaciones en país extranjero, se dirigirá la comunicación respectiva al funcionario que deba intervenir, por conducto de la Corte Suprema, la cual la enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste a su vez le dé curso en la forma que esté determinada por los tratados vigentes o por las reglas generales adoptadas por el Gobierno. En la comunicación se expresará el nombre de la persona o personas a quienes la parte interesada apodere para practicar las diligencias solicitadas, o se indicará que puede hacerlo la persona que lo presente o cualquiera otra. Por este mismo conducto y en la misma forma se recibirán las comunicaciones de los tribunales extranjeros para practicar diligencias en Chile”.

Otras disposiciones: artículos 23, 26, 47, 49 y 65 de la ley N° 20.000 (Ley de Tráfico de Estupefacientes). Todas dichas normas aplicables también al delito de lavado de dinero y otros tipificados en la ley N° 19.913.

Artículo 33 letra d) ley N° 19.913 (remisión a la regulación de la ley N° 20.000).

Artículo 37 de la ley N° 19.913 (congelamiento, incautación y comiso de bienes por valor equivalente).

9.4- A nivel **EUROPEO**, al margen de los Tratados Internacionales, la UE ha adoptado diversos instrumentos legislativos con arreglo al principio de reconocimiento mutuo. Se destacan: la orden de detención europea, el exhorto europeo de obtención de pruebas, el embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, las resoluciones de decomiso, el intercambio de información sobre registro de penados/condenas, medidas previas y posteriores al juicio, reconocimiento mutuo de medidas de protección, reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

Además, podemos hacer referencia a varias regulaciones específicas de fuente nacional, sobre el tema tales como la Ley Federal sobre Cooperación Judicial en Materia Penal de la Confederación Helvética (20 de marzo de 1980), Ley alemana de 1982, nuevo Código del Proceso Penal italiano, (Libro XI) de 1988, Criminal Justice International

Cooperation Act de Reino Unido de 1990, Decreto Ley número 43 de 22 de enero de 1991 de Portugal.⁴³

En el ámbito europeo además resulta relevante consignar la existencia de un intenso entramado orgánico cuya finalidad consiste en facilitar la actuación judicial transfronteriza en el ámbito europeo. Este entramado ha ido evolucionando desde formas singulares – los magistrados de enlace – a formas plurales más complejas – las redes – para culminar en una estructura orgánica con personalidad jurídica propia – Eurojust-, sin embargo, éste tipo de estructuras no ha sustituido en su totalidad la cooperación más tradicional, por lo que ambas formas conviven, superponiéndose en algún punto.⁴⁴

Dentro de las formas orgánicas establecidas podemos señalar:

a) Red Judicial Europea creada por la Acción Común 98/428/JAI de 29 de junio de 1998²⁶⁷, actualmente derogada. Se trataba de una estructura destinada a facilitar los contactos directos entre autoridades responsables de la cooperación penal en la lucha contra las formas de delincuencia grave en los Estados miembros. Es un entramado puntos de contacto nacionales designados por cada Estado.

b) Red Europea de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, creada para favorecer la cooperación estrecha entre los Estados de la UE en relación con delitos como el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra, para la localización de personas implicadas que se refugian dentro de las fronteras de la Unión.

c) Eurojust. Es un órgano de la UE que cuenta con personalidad jurídica propia. Su misión es coordinar y dotar de eficacia a la lucha contra el crimen organizado dentro del espacio europeo.

10- COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Uruguay, a través de la Ley 18.026, Publicada en el D.O; 4 oct/2006, reguló la competencia a prestarse a la Corte Penal Internacional, obligándose a prestar amplia asistencia a la misma.

En efecto, el art. 31 hace referencia una “cooperación plena” con la misma, disponiendo:

“Artículo 31. (Cooperación plena).

1.1. La República Oriental del Uruguay cooperará plenamente con la Corte Penal Internacional y cumplirá con las solicitudes de cooperación y asistencia que se le formulen, de conformidad con lo previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por Ley N° 17.510, de 27 de junio de 2002, y el ordenamiento jurídico interno de la República. A los efectos de los artículos siguientes, toda referencia al "Estatuto de

43 PELLEGRINI GRINOVER, A. “Cooperación Internacional en el Proceso Penal. Líneas evolutivas y garantías procesales”, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Número 2 (1996) pág. 150.

44 RODRÍGUEZ- MEDEL NIETO, C – “Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España”, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, año 2017, <https://eprints.ucm.es/41027/1/T38322.pdf>, pág 151.

Roma" se entenderá realizada al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por Ley N° 17.510, de 27 de junio de 2002.

1.2. No podrá invocarse la inexistencia de procedimientos en el orden interno para denegar el cumplimiento de solicitudes de cooperación emanadas de la Corte Penal Internacional.

1.3. No podrá discutirse acerca de la existencia de los hechos que la Corte Penal Internacional impute a una persona, ni sobre la culpabilidad del requerido."

Esta cooperación luego es desarrollada en los artículos siguientes, destacándose que:

Las solicitudes de cooperación y asistencia recibidas de la Corte Penal Internacional se remitirán a la Dirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura, quien actuará como Autoridad Central (art. 32.3)

Así mismo, conforme al art. 34, tanto el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial podrán solicitar a la Corte Penal Internacional o a cualquiera de sus órganos, las solicitudes de cooperación que consideren necesarias para una investigación o proceso penal que se siga en nuestro país, conforme a lo previsto en el artículo 93 párrafo 10 del Estatuto de Roma.

A diferencia de lo que ocurre en relación a Autoridades Extranjeras, y motivado ello en la índole del Tribunal Penal Internacional cuya competencia ha reconocido nuestro país, el art. 36, dispone que cuando se trate de la investigación o enjuiciamiento de crímenes cometidos en el Uruguay o cuando se encuentren en nuestro país las personas indagadas, testigos o víctimas de crímenes que fueron cometidos en otra jurisdicción, se autoriza sin restricciones, previa noticia a la Suprema Corte de Justicia, que la Corte Penal Internacional sesione en el Uruguay o establezca una oficina especial, facilitando que así lo haga también cuando ésta entienda que redundaría en interés de la justicia.

El Título III de la norma citada prevé la detención y entrega de personas, (art. 48 y ss.) secuestro de bienes (art. 51) así como otras medidas de cooperación, entrega de documentos, citaciones a testigos y peritos, recepción de testimonios, (arts. 63 y siguientes).

Se trata de normas que prevén una cooperación intensa hacia el tribunal internacional, con niveles de asistencia que podríamos considerar más fuertes que los reconocidos a Estados extranjeros y que se justifican por la naturaleza de los delitos y de la propia Corte Internacional que prevé el Estatuto de Roma ratificado por nuestro país por Ley 17.510 de 27 de junio de 2002.

Siendo así, sus disposiciones no resultan traspolables a una regulación general de entretayuda internacional destinada a casos vinculados con Estados con quienes no tengamos Tratados.

11- PROYECTO DE LEY

Como se señalara reiteradamente a lo largo de este trabajo, por el mismo se pretende subsanar la omisión padecida por el NCPP, el que no hizo ninguna referencia a la cooperación judicial internacional. Siendo así, se estima adecuado incorporar la norma proyectada al referido Código, lo que – en un escenario hipotético -se verificaría en el LIBRO VIII, que se agregaría al final de aquel, de manera de no modificar la numeración de los artículos vigentes al día de la fecha.

El texto legal, en definitiva, sería el que se indica a continuación:

PROYECTO DE LEY:

Artículo único:

1- Deróganse los artículos 60 y 68 a 77 de la Ley 19.574 y todas las normas que se opongan a la presente.

2- Incorpórase al Código del Proceso Penal, Ley 19293 de 19 de diciembre de 2014, con las modificaciones de las Leyes 19.436 de 23 de setiembre de 2016, 19.474 de 30 de diciembre de 2016, 19.510 y 19511 de 14 de julio de 2017, 19549 de 25 de octubre de 2017 y Ley 19653 de 18 de agosto de 2018, el Libro VIII el que quedará *redactado de la siguiente forma*:

“LIBRO LVIII - COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL”.

Artículo. 405. (Normas aplicables). *En defecto de Tratado o Convención, la cooperación penal internacional que prestarán los tribunales de la República, a las autoridades extranjeras competentes se sujetará a las normas contenidas en el presente Libro.*

Fundamento: La norma proyectada se alinea con las previsiones del art. 524 del C.G.P. para la materia no penal y cumple con lo dispuesto en el art. 1 inciso 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ratificada por D. Ley N° 14.953. Conforme a dicha norma “En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”.

La norma de fuente nacional operará entonces para el caso de vacío de norma convencional y por lo tanto para los casos en que no exista una norma convencional aplicable.

Se ha optado por la derogación de la Ley 19.574 en lo que hace a cooperación internacional, norma ésta que a su vez derogó tácitamente en este punto las previsiones de las Leyes 17.60 y 17.016 a fin de evitar la superposición de regímenes. La normativa proyectada constituirá entonces y con carácter general el estatuto a aplicarse en caso de ausencia de tratado cualquiera sea el delito de que se trate.

Artículo 406. (Alcance de la Cooperación). *Los Tribunales de la República prestarán asistencia a las autoridades competentes de otros Estados, encargadas de la investigación o enjuicia-*

miento de delitos, (Fiscalías o Tribunales), y que así lo soliciten para las investigaciones, juicios o actuaciones en materia penal en el Estado requirente.

La cooperación se prestará de manera pronta y eficiente. El rechazo de la solicitud deberá ser fundado, conforme a las previsiones establecidas en este Código.

Fundamento: La norma proyectada se adecua a las previsiones del Protocolo de San Luis y Convención de Nassau y convenios bilaterales ya citados y parte del reconocimiento de los distintos sistemas procesales penales, esto es acusatorios o inquisitivos. Por lo tanto, a los efectos de prestar el auxilio internacional, se asigna legitimación como solicitantes tanto a las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de los delitos, precisándose que se trata de la Fiscalía o Tribunales, a efectos de descartar la participación de cualquier otra dependencia pública administrativa que no forme parte estrictamente del sistema de justicia penal.

Tampoco se ha previsto que los particulares puedan solicitar cooperación, lo que coincide con las soluciones adoptadas en los textos que sirven de antecedentes. Sin perjuicio de ello, y considerando la eventual afectación que puede Nada tener en relación al derecho de defensa no se ha incorporado ninguna norma que expresamente establezca que esta Ley no confiere derechos a los particulares para “la obtención, supresión o exclusión de pruebas, o para oponerse al cumplimiento de una solicitud de asistencia” tal como se establece en el Protocolo de San Luis, (art. 1.2) o no otorgan derecho a los particulares para “obtener o excluir pruebas, o para impedir la ejecución de cualquier solicitud de asistencia” de acuerdo a la Convención de Nassau (art. 2 inciso 3).

En realidad se ha optado por no hacer una expresa referencia a los particulares pues el hecho de haber previsto como legitimados únicamente a las Autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos y con la precisión de que se hace referencia a las Fiscalías y Tribunales, excluye de por sí a los particulares, sin perjuicio de la eventual participación que el Juez requerido pueda autorizarles, no como parte del proceso de cooperación pero sí en ejercicio del derecho de Defensa y para el contralor de la regularidad de lo actuado.

Además, se establece la obligación de prestar cooperación como regla, lo que va en línea con la concepción que de ésta se indicara anteriormente. Ello coincide con los lineamientos seguidos por Uruguay a la hora de suscribir acuerdos a nivel supranacional. Este criterio resulta además claramente del Protocolo de San Luis y de la Convención de Nassau.

Artículo 407. (Competencia del requirente). *La competencia del Estado requirente se determinará conforme a la legislación de éste. La competencia del Estado uruguayo en relación al delito de que se trate no será motivo para desestimar la solicitud de cooperación, salvo que contare con jurisdicción exclusiva en relación a los hechos que dan lugar a la solicitud.*

Fundamento. La adopción de la Ley del requirente para determinar su competencia del punto de vista internacional favorece la prestación de la cooperación ya que impide la adopción de criterios divergentes a la hora de determinar la competencia directa e indirecta. Se sigue en el punto la solución adoptada por la Legislación peruana (art. 510

CPP) y la ley argentina (Ley 24.767). Esta solución es además coincidente con la seguida por Uruguay en materia no penal (art. 539.1 numeral 2 del C.G.P. en materia de eficacia de las sentencias)

Art. 408. (Causales de rechazo de la solicitud de Cooperación). Los Tribunales nacionales no harán lugar a las solicitudes de cooperación cuando las mismas refieran a:

a) La solicitud se refiera a un delito tipificado como tal en la legislación militar, pero no en su legislación penal ordinaria;

b) La solicitud se refiera a un delito político, con arreglo a la legislación nacional, o cuando se tratare de un delito común con un delito político o perseguido con una finalidad política;

c) La solicitud se refiera a un delito tributario;

d) La persona en relación a la cual se solicita la medida haya sido absuelta o haya cumplido condena en el país por el mismo delito por el que se ha cursado la solicitud.

e) Que la solicitud sea contraria al orden público, la seguridad o intereses fundamentales del Estado;

f) Que la solicitud provenga de un tribunal de excepción o ad hoc;

g) que la solicitud refiera a un proceso o investigación iniciado con fines de persecución o discriminación por razones de sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión o ideología.

Fundamento: Las causales de rechazo de las solicitudes de cooperación coinciden con las previstas en la Convención de Nassau, que incorpora más causales que el Protocolo de San Luis. Sin embargo, en el texto proyectado, no se ha optado por las excepciones previstas en el texto de Nassau en relación al delito tributario, atendiendo a la vocación general de la norma y el eventual relacionamiento que generará con sistemas de todo el planeta, muchos de los cuales pueden guardar pocos puntos de contacto o similitudes con el sistema nacional. Nótese al efecto, que en definitiva, esta Ley está destinada a aplicarse con los países con los que no tenemos tratados y son seguramente aquellos con los que tenemos un menor tráfico jurídico.

Art. 409 (Competencia de las Autoridades Nacionales). En las solicitudes de cooperación penal internacional actuarán los Juzgados con competencia en materia penal de la Capital, cualquiera sea el lugar donde deba cumplirse la medida de asistencia solicitada.

El turno se determinará en forma aleatoria y mediante el sistema de gestión que establezca la Suprema Corte de Justicia. En defecto de este sistema, el turno se fijará por la fecha de la resolución de la Autoridad requirente por la que se dispone la solicitud de cooperación.

El Ministerio Público actuará como dictaminante técnico, ejerciendo el contralor formal y sustancial de los actos procesales.

Fundamento: Dado que se trata de una norma de fuente nacional, se estima adecuado regular la competencia de los tribunales locales, cosa que claramente no procede cuando se trata de normas de fuente supranacional.

Al respecto, se ha optado por asignar competencia únicamente a los Juzgados Penales de la Capital (Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal y Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal Especializados en Crimen Organizado). Se sigue así el mismo criterio que ya ha sido establecido en el NCPP en materia de Extradición, (art. 340) de modo de lograr una judicatura especializada o con mayor especialización en este tema y que pueda llevar adelante la actividad de cooperación en mejor forma. Se trata de una suerte de especialización que sin duda puede redundar en la mejor prestación del servicio de justicia en este punto, en lugar de mantenerlo con un criterio difuso, repartido en todo el territorio nacional, con lo que recaerá en algunas oportunidades en Magistrados con menor experiencia y sin el bagaje de conocimientos que genera la especialización. Debe señalarse que este criterio es el que ha seguido también el art. 4 de la Ley N° 18.895, publicada en el D.O. el 22 de mayo de 2012, sobre “Restitución de Personas Menores de 16 años Trasladas o Retenidas Ilícitamente” y la subsecuente reglamentación por parte Suprema Corte de Justicia mediante Acordada 7758 de 24 de diciembre de 2012.

En cuanto a los turnos, se sigue la línea que viene adoptada desde larga data en materia de cooperación y que fuera seguida además por el NCPP en materia de extradición, (art. 340.2) sin perjuicio de su puesta al día en función de la existencia de sistemas de gestión automatizados que permiten distribuir el trabajo en forma equitativa entre los Magistrados eventualmente competentes. Lo que se busca evitar con estos sistemas es impedir la manipulación de la competencia por razón de turnos y con ello la mayor transparencia del sistema.

El rol asignado al Ministerio Público permite de dotar de mayores garantías al sistema de cooperación y se ajusta también a lo ya previsto en materia de extradición (art. 342).

Art. 410- (Diligencias en el exterior). Cuando sea necesaria la práctica de diligencias en territorio extranjero, el Fiscal Letrado competente o Magistrado con competencia en materia competente, según corresponda o ambos, podrán ser autorizados, por el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación y la Suprema Corte de Justicia, respectivamente, a trasladarse al Estado donde deban llevarse a cabo tales diligencias, conforme resulte de los tratados vigentes o, a falta de tratado, siempre que ello sea aceptado por el respectivo Estado receptor.

A falta de tratado que regule el punto, las Autoridades nacionales actuarán en el Estado receptor dentro del marco de atribuciones que éste les autorice.

La resolución respectiva será irrecurrible y precisará las diligencias que deben practicarse en el extranjero.

Expedida la autorización a que se refieren los incisos que anteceden, se dará aviso al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Autoridad Central. Ésta última deberá realizar las comunicaciones y coordinaciones que correspondan para el éxito de la diligencia.

El costo de las actuaciones en el exterior se abonará con cargo a los ingresos previstos en el art. 59 Ley 19574. Anualmente se destinará el 10% (diez por ciento), de dichos ingresos para conformar un “Fondo Para Actuaciones en el Exterior”, a los efectos previstos en esta norma.

Fundamento: La presente norma, aplicable también en aquellas hipótesis en que existe Tratado, toma como antecedente el Código del Proceso Penal Peruano. Busca hacer real la potestad que los Tratados asignan a las autoridades requirentes uruguayas, cuando soliciten medidas de cooperación penal internacional, de constituirse en el Estado requerido para presenciar la realización de las diligencias encomendadas.

Uno de los problemas a resolver consistía en la búsqueda de recursos para este tipo de actuación, lo que se estima puede ser cubierto con los ingresos provenientes de bienes decomisados, previstos en el art. 59 de la Ley 19574 cuya titularidad y administración corresponde a la Junta Nacional de Drogas.

A fin de no interferir con las líneas de acción de dicho Organismo, se ha previsto reservar un porcentaje de los ingresos, acumulable año a año, para asegurar razonablemente la existencia de recursos para que Jueces o Fiscales, según corresponda, de acuerdo a la índole de la medida y etapa del proceso, puedan constituirse en el extranjero.

No existiendo Tratado, será el Estado extranjero quien deberá autorizar la actuación de las Autoridades uruguayas en su territorio y delimitar las potestades y facultades que le concede.

Art. 411- (Doble incriminación). *La asistencia se prestará aunque el hecho que la motiva no constituya delito conforme a la legislación nacional, siempre que la pena mínima aplicable al caso supere un año de privación de libertad.*

Se requerirá además que los hechos que dan lugar a la solicitud constituyan delito conforme a la legislación nacional cuando se trate de medidas cautelares, inspecciones, registros, allanamientos, entrega de cualquier tipo de objeto o documentos, levantamiento de secreto que se encuentre legalmente protegido o vigilancia electrónica. En estos casos, la medida se someterá a las disposiciones de este Código o legislación aplicable a la medida solicitada.

Fundamento. Por la presente norma se recoge el criterio sustentado tanto por el Protocolo de San Luis como la Convención de Nassau y tratados bilaterales citados en el presente trabajo en relación a la doble incriminación, la que solo se exige para las medidas de tercer grado o medidas de prueba susceptibles de ocasionar perjuicios o limitación de derechos de los concernidos. Si bien los textos convencionales no suelen recogerlas, se ha incluido en las medidas para las que se exige la doble incriminación aquellas en que se requiera el levantamiento del secreto legalmente protegido, o vigilancia electrónica, lo que incluye la interceptación de comunicaciones, dado su carácter intrusivo y por lo tanto en extremo gravoso para los afectados.

Con esta disposición se modifica sustancialmente el criterio seguido por la reciente Ley 19.574 que exigía doble incriminación para cualquier acto de cooperación en forma aislada con relación a lo que es nuestro derecho de fuente convencional.

Así mismo, para todo acto de cooperación y considerando los intereses que se ponen en juego, se requiere que el delito al que refiere la investigación o juicio de lugar a la aplicación eventual de una pena de por lo menos un año de privación de libertad. La redacción empleada hace referencia al “caso” lo que impone considerar la pena concreta y no la abstracta para la figura delictiva considerada, lo que supone reservar las medidas de cooperación para aquellos hechos delictivos con cierta entidad. Evidentemente a la hora de formular su solicitud la Autoridad requirente deberá dar cuenta de la pena aplicable, justificándola en el caso correspondiente.

Art. 412 – (Autoridad Central) – *La Dirección de Cooperación Jurídica Internacional y de Justicia del Ministerio de Educación y Cultura, actuará como Autoridad Central y centralizará la recepción de las solicitudes de cooperación que se reciban aún por vía diplomática o consular.*

Tendrá a su cargo remitir las mismas directamente y sin demoras a la autoridad judicial competente para su diligenciamiento y su devolución a la autoridad requirente una vez cumplida.

Cuando se tratare de solicitudes de cooperación libradas por las Autoridades uruguayas, se encargará de su remisión a las autoridades correspondientes localizadas en el Estado requerido.

A fin de cumplir las tareas encomendadas podrá comunicarse directamente con otras Autoridades Centrales e informar o solicitar información respecto de las medidas en trámite.

Fundamento. La Autoridad Central, con carta de ciudadanía en nuestro sistema desde larga data se ha revelado un organismo eficiente en los procesos de cooperación.

Tratándose de una norma nacional se ha previsto su actuación ya sea que las autoridades locales sean requirentes o requeridas.

Art. 413- (Actuación de Autoridades Extranjeras). *Las Autoridades requirentes podrán comparecer y presenciar el cumplimiento de las medidas de cooperación sin que puedan emprender en el territorio nacional funciones propias de las autoridades locales.*

Fundamentos. Con esta norma se sigue el criterio también establecido en el Protocolo de San Luis y Convención de Nassau, así como en los tratados bilaterales citados en este trabajo. Se trata de una medida que facilita la intermediación del requirente, en definitiva, principal y directo interesado en la medida pero sin que ello suponga dejar de lado las competencias que nuestro sistema asigna a sus autoridades. Tal como ha sido regulado a nivel del derecho convencional, se le admite en esta norma para los casos en que no existe tratado en línea con la posición seguida tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia uruguaya de favorecer la cooperación internacional.

Art. 414- (Alcance de la Asistencia). *La Asistencia comprenderá los siguientes actos procesales:*

- a) notificación de actos procesales;*
- b) recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares;*

- c) *localización o identificación de personas;*
- d) *notificación a testigos o peritos para la comparecencia voluntaria a fin de prestar testimonio en el Estado requirente;*
- e) *traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, conforme al presente Protocolo;*
- f) *medidas cautelares sobre bienes;*
- g) *cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes;*
- h) *entrega de documentos y otros elementos de prueba;*
- i) *incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar;*
- j) *aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones o multas; y*
- k) *medidas probatorias proactivas como vigilancia electrónica, entrega vigilada y cualquier otra forma de asistencia que no sea incompatible con las previsiones de este Código.*

Fundamento- La norma mantiene en líneas generales las previsiones del Protocolo de San Luis y Convención de Nassau, así como en los tratados bilaterales citados en este trabajo, en especial al prever un elenco no taxativo de medidas de cooperación, siempre que no sean incompatibles con las medidas previstas en nuestro sistema procesal penal. Se han incorporado dos medios de prueba de aplicación en materia de crimen organizado consistentes en vigilancia electrónica y entrega vigilada a fin de adecuar la asistencia que puede prestarse a las previsiones de los artículos 61 y 62 de la Ley 19574.

Art. 415- (Formalidades de la Solicitud)- *La solicitud deberá formularse por escrito y presentarse traducida al español.*

En caso de urgencia podrá admitirse que la misma sea enviada por correo electrónico o cualquier otra forma de comunicación electrónica, debiendo confirmarse por documento escrito, el que deberá ser enviado en plazo de 10 días.

La Autoridad central podrá realizar acuerdos con otras Autoridades Centrales a fin de establecer canales seguros y directos de comunicación. En caso de contarse con dichos canales, no se exigirá a la Autoridad requirente el envío de sus solicitudes por escrito, siendo suficiente el requerimiento formulado por vía electrónica entre Autoridades Centrales, que luego se remitirá al tribunal competente en la forma que corresponda.

Fundamento. Si bien se sigue en esta norma el criterio postulado por las normas convencionales ratificadas por nuestro país, se incorpora la posibilidad de que la Autoridad Central cuente con vías directas y seguras de comunicación con otras Autoridades Centrales. De contar con estas vías, por ejemplo, correo electrónico seguro, no se exigirá la

remisión de la solicitud en soporte papel, lo que disminuye los tiempos de tramitación y mejora por lo tanto la eficacia de las actuaciones.

Se ha previsto que luego de recibido de esta forma el requerimiento, la Autoridad Central lo envíe al Tribunal “en la forma que corresponda” la que al presente será en soporte papel, pero bien que a futuro podría ser por vía digital en caso de consagrarse en expediente digital a nivel judicial.

416- (Contenido de la Solicitud). *La solicitud deberá contener*

contener las siguientes indicaciones:

- a) El nombre de la autoridad extranjera encargada de la investigación o del juzgamiento.*
- b) El delito a que se refiere la causa y descripción del asunto, y la relación de los hechos a los que se refiere la solicitud, así como la eventual pena a aplicar;*
- c) Descripción completa de la asistencia que se solicita con la mayor precisión de modo de poder cumplirse la medida solicitada.*
- d) El texto de las normas penales aplicables de las que resulte que la petición se ajusta a los requerimientos de este Código.*

Si la solicitud no se ajusta a lo dispuesto en este artículo o cuando la información suministrada no sea suficiente para su tramitación, se requerirá al Estado requirente modifique su solicitud o la complete con información adicional en el plazo que se disponga, lo que se comunicará vía Autoridad Central. Durante ese plazo, el tribunal actuante podrá adoptar medidas provisionales, como bloqueo de cuenta, embargos o incautaciones preventivas, para evitar perjuicios irreparables.

Fundamento. En sintonía con el CPP de Perú, se ha optado por una descripción sintética de los requerimientos que en definitiva no difieren en lo sustancial con las exigencias de los textos supranacionales, bien que éstos suelen optar por mayor detalle en la redacción, lo que se entiende innecesario. Así mismo se prevé como actuar en caso de que la información remitida no sea suficiente, sin perjuicio de la adopción de medidas provisionales de urgencia a fin de evitar perjuicios irreparables.

417- (Ley aplicable). *La solicitud de cooperación se cumplirá*

conforme a la legislación nacional en función de la naturaleza de la medida solicitada.

A solicitud de la Autoridad requirente podrán cumplirse formas o procedimientos especiales siempre que éstos no sean contradictorios con las disposiciones previstas en el derecho nacional.

Fundamento. Se sigue el criterio de los Tratados que se han examinado en este trabajo y la solución ya adoptada por el CGP (art. 527) en cuanto a que el diligenciamiento de las medidas de auxilio internacional se llevan a cabo conforme a la Ley local, pero que es posible seguir procedimientos o formas especiales siempre que éstos no sean incompatibles con este Código u otra disposiciones del derecho positivo nacional.

Art. 418- (Aplazamiento del cumplimiento). *El Tribunal Actuante podrá aplazar el cumplimiento de la solicitud, o sujetarla a condiciones, en caso de que interfiera un procedimiento penal en curso en el país, lo que comunicará a la Autoridad requirente vía Autoridad Central.*

Fundamento. En línea también con lo que es la regulación convencional, se privilegia la investigación local que podría verse obstaculizada si se llevara a cabo el acto de cooperación. Si bien se ha señalado que la cooperación penal es de principio, y por lo tanto debe ser cumplida, ello no es a cualquier precio. Existen causales de denegatoria que ya han sido reguladas (art. 408) y además se prevé que el Tribunal actuante dilate el cumplimiento de la solicitud en caso de que ello pudiere obstar o frustrar actuaciones que se llevan a cabo en el país. En todo caso, deberá comunicarse dicha dilación a la Autoridad requirente.

419- (Confidencialidad). *A petición del Estado requirente, se podrá mantener el carácter confidencial de la solicitud y de su tramitación, en todo aquello que sea necesario para que la misma no se frustre o en caso de que la noticia de lo actuado sea susceptible de poner en riesgo el éxito de las actuaciones que se siguen ante el requirente.*

Las condiciones de confidencialidad y el alcance dispuesto por el tribunal competente. En caso de limitarse las condiciones de confidencialidad, o resuelto se comunicará a la autoridad requirente, vía Autoridad Central y se estará para el cumplimiento de la medida, a la aceptación de dichas condiciones o términos por la Autoridad requirente

El Tribunal competente podrá disponer que la información o la prueba obtenida en el país, en función de la cooperación prestada, tengan carácter confidencial, en el requirente, de conformidad con las condiciones que especificará, lo que se le comunicará vía Autoridad Central.

El Estado requirente deberá respetar dichas condiciones. Si no pudiere aceptarlas, lo comunicará de inmediato estándose a lo que decidirá el tribunal actuante nacional sobre la prestación de la cooperación.

Fundamento – Esta norma aborda la cuestión de la confidencialidad y pretende generar un adecuado balance entre ésta y las garantías del debido proceso en relación a los sujetos concernidos.

Si bien nuestras autoridades pueden disponer el carácter confidencial de una medida, a solicitud de la autoridad requirente, se ha pretendido acotar este carácter, en forma más marcada que en lo que aparece en los textos convencionales.

La confidencialidad solo se justifica, en principio, en relación a la necesidad de que la medida no se frustre, sin perjuicio de dejarse a salvo alguna circunstancia especial que pueda ameritar aumentar la extensión de la misma, en función de las necesidades del proceso o investigación que se lleva a cabo en el Estado requirente, todo lo cual deberá ser justificado en forma por éste.

En ningún caso, sin embargo, los tribunales locales estarán obligados aceptar cumplir medidas en forma confidencial, pero si deberán comunicar a la autoridad requirente

cuando impongan límites a dicha confidencialidad o la rechacen, de modo de que el requirente decida si opta por mantener su solicitud o dejar la misma sin efecto.

Se trata, en definitiva, de balancear el interés del requirente con las garantías que deben adoptar nuestros tribunales conforme a nuestra Constitución, tratados de derechos humanos vigentes y sistema procesal penal.

Así mismo se prevé que nuestros tribunales puedan exigir que las medidas de cooperación se mantengan reservadas o con carácter confidencial, en el Estado requirente, toda vez que ello sea necesario para las autoridades locales tal como se prevé en los Tratados bilaterales y en el Protocolo de San Luis y Convención de Nassau. En este caso, si las autoridades requirentes no aceptan garantizar la confidencialidad reclamada por los tribunales locales, éstos podrán rechazar la solicitud de cooperación.

Art. 420- (Principio de Especialidad). *La prestación de asistencia se hará bajo el compromiso por parte del Estado requirente de emplear solamente la información o la prueba obtenida en la investigación o el procedimiento indicado en la solicitud.*

En esta norma se reproduce el principio de especialidad plasmado en los Tratados bilaterales y en el Protocolo de San Luis y Convención de Nassau, adaptando la redacción de la exigencia en la medida en que se trata de una norma de fuente nacional.

Art. 421- (De los medios de prueba). *Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 417, el diligenciamiento de los medios de prueba que se indicarán se sujetará a las siguientes previsiones:*

1-Cuando se requiera la remisión de documentos oficiales, registros o información no accesible al público, regirán las mismas condiciones y limitaciones aplicables a las autoridades nacionales para el acceso a los mismos.

2- En ningún caso se dispondrá la conducción de persona alguna para declarar en el territorio del Estado requirente ni se aplicarán sanciones al citado que no aceptare comparecer ante aquel. En todos los casos, la comparecencia a declarar será voluntaria para el citado, debiendo el tribunal actuante consignar bajo acta la expresión de dicho consentimiento. Los gastos de traslado serán de cargo del Estado requirente.

3-El traslado de una persona sujeta a proceso penal en el país, a fin de declarar ante el Estado requirente, sólo se podrá efectivizar si media consentimiento de la misma y si su traslado es autorizado por el Juez de la causa. El traslado se extenderá únicamente por el tiempo que autorice dicha Sede y en caso de que la persona esté privada de libertad, o sujeta a medidas cautelares, el Estado receptor deberá mantener a la persona trasladada bajo custodia en las condiciones que indique el Juez de la causa.

4- En los casos de los numerales 2 y 3 el Estado requirente deberá proveer a la persona citada o trasladada de un salvoconducto bajo el cual, mientras se encuentre en ese Estado, éste no podrá: a) detener o juzgar a la persona por delitos anteriores a su salida del territorio nacional y b) convocarla para declarar o dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud.

5- *El salvoconducto previsto en el numeral 4, cesará cuando la persona prolongue voluntariamente su estadía en el territorio del Estado receptor por más de 10 (diez) días a partir del momento en que su presencia ya no fuera necesaria en ese Estado.*

6- *La declaración de una persona mediante el sistema de video conferencia se llevará a cabo conforme al Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, suscrito en la ciudad de Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010.*

Fundamento: Esta regulación procura dar solución a algunas cuestiones relativas a medios de prueba en criterios que se ajustan a las previsiones de los tratados vigentes para nuestro país.

Si bien el principio general es que los actos de cooperación en Uruguay se llevarán a cabo conforme a la ley procesal uruguaya, existen algunos casos que imponen soluciones específicas. Tal el caso de la declaración de testigos o peritos en el Estado requirente, que en todos los casos será voluntaria y sujeta a la garantía del salvoconducto, de modo de impedir que la solicitud pueda ser en definitiva una extradición encubierta. Las condiciones del traslado de una persona sujeta a proceso penal deberán ser dispuestas por el Juez de la causa por ser éste quien podrá evaluar si la presencia del imputado es necesaria o no en el país.

Si bien no ha sido ratificado por Uruguay se entiende adecuada la regulación dada por el Convenio de Mar del Plata para la realización de audiencias por video conferencia, por lo que se adopta su regulación a tales efectos.

Todavía, en lo que hace a la prueba documental, se clarifica que las mismas limitaciones que rigen para las autoridades nacionales regirán también para las autoridades requirentes.

Art. 422- (Responsabilidad)- *La ley uruguaya regulará la responsabilidad por daños que emerjan de los actos de sus autoridades en la ejecución de los pedidos de cooperación.*

En ningún caso, el Estado uruguayo no asume responsabilidad alguna por los daños que puedan surgir de actos de las autoridades extranjeras y se reserva el derecho a repetir contra el estado requirente por eventuales indemnización que pudieran emanar del diligenciamiento de solicitudes de cooperación.

La solicitud de cooperación por parte del estado requirente supondrá la aceptación de lo previsto en este artículo.

Fundamento: En posición que coincide con la seguida por el país en lo que se denomina la “Cláusula Uruguay”, prevista por primera vez en el Tratado de Asistencia Penal Estados Unidos-Uruguay se somete a la ley del respectivo Estado la responsabilidad por los daños que deriven de los actos de sus autoridades no asumiendo el Estado uruguayo responsabilidad por la formulación de solicitudes que realizan autoridades extranjeras.⁴⁵

45 CERVINI, R. “Principios de cooperación judicial penal internacional en el Protocolo del Mercosur”, <https://wold.>

Art.423-(Costos). *El requirente pagará los gastos y honorarios correspondientes a los informes periciales, traducciones y transcripciones, así como gastos extraordinarios que provengan del empleo de formas o procedimientos especiales y los costos del viaje de las personas referidas en el artículo 421.*

Fundamento. Siguiendo los criterios consagrados en el derecho convencional vigente, Uruguay no asumirá el costo de honorarios o gastos extraordinarios, los que deberán ser cubiertos por el Estado requirente.

Art.424- (Reparto de bienes decomisados). *Será prioritaria la cooperación con otros Estados para lograr el recupero de los bienes involucrados en los delitos de crimen organizado transnacional. El país podrá suscribir acuerdos de reparto de bienes decomisados producto de dichos delitos.*

A los fines de la repartición de los bienes recuperados en cada caso se considerarán su naturaleza e importancia, así como la complejidad y la efectividad de la cooperación prestada por cada uno de los Estados participantes en la recuperación."

Fundamento. Se reproduce la solución dada por la Ley 19574 en su artículo 60, por considerarse adecuada y atendiendo a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Esta solución además coincide con los criterios postulados en el art. 14 de la Convención de Palermo, art. 57 de la Convención de Mérida y artículo 5 de la Convención de Viena.

BIBLIOGRAFÍA

ADRIAZOLA, G, "Cooperación penal internacional y delito transnacional", L.J.U., CITA ONLINE UY/DOC/925/2009.

ADRIAZOLA, G. "Como litigar en solicitudes de Cooperación Penal Internacional", Revista de derecho y Tribunales, Montevideo, Editorial Amalio Fernández, N°10, junio de 2009.

ALFONSÍN, Q. "Teoría del derecho Internacional Privado", Montevideo, Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho, 1955.

ALVAREZ COZZI, C –"Sistema Penal Uruguayo para el Combate de los Delitos Organizados Transnacionales, en especial Narcotráfico y Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo" <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina40978.pdf>.

BOGGIANO, A "Teoría del derecho internacional: las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, *ius inter iura*"., Buenos Aires, La Ley, 1996.

CERVINI, R. "La Cooperación Judicial Penal Internacional – Concepto y proyección", EN: <http://derechointernacional.net/privado/doctrina-parteespecial/442-derecho-procesal/204-cervini-cooperacion-judicial-penal.html>

fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-004.pdf pág 44-45.

“CERVINI, R. *“Principios de cooperación judicial penal internacional en el Protocolo del Mercosur”*, <https://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-004.pdf>

CONDE SALGADO, J.L. *“Problemas y Dificultades que Suscita la Cooperación Jurídica Pernal en el ámbito del Narcotráfico y del Blanqueo de Dinero: Aplicación Práctica de los Instrumentos y Tratados Internacionales.”* https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_48.pdf

D´ALESIO A, DE PAOLI G y TAMINI, A – *“La nueva Ley Argentina de extradición y Cooperación en Materia Penal”*, *Revista de Ciencias Penales* N° 4 (1998).

MIAJA DE LA MUELA, A. *“Derecho Internacional Privado”*, Tomo Segundo Parte Especial, Madrid, Ediciones Atlas, 1979, 8va Edición, pág 455.

NACIONES UNIDAS, UNODOC, Programa Global contra el Lavado de Dinero, *“El blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo – La respuesta de las Naciones Unidas”*, <https://www.imolin.org/pdf/imolin/UNres03s.pdf>

OPERTTI BADAN; D, *Exhortos y Embargo de bienes extranjeros – Medios de cooperación judicial Internacional”*, Montevideo, Amalio Fernández, 1965.

OPERTTI BADAN, D. *“La Asistencia Judicial Internacional”*, Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur”, Montevideo, F.C.U., año1997.

OPERTTI, D- *“El Secreto bancario y la actuación del Poder Judicial en el marco de los instrumentos de Cooperación Penal Internacional”*, *Secreto Bancario en el Uruguay*-Montevideo, FCU, 1995.

PELLEGRINI GRINOVER, A. *“Cooperación Internacional en el Proceso Penal. Líneas evolutivas y garantías procesales”*, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Número 2 (1996).

RODRÍGUEZ- MEDEL NIETO, C – *“Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España”*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, año 2017, <https://eprints.ucm.es/41027/1/T38322.pdf>.

TELLECHEA BERGMAN, E. *La asistencia jurídica mutua en materia penal en el derecho convencional y de fuente nacional de la República Oriental del Uruguay”*, *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán, Montevideo, F.C.U., 2005.

TELLECHEA BERGMAN, E, *“Desarrollos actuales de la cooperación penal internacional en el ámbito regional y uruguayo en particular”*, *Revista de Derecho y Tribunales*, N° 15 año 2011, Montevideo, Editorial Amalio Fernández.

VILLALTA, A, *“La Cooperación Judicial Internacional”*, en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf

ABREVIATURAS:

NCPP: Nuevo Código del Proceso Penal (Ley 19.293 y modificativas).

CPP: Código del Proceso Penal.

CGP: Código General del Proceso.

CIDIP: Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado.

OEA: Organización de Estados Americanos.

UNODOC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

IUF: Unidad de Inteligencia Financiera.

LA/FT: Lavado de Activos/ Financiación del terrorismo.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

UE: Unión Europea.

UIAF: Unidad de Información y Análisis Financiero, creada por Resolución del Directorio del Banco Central del Uruguay de fecha 20/12/2000, (Circular No. 1722/2000).



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

CAMETO ACOSTA, Ciro y ETCHECOPAR GURRUCHAGA, Pilar
La prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía

LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

CIRO CAMETO ACOSTA-NELL Y PILAR ETCHECOPAR GURRUCHAGA*

1. INTRODUCCIÓN

Las garantías cumplen una función esencial en todos los ordenamientos jurídicos. A través de las mismas se busca *reducir los riesgos derivados del incumplimiento de los contratos*¹.

El Código Civil uruguayo consagra, en el artículo 2372², una garantía genérica. Según la ley, los bienes todos del deudor son la garantía común de sus acreedores. Sin embargo, dicha garantía no siempre es suficiente para satisfacer a todos los acreedores, y es por esta razón que se recurre a las garantías específicas. Así, surgen diversos institutos que tienen por objeto otorgar mayor seguridad a los acreedores. Tradicionalmente estas figuras se han clasificado en garantías reales y garantías personales; incluyendo en el primer grupo únicamente a la prenda común y a la hipoteca.

Es de nuestro interés establecer que el derecho positivo uruguayo dispone la prohibición del pacto comisorio, entendiéndose por tal *el poder del acreedor de apropiarse, en defecto del pago de su crédito, de la cosa afectada en garantía*.³

Actualmente, han surgido nuevos modelos contractuales que son utilizados con función de garantía, y que ponen en duda la vigencia de la prohibición del pacto comisorio.

En el presente trabajo nos proponemos analizar la evolución de los contratos de garantía, y su viabilidad en nuestro Derecho Positivo en relación a la prohibición del pacto comisorio.

2. PACTO COMISORIO Y NATURALEZA DE SU PROHIBICIÓN

La prohibición del pacto comisorio surge expresamente del artículo 2338 de nuestro Código Civil, el cual reza que *“es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la cosa hipotecada o a disponer de ella privadamente”*⁴. Sobre esta figura enseña Messineo que *consiste en establecer entre las partes que, en defecto del pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pasa al acreedor, sin necesidad de asignación*

* Estudiantes de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

1 Cerisola, Andrés, Curso de Derecho de la Empresa, AMF, 3 edición, 2008, p. 235

2 Artículo 2372: Los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores y el precio de ellos se distribuye entre éstos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia. (Artículo 1295).

3 Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, T IV, Bueno Aires 1955, p. 81

4 Código Civil Uruguayo, artículo 2338.

por parte del juez y excluyéndose que la cosa se enajene para la satisfacción de los derechos del acreedor sobre el producto.⁵

En lo que refiere a los fundamentos de su prohibición, partimos de las ideas expresadas, a mediados del siglo XX, por Sayagués Areco. Del trabajo del autor es posible distinguir los siguientes argumentos:

a) **Buena fe.** En la base de la prohibición se encuentran valores de elevado contenido ético que penetran al Derecho en todas sus épocas. Señala el autor que estos son *el deseo de evitar la usura y la protección al deudor desamparado ante la avidez del acreedor expoliador*.⁶

b) **Posición dominante del acreedor.** Entiende el autor que la permisón del pacto comisorio puede llevar a una posición perjudicial para los deudor, ya que *la situación de necesidad que impulsa a un sujeto a contraer deudas lo lleva ineludiblemente a ceder ante las exigencias del acreedor*.⁷

c) **Límites de la autonomía de la voluntad.** Considera Sayagués Areco que la utilización del pacto comisorio violentaría valores superiores como la moral y la justicia. Por lo tanto la voluntad de las partes se encuentra infranqueablemente limitada a los mismos.

d) **Situación de los demás acreedores.** Afirma que permitir la utilización del pacto comisorio llevaría a perjudicar a los demás acreedores del deudor. El autor enseña que *el interés de ellos es lograr una adecuada y racional afectación del patrimonio de su deudor, ajustada al monto de sus créditos y a los privilegios y preferencias legales y contractuales que pudieran existir. Y esa finalidad se vería frustrada si se permitiera a un acreedor apropiarse de un bien de valor muy superior al monto de su crédito, sustrayéndolo así al derecho de agresión de los restantes*.⁸ Si el bien objeto de la garantía tiene un valor mayor al monto del crédito, entiende el autor que admitir la apropiación del mismo perjudica a los demás acreedores.

e) **Desnaturalización de los contratos de garantía.** Según Sayagués Areco permitir la validez del pacto comisorio llevaría a que se desvirtúe la naturaleza de los contratos de garantía, ya que es posible que se los utilice como verdaderos instrumentos jurídicos de enajenación.

Una vez expuestos los fundamentos que se encuentran detrás de la prohibición del pacto comisorio, corresponde cuestionarnos sobre la vigencia y actualidad de los mismos, teniendo presente que éstos han sido formulados varias décadas atrás.

En primer instancia nos preguntamos si es verdaderamente correcto concebir al deudor como la parte que necesita la protección del legislador, y al acreedor como un sujeto

5 Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, Buenos Aires, 1955, p.81.

6 Sayagués Areco, E. El pacto comisorio en el contrato de prenda común (Pág.206) en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, v.62, n.9 (01/01/1965)

7 Sayagués Areco, E. El pacto comisorio en el contrato de prenda común (Pág.206) en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, v.62, n.9 (01/01/1965)

8 Sayagués Areco, E. El pacto comisorio en el contrato de prenda común (Pág.206 y 207) en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, v.62, n.9 (01/01/1965)

que busca avasallar los derechos e intereses de su contraparte. Quizás se trata de una percepción que actualmente no se encuentra instaurada con tanta intensidad, y su defensa no asegura al deudor mejores condiciones de contratación. En esta línea de pensamiento nos preguntamos: ¿sería la ejecución de las garantías un proceso más ágil si no existiera la prohibición del pacto comisorio? Consideramos que la respuesta es afirmativa; entonces, ¿acaso esta situación no disminuye los costos del contrato de garantía soportados por el deudor?, ¿no generaría esto mayor predisposición de las partes al momento de la contratación? Sin dudas es necesario reflexionar acerca de estas cuestiones.

En cuanto a la situación de los restantes acreedores, consideramos que permitir la ejecución privada - atenuando de esta forma la prohibición del pacto comisorio - no generaría perjuicios a los mismos. Esto en virtud de que el acreedor, al momento de la ejecución, cumplirá las pautas establecidas en el contrato y actuará con la debida diligencia, enajenando el bien a un precio adecuado y devolviendo al patrimonio del deudor el excedente, si es que existiese.

En síntesis, estimamos conveniente replantearnos los fundamentos de la prohibición del pacto comisorio en la actualidad.

3. EL NUEVO PARADIGMA DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

Como se adelantó, las garantías específicas pueden ser reales o personales. Afirma Gamarra que *las reales constituyen un derecho real (limitado, menor) sobre cosa ajena. Nuestro Código conoce dos: la prenda y la hipoteca.*⁹ Por otro lado, *la garantía específica se llama personal cuando crea una nueva obligación, que refuerza el vínculo originario, cuyo ejemplo es la fianza*¹⁰.

No obstante la consagración de dichas garantías, señala Molla que *las exigencias de la actividad económica han motivado la aparición de nuevos derechos reales de garantía. Los modelos clásicos lucen insuficientes para tutelar el derecho de crédito. La tendencia es que la garantía no sea el valor del bien, proceso de ejecución mediante, sino el propio bien, desde el nacimiento de la obligación*¹¹. En el mismo sentido, Rodríguez Russo afirma que *las garantías de naturaleza real... son la forma menos evolucionada dentro del elenco de los mecanismos especiales de protección o defensa del derecho de crédito*¹².

Esto ha ocasionado que nuestro ordenamiento jurídico regule ciertas figuras contractuales que implican la posibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía. Así, señala Frigerio, siguiendo a Mantero Mauri que *la transferencia de la propiedad con función de garantía, debe analizarse a la luz de la evolución normativa operada en el Derecho uruguayo en los últimos 25 años, la que sin lugar a dudas ha tomado un camino diferente al sostenido y defendido aún hoy por la doctrina tradicional*.¹³

9 Gamarra, Jorge, TDCU (Tratado de Derecho Civil), T. 2 V.1, FCU, 4 edición, 2002, p. 10.

10 Ídem

11 Molla, Roque, "Compraventa con fines de garantía", en ADCU (Anuario de Derecho Civil Uruguayo), t. XXVIII, FCU, 1997 p. 625.

12 Rodríguez Russo, Jorge, "Los contratos de garantía atípicos y la tipicidad de los derechos reales: consideraciones sobre su admisibilidad", en ADCU, t. XXX, FCU, 1999 p. 679.

13 Frigerio, Alfredo, "Consideraciones sobre la transmisión de la propiedad con función de garantía bajo la mirada de

A continuación, pondremos de manifiesto ejemplos de figuras que suponen la transferencia de la propiedad con función de garantía.

A) FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El fideicomiso se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 17.703, que lo define en su artículo 1° como *el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario*. El fideicomiso puede ser constituido con distintas finalidades, siendo relevante a estos efectos aquel que tiene finalidad de garantía. Carregal define el fideicomiso con fines de garantía como *aquel en el cual el fiduciante transmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que en caso de incumplimiento del crédito garantizado, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago del crédito*¹⁴. Encontramos entonces, una consagración expresa de la transferencia de bienes con función de garantía; sin embargo, hay que tener presente que el artículo 33 de la ley en cuestión prohíbe al fiduciario a adjudicarse, en forma definitiva, los bienes recibidos en fideicomiso. Afirma Mantero que esto llevó a la doctrina a sostener la atenuación o vigencia parcial de la prohibición del pacto comisorio, ya que por un lado la ley permite que el fiduciario venda el bien para cobrarse, mientras que por otro lado, le impide la adjudicación del bien¹⁵. En este sentido autores como Peralta Mariscal han postulado que permitir la disposición de los bienes ante el incumplimiento sería darle al fiduciario poderes jurisdiccionales, que solo podría decidir un juez.¹⁶ Entiende Molla que el incumplimiento habilitaría al fiduciario a ejecutar la garantía, pero si mediara conflicto, deberá recurrirse a la justicia ordinaria u otro medio alternativo¹⁷.

B) LEASE BACK O LEASING DE RETORNO

La ley N° 16.072 regula el contrato de Crédito de Uso, y define en su artículo 1° al *leasing financiero como el contrato de crédito por el cual una institución financiera se obliga frente al usuario a permitirle la utilización de un bien por un plazo determinado y el usuario se obliga a pagar por esa utilización un precio en dinero abonable periódicamente*. Añade la norma que las partes pueden pactar distintas opciones a favor del usuario, ya sea la compra del bien al vencimiento del plazo, y mediante el pago de un precio final; o la prórroga del plazo del contrato, por uno o más períodos determinados y por un nuevo precio también estipulado en el contrato. Dentro del leasing financiero encontramos una modalidad denomi-

la Suprema Corte de Justicia”, en DJDC (Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil), año V, tomo C, FCU, 2017, pp. 207-208.

14 Carregal, Mario, *El fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 140.

15 Mantero, Elías, “Admisibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía” en ADCU, Tomo XL, FCU, 2010, p. 949.

16 Según cita Molla, Roque, *El fideicomiso de garantía y el sistema general de garantías*, en ADCU XXXIV, FCU, 2003 pág. 629

17 Molla, Roque, *El fideicomiso de garantía y el sistema general de garantías*, en ADCU XXXIV, FCU, 2003 pág. 629

nada *lease back* o *leasing de retorno*; a través del mismo el usuario transfiere a la institución acreditante un bien de su propiedad que sirve como garantía de un crédito concedido por aquella, manteniendo la tenencia del mismo y su utilización¹⁸. Afirma Elías Mantero, que dicha norma habilita ni más ni menos la transferencia de un bien, que puede ser mueble o inmueble, con finalidad de garantía¹⁹. Resulta relevante a nuestros efectos establecer que nuestra legislación permite que en caso de incumplimiento del usuario la consecuencia puede ser que el dador retenga definitivamente en su patrimonio el bien previamente adquirido en garantía²⁰. Como es evidente, esto supone una derogación total de la prohibición del pacto comisorio, ya que faculta al acreedor a apropiarse del bien transferido en garantía de forma definitiva.

C) WARRANT

La ley N° 17781, en su artículo 1° establece que *todo depositario podrá expedir certificados de depósito y warrants en relación a los bienes muebles de cualquier naturaleza que reciba o hubiere recibido para su guarda o custodia*. Se trata de títulos valores representativos de distintos derechos relativos a bienes muebles de cualquier naturaleza. El Warrant, en palabras de Gerardo Caffera, *representa un derecho real de prenda (común, con desplazamiento de la tenencia) que grava a esos mismos bienes depositados, en garantía del pago de la obligación dineraria contenida en el mismo Warrant. Por tanto, genera para su beneficiario un doble derecho: a) un derecho de crédito por una suma de dinero y b) un derecho real de prenda que garantiza ese crédito*.²¹

Resulta relevante a nuestros efectos indicar lo que establece la ley sobre la ejecución de la prenda. Además de los mecanismos clásicos de ejecución, la ley que regula los Certificados de Depósito y Warrants, añade una solución novedosa: la venta directa. Esta supone un procedimiento de realización de los bienes sin intervención judicial ni de rematador público²². Es decir que, dicha ley habilita expresamente la venta directa de los bienes dados en garantía, situación que colida con la prohibición del pacto comisorio. Esto ha llevado a Caffera a señalar que la prohibición en cuestión no se trata de un principio aplicable a todos los contratos, sino que únicamente aplica a las garantías clásicas²³. Por lo tanto, siguiendo esta línea, el artículo 2338 no aplica a la figura del Warrant.

D) CESIÓN DE CRÉDITOS

El Código Civil en su artículo 2298 reza: *Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignando en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos. El acreedor a quien se haya dado crédito en prenda podrá cobrarlo en juicio o fuera de él en la misma forma en que podría verificarlo el que lo empeñó*. Se regula a título expreso la cesión de créditos con función de garantía, esto sin

18 Mantero, Elías, "Admisibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía" en ADCU, Tomo XL, FCU, 2010, p. 949.

19 Idem

20 Idem

21 Caffera, Gerardo, "Warrant y Certificado de Depósito", en ADCU V. 14, FCU, 2012, p. 120.

22 Idem p. 135.

23 Idem p. 139.

perjuicio de que el contrato de cesión de créditos es una figura mucho más amplia, como se desprende del Capítulo VIII Sección I del Código Civil.

En cuanto a la naturaleza de la cesión de créditos, entiende Gamarra que es efectivamente un contrato, pero un contrato de “causa variable”. Es decir, la cesión de créditos será una compraventa cuando sea cosa por precio, será una donación cuando no haya obligación recíproca, etc. Por otra parte, De Cores sostiene que se trata de un negocio dispositivo, y por lo tanto requerirá un título hábil, que puede ser un contrato de compraventa, donación, permuta, etc.

De Cores expone que *la prenda de crédito, es pues, para Gamarra, un negocio meramente obligacional, que determina la cesión de un crédito, pero asume la función de garantía. Se trataría de un negocio traslativo, no de la propiedad de una cosa, como ocurre en la prenda irregular, sino de la titularidad de un crédito*²⁴. El autor se manifiesta en contra de la visión de Gamarra, entendiendo principalmente que la cesión de créditos es un negocio dispositivo, no obligacional.

Más allá de las distintas posiciones que existan en el plano teórico, lo que no se puede discutir es la aplicación y uso que tiene la misma. En este sentido, enseña De Cores²⁵ que las normas del Banco Central del Uruguay ponen de manifiesto que en la práctica bancaria esta figura es utilizada. Así, en la Comunicación 2001/45 de abril de 2001 se admitieron las cesiones en garantía (“assignments”) sobre depósitos de dinero en efectivo o de metales preciosos. Como ejemplo de una norma más actual, Mantero hace mención al literal c) de la norm particular 3.17 del Plan de Cuentas para Instituciones de Intermediación Financiera del BCU, el cual establece que se admiten *cesiones en garantía sobre depósitos de dinero en efectivo, metales preciosos y valores públicos y depósitos en custodia de valores privados*.

Como una manifestación particular de la cesión de créditos encontramos el *factoring* o factoraje. La ley N° 16.774 de 1996 en su redacción dada por la Ley N° 17.202 de 1999, establece, en su artículo 45, que el factoraje *consiste en adquirir créditos provenientes de ventas de bienes muebles, de prestación de servicios o de realización de obras otorgando anticipos sobre tales créditos y asumiendo o no sus riesgos. La expresada actividad podrá ser complementada con servicios como los de la gestión de cobro de los créditos o la asistencia técnica, comercial o administrativa a los cedentes de los créditos aquí referidos. Los créditos deben provenir del giro habitual de los cedentes. En los contratos de factoraje será válida la cláusula por la que se pacte la cesión global, de parte o de todos los créditos del cedente, tanto existentes como futuros. En este último caso se requerirá que tales créditos futuros sean determinables. También podrá convenirse que el acuerdo de cesión de los créditos futuros a favor de la empresa de factoraje sea título suficiente de transmisión*.

A entender de Mantero, el artículo enseña que el *factoring* implica *la cesión de múltiples créditos pudiendo cumplir diversas funciones*.²⁶ Y en el mismo sentido, explica De Cores

24 De Cores, Carlos, Los Negocios de Garantía Sobre Derechos de Crédito en ADCU, Tomo XV, FCU, 1984, p.86

25 De Cores, Carlos, “El nuevo derecho de las garantías reales mobiliarias”, en Gamarra, Jorge, TDCU, Tomo II, volumen I, FCU, 2002. pp. 267.

26 Mantero, Elías, Admisibilidad de la Transferencia de la propiedad con función de garantía, en ADCU, T.XL, FCU, 2009, p. 945.

que este contrato habilita la posibilidad de que estos créditos sean transferidos con una finalidad de garantía²⁷. Establece además que puede ser transferida como vía de respaldo de un adelanto financiero, de un préstamo, de una financiación, donde el adquirente de los créditos estaría adelantando una suma de dinero y asegurando ese crédito con unos activos, que en este caso son créditos, que van a funcionar como respaldo “prendario” (en la medida que los créditos serían considerados como muebles) de ese adelanto financiero. En este caso no tenemos una función de cambio, sino que tenemos una función de garantía del crédito.²⁸ El autor entiende que la función de garantía, surge del ya mencionado artículo 45, esto en virtud de que la disposición dice: otorgando anticipos sobre tales créditos. La referencia a anticipos sobre los créditos significa mentar el financiamiento crediticio, lo que implica que los créditos pueden ser enajenados en función de garantía.²⁹

E) PRENDA IRREGULAR

La prenda irregular es un contrato innominado con base en la prenda regular. Caffera, define a este contrato como *el cual una parte da a otra un bien mueble no individualizado, para seguridad de un crédito que este último tiene contra el primero*.³⁰ La mayor diferencia que se podría ver a simple vista con la prenda regular caería en el objeto. Aquí el objeto pertenece al campo de los fungibles.

Tomando la figura de la prenda, es claro que la misma cosa que fue dada en garantía vuelva a poder del deudor si este cumple con sus obligaciones. No obstante, dada la fungibilidad y la naturaleza de la prenda irregular, esto no está tan claro para este negocio. Entiende De Cores que *la propiedad pasa al acreedor pignoraticio o al depositario; si el deudor cumple, el equivalente constituirá la materia de la obligación de restituir. Si el deudor no cumple, se opera la compensación legal*.³¹ A entender del autor, el deudor se desprendería de su propiedad con el fin de constituir una garantía para su cumplimiento. Si el deudor cumple, el acreedor prendario deberá restituir en especie. Si no cumple, opera la compensación, sin necesidad de que exista la obligación de restituir, y sin requerir ningún otro tipo de trámite para cobrar la garantía, ya que esta se desprendió del dominio del deudor al celebrar el contrato.

4. EL PACTO COMISORIO EN LOS NUEVOS CONTRATOS DE GARANTÍA

El punto central de este trabajo radica en determinar la relación que existe entre la prohibición del pacto comisorio y las nuevas figuras contractuales con función de garantía. Nos preguntamos si es posible su coexistencia, o si por el contrario, estas nuevas figuras violan el artículo 2338 del Código Civil. Sobre este punto la doctrina se encuentra dividida; así encontramos las siguientes posturas:

27 De Cores, Carlos, TDCU, T. II, V. I, FCU, 2002, p. 333.

28 Idem

29 Idem p. 334.

30 Caffera, Gerardo, La Prenda Irregular, en ADCU, tomo XIX, FCU, 1989, p. 32.

31 De Cores, Carlos, Los Negocios de Garantía Sobre Derechos de Crédito en ADCU, T. XV, 1984, p.91.

Según Gamarra, la prohibición del pacto comisorio se entiende como un principio general en materia de garantías, aplicando no solo a las reales, sino también a las personales.³² En virtud de esta postura, la prohibición se extiende a todas las figuras vistas supra. El destacado profesor enseña, al analizar una sentencia sobre cesión de créditos hereditarios, que la transferencia del derecho de propiedad, produce *la violación de la prohibición del pacto comisorio, que está previsto como principio general en materia de garantías, ya que no sólo rige en el ámbito de las garantías reales (art. 2338 C. Civil), sino incluso para las personales, como la anticresis (art. 2355)*, ello porque *“el acreedor se apropia automáticamente del bien, aunque su valor exceda apreciablemente el monto del crédito.”*³³

En base a esta postura no es posible admitir la validez de ciertos contratos que, como fue explicado anteriormente, suponen la transferencia de la propiedad con función de garantía, ya que los mismos estarían violentando la prohibición del pacto comisorio.

Sin embargo, ¿cómo se explica entonces la inclusión de estas nuevas figuras en nuestro ordenamiento jurídico?

La respuesta se puede encontrar en las ideas de aquellos autores que consideran que la prohibición del pacto comisorio no se aplica a los contratos que la ley no menciona.

Esta postura es seguida por Caffera, quien sostiene que el artículo 2338 se ha extendido indebidamente, ya que únicamente está previsto para la hipoteca³⁴. En virtud de esto, el autor afirma que la prohibición del pacto comisorio *podría empezar a ser leída como algo atingente a las garantías clásicas. Es a esas garantías que ese artículo refiere en realidad, en su texto no luce como un principio sino como una norma referente a ciertas garantías típicas (la hipoteca y, por extensión, la prenda)*³⁵.

Por otro lado, entiende Elías Mantero que en relación a los contratos que implican la transferencia de la propiedad con función de garantía, *la prohibición del pacto comisorio no ha sido eliminada completamente sino que se ha atenuado: al acreedor le sigue estando vedado apropiarse del bien transferido en garantía, pero puede – y debe – enajenarlo en caso de incumplimiento, cobrarse su deuda y accesorios y devolver al deudor el excedente si existiera. Ello en base: a) al principio de la accesoriedad que rige todos los contratos de garantía y b) por aplicación analógica del art. 33 de la ley de Fideicomiso según el cual el fiduciario no puede adjudicarse en forma definitiva los bienes recibidos en fideicomiso.*³⁶ En el mismo sentido expresa Frigerio, al analizar las distintas figuras en las que se permite la transferencia de la propiedad con función de garantía, que *más que una prohibición de realizar privadamente el bien, lo que se mantiene actualmente vedado al acreedor es la apropiación directa del bien, pero no así su venta privada para satisfacer su crédito*³⁷.

32 Gamarra, Jorge, TDCU, T. XIII, 1999, p.224.

33 Ídem.

34 Caffera, Gerardo y Mantero, Elías, La Ejecución del Fideicomiso de Garantía en DJDC, T. I, FCU, 1ª edición, 2013, p. 60.

35 Caffera, Gerardo, Warrant y Certificado de Depósito. Aspectos generales de la ley 17.781 e impacto indirecto en el fideicomiso de garantía, en Anuario de Derecho Comercial, N. 14, FCU, 2012, p. 139

36 Mantero, p. 950.

37 Frigerio, Alfredo, Consideraciones sobre la transmisión de la propiedad con función de garantía bajo la mirada de la Suprema Corte de Justicia, en DJDCI, año V, tomo C, FCU, 2017, pp. 207-208.

5. DERECHO COMPARADO: EL DERECHO ESPAÑOL

En el presente apartado abordaremos brevemente la legislación española, a los efectos de demostrar que la discusión planteada en este trabajo también ha sido motivo de análisis en otros ordenamientos jurídicos.

El Código Civil español regula en su artículo 1859 la prohibición del pacto comisorio, estableciendo que *el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o en hipoteca ni disponer de ellas*. Se trata entonces de una disposición similar a nuestro artículo 2338; y tal como sucede en nuestra doctrina, también los autores españoles discuten sobre los límites de la prohibición y su admisibilidad en ciertas circunstancias. Así, la doctrina española introduce la idea del denominado “pacto marciano”, el cual consiste en *la posibilidad de que deudor y acreedor convengan, en el momento en el que se celebra el negocio constitutivo de la garantía real que, si al llegar el momento de vencimiento el deudor no pagara, la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa justa estimación*³⁸. Autores como Manuel Albaladejo se han pronunciado a favor de la validez del pacto marciano, sosteniendo que *si para evaluar la cosa gravada existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda efectivamente fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para que deba rechazarse el pacto por el que se establezca que el acreedor, si el deudor incumple, la haga suya por lo que valga realmente*³⁹. En otras palabras, Albaladejo defiende la admisibilidad de dicho pacto, con la condición de que sea posible fijar el precio de la cosa gravada en forma correcta.

Es relevante destacar la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2005⁴⁰, del 11 de marzo del 2005. A través del mismo se permite al acreedor la apropiación del bien objeto de la garantía. El artículo 6 en su numeral primero determina que *las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien o derecho*. Luego, cuando se regula la ejecución de las garantías, el artículo 11 en su numeral primero versa lo siguiente: *se considera como supuesto de ejecución un incumplimiento de obligaciones o cualquier hecho pactado entre las partes que en caso de producirse permita al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía o de la ley, realizar o apropiarse del objeto de dicha garantía...* Por último, el numeral 3 establece que la apropiación será posible cuando: a) se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y b) las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito.

6. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico uruguayo dispone la prohibición del pacto comisorio, expresando el artículo 2338 del Código Civil que *es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la cosa hipotecada o a disponer de ella privadamente*. Históricamente se ha defendido esta idea con la convicción de proteger al deudor, ya que se asume la parte más

38 Feliu Rey, Manuel Ignacio, *La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 88 y ss.

39 Albaladejo, Manuel en *Derecho Civil III (“Derecho de Bienes”)*, Volumen Segundo (“Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad”), 7ª Edición (2002), pág. 705

40 Tiene por finalidad el impulso a la productividad y la mejora de la contratación pública.

débil de un contrato.

Sin embargo, el surgimiento de modelos contractuales que son utilizados con función de garantía, como el fideicomiso, el lease back, el warrant, la cesión de créditos y la prenda irregular, permiten cuestionarnos la vigencia de la prohibición del pacto comisorio.

Las posiciones doctrinarias que existen al respecto son diversas, siendo posible distinguir tres tipos de opiniones: a) quienes entienden la prohibición del pacto comisorio como un principio de orden público, que se aplica a todos los contratos de garantía; b) quienes consideran que el artículo 2338 únicamente aplica a los contratos que en él se menciona (la hipoteca, y por extensión la prenda tradicional), y por consiguiente puede admitirse el pacto comisorio en las demás figuras; y c) quienes sostienen que la prohibición del pacto comisorio no ha sido eliminada pero que se ha atenuado.

Entendemos que la prohibición del pacto comisorio continúa plenamente vigente para los contratos de hipoteca y prenda. Esto en virtud de una interpretación literal del artículo 2338 del Código Civil uruguayo. No obstante, consideramos que dicha disposición no aplica a las figuras contractuales expuestas en el presente trabajo; ya que de hacerlo se estaría extendiendo el contenido del artículo más allá de lo plasmado por el legislador.

Nos afiliamos a la postura de la atenuación en virtud de los siguientes argumentos: i) por un lado, consideramos excesivo permitir que el acreedor se apropie de los bienes transferidos en garantía, ya que el deudor podría resultar perjudicado al ser privado de un bien que quizás tenga un valor mayor al monto de su deuda, violentando de esta forma el principio de accesoriedad⁴¹ que rige en los contratos de garantía⁴². ii) Por otro lado, entendemos que es posible que sea el propio acreedor quien enajene el bien y de esa forma cobre su crédito, ya que, como hemos analizado, así lo ha consagrado el legislador en determinados contratos. Además, consideramos que esta modalidad reviste de mayor agilidad al proceso de ejecución, aumentando la predisposición por parte del acreedor al contratar, y disminuyendo los costos derivados del contrato. Sin dudas es necesario que las partes acuerden y detallen cuidadosamente la forma en que el acreedor procederá a la ejecución, para no vulnerar los derechos de ninguno de los sujetos intervinientes.

Sin perjuicio de lo expresado, entendemos que se trata de un tema susceptible a continuar evolucionando. En este sentido, consideramos que se debe prestar especial atención a la regulación del lease back que, como fue mencionado anteriormente, faculta al acreedor a apropiarse del bien transferido en garantía en caso de incumplimiento. Se trata quizás de una disposición que abre la puerta para que los restantes contratos continúen el mismo camino.

41 Según este principio el deudor no debe más que el monto de su deuda, y por lo tanto no puede ser despojado de la totalidad del valor del bien transferido.

42 Podría considerarse la posibilidad de realizar una tasación sobre el bien entregado en garantía como una solución a este problema. A través de la intervención de un tercero ajeno a las partes, que fije el precio del bien en cuestión, se podría evitar que el acreedor se apropie de un bien con un valor mayor al monto de su crédito; ya que, en el caso que se determine la existencia de un excedente, el acreedor deberá restituirlo al deudor. De esta forma, se estaría dando entre las partes un pago por entrega de bienes regulado en el artículo 1490 del Código Civil. De haber habido tasación, se estaría determinando el precio por el cual el acreedor recibe la cosa, ingresando así al inciso segundo del artículo 1491 de nuestro Código Civil. Así, las relaciones entre deudor y acreedor se regularán por las disposiciones del contrato de compraventa.

BIBLIOGRAFÍA.

Albaladejo, Manuel en Derecho Civil III (“Derecho de Bienes”), Volumen Segundo (“Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad”), 7ª Edición (2002).

Caffera, Gerardo, “La Prenda Irregular”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XIX, FCU, 1989

Caffera, Gerardo y Mantero, Elías, “La Ejecución del Fideicomiso de Garantía” en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, T. I, FCU, 1ª edición, 2013

Caffera, Gerardo, “Warrant y Certificado de Depósito”, en Anuario de Derecho de Comercio.

Carregal, Mario, El fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982

Cerisola, Andrés, Curso de Derecho de la Empresa, AMF, 3 edición, 2008

De Cores, Carlos, “El nuevo derecho de las garantías reales mobiliarias”, en Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo II, volumen I, FCU, 2002

De Cores, Carlos, Los Negocios de Garantía Sobre Derechos de Crédito en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XV, 1984

De Cores, Carlos, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. II, V. I, FCU, 2002

Feliu Rey, Manuel Ignacio, La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía, Editorial Cívitas, Madrid, 1995

Frigerio, Alfredo, “Consideraciones sobre la transmisión de la propiedad con función de garantía bajo la mirada de la Suprema Corte de Justicia”, en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, año V, tomo C, FCU, 2017

Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil, T. 2 V.1, FCU, 4 edición, 2002

Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XIII, 1999

Mantero, Elías, “Admisibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XL, FCU, 2010

Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, T IV, Bueno Aires 1955

Molla, Roque, El fideicomiso de garantía y el sistema general de garantías, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo XXXIV

Molla, Roque, Compraventa con fines de garantía, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXVIII

Rodríguez Russo, Jorge, “Los contratos de garantía atípicos y la tipicidad de los derechos reales: consideraciones sobre su admisibilidad”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXX, FCU

Sayagués Areco, E. “El pacto comisorio en el contrato de prenda común” en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, v.62, n.9 (01/01/1965)



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

HISTORIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1978-2018), obra dirigida por los Dres. Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio. Por Carlos Loiza Keel

NOTA SOBRE “HISTORIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1978-2018)”, OBRA DIRIGIDA POR LOS DRES. ALFONSO SANTIAGO Y LUCÍA BELLOCCHIO

El pasado mes de noviembre, la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo fue el entorno ideal para presentar en Uruguay la obra colectiva de un grupo de investigadores dirigida por los Dres. Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio, “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018”.

El momento y el lugar fueron los más oportunos: momento, pues en 2018 se conmemoraron cuatro décadas de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); y lugar, porque esta Corte pasará a estar integrada, como en varias ocasiones en el pasado, por un prestigioso jurista uruguayo, el Dr. Ricardo Pérez Manrique, ex presidente de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay. Él mismo, junto al Dr. Alfonso Santiago, protagonizaron la presentación en la Universidad de Montevideo, ante un nutrido público de alto nivel académico.

El Dr. Alfonso Santiago es el actual director de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral, de la que fue fundador, es profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios, miembro Titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires fundada en 1905 (que cuenta con solo 30 titulares) y miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, fundada en 1713. Entre otros, publicó los libros “La Corte Suprema y el control político”, “Bien común y Derecho Constitucional”, “Religión y política” y “En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho”.

Como explican desde el comienzo los directores de esta obra, “en tiempos en los que, al decir de García de Enterría, ‘los jueces han destronado a los legisladores’, conocer a fondo la actuación y la historia de un tribunal regional tan relevante como la Corte IDH reviste una particular significación jurídica y política.”

El libro sigue la estructura que fuera propuesta en 2004 por el juez de la CIDH, Manuel E. Ventura Robles –quien, por lo demás, se encarga de prologarlo– y, luego de un capítulo introductorio fundamental a propósito de los derechos humanos en la tradición jurídica americana a cargo de los Dres. Alfonso Santiago y Gisela Ferrari, se divide en los siguientes capítulos que cubren cada una de las etapas de la CIDH:

a) La primera etapa, el nacimiento de la CIDH, que abarca el período comprendido entre septiembre de 1979 y principios de 1986, momento en que ingresaron los primeros casos contenciosos, a cargo de la Dra. Gisela Ferrari.

b) La segunda etapa, que comprende desde 1986 hasta 1993, y relata los primeros pasos de la Corte, en los que se proponen y resuelven muy pocos casos y opiniones consultivas y se comienzan a someter las primeras solicitudes de medidas provisionales, a cargo de la misma autora.

c) La tercera etapa, de 1994 a 2001, en la que se experimenta el crecimiento y consolidación de la CIDH, se intensifica el envío de casos por la Comisión, se amplían los temas sobre los que debe pronunciarse y empiezan a trabajar los primeros abogados en el Tribunal, a cargo de la Dra. Lucía Bellocchio.

d) La cuarta etapa, entre 2002 y 2006, en la que emerge una CIDH decididamente activista, capítulo a cargo de la Magister Olivia Minatta.

e) La quinta etapa, entre 2007 y 2012, en la que la CIDH explora nuevas fronteras y derechos, se enuncia en forma explícita la doctrina del control de convencionalidad en el año 2006 y se introducen importantes reformas al procedimiento ante la Corte a través de su actual Reglamento (adoptado en 2009), capítulo a cargo de los investigadores María C. Londoño, Brenda Forero y Milagros Ibarzábal.

f) Finalmente, la sexta y última etapa, que se extiende entre 2013 y la actualidad, y muestra un crecimiento ostensible de las temáticas que trata la CIDH y también de los conflictos de distinto grado con algunos de los Estados, capítulo que abordan los investigadores Andrés Felipe López Latorre y Milagros Ibarzábal.

La obra culmina con una serie de reflexiones sobre la CIDH, a la luz del riguroso análisis histórico antes descrito. A juicio de los directores, los avances políticos, institucionales, económicos y jurídicos en toda la historia de la CIDH han sido notables y “pese a su juventud y cierta precariedad institucional”, la CIDH “es hoy el segundo tribunal más importante en materia de [Derechos Humanos] y su relevancia es creciente dentro y fuera de América, siendo su jurisprudencia objeto de interés y estudio en otras regiones y de diálogo con otros países.”

Pero también es inocultable que, a cuatro décadas de su instauración, la CIDH ha sido también testigo de ciertas contradicciones y avances sobre la soberanía de los Estados que la constituyeron en áreas sensibles para las sociedades latinoamericanas y para el individuo, y que ello ha venido generando conflictos de diversa importancia, que nos obligan a reflexionar para valorar la mejor manera de seguir construyendo un relacionamiento sano entre la CIDH, los Estados y los ciudadanos, acorde a los propósitos que dieron lugar al nacimiento de la institución. Porque al decir de los Dres. Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio, al fin y al cabo “la construcción de todo este capital institucional y jurídico reclama la máxima responsabilidad de todos los actores involucrados a la hora de cuidarlo y potenciarlo.”

En síntesis, “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)” es una investigación abisal sobre la que los autores definen como “la empresa colectiva de los países latinoamericanos que mejor resultado ha tenido”. Una mirada histórica, pero para pensar seriamente en el futuro. No en vano ya desde las primeras páginas de la obra resuenan las lúcidas palabras de Cicerón sobre la Historia: “fuente de memoria, testigo de los tiempos, luz de la verdad y maestra de la vida”. Los autores se ocupan de recordárnoslo con maestría en esta obra capital.

Por Carlos Loaiza Keel

REGLAMENTO EDITORIAL

La **Revista de Derecho** es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (peer review) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a redaccionfder@um.edu.uy. Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.

2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.

3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.

4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.

5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:

- i) Título en español y en inglés.
- ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e institución académica a la que pertenece, dirección de correo electrónico para la correspondencia con la revista.
- iv) Abstract del trabajo en español y en inglés (entre 100 y 200 palabras)
- v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.

6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.2. y sucesivamente.

7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).

8) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo la siguiente estructura:

- Libros: AUTOR, Título, Editorial, Ciudad, Año.

Ejemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Ejemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) Las referencias de Jurisprudencia deben establecer: país de origen, órgano judicial que dictó, número y fecha de la sentencia.

10) Las referencias de Derecho positivo deben incluir: país de origen, órgano que dictó la norma, nombre (en caso de corresponder), número y fecha.

EDITORIAL GUIDELINES

The **Law School Journal** is published twice a year by the School of Law of University of Montevideo.

Since the year 2002, it has been regularly published and includes the following sections:

- Message from the Dean or Editor-in-chief
- Academic papers
- Conferences and lectures
- Annotated case law
- News of the School of Law
- MA Thesis
- Papers of law school undergraduate students
- Reviews of Books and Journals

From a material standpoint, a qualified Editorial Board comprised of Professors from the different fields carries out the preliminary scientific review of the manuscripts. Subsequently, the manuscripts are peer reviewed. Once this process is completed, the Editorial Board selects the manuscripts that will be published in the different sections of the journal.

Sending manuscripts to the Law School Journal of University of Montevideo implies acceptance of their publication and reproduction in any publishing means applied by the Journal. Expressions and opinions arising from the articles published in the Journal are the responsibility of the authors alone.

Guidelines for the publication of academic papers

1) Manuscripts must be sent by e-mail to redaccionfder@um.edu.uy. Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.

2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.

3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.

4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.

5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:

- i) Title in Spanish and in English.
- ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
- iii) An abstract of the manuscript in English and in Spanish (between 100 and 200 words).
- iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in English and in Spanish.

6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.

7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).

8) Bibliographical references must appear as footnotes (Font: Times New Roman, Size 10, single-spaced) in accordance with the following structure:

- Books: AUTHOR, Title, Publisher, City, Year.

Example: GAGLIARDO, M., *Sociedades Anónimas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Journals: AUTHOR, "Title", Journal, Volume, Number, Year and Pages.

Example: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", *The American Economic Review*, vol. 35, n° 4, 1945, p. 51 et seq.

9) References to case law must indicate: country of origin, court issuing the judgment, number and date.

10) References to statutory law must include country of origin, enacting body, name (if appropriate), number and date.

REGULAMENTO EDITORIAL

A **Revista de Direito** é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideú.

Desde 2002 está sendo publicada regularmente, incluindo as seguintes secciones:

Mensagem do Decano ou do Diretor

- Doutrina
- Conferências e aulas magistrais
- Jurisprudência comentada
- Informação da Universidade
- Teses de Mestrados
- Monografias de Estudiantes
- Notas de livros e revistas

Desde o ponto de vista substancial, a valorização científica preliminar dos trabalhos a serem publicados se realiza por um qualificado Conselho Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, os trabalhos pré-selecionados serão revisados por pares (peer review) que são os que avaliam os trabalhos recebidos e fazem recomendações para sua eventual publicação. Finalizado o processo, o Conselho Editorial elege os trabalhos que serão publicados em cada seção da revista.

O envio de trabalhos à Revista de Direito da Universidade de Montevideú, implica a autorização para que os mesmos sejam publicados e reproduzidos em qualquer meio de difusão da Revista. As expressões e opiniões expostas pelos autores de cada obra publicada nesta Revista são de sua exclusiva responsabilidade.

Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina

1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a redaccionfder@um.edu.uy. As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.

2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.

3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.

4) Os trabalhos devem ser remetidos em formato Word, Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas simples.

5) O trabalho deve ir acompanhado de uma apresentação que inclua a seguinte informação:

- i) Título em espanhol e em inglês.
- ii) Dados do autor ou dos autores: nome completo, identificador único de investigador ORCID (se pode obter no seguinte enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e instituição acadêmica a que pertence, direção de correio eletrônico para a correspondência com a revista.
- iv) Abstract do trabalho em espanhol e em inglês (entre 100 e 200 palavras)
- v) Estabelecer entre 3 e 5 palavras chaves (key words) do trabalho em inglês e em espanhol.

6) As diferentes seções do trabalho devem ser estruturadas de acordo com a numeração arábica: 1., 1.1., 1.1.2. e sucessivamente.

7) As siglas incluídas devem ser acompanhadas de seus significados, entre parênteses, na primeira vez que forem usadas. Exemplo: CC (Código Civil).

8) As referências bibliográficas devem ser feitas no final do texto (formato: Times New Roman, Tamanho 10, espaçamento entre linhas simples) seguindo a seguinte estrutura:

- Livros: AUTOR, Título, Editorial, Cidade, Ano.

Exemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Exemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) As referências de Jurisprudência devem estabelecer: país de origem, órgão judicial que ditou, número e data da sentença.

10) As referências de Direito positivo devem incluir: país de origem, órgão que ditou a norma, nome (em caso de corresponder), número e data.



Diciembre, 2018. Depósito Legal Nº. 000.000 / 18
www.tradinco.com.uy