

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

*Publicación de la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica del Uruguay*

2.^a época. Año 12 N.º 13 - JULIO 2016

ISSN 1510-3714
ISSN On line 2393-6193

Facultad de
Derecho



Universidad
Católica del
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2º época. Publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del URU.uguay, ininterrumpida desde el año 2006. Semestral e internacional. Publica artículos originales e inéditos sometidos a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, de "doble ciego", basados en parámetros éticos claros, con plenas garantías en cuanto a la evaluación objetiva por motivos exclusivamente académicos de cada uno de los trabajos que se presentan.

El objetivo es brindar una oportunidad real a todos los juristas y a los interesados en temas jurídicos, nacionales y extranjeros, de publicar y de acceder a artículos de alto nivel académico, notas de jurisprudencia, sentencias relevantes y novedades bibliográficas, sobre cuestiones jurídicas de actualidad para la profesión, la docencia y la investigación.

De esta edición:

© 2016 UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

Dirección Postal

Av. 8 de octubre 2738- CP 11.600,
Montevideo, Uruguay.
Tel. (+598) 2487 2712- Fax. 2487 0323
Internet: <http://www.ucu.edu.uy>

Correo electrónico

publicacionesderecho@ucu.edu.uy
mhanna@ucu.edu.uy

Depósito legal 375.694 - Comisión Del Papel
Edición amparada por el Decr. 218/96
ISSN 1510-3714
ISSN on line: 2393-6183

Título-clave: Revista de derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho. En línea)

Título-clave abreviado: Rev. Derecho (Univ. Catól. Dámaso A. Larrañaga, Fac. Derecho. En línea)

Impreso en Uruguay- Printed in Uruguay
Todos los derechos reservados.

Diseño de cubierta: Taller de Comunicación

Paginado: Stella Fernández

Edición a cargo de Marta Hanna de Rosa

Impreso y encuadernado en Mastergraf S.R.L.
Gral. Pagola 1823 - CP 11800 - Tel. 2203 4760*
Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@mastergraf.com.uy
www.mastergraf.com.uy

Revista de Derecho es una publicación arbitrada. Incluida en:
Catálogo **Latindex**
Base de datos **Ebsco**

Sitio web de la publicación con acceso a tablas de contenido, resúmenes y normas de publicación en:
<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

The journal Revista de Derecho is included in:
Catálogo **Latindex**
Base de datos **Ebsco**
The table of contents, abstracts and publication guidelines can be accessed at the website:
<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

Por correspondencia y envío de material dirigirse a:

Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.
Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600, Montevideo, Uruguay.
Teléfonos 2487 2717* - Fax 2487 5225.
publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Por canje: Biblioteca P. Manuel Gutiérrez Semprún, s.j.: canje@ucu.edu.uy

Por suscripción: publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejan necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo es responsabilidad exclusiva de sus autores.

COMITÉ EDITORIAL

Carlos Delpiazzo
Decano
(Universidad Católica del Uruguay)

Mabel Rivero
(Universidad Católica del Uruguay)

Martín Riso Ferrand
(Universidad Católica del Uruguay)

Marta Hanna de Rosa
Secretaria de redacción
(Universidad Católica del Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto **Tarsitano** (*Universidades Austral, Belgrano y San Andrés, ARG.*)

Alejandro **Abal Oliú** (*Universidad de la República, URU.*)

Amadeo **Ottati** (*UCU, URU.*)

Ángel **Landoni** (*Universidad de la República, URU.*)

Arnoldo **Wald** (*Universidad del Estado de Río de Janeiro, BRA.*)

Augusto **Durán Martínez** (*UCU, URU.*)

Carlos Antonio **Nedel** (*Unisinos, BRA.*)

Carlos **Barbé** (*UCU, URU.*)

Carlos **De Cores** (*UCU, URU.*)

Cecilia **Fresnedo** (*UCU, URU.*)

Didier **Operti** (*UCU, URU.*)

Domingo **García Belaunde** (*Universidad Católica de Perú., PER.*)

Efraín Hugo **Richard** (*Universidad Nacional de Córdoba, ARG.*)

Francisco **Fernández Segado** (*Universidad Complutense, ESP.*)

Giuseppe **Gandolfi** (*Universidad de Pavia, ITA.*)

Graciela **Ruocco** (*UCU, URU.*)

Humberto **Nogueira Alacalá** (*Universidad de Talca, CHI.*)

Ian **Woischnik** (*FKA, Alemania*)

Íñigo A. Navarro Mendizábal (*Universidad de Comillas, ESP.*)

Jaime **Rodríguez-Arana Muñoz** (*Universidad de la Coruña, ESP.*)

Jean **Stoufflet** (*Universidad Clermont Ferrand, FRA.*)

Jesús **María Casal** (*Universidad Católica Andrés Bello, VEN.*)

José Luis **Cea Egaña** (*Universidad Católica de Chile, CHI.*)

José María **Gamio** (*UCU, URU.*)

Juan **Blengio** (*Universidad de la República, URU.*)

Juan Carlos **Cassagne** (*Universidad de Buenos Aires, ARG.*)

Juan Pablo **Cajarville** (*Universidad de la República, URU.*)

Julio C. **Otaegui** (*Universidad de Buenos Aires, ARG.*)

Leslie **Van Rompaey** (*URU.*)

Luca **Mezzetti** (*Universidad de Bologna, ITA.*)

Luis **Aguiar De Luque** (*Universidad Carlos III, ESP.*)

Luis **Fernández de la Gándara** (*Universidad Complutense, ESP.*)

Luis Fernando Álvarez (*Universidad Javeriana, COL.*)

Marc **Lacoursière** (*Universidad Laval, CAN.*)

María **Wonsiak** (*Universidad de la República, URU.*)

Mariano **Negrón** (*Universidad Interamericana de Puerto Rico, PUR.*)

Milagros **Otero Parga** (*Universidad de Santiago de Compostela, ESP.*)

Néstor **Sagiús** (*Universidad de Buenos Aires, ARG.*)

Oscar **Sarlo** (*Universidad de la República, URU.*)

Paulo **De Barros Carvalho** (*Pontificia Universidad Católica de San Pablo, BRA.*)

Pierre **Lemieux** (*Universidad Laval, CAN.*)

Rafael **Illescas Ortiz** (*Universidad Carlos III, ESP.*)

Raúl **Cervini** (*UCU, URU.*)

Raúl A. **Etcheverry** (*Universidad de Buenos Aires, ARG.*)

Ricardo **Nissen** (*Universidad de Buenos Aires, ARG.*)

Romeu Felipe **Bacellar Filho** (*Universidad Federal de Paraná y Pontificia Universidad Católica de Paraná, BRA.*)

Santiago **Carnelli** (*Universidad de la República, URU.*)

Siegbert **Rippe** (*Universidad de la República, URU.*)

Silvio **Gambino** (*Universidad de Calabria, ITA.*)

Walter **Guerra** (*UCU, URU.*)



**AUTORIDADES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE URUGUAY**

Mons. DANIEL STURLA SDB
Gran Canciller

P. ALEJANDRO TILVE SJ
Vice Gran Canciller

P. EDUARDO CASAROTTI SJ
Rector

Dr. ARIEL CUADRO
Vicerrector Académico

Ing. OMAR PAGANINI
*Vicerrector de Gestión Económica y
Desarrollo*

P. ÁLVARO PACHECO SJ
Vicerrector del Medio Universitario

**AUTORIDADES
FACULTAD DE DERECHO**

Dr. CARLOS DELPIAZZO
Decano

SRA. LETICIA DE LA SIERRA
Secretaria de Gestión

Dr. GABRIEL VALENTIN
Coordinador de Abogacía

Prof. Esc. BEATRIZ RAMOS
Coordinadora Académica de Notariado

Dra. MARIELLA SAETSTONE
*Coordinadora Académica de
Investigaciones*

DRA. MARÍA JOSÉ BRIZ
*Directora del Centro Universitario
de Formación Jurídica*

Dra. MARTA HANNA DE ROSA
Coordinadora de Publicaciones

Dr. WALTER GUERRA
Coordinador de Aspirantías

Índice

DOCTRINA

ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A JUSTICIA RESTAURATIVA NA PORTUGAL <i>Da Silva Brandalise,</i>	11
ARBITRAJE Y PRUEBA PERICIAL <i>Franco Pujol - Jiménez Blanco</i>	33
EL SENTIDO DEL CONCEPTO Y BIEN FUNDAMENTAL DEL “MEDIO AMBIENTE” <i>Gorosito Zuluaga.....</i>	87
PRIMERAS SENTENCIAS SOBRE LA LEY DE MEDIOS <i>Risso Ferrand</i>	141
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA <i>Rodríguez Arana</i>	189
RESEÑAS	
Gastón Chaves, <i>El Derecho Penal desde la Constitución, UCU, Montevideo, 2015, 764 pp.</i> <i>Raúl Cervini</i>	221
Paula Garat, <i>El principio de proporcionalidad, UCU, Montevideo, 2016</i> <i>Martín Risso Ferrand.....</i>	223
Reglamento de la Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay <i>Law Journal regulation</i> Normas formales para publicaciones de la Facultad de Derecho <i>Editorial standards</i>	225

DEPARTAMENTOS Y ÁREAS

**Dr. AUGUSTO DURÁN
MARTÍNEZ**

*Departamento de Derecho
Administrativo*

Dr. CARLOS DE CORES

Departamento de Derecho Civil

Dra. ADRIANA BACCHI

*Departamento de Derecho Comercial y
Bancario*

Dr. MARTÍN RISSO FERRAND

*Departamento de Derecho
Constitucional*

Dra. CECILIA FRESNEDO

Departamento de Derecho Internacional

Dr. GASTÓN CHAVES

Departamento de Derecho Penal

Dr. WALTER GUERRA

Departamento de Derecho Procesal

Dr. JORGE FERNÁNDEZ REYES

Área Agroambiental

Dra. MABEL RIVERO

Área de Familia

Pbro. Dr. GABRIEL GONZÁLEZ

Área Humanística

Dr. JUAN JOSÉ SALGADO

Área Social

**Dra. ALICIA RODRÍGUEZ
GALUSSO**

*Área de Formación Profesional
en Abogacía*

Esc. BEATRIZ RAMOS

*Área de Formación Profesional
en Notariado*

DOCTRINA

Algumas observações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal de adultos portuguesa

Some comments about Restorative Justice and about the Portuguese Criminal Mediation

Algunas observaciones sobre la Justicia Restaurativa y la mediación penal de adultos en Portugal

*Rodrigo da Silva Brandalise**

Universidade de Lisboa

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar o tratamento europeu, e mais especificamente o português, conferido à *justiça restaurativa*, como forma de contribuição para as iniciativas atuais que são presenciadas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; resolução consensual de conflitos; justiça restaurativa; mediação penal.

* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Contacto: rsbrandalise@gmail.com

ABSTRACT: This paper examines the European and more specifically the Portuguese treatment granted to the Restorative Justice as a contribution to the current initiatives that are witnessed in Brazil and in Uruguay.

KEYWORDS: Criminal procedure; consensual resolution of conflicts; restorative justice; criminal mediation.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar el tratamiento de Europa, y más concretamente el portugués, a la justicia restaurativa como una contribución a las iniciativas actuales que están presentes en Brasil y Uruguay.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal; resolución consensual de conflictos; justicia restaurativa; mediación penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ponto de Partida: a Justiça Restaurativa na Europa. 3. A Mediação Penal de Adultos em Portugal. 4. Conclusão. 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

É sabido que o processo penal convive com a manifestação consensual como forma de sua resolução, voltada para o interesse em uma finalização mais célere e menos invasiva na vida das pessoas envolvidas.

Com esse enfoque, a consensualidade pode tanto ser utilizada para reconhecimento da culpa (*guilty plea* americana, p. ex.) como para a resolução do conflito penal sem que haja tal reconhecimento (citam-se a transação penal e a suspensão condicional do processo em âmbito brasileiro).

No Rio Grande do Sul, observa-se um movimento recente em prol de uma dessas formas de consenso, conhecida como *justiça restaurativa*, tanto no âmbito do Poder Judiciário¹ como no do Ministério Público (quanto a este, inclusive com a criação de um grupo de estudos no ano de 2016²).

Essa ideia também é apoiada pelo Conselho Nacional de Justiça, como se pode ver do Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa, que contou com a participação do citado Conselho, de Tribunais de Justiça, de órgãos do Poder Executivo brasileiro e de associações de representação dos juízes, dentre outros.³

De ser notado que a prática de *justiça restaurativa* não é um fenômeno recente no Brasil. Porém, inexistente uma regulamentação legislativa nacional sobre o tema.⁴ O que se nota são iniciativas próprias e pontuais que tentam se adequar àquela compreensão.

¹ Associação dos juízes do Estado do Rio Grande do Sul. Pelotas recebe programa de Justiça Restaurativa do TJ/RS, documento não paginado.

² Faculdade de Direito de Santa Maria. Docente faz parte do grupo de estudos do MP/RS, documento não paginado.

³ Brasil. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa*: p.1.

⁴ Apesar de o art. 35, inc. III, da Lei Federal nº 12.594/12 dizer que a execução das medidas socioeducativas serão regidas por princípios, dentre os quais a prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.

O Uruguai também tem demonstrado interesse nesse mesmo tema, inclusive com aula magna havida na Universidade Católica em Montevideu sobre ele.⁵

Assim, afigura-se importante uma forma de contribuição para essa iniciativa. Para tanto, far-se-á uma análise da compreensão de *justiça restaurativa* no continente europeu, e, mais especificamente, analisar-se-á o modelo português, conhecido como *mediação penal de adultos* em Portugal. No final, serão apresentadas conclusões pertinentes.

2.

PONTO DE PARTIDA:

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA EUROPA

Importante referir que a mediação penal de adultos, no contexto português atual, é um reflexo de experiência surgida na Bélgica⁶ (que também influenciou a União Europeia), com o firme propósito de configurar soluções alternativas ao processo criminal em si, dado o aumento da pequena criminalidade e a dificuldade do Estado em fornecer uma resposta adequada a tal problema.⁷ Isto tudo dentro de uma novel maneira de acesso à justiça, chamada de *justiça restaurativa*.⁸

A justiça restaurativa, dessa forma, compreende o crime como causa de um dano individual e social. Nela, a responsabilidade é definida por aqueles que estão envolvidos em suas consequências, de maneira informal, emotiva e sentimental. O resultado desejado é construído para fins de reparação subjetiva daquilo que o crime causou.⁹

Como aduzido pela doutrina, está essa vertente de consenso inserida em um “modelo verde” de justiça. Tal também consiste em uma solução para impasses de natureza criminal, mas voltada para as “pequenas comunidades” ou “sociedades intermédias”. Legitima-se a partir do reconhecimento da liberdade e da dignidade humana. Quer, portanto, auxiliar na realização do interesse social de maior participação na vida pública, fulcrada na descentralização e na corresponsabilidade.¹⁰

⁵ Uruguai. “Kolping. Justicia Restaurativa”, Charla de Petronella Boonen, documento não paginado.

⁶ Conhecida como *Mediation for Redress*, resultou na compreensão de a relação vítima-ofensor-mediação ser complementar, não substituta, do processo criminal convencional (PELIKAN, 2005: p.21-22).

⁷ TULKENS, 2005: p.690-691.

⁸ Voltada que é para o restabelecimento das relações e a reparação dos danos originados da conduta criminal (VELOSO, Felipe, 2012: p.3).

⁹ WALGRAVE, 2008: p.44.

¹⁰ FARIA COSTA, 1986: p.64-66.

Para melhor compreensão, calha ser citada a Recomendação nº R(99) 19, adotada em 15 de setembro de 1999 pelo Comitê de Ministros. Ela surgiu com o fito de regular, no âmbito da União Europeia, mas com respeito aos interesses de cada Estado-membro, a realização de mediação em matéria penal.

Pretendeu-se, assim, o reconhecimento dos interesses das vítimas, para que elas tenham preservados seus interesses, inclusive o de reparação, ao mesmo passo em que quer estimular o senso de responsabilidade daquele que pratica o delito, de forma a facilitar sua reintegração e reabilitação.¹¹

À partida, oportuno dizer que a própria Recomendação destaca que é a mediação uma forma flexível, compreensiva, resolutiva, participativa, seja de forma complementar, seja de forma alternativa, ao procedimento criminal tradicional.¹²

As diretrizes nela expostas consideram a liberdade da vítima e daquele que pratica o delito em aderir à proposta de mediação como forma de resolução do conflito penal, que será conduzida por um terceiro imparcial. Salientam que a vontade expressada pode ser retirada durante sua realização. E, mais importante, que o conteúdo da mediação deve ser confidencial e não pode ser utilizado além daquilo que leve à efetivação da mediação, salvo concordância das partes.¹³

Também orienta no sentido da preservação de garantias processuais, como o direito de o menor ser acompanhado de defensor, da assistência parental aos menores, bem como de disponibilização de tradutor/intérprete. Isto porque as partes devem ser devidamente orientadas, quando da mediação, de seus direitos e das consequências das decisões. Pelo que, além da vontade voltada para sua realização, deve ser a mediação consciente e inteligível, da mesma forma como deve proteger a dignidade das pessoas envolvidas.¹⁴

Ressalte-se que inexistente mediação que envolva juiz e acusador, pois isto seria uma forma de reparação/conciliação.¹⁵ Na mediação, a relação se faz entre a vítima e o agressor, na presença de um terceiro, afastada do aparato judicial¹⁶ (é por tal razão que a conciliação existente no processo penal brasileiro não se equipara à mediação). O mediador assume a função de propor uma maneira de solução ao litígio apresentado, pelo que cabe aos demais participantes aceitar ou não (caminho propositivo).¹⁷

¹¹ Conforme consta na exposição de motivos da Recomendação.

¹² Conforme consta na exposição de motivos da Recomendação.

¹³ Conforme consta nos princípios gerais expostos na Recomendação.

¹⁴ Conforme presente na Recomendação, nas disposições sobre a operação da justiça criminal com a mediação penal.

¹⁵ TULKENS, 2005: p.691.

¹⁶ PINTO, 2005: p.103.

¹⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000: p.75.

Por conta disso, é conhecida como **diversão** (forma de solução de conflito penal diversa do exame da culpa) **com repressão num processo de mediação**, já que há a presença de um árbitro para encontro de uma solução conciliatória.¹⁸

Em que pese parecer importante o caráter de neutralidade do mediador, admite-se que, por vezes, esteja ele na condição de cuidar do mal sofrido pelo ofendido, sempre com o zelo de não contribuir para a estigmatização daquele que o cometeu, para que possa ser devidamente ressocializado, tal qual como poderia acontecer se a mediação acontecesse no momento da execução da pena. Isto porque se está diante de uma situação onde há um conflito entre pessoas, de forma que não se discuta quem é o bom e o mau.¹⁹

Uma vez aceita a mediação, o mediador deverá ser informado acerca de todos os fatos relevantes e pertinentes ao caso (inclusive, deve receber todos os documentos necessários para tanto). Realizada a mediação, seu resultado terá o mesmo *status* das decisões judiciais, bem como torna preclusa a possibilidade de persecução estatal sobre os fatos mediados.²⁰

Como sabido, o processo convencional estimula o confronto, pelo que reforça sensações de estigma e de conflito em relação àquele contra quem se imputa a prática do delito. Em consequência, a principal função da justiça penal convencional torna-se a de demonstrar os limites a serem observados por todos dentro do contexto social. Isto porque, quando o crime é cometido, há a necessidade de restabelecimento da norma violada e a proteção dos integrantes da sociedade que fora vitimizada – a vítima necessita ter assegurada sua cidadania, enquanto que o ofensor está obrigado a se submeter às exigências de sua reinserção social.²¹

Doutro lado, como também já apontado, há um incremento da desjudicialização, da celeridade e da eficácia processual, notadamente por corresponder a um término de questão penal sem necessidade de julgamento formal,²² situação comum à mediação. Isto é consequência do fato de que as vítimas, muitas vezes, não estão interessadas na vingança propriamente dita. Frequentemente, seu objetivo é satisfeito com a reparação/indenização ou com o simples pedido de desculpa (desejam a assistência, muito mais do que uma nova vitimização que pode ser gerada pelas instâncias de controle),²³ já que este último ambiente é-lhe hostil e não é voltado para o atendimento individual.²⁴

¹⁸ TORRÃO, 2000: p.121-122.

¹⁹ MARQUES DA SILVA, 2005: p.98.

²⁰ Conforme consta na Recomendação, no ponto relativo à operação do serviço de mediação.

²¹ WALGRAVE, 2013: p.65. Nas situações em que o processo penal é formado pelo confronto, o acusado buscará a sentença mais leniente que lhe for possível naquele contexto, enquanto que a vítima é utilizada como meio de prova (WALGRAVE, 2013: p.65).

²² MORÃO, 2012: p.264.

²³ PIZARRO DE ALMEIDA, 2005b: p.395-396.

²⁴ Tais assertivas são consequência da aceitação da reparação como resposta penal, a atenuação do caráter público do processo, da reconsideração da vítima e da visualização de um direito penal moderado (RODRIGUES, 2006: p.132).

Tal hostilidade ocorre porque os tribunais não formam uma realidade comum na vida dos integrantes da sociedade, especialmente porque²⁵:

- a) estão localizados em regiões administrativas que estão fora dos pontos comuns e regulares das pessoas;
- b) as estruturas existentes nos centros são por demais portentosas para o cidadão comum;
- c) as pessoas são representadas por outras pessoas com formação técnica junto aos tribunais, sem contato direto com o juiz, e por elas se percebe a realização da atividade processual; e
- d) no processo criminal, o conflito inicial que se dá entre pessoas é substituído por seus representantes, de forma que aquele que representa a sociedade e, por extensão, a vítima, atua de maneira que esta última seja praticamente afastada para fora do cenário processual, com participação muito irrisória na resolução do conflito.

Portanto, a justiça restaurativa²⁶ compreende o objetivo de reparar o dano como forma de obtenção de justiça, dano este que pode ser de cunho material, psicológico ou qualquer outra forma que tenha determinado um sofrimento à vítima, ao seu ambiente próximo e à sociedade, que convive com a incerteza quanto à eficiência das estruturas estatais em proporcionar segurança.²⁷

Como consequência, a reparação passa a ser vista como uma terceira possibilidade dentro do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, de forma autônoma, a comportar a resolução do problema criminal.²⁸ Como reflexo desta nova via, a mediação traz respostas de aproximação dos seus integrantes, de informalidade, de simplicidade, de celeridade e de consenso construído, ao invés da imposição vertical da ordem, sem maior participação dos envolvidos.²⁹

Para tanto, segue um rito próprio, informal, flexível, gratuito, voluntário e confidencial, em que pese emergir do processo penal, com o objetivo de ajustar o conflito penal às

²⁵ CHRISTIE, 1977: p.3.

²⁶ Para parte da doutrina, a Justiça Restaurativa é interpretada conforme duas correntes de entendimentos. A primeira, encontra nela um senso comum, que enfrenta o crime e suas consequências. A segunda, vê nela uma maneira de alcance de justiça, ao considerar os interesses das vítimas e de seus ofensores, através de um mútuo reconhecimento que aperfeiçoa as relações humanas (PELIKAN, 2005: p.15). Sua relação com a justiça convencional dependerá da estrutura dada em cada Estado (PELIKAN, 2005: p.18). Porém, para Galain Palermo (2010: p.837-838), a justiça restaurativa tem apresentado três correntes: a primeira, que foca na resposta ao delito; a segunda, naquilo que é possível obter como resultado de sua utilização; e uma maximalista, no sentido de que deveria ser vista como uma forma diferenciada de realizar-se justiça, baseada em valores sociais e filosóficos. O que deve ser tido como presente é que as duas formas de justiça se mostram complementares, na medida em que a maneira consensual restaurativa aceita definições decorrentes da outra, bem como está interessada na compreensão de responsabilidade, de reinserção, de confiança no sistema, na ratificação do ordenamento e na proteção dos bens tutelados, também conforme Galain Palermo (2010: p.841-842).

²⁷ WALGRAVE, 2013: p.61.

²⁸ MORÃO, 2012: p.259.

²⁹ PIZARRO DE ALMEIDA, 2005b: p.401.

demandas de prevenção, bem como possibilitar a reparação de danos decorrentes do ilícito, mas não impede o retorno ao processo penal convencional se ela restar frustrada.³⁰

É possível considerar, portanto, que o objetivo da justiça restaurativa é a recuperação do equilíbrio social perturbado mais do que a punição propriamente dita, pois o crime torna-se um assunto dos indivíduos mais do que um assunto de Estado, com a potencialização da determinação individual.³¹

Em continuação, serve para diminuir o estigma do “medo do outro”, com desmistificação da imagem dos envolvidos para eles próprios; para preservação dos interesses dos envolvidos para solução da contenda; para esclarecer dúvidas e pensamentos irracionais envolvidos no crime; e para reforçar os sentimentos de pertencimento e de cidadania.³²

Importante considerar que o real êxito da atividade restaurativa resulta na compreensão de remorso quanto à injustiça praticada, da censura do ato, do perdão, da clemência e da desculpa.³³ Assim, os programas restaurativos devem observar a lista de valores locais, sejam decorrentes ou não de orientações de organismos de discussão, para que demonstrem quais os fins que pretendem alcançar.³⁴

Não obstante todos esses pontos, a justiça restaurativa mantém o objetivo de demonstrar a desaprovação quanto à transgressão da norma e a reafirmação da ordem jurídica junto ao público, à vítima e ao ofensor, fulcrada na participação e compreensão voluntária acerca do acordo necessário.³⁵

A noção de prevenção continua sendo a mesma da punição estatal clássica, ou seja, a partir do confronto do agressor com o crime praticado e as consequências dali advindas (prevenção especial positiva), até para incrementar a noção de validade e de efetividade das regras e normas, de maneira a contribuir com a ordem social violada anteriormente (prevenção geral positiva).³⁶ Ao mesmo passo, não deixa de representar uma retribuição ao crime praticado.³⁷

Da doutrina, infere-se que um programa restaurativo deve considerar a necessidade de não dominação (*non-domination*) de um envolvido sobre o outro, de maneira que qualquer forma de força deve ser imediatamente contida. Igualmente, deve haver o fortalecimen-

³⁰ MONTE, 2011: p.115-116.

³¹ MORÃO, 2012: p.258.

³² PIZARRO DE ALMEIDA, 2011: p.112.

³³ BRAITHWAITE, 2013: p.12-13.

³⁴ BRAITHWAITE, 2013: p.14.

³⁵ WALGRAVE, 2013: p.61-62. E sempre com a consciência de que eventual punição que não se satisfaça na mediação deve ser determinada de forma judicial (WALGRAVE, 2013: p.64).

³⁶ MORÃO, 2012: p.261.

³⁷ MORÃO, 2012: p.262.

to (*empowerment*) das intenções dos envolvidos, a ponto de que até mesmo a expressão da raiva no momento da negociação seja legítima. Também devem ser respeitados os limites que envolvam a dignidade dos participantes (*honouring limits*), pois inadmissíveis quaisquer formas degradantes ou humilhantes no tratamento. Como consequência, deve haver uma oitiva respeitosa (*respectful listening*) daquilo que vem exposto pelos participantes. Evidentemente, há de existir uma preocupação igualitária com os participantes (*equal concern for all stakeholders*), já que qualquer situação que fora apresentada anteriormente deve fazer parte do tratamento dispensado tanto ao ofensor quanto ao ofendido, mas eventuais auxílios a serem dispensados dependerão das necessidades a serem apresentadas no contexto. Por último, ressalte-se, deve ser garantida a possibilidade de buscar a solução da questão junto à justiça tradicional, caso não satisfeito ou insuficiente o tratamento mediante a justiça restaurativa, iniciada ou não (*accountability, appealability*).³⁸

Para finalizar essa etapa mais genérica, cabe apresentar que a mediação penal rege-se pelas noções de consentimento informado (vontade livre e esclarecida dos envolvidos em dela participar), confidencialidade (de forma que o que fora ali discutido não pode ser utilizado posteriormente em caso de ausência de êxito na conciliação), informalidade (a mediação, internamente, não obedece a uma forma preestabelecida) e pessoalidade (necessária se faz a participação pessoal dos envolvidos para sua efetivação).³⁹

Pode-se dizer que a mediação penal bem projetada e realizada apresenta benefícios para a vítima e para aquele indicado como responsável pela prática do fato criminoso. A título de exemplo, pode-se citar a participação ativa da vítima na resolução do conflito penal, a possibilidade de ela expor as suas percepções e as consequências sofridas com maior amplitude, a maior viabilidade de reparação dos danos sofridos por ela, a chance de o apontado autor expor as motivações que levaram à prática delitiva, a diminuição da estigmatização e o reforço dos vínculos sociais.⁴⁰

Conforme se pode ver, pode ser considerada como uma via complementar de resolução dos conflitos penais, sem decisão de culpa, mas com a recuperação da imagem da vítima na forma de discussão do mesmo conflito, e por incentivar a economia e celeridade processual, mostra-se relevante que ocorra ainda na fase do inquérito.⁴¹

³⁸ Por todos, BRAITHWAITE (2013: p.9-11), de onde foi a explicação extraída.

³⁹ MORÃO, 2012: p.271.

⁴⁰ VELOSO; FELIPE, 2012: p.5-7.

⁴¹ MONTE, 2011: p.115-116.

3.

A MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS EM PORTUGAL

Feita essa primeira digressão, passa-se ao exame da realidade portuguesa.⁴²

Em Portugal, a *mediação penal de adultos* foi estabelecida a partir da Lei nº 21/07 de 12 de junho daquele ano,⁴³ em respeito ao artigo 10º da Decisão Quadro nº 2001/220/JAI,⁴⁴ e ocorre nas hipóteses de processos penais cujos procedimentos dependam de queixa ou de acusação particular, mormente quando versarem sobre crimes contra as pessoas ou contra o patrimônio.⁴⁵ O mediador será designado nos termos estabelecidos na lei citada.

De ser salientado que não haverá aplicação da mediação penal, nos termos do nº 3 do mesmo artigo, quando a pena de prisão for superior a 5 anos; o crime for contra a liberdade ou autodeterminação sexual; o crime for de peculato, corrupção ou tráfico de influência; o ofendido for menor de 16 anos; ou se for aplicável o procedimento sumário ou o sumaríssimo. Em razão dos crimes que admitem a mediação penal, confere-se uma sensação de controle maior ao ofendido e de pertencimento ao grupo social.⁴⁶ Entretanto, nem todas as vítimas podem ser submetidas à mediação, de tal forma que alguns contatos não são recomendados, como nos casos de crimes sexuais, pelo reforço e renovação do trauma que causam.⁴⁷ Se incabível a mediação penal nos moldes legalmente previstos, ela pode servir de justificação para a redução da pena a ser imposta ou de imposição de penas outras diversas da prisão,⁴⁸ com o que haveria uma integração da justiça retributiva com a restaurativa.

Conforme a doutrina,⁴⁹ houve uma aplicação “minimalista” do instituto pelo legislador português, ao estabelecer que é um assunto do ofendido e apenas dele, o que confirmou a noção de disponibilidade do processo face ao seu interesse. Alcançado e assinado o acordo, nele estará representada a desistência da queixa de parte do ofendido e o afastamento de

⁴² A mediação em matéria penal é aplicada em outros países que formam a União Europeia. Entretanto, para fins do presente trabalho, limitar-se-á o estudo a Portugal, justamente pela forte influência do direito português no Brasil.

⁴³ A mediação penal surgiu em Portugal a partir de uma iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade do Porto com a Procuradoria-Geral Distrital do Porto e pelo Departamento de Investigação e Acção Penal do Porto, no ano de 2004, e dali decorreu a compreensão de que se tratava de uma forma autônoma de atuação (REIS, 2010: p.575).

⁴⁴ Que estabelece a necessidade de que os Estados-Membros promovam a mediação como forma de resolução dos conflitos penais que forem tidos como pertinentes para tal instituto, assegurando a possibilidade de realização de acordos, por mediação em processos penais, entre ofendido e autor da infração.

⁴⁵ Conforme artigo 2º, nº 1 e 2, da Lei portuguesa. Faria Costa (1986: p.23) já sustentava que os crimes que dependem de acusação particular ou de queixa melhor se adaptam à ideia de mediação.

⁴⁶ PIZARRO DE ALMEIDA, 2005b: p.396.

⁴⁷ PIZARRO DE ALMEIDA, 2005b: p.398.

⁴⁸ AMADO FERREIRA, 2006: p.38-39.

⁴⁹ SANTOS, 2014: p.879-881.

qualquer oposição por parte do arguido⁵⁰ (em caráter informal e flexível, com o firme propósito de aproximar os envolvidos).

Há um espaço concedido pela legislação de limitação da atividade estatal pela vontade da vítima que, em Portugal, se caracteriza pelos chamados crimes particulares e semipúblicos, por considerações de oportunidade, na medida da necessidade de uma “válvula de escape” do conflito que existe entre quem delinque e a comunidade ofendida.⁵¹ A ação penal está vinculada ao interesse do ofendido, a partir de compreensões quanto ao crime em si e outros valores que a ela interessem, o que causa disponibilidade quanto a tais condutas, mesmo que o poder de penalização esteja assegurado ao Estado.⁵²

Como consequência, se pode dizer que há disponibilidade no exercício desse tipo de ação penal,⁵³ pois,

Importante frisar que a compreensão de vítima decorre daquela que estabelece que seja ela a titular dos interesses ofendidos pela prática do crime, com legitimação para transigir. Assim, tem forte influência no conteúdo do acordo e pode renovar o direito de queixa caso não seja ele adimplido – pode-se, pois, dizer que a vítima tem o poder de determinar a existência, o desenvolvimento e o modo como termina a mediação.⁵⁴

O Ministério Público pode opor-se ao requerimento da vítima ou do ofensor quando entender que o crime praticado não está enquadrado dentre aqueles que admitem a mediação ou, se finalizada a investigação, compreender que não há elementos suficientes que digam quanto à autoria ou ao fato em si, bem como quando da existência de qualquer causa de extinção da investigação.⁵⁵

A mediação penal para adultos objetiva a reparação dos danos causados pelo fato ilícito e, assim, a contribuição para o restabelecimento da paz social (como o padrão geral europeu).⁵⁶ Note-se que o conteúdo do acordo é de livre confecção entre os envolvidos, mas não pode incluir sanções privativas de liberdade, ofender a dignidade do arguido e ser su-

⁵⁰ Nos termos do artigo 5º, nº 4, da Lei portuguesa, com a ressalva de que, não cumprido o acordo no prazo fixado, o ofendido poderá renovar a queixa no prazo de um mês, o que determinará a reabertura do inquérito.

⁵¹ PINTO, 2005: p.100-101.

⁵² FARIA COSTA, 1986: p.40-41.

⁵³ Há um espaço concedido pela legislação de limitação da atividade estatal pela vontade da vítima que, em Portugal, se caracteriza pelos chamados crimes particulares e semipúblicos, por considerações de oportunidade, na medida da necessidade de uma “válvula de escape” do conflito que existe entre quem delinque e a comunidade ofendida (PINTO, 2005: p.100-101). A ação penal está vinculada ao interesse do ofendido, a partir de compreensões quanto ao crime em si e outros valores que a ela interessem, o que causa disponibilidade quanto a tais condutas, mesmo que o poder de penalização esteja assegurado ao Estado (FARIA COSTA, 1986: p.40-41).

⁵⁴ REIS, 2010: p.581.

⁵⁵ CARMO, 2010: p.462-463.

⁵⁶ Interpretação que se faz a partir do conteúdo do artigo 4º, nº 1, da Lei portuguesa.

perior a seis meses.⁵⁷ Seu conteúdo deve estar assegurado pela dignidade da pessoa humana, pela razoabilidade e pela proporcionalidade.⁵⁸

Como reconhecido pela doutrina,⁵⁹ a ausência de uma tipificação de medidas cabíveis em mediação penal se coaduna com o sentido próprio do instituto, dado o caráter de liberdade que o cerca, voltado para pacificação do conflito interpessoal.

Conclui-se da legislação que, quando houver iniciativa do Ministério Público para a mediação,⁶⁰ além da necessária coleta de indícios da prática pelo arguido, deve ser compreendido que a mediação é viável e que as exigências de prevenção ficarão suficientemente supridas com ela (confiança, paz jurídica e reabilitação do autor).⁶¹ De outra banda, a iniciativa ministerial pode ser prejudicada se arguido e/ou ofendido não concordarem com ela⁶² - a falta de consentimento e a ausência de acordo (seja porque a mediação não aconteceu em tempo hábil, seja porque as partes a ele não chegaram) determina o seguimento da ação penal.⁶³

Saliente-se que os indícios suficientes que justificam a mediação são mesmo aqueles que se exigem do Ministério Público para movimentação da ação penal, nos termos do artigo 283º, nº 2, do Código de Processo Penal português, ou seja, que contemplem a possibilidade de aplicação de pena ou de medida de segurança (a presença de elementos suficientes que digam que o arguido praticou o crime, que o fato aconteceu e que tal fato é punível),⁶⁴ pelo que somente poderá haver iniciativa em prol da mediação quando finalizada a investigação.⁶⁵

Por se tratar de um país que segue as tradições continentais europeias, estabeleceu Portugal que as sessões de mediação terão natureza confidencial e, mais importante, não

⁵⁷ Nos termos do artigo 6º, nº 1 e 2, da Lei portuguesa.

⁵⁸ BELEZA; MELO, 2012: p.97.

⁵⁹ SANTOS, 2014: p.697-698.

⁶⁰ Possibilidade aventada nos termos do artigo 3º, nº 1, da Lei de regência da mediação penal em Portugal. No nº 2 do citado artigo, consta a previsão da mediação ser requerida pela vítima e pelo ofendido, caso em que o Ministério Público designará o mediador.

⁶¹ CARMO, 2010: p.462. Na mesma linha de entendimento, Lamas Leite (2008: p.49-50). Mas também há de se ressaltar o cuidado com a prevenção especial, para que sirva ao arguido como limite de sua esfera jurídica, tudo com o interesse de que seja evitada nova prática criminosa (LAMAS LEITE, 2008: p.50). A remessa do inquérito para mediação não se caracteriza como um critério discricionário, pois deixaria o Ministério Público como responsável por uma determinada política criminal, o que também violaria regras de igualdade e de eficácia preventiva do sistema (LAMAS LEITE, 2008: p.79).

⁶² Nos termos do artigo 3º, nº 5; e artigo 4º, nº 2, da Lei portuguesa. Além disto, a vítima tem consigo o direito de não ser confrontada com seu agressor, já que a ela é dado o direito de poder se recuperar dos efeitos do fato e encontrar a melhor forma de enfrentar o contexto dele decorrente (REIS, 2010: p.583).

⁶³ Nos termos do artigo 3º, nº 6; e artigo 5º, nº 1, da Lei portuguesa.

⁶⁴ Nos termos do artigo 3º, nº 1, da Lei portuguesa.

⁶⁵ CARMO, 2010: p.460-461. Até para que se evite a participação de quem não possa ser considerado “culpado”, bem como para que o mediador possua todos os elementos necessários (PIZARRO DE ALMEIDA, 2011: p.106-107) – ou seja, se há disponibilidade da ação, mantém-se a obrigatoriedade quanto sua investigação.

poderão ser utilizadas como prova em processo.⁶⁶ Assim o é porque há direitos dos acusados a serem respeitados e uma vontade voltada a determinado fim, o que exige confiança entre as partes e o mediador. Portanto, os envolvidos serão esclarecidos de que os termos ali dispostos não serão utilizados contra eles em outros feitos, até mesmo o que decorrer da mediação frustrada, como forma de incentivo a participar de sua realização.⁶⁷

Quando existente algum concurso de crimes, desde que haja possibilidade legal para tanto, é possível a separação dos processos para que seja procedida mediação penal, com o seguimento da ação penal quanto àqueles que não a admitem, da mesma forma como pode haver separação quando existentes mais de um arguido. Entretanto, na hipótese de vários ofendidos de um mesmo crime, caso haja dissidência entre seus interesses, tem-se entendido da impossibilidade de aplicação da mediação,⁶⁸ sob pena de haver dupla penalização decorrente de um mesmo fato.

Na hipótese de mais de um ofensor, uma vez celebrada a mediação, somente poderá haver renovação do direito de queixa quanto àquele que não vier a cumprir os termos celebrados, com preservação do arquivamento em relação aos demais.⁶⁹

Parte da doutrina entende que a vedação de utilização da mediação quando presente a possibilidade de processo sumaríssimo ou sumário não se justifica, seja porque presente há hipótese de suspensão provisória do processo (no sumário), seja porque há possibilidade de consenso quanto à condenação (sumaríssimo)⁷⁰ - opinião com a qual comungamos, apesar da expressa vedação legal.⁷¹

Para que tudo isso se perfectibilize, alguns conceitos básicos são imprescindíveis nesse contexto.

O primeiro é o voluntarismo, com a necessidade de que a vontade a ser expressada deva ser livre, esclarecida e devidamente presente quanto aos direitos envolvidos e ao procedimento em si⁷² - razão pela qual é incabível a imposição de tal rito em todo e qualquer procedimento.

A questão da voluntariedade também explica o motivo pelo qual não se pode impor ao ofendido a presença de seu agressor, seja para evitar nova vitimização praticável por ele,

⁶⁶ Nos termos do artigo 4º, nº 5, da Lei portuguesa.

⁶⁷ AMADO FERREIRA, 2006: p.37.

⁶⁸ CARMO, 2010: p.458-459.

⁶⁹ CARMO, 2010: p.469; PIZARRO DE ALMEIDA, 2011: p.105.

⁷⁰ CARMO, 2010: p.473-474.

⁷¹ Conforme consta no artigo 2º, nº 3, letra “e”, da Lei de regência da mediação penal em Portugal.

⁷² AMADO FERREIRA, 2006: p.29-31.

seja para evitar retaliação de terceiros, o que assegura que possa ser ele protegido de tal contato.⁷³

Como decorrência da voluntariedade, tem-se necessária a presença do consenso na formatação da justiça restaurativa, cujo êxito demanda que as partes interajam e comuniquem-se durante ele. Deve haver equilíbrio entre os envolvidos,⁷⁴ com devido esclarecimento daquilo que deve ser feito por e para cada um, obviamente registrado para garantia dos seus termos e guarda no que tange à finalização dele.⁷⁵

Na medida em que há consenso, opta-se pelo não exercício de outros meios para resolução do conflito.⁷⁶

A celeridade aqui representada nada mais é do que o reflexo da simplicidade de atos e de formas, com regras próprias e específicas para a mediação, o que acaba por redundar em autocomposição de interesses dos envolvidos, com redução de custos para o Estado e aqueles envolvidos de forma direta ou indireta.⁷⁷

Consoante se percebe, a mediação aqui estudada faz uma elaboração da conflitualidade posta, com o firme propósito de aproximação entre as pessoas.⁷⁸ Assim, diga-se que ela possui alguns elementos essenciais, comuns à mediação em geral. O primeiro é definido como elemento social (*the social element or life-world element*) e se caracteriza por ser o primordial deles, na medida em que lida com a experiência vivida e as consequências decorrentes de tal experiência para vítima e ofensor.⁷⁹

Noutro ponto, tem-se o elemento democrático (*the participatory or democratic element*), que decorre do procedimento de mediação entre vítima e ofensor, e que se mostra pela voluntariedade na participação e o interesse em retomar responsabilidades.⁸⁰

O terceiro e último elemento é o de reparação (*the reparative element*). Ele considera que o conflito é uma desordem dentro da sociedade, pelo que busca maneiras de reconstrução de tal tecido violado. Igualmente, por considerar a participação da vítima, encontra nela suas reais necessidades (materiais e psicológicas), em alternativa à punição em si – valoriza

⁷³ AMADO FERREIRA, 2006: p.32.

⁷⁴ Até porque, muitas vezes, os fatos ali estabelecidos para a mediação decorrem de um contexto social onde a figura de agressor e de vítima é mutável, como ocorre nas situações de disputas verbais, físicas e materiais (AMADO FERREIRA, 2006: p.36) – crimes de lesões corporais, ameaças, danos e contra a honra, especialmente.

⁷⁵ AMADO FERREIRA, 2006: p.34-35.

⁷⁶ AMADO FERREIRA, 2006: p.35.

⁷⁷ AMADO FERREIRA, 2006: p.40-41.

⁷⁸ A partir da lição de Galain Palermo (2010: p.848).

⁷⁹ PELIKAN, 2005: p.16.

⁸⁰ PELIKAN, 2005: p.16.

as reais preocupações do ofendido, de maneira que diminui a possibilidade de que tenha direitos prejudicados pela atuação do Estado.⁸¹

No contexto português, o que difere é a aceitação de que o Ministério Público possa ser responsável pela finalização de um processo criminal, não o juiz (este é quem dispõe do poder de prolação de sentença, análise de consequências penais e as finalidades impostas para a pena).⁸²

A doutrina critica o fato de que o Ministério Público assim proceda, na medida em que somente o juiz possuiria a necessária independência para a homologação do acordo.⁸³

Mas é fácil compreender a preferência legal: por ser alternativa e ocorrente antes do início do processo criminal, é conveniente que sua homologação permaneça com o Ministério Público, porque é dele o domínio da ação penal.⁸⁴ Deve ele zelar para que não haja a imposição de penas ou sanções, nos termos da legislação.⁸⁵

Também dentro do contexto português, é exigência que haja um critério que possibilite a conversação entre ofensor e vítima, de maneira que exista uma aproximação entre eles, mas sem que isto substitua o conflito propriamente dito, em uma medida que demande tempo de discussão, compreensão, comunicação, decisão, responsabilização e reparação.⁸⁶

Há de ser considerado que não pode a mediação ser encarada como uma solução para todas as hipóteses criminais, seja por sua natureza, seja pelas condições dos envolvidos, o que demanda dinamicidade nas abordagens.⁸⁷ Observe-se que Walgrave⁸⁸ reconhece que haveria a necessidade de sua aplicação em uma idealização de justiça em uma sociedade idealizada. Como inexistente a idealização, também deve ser reconhecida a necessidade de um devido processo e de uma proporcionalidade nas punições para a salvaguarda de direitos e da justiça como um todo.⁸⁹

Logo, a justiça restaurativa necessita ter seus limites devidamente desenhados dentro do contexto legal, especialmente para que exista a devida proteção dos interesses so-

⁸¹ PELIKAN, 2005: p.16-17.

⁸² GALAIN PALERMO, 2010: p.849-850. Na mesma obra, expressa sua opinião de que a justiça criminal passou a ser controlada e determinada pelo Ministério Público, em um sistema sem juízes, concentrando-se na administração, não na justiça penal (GALAIN PALERMO, 2010: p.852-853).

⁸³ MONTE, 2011: p.117.

⁸⁴ Na linha expressada por Pizarro de Almeida (2005a: p.49), com a qual se expressa concordância, ainda mais quando se observa que a homologação do acordo mediado impede o prosseguimento da ação penal a ser manejada pelo Ministério Público – e inexistente qualquer previsão para que as vítimas tenham seu desinteresse (nos casos em que a lei faz depender da vontade dela a persecução) homologado pelo Poder Judiciário, desistência esta que independe de ser resultado de mediação ou não.

⁸⁵ REIS, 2010: p.589.

⁸⁶ CASTRO, 2006: p.152-153.

⁸⁷ CASTRO, 2006: p.154.

⁸⁸ WALGRAVE, 2013: p.75-76.

⁸⁹ WALGRAVE, 2013: p.75-76.

ciais que mereçam ser tutelados pela justiça estatal. A isto, adiciona-se a compreensão de que, quanto mais estrita for sua utilização, maior será sua eficiência e reconhecimento, não lhe cabendo uma amplitude que confunda a aplicação e o resultado (é o que se chama de *'expresso-definition'*).⁹⁰

A lei de mediação penal esclarece que a vontade do legislador português foi a de adotar a mediação como uma parte colocada no processo penal, em respeito ao princípio da legalidade que graça no ordenamento jurídico de lá, sem adoção de qualquer critério que pudesse incluí-lo em uma linha abolicionista – está ela, pois, atrelada às regras jurídico-processuais, com necessidade de respeito aos direitos dos sujeitos envolvidos e a eficácia do sistema.⁹¹

De todo o exposto, percebe-se que a mediação penal, em território lusitano, nos aspectos gerais, demonstra acerto na sua fixação, porque consentânea com os principais pressupostos exigidos para sua aplicabilidade, no que diz com a preservação de sua área de abrangência junto àquela criminalidade que se mostra mais direta às vítimas e ao agressor e que turbam, com mais frequência, a convivência social. Delitos de menor gravidade necessitam uma resposta mais ágil e desapegada, por vezes, do formalismo punitivo, pois, como já referido, até o pedido de desculpas pode ser suficiente.

Ademais, preserva as instâncias formais de controle penal para os delitos de maior vulto e para quando a própria mediação for insuficiente, sem buscar apoio nas ideias abolicionistas.⁹² Afinal, o Estado necessita estar presente na manutenção da segurança, o que também se faz via processo penal e as punições criminalmente propostas (em reforço a tal conclusão, importante notar que os prazos de prescrição do procedimento criminal suspendem-se desde a remessa do processo para mediação até à sua devolução pelo mediador ao Ministério Público ou, tendo resultado o acordo, até à data fixada para o seu cumprimento⁹³).

As únicas notas críticas que merecem ser apontada estão no artigo 6º, nº 2, da Lei de regência da mediação penal de adultos. E faz-se isto por duas razões em especial.

A primeira, porque o acordo não pode admitir medidas que sejam superiores a seis meses. Não se compreende porque uma limitação de tal monta. Exemplifica-se: em uma determinada mediação, é reconhecida a necessidade de reparação da vítima em valor de

⁹⁰ Consoante Walgrave (2008: p.18). Em que pesem suas características extraprocessuais, a justiça restaurativa não pode ser vista como uma opção mais leve, na medida em que não há uma atuação indireta (que ocorre no processo convencional), pois nela há enfrentamentos diretos, carregados de emoções, de forma que haja submissão às desaprovações da parte – tanto que o pedido de desculpa carrega forte carga de humilhação (WALGRAVE, 2008: p.46-47).

⁹¹ LAMAS LEITE, 2008: p.45-46, 52.

⁹² A possível presença de linhas abolicionistas na mediação vem comentada por Rodrigues (2006: p.130).

⁹³ Previsão nos termos do artigo 7º, nº 2, da Lei de regência da mediação penal em Portugal.

monta, valor este que o ofensor não dispõe para pagamento em uma prestação apenas e, por sua condição pessoal, somente poderia ser adimplido em dez prestações mensais. Porque não se poderia privilegiar tal acordo, se houvesse satisfação dos envolvidos? Talvez exista um preciosismo exacerbado, na medida em que a própria lei de incentivo à mediação penal serviria de catalisador para a justiça comum no caso imaginado. Dever-se-ia imaginar em uma alternativa para situações como esta.⁹⁴

A segunda razão vem a partir do que expõem Beza e Melo,⁹⁵ quando afirmam que se admite a prestação de serviços como forma de acordo em mediação penal, na medida em que a lei somente exclui as penas privativas de liberdade (nº 2 do artigo 6º).⁹⁶ Difícil concordar-se com tal possibilidade. Como admitir-se que haja a imposição de alguma prestação de serviço que se caracteriza como uma regra ou injunção, nos termos da previsão específica da suspensão provisória do processo? Aqui, se a mediação a previr, seria caso de aplicação do entendimento expressado pelo Tribunal Constitucional português quando do exame da suspensão provisória do processo,⁹⁷ que entendeu pela inconstitucionalidade da imposição de injunções e regras de conduta pelo Ministério Público, sem a participação judicial, em violação os artigos 206º e 32º, nº 4, da Constituição da República de Portugal, o que levou à readequação das previsões do instituto. Se não poderia haver tal imposição por parte do titular da ação penal de cunho público, com muito mais razão não poderia ela acontecer em casos que dependessem da vontade da vítima, sob pena de caracterização de uma justiça de cunho privado, especialmente quando se nota que a homologação do acordo é feita sem a participação judicial.

Ficam as críticas para apreciação e consideração.

⁹⁴ SANTOS (2014: p.705) sustenta que o que deve ser exigido é que o acordo não seja manifestamente desproporcional, seja no que diz com as finalidades da mediação penal, seja no que diz com a visão global dos sistemas de reação à criminalidade.

⁹⁵ BELEZA; MELO, 2012: p.99.

⁹⁶ ALIÁS, SANTOS (2014: p.700) expõe que não há uma proibição de toda e qualquer liberdade ambulatoria do arguido, pelo que admite a possibilidade de determinação de proibição de frequência a determinados locais.

⁹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 302/86. Acórdão nº 7/87: p.504(13).

4.

CONCLUSÃO

O Brasil, por força da vontade já demonstrada por diversos órgãos, poderes e Instituições (como visto na Introdução), já atingiu um estágio jurídico que pode admitir a adoção da *justiça restaurativa* de forma padronizada, exatamente pela já existência das medidas despenalizadoras previstas na Lei Federal nº 9.099/95.

Como exposto no texto, percebe-se que a Europa, e notadamente Portugal, oferecem subsídios vários para a implementação em solo brasileiro de maneira definitiva.

Porém, não se está a propagar a simples cópia do que lá ocorre.

Devem ser observadas as críticas que aqui foram expostas, bem como as peculiaridades brasileiras que não existem em continente europeu (p. ex., Portugal possui área geográfica inferior a muitos Estados brasileiros), justamente com o propósito de que o que agora se estuda venha a se tornar uma realidade em futuro próximo.

O Uruguai, a seu turno, também possui peculiaridades típicas, como o fato de que a maior parte da sua população residir em sua Capital e região, mas com uma forte influência econômica advinda do campo, o que o não pode ser desprezado.

Porém, imprescindível conhecer outras experiências, justamente porque elas ensinam por seus vícios e virtudes.

É o que espera o presente trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- AMADO FERREIRA, Francisco. **Justiça restaurativa**: natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra, 2006.
- ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Pelotas recebe programa de Justiça Restaurativa do TJ/RS. Porto Alegre: 20 de maio de 2015, documento não paginado. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/05/20/pelotas-recebe-programa-de-justica-restaurativa-do-tjrs/>>. Acesso em 02 abr. 2016.
- BELEZA, Tereza Pizarro; MELO, Helena Pereira. **A mediação penal em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2012.
- BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony (Eds.). **Restorative justice and criminal justice**. Competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 1-20.
- BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros. Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa. Brasília: 14 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/jr/docs/protocolo.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2016.
- CARMO, Rui do. Um exercício de leitura do regime jurídico da mediação penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 20, n. 3, p. 451-474, 2010.
- CASTRO, Josefina. O Processo de mediação em matéria penal. Elementos de reflexão a partir do projecto de investigação-acção da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 105, p. 145-154, jan./mar. 2006.
- CHRISTIE, Nils. Conflict As Property. **The British Journal of Criminology**, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.
- FACULDADE DE DIREITO DE SANTA MARIA. **Docente faz parte do grupo de estudos do MP/RS**. Santa Maria: 17 de março de 2016, documento não paginado. Disponível em: <<http://www.fadisma.com.br/noticias/docente-faz-parte-de-grupo-de-estudos-do-mprs/>>. Acesso em 02 abr. 2016.

- FARIA COSTA, José de. **Diversão (desjudicialização) e mediação**: que rumos? Coimbra: Almedina, 1986.
- GALAIN PALERMO, Pablo. Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 821-858 (*Studia Iuridica 100. Ad honorem*, 5).
- LAMAS LEITE, André. **A mediação penal de adultos**: um novo paradigma de justiça? Coimbra: Coimbra, 2008.
- MARQUES DA SILVA, Germano. A mediação penal. Em busca de um novo paradigma? In: PELIKAN, Christa; LÁZARO, Frederico Moyano Marques e João; VILALONGA, José Manuel; et al. (Coords.). **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**: Colóquio, 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Lisboa: Almedina, 2005, p. 95-108.
- MONTE, Mário Ferreira. Um balanço provisório sobre a Lei de mediação penal de adultos. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Coord.). **Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 113-127.
- MORÃO, Helena. Justiça restaurativa e crimes patrimoniais. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Coords.). **Direito penal económico e financeiro**. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 257-279.
- PELIKAN, Christa. General principles of restorative justice. In: PELIKAN, Christa; LÁZARO, Frederico Moyano Marques e João; VILALONGA, José Manuel; et al. (Coords.). **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**: Colóquio, 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Lisboa: Almedina, 2005, p. 15-25.
- PINTO, João Fernando Ferreira. O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 15, n. 1, p. 89-113, 2005.
- PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. A mediação perante os objectivos do direito penal. In: PELIKAN, Christa; LÁZARO, Frederico Moyano Marques e João; VILALONGA, José Manuel; et al. (Coords.). **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**: Colóquio, 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Lisboa: Almedina, 2005a, p. 39-51.

- _____. A propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 15, n. 3, p. 391-414, 2005b.
- _____. Diferentes versões de consenso: suspensão provisória do processo e mediação penal. **Revista do CEJ**, Coimbra, n. 16, p. 101-112, 2º semestre 2011.
- PORTUGAL. **Lei nº 21/07, de 12 de junho de 2007**. Cria um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Lisboa: Assembleia da República, 2007.
- _____. Tribunal Constitucional. **Processo nº 302/86**. Acórdão nº 7/87. Diário da República, Lisboa, 9 fev. 1987, Série 1, n. 33, Supl. 1, p. 504(1)-504(22).
- REIS, Sónia. A vítima na mediação penal em Portugal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 70, n. 1-4, p. 573-590, jan./dez. 2010.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito da introdução do regime da mediação penal no processo penal. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 105, p. 129-133, jan./mar. 2006.
- SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra, 2014.
- TORRÃO, Fernando. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000.
- TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 673-724.
- URUGUAI. Kolping. **Justicia Restaurativa: Charla de Petronella Boonen**. Montevideú: 2014. Disponível em: <<http://www.kolping.org.uy/content/justicia-restaurativa-charla-de-petronella-boonen>>. Acesso em 3 abr. 2016.
- UNIÃO EUROPEIA. Committee of Ministers. **Recommendation nº R(99) 19 of the Committee Of Ministers To Member States concerning the simplification of criminal justice**. Budapest: Országos Mediációs Egyesület, 2014. Disponível em: <[http://www.mediacio.hu/files/EU_dok/CoE_R\(99\)19_mediation.pdf](http://www.mediacio.hu/files/EU_dok/CoE_R(99)19_mediation.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2014.
- _____. Council framework decision of 15 march 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA). **Official Journal of the European Communities**. Strasbourg, 22 mar. 2011a. L82, p. 1-4.
- VELOSO, Leticia; FELIPE, Ana Paula F. Mediação penal: um novo modelo de justiça. In: CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM

SOCIAIS E HUMANIDADES, **Anais...** Niterói: ANINTER-SH, 2012, p. 1-15. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. In: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony (Eds.). **Restorative justice and criminal justice**. Competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 61-78.

_____. **Restorative justice, self-interest and responsible citizenship**. Devon: Willan Publishing, 2

Para citar este artículo:

Rodrigo da Silva Brandalise, “Algumas observações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal de adultos portuguesa”, *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp. 11-32

Recibido: 17/02/2016

Revisado: 03/4/16

Aceptado: 20/5/16

Arbitraje y prueba pericial

Arbitration and expert evidence

*Gonzalo Jiménez-Blanco**

*Óscar Franco Pujol***

Ashurst LLP

RESUMEN: La prueba pericial genera una continua controversia en el mundo arbitral, siendo habitual el debate sobre de qué forma debería ser regulada dicha prueba a los efectos de que los árbitros reciban opiniones de expertos lo más imparciales posibles, olvidando con ello que, en puridad, son las partes quienes designan a sus propios peritos y quienes más pueden llegar a perder si el Tribunal Arbitral rechaza los argumentos de un perito por su falta de imparcialidad. Es por ello que en el presente artículo se analizarán los motivos por los que se recela de la prueba pericial, las continuas soluciones que se han ofrecido al respecto y la eficacia de dichas supuestas soluciones, para concluir finalmente que lo más relevante a los efectos de imprimir validez a una prueba pericial es la existencia de mecanismos que permitan a las partes y al Tribunal Arbitral poner en entredicho las manifestaciones vertidas por los peritos.

Por otro lado, el interés que siempre genera lo anterior conlleva que se le preste menos atención a otras temáticas que también son muy relevantes, por lo que en el presente artículo también se estudiarán cuestiones relativas a la prueba pericial tales como, entre otras, la confidencialidad, la valoración de la prueba y la responsabilidad de los peritos.

*Abogado. Árbitro. Socio de Ashurst LLP. Gonzalojimenez-blanco@ashurst.com

** Lic. en Derecho. Árbitro. Asociado Senior de Ashurst LLP. Oscar.franco@ashurst.com

XIII. Pre-hearing y otros métodos para intentar delimitar las discrepancias existentes entre los peritos. XIV. Ratificación del informe en la audiencia de pruebas. XV. Valoración de la prueba pericial por parte del Tribunal Arbitral. XVI. Honorarios de los expertos e imposición de costas. XVII. Confidencialidad. XVIII. Responsabilidad del perito.

PALABRAS-CLAVE: Arbitraje; perito; responsabilidad; confidencialidad.

ABSTRACT: Expert evidence is a controversial question in arbitration, where discussions on how expert evidence should be regulated to achieve that arbitrators receive expert opinions as independent as possible is the usual practice. But it is being forgotten that, strictly speaking, the parties are the ones that designate their own experts and also the ones that could lose the most if the Arbitral Tribunal rejects an expert's arguments due to his or her lack of impartiality. For that reason, this article analyses the grounds why expert evidence is mistrusted, the solutions continuously offered to this respect and their efficiency. In conclusion, it is stated that the most relevant solution to give validity to expert evidence is the existence of mechanisms that enable both the parties and the Arbitral Tribunal to call into question the experts' opinions.

On the other hand, the interest aroused by what has been mentioned above involves that other relevant topics receive less attention. Therefore, this article also studies questions related to expert evidence such as confidentiality, the assessment of evidence and the experts' liability, among others.

KEY-WORDS: Arbitration; expert; liability; confidentiality.

SUMARIO: I. Introducción. II. El rol de los peritos en el arbitraje: Su proliferación y la denominada "batalla de expertos". III. Pericial judicial vs. Pericial en el arbitraje. IV. Regulación de la prueba de expertos. V. Distinción de figuras afines. VI. Condiciones que debe reunir un perito. VII. Clasificación de los peritos: Perito de parte vs. Perito nombrado por el tribunal. VIII. Especialidades de la prueba de perito designado por el tribunal. IX. Clasificación de los peritos por la materia en que se encuentran especializados. X. Sobre los deberes de los peritos. Especial referencia al supuesto deber de independencia de los peritos de parte. XI. Presentación y contenido de los informes periciales. XII. Pericial y obligación de entrega de documentación.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es analizar uno de los aspectos que genera más controversia en el procedimiento arbitral, esto es, la prueba pericial.

Entendemos que tal controversia tiene su origen en las diferentes sensibilidades que existen en el mundo arbitral sobre la forma en que tal prueba debe ser practicada y, sobre todo, en la falta de confianza en que los peritos designados por las partes puedan prestar un buen servicio al Tribunal Arbitral (si es que están obligados a ello) a los efectos de que éste pueda hallar la “verdad del caso”.

Así, la referida controversia no es más que un reflejo de la contraposición que existe entre la interpretación que se concede a la prueba pericial en los países del “common law” y la que se concede en los países del “civil law”. Sin embargo, en contra de cuanto se viene manifestando por algunos autores, entendemos que el referido antagonismo no encuentra su razón de ser en el hecho de que una cultura jurídica (la anglosajona) sea proclive a dar preponderancia a la pericial de parte y que otra cultura jurídica (“civil law”) prefiera que los peritos sean designados por el tribunal, toda vez que en el arbitraje internacional la utilización de peritos designados por el tribunal es realmente escasa.

De este modo, la controversia generada en torno a la prueba pericial sólo puede tener su origen en la nula predisposición de las partes a perder el control sobre la prueba pericial (por eso se huye de la figura del perito designado por los árbitros), lo que genera una constante discusión acerca de qué puede y debe exigirse a los peritos de parte en términos de independencia e imparcialidad.

Además de analizar lo anterior, en el presente trabajo se abordarán, entre otras cosas, cuestiones relativas al procedimiento de designación de los peritos, a la práctica y valoración de la prueba, a la confidencialidad de las actuaciones arbitrales y a la posible responsabilidad en que los peritos pueden incurrir.

EL ROL DE LOS PERITOS EN EL ARBITRAJE: SU PROLIFERACIÓN Y LA DENOMINADA “BATALLA DE EXPERTOS”

En el arbitraje es muy frecuente la presencia de peritos (o de expertos, como se les conoce en el arbitraje internacional), lo que se debe en gran medida a la complejidad técnica de gran parte de las disputas que son sometidas a los tribunales arbitrales.

En los casos de gran complejidad técnica surge la necesidad de que las partes se encuentren asistidas por expertos en la materia controvertida a los efectos de poder aportar a los árbitros la prueba que sustente sus pretensiones. En este sentido, en una publicación de Skadden¹ se indica que los expertos pueden ayudar a las partes a identificar los hechos cruciales que sustenten las fortalezas del caso y, por otro lado, a identificar sus debilidades, que es en las que la parte adversa se centrará con toda seguridad. Sin embargo, en dicha publicación se recomienda utilizar de forma cautelosa la prueba pericial, toda vez que si el perito se extralimita en sus funciones, los árbitros pueden percibir la opinión del experto como un intento de usurpar el rol que debe desempeñar el tribunal.

Aun siendo evidente la importancia de la prueba pericial en el arbitraje, debe advertirse que, como señala De Berti², ya desde el año 1996 el informe Woolf alertó sobre la existencia de una “incontrolada proliferación de pruebas periciales”³ y, en nuestra opinión, la tendencia no ha cambiado desde entonces.

Y es que la prueba de “forensic” se ha convertido en una profesión en sí misma. Las firmas especializadas en este tipo de servicios están ofreciendo su apoyo como expertos de parte o, con menos frecuencia, están siendo designados por el tribunal. Las grandes firmas de auditoría tienen departamentos de forensic e incluso se llega a tener la impresión de que la necesidad de nombrar expertos se da por supuesta, a pesar de que la ICC ya indicó a este

¹ SKADDEN: *Hot topic: Expert Witnesses in arbitration*, 2012. Recoge una discusión celebrada en mesa redonda entre varios especialistas en arbitraje.

² DE BERTI, G.: *Experts and expert witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?* ARBITRATION YEARBOOK 2011, 53 (Klausegger, Klein, Kremsehner, Petsche, Pitkowitz, Power, Welsler & Zeiler eds., 2011).

³ CREMADES: “No sé si Lord Woolf al analizar la justicia en su informe de 1995 tenía o no razón. Lo que sí está claro es que hoy en día el arbitraje está perdiendo su función original para convertirse en una gran industria. Los procedimientos arbitrales son muy lentos y costosos. Si entre todos queremos garantizar el acceso a la justicia arbitral debemos reconsiderar el momento actual del arbitraje y en él una parte muy importante ocupa el peritaje”.

respecto en el año 2007⁴ que hay que partir de la presunción de que la prueba de expertos no es necesaria en todos los procedimientos.

La mencionada proliferación de informes periciales tiene como resultado que muchos procedimientos arbitrales terminen convirtiéndose en lo que se ha venido a denominar como “batallas de expertos”, en las que, según De Berti⁵, la victoria suele corresponder al perito que resulte más convincente, que no tiene que ser necesariamente el perito que haya dicho la verdad.

II

PERICIAL JUDICIAL VS. PERICIAL EN EL ARBITRAJE

Como señalan Ruttinger y Meadows⁶, las reglas sobre la práctica de la prueba en arbitraje son, en general, menos onerosas que en los procedimientos judiciales. Como resultado, los abogados que representan a las partes en el arbitraje tienen más oportunidades de hacer uso de la prueba pericial.

El arbitraje difiere del proceso judicial en varios aspectos: el procedimiento en sí mismo es más informal, la legislación procesal sobre la práctica de la prueba no resulta de aplicación y el discovery es normalmente limitado⁷. Adicionalmente, los árbitros poseen experiencia en la materia objeto de disputa; por esa razón –sostienen dichos autores– el arbitraje tiene muchas ventajas sobre el litigio judicial y una de ellas es que ofrece mayores oportunidades para hacer uso de la prueba pericial.

Según los referidos autores, tales ventajas son las siguientes:

a) Flexibilidad en la selección de los peritos

Esta flexibilidad es mayor que la existente en el procedimiento judicial porque no se requiere que el experto esté cualificado bajo ninguna estricta regla judicial (no se exige la pertenencia a ningún colegio profesional determinado, etc.). Siempre que el experto elegido

⁴ ICC Técnicas de control de la duración y los gastos en el arbitraje.

⁵ DE BERTI, G.: op. cit.

⁶ RUTTINGER, G. y MEADOWS, J.: “Using experts in arbitration”. *Dispute Resolution Journal* Vol. 62, n.º 1 (feb-abril 2007).

⁷ Dado que, como es sabido, el proceso de discovery es una institución anglosajona ajena a muchos sistemas judiciales, la diferencia entre procedimiento judicial y arbitral que apuntan por los autores no es tan relevante en sistemas como el español, donde las posibilidades de obtener documentos de la contraparte se encuentra restringida en ambos tipos de procedimiento.

pueda ofrecer una opinión relevante su prueba puede ser admitida y puede serle otorgado tanto peso como los árbitros decidan.

Los abogados tienen asimismo mayor libertad de actuación porque la inadmisión de una prueba relevante puede constituir un motivo de anulación del laudo arbitral⁸. Como resultado, muchos árbitros admiten la prueba pericial y le otorgan tanto peso como puedan considerar apropiado.

Y, normalmente, no es necesario que los peritos expliquen los detalles de su razonamiento porque el propio tribunal arbitral tendrá experiencia suficiente para entender su planteamiento o tendrán menor necesidad de explicación.

b) Libertad a la hora de preparar a los expertos

Los abogados tienen mayor libertad para preparar a los peritos y para ayudarles a redactar su informe pericial.

c) Ratificaciones de peritos más efectivas

Las partes acuerdan acudir a arbitraje por una variedad de razones y una de ellas es la rapidez de los procedimientos. Por ello, el disponer de peritos que puedan realizar ante el Tribunal una ratificación efectiva puede ser muy útil.

Como es obvio, las ventajas que apuntan los referidos autores pueden tener mayor o menor peso en función del concreto sistema judicial con el que se compare al arbitraje.



REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE EXPERTOS

La Ley de Arbitraje española menciona a los peritos de forma muy escasa: en su exposición de motivos efectúa someras referencias a la posibilidad de aportar dictámenes emitidos por peritos designados directamente por las partes y a la posibilidad de que sean los propios árbitros quienes soliciten, de oficio o a instancia de parte, la emisión de un dictamen pericial, garantizando la debida contradicción respecto de la pericia.

⁸ Conforme al artículo 41 de la Ley de Arbitraje española, el laudo puede ser anulado cuando una de las partes no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos.

Por otro lado, sólo el artículo 32 de la Ley se refiere a la mencionada posibilidad de que el nombramiento sea realizado por los propios árbitros, quienes podrán requerir a cualquiera de las partes para que faciliten al perito toda la información pertinente, que les presenten para su inspección todos los documentos pertinentes o que les proporcionen acceso a ellos. También contempla la posibilidad -más bien el deber- de todo perito, después de la presentación de su dictamen, de participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes por sí mismas -o asistidas de peritos- puedan interrogarle. Concluye el citado artículo 32 señalando que todo ello se entiende sin perjuicio de la facultad a las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.

Téngase en cuenta que las leyes españolas de arbitraje que precedieron a la vigente sólo contenían una referencia genérica a la posibilidad de practicar cualquier tipo de prueba durante la tramitación del proceso⁹ pero no regulaban ningún aspecto específico de la prueba pericial, por lo que los precedentes legislativos a los que se puede acudir en España son los propios de la legislación procesal civil, que normalmente han venido siendo aplicados de forma supletoria (o por analogía) en el arbitraje.

Es preciso tener en cuenta que la redacción del artículo 32 de la Ley de Arbitraje española responde, casi literalmente, al texto del artículo 26 de la Ley Modelo Uncitral, según el cual:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral:

- podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;
- podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

⁹ Nos referimos al artículo 27.4 de la Ley de Arbitraje de 1953, que establecía que, “podrán practicarse en el arbitraje cualquier clase de pruebas, incluso por iniciativa de los árbitros sujetándose en cuanto a su celebración, a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil” y al artículo 26 de la Ley de Arbitraje de 1988, que disponía que “los árbitros practicasen a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en derecho. A toda practica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes”.

Por ello, a los efectos de interpretar el contenido del artículo 32 de la Ley de Arbitraje española es útil acudir a la nota explicativa sobre la Ley Modelo¹⁰ en cuyo párrafo 29 se indica que,

(...) otro derecho fundamental de las partes a ser oídas y hacer valer sus derechos se relaciona con las pruebas presentadas por un perito nombrado por el tribunal arbitral. En virtud del párrafo 2) del artículo 26, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos, si así lo solicita una de las partes o el tribunal arbitral lo considera necesario.

Asimismo, en la referida nota explicativa se añade que

(...) otra disposición destinada a garantizar la equidad, objetividad e imparcialidad es el párrafo 3) del artículo 24, que estipula que de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte, y que deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión. A fin de que las partes puedan presentarse en las audiencias o en cualquier reunión del tribunal arbitral a efectos de inspección, su celebración se les notificará con suficiente antelación (párrafo 2) del artículo 24.

Esto es, como se puede comprobar, la prueba pericial se encuentra absolutamente relacionada con los principales derechos procesales de las partes, por lo que cualquier vulneración que se produzca a este respecto durante el arbitraje debe ser tratada con sumo cuidado, pues el riesgo de que el laudo sea anulado como consecuencia de tal vulneración es bastante alto.

La tan escasa regulación normativa se complementa, de un lado, por la frecuente aplicación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (lo que gusta poco a la comunidad arbitral) y, por otro lado, por la existencia de normas más detalladas en los distintos Reglamentos de las cortes de arbitraje.

Sirva como ejemplo el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid (CAM), que viene a regular la prueba de peritos de la siguiente forma:

- a) Los árbitros, tras consultar a las partes, podrán nombrar uno o más peritos, que deberán ser y permanecer independientes de las partes e imparciales durante el curso del arbitraje, para que dictaminen sobre cuestiones concretas.

¹⁰ http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

- b) Los árbitros estarán asimismo facultados para requerir a cualquiera de las partes para que pongan a disposición de los peritos designados por los árbitros información relevante o cualesquiera documentos, bienes o prueba que deban examinar.
- c) Los árbitros darán traslado a las partes del dictamen del perito por ellos nombrado, para que aleguen lo que estimen conveniente sobre el dictamen en la fase de conclusiones. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito invoque en su dictamen.
- d) Presentado su dictamen, todo perito, nombrado por las partes o por los árbitros, deberá comparecer, si lo solicita cualquiera de las partes y siempre que los árbitros lo consideren oportuno, en una audiencia en la que las partes y los árbitros podrán interrogarle sobre el contenido de su dictamen. Si los peritos hubieran sido nombrados por los árbitros, las partes podrán, además, presentar otros peritos para que declaren sobre las cuestiones debatidas.
- e) El interrogatorio de los peritos podrá hacerse sucesiva o simultáneamente, a modo de careo, según dispongan los árbitros.
- f) Los honorarios y gastos de todo perito nombrado por el tribunal arbitral se considerarán gastos del arbitraje.

Adicionalmente, el artículo 24 (y por remisión el 25) del propio Reglamento CAM se refiere a la necesidad de que a la demanda y a la contestación se acompañen todos los informes periciales que se pretendan hacer valer en apoyo de las peticiones deducidas.

Por otro lado, el artículo 33 del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) contiene una regulación más detallada¹¹ de los trámites que deben seguirse para la

¹¹ 1. Las partes podrán solicitar la ratificación o aclaración de cualquier informe o dictamen pericial emitido en relación con la controversia debatida y que haya sido acompañado junto con las alegaciones sustantivas (cf. Reglamento, Artículo 30).

2. El tribunal arbitral podrá proponer justificadamente a las partes el nombramiento de uno o más peritos independientes para que emitan dictamen pericial, con el objeto de ilustrar al tribunal arbitral sobre cualesquiera materias que éste considere relevantes para la resolución de la controversia.

3. El tribunal arbitral deberá, en todo caso, recabar previamente el parecer de las partes sobre la conveniencia de la práctica de esta prueba. Si ambas partes coincidiesen en su innecesaridad, su práctica no podrá realizarse.

4. El perito propuesto por el tribunal arbitral remitirá a las partes —con copia al tribunal arbitral y a la Corte— una descripción de sus cualificaciones, una declaración de imparcialidad e independencia, el alcance específico de su actuación y un presupuesto de sus honorarios profesionales. En el plazo que dicte el tribunal arbitral y antes de su nombramiento, las partes informarán a éste de toda objeción que pudieran tener respecto a las cualificaciones, la imparcialidad o la independencia del perito o del coste de su intervención. El tribunal arbitral decidirá, sin demora, sobre las objeciones eventualmente planteadas.

5. Tras el nombramiento de un perito propuesto por el tribunal arbitral, cualquier parte podrá formular objeciones escritas ante éste sobre las cualificaciones, la imparcialidad o la independencia del perito basadas únicamente en la concurrencia de circunstancias de las que haya tenido conocimiento con posterioridad a su designación o a su

práctica de la prueba de perito designado por el tribunal arbitral, aunque en lo sustantivo su regulación no difiere de lo establecido en el Reglamento de la CAM.

Las principales leyes nacionales de arbitraje (que suelen seguir la Ley Modelo Uncitral) y los Reglamentos de las Cortes internacionales más prestigiosas contienen una regulación similar a la indicada, aunque debe tenerse en cuenta que en algunas materias concretas (v.g., la tramitación de la pericial, los requisitos de independencia, las reglas de confidencialidad y la posible responsabilidad de los peritos) las diferencias de regulación pueden ser sustanciales.

A este respecto, conviene citar el Reglamento de la CCI, que en los apartados tercero y cuarto de su artículo 25 se limita a regular la audiencia para la ratificación de los informes periciales y la posibilidad de que los árbitros designen a peritos.

Por su parte, el Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA) no se aparta demasiado de la regulación propuesta por la Ley Modelo Uncitral, pero en su artículo 31 se recoge una cláusula de exención de responsabilidad de la que se benefician tanto los árbitros como los peritos designados por el tribunal arbitral. Se trata de una regulación muy similar a la del Reglamento de la Hong Kong International Arbitration Court (HKIAC), cuya especialidad deriva del hecho de que en su artículo 42 se extienden las obligaciones de confidencialidad a los peritos que hayan intervenido en el procedimiento arbitral.

En cuanto a las Swiss Rules of International Arbitration, la prueba pericial se encuentra regulada en su artículo 27 (que sigue la Ley Modelo Uncitral) y en sus artículos 44 y 45 recoge la obligación de los peritos designados por el tribunal (no hace referencia a los de parte) de respetar las normas de confidencialidad y la exclusión de responsabilidad de los mismos. También puede destacarse, como dato curioso, que en el artículo 25.2 de este Reglamento se indica que no se considerará inapropiado que las partes o los abogados de las partes mantengan reuniones con los peritos que hayan designado.

Finalmente, hay que tener en cuenta que diversas asociaciones han emitido sus propias recomendaciones sobre la forma en que debe ser practicada la prueba pericial en el

confirmación. El tribunal arbitral decidirá, sin demora, sobre las objeciones así planteadas y las medidas a adoptar en su caso.

6. En el caso de que el tribunal arbitral decida la práctica de esta prueba, las partes proporcionarán al perito toda la información o presentarán para su inspección, todos los documentos o todos los bienes que aquel pueda pedirles.

Cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la información o presentación requeridas se someterá a la decisión del tribunal arbitral.

7. Una vez recibido el dictamen del perito, el tribunal arbitral remitirá una copia del mismo a las partes y a la Corte. Las partes podrán expresar por escrito su opinión sobre el dictamen pericial emitido. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen.

8. Después de la entrega del dictamen pericial emitido y a solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral, con las partes, oír al perito o a los peritos en una audiencia durante la cual las partes tendrán la oportunidad de solicitar aclaraciones sobre los puntos controvertidos, sirviéndose, en su caso, de asesores técnicos. En su práctica se aplicarán los mismos parámetros recogidos en el Artículo 32 del Reglamento”.

arbitraje. Es el caso de las Reglas de la IBA aprobadas el 29 de mayo de 2010 (“IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”), cuya aplicación en arbitrajes internacionales es cada vez más común y que contienen una extensa regulación de este tipo de prueba en sus artículos 5 y 6.

También debe tenerse en cuenta que el *Chartered Institute of Arbitrators* dictó en el año 2007 su propio protocolo para la designación de peritos de parte en el arbitraje internacional. Esta norma de soft law, aunque no suele ser aplicada por los árbitros, debe ser tenida en cuenta a los efectos de interpretar los diferentes puntos de vista existentes con respecto a la prueba pericial de parte.

IV

DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

Aunque no es infrecuente que en un procedimiento arbitral (sobre todo en arbitrajes internacionales) se aporten informes periciales emitidos por juristas especializados en el derecho aplicable a la controversia (por no conocer los árbitros en profundidad la ley que regula la relación contractual en disputa o por tratarse de una cuestión jurídica que requiere de mucha especialización), lo cierto es que la gran mayoría de los informes que son aportados en los procedimientos arbitrales son emitidos por especialistas en materias ajenas al derecho, esto es, por economistas, contables, ingenieros, etc.

Siendo esto así, es preciso hacer referencia a las diferentes formas en que un técnico no jurista puede participar en un arbitraje o en un procedimiento ADR a los efectos de establecer de forma nítida las diferencias existentes entre tales formas de participación y la prueba pericial.

Estos diferentes roles que puede desempeñar un experto han sido analizados con detalle por los denominados Reglamentos sobre Peritos de la CCI, cuya última versión entró en vigor en el mes de febrero de 2015. Como se indica en el prefacio de los referidos Reglamentos, la CCI ofrece tres servicios distintos relacionados con los peritos:

- 1) Propuesta de peritos y terceros, a través de la cual la CCI presenta el(los) nombre(s) de uno o varios peritos o terceros neutrales a petición de una o más partes, de una corte o de un tribunal arbitral;
- 2) Nombramiento de peritos y terceros, a través del cual la CCI hace un nombramiento que es de carácter vinculante para las partes solicitantes;

- 3) Administración de procedimientos de peritaje, a través de la cual se escoge la CCI para administrar y supervisar el procedimiento de peritaje en su conjunto.

Los reglamentos se refieren a la propuesta y al nombramiento de terceros, así como de peritos, corroborando la práctica desarrollada por la amplia experiencia de la CCI en la búsqueda de terceros, no solo para los procedimientos que administra, sino también para los procedimientos ad hoc y procesos judiciales. De hecho, los terceros pueden intervenir en diferentes situaciones, por ejemplo, como adjudicatarios, mediadores, evaluadores neutrales o miembros de un *dispute board*.

En la página 22 del Reglamento (pág. 20 en la versión inglesa) también se hace una clara distinción sobre las diferentes labores que puede desempeñar un experto en el marco de un procedimiento arbitral/ADR:

Existen diversas situaciones en las que las partes podrán acordar el nombramiento de un perito por parte del Centro. Se pueden nombrar peritos con una gran variedad especializaciones. Entre estas se encuentran la contabilidad, las finanzas, la ingeniería, la tecnología de la información, la construcción, la energía y el derecho.

Las partes podrán acordar el nombramiento de un perito para que emita un dictamen pericial contractualmente vinculante o para que exprese una opinión no vinculante. Todo ello en un contexto que sea contencioso como no contencioso.

También hay diversas situaciones en las que las partes podrán acordar el nombramiento de un tercero por parte del Centro. Un tercero así nombrado podrá actuar como mediador o como miembro de un *dispute board*, o podrá colaborar en la resolución de la controversia en un procedimiento similar no administrado por la CCI.

A este respecto, parece oportuno precisar que la prueba pericial nada tiene que ver con el posible nombramiento de un no jurista como árbitro (lo que es posible en los supuestos previstos en el artículo 15 de la Ley de Arbitraje). La principal diferencia entre ambas figuras reside en el hecho de que el informe que emite el experto no produce ningún efecto vinculante para las partes ni para los árbitros, mientras que el no jurista designado como árbitro decidirá la controversia mediante la emisión de un laudo que resultará absolutamente vinculante para las partes y que producirá efectos de cosa juzgada.

Por otro lado, tampoco debe confundirse la prueba pericial con los procedimientos alternativos de resolución de controversias (ADR's) en los que para dirimir disputas de carácter técnico las partes designan a expertos ajenos al mundo del derecho. Se trata, entre otros, de los denominados procesos de "neutral evaluation", "adjudication" y "expert determination".

Por lo que respecta al procedimiento denominado "neutral evaluation", el técnico designado para dirigir el procedimiento se limita a analizar la documentación presentada por las partes y a escuchar sus argumentos. Todo ello con la finalidad de realizar recomendacio-

nes, esto es, exponer la solución que, en su opinión, estima más adecuada para el conflicto planteado, si bien dicho pronunciamiento no es vinculante.

Por tanto, la diferencia entre el procedimiento de “neutral evaluation” y la prueba pericial no puede encontrarse en el carácter no vinculante de la opinión emitida por el perito, sino en el hecho de que la prueba pericial sirve de medio para intentar convencer a quien sí tiene la facultad de resolver la controversia con carácter vinculante, mientras que en el procedimiento de “neutral evaluation” nunca existirá esa decisión vinculante.

Por otro lado, en el caso del procedimiento de “adjudication”, el técnico designado, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la prueba pericial, toma una decisión vinculante para las partes, si bien dicho pronunciamiento, de naturaleza contractual, es provisional, lo que permite a éstas acudir, con posterioridad, a un arbitraje o a un proceso judicial a fin de obtener una resolución definitiva de la controversia.

También es vinculante la decisión que adopta el técnico designado para dirigir un procedimiento de “expert determination”, que se diferencia del “adjudication” en que la decisión que tome el experto, a menos que las partes digan lo contrario, será vinculante y resolverá definitivamente, y no de forma provisional, la controversia.

Finalmente, tampoco debe confundirse la prueba de expertos con el juicio pericial o arbitrio de tercero regulado por los artículos 1447 y 1598 del Código Civil español.

Según el artículo 1.447 del Código Civil, “para que el precio se tenga por cierto bastará [...] que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato”.

Esta persona determinada, el “arbitrador”,

(...) no es ni un árbitro ni un perito; no lo primero porque un arbitraje supone un litigio sobre derechos ya nacidos, mientras que aquí se trata únicamente de fijar uno de los elementos de un contrato; tampoco es un perito, dado que su dictamen tiene carácter no vinculante para las partes o para el Juez, mientras que la fijación del precio por un tercero será obligatorio para las partes¹².

Lo decidido por el arbitrador es, pues, obligatorio para las partes, como si procediese de las partes mismas. Ello es así porque el arbitrio es, en el fondo, parte del negocio, pues viene a integrar una relación jurídica incompleta. Si, por ejemplo, se encomendó a un tercero la determinación del precio de la venta, el efecto del arbitrio será la total integración

¹² ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (Directores), “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 49.

del contrato de venta, siendo el precio así fijado “de obligado acatamiento para comprador y vendedor” (STS del 10/3/86).

Finalmente, tampoco debe confundirse al perito con el asesor técnico del tribunal al que se refiere el artículo 37 de la Ley de Arbitraje inglesa, pues cualquier opinión que emita el referido asesor técnico carecerá del menor valor probatorio. No obstante, el que tal opinión carezca de valor probatorio no impide que exista un riesgo cierto de que el tribunal se vea influenciado en sus decisiones por el asesor técnico que haya designado, lo que resultaría frustrante para las partes al no haberseles concedido la oportunidad, por no tratarse de una prueba, de contrastar la razonabilidad de los planteamientos de dicho asesor técnico.

V

CONDICIONES QUE DEBE REUNIR UN PERITO

Las leyes nacionales de arbitraje no contienen ningún tipo de previsión sobre las condiciones que deben reunir las personas que pretenden actuar como peritos en un procedimiento arbitral.

En este punto el arbitraje también difiere del procedimiento judicial, pues en el artículo 3401.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española sí que se establece que “los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste” y que “si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias.”

Por tanto, para que alguien pueda actuar como perito en un procedimiento arbitral basta con que la persona designada posea la necesaria experiencia en la materia controvertida, pero la verificación de si tal experiencia es real no parece ser una cuestión relacionada con el proceso de admisión de la prueba sino con su proceso de valoración por parte del tribunal.

Por otro lado, un factor a tener en cuenta a la hora de elegir a un perito es su capacidad de exponer con claridad su informe ante el tribunal, pues de nada sirve que el perito sea el mejor en una determinada materia técnica si a la hora de exponer sus conclusiones en tribunal no comprende lo que se le está explicando.

Dada la importancia de la ratificación del informe, es cada vez más común encontrar supuestos en los que éste no ha sido redactado por una sola persona sino por un equipo de trabajo formado por varios expertos entre los que suele encontrarse un especialista en la presentación de informes ante los tribunales.

Sobre este particular Cremades¹³ tiene indicado que

(...) es frecuente que el peritaje lo realice un equipo. El gerente de ese equipo con quien habitualmente contrata la empresa en cuestión se encarga de distribuir el trabajo dentro de su organización. Unos redactarán el informe pericial, lo cual realizarán en un trabajo muy cercano al equipo de abogados designado por la empresa para defender sus intereses en el arbitraje. En la audiencia aparecerá alguien que, conociendo la técnica objeto de la pericia, sin embargo tenga especial capacidad de comunicación y experiencia de convencimiento a otros tribunales arbitrales. Hay peritos muy buenos para la redacción del informe escrito y hay otros que tienen habilidades comunicativas. En todos estos equipos quien aparece ante el tribunal como “estrella” que se repite en diferentes tribunales arbitrales no hace sino presentar una labor de equipo.

Finalmente, conviene hacer referencia a que los expertos designados por las partes son libremente elegidos por ellas, pero, como se ha indicado, es sumamente recomendable que posean los conocimientos y la experiencia adecuados para el objeto de su pericia. En el caso de los expertos designados por el tribunal sí suele producirse un filtro previo a fin de determinar la necesaria experiencia con la que debe designar el perito, pues es común que el tribunal elabore una lista de candidatos o que pida a las partes la elaboración de tal lista con arreglo a unos condicionantes (titulación, experiencia, etc.).

VI

CLASIFICACIÓN DE LOS PERITOS: PERITO DE PARTE VS. PERITO NOMBRADO POR EL TRIBUNAL

1. INTRODUCCIÓN

Como se ha indicado anteriormente, es muy habitual diferenciar a los peritos entre aquellos que actúan por designación de las partes y aquellos que son designados por el tribunal.

Su intervención se produce en fases muy diversas: el dictamen de los peritos designados por las partes debe acompañarse a la demanda o a la contestación sin perjuicio de que en la audiencia correspondiente los peritos designados deben comparecer para defender su

¹³ CREMADES, Bernardo M.: “Peritaje en el Arbitraje Internacional”. Conferencia impartida en la tercera Conferencia Magistral José Luis Siqueiros en México, Distrito Federal, el 16 de enero de 2014. Publicado con permiso del autor. Febrero 2014

dictamen y someterse a las preguntas del abogado que lo ha designado (direct examination) y, sobre todo, del abogado de la parte contraria (cross examination). Por el contrario, el perito designado por el tribunal suele ser nombrado en un momento posterior y está sometido a reglas más estrictas de imparcialidad e independencia.

Como señala Hunter¹⁴, la distinción en entre estos dos tipos de expertos corresponde normalmente con la aproximación a ese tema desde una óptica de common law o de civil law: el primero es más partidario de los expertos designados por las partes mientras que en el segundo se acude más al experto designado por el tribunal (aunque en el arbitraje internacional lo cierto es que la utilización de los peritos designados por el tribunal es ciertamente escasa)¹⁵.

Hay quien defiende que la práctica arbitral todavía refleja una cierta división entre el common law y el civil law en lo que respecta a la prueba pericial. En el common law es tradicional que las partes presenten a sus propios peritos, mientras que en el civil law los letrados han sido históricamente más escépticos a la hora de valorar los beneficios y costes de los peritos designados por las partes. Esto es el resultado de la tradición del civil law de atribuir un valor probatorio limitado a los informes de los expertos designados por las partes.

Por ello, los árbitros del civil law tienen tendencia a favorecer la designación de expertos que sigan las instrucciones del tribunal y no de las partes. Sin embargo, en el arbitraje internacional hay una clara tendencia a que los tribunales tomen sus decisiones sobre la base de los informes presentados por las partes, resultando excepcional la designación de un experto por parte de los árbitros.

Como hemos indicado anteriormente, esta división entre peritos designados por las partes y peritos designados por el tribunal no se refleja habitualmente en las leyes nacionales sobre arbitraje, pues tales normas, con independencia de si se trata de un país common law o de un país civil law, establecen una regulación que concede más preponderancia a los peritos designados por el tribunal, dejando en segundo lugar la regulación de los peritos designados por las partes.

La explicación de lo anterior puede encontrarse en el hecho de que hasta la década de los 90 era mucho más habitual la designación de peritos por parte de los árbitros. Es más, la ley modelo UNCITRAL de 1985, que ha sido seguida por la mayoría de las leyes de arbitraje modernas, sólo regula en su artículo 26 los peritos designados por el tribunal, haciendo una

¹⁴ HUNTER, J. Martin: "Experts" in international arbitration". Kluwer arbitration blog. 7 febrero 2011.

¹⁵ Así lo indica KLAUS SACHS en "Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence", Kluwer, 2011: "aunque las leyes nacionales como las reglas institucionales y otros juegos de reglas, como las reglas de la IBA, no favorece un tipo de testimonio de expertos sobre otros tipo, no hay duda que, hoy por hoy, la aproximación estándar en el arbitraje internacional es descansar principalmente en el testimonio de expertos nombrados por partes, con expertos nombrados por el tribunal en circunstancias excepcionales".

mera referencia a los peritos designados por las partes cuando establece el derecho de las partes a formular preguntas al perito designado por el tribunal, aunque resulta implícito el derecho de las partes a designar su propio perito.

Es necesario destacar que las leyes arbitraje más modernas, como es el caso de la española, suelen hacer referencia al derecho de las partes a designar sus propios peritos, lo cual es un reflejo de la ya mencionada tendencia hacia la utilización de los peritos designados por las partes en sustitución de los peritos designados por los árbitros.

Así, se puede concluir que las leyes nacionales sobre arbitraje suelen permitir ambos tipos de prueba pericial sin establecer ningún tipo de preferencia por una o por la otra (aunque la regulación de la pericial por designación de los árbitros sea más extensa) y que los árbitros tendrán la última palabra para decidir si designan a su propio experto, sin que las referidas leyes determinen cómo debe ejercitarse esa facultad discrecional de los árbitros.

Por otro lado, las ya mencionadas IBA Rules contienen una regulación mucho más detallada tanto de los peritos designados por las partes como de los peritos designados por los árbitros. En efecto, en el artículo 5 de las IBA Rules se recoge la regla de que una parte puede utilizar como medio de prueba un informe emitido por un perito designado por ella misma y, además, se establecen reglas específicas sobre el contenido que debe tener el informe pericial, la obligación general de un perito de prestar declaración en la vista correspondiente, las consecuencias asociadas a la falta de comparecencia a la vista por parte del perito, a la posibilidad de que el tribunal ordene al perito de parte que se reúna con el perito designado por la otra parte a los efectos de intentar alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones en las que los informes emitidos mantengan discrepancias.

Por otro lado, en su artículo 6 se confirma el tribunal tendrá la facultad, previa consulta a las partes, de designar uno o más peritos para que emitan opinión respecto de las cuestiones que le sean indicadas por parte del tribunal arbitral, regulándose asimismo determinadas especialidades procedimentales que trataremos con posterioridad.

2. PREOCUPACIONES QUE GENERAN AMBOS TIPOS DE PRUEBA PERICIAL

Según se ha venido indicando, existe una cierta polémica a la hora de determinar si se debe conceder cierta preponderancia a alguno de los dos tipos de prueba pericial a que venimos haciendo referencia, lo cual se encuentra íntimamente relacionado con la preocupación que generan tales pruebas en las diferentes culturas jurídicas.

La identificación de las referidas preocupaciones resulta relevante a los efectos de comprender las diversas soluciones que se han ofrecido a fin de intentar alcanzar soluciones de consenso.

Así, debe tenerse en cuenta que lo que más preocupa respecto de los peritos de parte es que la experiencia y capacidad que suelen atesorar queda empañada en algunos casos por su falta de imparcialidad.

Una segunda preocupación que generan los peritos de parte se encuentra relacionada con el hecho de que sus informes pueden no llegar a responder a las dudas técnicas que el tribunal arbitral tenga en el asunto correspondiente, toda vez que el perito habrá seguido las instrucciones de la parte que le ha designado sin haber sido informado previamente de las necesidades del tribunal arbitral.

También podría considerarse como una desventaja el hecho de que los peritos designados por cada una de las partes no estén coordinados a la hora de elaborar sus informes, pues ello tiene como resultado la emisión de informes que no han partido de los mismos hechos ni de las mismas asunciones, lo que en modo alguno facilita que el tribunal arbitral pueda llegar a disipar sus dudas técnicas.

Todo lo anterior también lleva a que los métodos tradicionales de interrogatorio de peritos no sean todo lo eficientes que deberían ser, pues, como norma general, en el acto de la vista cada perito tiende a defender a ultranza las posiciones de la parte que le designó, sin admitir, por muy claro que sea el argumento, las conclusiones alcanzadas por el perito designado por la otra parte.

La reacción lógica frente a las anteriores preocupaciones debería ser que los tribunales arbitrales tendiesen a nombrar a sus propios peritos. Sin embargo, esta opción no deja de tener sus propias desventajas, no siendo nada común el uso de esta facultad por parte de los tribunales arbitrales.

La primera desventaja que se le atribuye a este tipo de designación de perito procede normalmente de los países del common law, donde existe la creencia de que con este tipo de designación la parte pierde su capacidad de controlar la forma en que su caso debe ser presentado ante el tribunal arbitral.

En relación con lo anterior, también se viene a afirmar que el perito designado por el tribunal puede llegar a recibir menos información de las partes de la que recibiría un perito designado por ellas, aunque también es cierto que el perito designado por el tribunal puede solicitar a las partes la correspondiente información y documentación que considera necesaria para la emisión de su informe.

Quizás la preocupación más relevante sea la referente a la existencia de un riesgo de que el caso controvertido sea finalmente decidido por el experto y no por el tribunal arbitral. Y es que, aunque el perito designado por el tribunal arbitral esté sometido a los requisitos de imparcialidad e independencia, lo cierto es que no fue la persona designada por las partes a los efectos de tomar la decisión sobre la cuestión controvertida, por lo que cualquier participación que el perito tenga en el proceso de toma de decisiones del tribunal arbitral puede ser visto con recelo por alguna de las partes.

Aunque en la normativa a que se ha hecho referencia con anterioridad no se establezca preferencia alguna por ninguno de los dos tipos de pericia, lo cierto es que la experiencia viene a de-

mostrar que en la actualidad se tiende a dar preponderancia a los informes emitidos por los expertos designados por las partes, mientras que la facultad del tribunal arbitral de designar a un perito sólo es utilizada en casos esporádicos.

Así las cosas, se han planteado diversas alternativas a los efectos de depurar al máximo todas aquellas desventajas que se suelen atribuir a los informes emitidos por los peritos designados por las partes.

Entre las referidas alternativas destaca el establecimiento de un proceso (denominado “pre-hearing meeting”) que permita a los peritos acercar sus posturas o, al menos, delimitar sus discrepancias, antes de que se celebre la audiencia para la práctica de la prueba. Como indica Jones¹⁶, este proceso “permite que la audiencia y el procedimiento se han conducidos más rápidamente y en consecuencia con menos gastos. También aumenta las posibilidades de acuerdo, dado que las reuniones de expertos con sus colegas en relación con las materias en disputa puede conducirles a revisar su opinión”.

Otra solución que se ha propuesto para difuminar al máximo la tendencia de los peritos de parte a favorecer la posición de quien les ha designado es la denominada conferencia de peritos. Lo que se busca con esta forma de practicar la prueba es que los peritos procedan a ratificar su informe en presencia de los peritos designados por las restantes partes del procedimiento, pues se piensa que con ello la declaración de los peritos tendrá un contenido más objetivo independiente.

Sin embargo, esta solución tiene asimismo las ventajas y desventajas a las que nos referiremos posteriormente al tratar la forma de presentación del informe ante el tribunal arbitral.

En circunstancias normales, si en un arbitraje se utilizan los mecanismos de la reunión previa y de la conferencia de peritos ello debería servir para clarificar al máximo las cuestiones técnicas, definir las áreas en las que las partes tienen algún tipo de discrepancia y para centrar el objeto de la controversia y estrechar las diferentes existentes entre las periciales, lo que debería redundar en la obtención de resultados más justos para las partes por haberse permitido que el tribunal arbitral obtuviera una información técnica de calidad y ajustada a la realidad el caso.

Por lo que respecta a la independencia e imparcialidad de los peritos designados por las partes, lo cierto es que las leyes de arbitraje nacionales no contienen regulación alguna al respecto. Sin embargo, a la vista de la preocupación existente a este respecto, en los últimos años se han realizado avances en esta materia, siendo buenos ejemplos de ello las normas de la IBA y el código de conducta de CIARB, lo que será objeto de análisis en un apartado posterior.

¹⁶ “Party Appointed Expert Witnesses in International Arbitration: A Protocol at Last”. Arbitration International. LCIA. 2008.

También se han propuesto sistemas híbridos a los efectos de aprovechar las ventajas de ambos tipos de pruebas periciales, debiendo destacarse el denominado *Sachs Protocol*, que fue propuesto por Klaus Sachs en el congreso de la ICCA en Río de Janeiro en 2010. Se trata de un sistema en el que cada parte debe proponer una lista de potenciales peritos y de cada una de las listas el tribunal debe elegir a uno de los peritos propuestos, quienes formarán el denominado “equipo de expertos”.

Según Klaus Sachs¹⁷, este sistema tiene las siguientes ventajas:

- a) A diferencia de lo que ocurre con la designación de un único perito por parte del tribunal arbitral, optar por el sistema de un equipo de expertos elimina las habituales preocupaciones de las partes consistentes en que: (i) el tribunal pueda elegir a un experto que no sea el más apropiado para opinar sobre la controversia, (ii) las partes no puedan colaborar en la preparación del informe (porque el tribunal establecerá un sistema equilibrado de participación de las partes en la verificación del contenido del informe) y (iii) el perito designado por el tribunal arbitral pueda decidir la controversia cuando quienes han sido designados para ello son los árbitros (porque las partes participarán activamente en la concreción del encargo que se realice al perito).
- b) A diferencia de lo que ocurre con la designación de los peritos de parte, en el sistema propuesto: (i) los peritos, al ser designados por tribunal, deberán cumplir con todos los requisitos de imparcialidad e independencia que son exigidos a este tipo de peritos y, además, al recibir sus honorarios por ambas partes, será más difícil que exista una tendencia a defender los intereses de una sola de ellas, (ii) a la hora de elaborar su lista de expertos, cada parte se asegurará de que en tal lista no se incluyan peritos que puedan ser considerados como personas que mantengan algún tipo de relación con la parte que les designa, pues ello restaría opciones a que tal persona fuera designada como perito por parte del tribunal arbitral y (iii) también se elimina el riesgo de que se aporten informes absolutamente contradictorios.

Finalmente, el autor apunta que la existencia de un equipo de expertos no impediría a las partes contar con un asesoramiento técnico específico durante la práctica de la prueba pericial. Este asesor técnico podría participar en la práctica de la prueba de la misma forma que los abogados de las partes intervienen en las cuestiones jurídicas, pero sin que sus intervenciones pueden considerarse en modo alguno como una prueba pericial.

Una novedad reciente sobre el proceso de designación de los peritos (y que nos parece un acierto) la encontramos en el Reglamento de la CCI sobre la propuesta de peritos y terceros, que entró en vigor en febrero de 2015 y viene a permitir tanto a las partes como a los

¹⁷ “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”. Kluwer, 2011.

propios árbitros acudir a la CCI a fin de que sea ésta quien designe al perito más apropiado para opinar sobre las cuestiones técnicas que conforman la controversia.

Entendemos que la promulgación de este Reglamento conllevará un incremento en la calidad de las pruebas periciales, toda vez que la parte que pretenda imprimir un grado superior de independencia e imparcialidad a su informe pericial puede llegar a preferir que el nombramiento del perito se lleve a cabo por una entidad especializada en esa labor y no por los árbitros y, por otro lado, los árbitros pueden empezar a utilizar más la posibilidad de designar peritos de oficio si se les concede la posibilidad de que sea un tercero especializado y ajeno a ellos quien lleve a cabo la labor de búsqueda del perito más adecuado.

3. LA RELATIVA IMPORTANCIA DEL PROCESO DE DESIGNACIÓN DE LOS PERITOS

Es interesante el comentario de Robert A. De By¹⁸, para quien lo importante no es la forma en que deben ser designados los expertos ni cómo debe organizarse la ratificación de sus informes, sino que para que el tribunal pueda acercarse a la verdad del caso lo relevante es que se dote al tribunal y a los abogados de los instrumentos necesarios para poner a prueba las conclusiones de los peritos.

Compartimos esta opinión por la sencilla razón de que el sistema de designación de peritos de parte se encuentra plenamente arraigado en el arbitraje internacional y no parece posible ni deseable impedir a las partes que hagan uso de los peritos que consideren oportunos. Es obvio que existe el riesgo de que algunos de los referidos peritos no actúen con la debida honestidad profesional frente al Tribunal Arbitral, pero para poder averiguar si ello es así lo que se debe hacer es proporcionar tanto al Tribunal como a las partes los instrumentos procedimentales necesarios para que esa falta de honestidad salga a la luz.

¹⁸ DE BY, ROBERT A.: ICDR/CIArb/LACBA Conference - International Arbitration in the Pacific Rim: The Use of Reliance Documents & Expert Witnesses – Efficiency & Fairness. “A New Focus For The Expert Witness Debate In International Arbitrations”. 2014

VII

ESPECIALIDADES DE LA PRUEBA DE PERITO DESIGNADO POR EL TRIBUNAL

La pericial instada por el tribunal arbitral añade una notable dosis de complejidad procedimental al arbitraje y, en consecuencia, suele generar un retraso en la resolución de la controversia, lo que suele identificarse como uno de los factores que explican que este tipo de prueba no tenga mucha acogida en la práctica.

Además, ni las leyes nacionales de arbitraje ni los reglamentos de las principales cortes establecen normas específicas sobre cómo debe ser practicada la prueba de perito designado por el tribunal, lo que quizás redunde en beneficio del deseado principio de flexibilidad del arbitraje, pero, sin duda, provoca retrasos en el procedimiento al resultar necesario seguir trámites específicos para el nombramiento del perito, para la determinación del objeto de la pericial y para su ratificación.

Esta ausencia de regulación ha venido a ser subsanada en cierta forma por las reglas de la IBA, cuya aplicación en arbitrajes internacionales es cada vez más común. A continuación analizaremos las principales especialidades de este tipo de prueba pericial:

1. PROCESO DE DESIGNACIÓN DEL PERITO POR PARTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El trámite de designación del perito (junto con la fijación del objeto de la pericia) es uno de los momentos cruciales a los que el tribunal arbitral deberá prestar la mayor atención posible a los efectos de evitar retrasos indeseados en el proceso.

El primer elemento a tener en cuenta a este respecto es que los árbitros no se encuentran sometidos a ningún tipo de restricción temporal a la hora de poder tomar la decisión de designar a un perito. Sin embargo, lo razonable es que este proceso de designación se inicie una vez que los árbitros hayan tenido a su disposición los escritos de alegaciones de las partes (incluyendo las periciales de parte) y que la decisión se tome antes de que se celebren las vistas para la práctica de la prueba a los efectos de evitar tener que convocar nuevas comparecencias para la ratificación de la pericial del tribunal.

Por otro lado, las normas de la IBA (artículo 6.1) exigen que los árbitros tomen su decisión previa consulta con las partes, lo que puede dar lugar a múltiples interpretaciones sobre cuál debe ser el objeto de la referida consulta.

De este modo, parece recomendable que los árbitros dicten una resolución en la que justifiquen su decisión de designar a un perito y que proporcionen a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre la relevancia y utilidad de la prueba, sobre todo por ser éstas quienes deben asumir el coste correspondiente y el más que probable retraso en el proceso¹⁹.

Por lo que respecta al proceso de selección del perito, los árbitros podrán decidir de forma unilateral qué persona debe ser designada como tal o podrán involucrar a las partes en el proceso de designación. En caso de que se opte por esto último, es habitual que los árbitros proporcionen a las partes una lista con los posibles candidatos a perito para que éstas se pongan de acuerdo sobre el candidato que debe ser designado o para que listen por orden de preferencia a los candidatos a los efectos de que los árbitros puedan comprobar el grado de coincidencia que pueda existir entre las partes con respecto a los candidatos propuestos.

Por último, es importante destacar que, de conformidad con el artículo 6.2 de las reglas de la IBA, el perito deberá proporcionar a las partes y al tribunal un documento justificativo de su cualificación e independencia, proporcionándose a las partes un trámite específico a fin de formular objeciones. Según el referido precepto:

Antes de aceptar su nombramiento, el Perito Designado por el Tribunal Arbitral deberá entregar a éste y a las Partes una descripción acerca de su cualificación y una declaración de su independencia respecto de las Partes, de sus asesores legales y del Tribunal Arbitral. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, las Partes deberán informar al Tribunal Arbitral si tienen alguna objeción en relación a la cualificación o independencia del Perito designado por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral decidirá sin demora si acepta o no alguna de dichas objeciones. Una vez nombrado un Perito Designado por el Tribunal Arbitral, una Parte solo podrá objetar a su cualificación o su independencia si la objeción se basa en razones de las cuales la Parte adquirió conocimiento con posterioridad a su nombramiento. El Tribunal Arbitral decidirá sin demora las medidas que, en su caso, adoptará.

2. “TERMS OF REFERENCE” DE LA PERICIAL Y PREPARACIÓN DEL INFORME

El artículo 6.1 de las reglas de la IBA, recogiendo lo que venía siendo una práctica habitual en el arbitraje, dispone que “el Tribunal Arbitral, previa consulta a las Partes, establecerá los términos de la tarea a desarrollar por el Perito”.

Sobre esta cuestión el párrafo 71 de las notas Uncitral sobre la organización del proceso arbitral tiene señalado que “el mandato del perito tiene por objeto especificar las cuestiones que tendrá que aclarar y evitar que se pronuncie sobre puntos que no le hayan sido

¹⁹ CLAUS VON WOBESER “The Arbitral Tribunal-Appointed Expert”. OGEL 3 (2007).

sometidos, así como fijarle un calendario. Aunque la facultad discrecional de designar un perito incluye normalmente la determinación de su mandato, el tribunal arbitral puede decidir consultar con las partes antes de definir ese mandato. Para facilitar la evaluación del dictamen pericial, es aconsejable pedir al perito que incluya en su dictamen información sobre el método utilizado para llegar a sus conclusiones, así como las pruebas y los datos que haya utilizado al preparar su dictamen”.

Esto es, para organizar adecuadamente el proceso arbitral, parece recomendable que los árbitros emitan lo que se suele denominar como “terms of reference” a los efectos de que quede perfectamente definido el objeto de la pericia, las cuestiones a las que el perito debe responder, la documentación e información a las que el perito podrá tener acceso a los efectos de poder preparar su informe y, en general, todas las cuestiones relativas a la organización de la pericia.

Dada la importancia del documento en cuestión, es habitual que los árbitros, según recomienda el artículo 6.1 de las reglas de la IBA, permitan a las partes opinar sobre su contenido, lo cual es positivo, pues permite a las partes colaborar a la hora de identificar los puntos sobre los que el perito debe opinar, pero redundante en el ya comentado retraso del proceso que suele generar este tipo de prueba pericial.

También es importante que los árbitros recojan en el documento la forma en que el perito podrá contactar con las partes y qué documentación podrá exigir a las partes que le sea entregada. Nótese a este respecto que el artículo 6.3 de las reglas de la IBA dispone sobre el particular que:

El Perito Designado por el Tribunal Arbitral podrá solicitar a una Parte que le facilite cualquier información o que se le permita el acceso a cualesquiera Documentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios para su inspección en la medida en que sean relevantes para el caso y sustanciales para su resolución. La autoridad del Perito designado por el Tribunal Arbitral para solicitar acceso a la información será la misma que la del Tribunal Arbitral. Las Partes y sus representantes tendrán derecho a recibir dicha información y a estar presentes en cualquier inspección. Cualquier desacuerdo entre un Perito Designado por el Tribunal Arbitral y una Parte sobre la relevancia, importancia o pertinencia de la petición será resuelta por el Tribunal Arbitral conforme a lo previsto en los Artículos 3.5 a 3.8.

El Perito Designado por el Tribunal Arbitral hará constar en su Dictamen Pericial cualquier falta de cumplimiento por una Parte de la correspondiente petición o decisión del Tribunal Arbitral y describirá sus efectos sobre la valoración del asunto sobre el que debe dictaminar.

Es evidente, pues, que las normas de la IBA conceden unas facultades muy amplias al perito designado por el Tribunal a la hora de poder solicitar a las partes aquella información y documentación que considere esencial a los efectos de poder emitir su dictamen.

No obstante, las referidas facultades del perito no resultan ilimitadas, toda vez que el propio artículo 9.2. de las normas de la IBA permiten al Tribunal Arbitral “excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

- a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso;
- b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral;
- c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas;
- d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido;
- e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes;
- f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o
- g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes”.

3. CONTENIDO DEL INFORME Y SU RATIFICACIÓN

Según el artículo 6.4 de las normas de la IBA, el informe pericial deberá contener:

- a) el nombre completo y la dirección del Perito Designado por el Tribunal Arbitral, y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia;
- b) una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y sus conclusiones periciales;
- c) sus opiniones y sus conclusiones periciales, incluyendo una descripción del método, pruebas e información utilizados para llegar a tales conclusiones. Los Documentos en los que el Perito Designado por el Tribunal Arbitral se base y que no hayan sido presentados anteriormente, deberán acompañarse;
- d) si el Dictamen Pericial ha sido traducido, una declaración acerca del idioma en el cual ha sido originalmente preparado, y del idioma en el cual el Perito Designado por el Tribunal Arbitral anticipa que declarará en la Audiencia de Prueba;

- e) una declaración ratificando su auténtica convicción acerca de las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial;
- f) la firma del Perito Designado por el Tribunal Arbitral, así como la fecha y el lugar en que fue realizado; y
- g) si el Dictamen Pericial ha sido firmado por más de una persona, la atribución de él en su totalidad o de cada parte específica a cada autor”.

Por otro lado, el artículo 6.5 de las normas de la IBA obliga al Tribunal Arbitral a remitir a las partes una copia del informe pericial a los efectos de que éstas puedan tener la oportunidad de contestar al dictamen, ya sea mediante la presentación de un escrito, mediante una declaración testifical o mediante el dictamen del perito designado por la parte.

Finalmente, por lo que respecta a la ratificación del informe, el perito deberá comparecer en la correspondiente audiencia a los efectos de que las partes (y los árbitros) puedan formularle las preguntas que consideren oportunas, debiendo destacarse que el artículo 6.6 de las reglas de la IBA permite incluso que tal interrogatorio sea conducido por los peritos designados por las partes.

VIII

CLASIFICACIÓN DE LOS PERITOS POR LA MATERIA EN QUE SE ENCUENTRAN ESPECIALIZADOS

Por la materia tratada en el informe, los peritos pueden clasificarse de muy diversa forma: peritos legales, de daños, de retrasos en la ejecución de obras, regulatorios y de valoraciones²⁰.

En cuanto a los peritos legales, su uso es frecuente cuando alguna de las cuestiones jurídicas debatidas es muy compleja o cuando los árbitros son de distinta nacionalidad a la del derecho aplicable a la controversia.

²⁰ El documento del despacho SKADDEN “Expert witnesses in arbitration”, de oct-dic 2012, se refiere a que los informes de expertos se usan frecuentemente en disputas en las que la cuantificación de los daños o determinadas conductas industriales se encuentran en entredicho. En ocasiones la valoración de la responsabilidad puede requerir profesores de derecho que emitan una opinión legal o ingenieros que opinen sobre si un fallo técnico ha causado unos determinados daños. La fase de cuantificación puede requerir valoraciones técnicas, evaluaciones de mercado, o análisis financieros. También se hace referencia a que los expertos técnicos son típicamente contratados en reclamaciones de seguros y en disputas de construcción para valorar los retrasos o disfunciones del proyecto y a que en las reclamaciones por lucro cesante suelen intervenir expertos financieros.

Como indica Ahmed S. El Kosheri²¹ no parece recomendable aportar este tipo de informes legales cuando se supone que el tribunal arbitral debe conocer el derecho aplicable a la controversia, pudiendo ponerse como ejemplo los arbitrajes en los que se deben ventilar cuestiones de Derecho Internacional Público, pues en tales procesos se presume que los árbitros han sido elegidos por sus conocimientos en dicha materia e incluso podría hablarse de la necesaria aplicación del principio “iura novit curia”.

Sin embargo, la aportación de este tipo de informes cobra su sentido en casos en los que la controversia debe decidirse conforme a determinadas normas domésticas que resultan ajenas a los árbitros por no haber sido elegidos éstos por sus conocimientos de un determinado ordenamiento jurídico sino por su experiencia en arbitraje internacional.

En tales supuestos se encuentra plenamente justificado que cada una de las partes aporte un informe de un reconocido jurista del país cuyo derecho resulta de aplicación a la controversia para que opine sobre aquellas cuestiones jurídicas que la parte que proponga su informe considere relevantes²².

También es posible que el tribunal arbitral proponga la designación de un experto legal a los efectos de que se pronuncie sobre cuestiones jurídicas que en opinión del tribunal no hayan sido suficientemente tratadas por las partes, aunque esta posibilidad suele ser más residual, toda vez que antes de solicitar un informe de este tipo el tribunal debería dar la oportunidad a las partes de aclarar aquellas cuestiones que el tribunal entienda que no se hayan desarrollado de forma suficiente²³.

También es frecuente la presencia en los arbitrajes de expertos en la cuantificación de los daños que se reclaman. La designación de este tipo de peritos es habitual en arbitrajes de construcción pero también en cualesquiera otros en los que se reclame cualquier cantidad en concepto de responsabilidad (por ejemplo, en una compraventa de empresas, en la valoración de activos, etc.).

²¹ “The Different Types of Experts with Special Emphasis on Legal Experts (Jura Novit Curia)”. OGEL 3 (2007).

²² KAP-YOU KIM “Commentary on Using Legal Experts in International Arbitration”. ICCA *International Arbitration Congress*; back to basics. Kluwer Law International, 2007) aporta un interesante matiz sobre esta cuestión al analizar la conveniencia de la pericial jurídica en casos en los que los abogados de las partes conocen el ordenamiento jurídico aplicable al litigio: “(...) it may actually be more effective and efficient for the counsel to introduce and prove the relevant aspects of the governing law themselves. The introduction of law by counsel may be more appropriate in cases that do not involve many key issues of law, but more issues of fact, or also in complicated cases where the relevant legal points of the case would be best explained by a person who is intimately familiar with the case, such as the counsel. In a fact-intensive or complicated case, a legal expert may simply be unnecessary and actually be counter-productive because the expert could confuse the tribunal, or even worse, inadvertently mislead it unless the expert possesses sufficient familiarity with the facts and their nuances, twists and turns”).

²³ Esta solicitud de una pericial judicial por parte del tribunal también se puede encontrar justificada si dentro del propio tribunal existen árbitros que conocen el ordenamiento jurídico aplicable y otros que lo ignoran).

El experto en retrasos es quizás la figura más frecuente en los arbitrajes internacionales de construcción. Este experto dictamina sobre los retrasos producidos (y sobre su imputación a una u otra de las partes o a ninguna de ellas) en la ejecución de una obra con arreglo a los planes iniciales de construcción frente a la realidad y a la efectiva ejecución de las obras en cuestión.

El experto regulatorio es asimismo frecuente en arbitrajes en los que ha de valorarse el entorno regulatorio y el impacto que éste ha producido en el ámbito de la disputa.

Por su parte, el experto financiero/contable interviene para valorar los daños producidos a las partes, ya se trate por daño emergente o por lucro cesante.

Finalmente, el experto en valoraciones puede intervenir para efectuar una valoración del activo que es objeto de la disputa (unas acciones, un activo determinado, etc.).

IX

SOBRE LOS DEBERES DE LOS PERITOS. ESPECIAL REFERENCIA AL SUPUESTO DEBER DE INDEPENDENCIA DE LOS PERITOS DE PARTE

La ley española de arbitraje no establece cuáles son los deberes que deben cumplir los peritos a fin de poder actuar como tales ante un tribunal arbitral, aunque, como señala BERNARD RIX²⁴, parece razonable considerar que éstos deben cumplir ciertos requisitos mínimos a dichos efectos. Dada la disparidad de opiniones que se han emitido al respecto, no resulta nada sencillo determinar cuáles deben ser dichos requisitos ni si éstos son realmente exigibles o si se trata de meras recomendaciones, aunque podrían apuntarse los siguientes:

- a) deber de tener experiencia en la materia controvertida

Los expertos deben ser, como su propio nombre indica, especialistas en la materia en la que intervienen, de modo que sea expresamente por ese conocimiento especial para el que son llamados al procedimiento arbitral.

²⁴ “Colloquium on Expert Witnesses”, 29th Annual Colloquium of Arbitrators, March 31, 2014 -Queen Mary, University of London, Centre of Commercial Law Studies, School of International Arbitration and ICC).

b) deber de imparcialidad e independencia

En segundo lugar, se viene defendiendo habitualmente que los expertos están sujetos a un deber de imparcialidad e independencia y que éstos deben incluir en su opinión tanto lo que favorece como lo que perjudica a la parte que les ha designado.

Sin embargo, la realidad es que los principales reglamentos de arbitraje únicamente exigen el cumplimiento de los referidos deberes a los peritos designados por el tribunal arbitral, por lo que sigue existiendo la duda de si los peritos designados por las partes deben cumplir o no las exigencias de independencia e imparcialidad.

Estas dudas parecen haberse disipado en los casos en que las partes se hayan sometido a Reglas de la IBA, toda vez que en su artículo 5.2 se establece que los peritos de parte también deberán efectuar una declaración sobre las relaciones pasadas o futuras que puedan mantener con las partes y sobre su independencia de las partes, los abogados y el Tribunal Arbitral.

No obstante, mientras que en los referidos reglamentos de arbitraje suele concederse a las partes la facultad de recusar al perito designado por el tribunal arbitral si éste no cumple los requisitos de independencia e imparcialidad, no ocurre lo mismo en las Reglas de la IBA, por lo que sigue existiendo la duda de qué consecuencia puede llegar a tener el incumplimiento de tales deberes por los peritos de parte.

En nuestra opinión, parece evidente que la posible falta de independencia e imparcialidad de un perito de parte no debe dar lugar en ningún caso a la recusación del perito (por no estar previsto en la normativa aplicable al arbitraje), sino que es una cuestión que deberá ser tenida en cuenta por parte del Tribunal Arbitral a la hora de valorar la prueba.

Dado que el incumplimiento de los deberes no parece tener ninguna consecuencia grave para los peritos ni para las partes, parece que, como se indica en el ya citado documento de Skadden²⁵, los árbitros deberán fiarse del hecho de que el perito en cuestión tenga interés en conservar su reputación, que debe seguirle mucho después de la disputa en cuestión. Siendo esto así, el mayor interesado en actuar de forma independiente e imparcial es el propio perito y si éste se arriesga a actuar en sentido contrario lo que ello generará, tarde o temprano, su exclusión del mundo arbitral, siendo ésta la mayor de las sanciones que le pueden llegar a ser impuestas.

Además, no debe olvidarse que el incumplimiento por parte del perito de parte de los deberes de independencia e imparcialidad será muy aparente al poder ser contrastada su opi-

²⁵ SKADDEN: "Hot topic: Expert Witnesses in arbitration", 2012.

nión con la contenida en los informes presentados de contrario y al ser interrogado durante la audiencia de pruebas; por lo que a las partes siempre les convendrá trabajar con expertos que son conocidos por su independencia.

Sin embargo, en el calor del proceso, los abogados a veces presionan a los peritos para adoptar posiciones más agresivas, lo que puede llegar a ser un grave error porque un tribunal experto reconocerá una opinión desequilibrada, que puede dañar más que favorecer el caso de la parte correspondiente y la credibilidad del perito en cuestión. Los mejores expertos son aquellos que se preocupan de su credibilidad y reputación, lo que induce a que adopten la posición que creen correcta basada en los hechos sin perjuicio de lo que pueda interesar a la parte que le contrató.

c) deber de declaración de sus relaciones con las partes

Para asegurar la verificación de las condiciones de independencia e imparcialidad de los expertos, es conveniente que los expertos declaren no sólo esa independencia e imparcialidad sino también las relaciones que han podido unir a los expertos con las partes en un periodo de tiempo razonable (por ejemplo, tres años).

d) deber de dedicación

Los expertos deben dedicar a la elaboración del dictamen todos los medios materiales y personales a que sea precisos para que éste responda a lo que se espera de su trabajo.

e) deber de lealtad hacia el tribunal

Incluso los expertos designados por las partes tienen un cierto deber de lealtad hacia el tribunal arbitral. Como dice el protocolo del *Chartered Institute Of Arbitrators*, el deber del experto, ayudando al tribunal, es el de prestarle asistencia para decidir en la materia objeto de disputa.

f) deber de defensa del dictamen en audiencia.

Los deberes de los expertos no se limitan a emitir su dictamen con carácter previo a la audiencia de pruebas, sino que, además, incluye la defensa del informe pericial ante el

propio Tribunal Arbitral y las partes en el procedimiento, sometiéndose a los respectivos a interrogatorios.

No existiendo propiamente una enumeración de deberes de los expertos en la normativa nacional (ni en los reglamentos de la cortes), es conveniente acudir a criterios de soft law, para tratar de definir el alcance de las obligaciones de todo perito.

Quizá podamos empezar con De Berti citando el caso *Ikarian Reefer* de 1993 en los que la corte estableció:

- la prueba de expertos presentada ante un tribunal debería ser un informe independiente de expertos no influenciados por las exigencias del litigio.
- Un experto debe facilitar al tribunal los conocimientos técnicos necesarios para adoptar su decisión por medio de una objetiva y equilibrada opinión sobre materias comprendidas en su experiencia.
- Un experto nunca debe asumir el papel de abogado de la parte que le designó.
- Un experto no debería mentir y tener en cuenta los elementos fácticos que pudieran llevarle a modificar las conclusiones que ha alcanzado.
- Si, después del intercambio de informes, un experto cambia su opinión en una cuestión material, habiendo leído el informe de la otra parte o por cualquier otra razón es el cambio de vista debería ser comunicado a la otra parte sin retraso conductor apropiado en el tribunal.

También es preciso citar las reglas de la IBA aprobadas el 29 de mayo de 2010 (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration)²⁶ Las reglas de la IBA distinguen precisamente entre los expertos designados por las partes (art. Cinco) de los expertos designados por el tribunal arbitral (art. Seis), aunque realmente no vienen a establecer deberes de uno y otro tipo de expertos.

Por su parte, el artículo cuatro del protocolo del *Chartered Institute Of Arbitrators* señala que la opinión del experto debe ser imparcial, objetiva, no sesgada y no influida por las presiones del proceso de resolución de disputas o por ninguna de las partes. El pago por la parte nominadora de los honorarios razonables incurridos por experto no debe afectar por sí mismo a la imparcialidad del experto.

²⁶ Reglas de la IBA aprobadas el 29 de mayo de 2010 (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration).

Asimismo el protocolo se refiere a la forma en que los expertos deben prestar su declaración ante el tribunal arbitral confirmando con carácter preliminar que:

- a) entienden que su deber es prestar declaración en arbitraje para ayudar al tribunal arbitral a decidir las cuestiones al respecto de las cuales se presenta la consiguiente prueba.
- b) su opinión es imparcial y no ha sido influida por las presiones de ninguna de las partes del arbitraje.
- c) las materias sobre las cuales el experto expresa su opinión pertenecen a su área de experiencia.
- d) se ha referido a todos los temas que considera relevantes para la emisión de su opinión y que ha prestado atención a todas las materias en las cuales es consciente que puedan afectar adversamente a su opinión.
- e) al tiempo de presentar su opinión escrita ésta es completa y constituye su verdadera opinión profesional.
- f) si tras emitir su opinión ésta requiere ser modificada o corregida, notificará dicha circunstancia a las partes y al tribunal arbitral.

Además de todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que gran parte de los peritos que actúan ante los tribunales arbitrales se encuentran sometidos a las reglas de conducta establecidas por sus propios colegios profesionales, las cuales deberán ser respetadas por los peritos a la hora de emitir y ratificar su informe.

X

PRESENTACIÓN Y CONTENIDO DE LOS INFORMES PERICIALES

En el arbitraje internacional es muy habitual que el tribunal establezca que los informes periciales deben ser aportados junto con los escritos de alegaciones de las partes, aunque también es cierto que, en aplicación del consabido criterio de flexibilidad del procedimiento arbitral, dicha aportación siempre podrá efectuarse en un momento posterior si la parte interesada puede demostrar que la necesidad del informe viene determinada por la concurrencia de nuevas circunstancias y siempre que con ello no se produzca indefensión a la contraparte.

Por otro lado, la presentación de los informes suele realizarse de forma escrita y a tal presentación le suele seguir la ratificación de su contenido en la correspondiente audiencia para la práctica de la prueba.

Por lo que respecta al contenido del informe, ya hemos hecho referencia con anterioridad a lo que disponen las reglas de la IBA con respecto a los informes de los peritos designados por el tribunal, lo que debe ser completado con lo establecido por el artículo 5.2 de esas mismas reglas en relación con los informes de peritos designados por las partes, que deberán contener:

- a) el nombre completo y dirección del experto designado por la parte y una declaración sobre su presente y pasada relación con las partes, sus asesores legales y el tribunal arbitral y una relación de su c.v. cualificaciones, training y experiencia.
- b) una descripción de las instrucciones bajo las cuales está emitiendo sus opiniones y conclusiones.
- c) una declaración sobre su independencia respecto de las partes, sus asesores legales y el tribunal arbitral.
una declaración sobre los hechos en los que basan su opinión y conclusiones.
- e) su opinión experta y conclusiones, incluida una descripción de los métodos, pruebas e información empleada para llegar a esas conclusiones.
- f) si el informe del experto ha sido traducido, una declaración sobre el idioma en que se escribió originalmente y el idioma en que el experto prevé comparecer en la audiencia de pruebas.
- g) una declaración sobre su creencia auténtica en la opinión manifestada en el informe de experto.
- h) la firma del experto, lugar y fecha.
- i) si el informe del experto ha sido firmado por más que una persona, la atribución de la totalidad o partes del informe a cada uno de los autores.

También ha de tenerse en cuenta el protocolo para el uso de expertos designados por las partes en el arbitraje internacional emitido por la *Chartered Institute Of Arbitrators*. Según el artículo 4 de este protocolo, el contenido del informe pericial debe ser el siguiente:

- a) nombre completo y dirección, currículum, cualificaciones y experiencia del experto.

- b) cualquier relación pasada o presente con las partes, el tribunal arbitral los abogados a o los representantes de las partes o de otros referidos a y cualquier otra persona o entidad relacionada con el arbitraje.
- c) una declaración sobre las instrucciones que el experto ha recibido de la parte nominadora y las bases de remuneración del experto.
- d) una declaración sobre la materia o materias en las que el tribunal ha dado permiso para presentar la opinión de expertos.
- e) establecer los hechos, temas y documentos incluyendo cualesquiera hechos presumidos considerados para emitir la opinión.
- f) establecer los hechos, temas y documentos, incluyendo cualesquiera hechos presumidos en que se basa la opinión.
- g) establecer la o las opiniones a las que se ha llegado y la descripción del método para alcanzar esa opinión y conclusiones.
- h) establecer las materias en las que el experto no ha podido alcanzar una opinión.
- i) indicar que materias están fuera del área de experiencia del experto.
- j) adecuada referencia a los documentos y fuentes en que se basa el experto.
- k) firma del experto y fecha y lugar.

Por otro lado, a los efectos de facilitar la labor del tribunal arbitral, creemos que en los informes periciales no deberían incluirse descripciones de cuestiones procedimentales o fácticas que resulten irrelevantes a los efectos del objeto de la pericial ni la utilización de los mismos resúmenes ejecutivos de conclusiones en varias partes del informe.

XI

PERICIAL Y OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN

Conforme al artículo 6 de las IBA Rules, sólo el perito designado por el tribunal arbitral tendrá la facultad de solicitar a las partes que le proporcionen cualquier tipo de información y documentación relacionada con el procedimiento arbitral, siempre que tal solicitud tenga relevancia a los efectos de emitir su informe.

Por ello, la parte que desee que su perito tenga acceso a determinada documentación de la contraparte deberá efectuar tal solicitud a través de la correspondiente prueba de exhi-

bición documental, que en el arbitraje internacional se suele practicar siguiendo el esquema propuesto por Alan Redfern (“Redfern Schedule”), que no es más que un documento que es cumplimentado de forma sucesiva por las partes a los efectos de identificar los documentos cuya exhibición solicitan y para plantear objeciones frente a tales solicitudes. Este documento es cumplimentado finalmente por el tribunal arbitral con las decisiones que adopte sobre cada una de las solicitudes de exhibición documental planteadas por las partes.

Debe tenerse en cuenta a este respecto que, según lo establecido en el artículo 9.2 de las IBA Rules, el Tribunal Arbitral podrá limitar las anteriores solicitudes en los siguientes casos:

Cuando exista un impedimento legal o privilegio conforme a las normas jurídicas o éticas que el Tribunal Arbitral haya considerado aplicables.

- Si la práctica de las pruebas solicitadas produce una onerosidad o carga excesiva a la parte que debe exhibir los documentos.
- En caso de pérdida o destrucción de la documentación solicitada.
- Por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.
- Por razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional).

Es claro, por tanto, que tanto el perito designado por el tribunal como los peritos designados por las partes tienen a su alcance los mecanismos procedimentales necesarios a fin de poder contar con toda la documentación que consideren oportuna (con las limitaciones reflejadas en el artículo 9.2 de las IBA Rules) a los efectos de emitir su informe.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los peritos designados por las partes deberán acompañar a sus informes toda la documentación -que no conste ya en el expediente arbitral- en la que se hayan basado para alcanzar sus conclusiones (vid. art. 5.2 de las IBA Rules).

A dicho respecto, nos surge la duda sobre si sería posible que una de las partes instase al Tribunal Arbitral para que ordenase al perito designado por la otra parte la aportación de las diferentes versiones del informe que hayan podido existir (a los efectos de determinar si la parte ha influido de alguna forma en las conclusiones finalmente reflejadas en el informe).

Entendemos que no debería existir impedimento alguno para poder efectuar tal solicitud si al Tribunal Arbitral le son aportados indicios suficientes que lleven a pensar que el perito de parte puede haber cambiado de opinión de forma injustificada.

No obstante, debemos reconocer que se trata de una cuestión controvertida, pues la parte frente a la que se dirija tal solicitud podría llegar a alegar la vulneración de su derecho de defensa, ya que la aportación de las diferentes versiones de los informes periciales de parte podría desvelar la estrategia procesal seguida por dicha parte.

XII

PRE-HEARING Y OTROS MÉTODOS PARA INTENTAR DELIMITAR LAS DISCREPANCIAS EXISTENTES ENTRE LOS PERITOS

Dado que es muy habitual que los informes periciales presentados por las partes alcancen unas conclusiones diametralmente opuestas, se han propuesto varios métodos para que los peritos intenten acercar posturas o, al menos, para identificar los puntos de controversia y sus motivos.

El primero de los métodos propuestos es lo que se ha venido a denominar como “pre-hearing meeting”, que no es más que la celebración de una reunión con los peritos con carácter previo a la ratificación de sus informes a los efectos de concretar el alcance de éstos y para identificar las cuestiones en las que los peritos han alcanzado un acuerdo y las cuestiones en las que su opinión técnica difiere.

Esta posibilidad se encuentra regulada, por ejemplo, en el artículo 5.4 de las IBA Rules, según el cual:

El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que los peritos designados por las partes que vayan a presentar o que hayan presentado dictámenes periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En dicha reunión, los peritos designados por las partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos a que se refieren sus dictámenes periciales y harán constar por escrito aquellos puntos sobre los que lleguen a un acuerdo, así como aquellos otros sobre los que exista desacuerdo y las razones de ello.

También recoge esta posibilidad el artículo 6 de las recomendaciones del *Chartered Institute Of Arbitrators*, que propone que los peritos sigan una compleja estructura de trámites a los efectos de intentar centrar y minimizar las discrepancias que puedan existir entre los peritos de parte.

En nuestra opinión, estas medidas pueden ser una solución bastante efectiva en aquellos casos en los que la complejidad técnica de la controversia sea muy alta, pues con la reu-

nión previa de los peritos el tribunal arbitral podrá determinar los puntos exactos en los que las partes difieren, lo que facilitará su labor a la hora de valorar la prueba practicada.

Sin embargo, también puede ocurrir que el objeto de los informes sea ciertamente dispar y que la labor de determinación de si hay puntos de encuentro entre los peritos sea tan ardua como la propia labor de valoración de la prueba.

Sobre este particular se pronuncia Jones²⁷, para quien resulta muy acertada la intención del protocolo del *Chartered Institute Of Arbitrators* de limitar las diferencias existentes entre los peritos antes de que ratifiquen su informe, pues ello permite que el arbitraje se tramitado con mayor celeridad y que aumenten las posibilidades de que las partes alcancen un acuerdo.

Este mismo autor también hace referencia a otros métodos que pueden ser utilizados con la finalidad de acercar posturas entre los peritos. Es el caso del intercambio de los borradores de los informes, lo que, según dicho autor, permite una pronta identificación de las cuestiones controvertidas y facilita que los peritos puedan desistir de determinados argumentos en una fase preliminar del arbitraje.

XIII

RATIFICACIÓN DEL INFORME EN LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

1. INTRODUCCIÓN

Además de emitir sus informes, los peritos que hayan designado las partes o el Tribunal Arbitral tendrán la obligación de ratificar éstos en la audiencia de pruebas, donde también podrán ser cuestionados sobre las conclusiones que hayan alcanzado y sobre los informes de los restantes peritos.

El acto de ratificación puede resultar muy clarificador para el Tribunal Arbitral, sobre todo si se ha producido la previa labor de depuración de la controversia que mencionábamos en apartados anteriores y si se establece un sistema eficiente que permita a los abogados de las partes y al propio Tribunal Arbitral determinar la razón de ciencia de cada una de las opiniones vertidas por los peritos.

La anterior ratificación sólo se producirá si alguna de las partes o el Tribunal Arbitral así lo solicitan (vid. artículo 8.1 de las IBA Rules), siendo muy extraño el caso en que se renuncia a la referida facultad.

²⁷ JONES, D.: op. cit.

Es importante destacar que la falta de comparecencia de un perito en el acto de la audiencia de prueba puede tener efectos devastadores para la posición de la parte que propuso tal pericial, toda vez que, según establece el artículo 5.6 de las IBA Rules, el informe que hubiera emitido el referido perito será descartado por el Tribunal Arbitral, salvo que concurran circunstancias excepcionales²⁸.

a) Direct y cross examination

Normalmente, en el arbitraje comercial internacional los expertos presentan sus informes periciales oralmente en la audiencia, a través de una breve presentación y seguidamente se someten a dos turnos de interrogatorios, por la parte que le ha designado (direct examination) y luego por la parte contraria (cross examination), además de las preguntas que puedan formular los miembros del Tribunal Arbitral.

Normalmente, el direct examination suele ser un breve interrogatorio en el que los abogados de la parte que designó al perito suelen pedir a éstos que ratifiquen su dictamen y que respondan a unas breves preguntas a fin de aclarar los puntos de los informes que puedan adolecer de algún tipo de oscuridad. Lo que el Tribunal Arbitral suele tratar de evitar es que la declaración del perito sea una mera repetición de lo que se indica en su informe y es por ello por lo que el direct examination suele ser objeto de constricciones temporales y de contenido²⁹.

En cualquier caso, a los efectos de garantizar el principio de igualdad entre las partes, tras el correspondiente cross-examination el Tribunal Arbitral suele conceder un nuevo turno de preguntas a la parte que designó el perito (que es lo que se viene a denominar como redirect examination), pero en este nuevo turno las preguntas sólo pueden estar relacionadas con lo que haya sido objeto del cross-examination.

Por otro lado, el cross-examination es un interrogatorio en toda regla en el que los abogados tratan de encontrar agujeros en la declaración previa del perito o en su dictamen. En ocasiones, con el interrogatorio se conseguirán hacer visibles contradicciones en el informe de los expertos y en otras ocasiones se conseguirá incluso que el experto deba rectificar el contenido del informe.

²⁸ Idéntica regulación de esta cuestión puede encontrarse en el artículo R-35 del Reglamento de la American Arbitration Association.

²⁹ En la página 54 de la guía emitida por la CCI para el "Effective Management of Arbitration" se indica a este respecto que "Direct examination is the questioning of a witness by the party presenting that witness. In international arbitration, witnesses often submit written witness statements setting forth their evidence. When such statements have been submitted, direct examination may be dispensed with entirely or kept short (e.g. 10 or 15 minutes). This will reduce the length and cost of the hearing".

Como hemos indicado anteriormente, son muchos los tipos de peritos que, por razón de la materia controvertida, pueden llegar a intervenir en un procedimiento arbitral, por lo que la forma de llevar a cabo el interrogatorio puede diferir sustancialmente en función del tipo de perito al que se esté interrogando³⁰.

A este respecto, nos permitimos apuntar algunas técnicas que pueden resultar de utilidad a la hora de conducir el cross-examination de un perito³¹:

- Estudiar a fondo el currículum del perito con un doble objetivo: para verificar si ha emitido con anterioridad opiniones que contradigan las conclusiones alcanzadas en su informe y para determinar si mantiene o ha mantenido relaciones comerciales de algún tipo con la parte que le propuso y que no hayan sido puestas de manifiesto con anterioridad.
- Estudiar a fondo el informe y hacer anotaciones sobre aquellos extremos que nos ofrezcan dudas o que resulten contradictorios con previos informes del perito o con otros hechos que nos consten por un medio alternativo.
- Es también necesario o altamente conveniente preparar adecuadamente un interrogatorio escrito con el número de preguntas que sea necesario y que se centre en las notas tomadas al estudiar el informe y siguiendo normalmente el orden del propio informe para mayor facilidad del Tribunal Arbitral.
- También es conveniente fijar con carácter previo qué es lo que se pretende conseguir con el interrogatorio para que todas las preguntas se encuentren dirigidas a obtener dicho resultado.
- Entendemos que conviene empezar el interrogatorio por las contradicciones en que pueda haber incurrido el perito o por aquellas cuestiones que puedan hacer dudar al Tribunal Arbitral sobre la fiabilidad de su opinión.
- Consideramos que también es recomendable formular preguntas concretas que sólo puedan dar lugar a respuestas concretas y que debe evitarse (salvo que en el caso concreto sea necesario) hacer preguntas cuya respuesta se desconozca.
- El abogado debe ser capaz de adaptarse a las contestaciones que haya dado el perito a las preguntas ya formuladas. Por eso, escuchar al perito es fundamental para observar esas contradicciones en las que pueda incurrir.

³⁰ Tan es así que, por ejemplo, en la obra *Take the Witness: Cross-Examination in International Arbitration* (NEWMAN, L.W. y SHEPPARD, B., 2010), se dedican varios capítulos diferenciados a analizar cómo deben enfocarse los interrogatorios de peritos financieros, legales, etc.

³¹ JIMENEZ-BLANCO, G.: “El arbitraje en 55 lecciones prácticas”.

Es importante tener en cuenta también que existen países en los que no es posible realizar el cross-examination, por lo que la cultura jurídica de los letrados que defiendan a las partes también debe ser tenida en cuenta por parte del Tribunal Arbitral a la hora de organizar la audiencia de pruebas³².

Finalmente, es preciso destacar que los árbitros tienen plena libertad para intervenir en los interrogatorios de los peritos a fin de formular las preguntas que consideren oportunas, aunque es recomendable que tal facultad no sea ejercitada de una forma tal que pueda llegar a interferir en la estrategia procesal que sigan las partes.

b) Conferencia de expertos

En el mundo del arbitraje se viene haciendo referencia a las conferencias de expertos (también se usa el concepto de “hot-tubbing”) como una suerte de técnica procesal novedosa que hace que sea más fácil para el Tribunal Arbitral hallar la verdad del caso.

Sin embargo, debemos poner en duda el carácter novedoso de tal técnica y de su efectividad, toda vez que el careo de peritos viene existiendo en el ordenamiento jurídico-procesal español desde hace mucho tiempo y en ningún caso se ha conseguido con ello disipar las dudas que genera la prueba pericial.

El referido sistema de la conferencia de expertos es no obstante defendido por Doug Jones (“Party Appointed Expert Witnesses in International Arbitration: A Protocol at Last”) por ofrecer, entre otras, las siguientes ventajas:

- Los peritos pueden llegar a comprender mejor las cuestiones controvertidas al ser interrogados al mismo tiempo que otros peritos y al producirse una interacción entre ellos, lo que también debería conllevar que sea menos probable que se defiendan posiciones extremistas que en condiciones normales nunca serían defendidas por los peritos.

³² Véase a este respecto cuanto indica HUNTER en “Expert Conferencing and New Methods”, TDM 3 (2007): “Skilled cross-examiners are trained in the techniques for controlling the scope of an expert’s answers by posing a series of “closed” questions that deny the expert the opportunity to expand on his or her answers, or to put them in a particular context. This scenario is frustrating for experienced arbitrators, who may feel that they are learning only to admire the forensic skills of the cross-examiner rather than the merits of the expert’s opinion.

In the civil law system, where the practice of judges and arbitrators is to appoint their own experts to assist and advise them, these vices are largely absent. In international arbitrations in which the parties are represented by lawyers from civil law countries it is common for the parties to raise no objection to such a procedure. In such countries cross-examination is virtually unknown, so the arbitral tribunal will not often have the benefit of a skilled cross-examination of fact witnesses. In some (but by means all) cases cross-examination of fact witnesses, probing the story told by a witness by testing it against the contemporaneous documents and other collateral evidence can be useful”.

- Al limitarse la intervención de los abogados de las partes es más fácil que los peritos hagan algún tipo de concesión a la contraparte y que el nivel técnico de la discusión sea más apropiado.
- La conferencia de peritos permite identificar más fácilmente las debilidades del caso, por lo que es un método que debería facilitar la suscripción de acuerdos transaccionales.

Aunque compartimos la idea de que la conferencia de expertos puede ser un instrumento muy útil para el Tribunal Arbitral para aclarar los puntos controvertidos, también consideramos que el sistema solo resultará útil si los peritos designados por las partes son realmente independientes, pues, en caso contrario, la conferencia de expertos no será más que una repetición de los argumentos ya expuestos por los peritos en sus informes y, dada su preparación forense, será muy difícil que alguno de ellos rectifique su informe en favor de lo que haya indicado el perito designado por la otra parte³³.

c) Otras cuestiones relativas a la organización y dirección de los interrogatorios

Finalmente, entendemos necesario hacer referencia a otras cuestiones relativas a la organización y dirección de la audiencia de prueba:

Duración de la audiencia de prueba

En el arbitraje internacional es frecuente que las partes y el Tribunal Arbitral fijen un calendario de actuaciones muy concreto para la práctica de la prueba y que, además, pacten el tiempo máximo que las partes pueden dedicar al interrogatorio de testigos y peritos (técnica del “chess clock”).

Le referida técnica del “chess clock” deberá ser adecuadamente gestionada por el Tribunal Arbitral para evitar que una parte pueda verse perjudicada por el hecho de que el perito de la parte contraria se extienda innecesariamente al dar sus respuestas en el cross-examination.

Dirección del debate

El interrogatorio de los peritos se efectuará bajo la dirección del Tribunal Arbitral, que podrá inadmitir las preguntas que los abogados efectúen a un perito si se considera que ésta es impertinente o inútil.

³³ Véase a este respecto a HUNTER, “Expert Conferencing and New Methods”.

También puede ocurrir que el perito se sienta “acosado” por las preguntas de un letrado que utilice un estilo agresivo. Si se diera esa situación el Tribunal Arbitral debería intervenir para llamar la atención al letrado, aunque esa intervención debe ser muy cuidadosa a fin de no restringir el derecho de defensa de la parte.

Scott schedule

Una forma de organizar eficazmente la práctica de la prueba pericial consiste en que los Árbitros soliciten a los peritos y a las partes que rellenen un formulario (denominado Scott Schedule) en el que se identifiquen cada una de las cuestiones técnicas discutidas, los motivos en que cada parte basa su defensa técnica y los importes en que las partes cifran cada cuestión controvertida.

Esta técnica procedimental puede resultar muy útil en los arbitrajes de construcción, donde normalmente se solicita al Tribunal Arbitral que resuelva sobre numerosas reclamaciones por defectos o por retrasos que en sí mismas pueden ser consideradas como reclamaciones independientes.

XIV

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL POR PARTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Otra cuestión que no tratan las leyes nacionales de arbitraje ni los reglamentos de las principales instituciones arbitrales es la referente a las reglas de valoración de la prueba que deben ser aplicadas por los árbitros a los efectos de adoptar su decisión sobre el fondo de la controversia. Esta cuestión no es nada baladí, toda vez que en determinadas jurisdicciones la prueba pericial es considerada como una prueba tasada, mientras que en otras jurisdicciones dicha prueba debe ser valorada conforme a las normas de la sana crítica.

Este vacío legal viene a ser parcialmente suplido por el artículo 6.7 de las IBA Rules, según el cual, “cualquier Dictamen Pericial emitido por un Perito Designado por el Tribunal Arbitral y sus conclusiones serán valorados por el Tribunal Arbitral con la debida consideración de todas las circunstancias del caso”.

Esto es, parece evidente que las normas de la IBA permiten a los árbitros valorar libremente el informe emitido por el perito designado por ellos mismos, lo que, entendemos,

debe ser trasladado a los informes emitidos por los peritos de parte a pesar de que las IBA Rules no efectúen ninguna referencia al respecto.

Para los casos en que no se hubiera pactado la aplicación de las IBA Rules, la determinación de las reglas de valoración de la prueba que deben aplicar los árbitros requerirá un previo análisis de la ley aplicable sobre el particular, lo cual no es fácil de discernir, pues, como bien señala TAWIL³⁴, ello depende de si las normas sobre valoración de la prueba son consideradas como derecho sustantivo o meramente procesal:

A fin de analizar de qué modo influye la ley aplicable -ya sea al procedimiento o al fondo de la disputa sobre el criterio que el tribunal arbitral aplicará en la apreciación de la prueba, corresponde indagar en primer lugar sobre la naturaleza de las disposiciones en materia probatoria. ¿Constituyen ellas normas de derecho sustantivo o meramente procesal? La respuesta que se dé a este interrogante tendrá consecuencias prácticas relevantes. En el supuesto en que la ley aplicable al procedimiento no concuerde con aquélla que regula el fondo de la disputa, su encuadre jurídico puede ser determinante para el laudo y la suerte de la controversia. Así, por ejemplo, según la visión que se adopte respecto a su naturaleza, una u otra legislación será aplicable y, en función de ello, la prueba en cuestión podrá o no ser admisible.

En nuestra opinión, no se puede dar una respuesta unívoca a la anterior cuestión pues, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español las normas sobre valoración de la prueba se encuentran actualmente reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que lleva a pensar que se trata de normas procesales y no de normas sustantivas³⁵.

Una vez determinada la ley aplicable a las normas de valoración de la prueba (con las dificultades indicadas) se deberá acudir a dicha ley a fin de determinar si la prueba pericial tiene carácter tasado o si se trata de una prueba de libre valoración por parte de los árbitros. En el caso de España, como se ha indicado, es preciso acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 348 se prevé que los dictámenes periciales serán valorados conforme a las normas de la sana crítica.

³⁴ TAWIL, G.: "Los Sistemas de Valoración de la Prueba y el Arbitraje Internacional", en: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, Ano 3, Vol. 8, jan./mar. 2006, pp. 221-222

³⁵ Sin embargo, a este respecto indica TAWIL, G (óp. cit., pág. 225) que: "Sin dejar de reconocer el debate existente al respecto -en particular en relación con las normas sobre admisibilidad de las pruebas- y que no puede brindarse una respuesta unívoca para todos los casos ante a libertad de las partes para acordar calificaciones autónomas, nos inclinamos por considerar que las reglas de apreciación pertenecen al derecho sustantivo en tanto ello permitirá reflejar en general más acertadamente la verdadera elección de las partes. De no ser así, probablemente el laudo a dictarse no refleje adecuadamente la solución a la que se hubiera arribado en dicho sistema jurídico".

XV

HONORARIOS DE LOS EXPERTOS E IMPOSICIÓN DE COSTAS

La cuestión relativa a los honorarios de los peritos es un asunto poco tratado en los distintos reglamentos y códigos de conducta. Habitualmente, se trata de unos honorarios negociados bilateralmente con la parte que designó al perito, cuando se trata de los llamados expertos de parte.

Cuando se trata del experto designado por el Tribunal, lo razonable es que su retribución se fije por los árbitros con la conformidad de las partes, aunque ello no es siempre así, pues, por ejemplo, el artículo 1.12 del Apéndice III del Reglamento CCI dispone que “antes del inicio de cualquier peritaje decretado por el tribunal arbitral, las partes, o una de ellas, deberán abonar la provisión que éste determinará en un monto suficiente para cubrir los honorarios y gastos del perito los cuales serán fijados por el tribunal arbitral”. Esto es, en los arbitrajes CCI las partes tienen pocas posibilidades de opinar sobre el importe de los honorarios que deben ser satisfechos a los peritos.

Por su lado, el Reglamento de la LCIA trata esta cuestión de una forma más genérica, al establecer simplemente en su artículo 25.1 que los honorarios y gastos del perito designado por el tribunal podrán ser descontados del depósito que haya sido solicitado a las partes para cubrir los gastos del arbitraje. Ello deriva del hecho de que, según el artículo 28 de dicho Reglamento, los honorarios de los peritos designados por el tribunal son gastos generados por el propio arbitraje (“Arbitration Costs”) y no gastos que el arbitraje genera a las partes (“Legal Costs”), lo que conlleva, por ejemplo, que del pago de los primeros (al igual que ocurren con los honorarios de los árbitros y de la corte) responsan ambas partes de forma solidaria.

Por lo que respecta al pago de los honorarios, no hay duda de que los devengados a favor del experto designado por una de las partes serán satisfechos por esa misma parte (que podrá recuperar total o parcialmente la inversión realizada en caso de condena en costas a la contraparte), mientras que en el caso del perito designado por los árbitros habrá que acudir al reglamento de la institución arbitral correspondiente a fin de comprobar si existe regulación al respecto.

En el caso del Reglamento de la CCI, como hemos visto, son las partes quienes deben satisfacer directamente al perito los honorarios de éste que hayan sido previamente fijados por el tribunal arbitral. Sin embargo, otras instituciones arbitrales, como es el caso de la Corte de Arbitraje Cámara de Comercio de Estocolmo, parecen asumir que los honorarios

del perito designado por el tribunal deberán ser asumidos por el propio tribunal, lo que sería tanto como considerar que el perito ha sido directamente contratado por los árbitros y no por las partes del procedimiento (véanse a este respecto las denominadas “Guidelines for Arbitrators” de la referida corte de arbitraje).

Por otro lado, los honorarios de los expertos podrán ser objeto de atribución a una u otra parte de conformidad con el resultado que hayan obtenido en el procedimiento y, según determinados Reglamentos de arbitraje, conforme a la conducta que hayan tenido las partes durante el proceso, pudiendo valorar los árbitros el que una de las partes haya provocado retrasos indebidos de las actuaciones y que estos retrasos hayan generado gastos de los que solo debe responder dicha parte (vid. artículos 28.4 del Reglamento LCIA y 37.5 del Reglamento CCI).

Por ello, normalmente, antes de cerrar la instrucción, el tribunal pedirá a las partes que presenten sus estados de gastos, entre los que las partes presentarán las correspondientes facturas de los expertos. En ese momento, es práctica habitual que se abra un trámite de alegaciones recíprocas para que la partes puedan decir lo que estimen oportuno en relación con los gastos presentados de contrario, sin que, como señala el artículo 28.3 del Reglamento LCIA, los árbitros estén vinculados por lo que puedan establecer las normativas de los colegios profesionales a los que pertenezcan los peritos.

Además, otra consideración debe ser hecha al respecto, y es la relativa a la estructura de honorarios de los expertos. No nos parece admisible que la estructura de sus honorarios pueda comprender una prima de éxito, en función del resultado del procedimiento arbitral. Creemos que esa prima de éxito constituiría un riesgo para la imparcialidad del experto, que tendría así un mayor estímulo para forzar su criterio o en contra de su conclusión primera, para poder alcanzar así esa prima de éxito.

XVI

CONFIDENCIALIDAD

Tanto en las leyes nacionales como en los reglamentos de las más reputadas instituciones arbitrales suelen encontrarse referencias a que (i) las partes, la corte y los árbitros están obligados a guardar confidencialidad sobre la información obtenida a través del arbitraje y sobre el laudo (entre otros, pueden citarse el artículo 24.2 de la Ley española arbitraje, el artículo 30.1 del Reglamento LCIA y el artículo 49.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje

de la Cámara de Comercio de Madrid) y a que (ii) los árbitros podrán adoptar las medidas que consideren oportunas para proteger secretos comerciales o industriales o cualquier tipo de información confidencial (artículo 22.3 del Reglamento de la CCI y artículo 49.2 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid).

Tras la lectura de los citados preceptos la primera duda que nos surge es si en el arbitraje comercial los peritos designados por las partes o por los árbitros se encuentran vinculados por las reglas de confidencialidad a las que se encuentran sometidos quienes les designaron.

Para responder a la primera pregunta debemos acudir a las leyes nacionales de arbitraje y a los reglamentos de las instituciones más relevantes, donde puede verificarse que son pocas las normas que regulan este particular, pudiendo citarse los artículos 51 de la Ley peruana de arbitraje, 42 de HKIAC Administered Arbitration Rules 2013 y 74 del Reglamento WIPO, que extiende las reglas de confidencialidad a cualquier perito que participe el proceso arbitral y el artículo 44 Swiss Rules 2012, que sólo extiende tal reglas a los peritos designados por los árbitros.

Así pues, tanto las partes como los peritos que designen éstas deberán tener muy en cuenta las reglas específicas que son de aplicación al arbitraje en que se encuentren involucrados a fin de conocer con exactitud qué normas de confidencialidad les son de aplicación.

En caso de que la normativa de aplicación nada prevea al respecto, no parece razonable poder defender que los peritos se encuentren directamente vinculados por las normas de confidencialidad que afectan a las partes y a los árbitros.

No obstante, ello no quiere decir que la filtración de información por parte de un perito designado por una de las partes no tenga ninguna consecuencia, pues la parte que designó a tal perito, en función de la legislación nacional que resulte de aplicación, podría ser considerada responsable por las actuaciones llevadas a cabo por dicho perito, por lo que siempre será recomendable trasladar las reglas de confidencialidad que vinculen a las partes al contrato de prestación de servicios que se suscriba con todo experto que vaya participar en el arbitraje.

Otra cuestión bien diferente es que los árbitros hayan adoptado medidas expresas para proteger determinados secretos comerciales o industriales y que hayan exigido a los peritos designados por las partes el cumplimiento de determinadas normas para evitar la filtración de información confidencial, pues, en caso de que un perito infrinja estas medidas, es obvio que la parte afectada por tal filtración podrá solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a tal perito, sin descartar la posible responsabilidad de la parte

que designarse al perito autor de tal infracción en caso de que se demuestre su participación en la filtración o su negligencia a la hora de evitarla.

En cuanto a los peritos designados por los árbitros, también parece recomendable que, a falta de regulación expresa en la normativa arbitral aplicable, los árbitros extiendan expresamente las reglas de confidencialidad a tales peritos, de lo cual debería quedar constancia por escrito a los efectos de prueba oportunos.

Otra cuestión que tampoco se encuentra resuelta por la normativa arbitral es la referente a si las partes, a pesar de estar sometidas a las ya mencionadas reglas de confidencialidad, pueden informar a los peritos que pretenden contratar sobre la existencia del arbitraje y sobre los hechos controvertidos que sean objeto de discusión en el procedimiento. Si el perito es finalmente contratado por la parte no parece que la situación difiera de la situaciones analizadas los párrafos anteriores, pero si el perito, por el motivo que sea, no es finalmente designado, ¿se podría considerar que la parte que ha informado a dicho perito sobre la existencia el arbitraje y que le ha proporcionado los hechos que son objeto de discusión el procedimiento ha infringido la reglas de confidencialidad que resulten apelación?

La respuesta a la anterior pregunta no parece tener fácil respuesta, por lo que siempre será recomendable, a efectos de evitar riesgos, que la parte que proporcione información sobre un arbitraje a un candidato a ser perito exija a dicho perito la firma del correspondiente acuerdo de confidencialidad para que éste resulte de aplicación tanto la supuesto de que el candidato sea finalmente contratado como supuesto de que el candidato rechace el encargo o sea descartado por la parte que le contactó.

Nótese, además, que no es descartable que en determinadas materias que requieren un notable grado de especialización ambas partes se pongan en contacto con los mismos peritos a fin de valorar su contratación, por lo que tanto dichos peritos como las partes del procedimiento deberán tener sumo cuidado a la hora de revelar información que se encuentre sometida a las reglas de confidencialidad.

A este respecto también debe tenerse en cuenta que, como quiera que es habitual que las partes se encuentren asistidas por los mismos peritos en diferentes procedentes arbitrales, es posible que tales peritos hayan incurrido en contradicciones al valorar situaciones fácticas de naturaleza muy similar.

En caso de que, por el motivo que sea, uno de los árbitros o la contraparte tuviera conocimiento de que en arbitrajes anteriores el perito emitió informes en los que se alcanzaban conclusiones diametralmente opuestas de las que se alcanzan en el informe que sido aportado al arbitraje, se plantearía la cuestión de si debería permitirse a la contraparte la

aportación del informe emitido por el perito en el anterior arbitraje a fin de demostrar la existencia de tal contradicción³⁶.

Como se comprenderá, ello dependerá de las particularidades de cada caso concreto y de si la normativa aplicable al informe pericial emitido en el anterior arbitraje considera tal informe como información confidencial, pero si el tribunal tiene la sospecha de que tal contradicción existe, entendemos que deberán llevarse a cabo todas las medidas necesarias para intentar confirmar la existencia de la contradicción denunciada y, en caso de que tal análisis no sea posible por oponerse a ello la parte frente a la que se denuncia la contradicción, el Tribunal deberá tener en cuenta tal actitud en el momento de valorar la prueba pericial.

XVII

RESPONSABILIDAD DEL PERITO

La actuación dolosa o negligente de un perito a la hora de elaborar o ratificar su informe conlleva, como es obvio, que la parte que lo haya designado pueda ejercitar las acciones civiles que le correspondan como consecuencia del incumplimiento del contrato de prestación de servicios que se hubiera suscrito entre dicha parte y el perito.

La duda que surge a este respecto es qué tipo de acciones podrían ejercitarse y por quién en el caso de que el perito responsable de haber emitido un informe defectuoso hubiera sido designado por los árbitros.

Para abordar dicha cuestión conviene tener en cuenta que la designación de un perito por parte del Tribunal puede tener su origen en diferentes situaciones que se dan en la práctica arbitral. En efecto:

- a) Ambas partes pueden haber acordado solicitar al Tribunal la designación de un perito para que sea éste quien se pronuncie sobre determinadas cuestiones previamente consensuadas entre las partes.

En este caso, parece evidente que el perito mantendrá una relación contractual de arrendamiento de servicios con ambas partes del proceso, por lo que serán éstas quienes se

³⁶ En estos casos los tribunales ingleses han permitido la aportación de un informe pericial aportado en un procedimiento arbitral anterior por considerar que se trataba de una cuestión de orden público que debía primar sobre las reglas de confidencialidad aplicables al primer arbitraje –caso London & Leeds, 1995, 1 E.G.L.R. 102, Q.B.-.

encuentren legitimadas para ejercitar contra aquél las acciones de responsabilidad contractual que consideren oportunas.

Si el perito hace decantar la decisión del Tribunal a favor de una de las partes no es descartable que la parte perjudicada por la pericial (y, en consecuencia, por el laudo) intente ejercitar contra los miembros del Tribunal una acción de responsabilidad por “culpa in eligendo”; acción que se regirá por el correspondiente sistema de responsabilidad de los árbitros que venga regulado por la ley de arbitraje y por el reglamento de la corte que puedan resultar de aplicación.

Téngase en cuenta que el artículo 21.1 de la Ley de Arbitraje española dispone a este respecto que “la aceptación obliga a los árbitros (...) a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo”.

A la vista de lo preceptuado por dicho artículo, parece sumamente complicado que una parte pueda demostrar que el Tribunal actuó con “*mala fe, temeridad o dolo*” en el proceso de designación del perito, pues para que tal responsabilidad surgiese debería demostrarse, por ejemplo, que los árbitros designaron a una persona que claramente no se encontraba capacitada para emitir el dictamen solicitado por las partes o que el Tribunal designó expresamente al perito con la finalidad de beneficiar a una de las partes.

Nótese a este respecto que, dado que es cada vez más común que tras la emisión del laudo se dirijan reclamaciones de responsabilidad frente a los árbitros, determinadas instituciones arbitrales están intentando poner coto a tales reclamaciones mediante la modificación sus reglamentos, en los que se han venido a incluir cláusulas de exención de responsabilidad de las propias instituciones arbitrales (lo que ya prevé el artículo 74 de la ley de arbitraje inglesa), de los árbitros y de los peritos designados por éstos.

Este régimen de exclusión de responsabilidad se encuentra recogido, por ejemplo, en los artículos 45.1 Swiss Rules 2012³⁷ y 31.1 LCIA³⁸. También debemos citar (por su importancia en el arbitraje asiático) el artículo 43 del reglamento HKIA, cuya redacción es prácticamente idéntica a la del artículo 31.1 LCIA.

³⁷ “Neither the members of the board of directors of the Swiss Chambers’ Arbitration Institution, the members of the Court and the Secretariat, the individual Chambers or their staff, the arbitrators, the tribunal-appointed experts, nor the secretary of the arbitral tribunal shall be liable for any act or omission in connection with an arbitration conducted under these Rules, except if the act or omission is shown to constitute intentional wrongdoing or gross negligence”.

³⁸ “None of the LCIA (including its officers, members and employees), the LCIA Court (including its President, Vice-Presidents, Honourary Vice-Presidents and members), the Registrar (including any deputy Registrar), any arbitrator, any Emergency Arbitrator and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration, save: (i) where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party; or (ii) to the extent that any part of this provision is shown to be prohibited by any applicable law”.

Nótese que la regulación de la responsabilidad de los árbitros en dichos reglamentos también se extiende a los peritos designados por el Tribunal arbitral, lo que parece una medida destinada a potenciar este tipo de prueba pericial.

- b) Una parte puede solicitar la práctica de una prueba pericial y solicitar a los árbitros que sean ellos quienes designen al experto.

Entendemos que en este supuesto la acción de responsabilidad contractual sólo podría ser ejercitada por la parte que solicitó la práctica de la prueba pericial por ser la parte que, en definitiva, suscribió el correspondiente contrato de prestación de servicios con el perito y que el régimen de responsabilidad de los árbitros no debe diferir del analizado con anterioridad.

Sin embargo, en este caso se plantea la cuestión de si la parte que no solicitó la designación del perito y que se ha visto perjudicada por su actuación dolosa o negligente podría ejercitar algún tipo de acción de responsabilidad frente a aquél o frente al Tribunal.

Por lo que respecta al posible ejercicio de acciones frente al perito, es obvio que sólo cabría dirigirse contra él por la vía de la responsabilidad extracontractual, para lo que la parte deberá demostrar que perito actuó de forma dolosa o negligente, que su informe causó un daño a la parte y que entre ambas circunstancias existe una relación de causalidad.

Dado que la parte perjudicada por el informe siempre habrá tenido la oportunidad de defenderse frente a sus conclusiones en el procedimiento arbitral y que, además, los árbitros tienen que dar por buenas sus conclusiones a fin de que el informe pueda producir un daño a la parte que dirige la acción frente al perito, entendemos que será muy difícil demostrar la existencia de una relación de causalidad entre los defectos que pueda sufrir el informe y el daño que haya padecido la parte.

De este modo, parece más razonable pensar que la parte perjudicada por el informe intente dirigir su reclamación frente a los árbitros, en cuyo caso resultarán de aplicación las normas de responsabilidad que prevean la ley de arbitraje y los reglamentos a los que las partes y los árbitros se encuentran sometidos.

- c) Los árbitros pueden designar *motu proprio* a un experto y establecer las cuestiones sobre las que éste debe pronunciarse.

A la vista de la nueva regulación introducida en los reglamentos arbitrales a que hemos hecho referencia con anterioridad, es evidente que existe una preocupación en las

instituciones arbitrales por la posible responsabilidad en que puedan incurrir los árbitros a la hora de designar un experto a los efectos de que se pronuncie sobre determinadas cuestiones técnicas que sean objeto de la controversia.

En los casos en que la responsabilidad de los árbitros y de los peritos designados por éstos venga regulada en los propios reglamentos de la institución arbitral a la que se hayan sometido las partes, es evidente que la parte perjudicada por el informe por el laudo deberá demostrar la existencia de actuaciones dolosas o gravemente negligentes a los efectos de iniciar una posible acción de responsabilidad, pues, en caso contrario, el sometimiento al reglamento de la instrucción conlleva la renuncia al ejercicio de las acciones de responsabilidad que se fundamenten en la existencia de negligencia leve.

En los que el reglamento aplicable no regule tal exclusión de responsabilidad, entendemos que el régimen de responsabilidad vendrá determinado por lo siguiente:

- El hecho de que el Tribunal haya designado de oficio a un perito no significa que sea el Tribunal quien mantenga la relación contractual con éste, por lo que las acciones de responsabilidad contractual deberían poder seguir siendo ejercitadas por la parte que considere que el perito actuado de forma dolosa o negligente.
- La decisión del Tribunal de designar un perito *motu proprio* conlleva, quizás, un mayor riesgo de que se pueda considerar la existencia de algún tipo de responsabilidad de los árbitros por “culpa in eligendo”, en cuyo caso se deberá determinar si se cumplen los requisitos establecidos por la ley nacional aplicable a los efectos de poder declarar la responsabilidad de los árbitros.

Recordemos que el artículo 21 de la Ley de Arbitraje española sólo permite declarar la responsabilidad los árbitros si estos han actuado con mala fe, temeridad o de forma dolosa, por lo que si los árbitros actuaron con unas mínimas precauciones a la hora de designar el perito la prosperabilidad de una acción de responsabilidad será muy dudosa.

Finalmente, téngase en cuenta que el perito también puede haber sido designado por la institución arbitral a petición del Tribunal o de las partes, lo que complica aún más las cosas a la hora de determinar quién puede llegar a ser declarado responsable en caso de que el perito actúe de forma dolosa o negligente.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que para estos supuestos el artículo 4.3 del Reglamento de la CCI sobre la propuesta de peritos y terceros establece expresamente que “el perito o tercero, el Centro, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos de la CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna,

de hechos, actos u omisiones relacionados con la propuesta de un perito o tercero, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad esté prohibida por la ley aplicable”, lo que nuevamente viene a demostrar la existencia de un cierto grado de preocupación en las instituciones arbitrales por las posibles reclamaciones de daños y perjuicios que puedan ser ejercitadas por quienes se consideren perjudicados por el resultado del procedimiento arbitral.

También se aclara en el Preámbulo del referido Reglamento que la función de la CCI se limita “a proponer el nombre de uno o varios peritos” y que “la persona que solicite una propuesta puede contactar directamente al o a los peritos propuestos y, según el caso, acordar con este o estos el alcance específico de su misión y sus honorarios”, por lo que es evidente que no existirá relación contractual alguna entre la CCI y el perito designado, pero no se aclara quién mantendrá esa relación contractual si son los árbitros y no las partes quienes solicitan la designación del perito.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (Directores), “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 49.
- CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS: “Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration”, 2007.
- CREMADES, B: Centro de Arbitraje de la Industria. Peritaje en el Arbitraje Internacional. Conferencia impartida por el Dr. Bernardo Cremades Sanz-Pastor en la tercera Conferencia Magistral José Luis Siqueiros en México, Distrito Federal, el 16 de enero de 2014.
- DE BERTI, G.: Experts and expert witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator? *ARBITRATION YEARBOOK 2011*, 53 (Klausegger, Klein, Kreamlehner, Petsche, Pitkowitz, Power, Welsler & Zeiler eds., 2011)
- DE BY, ROBERT A.: ICDR/CIArb/LACBA Conference - International Arbitration in the Pacific Rim: The Use of Reliance Documents & Expert Witnesses – Efficiency & Fairness. “A New Focus For The Expert Witness Debate In International Arbitrations”. 2014.
- DYER, R.: “The role of the expert in Arbitration”. The Chartered Institute of Arbitration. 2002.
- DOWNES AM, Hon. Justice Garry: “The use of expert witnesses in Court and International Arbitration Processes”. Sidney 2006.
- EL KOSHERI A. S.: “The Different Types of Experts with Special Emphasis on Legal Experts (Jura Novit Curia)”. *OGEL 3* (2007).
- HUNTER, J. Martin: “Experts” in international arbitration”. *Kluwer arbitration blog*. 7 febrero 2011
- “Expert Conferencing and New Methods”. *TDM 3* (2007).
- IBA: “IBA Rules on the Taking of Evidence in Interational Arbitration, 2010.
- ICC: “Reglamento de peritaje”, 2012.
- NEWMAN, L. W. y SHEPPARD, B.: “Take the Witness: Cross-Examination in International Arbitration”, 2010.
- JIMÉNEZ-BLANCO, G.: “El arbitraje en 55 lecciones prácticas”. Editorial Aranzadi, 2016.
- JONES D.: “Party Appointed Expert Witnesses in International Arbitration: A Protocol at Last”. *Arbitration International. LCIA*. 2008.

- KIM, K.: “Commentary on Using Legal Experts in International Arbitration”. ICCA international arbitration congress; back to basics?. Kluwer Law International, 2007.
- RUTTINGER, G. y MEADOWS, J.:”Using experts in arbitration”. Dispute Resolution Journal Vol. 62, n.º 1 (feb-abril 2007).
- QUEEN MARY, UNIVERSITY OF LONDON, CENTRE OF COMMERCIAL LAW STUDIES, SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION AND ICC): “Colloquium on Expert Witnesses”, 29th Annual Colloquium of Arbitrators, March 31, 2014.
- RIX, B. “Colloquium on Expert Witnesses”, 29th Annual Colloquium of Arbitrators, March 31, 2014.
- SACHS, K.: “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”. Kluwer, 2011.
- SKADDEN: Hot topic: “Expert Witnesses in arbitration”, 2012.
- TAWIL, G.: “Los Sistemas de Valoración de la Prueba y el Arbitraje Internacional”, en: Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, Ano 3, Vol. 8, jan./mar. 2006, pp. 221-222.
- VON WOBESER, CLAUDIUS “The Arbitral Tribunal-Appointed Expert”. OGEL 3 (2007).

Para citar este artículo:

Jiménez Blanco-Franco Pujol, “Arbitraje y prueba pericial”, *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp. 33-86

Recibido: 21/01/2016

Revisado: 19/4/16

Aceptado: 25/4/16

El sentido jurídico del concepto y bien fundamental “medio ambiente”

The juridical sense of the concept
and fundamental public property Environment

*Ricardo Gorosito Zuluaga**
Universidad Católica del Uruguay

RESUMEN: La determinación del significado del término “medio ambiente” es una tarea fundacional en cualquier discurso doctrinario en el campo del Derecho Ambiental. Su alcance condiciona la ambición y profundidad de las políticas ambientales de las cuales el Derecho Ambiental es el primero y más importante de sus instrumentos. También el significado que se asigne a este concepto se vincula con las esferas de actuación respectiva de los particulares y del Estado en cuanto la constitucionalización universal de la protección ambiental ha supuesto la ubicación de un valor o bien público en la dogmática normativa de máximo nivel.

PALABRAS CLAVE: Medio ambiente; interpretación; antropocentrismo; biocentrismo.

ABSTRACT: The determination of the significance of the “environment” term is a constituent task in any doctrinaire discourse at the field of the Environmental Law. Their scope is a condition to ambition and depth of the environmental policies which the

* Profesor de Derecho Ambiental. Contacto: ricardo.gorosito@gmail.com

Environmental Law is the first and most important of their instruments. The significance that is assigned to this concept also links up with the spheres of respective behavior of the individuals and of the State as much as the universal constitutionalization of the environmental protection has supposed the position of a value or public property in the normative dogmatist of peak level.

KEY WORDS: Environment; interpretation; anthropocentrism; biocentrism.

SUMARIO: 1. La interpretación jurídica como mediación intelectual entre la voluntad de poder y la voluntad de conocer. 2. La cuestión terminológica. Los debates en torno a la designación. 3. La determinación del sentido y los roles técnicos del concepto. Relevancia de la investigación sobre la definición del concepto de medio ambiente. 4. Un significado tensionado entre dos polaridades (amplitud-restricción/antropocentrismo-biocentrismo). 5. Conclusiones. 6. Definición.

1.

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO MEDIACIÓN INTELLECTUAL ENTRE LA VOLUNTAD DE PODER Y LA VOLUNTAD DE CONOCER

Enseña Fayt que el "...Derecho cristaliza la imagen del orden social deseable. En este sentido, las reglas son siempre expresión de una política. El Derecho es política cristalizada, tensiones y tendencias sociales convertidas en reglas jurídicas. Dentro de la estructura de la organización, el Derecho es la ordenación y, en cuanto unidad, unidad de orden. El Poder es la energía, el dinamismo interno de la estructura y, en cuanto unidad, unidad de dirección, en sus fases de decisión, acción y sanción"¹.

Existe por tanto una inevitable mediación entre esa política detrás de las normas y éstas mismas, constituida por la textualidad, por las palabras escogidas por el poder político para juridificar o institucionalizar hechos (cosas, eventos, procesos) de la vida. En último término, la política se expresa en textos, y la interpretación de los mismos, en cuanto apropiación constructiva de un sentido, implica la apropiación de las directrices de la propia política y de la extensión y profundidad del control social, es decir, del constreñimiento de las conductas humanas.

El Derecho Ambiental, como sistema normativo, tiene como piedra angular la palabra medio ambiente o ambiente. El primer desafío teórico, en el campo de los estudios jusambientales, es precisamente, esclarecer tal noción, en el ámbito del derecho positivo.

Todo derecho es lenguaje, o sea discurso como articulación de sentido, de donde la acción interpretativa y la determinación del significado de los vocablos fundamentales tiene un valor científico central. Y después de Heidegger la filosofía occidental asumió que el discurso

¹ C.S. FAYT. *Derecho Político*. T. I. Depalma. Bs. As. 1985, p. 44.

es el fundamento ontológico-existencial del lenguaje y la articulación de la comprensibilidad que abre paso a la interpretación a través de la cual, a su vez, se produce la apropiación del sentido.² Interpretar un texto jurídico, es apropiarse del sentido (del discurso) con el cual el poder disciplina un hecho de la vida social. El acto de interpretación, como apropiación es un acto de conocimiento³, necesario desde que toda norma necesita ser comprendida para ser aplicada, aunque esa inteligencia o comprensión no se confunde con la norma misma.

No hay preceptos susceptibles de aplicarse por sí solos, de un modo automático, sino que necesitan la comprensión de sus términos, para que pueda dictarse la norma individual, concreta que se funda válidamente en ellas. Lo que ocurre es que cuando las leyes son claras la interpretación es tan fácil que brota espontáneamente; en cambio, cuando son oscuras, esa interpretación se hace más difícil y es entonces que se advierte su necesidad⁴.

Un discípulo del gran Heidegger, Gadamer, por su lado, nos iluminó respecto del valor trascendente, socializador, de la interpretación o hermenéutica, precisamente por ser un acto de apropiación del sentido, de comprensión del discurso. En el acto interpretativo de un texto, se produce una mediación entre el mundo vital del autor del texto o de la narración, y el del intérprete, entre un *ayer* y un *hoy, aquí y ahora*. Toda interpretación, por tanto, es histórica y dinámica. Gadamer, dijo al respecto: “El sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente, sino siempre. Por eso la comprensión no es nunca un comportamiento solo reproductivo, sino que es siempre productivo” (de significado, nos atrevemos a aclarar)⁵.

Las palabras en cuanto expresión de conceptos o ideas, determinan las pretensiones de validez de un sentido mentado por el autor, sometida a la dinámica de la interpretación, o sea un sentido mentado por el autor sometido a su reproducción por el intérprete en su propio tiempo histórico.

Indagar el sentido de un concepto fundamental, básico, en el Derecho, como, por ejemplo, el de “ambiente” o “medio ambiente” en el Derecho Ambiental, es, entonces, determinar en un momento histórico el alcance de la juridicidad, el ámbito material y el modo de regulación, el ámbito de validez y vigencia, o sea el conjunto de relaciones, actos u hechos alcanzados, formal y materialmente, por la normatividad en que se expresa una política. De manera que en cuanto ese significado sea apropiado por el intérprete permitirá inteligir la delimitación del campo del Derecho Ambiental como discurso normativo articulador de mandatos del poder legítimo.

² M. HEIDEGGER. *Ser y Tiempo*. Edición electrónica de www.philosophia.cl /Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, p. 163.

³ Que bajo ciertas condiciones metodológicas de validación, es conocimiento científico.

⁴ E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. *Introducción al Derecho*. FCU. Montevideo, 1981, p.112.

⁵ H.G. GADAMER. *Verdad y Método II*, Ed Sígueme, Salamanca, 1992, p.366

Y es también, transitivamente, delimitar el campo de estudio —el objeto - de una disciplina jurídico científica, el Derecho Ambiental como ciencia.

Y si bien, el gran legado de Gadamer, en la Hermenéutica Filosófica General, ha sido su énfasis en el modo en que la interpretación se desarrolla gradual y dinámicamente a través de un juego o interacción entre el intérprete y el texto, negando tanto que haya una interpretación única, fija y objetivamente correcta y que nunca se pueda ir más allá de aquella nuestra propia inicial interpretación⁶, en las Ciencias Jurídicas, la recepción de las visiones sistémicas y cibernéticas en el campo de la Teoría General del Derecho, en cuanto metodológicamente predicen de la idea de sistema, tanto una discontinuidad organizacional significativa (límite) entre sistema y entorno como la persistencia de una identidad fundamental a pesar de los cambios intrasistémicos o de isomorfías genéricas⁷, conllevan a afirmar igualmente la especificidad de la hermenéutica jurídica como proceso sistémico estratégico⁸, o propia de los sistemas jurídicos, frente a la correlativa de otros sistemas (subsistemas) culturales como la filológica o estilística en la Literatura, la sagrada o teológica en Religión o la semiótica del discurso político en la Comunicación Política.

La hermenéutica jurídica, en nuestro sistema tiene una regulación específica que se vincula al método dogmático lógico sistemático y teleológico, claramente recibido en el Título Preliminar del Código Civil ⁹y que fue propugnado incluso por el máximo constitucionalista nacional, para la interpretación de la Carta.¹⁰ La recepción de este paradigma metodológico permite operar la producción de sentido, dentro del sistema normativo jurídico, interpretando las normas sobre la base de reconstruir el sentido objetivo y no el psicológico del autor, armonizando los textos, en relación con todo el ordenamiento y en ese marco determinar la orientación finalística (en esencia, la politicidad y ética) de los preceptos que en nuestro caso, por otra parte, supone la apertura a la evolución propia del jusnaturalismo¹¹

⁶ J. BOTHAMLEY. *Dictionary of Theories*, loc. Hermeneutics. Gale Research Int., London, 1993, p.251.

⁷ Todos los sistemas jurídicos reales, o sea los ordenes jurídicos cerrados en torno a un centro de poder "soberano" excluyente, más allá de sus diferencias "exhiben" pautas, estructuras, procesos e interacciones similares o idénticas

⁸ Las reglas de producción de sentido *ad intra* del sistema jurídico hacen relación con su propia e intransferible identidad, y tienen que ver con conductas fundamentales para alcanzar las metas del sistema del mismo modo que la producción de sus normas: la producción de normas éticas es diferente a la producción de normas jurídicas, lo mismo que la producción de usos en el sistema social, etc. Reglas de interpretación seguras, son, además, medios básicos y garantía para alcanzar los valores de paz, seguridad, libertad y justicia, como productos del sistema de Derecho.

⁹ Sin dudas el sistema jurídico uruguayo puede gloriarse de disponer de una pieza normativa como el Título Preliminar del Código Civil, a través del cual el genio superior de Narvaja concretó una de las más señeras contribuciones que en la historia nacional se han realizado a la efectividad del derecho a la protección en el goce y garantía de la seguridad jurídica, reconocida en el art. 7 de la Constitución.

¹⁰ Cfr. Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. *La Constitución Nacional*. Ed. del Senado de la República. Montevideo, 1988, ps. 129 y ss.

¹¹ Si de la consagración, en la Carta, de la concepción de tipo jusnaturalista de las bases éticas y culturales de toda la estructura del sistema jurídico nacional, se deriva la doble consecuencia metodológica interpretativa del rechazo de los métodos jurídicos formalistas de interpretación como la anterioridad de los derechos fundamentales (Humanos) y la

y de la expansiva generación de derechos. De aquí que este método resume, en lo que tuvieron de positivos, los métodos tradicionales, pues le da su justo lugar tanto a la operación exegética (valor fundamental del texto) como histórica (apertura a la dinámica fáctica y con-

reducción de la Constitución a una función declarativa, se impone concluir que la protección del ambiente y los derechos que de la misma se derivan, bajo la égida del valor VIDA (en general, no solo humana, expresión del art. 47 constitucional), exhiben en ese contexto una prioridad absoluta. Nada más intrínseco a la naturaleza de las cosas, nada más “natural” y previo que el Ecosistema, la Biosfera o el Ambiente (como sistema de interacciones y procesos naturales, fuente energética y materias nutritivas, de cuyo funcionamiento ininterrumpido depende la totalidad de la vida planetaria) donde se comprende el proyecto humano, con el Derecho, primer condición cultural de dignificación de la Humanidad, incluido. Nada tampoco más inherente a la personalidad humana: no hay personalidad humana sin aire limpio y agua limpia, o sea sin ambiente sano (Jugaba – y se enojaba también - Mateo Magariños en sus clases, poniendo a sus alumnos el ejercicio de pensar el reconocimiento del derecho a la vida a los peces negándoles el acceso al agua). Lo que en realidad hizo la Carta en las sucesivas ampliaciones del art. 47, y hará en las que seguramente vendrán, es revelar, poner de manifiesto, lo que siempre ha estado implícito en los textos (todos) de la Sección II de la Constitución, pero más específicamente, en los arts. 7, 26, 40, 41, 44, 45, 72, 332 y otros (como el art. 6º que manda procurar la “defensa común” de los recursos naturales – comprendidos en la genérica expresión de productos y materias primas- de los Estados Latinoamericanos, defensa que conlleva las notas de utilización ecológicamente equilibrada y racional, conservación, sostenibilidad y equidad intra e intergeneracional). El Derecho Ambiental es en esencia, la plenificación, el resumen y culminación sintética, en términos dialécticos, del legado, a la Especie Humana, de la gran corriente racionalista del pensamiento jurídico en cuanto a la valoración que desde su origen, en los pensadores presocráticos (los “primeros físicos”) hicieron de la Naturaleza, su legalidad y su orden como modelo del orden social, a partir de lo cual se potenció el pensamiento abstracto, la razón, como instrumento para descubrir esas regularidades de esencia eterna, que siendo conforme a la naturaleza de las cosas y de la Humanidad, se oponen, y enjuician, al derecho positivo producto del interés humano en el poder, hijo de la arbitrariedad y frecuentemente del error y del límite humano. A partir de estos fundamentos, el Racionalismo Jurídico fue generando los excelsos aportes del estoicismo cosmopolita; de la perenne “Catedral” del Pensamiento Tomista y sus ideas de ratio y lex naturalis, definida la última, como “nada más que la participación de la criatura racional en la ley eterna” o sea en la ley con la que se gobierna (por Dios) el Universo. (Cfr. Saint Thomas Aquinas. *The Summa Theologica*. Volume II. The Great Books of the Western World. Encyclopaedia Britannica, USA, 1994, p.209); de la secularización naturalista y voluntarista expresada en las escuelas contractualistas; del derecho natural compuesto de reglas que la razón reconoce a priori (“Natural right rests upon pure rational principle a priori”. E. Kant. *The Science of Right*. The Great Books, 39, p. 401), aquellos principios inmutables sobre los cuales debe fundarse toda legislación positiva (libertad, igualdad, propiedad personal); de los posteriores desarrollos del neotomismo y del neokantismo...Hasta la irrupción del Paradigma Ambiental, en la segunda mitad del SXX, la postulación jusnaturalista había validado, por diversas vías y visiones (fuera la del derecho natural de una naturaleza teologizada, fuera la de otra Naturaleza, formalizada y secularizada), la pretensión del hombre racional autoconsciente de situarse frente a la Naturaleza, para penetrar en sus leyes de manera de apropiarse de esa legalidad y dominarla. La oposición sociedad humana-Naturaleza (comprendiendo los animales sensibles pero no racionales) promovía una dialéctica de opuestos, en la que en todo caso la ley natural ofrece el modelo de la naturaleza de las cosas sobre la cual discernir contenidos del Derecho positivo, pero la regulación y apropiación de las cosas, de la misma Naturaleza, se realizó en interés de la dominación del proyecto humano. El Derecho Ambiental asume las regularidades y los procesos naturales o eco sistémicos, incluido el subsistema social, en interés de la protección de los “procesos ecológicos y los sistemas esenciales para la supervivencia y diversidad de las formas de vida” (Carta Mundial de la Naturaleza, ONU, 1982). No en vano la Suprema Corte de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha dicho que las “leyes ecológicas se descubren y acatan y ello coloca al Derecho en una situación de dependencia de la Ecología” (Cfr. Abed, Cafferatta, Gorosito ed al. *Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay*, Ed. IDEA, p. 158). Y Lorenzetti enseña que “...los bienes ambientales ya no son un mero supuesto de hecho pasivo de las norma, ya que dan lugar a sus propias regulaciones y órdenes clasificatorios” (Cfr. R.L. Lorenzetti. *Teoría del Derecho Ambiental*. LA LEY, Bs. As. , 2008, p.56). El Derecho Ambiental es capítulo esencial de un Jus Naturalismo del S XXI, síntesis superadora de la oposición Sociedad Naturaleza, que tiene en el activismo de los bienes naturales, propio del Paradigma Ambiental (Lorenzetti), el vector de cambio y transformación del sistema jurídico para armonizarlo con el Ecosistema, Biosfera o Ambiente. Cumple una función similar, pero de alcance mucho más global y profundo, que el rol del derecho laboral en el salto del siglo XIX al XX, gestionando la armonía del capital y el trabajo en el seno de la empresa, y, por primera vez en la Historia, se cumplirá, en toda su magnitud, la genial afirmación de Santo Tomás de Aquino: la participación de la criatura racional en la legalidad natural. El Derecho Ambiental es ESA PARTICIPACION; el hombre y su producto cultural máximo, el Derecho, se reintegra, es parte, de la LEY NATURAL de la Naturaleza real, de la que nos informan los sentidos y las ciencias.

ceptual), pero los supera en cuanto subsume estas operaciones en la perspectiva dogmática, sistémica y teleológica.

La categoría conceptual "medio ambiente" tiene, en el Derecho Ambiental en Uruguay, su sede capital en el art. 47 de la Carta. Y a partir de asumir esa circunstancia, en ausencia de una definición expresa, o norma de cierre, sobre su sentido, se despliega la faena de interpretar el concepto, tomando precisamente en cuenta que la incorporación del mismo a la norma cabecera, y a su parte dogmática, del ordenamiento, es el primer y fundamental signo ofrecido por el sistema para develar la idea o esencia (el *quid*) del concepto.

Antes de entrar a esta tarea, una breve digresión terminológica se impone.

2.

LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. LOS DEBATES EN TORNO A LA DESIGNACIÓN

Punto debatido ha sido en la Doctrina, el de la denominación apropiada de la materia peculiar del ordenamiento normativo y/o de la disciplina científica, más allá de que el carácter estipulativo de la cuestión le resta mayor trascendencia, desde un ángulo estrictamente científico.

En la edición 2000 de la obra "Derecho Ambiental" de la Editorial McGraw Hill, en el Capítulo Primero de "Introducción al Derecho Ambiental", el primer tópico que se plantea es precisamente el de la denominación de la materia y de la disciplina, bajo la pregunta disyuntiva: "Ambiente o Medio Ambiente?"

Allí se recuerda que el español Martín Mateo "...al inicio de su obra Derecho Ambiental de 1977 (...) se refería a la expresión medio ambiente como "práctica lingüística poco ortodoxa que utiliza acumulativamente expresiones sinónimas o al menos redundantes", no obstante usar este Maestro reiteradamente en ese (y otros libros) la criticada expresión, al igual que todos los autores españoles que cita.

Magariños de Mello, enfocó el tema, en su "Medio Ambiente y Sociedad", sosteniendo:

(...) Muchos autores han discutido la corrección de la expresión: "**medio ambiente**", considerando que ambos términos son equivalentes y que por consiguiente su yuxtaposición es redundante. Es posible que así sea, pero la cuestión nos parece secundaria. La expresión ha adquirido una connotación determinada y que refleja el contenido de queremos darle, por lo que nos parece útil. La palabra "ambiente", según lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa:

1. -"... Cualquier fluido que rodea un cuerpo". 2. -: Aire tranquilo que rodea los cuerpos. Y 3. -: Circunstancias que rodean a las personas a cosas.". Por su parte, "medio", cuyas numerosas acepciones ocupan casi dos columnas en el mismo Diccionario, significa, en cuanto a la que es aplicable a nuestro caso, 32.- : "elemento en que vive o se mueve una persona, animal o cosa". 35.- :fig. Conjunto de personas y circunstancias entre las cuales existe un individuo." 40.- :biol.. Conjunto de circunstancias o condiciones físicas y químicas exteriores a un ser vivo y que influyen en el desarrollo y las actividades fisiológicas del mismo." Como se ve, ninguna de estas definiciones conviene enteramente a nuestro problema, aunque sean apropiadas para definir lo que rodea a los seres vivos, su entorno inmediato, cuando es a eso a que queremos referirnos. Faltos de presión mejor, la combinación de ambas palabras es perfectamente apropiada cuando lo que queremos mencionar es el Ecosistema de que el hombre (o cualquier ser vivo) forma parte indisoluble e integral. El hombre, como todo lo demás que lo conforma, es medio ambiente. Para entender esto hay que empezar por definir exactamente qué es "medio ambiente"... entre tanto, parece llegada la hora de no seguir insistiendo con detalles secundarios y puramente semánticos para encarar los problemas que son muchos y graves.¹²

El panorama de la doctrina uruguaya, muestra una utilización variada de ambas expresiones, aunque, invariablemente sí, se ha usado el término "ambiental" para calificar el Derecho de que se trata, normativa y/o científicamente, y no ha tenido curso en ese ámbito, la pésima expresión "derecho medioambiental". U otras que reflejan errores importantes de concepto como "derecho ecológico" o de los recursos naturales, que suponen reduccionismos gnoseológicos en la propia *re-construcción* científica de la objetividad normativa o disciplinaria.

Diferente cuestionamiento implica la postulación de algunos autores (entre ellos, argentinos, como el destacado comentarista Juan Rodrigo Walsh) que, en base a la erección del Paradigma de la Sostenibilidad o Sustentabilidad, como eje teórico disciplinario, apuntan a una emigración desde la denominación Derecho Ambiental al Derecho de la Sostenibilidad.

El desarrollo normativo muestra una cierta tendencia hacia la recepción, en los últimos años de la expresión "ambiente" en lugar de la originariamente consagrada de "medio ambiente". Así, los primeros instrumentos legales designaron a la materia de regulación del ordenamiento normativo emergente como "medio ambiente": leyes Nos. 14.053 de 30 de Diciembre de 1971 de creación del Instituto para la Preservación del Medio Ambiente que funcionó en la "jurisdicción" del Ministerio de Educación y Cultura; 16.112 de 30 de Mayo de 1990 de creación del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; 16.466 de 19 de Enero de 1994, de Evaluación de Impacto Ambiental etc.

¹² Cfr. Mateo J. MAGARIÑOS DE MELLO. Editado y Ordenado por Ricardo Gorosito Zuluaga. *Medio Ambiente y Sociedad. Fundamentos de política y derecho ambientales. Teoría general y praxis*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2005, página 25.

Desde luego esta denominación, además, cuenta en su favor con la consagración en el texto constitucional, artículo 47, a partir de la Reforma de 1997.

La expresión "ambiente" ha tenido su máximo reconocimiento en el texto de la ley N° 17.283 de 28 de Noviembre de 2000, autodenominada "Ley General de Protección del Ambiente".

Aunque preferimos la actualización que implica la utilización del término "ambiental", suscribimos los conceptos de Magariños y, sobre esa base, saldremos, en el capítulo siguiente, de lo terminológico a la investigación descriptiva y conceptual, primero sobre el medio ambiente como bien especialmente tutelado, para concluir con las consecuencias interpretativas que de su naturaleza se derivan.

3.

LA DETERMINACIÓN DEL SENTIDO Y LOS ROLES TÉCNICOS DEL CONCEPTO. RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE

El análisis del concepto de ambiente o medio ambiente, para determinar su significado, es decir el *quid* de la categoría básica, en torno a la cual se estructura el marco normativo o las reglas de Derecho Ambiental, como contenido de las cuales el concepto de ambiente se revela en plenitud, supera el sentido de la(s) palabra(s) en sí misma(s) considerada(s), ya que ella(s) despliegan toda su significación y designación (seres, cosas y procesos que designa, aspectos lógicos de comprensión y extensión del concepto) en la contextualidad e intertextualidad del discurso que la(s) contiene.

Definir es explicitar lo que en el concepto está implícito, y en el campo jurídico esa explicitación, la determinación de la comprensión de un concepto, trasciende al vocablo en sí y requiere su inserción en el contexto del orden jurídico, regido normativamente por los principios estructurales y funcionales que aseguran su coherencia lógica (régimen de fuentes formales, derogación, jerarquía).

El concepto jurídico de ambiente o medio ambiente, en cuanto supone la juridificación de hechos, entes y procesos de la realidad (empírica) trasciende el significado o sentido, tanto entendido como sentido natural y obvio como en sentido técnico, de ese

o esos vocablos y es una construcción a la que se llega contextualizando dichas palabras al ordenamiento en su conjunto, a los significados con los cuales las disposiciones o normas, al usar, tales palabras las van enriqueciendo. A la Ciencia del Derecho, en todas sus disciplinas y manifestaciones le interesa, le es vital, determinar el significado de las palabras, dentro del sistema normativo, para comprender la regla de derecho, el mandato que vincula las conductas humanas. O sea, que en derecho, por más importante que sean las determinaciones gramaticales, sobre todo en la inevitable operación exegética que todo texto demanda, la incidencia del contexto (Art. 20 del Código Civil, garantía de coherencia lógica global y base del método lógico sistemático), supondrá, con frecuencia, alteraciones al sentido natural y obvio en función de la necesidad de armonización del sentido de la palabra a la globalidad del discurso que la contiene. En el plano científico esas “alteraciones” del sentido natural y obvio son precisamente lo más rico para desentrañar la singularidad de la regla de derecho. Obviamente que siempre el término “ambiente o medio ambiente”, venido del uso general al mundo del derecho, será una parte de la ley que se interpreta, y por principios científicos y mandatos legales en su caso (Tít. Preliminar del Código Civil), deberá ser sometida a la regla de la armonización contextual, y será allí donde se manifestará el significado jurídico del concepto normativo.

El análisis jurídico trasciende las palabras y las disposiciones hacia los contextos y el sistema jurídico. La reconstrucción interpretativa de la regla de derecho, la determinación del sentido de lo que está ordenado o de una institución o de un concepto básico, supondrá normalmente poner en relación conjuntos de disposiciones, que conforman el discurso que otorga sentido normativo a ese mandato, institución o concepto.

En esencia la investigación conceptual, en el campo del Derecho, tiende a determinar la función del concepto en el ordenamiento o sistema de referencia, sea el Derecho en su conjunto u ordenamientos específicos (“ramas” en a terminología tradicional).

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en su “Manual de Entrenamiento en Derecho Ambiental”, bajo el título de “Definiciones de Medio Ambiente”, enfocando precisamente la relevancia de la cuestión definicional, dice:

La definición del término ambiente establece las bases filosóficas de cualquier legislación redactada e implementada dirigida a la protección del ambiente. La manera en que el término ambiente es definido indica el valor otorgado en los varios aspectos del ambiente y en la percepción que los legisladores y políticos tienen del ambiente, particularmente del lugar del hombre en él. Cada definición refleja también el foco de la legislación ambiental y el compromiso del Estado en proteger el ambiente. Es por tanto esencial comenzar con la definición del ambiente.

Por su parte, José Esain, con particular referencia al derecho argentino, pero perfectamente extrapolable, expresa que: "La delimitación del concepto de medioambiente es fundamental pues a partir de él se sabrá cuáles son los bienes que lo integrarán, bienes colectivos acreedores de la protección constitucional en nuestro país dispensada por el artículo 41 CN y del resto de la legislación ambiental existente."

El concepto de ambiente o medio ambiente, en el Ordenamiento o Sistema Jurídico Ambiental (campo del Derecho Ambiental como Derecho) tiene una doble función, a saber:

- A) **define aquello que es protegido por el derecho ambiental**; supone o implica por tanto un fenómeno de juridificación o apropiación por el Derecho, como sistema normativo, de una cosa o ente o hecho o proceso de la realidad normada¹³. Es también un objeto que al ser constitucionalizado es valorizado, constituido en valor o bien, cuyo goce es declarado como derecho, por la Carta, en parte dogmática, y que exhibe prioridad existencial normativo institucional a la Asociación Política ROU y al Estado que ella instituye. En este sentido, la expresión, en su significado, se constituye en la primera determinación o delimitación competencial de los órganos del sistema institucional ambiental y de los deberes del Estado.
- B) **define y delimita el ámbito material y simbólico de las políticas de protección ambiental y desarrollo sostenible**. Es un concepto que pertenece a la praxis política administrativa, a la Politología¹⁴ y a la Ciencia de la Administración.

En el campo del Derecho Ambiental como ciencia **define y delimita el campo de estudio del derecho ambiental como disciplina jurídica y, sobrepasando las fronteras de lo jurídico, cumple esa misma función en el ámbito más amplio de las ciencias ambientales**. Es, por tanto, un concepto científico propio del campo de la doctrina como fuente material del Derecho.

La construcción conceptual en cada una de estas perspectivas o dimensiones tiene su propia metodología, por lo cual, las significaciones atribuidas a los mismos términos puede no ser coincidente e incluso pueden verificarse contradicciones o líneas de tensión entre los

¹³ Las expresiones usadas; cosa, ente o hecho. son las más básicas y generales que encontramos para designar el campo de lo fáctico, y que no agregan determinación calificativa alguna, que en el comienzo de la reflexión en este nivel conceptual es lo que precisamos.

¹⁴ En tanto ciencia social que estudia la política en una doble dimensión como lucha por el poder - politics- y como energía desplegada desde la estructura de autoridad para adjudicar bienes públicos o alcanzar metas relevantes - policy.

conceptos de ambiente en el campo jurídico, en el campo político administrativo y en el doctrinario.

En la perspectiva jurídico normativa, corresponde realizar una tarea de hermenéutica o interpretación jurídica, a partir de constatar la recepción de los vocablos en el derecho escrito nacional.

Las normas de interpretación, sea por la vía de su aplicación directa, si se está frente a la interpretación de leyes (segundo escalón jerárquico, actos legislativos, en la pirámide “kelseniana” de normas del ordenamiento jurídico) o de su aplicación en función de su propio valor científico en el caso de la interpretación de la Constitución), conducen la operación de construcción teórica del concepto jurídico¹⁵.

Dos son normas interpretativas radicales de aplicación a todo el ordenamiento normativo nacional, ubicadas en el Título Preliminar del CC.:

Art 18 del CC: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas, su significado legal.”

Art.19 del CC: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomaran en el sentido que les den los que profesan esa misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

A partir de las operaciones determinadas por estas directivas hermenéuticas, que conforman la base literal de interpretación, esto es, que regulan la primaria y elemental operación, gramatical y lógica de comprensión del significado literal de las palabras, la construcción científica jurídica de los conceptos, impone recurrir a otros (múltiples) criterios de interpretación, que comenzando por la interpretación contextual (Art. 20 CC)¹⁶, incluye otros desarrollados por el saber jurídico, académico y jurisprudencial, tradicional y reciente, como los antecedentes históricos y legislativos; el método teleológico sistemático; la realidad social al tiempo en que se han de aplicar las normas constitucionales; el contexto normativo de la disposición que ha de ser interpretada; la interpretación sistemática de la Constitución

¹⁵ Como postula una generalmente aceptada doctrina constitucionalista, si se trata de interpretar textos constitucionales, las normas hermenéuticas de rango legal no son de aplicación imperativa, pero ello no obsta a que se las pueda aplicar en razón de su autoridad y valor científicos, en cuanto consagran principios lógicos y de razonabilidad de indiscutible aceptación

¹⁶ Mencionamos este artículo porque él presenta una expresión categórica del principio de interpretación contextual como directiva interpretativa vinculante positiva, pero en el caso de Constitución, por ejemplo, ajena por su jerarquía al ámbito de vinculación del art. 20 CC, se acepta por valor científico, la aplicación de la interpretación contextual, que se encuentra ínsita en el método lógico sistemático, y que impone servirse de la ilustración derivada de la “ Constitución en su totalidad, el resto del ordenamiento jurídico, el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos,” siempre tomando en cuenta las implicancias normativas de los arts. 72 y 332 de la Carta.

y el principio de ponderación; la interpretación conforme a la Constitución; el principio de unidad constitucional que exige una interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, por cuya vía son de aplicación los principios derivados del Paradigma Ambiental y del desarrollo sostenible (Art. 47, principio in dubio pro ambiente o pro natura¹⁷ o principio protector; principio de prevención; principio precautorio; principio de salvaguarda de la capacidad de las generaciones futuras; principio de la *restitutio in pristinum* o de prioridad de la tutela preventiva y restitutoria sobre la resarcitoria); el principio pro homine o de aplicación de la norma más favorable a los derechos de la persona; la presunción de constitucionalidad.

El objeto de protección medio ambiente/ ambiente, no ha sido definido expresamente por el Constituyente. Carece, asimismo, de un significado expreso general legal. A su respecto, deben aplicarse los criterios de interpretación expuestos, dentro de la metodología lógico sistemática (dogmática) y teleológica para determinar su sentido.

A ello dedicamos el punto siguiente.

¹⁷ Este principio, cuya raíz constitucional se encuentra en la declaración de interés general a la protección ambiental, es paralelo al principio in dubio pro operario, en el campo del Derecho Laboral, desde que tanto el ambiente como el trabajador, exhiben una vulnerabilidad que tiene como respuesta jurídica una protección elevada. Es también la base filosófica del principio precautorio, recogido en el art. 6 de la ley 17.283: "*cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas*". Jueces deben aplicar principio "in dubio pro" ambiente Cuando exista duda en la resolución de procesos relacionados con la vulneración del derecho colectivo al goce del entorno natural, el juez debe aplicar el principio in dubio pro ambiente, que, como su nombre lo indica, implica resolver toda duda a favor del medio ambiente. Un ejemplo claro de aplicación de este Principio, por cierto que no en el Uruguay, lo exhibe la Sentencia C399 del 2002 del Consejo de Estado de la República de Colombia, donde se afirma "el principio de protección prioritaria de la biodiversidad del país junto con un aprovechamiento en forma sostenible, de acuerdo con los principios universales y de desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, ratificada por Colombia". Con base en estos argumentos, la Sección Primera del Consejo de Estado ordenó la suspensión provisional de las actividades de aprovechamiento forestal que adelantaba el Consejo Comunitario General de la Costa Pacífica del Norte del Chocó "Los Delfines" y REM Internacional CISA, en Mecana (Bahía Solano – Chocó). Según la Sección, son numerosas las disposiciones que obligan al operador a tener en cuenta la precaución como parámetro para determinar la procedencia de medidas cautelares en esta materia. Tal es el caso del artículo 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y del numeral 3º del artículo 3º de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, suscrita en Nueva York en 1992 y aprobada por la Ley 164 de 1994. "A juicio de la Sala, el aprovechamiento forestal dispuesto por la Resolución No. 2293 de 2006, constituye una amenaza para el medio ambiente, pues según lo señalado por el informe técnico contenido en la Resolución 0096 de 2011 por la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ejerce temporalmente el conocimiento de los asuntos asignados a Codechocó, no se está dando cabal cumplimiento a las obligaciones contenidas en el plan de manejo forestal al momento de otorgar el permiso de aprovechamiento", señala la providencia. El expediente fue devuelto al Tribunal Administrativo del Chocó, para que resuelva de fondo la acción popular que interpusieron las comunidades que habitan en las zonas donde se realizan dichas actividades económicas. (Consejo de Estado, Sección Primera, Auto 2700123310002011). Numerosa es la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Costa Rica, en la aplicación de este principio desarrollado de manera explícita: "Por los motivos anteriores, resulta completamente contraria a los principios que informan el derecho ambiental, en particular, al in dubio **pro natura** y al principio precautorio, así como al interés público ambiental, la interpretación del gestionante de que está excluida la obligación del estudio de impacto ambiental previo al otorgamiento de la concesión de explotación minera. Asimismo, debe realizarse la audiencia pública correspondiente en los términos señalados en la sentencia que aquí se cuestiona. Consecuente con lo anterior, procede declarar no ha lugar la gestión de adición y aclaración formulada. **Sentencia: 14421-06.- 18051-06.-** En igual sentido, **Sentencia 17155-09; Sentencia 18855-10** del mismo Tribunal.

4.

UN SIGNIFICADO TENSIONADO ENTRE DOS POLARIDADES: AMPLITUD-RESTRICCIÓN/ANTROPOCENTRISMO- BIOCENETRISMO

A) AMBIENTE COMO PALABRA TÉCNICA

Careciendo entonces de un significado legal expreso, la denominación ambiente, debe considerarse una palabra técnica, un tecnicismo.

En la medida que entra en la clase de las palabras técnicas, la directriz científica, recogida en el ya mencionado art. 19 del Código Civil (CC), impone recurrir al sentido que le den quienes “profesan” la ciencia del Derecho Ambiental.

Ahora bien; la letra de la directiva hermenéutica del art. 19, parece sugerir, de manera harto optimista por cierto, la fácil constatación de un sentido claro y unívoco de palabras y conceptos, con sólo realizar la compulsión a la doctrina, que en esencia, es la fuente jurídica mentada en el art. 19 del. No obstante, la realidad que emerge de la consulta a la comunidad científica (“los que profesan”), o sea a la fuente de producción de la “doctrina”, lo que constata es un campo plural, perspectivista, de multiplicidad de criterios y opiniones, e incluso, de competencia y discrepancia de Paradigmas, metodologías, etc., y, por tanto, es inevitable la crítica y la toma de posición entre las muchas conceptualizaciones teóricas del objeto o materia ambiente. En otras palabras la apelación al tecnicismo, al sentido “técnico o científico”, no clausura la investigación, solamente restringe el campo o las fuentes informativas a tomar en cuenta, que quedan acotadas al bagaje doctrinario de la comunidad de profesores del Derecho Ambiental. Y, dado que allí no hay unanimidad, corresponde realizar una segunda investigación para optar entre las muchas conceptualizaciones doctrinarias y construir el sentido más adecuado desde el punto de vista científico, examinado siempre el contexto de la utilización de la palabra en el ordenamiento, pues el mismo art. 19 CC ordena confrontar el sentido científico o técnico con la textualidad jurídica concreta para comprobar que de la misma (o sea de los textos, contextos e intertextualidad de las normas del Derecho Objetivo) no surge claramente un sentido que contradice el más aceptable científicamente de los sentidos conferidos por la doctrina.

Ubicados en esta necesaria investigación, corresponde partir de aceptar que las palabras medio ambiente o ambiente (incluso en la entrada correspondiente a “Ambiente”, en el Diccionario de la RAE, hay una remisión a las palabras “medio ambiente” con referencia a

la especialidad Biología), en cuanto expresión de un pensamiento y de una idea, como surge del diccionario de la RAE en su 22ª. Edición (que es la utilizada en el Diccionario obran en la página WEB de la RAE), exhiben una naturaleza técnica que se vincula, en esa fuente, a las ciencias biológicas básicamente, y no se despega de la noción de entorno, de fluido que rodea cuerpos, aire o atmósfera, etc.

En recordada palabras, Magariños de Mello¹⁸, puso un énfasis muy especial, en sostener que las acepciones o significados instituidos por la Real Academia Española, en cuanto insisten en vincular el referente empírico con la noción de entorno, no sirven a los fines de tipificar un sentido conveniente, en el campo del Derecho Ambiental. Si esas acepciones o sentidos se aceptan, entonces se entra en discrepancia con las corrientes doctrinarias que postulan como incluyendo en el sentido de la palabra, a lo que es rodeado (los cuerpos, los seres vivos, el hombre). Siendo esto así, la incidencia del mandato del Art 19 CC, que nos manda preferir los sentidos de los profesores de Derecho Ambiental, sobre cualquier otro sentido (salvo el que surge claramente de la ley, última frase de dicho artículo 19), descalifica per se, a los sentidos, que enfatizan en el "entorno" de la Real Academia Española. Esta(s) noción(es), en cuanto expresa(n) la perspectiva dicotómica de lo humano y viviente (lo que es rodeado) y de lo ambiental, es precisamente la esencial negación de una asunción o axioma básico del Paradigma Ambiental: la de que el hombre (y sus obras, otros vivos) no está en el ambiente, sino que **es** ambiente.

Dice el Diccionario de la Real Academia Española en la palabra ambiente (Del lat., *ambiens, entis* "que rodea o cerca") 1. adj. dicho de un fluido: que rodea un cuerpo. 2. m Aire o atmósfera. m. Condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., de un lugar, de una reunión, de una colectividad o de una época". Más adelante, el Diccionario aconseja ver la expresión "medio ambiente". Y allí se dice: "1.m. Medio (conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona). 2. m. Biol. medio (conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo).

B) LAS DICOTOMÍAS O TENSIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE AMBIENTE: AMPLITUD VS. RESTRICCIÓN/ ANTROPOCENTRISMO VS. BIOCENTRISMO

Dada esas limitaciones del significado RAE¹⁹, la investigación debe incorporar los otros múltiples criterios desarrollados en la tradición jus filosófica y metodológica de

¹⁸ Ver nota 12.

¹⁹ Que en todo caso exponen el sentido natural y obvio de la palabra ambiente o de las palabras medio ambiente, o que remiten, como vemos a un concepto de la Biología de discutible validez general en esa misma disciplina, omitiendo

Occidente, antes referidos para determinar el sentido que le otorgan los que profesan el Derecho Ambiental, construido con aplicación de las metodologías y criterios interpretativos de esta ciencia a las diferentes fuentes formales y materiales del Derecho que contribuyen a asignar sentido a las palabras al usarlas en sus respectivos discursos, razonamientos o reflexiones.

Es prácticamente ya tópico en la doctrina jusambiental, remitir el análisis del concepto fundamental del Derecho Ambiental, a la tipología de posiciones o postulaciones que distingue entre visiones **restringidas** o **amplias**, según recluyan el concepto de ambiente a elementos o bienes o recursos naturales (ambiente natural) o lo expandan a la inclusión de elementos civilizatorios y culturales, inclusive inmateriales, simbólicos, perceptuales, estéticos (ambiente artificial, inclusión en el ecosistema global del Proyecto Humano en toda su complejidad incluyente de su patrimonio espiritual).

O sea, es constatable una primera gran división de corrientes doctrinarias, que para simplificar podríamos llamar: una más “fiscalista”, otra más “culturalista”.

El ya citado autor argentino José Esain²⁰, parte de afirmar que:

A manera de introducción se podría decir que existen en realidad dos tipos de conceptos de medio ambiente: uno restringido y otro amplio. La diferencia entre ellos radica en que los que adoptan el primer criterio se circunscriben en su definición a elementos estrictamente físicos, dejando de lado los aspectos culturales y sociales, mientras que los segundos incluyen estos últimos.” E inmediatamente formula esta advertencia: “...Pero como toda clasificación, ella no deja de ser arbitraria, ya que existen variaciones sobre el nivel de restricción/amplitud en ambos lados.

Antes, y en la doctrina española, Jesús Jordano Fraga²¹, realizó una tipología semejante al analizar la doctrina de su país, sosteniendo que:

La principal reflexión que ha suscitado el concepto jurídico del medioambiente ha sido la de si debe entenderse en un sentido estricto o si por el contrario ha de concebirse en un sentido amplio. Fundamentalmente, la primera de estas dos posturas aboga por la reducción de lo medioambiental al campo meramente físico, en tanto que la segunda defiende la inclusión del elemento cultural como parte integrante del concepto.

referencias a la ciencia jus ambiental, pero que debe descartarse por estar en presencia de palabras o conceptos técnicos del Derecho Ambiental como ciencia.

²⁰ En “El concepto de medio ambiente”, publicado en *Ambiente sustentable, Obra Colectiva del Bicentenario*, Tomo I, Amancay HERRERA (Coordinadora), Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires, 2010.

²¹ *La protección del derecho medio un medioambiente adecuado*, J M Bosch Editor Sociedad Anónima, Barcelona, España, 1995.

Realiza luego una advertencia similar a la antes transcripta, formulada por Esain.

Una perspectiva general de la doctrina, en esta materia, permite constatar dos polaridades, oposiciones o tensiones, en torno al concepto de ambiente o medio ambiente. Una es la que se ha referido, la oposición entre versiones restringidas o amplias. La otra es la oposición entre antropocentrismo, por un lado, y eco o bio centrismo, por otro²². La primera, como se ve, surge en torno a la composición del campo objetivo o material de la regulación propia del Derecho Ambiental. La otra oposición, la segunda, deriva de los Paradigmas en juego o en lucha y de la valoración de la relación del Proyecto Humano con la naturaleza en el contexto de la protección jurídica del ambiente y más específicamente, con los estilos de desarrollo. Todo Derecho es hecho social y por tanto hecho humano, antropológico. En este sentido el Derecho -todo el Derecho -es antropocéntrico por naturaleza, pues sólo puede tener como materia la coacción de conductas humanas. Ahora, el tema de la competencia entre Paradigmas se ubica en el plano de los fines del Derecho. Surge de indagar en la respuesta a la disyuntiva de si el fin o "telos", del Derecho Ambiental, es instrumentalizar la naturaleza al Proyecto Humano o procurar la armonización de estos dos términos, lo Humano y lo Natural, por la vía de la aplicación de la inteligencia del hombre, como factor de conocimiento científico del funcionamiento del ecosistema, incluida la cultura humana y por tanto como factor de empatía, de ajuste o adaptación a los procesos ecológicos y los sistemas esenciales para la supervivencia y diversidad de las formas de vida, para la preservación de los recursos y bienes ambientales en beneficio de las actuales y futuras generaciones.

C) LAS CONCEPCIONES RESTRICTIVAS

Como ejemplo notorio de las concepciones más estrictas y restringidas, respecto del concepto de ambiente o medio ambiente (más "fiscalistas"), se suele citar la postura original del autor español Ramón Martín Mateo²³, quien en su Tratado de Derecho Ambiental, en palabras del citado Jordano Fraga,

²² Respecto de la dicotomía antropocentrismo-biocentrismo sostuvo el autor chileno Alejandro Rojas que: "Los principales debates de la filosofía occidental han ocurrido en torno a un eje que ubicaba en un extremo del espectro la libertad individual y en el otro la responsabilidad social. La presencia de una crisis ecológica ha irrumpido en el debate filosófico con una extensión de naturaleza diferente, ya que ha obligado examinar lo que se daba por supuesto, esto es, la centralidad del ser humano en el orden cósmico. Esto es se ubica en un extremo del espectro la posición antropocéntrica o humanista, y en la otra, la posición biocéntrica o ecocéntrica que reconoce a la naturaleza un valor intrínseco, y busca trascender las concepciones que reducen la biosfera a su dimensión de utilidad para el hombre. Algunos teóricos argumentan también en favor de un "humanismo ecológico" que buscaría la integración tensionada de esos extremos." (Vide: Alejandro ROJAS. "¿Desarrollo sustentable o desarrollo de la sustentabilidad ecológica y social?" en *Medio Ambiente y Desarrollo*, Ricardo Katz y Gabriel Del Fávoro. Alfabetá impresores. Santiago de Chile, 1993.)

²³ Para otros autores que integran esta corriente, ver Jordano Fraga, trabajo citado, página 56 y siguientes, fuente en la que igualmente puede consultarse un relevamiento de autores que adhieren a la corriente expansiva o amplia, así como el panorama de aportes doctrinarios provenientes del derecho norteamericano, francés e italiano.

(...) descarta que el ambiente sea el territorio global objeto de ordenación y gestión y rechaza la identificación medioambiente - naturaleza, sin desconocer la relación de ambos elementos con el medio, reconduciendo la definición al conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica. Para Martín Mateo, el ámbito conceptual del ambiente “incluye aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas; en definitiva, el agua, el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra, descartando, como elemento integrante del ámbito conceptual del medioambiente, el suelo, pues aunque para este autor “puede pensarse que entre tales elementos cabría incluir el suelo, la gestión del suelo, o bien se reconduzca la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, o bien, a la postre se conecta con los ciclos del agua y del aire, bien en cuanto a las sustancias depositadas en el suelo y que en aquellos se transportan, bien en cuanto eventuales alteraciones estos ciclos al perturbarse las condiciones meteorológicas por obra, por ejemplo de la deforestación”²⁴.

Con razón, Jordano Fraga formula una crítica a la postura de Martín Mateo, sosteniendo que, más allá de su solidez argumentativa exhibe restricciones que no pueden validarse en el plano científico. Estas carencias científicas de la postura restrictiva, en la versión del Maestro español, estarían dadas a juicio de Jordano, tanto en la exclusión, que deviene arbitraria, de ciertos elementos en el concepto de ambiente, como en la acentuación en la titularidad o régimen jurídico de los elementos integrantes del concepto de la medioambiente “*como categoría unificadora o cohesionadora*” del concepto. La visión restrictiva supone arbitrariedad en la exclusión de ciertos bienes puesto que si bien “*resulta obvia la interrelación de los ciclos de los elementos integrantes del medioambiente*” tal interrelación

(...) no hace desaparecer los distintos elementos, sólo pone en conexión realidades distintas. Si la interrelación hace desaparecer como elemento integrante del ámbito conceptual del medioambiente, al suelo, ¿por qué no habría de ocurrir lo mismo con el aire con el agua, dada la misma interrelación entre sus ciclos? El primero de los argumentos que ha utilizado Martín Mateo tampoco parece que pueda justificar tal exclusión, puesto que la afirmación de que la gestión del suelo se reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, puede ser hecha también respecto de la gestión de otros recursos. Así, la gestión de los recursos hidráulicos tiene una trascendencia igualmente más amplia que la gestión ambiental, como el problema de la asignación de los recursos hidráulicos, el abastecimiento de agua las poblaciones etc. y es que el derecho ambiental y gestión de recursos naturales son cosas distintas o no siempre relacionadas... La utilización racional del suelo como recurso natural sí está indudablemente relacionada con el medio ambiente como demuestra la pro-

²⁴ Jordano FRAGA, op. cit, página 57.

para realidad: ¿O es que acaso la edificación abusiva por la deficiente asignación de usos al suelo no constituyen problemas ambientales?²⁵

En lo que respecta a la crítica de la invocación que Martín Mateo hace respecto de la titularidad común, también acertadamente, Jordano Fraga apunta que, aunque es indudable “ que parece existir desde el punto de vista jurídico algo que hace pensar en bienes situados por encima del ámbito de la esfera de actuación del sujeto, lo que sobre todo se proyecta respecto del régimen y titularidad de elementos “fundamentales o nucleares” del concepto de medio ambiente, ello “no es predicable a todos”. De aquí que de manera contundente afirme Jordano Fraga que: “...hay que prescindir del dato de la titularidad, o de la pertenencia, de los recursos naturales, que en unos casos se hallará referida a los particulares, como puede suceder con el suelo y en otros se tratará de bienes del dominio público como ocurre con el agua o con las costas”.²⁶ Estimamos que este es un aserto axiomático del Derecho Ambiental y de la regulación de la protección ambiental.²⁷

²⁵ Jordano Fraga, op. cit, página 57.

²⁶ Jordano Fraga, p. 58.

²⁷ Verdaderamente esa “prescindencia” del dato de la titularidad, propugnada por Jordano Fraga, en su crítica a Martín Mateo, es uno de los pilares fundacionales del edificio del Derecho Ambiental y de la revolución jurídica que el mismo implica y representa. Ricardo Lorenzetti (en *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, página 44 y siguientes) ha enfatizado respecto del efecto de valores como el de la fraternidad y el de la solidaridad, que han ido flexibilizando el extremo individualismo del dominio, en el ámbito del Derecho Occidental y al fijar los fundamentos de la protección ambiental en el ámbito de los bienes colectivos situados en la esfera social, han generado una función ambiental de la propiedad, y de todos los derechos nos permitimos agregar. Esta nueva “cosmovisión”, este nuevo Paradigma, supone actuar los derechos en el marco de la sociedad y del Planeta, cualquiera sea el vínculo con los bienes implicados, pesando por igual, en todas esas relaciones, el deber del uso racional y sostenible. De aquí que más que la titularidad dominical, en el derecho ambiental, interesa el uso, la gestión, la administración en orden al equilibrio ecosistémico. Con estas derivaciones del Paradigma Ambiental, constitucionalizado en el Derecho Uruguayo a nivel del art. 47 de la Carta, es coherente la reflexión de Jordano Fraga, en la nota 87, página 58 del trabajo que se cita en el texto, cuando esta autor expresa: “El concepto de “elementos naturales del titularidad común” puede ser aceptado en un sentido más amplio que el que sugiere Martín Mateo. Éste podría ser el propugnado por Postiglione, para quien “la idea romana de **res communes omnium** conquista un relieve no de tipo patrimonial, pero que individualiza una relación jurídica del todo nueva: los recursos naturales, prescindiendo de su pertenencia son protegidos en su mismo ser, en su existencia como tales en su identidad, en su calidad, porque pueden servir a la vida de la comunidad (la calidad del agua; del aire; del mar, etc.)” (Postiglione, Amedeo: “Ambiente: suo significato giuridico unitario” RTDP, 1985, fasc I, P. 50). En un sentido similar al de Postiglione, tratando del concepto de patrimonio, en el campo del Derecho Ambiental, Brañes sostuvo: “El caso es que el giro que ha asumido dicha expresión en el derecho ambiental se inscribe dentro de las muchas transformaciones del derecho que estamos presenciando hacia los fines de este milenio e implica como bien dice un jurista italiano (Brañes se refiere a Paolo Maddalena, en “Ricostruzione storica sistemática per il concetto di patrimonio dell’umanità”, en *Ambiente e cultura. Patrimonio comune dell’umanità*, cit. supra, así como su trabajo “Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales”, publicado en la *Revista de derecho industrial* (Buenos Aires, núm. 41, 1992, pp. 345-372) tres ideas básicas 1) el medio ambiente (no los ecosistemas, como dice la fracción I del artículo 15 de la LGEEPA) es, desde el punto de vista jurídico, un bien, aunque compuesto por una universalidad de cosas (universitas juris). En consecuencia, es susceptible de pertenencia y de protección jurídica; 2) este bien, independientemente de la propiedad singular que pueda constituirse sobre algunas de las cosas que lo componen, es un bien colectivo (no res nullius, sino res communes omnium), que pertenece a todos, de donde deriva el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado y el reconocimiento del derecho de cualquiera para reclamar su tutela judicial, pues quien actúa como miembro del populus lo hace en el interés propio y en el interés de todos los demás (como lo enseñaban los juristas romanos), y 3) se trata de un bien que está fuera del comercio humano y que debe conservarse, en beneficio de las generaciones presentes y futuras.” Resulta evidente que el Derecho Ambiental, a partir

Esáin recuerda que “con los años Ramón Martín Mateo morigeró su postura”, asumiendo una visión más amplia y comprensiva del concepto de ambiente como materia de la protección ambiental, sobre todo “luego de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España relativa a la constitucionalidad de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre”.

En la doctrina brasileña, y seguramente como derivación de la definición de medio ambiente emergente de la ley número 6938 de 31 de Agosto de 1981, que establece la Política Ambiental Nacional de Brasil, se registran claras adhesiones a las concepciones restrictivas. Así por ejemplo María Luiza Machado Granziera²⁸ bajo el título “Objeto del Derecho Ambiental”, dice que el bien

(...) tutelado por el Derecho Ambiental es ese estado de equilibrio entre los medios físico y biótico, responsable por abrigar y regir todas las formas de vida. El equilibrio o el atributo de calidad del medio ambiente posee un valor —objeto de tutela legal— que se caracteriza por los resultados que produce: la garantía de la salud, el mantenimiento de los ecosistemas, el bienestar social, la seguridad, la preservación de las condiciones de equilibrio actuales, la posibilidad de que las generaciones futuras usufructúen de esos elementos²⁹.

Luego, esta autora, formula una distinción interesante, y que puede aceptarse aún cuando se profesen visiones expansivas, entre: a) el medio ambiente “considerado macro bien -en la medida que consiste en un todo a ser protegido de forma holística y que puede traducirse en patrimonio ambiental- posee un fuerte contenido de abstracción, al contrario de los elementos que lo componen” y b) precisamente los elementos que componen el macro bien, a los que denomina micro bienes,

del singular cambio paradigmático que lo sustenta, significativo de una verdadera revolución epistemológica, supone un replanteamiento de la elaboración formulada en el derecho tradicional, respecto de conceptos jurídicos básicos. Así pasa por ejemplo con la idea de patrimonio, como recién se ha expuesto. Pero igualmente el concepto de bien asume una significación propia, pues la nota tipificante de la idoneidad para ser objeto de propiedad, pierden todo sentido para la recepción de esta categoría en el campo de las normas y los estudios jusambientales. Lo mismo ocurre con la nota de tener una medida de valor para constituir un bien. En todo caso se debe plantear el valor que se toma en cuenta en el campo ambiental, que no debe ser otro que el de la funcionalidad ecosistémica. De aquí que deba sostenerse que son bienes, en calidad de cosas valiosas para el equilibrio eco sistémico y la defensa de la vida en el planeta, o sea, para el Derecho Ambiental, aquellas que, por su carácter vulnerable siendo deterioradas o contaminadas comprometen o ponen en riesgo tanto el funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y de materias nutritivas como la calidad de vida de las presentes y futuras generaciones. Por todo ello, en el centro del interés jusambiental está el uso y la gestión, de aquí que pueda la Nación, organizada en el Estado, independientemente de la titularidad dominial de microbienes (elementos de la flora, la fauna, el suelo...) concretos, determinar, limitar, prohibir usos y de aquí surge el fundamento de la extensión de la legitimación amplísima para actuar en el campo de los intereses y derechos ambientales, tanto dentro del proceso como fuera del mismo.

²⁸ En *Direito ambiental*, Editorial Atlas, Sao Pablo, 2014.

²⁹ *Direito ambiental*, p. 7.

(...) bastante concretos (un bosque, una especie rara, un manantial), poseedores de régimen jurídico propio de acuerdo con sus características. Así, el medio ambiente formado por los bienes ambientales, materiales o corpóreos, tales como el suelo, y también por los procesos ecológicos que deben ser considerados no en su individualidad específica, más como componentes -elementos soporte del equilibrio ambiental o de la calidad del medio ambiente, (son) objeto de tutela legal.³⁰

D) LAS CONCEPCIONES AMPLIAS O EXPANSIVAS

Las posiciones amplias, al conceptualizar al ambiente o medio ambiente, incluyen, en el ámbito de significación de tal concepto elementos que comprendiendo los elementos físicos y biológicos, incluido naturalmente el suelo, incluyen el ordenamiento territorial y elementos civilizatorios y culturales, abarcando tanto al "medio ambiente natural" como al "medio ambiente cultural" o sea el conjunto complejo y dinámico las condiciones y circunstancias que, tanto se derivan de, como enmarcan la, inserción y el desarrollo del Proyecto Humano en el mundo.

En la doctrina nacional, dejando para el final la referencia específica al pensamiento del Maestro Magariños, existe, en la literatura usual, una coincidencia amplia respecto de la amplitud con el cual el concepto ha sido incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, aunque, en general, basando este aserto, en adherir a lo que se juzga la doctrina internacionalmente más recibida.

Así por ejemplo Correa Freitas³¹, luego de citar la enseñanza del autor argentino Germán Bidart Campos, en el mismo sentido, expresa:

Quiere decir, pues, que el concepto de medio ambiente - que ahora incorpora la reforma constitucional de 1997 - es amplio, comprensivo no sólo de lo que podríamos denominar y conocemos como la ecología, ya que, además de los recursos naturales como, por ejemplo, los ríos, el aire, la atmósfera, comprende toda la riqueza cultural y artística, el propio paisaje, el entorno natural. En este sentido, nuestro país tiene elementos muy importantes, no sólo de carácter natural, como son su ríos, arroyos y su aire natural que, evi-

³⁰ Íd. Corresponde advertir que esta autora, en coherencia con la autonomía científica del derecho ambiental, que en categorías básicas de la teoría jurídica, como derivación de su propio paradigma teórico, supone correcciones a las categorías elaboradas en las disciplinas tradicionales del derecho público y privado, sigue el concepto del bien contenido de las enseñanzas de Clovis Bevilacqua, para quien por bien debe entenderse "valores materiales y morales que sirven de objeto a una relación jurídica", por lo que, agrega la autora, estamos ante un concepto más amplio, más general que el concepto de cosa, más específico por el que se entiende toda materia susceptible de una medida de valor. Y dice textualmente Machado: "Los bienes ambientales poseen varios órdenes de valores, relativos a los diversos tipos de interés que inciden sobre ellos. Aunque puedan implicar la valorización para su uso, como es el caso de los recursos hídricos, los bienes ambientales son componentes del patrimonio ambiental y, como tal, poseen valores intrínsecos que extrapolan una simple caracterización de los mismos como cosas."

³¹ Cfr. Rubén Correa Freitas - Cristina Vázquez: *La reforma constitucional de 1997. Análisis constitucional y administrativo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, página 26 y siguientes.

dentemente, se debe cuidar, sino de otro alcance: pensemos en el Valle Edén, en los Bañados de Rocha, en las termas del litoral, y las Sierras de Minas, en nuestras playas, en esa riqueza natural enorme que tiene nuestro país, que reitero, se integra con la riqueza paisajística. En esa protección del medio ambiente, también entra la de todo el patrimonio como son los monumentos... Insisto en que el concepto de medio ambiente es amplio, y así lo debemos entender, para poder interpretar el nuevo artículo 47 de la Constitución uruguaya.

Por su parte, Mariella Saettone, al estudiar el marco normativo de la protección del medio ambiente en el Uruguay³², y aún antes de la reforma constitucional de 1996, siguiendo el mismo criterio de adoptar la orientación doctrinaria que se entiende predominante, expresa:

El concepto de medio ambiente que estamos manejando en este trabajo es un concepto amplio que maneja actualmente la doctrina ambientalista más moderna e implica "la totalidad de los factores existenciales en otras palabras de todos los factores que marcan las condiciones y relaciones humanas en su aspecto psíquico, sentimental, técnico económico y social" (citando expresiones, que indica, pertenecen a los autores alemanes Winkel y Franke).

En la doctrina civilista uruguaya, dentro de la especialidad del Derecho de Daños, se han registrado una serie de contribuciones, que si bien son ajenas a la disciplina del Derecho Ambiental, han supuesto indagaciones de indudable interés jurídico general. Y en este sentido se ha trabajado, se reitera que a fines del Derecho de Daños, y no como parte de una teoría general del Derecho Ambiental, el tema de la protección jurídica del ambiente y de la responsabilidad por daños ambientales. Ello ha supuesto la asunción de un concepto de ambiente, que en general ha asumido visiones teóricas compatibles con las corrientes más amplias en el campo de doctrina jusambiental. Por ejemplo, las teorizaciones respecto de las diferentes categorías del daño extrapatrimonial, erigiendo al daño a la vida de relación, como una de dichas categorías, está asumiendo las dimensiones sociales, deportivas, recreativas, artísticas, estéticas, paisajísticas, como concreciones de aquellos menoscabos al diario vivir, lo que desde luego es perfectamente coherente con los detrimentos significativos al medio ambiente, aludidos en la oración final del art 3º de la ley 17.283, cuando define al daño ambiental. Igualmente, Hugo Díaz Fernández³³. Dice que: "Bien jurídico puede ser cualquier objeto de satisfacción, es todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana, es un referente,

³² Cfr. Mariella Saettone Montero. "Marco normativo de la protección del medio ambiente", en "Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, página 481.

³³ En "Responsabilidad por daños ambientales: el daño ambiental y la relación de atribución. Sistema uruguayo", en Revista Judicatura, número 54, julio de 2013, página 146.

material o inmaterial, de satisfacción de la necesidad humana. En la protección jurídica del ambiente el bien jurídico es la integridad ambiental. El medio ambiente es referente del bien integridad ambiental y el bien integridad ambiental es referente del derecho a la integridad ambiental. La integridad ambiental³⁴ es un bien común.” Esta visión, es coherente con otros desarrollos, también en el ámbito del Derecho Civil. Así por ejemplo Arturo Caumont y Andrés Mariño³⁵, en sostienen que “desde la perspectiva del Derecho Civil, corresponde considerar el medio ambiente como el contenido dinámico y calificado de un derecho subjetivo cuya titularidad y señorío volitivo correspondiente ejerce el ser humano a nivel conceptual, de derecho inherente a su personalidad...”. Como una breve digresión crítica, desde el ámbito del Derecho Ambiental, corresponde resaltar que los autores citados trabajan básicamente en el ámbito de la patrimonialidad intrínseca al Derecho Civil. Esto es, aún cuando existe una apertura teórica de indudable valor en lo que a la protección del medio ambiente refiere, el Derecho Civil exhibe una limitación epistemológica cuyas categorías analíticas, en cuanto Derecho Privado, se mueven en torno a las personas, sus estados civiles y su patrimonio, en una visión radicalmente humana, por lo que, la centralidad del acceso al tema ambiental por la vía del derecho subjetivo y sus contenidos, le resulta disciplinariamente esencial. El foco en el Derecho Ambiental, se pone en el bien jurídico protegido, por lo que, su categorización como bien colectivo supone la prioridad lógica de la regulación objetiva, del Derecho Objetivo, por encima de las subjetividades privadas y apuntando a reflejar en el razonamiento jurídico las regularidades propiamente ecosistémicas. Ello es trascendente,

³⁴ Como se ve el autor enfatiza en una condición del bien tutelado: su integridad, a la que juzga de tal relevancia que la sustantiva llevando esa integridad a la condición de bien protegido. La posición puede compartirse, aunque en realidad, la integridad es una nota del bien protegido medio ambiente, un estado del mismo antes de intervenciones predatorias o como resultado de la protección de que es objeto. Desde otro ángulo podría cuestionarse la elevación de la calidad de íntegro del medio ambiente a bien protegido, pues ello podría rozar lo que Isabel de los Ríos ha llamado “contemplacionismo ambiental”, pues no hay duda que el despliegue del Proyecto Humano supone intervenciones en el ambiente que implicarán de regla el consumo de partes. Tal vez, podríamos tomar la idea del Dr. Díaz y desplazarla a la calidad de equilibrado. En este sentido el Profesor mexicano José Juan González Márquez enseña: “... un requisito para la consideración del ambiente como bien jurídico propiamente tal, es el reconocimiento, por parte del ordenamiento normativo, de que la conjunción de las interacciones que se establecen entre los diferentes elementos que lo integran constituye en sí misma un bien jurídico diferente y autónomo, es decir, el bien jurídico medioambiente” (Cfr. Juan José González Márquez. La responsabilidad por el daño ambiental en México, edición de la Universidad autónoma metropolitana, México 2002, página 26). Pero esta postura puede dar lugar a ciertos extremismos teóricos, que este mismo autor explicita y que no compartimos por cuanto excluye del campo del derecho ambiental toda la normativa sectorial de protección. En efecto, dice González Márquez: “Bajo esta perspectiva, el derecho ambiental es el conjunto de normas relativas a la protección del bien jurídico medioambiente, quedando excluido de su ámbito material la protección de sus elementos integrantes.” Nos parece perfectamente conciliable sostener la concepción del ambiente como un bien jurídico autónomo, o macrobien ambiental, objeto principal del derecho ambiental como Derecho y como disciplina científica, y a la vez, concebir, que dado el carácter sistémico de ese macrobien, se integre con microbios ambientales o unidades (agua, suelo, biodiversidad etc.), también reguladas por normas que integran el derecho ambiental, en cuanto lo que caracteriza una norma de derecho ambiental es que proteja, ya sea al macro bien ambiental como a los microbios ambientales, en atención a su significación ecosistémica.

³⁵ “El medio ambiente como eje de un derecho subjetivo y su correspondiente deber” A.D.C.U, T. XXVII, pág. 427 y ss.

por lo menos en dos aspectos establecidos a vía de ejemplo. Y de alta relevancia. Si bien a tenor de la Constitución³⁶ pueden limitarse los derechos subjetivos en materia ambiental, no puede haber desprotección al medio ambiente, o sea, son ilícitas – nulas - las normas (y cualquier otra manifestación de voluntad estatal o pública, o de acto o ejercicio de poder normativo negocial privado) que desprotejan al ambiente. El otro aspecto tiene que ver con las teorías de los bienes en el campo del Derecho Ambiental, a la luz del concepto de medio ambiente que venimos manejando. En este sentido, sostenemos que, la Constitución regula en la Sección II lo que denomina los bienes vulnerables (medio ambiente, niñez, maternidad, trabajador...), a los que el Constituyente erige como bienes de tutela especial necesaria, exigible y directamente operativas. En este ámbito no es pensable la desprotección que pudiera derivarse de una calificación de interés general por parte del Constituyente de esa desprotección. No lo permite la circunstancia de que ha sido el propio Constituyente quien se reserva para sí la calificación de interés general, en estos casos, y se la niega al legislador ordinario. A este último solamente le está reservado, por razones de interés general, limitar o privar derechos subjetivos, entre ellos los derechos subjetivos al medio ambiente que hayan sido patrimonializados por las personas, (comprendido todo ello en el art 7 ° constitucional). Pero a la luz del art 47 constitucional, no se está en el discurso constitucional de los derechos subjetivos, sino en el de los bienes especialmente tutelados que no pueden ser lesionados. El concepto de vulnerabilidad, en materia ambiental ha sido bien expuesto por Silvia Jaquenod³⁷:

La cualidad de vulnerable se concreta cuando algo o alguien es susceptible de ser afectado o dañado. Los ecosistemas y el ser humano, en diferente grado, puede encontrarse en esta situación, pues todos los seres son vulnerables, en alguna forma,... personas, otras especies animales y vegetales, incluso el patrimonio cultural en algún momento y por alguna causa pueden serlo... siguiendo la definición propuesta por la Secretaría de Estrategia Internacional de Reducción de Desastres (EIRD) la vulnerabilidad es el conjunto de "... las condiciones determinadas por factores o procesos físicos, sociales, económicos y ambientales que aumentan la susceptibilidad disposición de una comunidad al impacto de amenazas.

En la doctrina autoral argentina, Jorge Bustamante Alsina³⁸ dice que:

El concepto de ambiente comprende toda la problemática ecológica general y, por supuesto, el tema capital resulta ser el de la utilización de los recursos naturales que se encuentran a

³⁶ De la Constitución Nacional y de lo que gustamos denominar "la Constitución Cosmopolita Ambiental Difusa", que se integra por la convergencia de los diferentes ordenamientos constitucionales nacionales protectorios y por las normas del *ius cogens* ambientales internacionales.

³⁷ En *Antropología Ambiental*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, págs. 109 y ss.

³⁸ En *Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 47 y 48.

disposición del hombre en la biosfera. Pero aun que el ambiente sea una parte de la naturaleza y se busque una política de tutela ambiental en su totalidad, existen múltiples estrategias proteccionistas sectoriales que van más allá del ámbito puramente natural y persiguen preservar la obra humana en sus aspectos estéticos, paisajísticos, urbanísticos etc., con miras a asegurar una buena calidad de vida y una sana utilización de los recursos y de la obra cultural para legarla a las generaciones futuras.

Por su parte, el también argentino Aníbal J Falbo³⁹, estudiando la visión jurídica del ambiente, y luego de recordar la opinión de la profesora Morales Lamberti, que incluye en la noción de ambiente todo aquello que puede influenciar al hombre y a su vez ser influenciado por él, y lo dividió en tres sectores ideales: el ambiente natural, el ambiente construido por el hombre y el ambiente social (sistemas sociales, políticos y culturales, componentes del ambiente artificial como opuesto al ambiente natural), expresa su propia opinión sosteniendo que:

De lo que no cabe duda es de que el término "ambiente" es un concepto que de ser considerado ampliamente, pues en él queda incluido lo natural y lo cultural, los seres vivos y las relaciones entre ellos y con su entorno, lo social y los recursos naturales, los elementos inertes y los organismos vivos, la conjunción dinámica entre todos ellos, el hombre y los animales, las plantas, los recursos y lo cultural, lo construido por el hombre.

Avanza luego este autor hacia la caracterización de una noción propiamente jurídica del ambiente, rastreando en el pasado remoto las preocupaciones del Derecho por la regulación de los bienes ambientales, lo que llega hasta nuestros días.⁴⁰ Y en ese contexto afirma que si el concepto de ambiente es complejo, "no lo es menos la noción jurídica del ambiente como bien; hay quienes lo consideran un bien indivisible, mientras otros lo han definido como un "macro bien... un bien público de uso común y no han faltado quienes afirman que se trata de una universalidad jurídica, o como una *res communes omnium*, sólo para citar algunos ejemplos de diferentes posiciones adoptada por la doctrina".

Este autor, al analizar las implicancias de las diferentes categorías relevadas que se han referido, enfoca el trascendente tema de la escasez progresiva de los bienes ambientales, por la conjunción del avance industrial tecnológico y demográfico, y la repercusión que sobre la misma naturaleza jurídica del bien protegido ambiental ello tiene. Alude a la posición del

³⁹ En *Derecho Ambiental*, Librería Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, 2009, página 17 y siguientes.

⁴⁰ Dice Falbo el nota al pie en la página 20: "Así en Las Partidas, bajo la influencia romana, se establece que comunalmente "pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo (...) el aire y las aguas de lluvia, la mar y su riberas" (Ley Tercera, Título 28, Partida Tercera) y a partir de allí nació la tradición de considerar estos bienes ambientales naturales como *extracomercium* por naturaleza, aunque alguno de ellos, a posteriori, recibirían la calificación de bienes públicos."

Maestro Postiglione, quien recordó, dice, que “según la tradición jurídica romana el aire y el agua eran, en sentido jurídico, *res communes omnium*, no *res nullius* y agrega que tal enfoque se basaba en el carácter ilimitado que se creía tenían, idea que cambió con el aumento de la población y el desarrollo industrial, lo que ha transformado a tales bienes en “escasos” y amenazada su calidad, con lo que han adquirido valor económico y jurídico.”⁴¹

Concluye el punto este autor, colacionando decisiones de la Corte de la Provincia de Buenos Aires, que destacaron el carácter limitado del ambiente como bien jurídico, citando textualmente: “El bien ambiental es, a diferencia de otros bienes, esencialmente limitado, y su consumo irreparable en cuanto cada vez con mayor nitidez se advierte la imposición de un reiterado, continuo e inmediato reemplazo, al punto de preverse en muchos casos -de persistir una utilización irracional - su agotamiento inminente, con la consecuente repercusión directa y obviamente negativa que ello conlleva respecto de la calidad de la vida humana.”⁴²

Igualmente, en la doctrina brasileña, prima la corriente doctrinaria que sostiene la amplitud del concepto de ambiente. En este sentido, Federico Augusto Di Trindade Amado⁴³, asume el concepto elaborado por CONAMA (Consejo Nacional de Medio Ambiente) que expresa que medio ambiente es “el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico biológico, social, cultural y urbanísticos, que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas”.

En la doctrina europea más próxima culturalmente, Silvia Jacquenod de Szögön⁴⁴, sostiene que el medio ambiente “es la síntesis histórica de las relaciones de intercambio entre sociedad y naturaleza en términos de tiempo y espacio”.

Maria Asunción Torres López y Estanislao Arana García⁴⁵, aunque parten del confuso concepto de entorno, tal como es insistentemente asumido en el Diccionario de la Real Academia Española, le dan una adecuada connotación sistémica e integradora del hombre en el sistema ambiental. Expresan:

El término medio ambiente (o ambas palabras por separado), por tanto, se identifica con el de entorno, haciendo todos ellos referencia a lo que rodea (primera acepción del diccionario de la Real Academia). Siguiendo a Alenza García, resulta necesario, para poder aprehender este concepto, no olvidar su componente “pasivo” o subjetivo, es decir, aquel o aquello que es rodeado. En el sentido que nos ocupa, este último componente no sería otro que el ser humano y, lo que le rodea, la realidad física del mismo (que, en un sentido estricto, como veremos será la realidad

⁴¹ Falbo, op cit, p.20.

⁴² Íd. Sus

⁴³ En *Direito Ambiental*. Editora Metodo, Brasil, 2011, pág 10.

⁴⁴ En su clásica obra *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Madrid, Mopu, 1989 página 55.

⁴⁵ En *Derecho Ambiental*, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, página 43.

natural). En los términos más simples posibles, puede entenderse el ambiente como el conjunto de circunstancias que rodea a los seres vivos. La riqueza y complejidad de dichas circunstancias (donde se engloban no sólo factores físicos de los muy diversos entornos que sí se incluyen, sino también las derivadas de las interrelaciones que se producen entre los mismos o con los propios seres vivos, así como el impacto de estos últimos sobre aquellos) ha llevado afianzar una concepción sistémica del ambiente. El ambiente es, pues un sistema que reúne, en esencia, dos grandes subsistemas, ambos indispensables para la propia existencia de la vida (incluida la humana) y determinantes de las condiciones de la misma: el subsistema de los elementos no vivientes, compuesto por el agua y el aire y el suelo; el subsistema de los seres vivos. Como no resulta difícil intuir aquella realidad que constituye el entorno del hombre, no siempre (y no sólo) viene dada por elementos naturales sino también artificiales (sin ir más lejos, los entornos urbanos son, hoy por hoy, el escenario principal de la mayoría de la población humana, no olvidando tampoco, la propia incidencia transformadora de la actividad humana sobre el medio natural próximo a los ámbitos rurales poblados). Este factor incide necesariamente en el debate abierto sobre el concepto de ambiente de modo que en función del enfoque que se adopte más ecocéntrico o más antropocéntrico dicho concepto resultará más o menos amplio.

En la doctrina francesa Michel Prieur⁴⁶ bajo el subtítulo de “Ambiente noción camaleón”, dice que:

El ambiente ha devenido, con la noción de desarrollo sostenible de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y el Desarrollo (Río, 1992), una preocupación mayor no solamente de los países ricos sino también de los países pobres. Hoy día sale a la luz eso que ha resultado después del largo tiempo de reflexión de los naturalistas y los ecólogos, a saber que el hombre como especie viviente forma parte de un sistema complejo de relaciones e interrelaciones con su medio natural. Resulta que toda acción humana tiene efectos directos e indirectos muchas veces no supuestos. (...) el ambiente es el conjunto de factores que influyen sobre el medio en el que el hombre vive.

Más adelante⁴⁷ bajo el subtítulo: “Los dos sentidos habituales de la palabra medioambiente”, dice:

Subsisten dos sentidos diferentes en la lengua actual; aquel que es resultado de la ciencia de la naturaleza y aplica a las sociedades humanas la perspectiva ecológica, se trata por tanto del conjunto de datos y de equilibrios de fuerzas concurrentes que condiciona la vida de un grupo biológico y aquel que se vincula al vocabulario de arquitectos y urbanistas y sirve para calificar la zona de contacto entre un espacio construido y el medio ambiente (natural o artificial). Esta doble significación del ambiente impone problemas jurídicos de interpretación del contenido de la

⁴⁶ En *Droit de l'Environnement*, Dalloz, Paris 1996, página 1.

⁴⁷ *Droit de l'Environnement*, pág 2.

legalidad desde que en materia de urbanismo la ley impone respetar “las preocupaciones del medio ambiente”. Ningún texto jurídico ha definido el ambiente de manera general y por eso estamos reducidos a constatar que existen en derecho del medio ambiente diversos sentidos dados a este término. En el sentido de la ley de 10 Julio de 1976 relativa a la protección de la naturaleza, el ambiente es definido curiosamente por intermedio del poder reglamentario que reenvía al artículo 1º de la ley devenido artículo L. 200 - 1 del Código Rural después del decreto 89-804 de 27 de Octubre de 1989 y que ha sido modificado por la ley número 95-101 de 2 de Febrero de 1995 relativa al refuerzo de la protección del ambiente: el ambiente es aquí un término genérico que recubre tres elementos: la naturaleza (espacios, especies animales y vegetales, diversidad y equilibrios biológicos), los recursos naturales, los sitios y los paisajes. En el sentido de la ley de 19 de Julio de 1986 relativa las instalaciones clasificadas para la protección del ambiente (primera ley utilizando el término ambiente en su título) bien que ninguna definición de ambiente fue dada así parece más limitada porque concierne solamente la naturaleza y “el ambiente” así como los sitios y monumentos. En fin en la ley sobre arquitectura de 3 de Enero de 1977, el ambiente es entendido en un sentido estético y arquitectural. La Convención de Lugano de 1993, sobre la responsabilidad civil de los daños resultante de actividades peligrosas del ambiente da la siguiente definición: el ambiente comprende “los recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre las mismos factores, los lazos que componen la herencia cultural y los aspectos característicos del paisaje.

En un desarrollo interesante, agrega el profesor francés, consideraciones aclaratorias de dos términos que se han utilizado sobre todo en las denominaciones dadas a organismos de la Administración encargados de las políticas públicas (el mismo Prieur aporta ejemplos franceses), y que o bien han competido con el término ambiente o se han adicionado al mismo o, finalmente, lo han integrado. Ellos son: Naturaleza y calidad de vida.

Adjudicando al vocablo Naturaleza vaguedad conceptual⁴⁸, sostiene que en su globalidad agrupa “*los sitios, los paisajes y los ecosistemas*”, comprendiendo, en definitiva, todo aquello que no ha sido directamente objeto de “*intervención humana*”⁴⁹. Más allá de resonancias utópicas, resulta evidente el fuerte lazo que une el respeto, y hasta la veneración por la Naturaleza, a los movimientos conservacionistas que no solamente están en el origen del ambientalismo, en todas sus dimensiones (incluida la jurídica), sino que han constituido un legado fundamental en la construcción del Paradigma Ambiental. Si bien la protección

⁴⁸ En el Syntopicon de Los Grandes Libros de la Enciclopedia Británica se lee: “Naturaleza es un término que alcanza su sentido de otros términos con los cuales está asociada por implicación o contraste... cuando las cosas están divididas entre lo que es natural y lo que es artificial, entre lo natural y lo convencional, el opuesto de natural no representa una pérdida o violación de naturaleza sino antes bien una transformación de la naturaleza a través de la división de un nuevo factor. Lo no natural, en otros términos parece simplemente una desviación, una caída desde o una desviación de la naturaleza. Muchos de los términos que están en oposición a naturaleza representan la actividad del hombre o de Dios.” Syntopicon. An Index of the Great Ideas”, Great Books, Britannica, USA, 1994, T II, pág 179. En la tradición occidental, ha sido clásica también la oposición entre naturaleza y arte humano.

⁴⁹ Prieur, op cit p. 4.

ambiental y el campo de lo ambiental es más abarcativo que “lo natural”, bajo cualquier concepción que se profese no puede quedar reducido a su ámbito de validez conceptual, es un integrante capital de “lo ambiental”, delimita un sector básico del ordenamiento jurídico ambiental (el Derecho de Protección de la Naturaleza, como otra columna del mismo, que se complementa con el Derecho de Protección de la Cultura y de los Asentamientos Humanos) y, como, sostiene Prieur, se erige en un “criterio decisorio” en materia de protección ambiental, dando forma a un principio fundamental (*“todo aquello que es natural, debería ser respetado y preservado en su estado presente o en su estado anterior; si una restauración es posible y sustentable”*) cuyo efecto clave es hacer recaer la carga de la prueba sobre quien ha dañado, o quien propone la acción potencialmente dañosa⁵⁰. Una presencia relevante tiene el concepto de Naturaleza, como integrante del concepto más amplio de ambiente, en el Derecho Ambiental en Uruguay, bajo el adjetivo de “natural”, a nivel de los principios legalmente establecidos en la ley 17.283 de 28 de noviembre de 2000, art. 6 A) que reza: *“A) La distinción de la República en el contexto de las naciones como “País Natural”, desde una perspectiva económica, cultural y social del desarrollo sostenible”*.

De manera que si bien entre nosotros lo natural o la Naturaleza no delimita, ni mucho menos agota lo ambiental, sí genera un efecto directo de limitación de las acciones, públicas y privadas, que deben optar por el mínimo impacto, por la máxima conservación de lo natural en su estado, por las tecnologías menos agresivas, por la más completa restauración en su caso y de imponer a quien ha generado un daño o emprende una acción riesgosa o potencialmente dañosa, el deber de probar que se salvaguarda el principio, que se actúa *“Pro Natura”*. Jamás podrá ser la República un País Natural si en las acciones concretas que se llevan a cabo en su jurisdicción, en los ámbitos políticos, económicos, culturales y sociales, no se exige y controla el cumplimiento del principio.

Con respecto al concepto de calidad de vida, enseña Prieur, que el mismo hace su aparición superadas las etapas cuantitativas del desarrollo, cuando se lo identificaba mecánicamente al crecimiento material y supone un desencanto con el mero “nivel de vida” como criterio de valoración o indicador del estadio desarrollado en una sociedad. Los primeros intentos de incorporar este concepto al Derecho, lo que Prieur vincula a legados filosóficos y sociológicos de los años 60 del siglo pasado, Marcuse mediante, fueron resistidos. Prieur cita a su coterráneo Lamarque sosteniendo que la calidad de vida *“no puede constituir sino un vago fundamento moral de la protección del ambiente, ella no puede ser objeto de derecho”*⁵¹. A pesar

⁵⁰ Prieur, op cit p. 4.

⁵¹ Prieur op cit, p. 5.

de estas resistencias, y de la mano de la formidable expansión del Derecho de los Derechos Humanos, el concepto ha tenido una amplia recepción en textos normativos y supone la juridificación de dimensiones fundamentales de la afectación por la civilización actual del goce de la vida: el goce del medio ambiente sano y equilibrado; el acceso al aire y agua limpios; el ordenamiento del tiempo; el “gobierno” de lo cotidiano para asegurar la soberanía del proyecto de vida personal, familiar, comunitario; la alimentación saludable y la disponibilidad de servicios de salud y de movilización; la vida ciudadana segura; la disposición de paisajes y del acceso al turismo. Vida de calidad es, entonces, un goce vital calificado por apuntar más que el tener, que se descuenta, hacia el ser en plenitud.

Desde ámbitos institucionales de gran incidencia mundial, se han difundido posiciones doctrinarias alineadas también en las concepciones amplias. Por ejemplo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en su *Manual de Entrenamiento en Derecho Ambiental*, bajo el título de “Definiciones de Medio Ambiente”, dice:

La definición del término ambiente establece las bases filosóficas de cualquier legislación redactada e implementada a la protección del ambiente. La manera en que el término ambiente es definido indica el valor otorgado en varios aspectos al ambiente y la percepción que los legisladores y políticos tienen del ambiente, particularmente del lugar del hombre en él. Cada definición refleja también el foco de la legislación ambiental y el compromiso del Estado en proteger el ambiente. Es por tanto esencial comenzar con la definición del ambiente. El término ambiente significa diferentes cosas a diferentes pueblos. Algunos considerarían el término para referirse a los elementos básicos de la tierra tales como el aire, el suelo y el agua. Algunas definiciones particularmente en el contexto de las cuales estamos hablando del ambiente, consideran que el ambiente consiste solamente de aquellos recursos naturales a los que los seres humanos le otorgan un valor, esto es, aspectos de la tierra, del aire, de las aguas que pueden ser poluidas, contaminadas o usadas. Otras definiciones pueden incluir todos los elementos vivos de la tierra tanto como los recursos naturales, pero no incluyen a los humanos en la definición o definen al ambiente como relativo a los humanos. La primera crítica a tales definiciones es que ellos fallan en el lugar asignado a los seres humanos dentro del ambiente divorciando los humanos del ambiente natural e implicando que los humanos son algo que están por encima o más allá de la naturaleza. Progresivamente, el ambiente es descrito en un sentido mucho más holístico. El lugar de los humanos en el ambiente fue reconocido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano, realizada en Estocolmo en 1972: “El hombre es tanto criatura como artífice de su ambiente, que le da sostenimiento físico y la oportunidad para su desarrollo intelectual, moral, social y espiritual”. La Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1982, dispone: “La Humanidad es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales los cuales aseguran el suministro energía y nutrientes. La civilización tiene sus raíces en la naturaleza la que ha creado la cultura humana, influenciado todos los logros artísticos y científicos y vivir en

armonía con la naturaleza da al hombre la mejor oportunidad para el desarrollo de su creatividad, para el descanso y el placer”.

La misma fuente acompaña su exposición con la cita de algunas definiciones de ambiente tomadas de legislaciones, representativas de varias culturas jurídicas, a través del mundo, por medio de las cuáles se puede comprobar que las dos escuelas de pensamiento, la restrictiva y la amplia, así como el movimiento pendular entre antropocentrismo y biocentrismo, no solamente tienen vigencia doctrinaria, sino también positiva en el derecho comparado

La Ley de Protección Ambiental de Canadá de 1988 (repetido en la vigente Ley Canadiense de Protección Ambiental de 1999) dice: “Ambiente significa los componentes de la tierra e incluye a) aire, tierra y agua; b) todas las capas de la atmósfera; c) toda la materia orgánica e inorgánica y los organismos vivos; y d) la interacción entre sistemas naturales que incluye los componentes referidos en los párrafos a) a c)”. La Ley Egipcia concerniente al ambiente, 4/ 1994, expresa: “Ambiente denota el entorno vital lo cual comprende las criaturas vivientes y su contenido de materia así como el aire, agua, y tierra y los establecimientos erigidos por el hombre.” La Ley de Protección Ambiental de Eslovenia de 1993: “El ambiente es aquella parte de la naturaleza la cual es o puede ser influenciada por actividades humanas”. La Ley de Protección Ambiental de Australia dice: “Todos los aspectos del entorno de los seres humanos en tanto los afectan a ellos como individuos o en sus agrupamientos sociales”. La ley Federal 6938/981 de Brasil dice que medioambiente es “el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas”.⁵²

⁵² El artículo 225 (Capítulo VI “Del medioambiente” del Título VIII (Del orden social), de la Constitución de Brasil de 1988 establece: “Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones...”; Cfr. Héctor Gros Espiell. “La protección del medio ambiente en el Derecho Constitucional”, en “Reforma Constitucional 1997. Edición de la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga y de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, página 53 y siguientes. Esta fuente tiene un relevamiento de diversas constituciones de las últimas décadas del siglo XX relativas a la constitucionalización del tema ambiental, en la que reproducimos aquella que tiene más interés para la presente investigación relativa al concepto de medioambiente *stricto sensu* y no a la regulación constitucional en la protección ambiental o del derecho fundamental a la protección en el goce de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Como puede apreciarse la Constitución brasileña, sigue la línea de asumir un concepto unitario, general o genérico de ambiente o medio ambiente, al que significa como bien de uso común del pueblo, al que asume en una perspectiva amplia en cuanto revela que una de sus notas es la esencialidad a la calidad de vida, sin perjuicio de que el resto del artículo designa conceptos específicos, dentro del género ambiente, que lo integran como: procesos ecológicos esenciales, patrimonio genético del país, la educación pública, la floresta amazónica, la Sierra del Mar, el Pantanal Matogrosense, etc.. Sobre el constitucionalismo ambiental latinoamericano, Raúl Brañes en su siempre recordando estudio, realizado para el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) en el año 2002: “El desarrollo del derecho ambiental latinoamericano y su aplicación informe sobre los cambios jurídicos después el medio ambiente y el desarrollo (Río 1992)”, anota cómo la protección ambiental se constitucionaliza, en las primeras etapas de los años 70, del siglo XX, a través de la juridificación del concepto

Agrega el PNUMA como comentario propio, en clara opción por la amplitud conceptual:

Es deseable que toda definición general de ambiente incluya el rango entero de los factores vivos y no vivos que influyen la vida en la Tierra y sus interacciones y que incluiría los aspectos vivos y no vivos. Los recursos vivos incluyen a los animales, incluyendo los humanos, plantas y microorganismos. Recursos no vivos consistirían en dos elementos. Un elemento serían los sistemas de soporte de la vida física del planeta como la geografía, la hidrología, la atmósfera, la materia y la

de naturaleza más que del concepto y genérico de ambiente o medio ambiente, sosteniendo: “ En el constitucionalismo ambiental latinoamericano, la naturaleza se instituyó desde la década del 70 como un valor o bien ambiental sujeto a una especial tutela estatal. Así la constitución cubana de 1976 en su artículo 72, modificado posteriormente, dispuso que: “el Estado y la sociedad protegen la naturaleza...” la constitución chilena de 1980 en fórmula similar refiere a la preservación de la naturaleza (artículo 19 numeral octavo). Es interesante señalar, que en su reforma de 1992, la constitución cubana, tuvo un giro decididamente economicista y antropocéntrico cuando estableció, en sustitución de la fórmula marcadamente protectora anterior, que: “... es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, de la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y de todo uso potencial de la naturaleza.” Lo anterior está revelando el entrecruzamiento entre las perspectivas amplias o restringidas, por un lado, y la polaridad antropocentrismo-biocentrismo, por otro, ya que la juridificación de la Naturaleza, que pudo indicar la asunción de una perspectiva biocéntrica o ecocéntrica implica, también, un sesgo restrictivo de los aspectos culturales y sociales que actualmente se unen, de manera esencial, en el concepto unitario y genérico de ambiente. Un desarrollo interesante, respecto de la compleja relación de los conceptos de naturaleza y ambiente, en el constitucionalismo regional, tiene lugar en el presente comienzo del siglo XXI, en el constitucionalismo andino. Así, la Constitución ecuatoriana de 2008, al decir de Sylvia Jaquenod de Zsögön: “...establece derechos para la naturaleza en tres artículos y de esta manera introduce una diferencia fundamental respecto de sus antecesoras, con un nuevo enfoque que podría ser catalogado como un punto de inflexión en la defensa del medio natural que tiene al giro sorprendente al dirigir el enfoque constitucional de un sistema de derechos antropocéntrico a uno biocéntrico: “Artículo 71. La Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos...”. Artículo 72. La Naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficientes para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Artículo 73. El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.” (Sylvia Jaquenod de Zsögön. “Derechos humanos y recursos naturales” en: “Los derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos. Carlos Espinosa Gallegos y Camilo Pérez Fernández Editores. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad. Edición del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Secretaría de Desarrollo Normativo, Quito, Ecuador, Julio de 2011 páginas 140 y 141).

Por su parte la Constitución Política del Estado boliviano de 2009, en el Preámbulo dice: “...cumpliendo con el mandato de nuestro pueblo, con la fortaleza de nuestra Pacha Mama y gracias a Dios, refundando Bolivia...”. El artículo 33 dispone: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. Dice Eugenio Raúl Zaffaroni (en: “La Naturaleza como persona: de la Pacha Mama a la GAIA” en: “Los derechos de la Naturaleza y el naturaleza de sus derechos...op cit, página 20): “El Sumak Kawsay es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética -no la moral individual -que debe regir la acción del Estado y conforme a la que también debe relacionarse las personas entre sí y en especial con la Naturaleza. No se trata del tradicional bien como un reducido limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente (si se prefiere se diría hoy respeto a la biodiversidad) incluyendo por supuesto a los humanos, entre lo que exige complementariedad y equilibrio no siendo alcanzable individualmente.” La amenaza básica al Sumak Kawsay se deriva del avance de la civilización depredatoria. En lo conceptual, relativamente al medio ambiente, las opciones de estos ordenamientos andinos es claramente biocéntrica y amplía a la luz del concepto de buen vivir.

energía. El otro incluiría los componentes históricos, culturales, sociales y estéticos incluyendo el ambiente construido.

Como cierre de este relevamiento de la doctrina autoral, exponemos la posición del Maestro uruguayo Mateo Magariños de Mello, pues corresponde a la doctrina uruguaya registrar un caso bien singular dentro de las corrientes amplias respecto del concepto de medio ambiente o ambiente. Y la sustentada por el Magariños de Mello, puede ser tildada de amplitud extrema, y eso lo aproxima a las corrientes biocéntricas, pero con un énfasis que otorga al concepto de ambiente una proyección que sobrepasa ampliamente lo natural, dando completa legitimidad al Proyecto Humano, en cuanto se armonice con los equilibrios básicos ecosistémicos. Dice Magariños:

Medio ambiente es... todo. Cuando así lo decimos, los espíritus dogmáticos nos acusan de no decir nada. Que quiere decir que es todo? Bueno, la respuesta, quiérase o no, es que todo es... todo. Es lo que un niño entiende por tal... la casa en que habita, el mueble en el que se sienta, el coche que lo lleva, el pan que come, el perro, el gato, la flor, el, tu, yo... lo cual equivale a decir que, ontológicamente, no existe eso que suele mencionarse como "medio ambiente" si lo entendemos subconscientemente con una especie de "escenario vital" de nuestros afanes, sintiéndonos ajenos a él, incluso aunque sepamos que somos parte integrante del mismo. La razón para que así sea muy sencilla. Si el medio ambiente o Biosfera es un "sistema", no podemos dar una definición que excluya "a priori" ninguno de sus elementos.⁵³

En otro estudio Magariños sostuvo que:

(...) es necesario empezar por definir con precisión qué es "medio ambiente" y para ello acudir a un enfoque sistémico. Llegamos así a la conclusión de que "medio ambiente" es un sistema natural al que por ser ecológico llamamos "ecosistema", integrado por un complejo de elementos inorgánicos y orgánicos - entre los cuales se cuenta el hombre como parte inseparable del mismo -de los tres Reinos de la Naturaleza y en los tres estados de la materia, totalmente interdependientes. Por eso podemos decir que "medio ambiente" es TODO, todo lo que constituye la Biosfera. De ahí que el nuevo Paradigma que emerge en sustitución del Mecánico que informa a la Edad Moderna que se desvanece, se llame paradigma Holístico, "todo", en griego."

Y más adelante en la misma fuente dice:

Otro aspecto que es necesario tener en cuenta es que en relación con el hombre y su necesidades, el medio ambiente es un concepto complejo, que trasciende lo meramente ecológico. Es

⁵³ Mateo J Magariños de Mello. Editado y Ordenado por Ricardo Gorosito Zuluaga. *Medio Ambiente y...*, página 26.

así que se distinguen el medio ambiente primario o natural, y el secundario o creado, que es todo aquel que es obra de los hombres y que constituye el escenario artificial de la actividad de estos. Particularmente las ciudades. Es en este último donde pueden darse fenómenos de deterioro bajo la forma de contaminación, que más afectan la salud. Incluso aspectos estéticos y valores artísticos e históricos pueden tenerse en cuenta cuando se trata de proteger el medio ambiente como escenario, como entorno en función de su valor para el hombre”⁵⁴.

E) EL CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Recurriendo a los antes mencionados criterios hermenéuticos, el Derecho Ambiental en Uruguay recepciona y consagra una visión amplia del concepto de ambiente. Puede decirse que amplísima, con carácter general, más allá de que en algún caso o circunstancia, se regulen y protejan los elementos naturales o los culturales, de manera fragmentada o específica, lo que es inevitable en un ordenamiento nuevo, cuyo Paradigma está aún *in statu nascendi*, y donde inevitablemente coincidirán normas ambientales estrictamente con otras de connotación ambiental meramente casual o sectorial.

La firme tendencia, entonces, del Derecho Ambiental en Uruguay, en su producción normativa, ha sido la recepción, en sus manifestaciones más tempranas de las visiones amplias, sobre el concepto de medio ambiente. Antecedentes legislativos, hoy incluso derogados, así lo demuestran.⁵⁵

⁵⁴ Cfr. Mateo J Magariños de Mello la protección del medio ambiente; “en “Reforma Constitucional 1997, págs. 43 y ss. op cit págs

⁵⁵ El relevamiento normativo que a continuación se realiza, se refiere a las normas de fuente nacional. A lo largo del tiempo, el Uruguay integró las mayorías o unanimidades que en las Conferencias Mundiales y/o regionales sobre cuestiones ambientales, fueron generando diversos instrumentos, ya sea *de soft law* (como Declaraciones, Cartas o Programas) o de Derecho vinculante como Tratados, Convenios y Resoluciones. Vistos desde el derecho interno, esos actos del Derecho Internacional, tienen diferente rango normativo constituyéndose en fuente de reconocimiento o constatación de derechos inherentes a la personalidad humana (incluidos por tanto en la enumeración de derechos, deberes y garantías de la Sección II de la Constitución, vía art. 72 de la misma) o en expresión de principios generales de derecho aplicables por vía del art. 332, y consiguientemente, adquiriendo rango constitucional, o en normas legales por la vía de la aprobación parlamentaria de Tratados y Convenios o generando responsabilidad política en casos de actos de derecho blando. Todos estos instrumentos contienen disposiciones que, expresa o implícitamente, definen el concepto de ambiente o medio ambiente, con mayor o menor amplitud, con mayor o menor énfasis en perspectivas biocéntricas (ecocéntricas) o antropocéntricas. El sistema jurídico ambiental se integra con los dos niveles de jurisdicción o “soberanía” (la nacional declinante, pero vigente, y la global emergente) y sin duda, los procesos decisoriales y conceptuales acaecidos en el ámbito global o internacional han sido y son determinantes de los similares procesos nacionales. Por ello, en la base de esclarecimiento del concepto de medio ambiente en el Derecho Ambiental en Uruguay, debe recuperarse la incidencia y valor de las palabras fundacionales del Derecho Ambiental Universal: la Declaración de Estocolmo en su primera Proclamación, en vista de ofrecer y consensuar unos criterios y principios comunes para “preservar y mejorar el medio humano”, dijo: “El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.” El hombre “obra” del medio, no tiene en este un escenario o campo de apropiación, sino la matriz, la madre natural (Madre!) que lo genera y sobre la cual despliega sus artificios. Todas las notas del Paradigma Ambiental están presentes, en estas palabras de 1972, para potenciar los desarrollos jurídicos posteriores, nacionales y globales: el hombre y el Proyecto Humano integran el Ambiente al mismo

La ley 14053 de 30 Diciembre de 1971, ubicada en el período que he denominado de la Protohistoria del Derecho Ambiental en Uruguay⁵⁶, norma dictada en el contexto de la expectativa mundial por la Conferencia pionera y fundacional de Estocolmo en 1972, es buena prueba de ello. Por el artículo primero se creó se creó un instituto -Instituto Para la Preservación del Medio Ambiente -, en cuya propia denominación, se optaba por la expresión medio ambiente, en lugar de otras que pudieron haberse utilizado como naturaleza o recursos naturales, etc., prefigurando entonces una realidad autónoma a la que se designaba unitariamente y no en una enumeración de partes. Surge de la misma denominación, que esa materia reclamaba una acción de preservación por parte del Estado. Preservar es tanto como, según la Real Academia Española, "Proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro".. El carácter vulnerable de la cosa a preservar estaba ínsito en el propio nombre del órgano. La radicación institucional fue en el Ministerio de Cultura, con lo cual, también desde el origen, el legislador entendió que participaba de la materia encomendada a esa Secretaría de Estado, lo que desde luego está sobrepajando cualquier restricción fsicalista o naturalista, reductora, en la concepción de lo medioambiental o ambiental. Por el Artículo 4° se disponía que el objeto del Instituto era el de "atender todo lo que se refiere a la conservación del medio ambiente humano, a la preservación de los recursos naturales y a la promoción del aumento de los mismos". Por el Artículo 6° se señalaban, a vía de ejemplo, algunos cometidos específicos, dentro de la generalidad de la materia ambiental, que denotan claramente la orientación expansiva o abarcativa conceptual del legislador uruguayo: "A) Mantenimiento y aumento de la fertilidad del suelo como consecuencia de prácticas agrícolas .B) Mantenimiento del equilibrio biológico y cuidado de la biósfera, atendiendo las consecuencias que sobre la naturaleza acarrea el empleo de biocidas. C) Cuidado de los recursos naturales, bosques, corrientes y depósitos de agua, etc. D) Las resultancias que los programas urbanísticos y la construcción de obras de ingeniería puedan tener sobre el ambiente natural, comprendiendo, entre otros aspectos su belleza. E) Consecuencias que sobre el medio puedan tener como elementos contaminantes los desechos de procesos industriales y de consumo, los *detritus* de ciudades, emanaciones de combustión, y de las variadas formas del desarrollo tecnológico. F) Protección contra las radiaciones ionizantes." Por el Artículo 7°, se le confrieron al Instituto, facultades, que presuponen una concepción amplia de la

título que la Naturaleza; el Ambiente es un valor o meta jurídico político a proteger, preservar y mejorar; el Ambiente es esencial para el goce de la vida de calidad, esencial para el Derecho a la Vida (titularidad, ejercicio y defensa) y está relacionado y es interdependiente con los derechos humanos y su protección.

⁵⁶ Ricardo Gorosito Zuluaga: "Principales hitos en el Desarrollo del Derecho Ambiental en Uruguay desde 1992", en "De Río a Johannesburgo: Perspectivas del Derecho Ambiental en Latinoamérica", Ed. de PUNUMA/ UICN, México-Costa Rica, 2002, pág. 119 y ss.

materia de protección del medio ambiente, como por ejemplo: “...2º Promover toda forma de investigación y estudio sobre las consecuencias que el desarrollo tecnológico tenga sobre el medio ambiente. 3º Promover fórmulas para el crecimiento de los recursos naturales... 8º Asesorar a los Organismos Públicos, a requerimiento de éstos o por iniciativa propia, sobre las consecuencias que la aplicación de normas pueda tener sobre el objeto propio del Instituto”.

Con el advenimiento de los años 90, Uruguay ingresa a la etapa fundacional de su propia historia jurídica en materia de protección ambiental. Aquél imperfecto instrumento de 1971, el Instituto recién aludido, ya no servía para la ejecución de las políticas que reclamaron los nuevos tiempos. La ley es derogada, desaparece el Instituto y es erigido el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA), por ley 16112 de 30 de Mayo de 1990.

Esta ley, que nomina y da existencia competencial a la materia político normativa “medio ambiente y ordenamiento territorial⁵⁷, es bien precisa cuando instituye dicha materia: ella es la relativa a la protección del medio ambiente. Dice concretamente el art. 3º numeral 7, que al MVOTMA corresponde lo concerniente a: “La formulación, ejecución, supervisión y evaluación de los planes nacionales de protección del medio ambiente y la instrumentación de la política nacional en la materia.”

El medio ambiente como tal es un fenómeno, un hecho, una “facticidad”, que sobrepaja por todos lados al Derecho (que es apenas una manifestación, un instrumento (cultural) del Hombre, obra y artífice del ambiente). El medio ambiente, como ecosistema global o Biósfera⁵⁸ (comprensiva del Proyecto Humano y sus realizaciones materiales y espirituales)

⁵⁷ Seguramente, a esa altura de la evolución jurídico institucional, la materia, nominada en la nueva ley 16112 como “ordenamiento territorial y medio ambiente”, estaba comprendida de manera implícita en la regulación que la Carta otorgó a los derechos fundamentales, por su inherencia al derecho a la vida y dentro de las leyes a las que alude el numeral 3) del Art 85 de la Constitución (A la Asamblea General compete (3º) Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior). La unanimidad de la doctrina nacional sostiene que, aunque hasta 1996 la Constitución uruguaya no tuvo referencia explícita alguna a la materia (de protección) ambiental, se debía entender que el deber de protección ambiental estaba implícito en los deberes derivados del reconocimiento del derecho a protección en el goce de la vida y de la seguridad. Y, con relación al reconocimiento por nuestro ordenamiento constitucional de un derecho fundamental subjetivo a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ello es así hasta hoy, desde que todavía, en su formulación, el art. 47 no recoge, después de dos reformas constitucionales al efecto, el reconocimiento expreso de ese derecho.

⁵⁸ Para que se pueda afirmar una exacta correspondencia entre medio ambiente y Biosfera debe hacerse la precisión de que en este último concepto incluimos al hombre y su proyección cultural. Introducir esta corrección tiene que ver con la circunstancia de que el Paradigma ambiental, no entiende, ni valora a la especie humana como una especie necesariamente destructora. Precisamente al asumir el factor humano en una necesaria armonía con la naturaleza, se recurre al factor de inteligencia (“la razón”, el conocimiento) y empatía (la capacidad humana que ponerse en lugar del otro, de los otros y de lo Otro) como factor de ajuste y armonización entre el funcionamiento normal del Ecosistema Global o los sistemas naturales y la actividad antrópica. Otras especies y la humana en etapas “primitivas”, viven instintivamente una simbiosis natural o instintiva con el medio, los sistemas naturales y sus procesos (Cfr. Magariños de

tiene sus propias leyes y regularidades fácticas, naturales y sociales, su propia autorregulación sistémica (sin perjuicio de la amplia posibilidad del azar y del caos). No precisa ni puede ser en ese aspecto objeto de normatividad humana. En todo caso será condición de eficiencia y eficacia del ordenamiento jurídico humano, adecuarse a las regularidades fácticas del ecosistema natural o cultural. Lo que es propiamente materia del derecho es la protección del ambiente. Del transcripto numeral siete del artículo tercero de esta norma legal, surge igualmente que la materia que se denomina y segmenta, es una materia que requiere de planificación y a su vez que demandará una política nacional, con lo cual está señalando, para el Derecho que en aplicación de esa política se expida, por todos los órganos del Estado con competencia al respecto, la necesaria asunción de la previsión anticipada, en atención a la

Mello. "Medio Ambiente y Sociedad, op. cit págs. 27 y ss.). El concepto de Biosfera, empezó siendo, en el salto de siglo XIX al siglo XX, prácticamente un concepto de la geología. Como sostiene Andrés Betancor Rodríguez (en «Derecho Ambiental», Editorial La Ley, Madrid España, 2014, página 659 y siguientes) es Vernadsky (Vladimir Ivanovich, Rusia, 1863-1945) quien le dio una proyección mayor a este concepto cuando sostuvo que la Biosfera es "la región única de la corteza terrestre ocupada por la vida que en sí misma no es un fenómeno exterior o accidental en la superficie terrestre. Está ligada estrechamente a la estructura de la corteza terrestre, forma parte de su mecanismo... toda la vida, toda la materia viva puede considerarse como un conjunto indivisible con el mecanismo de la Biosfera". Agrega Betancor que "la vida es, según estas ideas, un fenómeno unitario, ubicuo y además, un "mecanismo cósmico armonioso. La biosfera es el terreno de la corteza terrestre ocupado por los transformadores que cambian las radiaciones cósmicas en energía terrestre activa... El ser humano está indisolublemente ligado a un mismo bloque de la vida con todos los seres vivos que existen o que han existido, pero ha tenido la virtud de destrozar la naturaleza mediante su acción agrícola, minera, forestal... poniendo en riesgo la conservación de los recursos naturales sin satisfacer al mismo tiempo las necesidades de la población. La solución a este conflicto está para Vernadsky en la ciencia y en su espíritu vivificador" (Betancor, ps. 659/660). El concepto de biosfera alcanza una centralidad teórica vinculada con los temas ambientales, en conferencias científicas internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial: Conferencia Científica de las Naciones Unidas sobre Conservación y Utilización de los Recursos de Nueva York de 1949 y sobre todo la Conferencia de la Biosfera de París, Unesco 1968 que dio lugar al Programa Hombre y Biosfera (MAB por su sigla en inglés). Posteriormente otro concepto se abre paso, tanto nivel teórico como en el campo concreto de las luchas ambientalistas, propuesto en los años 70 por el científico inglés Lovelock (James, Inglaterra, 1919). Este autor sostiene que se trata de una visión más mística de la tierra y es conocida con el nombre de hipótesis GAIA, en referencia a la deidad griega de la Tierra: "se trata de una noción más amplia que la de biosfera. Lo más significativo de este enfoque que considera a la Tierra y la vida como integrantes de un mismo sistema auto organizado y autorregulado, como si de un ser vivo se tratase. Esto obedece a que la vida interactúa constantemente con su entorno físico químico, lo que da lugar a un sólo ser vivo. Lovelocks define GAIA como una "entidad compleja, que comprende la biosfera terrestre, los océanos y la tierra; el conjunto constituye un sistema de feed back cibernético que busca un entorno físico y químico óptimo para la vida de este planeta. La preservación de condiciones relativamente constante por un control activo podría ser descrita de manera satisfactoria por el término homeostasis." página (660 y 661). Por nuestra parte, en nuestra actividad docente y a los efectos didácticos, representamos lo que denominamos el Sistema Ambiental como tres círculos concéntricos desplegados sobre el Planeta, en el central estará la Ecosfera (con sus regularidades científicas, incluido el caos y los procesos deletéreos naturales), el segundo círculo estará constituido por la Técnósfera (las tecnologías y realizaciones materiales civilizatorias humanas) y finalmente un círculo exterior compuesto por lo que denomino la Normósfera (ámbito de las normas, jurídicas, éticas, religiosas, económicas, que rigen el comportamiento humano y que tienen existencia en el mundo inmaterial del intercambio de significaciones entre los seres humanos en el marco de las sociedades humanas y su cultura; es el ámbito propio de los riesgos tecnológicos y de los impactos negativos derivados de los aspectos materiales o físicos de la actividad humana. En la Normósfera tienen lugar los procesos políticos, y se opera el despliegue de la inteligencia humana y de la razón, para producir un gobierno sistémico como culminación del esperable desarrollo de la sociedad humana a un estadio superior de armonía del proyecto humano con la Naturaleza o Ecósfera. También de los fenómenos propios de la normósfera, aunque situados en el ámbito simbólico o comunicacional, comprenden los riesgos derivados de las políticas y de las normas en cuanto generadora de efectos depredatorios.

naturaleza misma del bien protegido, esto es una vulnerabilidad que impone planificar para prevenir.

A este período fundacional del Derecho Ambiental en Uruguay pertenece también la Ley 16.466 de 19 de enero de 1994, ley denominada de Evaluación de Impacto Ambiental. Esta norma que consagra la regulación tanto del instrumento nacional por excelencia para la prevención esencial a las políticas efectivas de protección ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental, como de la Autorización Ambiental Previa, como proceso administrativo especial o técnico, contiene una norma que resulta de capital importancia para la dilucidación, a nivel legal, del concepto de medio ambiente o ambiente, en nuestro derecho positivo, desde que identifica precisamente el ámbito de lo impactado o de lo vulnerable por las conductas configurativas del impacto ambiental negativo o nocivo. Esto es, esa norma está delimitando lo que debe ser protegido, o sea, en definitiva, al medio ambiente.

Esta norma expresa:

Artículo 2º.- A los efectos de la presente ley se considera impacto ambiental negativo o nocivo toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente perjudiquen o dañen:

- La salud, seguridad o calidad de vida de la población.
- Las condiciones estéticas, culturales o sanitarias del medio.
- La configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales.

Como puede apreciarse de la simple lectura del texto transcrito surge un concepto muy amplio de medio ambiente o ambiente, desde que, la mención a los elementos físicos ocupa el numeral tercero solamente, proyectando los numerales anteriores dimensiones o facetas del concepto que amplifican el ámbito factico o empírico del concepto hacia aspectos culturales, estético, sanitarios, etc..

La mención específica a que, las actividades humanas comprendidas en el impacto incluye a las que indirectamente perjudican o dañan a los hechos, procesos y fenómenos identificados en los tres numerales, confirma esta proyección amplia del concepto.

Si bien no se trata de una definición expresa de ambiente o medio ambiente y, en tal sentido, evidentemente no se trata de la norma mentada en el Artículo 18 del Código Civil, supone un código de significación que recoge las corrientes amplias que se reflejan en la doctrina autoral que se ha repasado y en tendencias firmes del derecho comparado y de los antecedentes nacionales. De manera que, si bien no estamos en sede del art 18, CC en tanto no hay definición expresa, sí entendemos que la norma transcrita expresa con fuerza

legal el sentido que les dan los que profesan la ciencia del derecho ambiental y otras ciencias auxiliares (naturales y sociales), por lo que estaríamos en sede del art 19 del Título preliminar del Código Civil y entonces el sentido derivado de esta norma resulta aplicable a la interpretación del derecho positivo nacional.

Con fecha 28 de Noviembre del año 2000 se promulgó la ley 17283, ley general de protección del ambiente, tal como se autodenomina dicha norma, hito que configura el momento de consolidación del derecho ambiental y las políticas que lo sustentan. Por el art 1° de dicha ley, se dispone:

Artículo 1º. (Declaración).- Declárese de interés general, de conformidad con lo establecido en el Artículo 47 de la Constitución de la República:

- A) La protección del ambiente, de la calidad del aire, del agua, del suelo y del paisaje.
- B) La conservación de la diversidad biológica y de la configuración y estructura de la costa.
- C) La reducción y el adecuado manejo de las sustancias tóxicas o peligrosas y de los desechos cualquiera sea su tipo.
- D) La prevención, eliminación, mitigación y la compensación de los impactos ambientales negativos.
- E) La protección de los recursos ambientales compartidos y de los ubicados fuera de las zonas sometidas a jurisdicciones nacionales.
- F) La cooperación ambiental regional e internacional y la participación en la solución de los problemas ambientales globales.
- G) La formulación, instrumentación y aplicación de la política nacional ambiental y de desarrollo sostenible.

A los efectos de la presente ley se entiende por desarrollo sostenible aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades. La presente declaración es sin perjuicio de lo establecido por las normas específicas vigentes en cada una de las materias señaladas.

Este artículo culmina el proceso de conceptualización del medio ambiente o del ambiente, en la línea de los términos más amplios y permite fundamentar legalmente la distinción entre el concepto del ambiente como macrobien ambiental y los microbienes, el primero de carácter colectivo y fuera del comercio de los hombres y los segundos- microbienes ambientales-, de naturaleza publica o de apropiación privada según el caso. El literal A) es claro, en este aspecto, al aludir por un lado al ambiente y por otro al aire, al agua, al suelo y al paisaje. Los demás literales desde el B) al E) aluden igualmente a microbienes o aspectos sectoriales, cuya legislación sectorial o específica resulta validada por el inciso final del artículo, aunque obviamente dichas normas sectoriales o específicas, en cuanto pudieran implicar desprotecciones ambientales, por estar basadas en criterios exclusivos de utilidad humana

con desconocimiento de las exigencias del equilibrio eco sistémico estarán vigentes o abrogadas a la luz del artículo 47 de la Constitución. Por otra parte esta norma incorpora al ámbito conceptual de la protección del ambiente declarada de interés general por el Constituyente al desarrollo sostenible, lo que luego fue constitucionalizado en el artículo 47, en la reforma del 2004, pero allí con la denominación de "sustentable".

Finalmente en éste relevamiento normativo legal corresponde hacer mención a la ley N°18.308 de 18 de Junio de 2008, ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, que supone el advenimiento de una etapa de expansión del derecho de protección ambiental, precisamente por la vía de legislar al Ordenamiento Territorial como el instrumento privilegiado de ejecución de las políticas de Desarrollo Sostenible. La sola vinculación del Desarrollo Sostenible al Ordenamiento Territorial está pautando la confirmación de la orientación amplia y también antropocéntrica del concepto de medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico.

F) EL CONCEPTO EN FUENTES JURISPRUDENCIALES

A la misma conclusión de consenso generalizado en la recepción de criterios amplios y expansivos, sobre el concepto de ambiente, se llega analizando las fuentes jurisprudenciales, y la doctrina jurisprudencial que de las mismas se deriva, en cuanto a la amplitud del concepto de ambiente o medio ambiente, tanto a nivel internacional, comparado o nacional.

En diversos fallos de Cortes internacionales, los jueces han ido sentando una doctrina jurisprudencial orientada también hacia la recepción de criterios amplios y comprensivos el concepto de ambiente o medio ambiente, aunque ello es el resultado de un proceso evolutivo, pues así como ocurrió con otras fuentes del derecho internacional (como tratados o instrumentos de *soft law*¹) al concepto unitario del medioambiente y a la incorporación de elementos culturales y sociales en el mismo, se llega tardíamente.

Ya en algunos casos clásicos, como en el caso Trail Smelter que enfrentó a los Estados Unidos y Canadá, el laudo del Tribunal Arbitral, que entendió en el caso, valora como daño probado el derivado de los gases, básicamente dióxido de sulfuro, emergentes de las chimeneas de la fundición de Trail que al ingresar en las corrientes superiores de la aire eran transportadas a través de los valles en dirección a los Estados Unidos, dañando plantaciones, huertos y bosques. Estábamos todavía lejos de la emergencia de la sensibilidad ambiental, desde luego, y no se encuentra en el laudo ninguna referencia al medio ambiente como categoría jurídica protegida, pero no hay duda que el encare de la decisión, conecta el deterioro de elementos que hoy reponemos en el concepto de ambiente, con las actividades económicas desarrolladas en el área del conflicto.

En el famoso caso *López Ostra c/ España*, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que condiciones ambientales adversas, derivadas de emanaciones de humo causado por una planta de tratamiento de residuos sólidos dirigidos sobre la residencia de un vecino, que fuerzan a una persona a abandonar su morada, lo convierten en víctima (daño a través del ambiente deteriorado) y sigue siendo víctima, incluso, cuando se muda e instala en otro lugar. La exposición a condiciones ambientales adversas y su vínculo con el derecho a la intimidad personal y familiar, a la libre elección de su residencia así como el respeto a la vida privada, son constatables en el caso. Adicionalmente la Corte sostuvo que los daños probado, afectan la calidad de vida, con lo cual incluye en la protección ambiental este aspecto, evidentemente no físico.

En el caso de *Gabcikovo-Nagymaros* (1997) la Corte Internacional de Justicia sostuvo que las preocupaciones del Estado por su "ambiente natural", constituye un "intereses esencial" de ese Estado, agregando que esa esencialidad es, no solamente con relación al Estado afectado, sino a toda la humanidad y luego define al ambiente: "el ambiente no es una abstracción sino que representa el espacio de vida, la calidad de vida y salubridad de los derechos humanos, incluyendo las generaciones futuras".

Como puede observarse el proceso se cumplió y la jurisprudencia internacional asume, un concepto ahora amplio e inclusivo.

Un análisis del panorama de la jurisprudencia nacional, tomando en cuenta las fuentes disponibles a nivel del Poder Judicial como del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, confirman esta tendencia a la recepción de la concepción amplia del ambiente, desde que en términos generales, los casos que se han debatido y resuelto vinculan la gestión de recursos naturales o de procesos productivos, a la calidad de vida, al el paisaje o a las condiciones de riesgo. Así ha ocurrido con los procesos relativos a la "plombemia" de La Teja, conflictos en la zona costera, afectaciones del espacio público, etc.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial de los Tribunales uruguayos, que es firme en proclamar al medio ambiente como bien colectivo y sujeto a especial protección constitucional (cfr sentencias 59/2008 TAC 2; 20/2009 TAC 6; 260/2010 TAC 4; 37/2011 TAC 6); que dicha protección dice relación con la salud física y psicoespiritual conectándose así con el derecho a la preservación del entorno en que se vive en sus aspectos paisajísticos y estéticos y con el derecho a la vida por lo cual se legitima a su titular a promover la acción de amparo, legitimación que no se tiene cuando sólo se invocan intereses, por legítimos que sean, tanto individuales, difusos o colectivos (sentencia 2/2005 TAC 5) y que el deber de protección y conservación ambiental surge impuesto a las Intendencias directamente del Art

47 constitucional (sentencia 434/2013 Suprema Corte de Justicia), se ha mostrado, dentro de un perspectiva de amplitud en la conceptualización del objeto protegido, igualmente firme en: restringir la exigencia de estudio de impacto ambiental a las hipótesis contenidas en el art 6 de ley 16.466 y 2 del decreto reglamentario, negándose a aplicar esa exigencia como medida de fuente judicial derivada de los poderes y aún deberes que por esa condición de bien protegido especialmente y vulnerable exhibe el medio ambiente (sentencia 492/2010, TAC 5); en declarar que la vida tranquila en el hogar en condiciones de salubridad e higiene integra la protección ambiental y su alteración por una planta industrial, configura un daño ambiental y específicamente daño a la vida de relación (sentencia 260/2010 TAC 4); la judicialidad de los principios rectores de previsión y precaución en la ejecución del deber estatal de protección, sin perjuicio de distinguir claramente entre una medida típicamente cautelar y una esencialmente provisional con exigencia, en este último caso, de reclamar la necesaria bilateralidad del procedimiento (sentencia 37/2011 TAC 6); que si bien no resultó acreditada la notoriedad del impacto ambiental negativo alegado por la Fiscalía actora, en función de las normas sobre evaluación de impacto ambiental, se determina que antes de cualquier obra, los comodatarios, organizaciones gremiales que reciben en comodato, para colonia de vacaciones, espacios del único parque público de un balneario del este, deberán tramitar la autorización ambiental previa (sentencia 154/2013 TAC 1); que al estar involucrada la protección del medio ambiente en los hechos alegados en la demanda cautelar, que lo era un permiso departamental para un proyecto de desarrollo inmobiliario, es prudente y razonable mantener la medida de anotación preventiva de la litis y de exoneración de contracautela (sentencia 53/2013 TAC 6); que está vedada la por protección de los art. 47 y 72 de la Carta la violación sistemática y continuada de derecho al descanso y a gozar de un medio ambiente adecuado, libre de contaminación sonora más allá de lo razonable, en el caso de música, ruidos y vocinglería provenientes de un local comercial (sentencias 3/2003 y 65/2009 TAC 6); que configura un daño resarcible el compelimiento a abandonar el hogar, su modo de vida, su medio de vida, con las incertidumbres y aflicciones consiguientes, en el caso de campesinos que se deben mudar al pueblo como consecuencia de efectos de fumigación en el área de su vivienda rural (sentencia 100/2012 TAC 6); que así como tiene rango constitucional la protección ambiental también la tiene la separación de poderes y la atribución de competencias a cada uno, y si bien corresponde al Poder Judicial velar por el cumplimiento de la ley, en la situación planteada, de permisos de exploración y explotación de extracción de arenas, al no haber incumplimientos normativos constatados, no es permitido a los jueces entera considerar el mérito de las autorizaciones.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) se ha pronunciado en el mismo sentido de recepción de criterios amplios en la conceptualización del ambiente como bien unitario, enfatizando en la protección especial que brinda el ordenamiento constitucional y la legislación infraconstitucional, sin perjuicio de la defensa de las normativas de protección de bienes ambientales concretos (microbienes). En una importante sentencia (450/2014), por su solvente doctrina jusambiental, el TCA bajo el subtítulo "XVII) Principios de precaución y precautorio. Exigencia de Autorización Ambiental Previa para obras a realizarse en la faja de defensa costera" dijo:

"Señaló el Tribunal en la Sentencia Interlocutoria N° 364/2011, por la cual se dispuso en su momento la suspensión de la ejecución del acto aquí impugnado, que "el Derecho Ambiental se rige por los principios de precaución y precautorio, cuyo contenido implica inhibir tanto al Estado como a los particulares de desarrollar conductas cuya potencialidad dañosa para el medioambiente, no ha sido científicamente descartada". Tal temperamento encuentra respaldo en los arts. 3º, 4º y 6º lit. B) de la Ley 17.283, así como en el art. 1º de la Ley 16.466 y en el art. 11.2 del Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobado por Ley 16.519, disposiciones que, por otra parte, se compadecen con la línea trazada por el constituyente en el art. 47 de la Constitución de la República, de acuerdo con el cual: "La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores". En consonancia con dicho precepto constitucional, el art. 1º de la Ley 16.466 declaró "de interés general y nacional la protección del medio ambiente contra cualquier tipo de depredación, destrucción o contaminación, así como la prevención del impacto ambiental negativo o nocivo y, en su caso, la recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas".

En sentencia 324/2003, el TCA entendió que las normas sobre Evaluación de Impacto Ambiental, que imponen tramitar las autorizaciones ambientales previas, constituyen normas prohibitivas, y lo hecho en su contra, irroga nulidad, no subsanable por posterior "regularización" a través del dictado de autorización posterior. El mismo temperamento fue sustentado en sentencia 534/2002. Y en la sentencia 406/2000, dictada en el caso de las famosas "demoliciones en Cabo Polonio". Otras sentencias en el mismo sentido defensivo del medio ambiente o de microbienes ambientales (la faja de defensa de costas, p. ej., como en la anteriormente citada) son 505/1998 (en la cual el TCA sustenta el criterio de que, para

activar las potestades defensivas en la faja de defensa basta que la acción propuesta o cumplida sea potencialmente riesgosa o dañosa) y 709/1996, etc.

Como sentencia especialmente significativa, en la construcción conceptual del ambiente, se ha mencionado en la doctrina, a la sentencia número 59/2008 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno que califica, expresamente al ambiente como un bien colectivo.

CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO AMBIENTAL EN URUGUAY

El estudio realizado permite concluir algunas derivaciones hermenéuticas sobre el concepto de medio ambiente en la Constitución y en normas infraconstitucionales.

A) el medio ambiente (también denominado en los desarrollos infra constitucionales como simplemente ambiente) es un bien o valor, unitariamente protegido, en su unidad ecosistémica real (expresamente establecido: “La protección **del medio ambiente** es de interés general”, art 47 constitucional) por ser ámbito y soporte de la vida en todas sus formas⁵⁹, incluida la vida humana y el desarrollo de sus potencialidades materiales y espirituales⁶⁰. En tanto que sistema o “macrobien” está constituido por unidades o partes⁶¹ que igualmente están especialmente protegidos en cuanto cumplen funciones esenciales al mantenimiento, equilibrio, sanidad y sostenibilidad del Ecosistema Global, que son los microbios o recursos naturales y culturales (ley 17.283 y demás legislación ambiental sectorial y de conntación ambiental). A la regulación de la Constitución uruguaya, al nominar el bien especialmente tutelado y declarar su protección de interés general, y en un texto con obvias proyecciones a la regulación de la responsabilidad en materia ambiental (la segunda oración del art. 47 es la norma capital de responsabilidad civil ambiental), tiene consecuencias interpretativas fundamentales y en este sentido es perfectamente trasladable lo dicho por la Corte Suprema

⁵⁹ Prioridad normativa de la protección de la vida sobre la protección del agua, ambas se encuentran en relación de fin a medio: “ El agua es un recurso natural esencial para la vida”, art 47 constitucional y diferencia entre la vida mentada en este artículo y la vida que es contenido del derecho fundamental de toda persona en el art 7 constitucional que solamente la humana.

⁶⁰ Implícito en consagración del deber de abstención respecto de los efectos predatorios relevantes - actos graves, art 47 y art 3 L 17283 - y en la identificación de lo grave con lo ilícito o contravencional, siendo estas categorías de factura humana desde que el derecho es producto cultural y político.

⁶¹ Implícitamente derivado del art 47 en cuanto particulariza protecciones para un recurso, el agua o impone el deber de restaurar la naturaleza y explícitamente del art 1 de la ley 17283 más toda la legislación sectorial ambiental infraconstitucional y toda la legislación de fuente internacional, así como la inequívoca referencia a la visión del ambiente como sistema (unidad generada por la conjunción de las interacciones que se establecen entre los diferentes elementos que lo integran, cfr. Juan José González Márquez. “La responsabilidad por el daño....” página 26) derivada del mandato de considerar a la cuenca hidrográfica como unidad básica de planificación.

de Justicia argentina, en el caso Mendoza (contaminación del Riachuelo), en sentencia de 20 de Junio de 2006, donde partiendo de asumir al ambiente como bien unitario y colectivo de uso común, agregó "...está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero comprende la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad se dará lugar al resarcimiento".

B) de las normas constitucionales y legales propiamente ambientales, surge el *status* del medio ambiente (del macrobien ambiental como universalidad jurídica, y como bien colectivo *extracommercium, res communis omnium*) y de los microbienes como cosas (en el sentido civilista) o bienes o recursos ambientales. En este último sentido, deben considerarse microbienes ambientales aquellas partes o componentes del sistema ambiental o ecosistema vulnerables a la acción antrópica o conductas humanas predatorias, esto es, las relevantes por graves, es decir, por contravencionales y en último término, aquellas que inferen una pérdida significativa al ambiente. Y ello con independencia de que, dichos elementos tengan una medida de valor o puedan ser objeto de propiedad. La utilidad ambiental nada tiene que ver con la utilidad económica. Todo en la Biosfera por estar en el "plan" natural, es útil en cuanto coopera al equilibrio ecosistémico.

C) son bienes merecedores de la protección del art 47 de la Carta, por consiguiente, el macrobien "medio ambiente" y los microbienes, por lo tanto, el bien colectivo y los bienes eventualmente bajo dominio privado o público y en el comercio de los hombres (los equilibrios naturales cuyo mantenimiento es esencial en la Biosfera; los ciclos del agua y del clima; la biodiversidad; el paisaje; la capa de ozono; el patrimonio genético; el patrimonio cultural, etc.).

D) en la dicotomía o polaridad amplio - restringido el concepto de medio ambiente, en el derecho ambiental en Uruguay, se define por una importante amplitud, distanciándose de las visiones fiscalistas y asumiendo una perspectiva socio ambiental y cultural. Surge del art 47 cuando además de contaminación agrega las palabras destrucción y depredación. El diccionario de la Real Academia Española dice que "destrucción" es acción y efecto de destruir. Y destruir significa tanto como reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño. El significado de depredación, en cuanto se vincula, según la RAE, al robo y el pillaje, también tiene un referente empírico claramente amplio en cuanto a la naturaleza de lo material dañado, robado o sometido a pillaje.

E) en la dicotomía antropocentrismo / biocentrismo, aunque no monóticamente, el concepto de medio ambiente o ambiente en Uruguay es definitivamente antropocéntrico. La misma sede de ubicación de la constitucionalización de la protección ambiental (Sección II

“Derechos, deberes y garantías”) da la primera directiva interpretativa en ese sentido, lo que se completa con el texto mismo del art 47, cuya primera oración insta a la protección del medio ambiente en el ámbito del interés general, concepto cuyo referente empírico inmediato es el conjunto o la generalidad de las personas humanas, el bien común. Dos dimensiones básicas del implícito derecho a la protección en el goce del medio ambiente, resultan del texto constitucional en los expresamente reconocidos derechos de acceso al agua potable y de acceso al saneamiento, en calidad de derechos humanos fundamentales, lo que refuerza esta orientación antropocéntrica. Lo mismo puede afirmarse de la expresión: *“siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones”*, lo que contrasta con la terminante declaración del inciso segundo del artículo en cuestión, que pone una cuña más biocéntrica al asumir el valor vida de una manera general y no solamente limitada a la vida humana: *“El agua es un recurso natural esencial para la vida.”* Finalmente, la clara referencia al desarrollo sostenible y sus supuestos, consagrados en la “base constitucional” b) de la política nacional de aguas, que reza: *“La gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, ...”*, se orienta en la misma línea, sin perjuicio de la inmediata alusión a *“la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general”*, segundo embrión o cuña de biocentrismo en un texto claramente antropocéntrico.

G) la base normativa textual de interpretación, la sede de máximo nivel nacional de la normatividad jurídica de protección de la categoría medio ambiente, se encuentra en el artículo 47 de la Carta, que, a este nivel constitucional debe interpretarse a la luz de la apertura que al Derecho Ambiental de fuente exógena, realiza el juego de los artículos 72 (derechos, deberes y garantías no enumerados pero inherentes a la personalidad humana) y 332 (aplicación de la declaración de interés general como fuente de un deber estatal y de las personas y como título de intervención legal, administrativo y judicial, en caso de falta de reglamentación, y obligatoriedad de aplicación de los principios generales de derecho y del derecho ambiental, en especial).

H) la redacción actual, posterior a 2004, del artículo 47, ilumina hoy el concepto de medio ambiente, radicado en la primera oración, estampado en la reforma de 1996, con una evidente intensidad, confirmando el carácter sistémico del bien protegido, en cuanto se enfatiza respecto de un macro bien como el agua, la necesidad de políticas nacionales, planificación y ordenamiento del territorio, lo que implica tanto un curso razonado de acción como conducción integrada y alta coordinación, metas propias de los sistemas normativos adecuados al esencia sistémica de la realidad natural, mentada en esa referencia a la integración en el ciclo hidrológico y a las cuencas como unidades básicas. No hay por qué pensar

que el Constituyente tendría en el caso del suelo, de la biodiversidad o del patrimonio cultural una postura diferente a la sistémica regulada para el agua.

I) la ubicación de la regulación del medio ambiente en la Sección II de la Constitución, como una base de la nacionalidad (artículo 80, numeral sexto de la Constitución), supone el reconocimiento de la relevancia del bien protegido en la caracterización de la misma forma estatal, desde que la obligación de protección del medio ambiente se ha elevado a una jerarquía, similar a cualquiera de los otros valores o bienes (también referidos o regulados en la misma Sección II) tipificantes en nuestro Estado de Derecho como un Estado de paz, libertad y justicia agregándose el valor de la sostenibilidad ambiental, por lo que con fundamento puede hablarse del Estado uruguayo como un Estado Ambiental de Derecho.

J) el concepto de medio ambiente adquiere su plenitud, en nuestro ordenamiento, por su vínculo a la vida en sí, más que solamente al derecho a la vida. Cuando se protege el agua como recurso natural esencial para la vida en general, y no solamente humana (también la vida vegetal y animal) se hace al ambiente partícipe de la absolutez de la vida. No hay vida sin medio ambiente protegido; no hay protección ambiental atentando contra la vida y su calidad. Medio ambiente y vida en Uruguay son prácticamente, y a todo efecto, intercambiables. En este sentido nuestra carta exhibe una singularidad muy fuerte nivel mundial: si el derecho andino ha subjetivado la Naturaleza, el Derecho uruguayo aunque no se pueda afirmar técnicamente que ha reconocido a la vida como sujeto de derecho, prácticamente la ha sustantivado, en todas sus manifestaciones (cuando proteger el agua lo hace porque la misma resulta esencial de la vida), con virtualidad de poner a la acción estatal como medio del fin supremo que es su defensa, la defensa de la vida en general. Esta singularidad arroja relevantes consecuencias para el desarrollo infra constitucional del Derecho Ambiental. Sin duda de manera directa e inmediata, determina que la titularidad del bien especialmente tutelado – medio ambiente o ambiente - corresponde a la Humanidad, por sí y en su calidad de fiduciaria del resto de la vida del Planeta. En ese sentido toda persona está obligada a la defensa del ambiente y legitimada consiguientemente para ello de manera irrestricta.⁶²

⁶² Eduardo Andrés Pigretti, con todo acierto ha enseñado, (En *Ambiente y Daño*, de. Dunken, Bs. As., 2014, p.s. 92 y siguientes), al analizar la teoría del Derecho Ambiental como Revolución, del Maestro Eduardo Pigretti, que tiene un núcleo básico teórico en la naturaleza globalista del bien ambiental, en materia de responsabilidad por daños al Ambiente que supone una revisión de instituciones tradicionales del Derecho: "...en lo que se refiere a los procedimientos (Pigretti) , sostiene que es evidente que existen una serie de modificaciones a los principios que hasta ahora había sustentado el derecho en la materia....Señala así el antecedente de la legislación italiana, que reconoce que cualquier juez, de cualquier fuero y competencia, está facultado para intervenir en cuestiones ambientales si es requerido, puntualizando el autor que esta generalización de la competencia se vincula con una concepción globalista del ambiente, según la cual la gravedad de los aspectos ambientales impone ser indiferentes a regulaciones estrictas. Siguiendo en el ámbito del derecho procesal, menciona la nueva concepción de la legitimación procesal, la cual tradicionalmente requería acreditar un derecho particular afectado, consecuencia del cual el juez lo declara parte en un proceso. En el nuevo derecho ambiental, la noción de legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal que lleva necesariamente al abandono del concepto

También de esta titularidad del bien jurídico especialmente tutelado, se desprende, la más amplia difusión del derecho de defensa objetiva del Derecho Objetivo de protección del medio ambiente, camino que evidentemente ha sido asumido y profundizado en el literal c) del Artículo 6º de la ley 18,308. Ello es así porque la vinculación entre vida y medio ambiente obliga a asumir esta conclusión. No podríamos aceptar en Uruguay que la titularidad del macrobien ambiental, como bien colectivo, tal como dice la Constitución brasileña recaiga en el pueblo. Hay vida más allá del pueblo y todo lo que participa de la vida es titular del bien protegido, más allá de que el ejercicio activo de los derechos y deberes de defensa de la integridad del ambiente, requieran de una especie fiduciaria, en cuanto es la única capaz de crear y vivir el instrumento jurídico, que es la especie humana.

K) también el texto constitucional supone incorporar el ambiente a la clase de los bienes vulnerables que son, en la Sección II, objeto de tutela especial y por ello la declaración de interés general a su respecto. El medio ambiente tiene status de protección constitucional similar a la niñez, la maternidad, al trabajador. No es posible ni lícita la desprotección legal, administrativa o judicial del medio ambiente. Es una hipótesis diferente de la viabilidad jurídica de limitar el derecho subjetivo al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; pero siempre será necesario, en caso de conflicto, que el operador jurídico distinga si se trata de un asunto relativo al ejercicio y goce del derecho subjetivo a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, aplicando en caso de limitación la regla de la razonabilidad, en el contexto del bloque de constitucionalidad y de los tratados de derechos humanos y del Derecho Ambiental internacional, si se trata de cuestiones relativas a la protección del medio ambiente. En este último caso no hay permiso constitucional para desproteger. La primera oración del artículo 47 es una norma que obtura la desprotección en los términos de dicho artículo, hoy interpretado obligatoriamente por el artículo tercero de la ley 17.283, en el sentido de asimilar gravedad con ilicitud o contravención a toda norma de protección, incluido el art. 1 de la ley 17.283. De más está decir el efecto que estas conclusiones tienen sobre el acceso a la Justicia, la legitimación y las medidas cautelares, pues no solamente existe un

de parte o, por el contrario a su generalización.. Así cualquier persona podrá ser parte en determinados supuestos y sus acciones y derechos surgirán de los denominados intereses difusos”. Si esto está dicho para el Derecho Argentino, en cuya Constitución, en su artículo 41, se hace una mención, entre los legitimados para promover la acción de amparo ambiental, al afectado, seguramente es de mayor recibo en nuestro país que no tienen esa restricción a la afectación, y en el artículo 42 del CGP, otorga la representación a “cualquier interesado” y a asociaciones de interés social, o, aún más claro cuando el art. 6 lit c) de la ley 18.308, confiere a “toda persona” el derecho a demandar judicialmente la observancia de la legislación territorial. Finalmente el art. 47 de la Carta, numeral 1) lit. b) impone a los usuarios y a la sociedad civil el deber de participar (o sea, ser parte) de toda “instancia” de “control” de recursos hídricos. Nada hay sobre la faz de la Tierra que no sea “usuario del agua” (Humanidad, animales, vegetales, la Tierra). Y allí donde se demande la aplicación del derecho ambiental, por acción u omisión de alguien difícilmente no se estará configurando un acto de control sobre su uso.

deber de recurrir al órgano judicial en defensa de la protección ambiental, sino que también pesa sobre el Poder Judicial, defender el ambiente en los mismos términos que para un actor. De donde el recurso a las medidas cautelares es prácticamente una obligación más que una facultad. Todo proceso, cuando están en juego afectaciones al ambiente, por su sola duración puede ser el mejor aliado de pérdidas irreversibles al ambiente.

L) de la condición de bien vulnerable se desprenden importantes consecuencias. En primer lugar, la protección es una obligación o deber constitucional para todas las personas, físicas y jurídicas, públicas y privadas. El segundo lugar, los principios generales del derecho y del derecho ambiental, los enunciados en la ley 17283 como principios propios de la política nacional de protección ambiental, y todos los demás que integran el orden jurídico del Derecho Ambiental en Uruguay y global, adquieren un altísimo valor en su triple función directriz, interpretativa e integrativa, en atención a la multiplicidad de las formas que reviste la vulnerabilidad, lo que hace imposible esperar un a regulación legislativa y reglamentaria, suficientemente completa y tempestiva como para tener respuestas adelantadas a las circunstancias dañosas. En tercer lugar la exigibilidad el juicio de sostenibilidad y de protección en todo acto de Estado, sea legislativo, administrativo o judicial, y la consiguiente posibilidad de reclamar la invalidez de cualquier acto de Estado, de cualquier autoridad que implique desprotección del medio ambiente. En cuarto lugar, el deber del Estado de adecuar las estructuras de prestación de los servicios encargados de hacer efectiva la obligación estatal de protección o defensa del medio ambiente, a la más eficaz y eficiente proximidad física, procedimental y sustantiva con los procesos y fenómenos ambientales. En este último sentido el proceso de producción de los actos Estado (sean leyes, sentencias, reglamentos u otros actos administrativos), deben repensarse íntegramente. Lo normativo e institucional debe adecuarse para el tratamiento de problemas sistémicos, colectivos, globales. El mismo proceso de elaboración de la ley, debe ajustarse a la condición altamente técnica y científica que la regulación del medio ambiente demanda. Ni qué decir se la imperiosa necesidad de ajustar la actividad judicial.

M) el art. 47 constitucional y la ley 17283, fundamentalmente han integrado al concepto de titularidad del bien jurídico ambiente o medio ambiente, una faceta dinámica, referida a la protección de la capacidad de las generaciones futuras para atender a sus propias necesidades. Más allá de la necesaria conclusión que ni la Carta ni la ley, aluden a derechos de las generaciones futuras, sino a su "capacidad", está claro, que de esrta enunciación sí surgen deberes para la actual generación y para el Estado, que son perfectamente reclamables en vía administrativa o judicial.

En definitiva propondríamos una definición del sentido jurídico, en el Derecho Ambiental en Uruguay, de (medio) ambiente en los siguientes términos: el medio ambiente o ambiente es un bien o valor (macrobien ambiental) que constituyendo un sistema es especialmente tutelado como tal en razón de su vulnerabilidad, por el ordenamiento constitucional; sistema a la vez natural y artificial, en el que son discernibles componentes naturales (ecosistema natural, medio ambiente primario) y socioculturales (medio ambiente secundario), siendo el Hombre y su cultura parte inseparable del mismo y estando los elementos orgánicos e inorgánicos, pertenecientes a los diversos reinos de la Naturaleza, en todos los estados de la materia, y el patrimonio cultural, protegidos y regulados, por el derecho positivo, en su interacción sistémica y especificidad sectorial, constituyendo microbienes ambientales⁶³.

⁶³ La textualidad normativa (incluidas normas de *soft law* que se citan) básica de esta investigación, para elaborar el concepto que se ha propuesto, y a cuya consulta remitimos al lector, está constituida por los Artículos 7, 47, 72, 80 num 6º y 332 de la Constitución de la República; ley N° 16.112 de 30 de Mayo de 1990 (especialmente Artículos 1º y 3º num. 6 y 7); ley N° 16.466 de 19 de Enero de 1994; ley N° 17.283 de 28 de Noviembre de 2000; ley N° 17.712 de 27 de Noviembre de 2003; ley N° 18.308 de 18 de Junio de 2008; Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972 y Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.

BIBLIOGRAFIA

- ABED, S; CAFFERATTA, N; GOROSITO, R. ed al. Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay, Ed. IDEA.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Madrid España, 2014, página 659 y siguientes
- BOTHAMLEY, J. *Dictionary of Theories*. Gale Research Int., London, 1993.
- BRAÑES, R. *El desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación*. PNUMA/ORPALC, México, 2000.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. «Derecho Ambiental», Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- CAUMONT, A; MARIÑO LOPEZ, A. *El medio ambiente como eje de un derecho subjetivo y su correspondiente deber* A.D.C.U, T. XXVII.
- CORREA FREITAS, R.; VÁZQUEZ, C: *La reforma constitucional de 1997. Análisis constitucional y administrativo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.
- DI TRINDADE AMADO, F.A. *Direito Ambiental*. Editora Metodo, Brasil, 2011.
- DÍAZ, H. *Responsabilidad por daños ambientales: el daño ambiental y la relación de atribución*. Sistema uruguayo, en *Revista Judicatura*, número 54, julio de 2013.
- DI TRINDADE AMADO, F.A. *Direito Ambiental*. Editora Metodo, Brasil, 2011.
- ESAIN, J. "El concepto de medio ambiente", publicado en "Ambiente sustentable", Obra Colectiva del Bicentenario, Tomo I, Amancay Herrera (Coordinadora), Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires, 2010.
- FALBO, A. "Derecho Ambiental", Librería Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, 2009.
- FAYT, C.S. *Derecho Político*. T. I. Depalma. Bs. As. 1985.
- GADAMER, H.G. *Verdad y Método II*, Ed Sígueme, Salamanca, 1992.
- GONZÁLEZ MÁRQUEZ, J.J. *La responsabilidad por el daño ambiental en México*, edición de la Universidad autónoma metropolitana, México 2002.
- GOROSITO ZULUAGA, R. *Principales hitos en el Desarrollo del Derecho Ambiental en Uruguay desde 1992*, en *De Río a Johannesburgo: Perspectivas del Derecho Ambiental en Latinoamérica*, Ed. de PUNUMA/ UICN, México-Costa Rica, 2002.
- GROS ESPIELL, H. "La protección del medio ambiente en el Derecho Constitucional, en *Reforma Constitucional 1997*. Edición de la Universidad Católica Dámaso

- Antonio Larrañaga y de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Montevideo, 1997.
- HEIDEGGER, M. Ser y Tiempo. Edición electrónica de www.philosophia.cl /Escuela de Filosofía. Universidad ARCIS.
- JACQUENOD DE SZÖGÖN, S. “Antropología Ambiental, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.
- JACQUENOD DE SZÖGÖN, S. El Derecho Ambiental y sus principios rectores, MOPU, Madrid, 1989.
- JACQUENOD DE SZÖGÖN, S. Derechos humanos y recursos naturales en Los derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos. Carlos Espinosa Gallegos y Camilo Pérez Fernández Editores. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad. Edición del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Secretaría de Desarrollo Normativo, Quito, Ecuador, 2011.
- JORDANO FRAGA, J. La protección del derecho medio un medioambiente adecuado. J M Bosch Editor Sociedad Anónima, Barcelona, España, 1995.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. Introducción al Derecho. FCU. Montevideo, 1981.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. La Constitución Nacional. Ed. del Senado de la República. Montevideo, 1988.
- KANT, E. The Science of Right. The Great Books Books of the Western World. Encyclopaedia Britannica, USA, 1994.
- LORENZETTI, R.L. Teoría del Derecho Ambiental . LA LEY, Bs. As. , 2008.
- MACHADO GRANZIERA, M.L. “Direito ambiental”, Editorial Atlas, Sao Pablo, 2014.
- MAGARIÑOS DE MELLO, M.J. La protección del medio ambiente en Reforma Constitucional 1997. Edición de la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga y de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Montevideo, 1997.
- MAGARIÑOS DE MELLO, M. J. Editado y Ordenado por Ricardo Gorosito Zuluaga. Medio Ambiente y Sociedad. Fundamentos de política y derecho ambientales. Teoría general y praxis. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2005.
- PRIEUR, M. Droit de l’Environnement, Dalloz, Paris, 1996.
- PIGRETTI, E.A. Ambiente y Daño”, Dunken, Bs. As., 2014.
- ROJAS, A. ¿Desarrollo sustentable o desarrollo de la sustentabilidad ecológica y social? en Medio Ambiente y Desarrollo. Ricardo Katz y Gabriel Del Fávoro. Alfabetá Impresores. Santiago de Chile, 1993.

- SAETTONE MONTERO, M. «Marco normativo de la protección del medio ambiente», en “Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
- SAINT THOMAS AQUINAS. *The Summa Theologica*. Volume II. *The Great Books of the Western World*. Encyclopaedia Britannica, USA, 1994.
- TORRES LÓPEZ, M.A; ARANA GARCÍA, E. *En Derecho Ambiental*, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.
- ZAFFARONI, E. R. *La Naturaleza como persona: de la Pacha Mama a la GAIA en Los derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos*. Carlos Espinosa Gallegos y Camilo Pérez Fernández Editores. Serie Justicia y Derechos Humanos. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Edición del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Secretaría de Desarrollo Normativo, Quito, Ecuador, 2011.

Para citar este artículo: Ricardo Gorosito, “El sentido jurídico del concepto y bien fundamental “medio ambiente”, *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp. 87-139

Recibido: 16/02/2016

Revisado: 19/4/16

Aceptado: 25/5/16

Primeras reflexiones generales sobre las sentencias de inconstitucionalidad referidas a la ley de medios

First reflections on the rulings of unconstitutionality regarding de Media Law

*Martín Risso Ferrand**
Universidad Católica del Uruguay

RESUMEN: El autor procede a un análisis de las primeras sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Suprema Corte de Justicia respecto a la ley 19.307 y realiza un estudio respecto a las novedades (compatibles o no) que implican respecto a la jurisprudencia general de la Corte (con prescindencia de su incidencia en la ley). Se detectan así avances importantes en cuanto al concepto de “razones de interés general”, principio de proporcionalidad, relacionamiento de la Constitución con el Derecho Internacional, la posibilidad de considerar opiniones de jurisdicciones internacionales, etc. También se constata que, a veces en mayoría y en alguna ocasión por unanimidad, la Corte continúa con algunos criterios históricos que pueden ser altamente cuestionables.

ABSTRACT: The author proceeds to an analysis of the first judgments of unconstitutionality issued by the Supreme Court, regarding law No. 19.307 and performs a study of the novelties (shareable or not) involving the Court’s general jurisprudence (regardless

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. Investigador ANII. Contacto: MRISSEO@ucu.edu.uy

of it's impact on the law). Significant progress was also detected on the concept of "reasons of general interest", the principle of proportionality, the relationship of the Constitution with the International Law, the possibility of considering opinions of international jurisdictions, etc. It is also found that, sometimes by majority vote and on occasion unanimously, the Court continues with some historical criteria that can be highly questionable.

PALABRAS CLAVE: Inconstitucionalidad de las leyes; rol del juez constitucional; razones de interés general

KEYWORDS: Unconstitutionality of laws; role of the constitutional court; reasons of general interest.

I. INTRODUCCIÓN

Se han dictado las primeras sentencias relativas a las pretensiones de inconstitucionalidad promovidas contra la ley 19.307, habitualmente llamada “ley de medios”. En cada demanda, y según quien es el actor, se cuestionan distintos artículos de dicha ley que se consideran inconstitucionales. Si bien quedan aún muchos expedientes en que la Corte deberá pronunciarse y que puede haber otras disposiciones cuestionadas o, eventualmente, declaradas inconstitucionales, parece que ya se está en condiciones de comenzar el análisis de estos pronunciamientos. Puede aparecer, además, algún cambio de jurisprudencia (téngase presente que en muchos puntos la Corte se pronuncia por tres votos a dos, por lo que cualquier cambio de integración de la Corte puede afectar la decisión).

Por supuesto que en los casos resueltos con autoridad de cosa juzgada los eventuales cambios jurisprudenciales no afectarán la situación de quienes ya obtuvieron sentencia.

Estas sentencias pueden ser analizadas al menos con tres perspectivas: a) una con carácter general, detectando aquellos aspectos que van más allá de la ley de medios y que implican cambios o ajustes trascendentes en la jurisprudencia general de la Corte y en sus criterios históricos; b) otra para determinar la incidencia concreta en la ley de medios y la evidente necesidad de que se introduzcan modificaciones en ella para ajustarla a los criterios derivados de las sentencias; y c) por último, con una perspectiva política, para referir al principio de separación de poderes, rol de la Corte y del Poder Judicial en general y relacionamiento entre el Poder Judicial y los poderes políticos.

De las tres perspectivas, sólo se utilizará en este trabajo la primera, dejando la segunda para otro artículo separado y postergando la tercera para más adelante, para tener un período de análisis y reflexión mayor.

El estudio se realizará sobre las sentencias de la Suprema Corte de Justicia No. 79 de 5 de abril de 2016 (redactada por el Dr. Felipe Hounie) y 87 de 11 de abril de 2016 (redactada por la Dra. Elena Martínez).

Una precisión necesaria refiere a los objetivos y extensión del presente trabajo. En esta parte general no se podrá analizar en profundidad cada uno de los puntos que se mencionarán, sino que se señalará cada uno, con las referencias y remisiones que sean necesarias, procurando el análisis crítico de los criterios de la Corte. Esta autolimitación responde a que muchos de los puntos a considerar refieren a temas centrales del Derecho Constitucional por lo que si se analizará cada uno en detalle este trabajo se transformaría en un libro sumamente extenso lo que no coincidiría con el objetivo perseguido.

Para el análisis se dividirá la exposición distinguiendo aquellos aspectos que se considera que significan buenas noticias respecto a la jurisprudencia general de la Corte en materia de inconstitucionalidad, de otros que, siendo nuevos o meras reiteraciones de criterios anteriores, no podrían entenderse como avances en la materia.

II

BUENAS NOTICIAS

A) LAS “RAZONES DE INTERÉS GENERAL”

Desde 1830 en nuestras Constituciones ha regido el principio de legalidad en lo que a la limitación de los derechos constitucionales refiere. Pero desde 1934, además de la garantía formal (necesidad de ley), para que la limitación pueda ser válida, se agregaron requisitos materiales¹ con los cuales debe cumplir el legislador. La referencia más reiterada es la exigencia de que las leyes respondan a “razones de interés general”, pero también aparecen otros: orden público, salud pública, utilidad pública, seguridad, etc. Siempre se entendió que las razones de interés general constituían el concepto más amplio (el género), mientras que las restantes están comprendidas dentro de aquellas (serían especies dentro del género). Asimismo, siempre se consideró que la ausencia de “razones de interés general” implica un vicio de inconstitucionalidad que conduce a la inaplicabilidad de la disposición legal. En algunos casos, aunque no en muchos, la Corte dictó sentencia de inconstitucionalidad respecto de disposiciones que no cumplían con la exigencia de haber sido dictadas conforme “razones de interés general”.

¹ SCJ, sentencia 79/2016 p. 40, se toma la distinción doctrinal entre garantías formales y materiales.

En los años 40 del siglo XX, Justino Jiménez de Aréchaga realizó los primeros aportes en cuando al alcance de la compleja noción de razones de interés general² y la doctrina posterior se mantuvo dentro de este esquema analizando esta noción a la luz del principio de razonabilidad, lo que hacía que la aplicación de esta exigencia constitucional fuera muy difícil. Recién el siglo XXI se postuló una segunda visión más acorde a los tiempos que corren³.

Al mismo tiempo debe recordarse que esta noción es utilizada por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) lo que ha llevado a pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señalando las dificultades que presenta esta expresión, sus riesgos (puede ser utilizada no como garantía de los derechos humanos sino como mera excusa política para su restricción) y señalando cuales son las interpretaciones correctas y las incorrectas de esta noción⁴. Lamentablemente nuestro sistema político no siguió las pautas de la Corte IDH y, frecuentemente, utilizó esta noción como sinónimo de interés de la mayoría (en perjuicio de las minorías) lo que es algo claramente opuesto a nuestra Constitución y a la CADH⁵.

La auspiciosa novedad de la sentencia 79/2016, es que toma el concepto moderno de “razones de interés general”, lo que es una excelente noticia para futuras acciones contra leyes que limiten derechos humanos.

¿Cuáles serían los puntos de partida para el análisis del significado de la expresión “razones de interés general” que utiliza nuestra Carta? Pues parece claro que en pleno siglo XXI, con el aporte e incidencia del Derecho Comparado y, en especial, de la jurisprudencia internacional, el estudio de esta noción tiene bases claras:

- a) En el marco Constitucional uruguayo sólo pueden ser limitados por ley aquellos derechos respecto a los cuales exista una habilitación constitucional expresa en este sentido. Si no existe dicha autorización, la propia noción de Constitución rígida, impedirá que el legislador limite el derecho pues esto implicaría una modificación de la Carta por un acto inferior y sin cumplir con los procedimientos del artículo 331⁶. Se volverá sobre esto más adelante.

² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Edición Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, p. 215 y ss.

³ RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, tomo I, reimpresión 2015, FCU, Montevideo, p. 486/501 y, en especial, del mismo autor *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición ampliada y actualizada, FCU, Montevideo 2011, p. 110/136.

⁴ Corte Idh, Opinión Consultiva 6/86. Riso, Martín, *Derecho ... cit.*, p. 495 y ss.

⁵ RISSO FERRAND, Martín, *Algunas ... cit.*, p. 119 y ss.

⁶ RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas... cit.* p. 59 y ss.

- b) La noción de “derecho preexistente” sugerida por Jiménez de Aréchaga en los años cuarenta y utilizada por la doctrina posterior, se aproxima a la noción moderna de “contenido esencial” del derecho, o sea, la expresión del núcleo de máxima abstracción del derecho y que, por eso, es ilimitable y no puede ser afectado. La desnaturalización del derecho, por afectación del contenido esencial, es inconstitucional.⁷
- c) El principio de reserva legal, en tanto garantía de los derechos humanos, resulta básico para la defensa de dichos derechos.
- d) Las razones de interés general, en ningún caso, pueden ser consideradas como excusas para la desprotección de algunos derechos, ni como guía para la protección de intereses mayoritarios. Por el contrario, la única acepción válida, es reconocer que son una garantía de todos los derechos humanos.
- e) Asimismo, de ninguna manera, puede aceptarse que los derechos humanos estén subordinados o sometidos a las razones de interés general y menos a un “interés general” a secas. La solución de principio es la protección (el principio de protección tiene rango constitucional en el artículo 7 y ss. de la Carta y convencional en los artículos 1 y 2 de la CADH), y la limitación es la excepción. Es cierto que dentro del ámbito preciso de la excepción ésta prima sobre el principio, pero esto es lo que pasa siempre que analizamos una excepción respecto al principio general. La solución de principio es la protección y son las “razones de interés general” las que están subordinadas a los derechos humanos.⁸

Aclarado lo anterior, la noción de razones de interés general debe ser construida de la siguiente forma:

- a) En primer lugar, deben respetarse los principios generales del Derecho Constitucional y del DIDH, en la medida que las razones de interés general no pueden conducir a destruir los grandes principios (libertad, igualdad, protección de los derechos, protección de las minorías, etc.), pues esto desnaturalizaría el sistema establecido constitucionalmente.
- b) En segundo lugar, este concepto debe construirse a partir de la Carta y del DIDH, lo que implica que cada derecho humano en juego deberá ser conside-

⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución ... cit.*, tomo p. 219 y ss. Riso, Martín, *Algunas ... cit.*, p 60 y ss.

⁸ RISSO, Martín, *Algunas ... cit.*, p. 101/110.

rado y debidamente ponderado a estos efectos. Esto es, la noción de razones de interés general se debe construir a partir de la consideración de todos los derechos humanos contenidos en la Constitución y en el DIDH. El objetivo final es la defensa y efectividad de todo el sistema de derechos humanos, sin excluir a ningún derecho.

- c) La Suprema Corte ha distinguido con razón el estudio de estas razones del análisis de la conveniencia u oportunidad de la ley, que queda fuera del control de constitucionalidad.⁹ También ha recurrido la Corte a la noción de razonabilidad a estos efectos¹⁰.
- d) El fin perseguido por el legislador con la limitación del derecho, además de existir, debe ser compatible con la Constitución. No alcanza con que las mayorías legislativas lo compartan, sino que debe ser compatible con la Carta.
- e) El principio de razonabilidad, pero muy especialmente el principio de proporcionalidad, resulta básico para la determinación de si se cumple o no con la exigencia constitucional de que la limitación responda a razones de interés general.¹¹

Respecto al fundamento constitucional del principio de proporcionalidad a estos efectos, se ha dicho¹²:

El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad, como ya se señaló, responden al común propósito de controlar el ejercicio de la potestad legislativa a la hora de limitar o restringir derechos humanos, y ambos tienen un origen jurisprudencial. En el caso de la proporcionalidad el principio fue subdividido en tres componentes o pasos (idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto) lo que facilita enormemente su conceptualización. El principio de razonabilidad resulta más vago, oponiéndose a lo arbitrario y reclamando la existencia de motivos y fines justificables a la hora de la regulación de los derechos humanos. Ambas nociones tienen puntos de contacto y diferencias.

Lo anterior ha llevado a que en muchos casos se ha procedido a realizar un análisis conjunto de ambas nociones y muchas veces una se subsume en la otra desapareciendo las diferencias. U otras veces se utiliza una de las expresiones en un sentido amplio comprendiendo ambos conceptos.

⁹ LJU 13.033. Y sentencias SCJ: 12/81, 69/82, 404/85, 237/87, 234/95, etc.

¹⁰ LJU 13033. Sentencias SCJ: 42/93 y 234/95.

¹¹ Al respecto: RISSO FERRAND, Martín. *Algunas ... cit.* p.134 y ss.

¹² RISSO FERRAND, Martín, *Algunas ... cit.*, pp. 134 y ss.

Estos dos principios, o ambos fusionados, han tenido un extraordinario desarrollo en el mundo occidental, y hoy es sencillo encontrar que los mismos son utilizados para analizar la regularidad de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Todos estos deben ser razonables (no arbitrarios) y no ser desproporcionados.

Sin analizar similitudes y diferencias parece claro que, mediante la utilización de ambos instrumentos, podemos concluir sin mayores dificultades que las leyes que limitan o regulan los derechos humanos (o en general todo acto jurídico), deben presentar ciertas características y cuando éstas faltan ingresaremos en el campo de la inconstitucionalidad. A saber:

Las leyes que limitan, restringen o simplemente reglamentan derechos humanos deben ser “razonables”, por oposición a arbitrarias. Esto deriva de la propia noción de Estado de Derecho sin dificultad alguna y no se requiere de previsiones expresas de interdicción de la arbitrariedad como ocurre en la Constitución española. Las leyes no pueden responder a caprichos, sino que deben tener una finalidad, y ésta debe ser razonable y racional en términos constitucionales. Debe procurar los fines explícita o implícitamente definidos por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una ley arbitraria, caprichosa, que no responda a ningún propósito o cuyo fin sea contrario a las normas superiores o simplemente resulte manifestamente injusta, no puede ser considerada ajustada a la Constitución y deberá ser declarada inconstitucional por violar o exceder el parámetro de la razonabilidad.

Además, para quienes separen las nociones de razonabilidad y proporcionalidad, la ley, además de razonable, deberá cumplir con el principio de proporcionalidad. En cambio, quienes analicen ambos principios en forma conjunta, concluirán que una ley que no cumple con los parámetros de proporcionalidad no puede ser razonable o, a la inversa, que no puede cumplir con la máxima de proporcionalidad una ley no razonable.

Sin perjuicio de la opción que se prefiera es evidente que, además de lo mencionado en el precedente literal “A”, la ley deberá ser evaluada en cuanto a su proporcionalidad en la restricción o afectación de uno o varios derechos, lo que implica el estudio de (a) su idoneidad para lograr el fin perseguido; (b) la necesidad de la restricción (sólo puede admitirse la limitación cuando no haya otro camino para cumplir con el fin o no haya una forma menos gravosa para el derecho intervenido); y (c) que cumpla con la ponderación en sentido estricto.

En el marco de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos humanos, no puede admitirse la regularidad jurídica de ningún acto que no cumpla con un juicio de razonabi-

lidad y de proporcionalidad en los términos indicados. No hay lugar ni puede ser admitido en un Estado de Derecho el actuar fuera o contra el Derecho y no puede admitirse el actuar irrazonable ni el desproporcionado.

A esta altura cabe preguntarse si estos dos principios pueden ser aceptados en nuestro marco constitucional y si se arriba a una respuesta afirmativa se deberá analizar si la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley no razonable o desproporcionada.

Creo que a las dos respuestas, ambas afirmativas, se llega sin mayores dificultades. Y no hay que innovar ya que los desarrollos jurisprudenciales extranjeros son enteramente trasladables a nuestro país.

El artículo 7 de la Constitución, refiriendo a la garantía sustancial más frecuente (razones de interés general), nos está indicando, hasta con el uso de la expresión “razones” que las leyes que limiten derechos humanos deben ser conformes la razón, razonables, y esta razonabilidad se orienta hacia la noción de interés general como garantía de todos los derechos humanos, como ya fue estudiado. Si no existe esta razonabilidad que exige el artículo 7, y otras disposiciones constitucionales, es evidente que la ley será inconstitucional.

En cuanto al principio de proporcionalidad, aparece como una consecuencia lógica de la aceptación anterior. No puede ser “razonable” (no puede estar fundado en “razones”) el ejercicio de la potestad legislativa cuando la ley: (a) no es idónea para lograr el fin perseguido y por lo tanto se sacrifica un derecho sin ningún sentido, sin que sirva para nada, sólo por capricho o error; (b) ni cuando no es necesaria la restricción, ya que siendo la solución de principio la protección del derecho sólo puede admitirse la limitación cuando no haya otra alternativa; y (c) ni cuando existe una desproporción en los intereses y valores en juego (imaginemos que a los efectos de evitar situaciones de violencia en la vía pública, que ocurren con más frecuencia en la noche, se prohíbe circular por las calles luego de la caída del sol: hay en el ejemplo una desproporción en el manejo de los valores seguridad y libertad ambulatoria).

Es a mi juicio evidente que los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, analizados en forma separada y acumulativa o ambos fusionados, tienen un incuestionable rango constitucional en Uruguay. Esta jerarquía constitucional fluye con claridad de la Constitución, de la misma forma que ocurre con todas, o casi todas, las constituciones democráticas contemporáneas. Se trata de dos principios aceptados sin dificultades por los órganos judiciales nacionales (en los Estados de Derecho obviamente) y por los jueces internacionales.

Hay un triple fundamento en Uruguay para la aceptación del rango constitucional de estos dos principios (razonabilidad y proporcionalidad): (i) serían ambos consecuencia lógica

e inevitable del Estado de Derecho que establece la Constitución nacional (no hay espacio constitucional para la arbitrariedad o el obrar desproporcionado, como se desprende del propio artículo 7); (ii) son garantías (de los derechos humanos en cuanto limita la actuación de los Poderes de gobierno) inherentes a la persona humana por lo que ingresan a la Carta por la vía del artículo 72; y (iii) también aparecen como principios derivados de la forma republicana de gobierno, en tanto son límites para el obrar de las mayorías que no pueden avasallar los derechos humanos de un sujeto o de las minorías (también con base en el artículo 72).

No puede haber dudas, en consecuencia, respecto a que la Suprema Corte de Justicia, sin ingresar en cuestiones de mérito o de valoración política, puede y debe analizar la razonabilidad de la ley limitadora de los derechos humanos y la existencia de una adecuada relación entre los medios utilizados por el legislador y los fines perseguidos por la ley (proporcionalidad). Y cuando la ley no cumpla con el parámetro de razonabilidad o con el juicio de proporcionalidad deberá declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal en juego, por violar principios de rango constitucional.

En definitiva, esta jurisprudencia, adoptando criterios modernos y protectores de los derechos humanos, es sin duda una excelente noticia. La forma de comprobar si se ha cumplido o no con las exigencias de “razones de interés general”, es con el principio de proporcionalidad.

B) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Íntimamente vinculado con lo expresado precedentemente (la verificación de la existencia de razones de interés general se hace, básicamente, a través del principio de proporcionalidad), la Corte, en la sentencia 79/2016, hace expresa mención a este principio y a sus tres componentes¹³. De esta forma ya no puede haber duda alguna en cuanto a la pertinencia de utilizar el principio de proporcionalidad a los efectos de verificar si una disposición legal cumple con las exigencias de haber sido dictada por “razones de interés general”, ni en cuanto al alcance y contenido de este principio. A los efectos de determinar si una norma cumple o no con este principio se deben analizar sucesivamente: (a) la idoneidad de la disposición para alcanzar el fin perseguido (que obviamente debe ser ajustado a la Constitución), (b) comprobada la idoneidad se debe pasar a comprobar la “necesariedad” de la limitación del derecho (esto es, si existe alguna otra forma de alcanzar el objetivo perseguido que no lesione el derecho humano en juego o lo lesione con menor intensidad) y (c) si se pudieron sortear los dos pasos anteriores, se pasa a la “ponderación en sentido estricto” que implica comparar

¹³ SCJ, sentencia 79/2016 p. 43 y ss.

y pesar los argumentos a favor y en contra de la limitación del derecho. Por supuesto que la ponderación no es libre, sino que existen reglas, pautas y criterios que deberán ser seguidos¹⁴.

También la Corte, siguiendo a Casal, recoge otros conceptos también postulados por la doctrina nacional, tales como la necesidad de que el fin sea lícito (conforme la Constitución), que no se afecte el contenido esencial de los derechos humanos, que no se desnaturalicen los principios generales de la Carta y del DIDH, que se cumplan con las exigencias razonables de una sociedad democrática, etc.¹⁵

En definitiva, nuevamente, y más allá de la ley de medios, la sentencia nos da auspiciosas novedades que se manifiestan con la aceptación por parte de la Corte de criterios básicos, más modernos, utilizados por las jurisdicciones constitucionales más prestigiosas y por las jurisdicciones internacionales. Esto debe conducir, necesariamente, a una mejor protección de los derechos humanos frente a las leyes.

C) APROXIMACIÓN ENTRE LOS ÓRDENES NACIONAL E INTERNACIONAL Y APROXIMACIÓN Y DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL CON LA CORTE IDH

En la sentencia 365, de octubre de 2009, calificada por algunos (por su Considerando final) como la sentencia referida a Derecho Constitucional más importante de la historia de la Corte¹⁶, se ha señalado:

[...] La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón: “El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)” en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo 1957, p. 604).

[...] En la misma dirección, Riso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos

¹⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos humanos*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda reimpresión, 2001. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho ... cit.*, p. 546 y ss.

¹⁵ RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías ... cit.*, p. 64 y ss.

¹⁶ Me remito a lo dicho en RISSO, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos*, N. 8, Edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2010, pp. 9/29.

integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Risso Ferrand, Martín: Derecho Constitucional, tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit. ps. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... al momento de dictarse la ley -y, más tarde, la sentencia- debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos [...]”.

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende del ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestio-

nada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (ob. cit. p. 126).

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso Barrios Altos, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso Almonacid Arellano y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso La Cantuta).

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N° 15848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.

En definitiva, es claro que la Suprema Corte de Justicia consideraba en 2009, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos resulta directamente aplicable en el ámbito interno con rango constitucional. El fundamento podrá encontrarse en el artículo 72 de la Constitución o en la más moderna noción del “bloque de los derechos humanos”. Ambos fundamentos son complementarios y conducen a las mismas consecuencias. Asimismo, la Corte da gran importancia a consideraciones internacionales, comprendiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH y jurisprudencia y derecho extranjero. Esta trascendencia, y hasta podría agregar la necesidad de recurrir a estos elementos, no implica, a juicio de la Corte, que los pronunciamientos internacionales sean obligatorios.

En la sentencia 79/2016, la Corte sigue esta línea. No considera obligatorios los pronunciamientos de la Corte IDH en su jurisprudencia general (en casos en que Uruguay no fue parte), pero sí los analiza en tanto opiniones especialmente relevantes que deben ser consideradas. En la especie, la Corte se detiene especialmente en la Opinión Consultiva 5 del año 1985 en lo relativo a la libertad de expresión de pensamiento.

D) LA “MAYORÍA” DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LA CARTA PUEDEN SER LIMITADOS POR LEY

La Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia N° 80, de 30 de abril de 2008, ha señalado que “[...] Además, y como lo ha recordado reiteradamente la Corporación, si bien el derecho al retiro adecuado está amparado constitucionalmente, el mismo, *como todo otro derecho individual, no es absoluto ni irrestricto y tolera las limitaciones que la Ley establezca por razones de interés general*” (el énfasis obviamente me pertenece). Otras veces la Corte ha señalado que todos los derechos son relativos (ninguno es absoluto) por lo que todos pueden ser limitados por ley, aunque ha agregado en alguna ocasión que el único derecho absoluto es el derecho a la vida.

También puede encontrarse en nuestro país, fuera de la jurisprudencia, alguna referencia ligera al tema que sostiene que todo derecho humano puede ser limitado por ley (dictada por razones de interés general), en afirmaciones de las que parece desprenderse que la solución de principio en la materia es la potestad legislativa de restringir derechos humanos cumpliendo con ciertas limitaciones materiales (que la ley sea dictada por razones de interés general es la exigencia que aparece con más frecuencia en la Constitución aunque no la única).

Pero en contra de lo anterior nuestra mejor doctrina constitucionalista ha sostenido algo distinto. Justino Jiménez de Aréchaga, analizando la Constitución de 1942, luego de descartar que la expresión “privado” de la segunda oración del artículo 7 pueda ser interpretada en su sentido textual sino que refiere a “limitación” y nunca a privación lisa y llana (a cuyos efectos aporta importantes estudios históricos para ver el sentido de la expresión)¹⁷, distingue en el artículo 7 dos tipos de derechos: (i) los *derechos reconocidos, preexistentes o anteriores* a la Carta (derecho a la vida, derecho al honor, derecho a la libertad, derecho al trabajo, derecho a la seguridad y derecho de propiedad) y (ii) los *derechos creados o consagrados* por la Constitución (derecho a ser protegidos en el goce de los derechos anteriores).

Y agregaba que sólo los derechos de la segunda categoría (derecho a ser protegido en el goce de los derechos preexistentes) podían ser objeto de limitación por ley¹⁸ y nunca los preexistentes. En el mismo sentido pueden mencionarse las opiniones doctrinales posteriores.¹⁹

Cassinelli, a su vez, distinguió claramente los casos en que los individuos son titulares, frente a la ley, de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Serán titulares de un derecho subjetivo cuando la ley no pueda limitar el derecho y el único comportamiento válido sea la

¹⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Ediciones Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, pág. 219.

¹⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo I, pág. 220 – 221.

¹⁹ También RISSO FERRAND, Martín, *Algunas ... cit.*, p. 59 y ss.

protección del derecho. Esto ocurre en los casos de los derechos preexistentes (o reconocidos) y en aquellos en que la Constitución consagra un derecho pero no habilita que sea limitado ni siquiera por ley.²⁰ Esto ocurre en varios casos: prohibición de la pena de muerte, recurso de hábeas corpus, el derecho a recibir la asistencia médica de la oración final del artículo 44, etc. Fuera de estos dos casos, cuando la Constitución expresamente habilita la limitación de un derecho, ésta podrá ser llevada a cabo. En estas últimas hipótesis estaremos frente a intereses legítimos eventualmente lesionados por la ley.

La determinación de cuando estamos en un caso de titularidad de un derecho subjetivo y cuando se lesiona un interés legítimo, es un problema de derecho positivo. Cuando la Constitución no habilita la limitación legal deberá considerarse que la restricción será inconstitucional: la ley no puede modificar lo establecido por la Carta. Cuando por excepción, la Constitución autorice la limitación, y sólo dentro del alcance preciso de la excepción, será viable la limitación.

Da la impresión que la Corte ha corregido su posición histórica, aproximándose a la posición ampliamente mayoritaria en doctrina, al expresar en la sentencia 79/2016 que la “mayoría” de los derechos constitucionales pueden ser limitados.²¹

E) INTERPRETACIÓN “CONFORME”

Esta forma o tipo de interpretación, requiere de dos puntos de partida claros. Por un lado, como enseñaba Cassinelli Muñoz en sus clases, existe un principio que él denominaba de “aplicación integral del ordenamiento jurídico”. Esto significa que el orden jurídico no se aplica por pedazos ni por categorías, sino que todas las normas jurídicas, sean de la jerarquía o fuente que sean, deben utilizarse si son aplicables al caso a resolver.

En segundo lugar, es necesario completar lo anterior recordando a Kelsen cuando decía que el ordenamiento jurídico es un sistema de normas generales e individuales, entrelazadas entre sí, de acuerdo al principio de que el derecho regula su creación²². Pero, además, cada ordenamiento no es un mero conjunto de normas, sino que, siendo una unidad normativa, se rige por determinados principios que permiten, entre otras cosas, superar eventuales desajustes o contradicciones entre las disposiciones. A estos efectos, se recurre frecuentemente a los principios de jerarquía, temporalidad, competencia y “preferencia de normas”. La

²⁰ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “El interés legítimo ...”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. En homenaje a Enrique Sayagués Laso*, Madrid, 1969, tomo III, p. 283 y ss. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional”, en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, N° 13, Montevideo, 1990, pág. 194 y ss.

²¹ Sentencia 79/2016 p. 38.

²² KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, edit. Universitaria, México, 1949, p. 137 y ss.

directriz de preferencia de normas, sólo aplicable a los derechos humanos, conduce a que en los casos de diversa regulación de un derecho humano o de una garantía, se debe preferir y aplicar la disposición que mayor alcance y protección reconozca al derecho humano en juego, sin que resulten aplicables los principios de jerarquía normativa o la primacía de la fuente nacional o internacional.²³

Al hablar de ordenamiento jurídico no puede entenderse ahora que las normas internacionales referidas a los derechos humanos no integran el orden nacional o que responden a órdenes diversos y sin conexión entre ellos. Por el contrario, luego de un largo proceso de desarrollo²⁴, se ha llegado a admitir en toda Latinoamérica, la existencia de un bloque normativo compuesto por los derechos humanos y sus garantías comprendidos en la Constitución, los comprendidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los derechos implícitos en ambos órdenes (aún no reconocidos con texto expreso). Este bloque se rige por la referida directriz de preferencia de normas a los efectos de superar cualquier desajuste normativo en la regulación de un derecho o garantía. Tanto la regulación constitucional (conforme el artículo 72 de la Carta) como la internacional (artículo 29 de la CADH), son regulaciones de estándares mínimos. Esto es, contienen una enumeración mínima de derechos humanos y garantías y niveles mínimos de protección. Esto significa que ningún derecho humano constitucional o internacional puede ser excluido, ni se podrá hacer descender la protección sobre ellos por debajo de los niveles mínimos de protección. Pero, al contrario, sí podrán agregarse derechos o elevarse la protección de dichos derechos.

Lo anterior nos pone de manifiesto que cuando hablamos de la tradicional “interpretación de la ley conforme la Constitución”, en nuestros tiempos, deberíamos ampliar la expresión para hablar de interpretación conforme la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (o más sencillo: conforme al bloque²⁵ -algunos le agregan la calificación de “constitucional” o de “constitucionalidad”- de los derechos humanos).

Es difícil señalar en dónde comenzó el desarrollo de la noción de “interpretación conforme” en el derecho comparado. Se encuentran sentencias antiguas en este sentido en la jurisprudencia de USA, en la jurisprudencia europea y, en la actualidad, en todos los Estados

²³ SAGÜÉS, Néstor, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional e internacional”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año XLII, segunda época, N. 36, Buenos Aires, 1998, p. 6 y ss. Al respecto me remito a lo dicho (y bibliografía citada) en RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías ... cit.*, p. 33 y ss. y RISSO, Martín, *Derecho Constitucional... cit.*, pp. 46/52.

²⁴ Me remito a RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas... cit.* pp. 22/34 y pp. 43/58 y ss.

²⁵ Por ejemplo, el considerando final de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009.

de Derecho contemporáneos. A tal punto se ha llegado que la “interpretación conforme” se ha transformado en uno de los paradigmas del Derecho Constitucional de nuestros días²⁶.

La interpretación conforme se basa, necesariamente, en la noción de presunción de constitucionalidad. Fernández Segado, siguiendo a García de Enterría, señala que “esta presunción implica:

- una confianza en el legislador acerca de su observación y correcta interpretación de los principios constitucionales;
- la imposibilidad de declarar inconstitucional una norma legal salvo en el caso de que exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; y
- la presunción de que, entre varias interpretaciones posibles y razonables de una ley, el legislador ha querido inclinarse por la que posibilita el mantenimiento de la norma dentro de los límites constitucionales²⁷.

Esta presunción se vincula con el principio de conservación de la norma, que procura lograr la compatibilización dentro del ordenamiento jurídico, salvaguardando hasta donde sea posible la voluntad del legislador.

El anterior es un criterio interpretativo aceptado habitualmente en el derecho comparado²⁸

²⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Procesal Constitucional*, edit. CECOCH, Santiago de Chile, 2009, p. 101 y ss.

²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema político español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 80 y ss.

²⁸ Al respecto: BIDART CAMPOS, Germán, J., “Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Edit. Temis, Bogotá, 1997. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción constitucional en España”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Edit. Dykinson, Madrid, 1997, pág. 665 y ss. GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Edit. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001, pág. 170 y ss., señala que: En la jurisprudencia italiana, la interpretación conforme la Constitución de las leyes presenta algunas aspectos que deben ser destacados: Así aparecen decisiones “interpretativas” en sentido estricto. Se habla de “sentencias interpretativas” para referirse a toda decisión de la Corte que no versa directamente sobre una disposición legislativa, sino, en lugar de ello, sobre una –una sola– de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto, sobre una de sus posibles interpretaciones. Las hay de dos tipos principales: las decisiones que “rechazan” la duda de legitimidad constitucional, declarándola infundada (lo que no equivale a declarar que la norma sea, sin más, conforme con la Constitución), y las que aceptan la duda de legitimidad constitucional, declarándola fundada, cuyo efecto es la anulación de la norma de que se trata. a) *Sentencias interpretativas de rechazo*. Frente a una disposición legislativa que admite dos interpretaciones, de las cuales la primera resulta en una norma inconstitucional, mientras la segunda da lugar a una norma conforme con la Constitución; la Corte Constitucional declara que la duda de legitimidad constitucional no está fundada a *condición de que* la disposición en cuestión sea interpretada en el segundo modo, o sea, en el sentido de expresar una norma conforme con la Constitución (el primer ejemplo de decisión de este tipo está en Corte Constitucional 3/1956). De este modo, la validez de la disposición es conservada (es lo que la Corte llama el “principio de conservación de los actos normativos”: Corte Constitucional 152/1982, 292/1984). Pero, al mismo tiempo, la Corte prohíbe (aunque implícitamente) que la disposición en cuestión sea interpretada de modo que contradiga a la Constitución, ya que tal interpretación sería anulada por la Corte. b) *Sentencias interpretativas de aceptación (o sea, de anulación)*. Sucede frecuentemente que, frente a una disposición legislativa que –como en el caso anterior– admite dos interpretaciones alternativas, una conforme y otra disconforme con la Constitución, la interpretación normalmente aceptada por los jueces comunes (y, de manera especial, por la Corte de Casación) sea la segunda, aquella de la cual resulta una norma inconstitucional (la interpretación dominante es lo que la Corte Constitucional llama el “derecho viviente”). En estos casos, la Corte declara que la cuestión de legitimidad constitucional es fundada y que la disposición de que se trata es inconstitucional. Y sin embargo, la Corte no anula la disposición en cuanto tal –es decir, independientemente del modo en el que es interpretada- sino solamente

y por nuestra jurisprudencia²⁹, y no significa otra cosa que aceptar que cuando una ley sea pasible de más de una interpretación razonable (que no fuerce ni modifique el texto a interpretar) y una de ellas implique una contradicción con la Constitución, no corresponde la declaración de inconstitucionalidad, sino que debe prescindirse de esa posible interpretación optando por la que permite la compatibilización de la ley con la Constitución³⁰.

El razonamiento es sencillo. Presumimos que el legislador conoce la regulación constitucional y la internacional en materia de derechos humanos; presumimos que el propósito del legislador es el de cumplir con las normas constitucionales e internacionales; y así concluimos en que frente a varias interpretaciones de una disposición legal, y si alguna o algunas de ellas conducen a considerar la disposición como inconstitucional o inconveniente, y cuando existen otras alternativas interpretativas razonables, hay que presumir que éstas son las deseadas por el legislador y tomar estas posibilidades, descartando aquellas que conducirían a considerar inconstitucional el precepto.

una de sus interpretaciones, diciendo que la disposición es inconstitucional en cuanto que sea interpretada de modo inconstitucional, o bien, en la parte en la que expresa una norma inconstitucional (el primer ejemplo está en Corte Constitucional 52/1956). Decisiones “manipuladoras”. Se llaman “manipuladoras” (o también “normativas”) aquellas sentencias de aceptación en las cuales la Corte Constitucional no se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de las normas que le son sometidas, sino además –comportándose como un legislador– modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución. Existen dos tipos fundamentales de sentencias manipuladoras: Sentencias “aditivas”. Las sentencias que suelen llamarse “aditivas” son aquellas en las cuales la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, en la parte en que no expresa cierta norma (que debería expresar para ser conforme con la Constitución). Tales sentencias son a menudo el resultado de la aplicación del principio de igualdad. Por ejemplo, una disposición legislativa atribuye un derecho de seguridad social a una clase de sujetos S1 y no a otra clase S2. Según la Corte Constitucional, sin embargo, las dos clases de sujetos, S1 y S2, son iguales y, por lo tanto, debe ser tratadas del mismo modo. Así, por consiguiente, la disposición de que se trata es inconstitucional porque viola el principio de igualdad. Algunos sostienen que, en rigor, tal decisión no es una decisión de anulación. En realidad, lo que la Corte hace es más bien agregar una nueva norma al ordenamiento: la norma que confiere el mismo derecho subjetivo también a los sujetos S2. Es precisamente por esta razón que se habla de sentencias “aditivas”. Los otros opinan, por el contrario, que en casos similares, la Corte no declara la ilegitimidad constitucional de la norma de que se trata (la norma que confiere un derecho a los sujetos S1), sino de otra norma, no expresa, extraída del texto mediante el argumento *a contrario*: la norma que niega el mismo derecho a los sujetos S2. Sentencias “sustitutivas”. Se llaman “sustitutivas” aquellas sentencias en que la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, en la parte en la que expresa cierta norma en lugar de otra: una norma distinta que debería expresar para ser conforme con la Constitución. Por ejemplo, una disposición confiere cierto poder a cierto órgano estatal O1, mientras que, según la Constitución (como es interpretada por la Corte), tal poder debería ser conferido a un órgano distinto O2. Por consecuencia, la disposición es inconstitucional y, por lo tanto, debería ser anulada.

²⁹ Por ejemplo, sentencias de la Suprema corte de Justicia 211/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, 234/95. Esta última publicada en “LJU” caso N° 13.033.

³⁰ Incluso en sistemas en los que antes de arribarse a un pronunciamiento de inconstitucionalidad el tribunal debe empeñar su esfuerzo interpretativo para conciliar y armonizar con la Constitución a la norma aparente o presuntamente inconstitucional se da testimonio de que la fuerza normativa es empleada por el tribunal en su interpretación armonizante y conciliadora, en la medida en que efectúa interpretación “de” la Constitución, e interpretación “desde” la Constitución hacia abajo, hacia la norma inferior respecto de la cual declara que no está en colisión con la Constitución. Realmente parece ser así, porque si es cierto que la fuerza normativa sirve para descalificar transgresiones, su rol fundamental radica en procurar que no haya transgresiones, en que la Constitución se acate, se cumpla, y alimente afirmativa y positivamente a todo el mundo jurídico-político. Sería otra modalidad de presumir la constitucionalidad hasta donde fuera posible elastizar la interpretación; ello no es como un cerrojo para eludir el control descalificador, sino más bien como una válvula para dar ingreso al juicio que apodamos *juicio positivo de constitucionalidad* (BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 388 y 389).

Algunas precisiones deben realizarse en este punto. A saber:

Muchas veces la noción de “presunción de constitucionalidad” ha sido utilizada en forma extremista y, con base en ella, se han agregado requisitos extremos que no surgen del derecho positivo, para que la inconstitucionalidad pueda ser declarada. Se exige que la inconstitucionalidad, para poder superar la presunción, sea grotesca, clara, evidente, que no deje lugar a dudas, etc. Con esta visión extremista y en aras de proteger a la ley, se hace casi imposible la declaración de inconstitucionalidad que queda reservada sólo para casos escandalosos y evidentes. Por supuesto que esta estrategia, muchas veces usada por los tribunales, tiende a proteger la ley, pero en la misma medida deja al derecho humano lesionado sin la protección judicial.³¹ Estas visiones extremistas son inaceptables y deben ser superadas.

En segundo término, no debe perderse de vista que no siempre la interpretación conforme (la que permite lograr la compatibilización de la ley con la Carta) es posible. En efecto, muchas veces el texto normativo es muy claro, no deja dudas y, en definitiva, no hay lugar para la interpretación conforme. Otras veces, aunque el texto no sea del todo claro, la voluntad del legislador en contra de la Constitución es incuestionable y no puede ser cuestionada. En estos casos, la interpretación conforme no será posible y, advertida la contradicción de la ley con la regulación constitucional o internacional, deberá procederse a la invalidación de la norma legal por los mecanismos apropiados.³²

La interpretación conforme tiene una certeza y una dificultad. La certeza es que permite la conservación de la norma inferior debidamente armonizada con la norma superior. La dificultad radica en que alguien, luego de rechazada la declaración de inconstitucionalidad por existir otra alternativa interpretativa que permite compatibilizar ambas normas, pretenda igualmente utilizar la interpretación de la disposición legal que conduciría a su inconstitucionalidad.

Para superar la dificultad mencionada existen dos soluciones lógicas y un camino inaceptable. Las soluciones razonables son utilizadas en Alemania, en donde el Tribunal Constitucional³³, frente a estos casos ha optado a veces por declarar la inconstitucionalidad

³¹ Al respecto: RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías ... cit.*, p. 168. También pueden citarse, aunque no las comparto, opiniones minoritarias que tienden a negar, en todos sus términos y no solo en sus aplicaciones extremistas, tanto la presunción de constitucionalidad de las leyes como la presunción de legalidad de los actos administrativos; por ejemplo, GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

³² En lo que refiere a la declaración de inconstitucionalidad se debe proceder conforme el artículo 256 y ss. de la Constitución. En lo que refiere a casos de contradicción de la ley con la CADH (u otras normas internacionales), estamos ante una hipótesis no prevista en nuestra Carta. Sin ingresar en el análisis del tema, entiendo que, conforme lo dispuesto en el artículo 239 numeral 1°, y para evitar una afectación de la estructura constitucional, para el contralor de convencionalidad debe seguirse el mismo camino que para la declaración de inconstitucionalidad.

³³ El Tribunal Constitucional Federal en el marco de una “interpretación conforme con la Constitución” de una norma del derecho ordinario aclara para sí que determinadas interpretaciones posibles de esa norma no son compatibles con la Ley fundamental, en tal caso ningún otro tribunal podrá considerar constitucionales estas posibles interpretaciones.

de una entre varias interpretaciones posibles de una norma legal, aunque en otros casos, en forma positiva, ha afirmado cuál es la interpretación de un precepto legal que considera constitucional³⁴. Cualquiera de los dos caminos es aceptable: a) uno permite evitar que se utilicen interpretaciones legislativas que resultan contrarias a la Constitución y b) el otro, marca cuál es la interpretación que debe utilizarse por ser ajustada a la Carta.

En Uruguay, la interpretación conforme ha sido aceptada y utilizada desde temprano por nuestra jurisprudencia, pero con dos problemas. En algunas ocasiones la Corte utiliza esta interpretación como forma de zafar de la cuestión y evitar declarar la inconstitucionalidad. Pero en muchísimos casos (quizás todos en los que se utiliza la interpretación conforme) la Corte se limitaba a señalar que existía más de una interpretación, y sin referir a ellas ni a si alguna o algunas de ellas tornaba la disposición legal inconstitucional, se limitaba a rechazar la demanda. En estos casos el demandante quedaba sin protección adecuada de sus derechos ya que, además de ver rechazada su demanda, se exponía a que en el futuro cualquiera interpretara la disposición en cualquier sentido, incluso aquellos que llevarían a considerarla inconstitucional.

El problema es serio y en el pasado señalé³⁵ que:

Me permito señalar que sin perjuicio de que no existe norma expresa que habilite estas soluciones, no veo inconveniente en que nuestra jurisprudencia, por aplicación de los principios generales, la utilice. Y en este sentido corresponde señalar dos posibilidades:

Que la propia Suprema Corte de Justicia, al resolver una petición de declaración de inconstitucionalidad (por cualquier vía), la rechace, pero indicando expresamente, como fundamento de la sentencia, cuál es la interpretación correcta de la ley. A veces puede extraerse esto de las sentencias, pero en algunos casos la Corte simplemente dice que hay más de una interpretación posible, sin que resulte claro al intérprete cuál es la interpretación correcta o al menos cuál es la que no debe utilizarse.

Pero teniendo en cuenta que la competencia concentrada en la Suprema Corte de Justicia, que es de excepción y por ende de interpretación estricta, se refiere exclusivamente a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, la declaración de cuál es la interpreta-

Ver SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional alemán*, Edit. FJA, 2009, pág. 4 y ss. En España, Antonio TORRES DEL MORAL describe las diversas modalidades de la interpretación constitucional que efectúa el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y cita entre ellas: los llamamientos a los poderes públicos para que actúen, hasta a veces con tintes de reproches; la invitación a la autoridad para que cambie una norma o para que la reforme; la suspensión de algunas expresiones inconstitucionales en un precepto, el que queda redactado de nuevo con eliminación de ellas; la indicación al legislador de que debe incluir ciertas garantías en una ley para que ésta sea constitucional (Citado por BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho ... cit.*, pág. 393).

³⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho ... cit.*, pág. 392.

³⁵ RISSO, MARTÍN, *Derecho Constitucional ... cit.*, 269/270.

ción correcta (por ser ajustada a la Carta) o indebida (entre otras posibles) por conducir a la inconstitucionalidad del precepto legal, puede ser peticionada ante el Juez competente conforme el artículo 11 del Código General del Proceso.

En la sentencia 79/2016, hay al menos tres momentos en que resulta, con una cierta claridad, que la Corte no se limita a rechazar la inconstitucionalidad por considerar que existe más de una interpretación, sino que surge del pronunciamiento cuál sería la interpretación constitucionalmente correcta y cuál la constitucionalmente incorrecta. Esto ocurre claramente respecto a los artículos 115 (conforme la sentencia la televisión satelital deberá recibir el mismo trato que otros titulares de televisión para abonados), 117 (los costos del deber de transportar -por ejemplo, todos los vinculados a la subida al satélite y otros- no serán de cargo del titular de los servicios de televisión para abonados) y la ley de medios no se aplica a señales producidas en el extranjero (p. 73 y ss. de la sentencia).

Nuevamente parece que nos encontramos ante un nuevo avance jurisprudencial en la línea de las jurisdicciones extranjeras más prestigiosas. Sólo corresponde, entonces, alentar a continuar este camino e, incluso, a solicitar mayor precisión de las sentencias en este punto. Ya sea señalando cuál es la interpretación adecuada a la Carta y por lo tanto la que debe usarse o, al contrario, señalando cuáles son las interpretaciones que no deben ser utilizadas.

F) AMPLIACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La Suprema Corte de Justicia ha manejado, en general, una noción de derecho propiedad más propia del derecho civil, distinguiendo el derecho de propiedad, por ejemplo, de los derechos de crédito. Por su parte la Corte IDH y la jurisprudencia europea (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) han manejado conceptos más amplios.

El artículo 21 de la Convención refiere al derecho a la propiedad privada, y sobre el mismo ha dicho la Corte Interamericana ⁽³⁶⁾ que esta norma establece “a) que [toda] persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; b) que tales uso y goce se pueden subordinar por mandato de una ley al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización ⁽³⁷⁾. También la Corte ha señalado que ingresa dentro de su competencia valorar si existió afectación o interferencias de alguna manera sobre el derecho legítimo al “uso y goce” de los bienes. Pero debe tenerse presente que:

³⁶ Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú.

³⁷ Este concepto es reiterado en otras sentencias, por ejemplo, en Comunidad Mayagna vs. Nicaragua”.

Los “bienes” son definidos por la Corte Interamericana como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales y los incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.^{(38) (39)}

Y para determinar si el denunciante fue privado de sus bienes, la Corte no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada. “... Para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley.”

También el Tribunal Europeo⁽⁴⁰⁾ ha analizado la proporcionalidad de la injerencia, señalando que debe existir una proporción razonable entre el fin perseguido y los medios empleados. Pero aclara el Tribunal que sin el pago de una suma que tenga una relación razonable con el valor del bien, una privación de propiedad constituye un ataque excesivo al derecho a la propiedad.

En la sentencia 79/2016, la mayoría de la Corte adopta una posición más amplia de derecho de propiedad, y llega a hablar de expropiación de derechos y de la necesidad del pago de una justa y previa compensación⁴¹. La Ministra Elena Martínez, entiende que no puede hablarse expropiación ya que no hay afectación del derecho de propiedad. Dice la Ministra que “no comprende de qué manera podría considerarse a la actora propietaria de los derechos de emisión exclusiva de eventos”⁴².

En realidad, lo que tenemos en pugna es la noción en cierta forma civilista del derecho de propiedad (visión históricamente sostenida por la Corte y en la sentencia en estudio por la Dra. Martínez) y, por otro lado, la posición más amplia de la Corte IDH que puede sintetizarse diciendo que queda comprendido en el derecho de propiedad todo aquello susceptible de tener un valor económico.

El criterio de la Corte IDH es más propio de la interpretación expansiva que corresponde realizar en materia de derechos humanos y el otro criterio es más propio del derecho civil.

³⁸ Entre otras sentencias: Comunidad Mayagna vs. Nicaragua.

³⁹ En Cinco pensionistas vs. Perú se remarca que queda comprendido como bien un derecho de valor patrimonial. También refiere a la imposibilidad de interpretación restrictiva (artículo 29 B).

⁴⁰ Sentencia de 23 de noviembre de 2000, en el caso Ex Rey de Grecia y Otros contra Grecia.

⁴¹ SCJ sentencia 79/2016, p. 55 y ss.

⁴² SCJ sentencia 79/2016, p. 57 y 58.

Ante dos interpretaciones en cuanto al alcance de un derecho, debemos aplicar la “directriz de preferencia de interpretaciones” eligiendo la posición más favorable al derecho humano que, en este caso, coincide con la de la Corte IDH.

En la sentencia la tesis tradicional de la Suprema Corte es la defendida por la Dra. Martínez, mientras que la interpretación contraria parece ser a la que se han, al menos, aproximado los otros Ministros.

G) CONCLUSIONES

En definitiva, es claro que en la sentencia aparecen novedades interesantes y auspiciosas para la jurisprudencia futura de la Corte y, especialmente, para la defensa de los derechos humanos.



NOTICIAS NO AUSPICIOSAS

1. ENFOQUE GENERAL DE LA CORTE FRENTE A LOS CASOS EN QUE SE SOLICITA LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY

En la sentencia 79/2016, los Ministros Jorge Larrioux, Elena Martínez y Felipe Hounie⁴³, siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte, señalan:

- a) El análisis de las eventuales inconstitucionalidades de una disposición legal, debe hacerse partiendo de dos premisas: (i) la presunción de constitucionalidad de la ley y (ii) que el contralor del acierto o desacierto legislativo no corresponde a la Corte y está fuera del control de constitucionalidad.
- b) A continuación, agregan que la presunción de regularidad constitucional de la ley se mantiene hasta que se pruebe lo contrario. También, como ha hecho muchas veces la Corte, cita la opinión de Véscovi cuando decía “la constitucionalidad de la ley es el principio y la ilegitimidad la excepción”.
- c) Todavía señalan que la incompatibilidad de la ley con la Carta debe ser manifiesta ya que no se debe declarar la inconstitucionalidad si el acto puede ser coordinado con la Carta con una interpretación razonable.

⁴³ SCJ, sentencia 79/2016, p. 13 y ss.

- d) El Poder Judicial administra justicia, pero no gobierna el país y, de lo contrario, puede caer en el “gobierno de los jueces”, lo que constituye una arbitrariedad grave.
- e) El Juez no debe interferir con la labor de otras autoridades, sino que debe actuar con moderación y mesura (self restraint) a la hora de pronunciarse en casos de inconstitucionalidad.

Estas consideraciones, que corresponde reiterar que representa la posición de la Suprema Corte de Justicia desde hace muchos años, presenta algunos problemas: en primer lugar, por lo que omite (que genera un desbalance en el enfoque) y también por algunas cosas que dice.

En primer término, corresponde destacar que, si se toman como premisas o puntos de partida para el análisis de los casos de inconstitucionalidad los anteriormente mencionados, se están dejando fuera aspectos de extraordinaria relevancia. Por ejemplo, el Juez, y en este caso la Suprema Corte, tiene como principal rol la defensa y tutela de los derechos de los sujetos (personas físicas o jurídicas) frente a las leyes inconstitucionales. Este rol de tutela de los derechos humanos se vincula con la noción de “guardián de la Constitución”⁴⁴. Incluso parecería que lo que se señala en la sentencia como premisas o puntos de partida, en realidad, son criterios o instrumentos para cumplir con el rol principal de defensa de la Constitución y de los derechos humanos.

El 20 de mayo de 2016, en el marco del Seminario sobre enseñanza del Derecho organizado por la Fundación Konrad Adenauer, en la sesión realizada en la ciudad de Karlsruhe, en la sede del Tribunal Constitucional Federal alemán, se preguntó a una de las juezas cuál era la causa del inmenso prestigio de la Corte Constitucional. Pero la pregunta no refería al prestigio internacional, jurisprudencial y académico del Tribunal, sino concretamente al prestigio y confianza que le dispensa la población alemana, muy por encima de otras autoridades e incluso del Poder Judicial. La jueza Sibylle Kessel-Wulf, señaló tres razones básicas: i) la imagen de austeridad que desde hace décadas transmite el Tribunal; ii) la transparencia constante de su gestión; y iii) especialmente, la actuación histórica del Tribunal le ha demostrado a la población que la Corte Constitucional cumple a cabalidad y sin dudas con su rol principal de proteger los derechos de los habitantes y de ser

⁴⁴ Y no volvamos a las discusiones históricas en cuanto a quien debe ser el guardián, si el juez o el poder político, pues esta discusión la ganó KELSEN hace décadas (KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? edit. Tecnos, Madrid, 1999 y edición original de 1931. SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1983). También RISSO, Martín, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia vs. aristocracia con toga”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2012, pág. 393/414.

el guardián de la Constitución. Incluso señaló que existe un dicho en Alemania, cuando fracasan todas las gestiones por evitar una situación de violación de los derechos de un sujeto por parte de autoridades públicas, cuando no hay más alternativas, se dice “me voy a Karlsruhe” como una referencia al lugar donde sí se defenderán sus derechos.

No deja de ser curioso que la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte, y ahora el pronunciamiento en mayoría, no mencione siquiera, dentro de las premisas o puntos de partida, al que es el principal rol de la Corte en estos procesos: la defensa de los derechos de los distintos sujetos que accionan frente a ella y la condición de ser el guardián de la Carta. Al partir de referencias que, todas ellas, conducen a un repliegue de la Corte y a una flexibilización de su rol central, el punto de partida está totalmente desbalanceado a favor de la ley, a favor del Legislativo y en contra de la persona eventualmente lesionada en sus derechos constitucionales.⁴⁵

Y no debe caerse en falsas oposiciones ni extremismos. Reafirmar el rol de la Suprema Corte como guardián de los derechos de la gente y de la propia Constitución, no implica en lo más mínimo caer en el “gobierno de los jueces” ni en ninguna forma de activismo judicial. Significa simplemente cumplir con el rol constitucional. Además, el Juez violaría tanto la Carta por excederse en sus funciones como por retraerse inconstitucionalmente (se puede violar la Constitución por actuar en más o en menos), y ambas cosas son graves e inconstitucionales. Tan grave es un gobierno de los jueces como un gobierno político sin límites por falta de actuación de los jueces. Entre ambos extremos es que debe buscarse la solución correcta.

Por supuesto que cuando se habla del rol del Juez como protector de los derechos humanos y guardián de la Constitución, no se está postulando un Juez parcial a favor del derecho en juego y contrario a la ley. Por el contrario, el Juez será siempre imparcial, pero aceptando que su rol es la protección de los derechos constitucionales de los individuos vulnerados por leyes inconstitucionales.

El sistema de contralores contramayoritarios, a cargo de órganos jurisdiccionales está claramente recogido en nuestra Constitución (en lo que interesa a este trabajo basta con ver el artículo 85 apartado final y lo dispuesto en los artículos 256 y ss. de la Constitución) y, ante el dato de nuestro Derecho Constitucional positivo, nadie puede actuar en contrario.

Es cierto que históricamente, casi desde el nacimiento del Estado de Derecho, dos grandes modelos se presentaron. Por un lado, el modelo francés clásico o francés revolucio-

⁴⁵ De la lectura de la discordia del Dr. Jorge CHEDIÁK, para advertirse una posición claramente diferente a la de la mayoría.

nario, que fue el más prestigioso en Europa, se basaba en rol central del Parlamento⁴⁶, la primacía de la ley⁴⁷ y la desconfianza respecto a los jueces con un principio de separación de poderes rígido⁴⁸. Y, por otro lado, el modelo estadounidense, que se caracterizó por la aceptación de los contralores judiciales contramayoritarios y la posibilidad de que leyes inconstitucionales no sean aplicadas por los jueces en el caso concreto que deben resolver (con un principio de separación de poderes dinámico concebido como un sistema de frenos y contrapesos)⁴⁹.

Esto es importante: nuestro Derecho Constitucional siempre siguió el modelo de USA y, desde 1934, con textos expresos (artículos 256 y ss de la Carta).

⁴⁶ La formulación teórica más clara de la soberanía popular, basada en la noción de “contrato social”, fue formulada por ROUSSEAU (*El contrato social*, edit. Aguilar, Buenos Aires, 1965, p.66) en el sentido de que cada sujeto pone su poder bajo la suprema dirección de la “voluntad general” que se transforma en soberana. Cada ciudadano es titular de una cuota parte de la soberanía, por lo que es claro que en esta concepción el poder supremo debe emanar, necesariamente, del Parlamento por ser el órgano representativo por excelencia.

⁴⁷ Se asocia así (i) la ley como expresión de la voluntad general (expresamente establecido en el artículo 6 de la Declaración de Derechos Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789: “la ley es la expresión de la voluntad general”) y (ii) el Parlamento como encargado lógico de establecer las leyes y expresar la referida voluntad general. Esta concepción preferente de la ley y del Parlamento se mantuvo casi inalterada hasta la reforma constitucional de 1958 en la que con la “zona de reserva reglamentaria” se amplió significativamente el rol e importancia de la rama ejecutiva.

⁴⁸ Otra característica del sistema francés puede expresarse en dos ideas o una con dos consecuencias: rigidez en la concepción y aplicación del principio de separación de poderes y rol absolutamente secundario del Juez. MONTESQUIEU (Charles DE SECONDANT, BARÓN DE LA BRÈDE Y DE MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, Oxford University Press, México, 1999, pág. 108) con su claro objetivo de alejar los peligros de los excesos del hombre con poder (que tiende a abusar del mismo), si bien diferencia en tres centros de poder (a los que llama Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), comienza refiriéndose al último como “poder ejecutivo en los asuntos del derecho civil” aunque después utilizará la denominación que se mantiene hasta nuestros días. Pero luego, una vez definidos los tres poderes y después de realizar su célebre afirmación de que todo estará perdido si el mismo hombre, la misma corporación o la misma asamblea del pueblo ejerce los tres poderes, atribuye al Judicial un rol claramente inferior a los otros. Así señala que el poder de juzgar es casi nulo e invisible y que el poder judicial no debe recaer en una clase o profesión sino en personas salidas del pueblo y que ejerzan la función jurisdiccional en forma periódica (por poco tiempo) y no permanente. Algunos autores han destacado que en la Europa del siglo XVIII y siglo XIX el rol de *tirano* era desempeñado por el rey secundado por los jueces por él designados, mientras que el rol del *libertador* lo asumió, normalmente, el Parlamento. A la inversa, en las colonias inglesas en América el opresor era fundamentalmente el Parlamento inglés y los jueces tuvieron un destacado papel en lo previo al proceso revolucionario. Esto explica en cierta forma la desconfianza europea al rol de la rama judicial y, en general, la aceptación de la misma en las colonias de América del Norte.

⁴⁹ El judicial review, sin perjuicio de algunos antecedentes (incluso en la propia Corte Suprema), nace en el caso *Marbury v. Madison*, cuando el Juez MARSHALL se formuló tres preguntas para resolver el caso: (i) ¿el demandante tiene derecho a la comisión que pretende? (ii) si tiene derecho y ese derecho ha sido violado: ¿la ley permite que obtenga remedio para su situación? Y (iii) si tiene derecho a obtener un remedio a su situación: ¿es el “mandamus” el medio adecuado? Sobre la primera interrogante concluyó la Corte que el peticionante tenía derecho a acceder a su cargo de juez de paz y que la Administración no podía negarse a culminar el procedimiento. De esta forma la Corte criticó lo actuado por la Administración Jefferson. Sobre la segunda cuestión, consideró la Corte que es la esencia de las libertades civiles que las personas tengan y obtengan un remedio para las lesiones a sus derechos (si la Constitución o la ley federal impone un deber a la rama ejecutiva, la judicial puede obligar a cumplir con el mismo). En cuanto a la tercera cuestión, la Corte concluyó que existía una contradicción entre el Acta Judicial de 1789 (que atribuía competencia a la Corte en el caso) y la Constitución y afirmó que ante esto la Corte debía aplicar la “ley superior de la tierra” que es la Constitución. En el plano jurídico, lo trascendente de esta sentencia, es que, en el “caso concreto” se reafirma la primacía de la sentencia sobre la rama ejecutiva (que puede ser obligada a actuar conforme a derecho) y sobre la legislativa en la medida que (reitero que en el caso concreto) pueden no ser aplicadas las disposiciones legislativas que el Juez considere inconstitucionales. El Juez MARSHALL y la sentencia en “*Marbury v. Madison*” han recibido desde 1803 hasta nuestros días desde elogios desmedidos hasta críticas sumamente fuertes.

Fernández Segado⁵⁰, refiriendo a la noción de “gobierno de los jueces” y lo que se ha denominado el “efecto parálisis”, señala un elemento de notable influencia en Francia y fuera de dicho país, que está marcado por la edición en 1921 de la obra “El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos”, del famoso jurista Edouard Lambert. Este autor criticó fuertemente el sistema estadounidense destacando: (i) que el sistema de contralor de la regularidad constitucional de las leyes se transformó en un instrumento de vigilancia del poder judicial sobre la rama ejecutiva y legislativa, desnaturalizando, a juicio de este autor, su versión original; y (ii) que la Suprema Corte ha desempeñado un rol criticable y criticado frente a la legislación social. A partir de estas consideraciones se desarrolló lo que se ha dado en llamar el “mito del gobierno de los jueces” y que se usa para referir a situaciones patológicas en las relaciones del poder judicial con los restantes poderes. La expresión “gobierno de los jueces” (asociada luego con la noción poco precisa de “activismo judicial”) ha sido utilizada invariablemente para criticar supuestos excesos de los jueces que, excediéndose en sus competencias jurisdiccionales, incursionan en temas políticos. Es interesante ver como este concepto mítico (pues su contenido no responde exclusivamente a consideraciones racionales) se utiliza a veces para criticar a los jueces que actuarían como freno frente a los avances sociales (como fue la crítica de Lambert) y otras veces exactamente para lo contrario, para criticar los excesos de ciertos jueces que ante una invocada pasividad o inoperancia de los poderes políticos, se habrían atribuido competencias de las que carecerían (en general se basaría esto último en la defensa de los derechos humanos). En los Estados Unidos, en el siglo XX, el caso *Lochner*⁵¹ sería buen ejemplo de la crítica a la Corte por constituir un freno a la legislación social, mientras que “*Brown v. Board of Education*”⁵² sería buen ejemplo de lo contrario. Se ha destacado, como consecuencia de estos aspectos míticos de la noción “gobierno de los jueces”, lo que se ha tildado de un “efecto parálisis” o autorrestricción judicial que se ha dejado sentir en muchos momentos clave⁵³. Por este camino se llegará a múltiples excesos interpretativos y afirmaciones hoy muy difíciles de sostener como que los jueces no “crean” derecho o que los jueces no deben tener márgenes muy amplios de decisión para los distintos casos que lleguen a su conocimiento.

⁵⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Fétichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des juges. Tres ideas fuerza para el rechazo de la constitucionalidad de las leyes en Francia”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 19, setiembre de 2007, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 58 y ss.

⁵¹ BERNSTEIN David E., (2004), “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en *Constitutional Law Stories*, Editor Michael C. Dorf, Foundation Press, New York, p. 325.

⁵² SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West. (2004), p. 641. En este caso la Corte Suprema terminó con el criterio de “iguales pero separados” que permitía transporte, escuelas, etc. para blancos y afrodescendientes.

⁵³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Fétichisme de la loi ... cit.*, p. 46

Pero incluso debe todavía repararse en que Lambert⁵⁴ no creía en el principio de separación de poderes, lo consideraba imposible pues, según él, a la larga un poder iba a primar sobre los otros y este autor prefería dar la primacía directamente al Legislativo. Siendo incompatible esta visión con nuestra Constitución las expresiones de Lambert y sus seguidores deben analizarse con la máxima cautela. Y lo mismo pasa con la discusión de los Estados Unidos, que llega a nuestros días, reposa en la carencia de elementos constitucionales para resolver la cuestión. Y así puede recordarse el famoso debate a mediados del siglo XX entre el juez Learned Hand y el profesor Herbert Wechsler⁵⁵. Lo que existía en la base de este debate era una cuestión de legitimidad. Para Hand, en tanto a su juicio el poder de control de las leyes (*judicial review*) no es una lógica deducción de la Constitución, es necesario que el juez sea sumamente cauto en el ejercicio de este poder. En cambio, para Wechsler, el *judicial review* encuentra claro anclaje en la Constitución, por lo que la Corte no tiene forma de escapar a su obligación competencial (el deber de ejercer la competencia no puede ser atenuado ni eludido). También estas referencias deben manejarse con mucha cautela, ya que nuestra Constitución contiene normas expresas referidas al control de constitucionalidad por lo que no puede admitirse vacilación alguna.

2. EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Cuando el actual Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos John Roberts asumió, señaló que los jueces son como los “umpires” (jueces de baseball) y que ellos no hacen las reglas, sino que las aplican⁵⁶. El rol del umpire y del Juez es el de asegurar que todos jueguen bajo las mismas reglas. Agregó Roberts que como un modesto umpire su rol es aplicar la norma y decretar “balls” y “strikes”⁵⁷. Estas referencias parecen caminar en una línea incompatible con la llamada en USA jurisprudencia estructural, en que la Corte no se limita, en sentido estricto, a aplicar las normas preexistentes.

Este juez, parecido al umpire, ha sido el modelo más aceptado en nuestro país.

Pero también Elena Kagan, al asumir en la misma Corte (USA) en 2010, utilizó la imagen de los umpire, pero señaló que esta metáfora puede hacer pensar a la gente en que la

⁵⁴ LAMBERT, Edouard *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Edit. Tecnos, Madrid, 2010, p. 15/25.

⁵⁵ SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald (2004), *Constitutional Law* (New York, Foundation Press, New York, New York, Thomson West).

⁵⁶ Como recuerdan TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, vol. I, tercera edición, Foundation Press, New York, 2004, p. 300, cuando el Juez MARSHALL escribió Marbury hizo más que declarar qué dice la ley. El agregó que la ley está esperando que se la equie con remedios para la violación de los derechos conferidos legalmente. Como MARSHALL dijo “los derechos significan poco si su violación queda sin corregir y sancionar”.

⁵⁷ TRIBE, L. *American ... cit.*, p. 283.

labor del juez es meramente “robótica”, automática y agregó que, a diferencia del umpire, la función del juez no necesariamente es decretar “balls” y “strikes”⁵⁸

Las dudas que puede generar este tema se asocian necesariamente con el rol del juez. Aunque no debo incursionar en este tema (ajeno al objeto de este trabajo aunque relacionado), que por sí solo generaría muchos problemas, no se puede dejar de decir algunas palabras al respecto por su clara incidencia en el tema en análisis. Dejando el umpire y sustituyéndolo por un juez de fútbol, figura más conocida y manejable, debe señalarse que: (a) no puede pensarse que dicho juez se limita automáticamente a la aplicación de normas previas sino que por el contrario su rol es mucho más amplio (conduce el juego, valora la intencionalidad con que actúan los jugadores, administra el régimen de tarjetas amarillas y rojas procurando, además de la sanción concreta de una infracción, conducir el juego dentro de determinados cánones, influir en el comportamiento de los jugadores, etc.); y (b) no puede confundirse el árbitro de fútbol con un magistrado judicial, en especial si se trata de cortes supremas o constitucionales, ya que el rol de éstos, como defensores de los derechos de los individuos y en el marco del principio de separación de poderes, impide que puedan subsumirse en la simple categoría de juez de fútbol. El rol de Juez, además ha tenido un notable cambio y basta recordar el pasaje del Estado “legislativo” de Derecho al Estado “constitucional” de Derecho; en el primero el juez era un mero aplicador de reglas (la boca que pronunciaba la ley en un esquema en que básicamente se usaban las técnicas de la subsunción) pero en el segundo, junto con la ley (que no desaparece del escenario), se agrega la Constitución, los derechos humanos, las particularidades del caso concreto y se utilizan complejas técnicas de armonización y ponderación que han cambiado, definitivamente, el rol tradicional del juez e impiden, si es que alguna vez pudo justificarse, la comparación del magistrado judicial con un umpire o con un juez de fútbol.⁵⁹

La frontera entre la jurisdicción y la política no es tan clara como se expresa en la sentencia 79/2016, sino que incluye muchos aspectos problemáticos.

Estos riesgos y peligros son inevitables (es el margen de error de la función jurisdiccional y de cualquier actividad) y con ellos el Juez debe convivir⁶⁰. Como dijo el Juez Marshall en 1821 (Cohen v. Virginia):

Es muy cierto que este tribunal no asumirá jurisdicción si no debe; pero es igualmente cierto que debe ejercer jurisdicción cuando le corresponda hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del Legislativo, evitar una medida porque ella se acerca a los límites de la Constitución.

⁵⁸ TUSHNET, Mark, (2013) *In the balance. Law and politics on the ROBERTS court*, edit. W.W. Norton & Company, New York – London, Kindle edition, p. 41/ 47.

⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ediciones Trotta (2007).

⁶⁰ Con el riesgo de caer en el gobierno de los jueces y en sus no deseadas consecuencias.

Nosotros no podemos pasarla por alto porque es dudosa. Cualesquiera sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo, si es traído a nosotros. No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción que nos es conferida, que el de usurpar la que no nos es dada. Una u otra cosa constituiría traición a la Constitución. Pueden presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos; pero no podemos evitarlas. Todo lo que podemos hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar, y conscientemente cumplir con nuestro deber.

3. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

Otro concepto que ha sido problemático en la jurisprudencia de la Suprema Corte refiere a la presunción de constitucionalidad.

Este concepto no es claro ni único, sino que pueden encontrarse distintas variantes para definirlo. Al menos (sin duda que pueden existir más) he individualizado seis usos distintos de esta presunción a los que corresponde hacer mención en forma sintética. A saber:

- A) Una primera referencia a esta noción la encontramos en la primera mitad del siglo XX en la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso “Carolene Products”, cuando luego de distinguir entre dos tipos de derechos constitucionales (los que algunos autores llamaron preferidos y los otros), señaló la Corte que respecto a los derechos de segunda categoría existe una presunción de que los motivos justificantes de la limitación son ajustados a derecho. La presunción refiere a los motivos (hechos) en que se basa la limitación. No se trata de una presunción sobre temas jurídicos.

La “presunción de constitucionalidad”, que en este caso sólo rige para los derechos de segundo nivel y no para los preferidos, implica en realidad una simple distribución de la carga probatoria y nada más que esto. Incluso no se refiere a presunciones de tipo jurídico sino a presunciones de elementos no jurídicos. Por ejemplo, en Carolene se había prohibido la comercialización de un producto lácteo sin grasa por considerar el Congreso que el producto era malo para la salud y que lo que se publicitaba no coincidía con lo que se vendía. En la especie la Corte presumió la regularidad de la justificación de la limitación legal al derecho de comercio, hasta tanto el interesado no presentara prueba en contrario e hiciera caer la presunción.

- B) Una segunda noción de presunción de constitucionalidad aparece a la hora de interpretar leyes que pueden ser consideradas contrarias a la Carta con base en

una interpretación, pero no conforme a otras. Esta presunción, a la que ya he hecho referencia al analizar las buenas noticias, ha sido utilizada pacíficamente en todo el mundo occidental y, por supuesto, también en Uruguay⁶¹.

- C) Una tercera presunción de constitucionalidad, asociada a lo que se ha dado en llamar el principio de conservación de la norma, aparece en lo que se ha denominado “casos dudosos”. Así se ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad no corresponde si existe una duda razonable en cuanto a su contradicción con la Constitución⁶². Así formulada la presunción de constitucionalidad no presenta mayores problemas. El Tribunal competente no podrá declarar la inconstitucionalidad si tiene dudas razonables en cuanto a su constitucionalidad, de la misma forma que un juez no declara la nulidad de un contrato o de un testamento si tiene dudas sobre dicha nulidad. Hasta aquí no habría problemas con la presunción y podría aceptarse en esos términos.

Pero el problema es que este concepto de presunción de legitimidad ha dado lugar a razonamientos que podrían considerarse excesivos. Por ejemplo, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 43, de 26 de marzo de 2008, el Dr. Leslie Van Rompaey expresó, entre otras cosas, en su discordia que:

“[...]las leyes gozan del amparo de presumírselas ajustadas a la normativa constitucional siendo de excepción su ilegitimidad: presunción de la que sólo procede apartarse en caso de que quien la invoca demuestre, de manera fehaciente e indiscutible, que existe una real e inequívoca inconciliabilidad u oposición con textos o principios de la Carta” (cf. Sentencias Nos. 212/65, 64/67, 235/05, 266/86, 184/87, 42/93, 323/94, 114 y 900/95 entre otras, cf. Véscovi, “El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley”, págs. 130/131) [...] La declaración de inconstitucionalidad sólo debe pronunciarse cuando la incompatibilidad entre la norma atacada y las disposiciones y principios constitucionales que se alegan vulnerados resulte clara, ostensible, inequívoca, requisitos insoslayables que claramente no concurren en el caso. [...]”.

Sin perjuicio de volver sobre otros aspectos de la presunción de constitucionalidad que surgen de las transcripciones anteriores, debo señalar que no puedo compartir que para declarar la inconstitucionalidad se puede requerir que el vicio sea fehaciente, inequívoco, ostensible, etc. El grado de certeza que debe tener la Corte para declarar inconstitucional una ley es el mismo que un Juez debe tener para declarar la nulidad de un contrato. De lo contrario se estaría por la vía interpretativa modificando la Constitución. La Carta no dice en el artículo 256

⁶¹ Me remito a lo dicho en *Derecho Constitucional ... cit.*, tomo I, págs. 267 y ss.

⁶² RISSO, Martín *Derecho Constitucional ... cit.*, tomo I pág. 215.

que las leyes sólo se declaran inconstitucionales en casos de ostensible, inequívoca, indiscutible inconstitucionalidad, sino que con su silencio deja abierto el tema a los principios generales en la materia. Es más, si se carga la inconstitucionalidad con todos esos requisitos extraordinarios como condición para que prospere, las consecuencias serían dos: (i) sería inaceptable la declaración de inconstitucionalidad por mayoría de la Corte o contra el dictamen del Fiscal de Corte ya que habría que coincidir que en ese caso habría al menos una opinión en contra de la inconstitucionalidad por lo que cuestión sería discutida y por ende no inequívoca; y (ii) se aproximaría el vicio de inconstitucionalidad a los requisitos para que prospere una acción de amparo (ilegitimidad manifiesta) pese a que es evidente que la regulación de ambos institutos es diversa y no pueden equipararse por la vía interpretativa ya que esto implicaría modificar el ordenamiento mediante la hermenéutica. Además la exigencia de ilegitimidad manifiesta en el amparo responde a su estructura sumaria y no puede trasladarse esto a un proceso de inconstitucionalidad. Creo que ambas consecuencias no son aceptables.

Me adelanto a señalar que se me puede contestar que he malinterpretado la posición jurisprudencial y que en definitiva el requisito es el habitual en derecho en cuanto al grado de certeza que debe tener un tribunal para anular un acto público o privado. De ser así coincidiríamos en el tema, pero no creo que ésta sea la solución ya que el fragmento transcrito conduce a otra cosa: sólo se declara la inconstitucionalidad de una ley cuando el vicio jurídico sea claro, indiscutible, evidente, etc. Y esto no es, a mi juicio, lo que surge de la Constitución.

- A) Un cuarto concepto de presunción de constitucionalidad lo podemos encontrar en la propia jurisprudencia nacional, pero no referido a las justificaciones no jurídicas de la limitación de los derechos humanos, sino como base interpretativa: se presume que la interpretación de la ley conduce a la conclusión de que es constitucional salvo que se argumente y se demuestre lo contrario.

Así puede repararse en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 80, de 30 de abril de dos mil ocho, que ha señalado que

[...] el juzgamiento de la cuestión constitucional se hace partiendo de dos consideraciones: 1º) que, como se ha sostenido invariablemente, toda ley goza de la presunción de constitucionalidad mientras no se pruebe lo contrario (Sents. Nos. 212/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, etc.). Las Leyes y los Decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (arts. 256 y 260 de la Carta) se presumen ajustados a la Constitución: la constitucionalidad de los mismos es de principio y la ilegitimidad la excepción, incompatibilidad que debe

demostrar el interesado conforme a principios generales. 2º) que se juzga en el tipo de proceso no el mérito o el desacierto legislativo sino tan sólo si la ley es o no constitucionalmente válida (Sents. Nos. 12/81, 69/82, 404/85, 237/87, 184/88, 152/91, 86/93, 131/03, etc.) [...].

Esta presunción, referida no a elementos de prueba (hechos u omisiones) sino a argumentos jurídicos, resulta en cierta forma problemática. ¿Qué razón puede haber para sostener que una ley, en su contenido jurídico, es en principio ajustada a la Constitución y por ende que interpreta adecuadamente la Carta? Este tipo de argumentaciones puede conducir a trastocar los principios básicos del ordenamiento jurídico, ya que si presumo que los actos jurídicos son ajustados a derecho y exijo un esfuerzo supremo a la argumentación para destruir esa presunción, se está postergando la aplicación de la Constitución, o mejor (o peor), se está diciendo que cuando de leyes se trate sólo se protegerá la Carta y se asegurará su efectiva aplicación en casos excepcionales (la inconstitucionalidad, se dice, que es de excepción) de grosera e indiscutible inconstitucionalidad. Se vuelve así a lo señalado anteriormente en cuanto a dónde centramos la atención, en dónde está el centro de la cuestión. Si analizamos, en un esquema básicamente francés (y no compatible con nuestra Constitución), principalmente a la ley y reconocemos al Parlamento (Poder Legislativo) como el primer poder, es claro que será de recibo lo anterior. Pero si partimos de nuestra Constitución (bien distinta a la francesa) y de los puntos de partida que la Carta impone (principio de supremacía constitucional, principio de protección de los derechos humanos y atribución de competencia expresa a la Suprema Corte de Justicia en materia de inconstitucionalidad de las leyes) lo anterior es a mi juicio insostenible.

- B) Un quinto concepto de presunción de constitucionalidad, hasta donde sé nunca sostenido en el Uruguay es lo que podríamos llamar la “interpretación de la Constitución desde la ley”. La noción es tan clara como inaceptable. Aparece una ley groseramente inconstitucional (no hay forma de forzar la interpretación de la ley para encuadrarla en la Carta) y ante esto, desnaturalizando abiertamente el principio de supremacía constitucional, se va a la Constitución y se comienza a forzar la interpretación de la Constitución a los efectos de adaptarla a la ley. Esta variante de la presunción de constitucionalidad (aun cuando tiene puntos en común con las dos anteriores y teóricamente apunta a defender la voluntad legislativa) no puede ser aceptada ya que implica invertir el principio de jerarquía poniendo la Constitución al servicio de la ley y sometida a ésta. Estos fenómenos patéticos aparecen en casos en que políticamente se busca la reforma constitucio-

nal pero no se tienen los votos necesarios por lo que se recurre a una ley y a una perversa interpretación del ordenamiento jurídico.

- C) La última aproximación al concepto de presunción de constitucionalidad (al igual que a veces ha pasado con la presunción de legalidad del acto administrativo⁶³) aparece como un concepto confuso, oscuro, vacío de contenido y precisión. En realidad, en esta visión, la presunción no es más que una muletilla o lugar común que se utiliza para rechazar cuestionamientos serios a actos jurídicos (legales y administrativos). Esta obscura presunción se utiliza siempre en beneficio del acto inferior y en perjuicio del de mayor jerarquía. Es absolutamente inaceptable.

De las seis eventuales nociones de “presunción de constitucionalidad de las leyes”, creo que es claro que las dos primeras son plenamente compartibles y aceptables. De la misma forma las dos últimas son totalmente injustificables y su impropiedad es evidente.

La tercera, a mi juicio, puede aceptarse, pero sólo en caso de que se atribuya un alcance compatible con el artículo 256 y siguientes de la Constitución y se exija, para declarar la inconstitucionalidad de la ley, la misma certeza que tiene que tener un tribunal para dictar sentencia anulando un testamento. Si en cambio se exige una seguridad mayor, que no haya posibilidades de discutir seriamente el vicio de constitucionalidad, se estará: (i) haciendo decir a la Constitución algo que la Carta no dice, lo que implica una interpretación inconstitucional, (ii) aproximando erróneamente la inconstitucionalidad a la acción de amparo; (iii) limitando la inconstitucionalidad a los casos de inconstitucionalidad grosera; (iv) dejando sin la debida protección a la Constitución y a los derechos humanos; y (v) privilegiando a la ley frente a la Constitución, en un esquema próximo al francés pero incompatible con nuestro Derecho Constitucional.

La cuarta variante es posiblemente la más problemática. Afirmar que la legitimidad de la ley es el principio y la ilegitimidad es la excepción, constituye una afirmación que, sinceramente, me resulta incomprensible. Las leyes son constitucionales o inconstitucionales pero no veo cómo una hipótesis puede ser de principio y la restante de excepción. Además, puede decirse que el intérprete debe buscar la armonización del ordenamiento jurídico antes de anular o excluir un acto, pero hay diferencia entre decir esto (indudablemente razonable y que comprende la presunción analizada en segundo lugar) y sostener que hay una presun-

⁶³ Al respecto: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad del acto administrativo: un mito innecesario y pernicioso”, en *Revista de Derecho*, N° 02, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.

ción de constitucionalidad que funciona no respecto a situaciones fácticas o no jurídicas (presunción de intención del legislador, presunción de paternidad, o presunción de pago o de inocencia) sino respecto a puntos de partida interpretativos. Creo, en definitiva, que esta noción de presunción de constitucionalidad responde a una concepción francesa que implica el primado de la ley o a visiones propias de quienes analizando el sistema de Estados Unidos consideran que el *judicial review* no surge de la Constitución y por ende postulan la autorrestricción (self restraint) de los jueces y que se de amplio campo a la decisión legislativa o, en general, a la decisión política. Ninguna de estas variantes puede aceptarse en el marco actual del Derecho Constitucional nacional.

Por último dos comentarios. En primer lugar, debe tenerse presente que el principio de separación de poderes establece un sistema de frenos y contrapesos entre los tres centros de autoridad y éste sólo funciona si cada centro cumple su función de freno y contrapeso. Si uno de los centros no ejerce su rol (como ocurre en Francia) o si uno se autolimita como pregonan en Estados Unidos quienes no reconocen el rango constitucional del *judicial review*, el principio se desnaturaliza y permite los abusos de quienes no tienen frenos o al menos no tienen frenos claros. En segundo lugar, y no menos importante, nada podrá encontrarse en la Constitución uruguaya que permita sostener la existencia de una presunción en los términos de la enunciada en cuarto lugar.

También debe recordarse el interesante aporte del Dr. Carlos Guariglia⁶⁴ que cuestiona la procedencia de esta presunción en todas sus variantes.

4. EL SELF RESTRAINT

Las nociones de activismo y autolimitación, si bien se entiende de qué se está hablando, son extraordinariamente complicadas a la hora de precisar su sentido y alcance. Es claro que con la primera se pretende referir a *excesos* de los jueces que actúan fuera de su competencia, pero no se define ni se puede definir con precisión cuándo se sale del ejercicio normal de la competencia judicial y se ingresa en el activismo. Por su parte la noción de autolimitación es más clara en tanto refiere a la conveniencia de que el juez tienda a retrotraerse, a autocensurarse en cuanto al alcance de su función. El motivo de la autolimitación es bastante claro y es el temor de caer en un exceso que no se puede definir con precisión.

En nuestro país, a su vez, parecería que los conceptos han sido estigmatizados. El “activismo” en general es considerado como algo malo, peligroso, que debe ser evitado a toda

⁶⁴ GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

costa⁶⁵. Mientras que la autolimitación se ve como algo bueno y recomendable, e incluso se asocia muchas veces la autorrestricción a la prudencia con lo que se la presenta como una virtud.

En definitiva, tenemos en nuestra Constitución una clara competencia judicial (de eso no puede dudarse), pero se considera erróneo el exceso y una virtud lo opuesto: la autolimitación.

Creo que ya se vislumbra un problema: si tenemos definida una competencia es tan malo e incorrecto ejercer la competencia en más como hacerlo en menos, ya que en ambos casos extremos se está actuando fuera de la competencia. Pero sobre esto volveré más adelante.

Cabe preguntarse ahora ¿el activismo es malo? O si se prefiere ¿el activismo es siempre malo? No hay que olvidar que los más memorables pronunciamientos judiciales de la historia, que hoy son aceptados sin vacilaciones, en su momento fueron o pudieron ser catalogados como activismo. Piénsese en el enriquecimiento sin causa entre concubinos, en la aceptación del daño moral, etc. O incluso recuérdese una de las sentencias más famosas de la historia, “Marbury v. Madison”, y seguramente habría que calificar a Marshall como activista en la medida que dedujo de la Constitución cosas que ésta no decía en forma expresa. O piénsese en la famosa sentencia de la Corte Warren en el caso Brown v. Board of Education⁶⁶ que significó un duro golpe a la discriminación racial finalizando con la inaceptable posición que pretendía respetar la igualdad con escuelas, comercios, transporte, etc. separados para una y otra raza. Es evidente que el activismo no es necesariamente malo en su sustancia⁶⁷.

O sea, si bien puede señalarse, como solución de principio, que todo órgano debe actuar dentro de su competencia y no excederse, también habrá que tener en cuenta que es muy difícil afirmar con pretensión de verdad universal qué es activismo o cuándo hay exceso. Lo que hoy puede ser considerado exceso o activismo mañana puede ser algo aceptado sin

⁶⁵ Me remito a discordias citadas en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 43 de 2008.

⁶⁶ Alan R. BREWER-CARÍAS (en “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pág. 74 y ss.) señala, bajo el título de “El activismo de los tribunales constitucionales y los valores y principios constitucionales”, que la misión de los tribunales no se limita a asegurar la supremacía del texto formal de la Constitución sino también de sus principios y valores escritos y no escritos pero que se infieren del texto y espíritu de la Carta. Elogia el rol activo que tuvo en muchos períodos históricos la Corte Suprema de USA, que fue más allá de las referencias textuales. Especialmente recuerda el caso Brown, en el que interpretando en forma amplia la Enmienda XIV de la Constitución (cláusula de *equal protection*), la Corte pudo dar un paso enorme en la lucha contra la discriminación racial y abandonar la vieja y triste jurisprudencia del caso Plessy v. Ferguson que había establecido la máxima de “iguales pero separados”.

⁶⁷ Incluso pueden mencionarse ejemplos fantásticos en la lucha contra la esclavitud antes, obviamente, de su abolición, como los que recuerda Reed AMAR AKHIL en *America's Constitution. A biography*. Edit Random House, New York, 2005, pág. 258 a 260.

vacilaciones y hasta resultar imposible siquiera concebir una solución distinta (imaginemos hoy Estados Unidos sin *judicial review*). Con esto se quiere decir que hay que tener cuidado cuando se critica el exceso o activismo de un tribunal pues la sentencia criticada puede ser solamente algo novedoso pero esto no significa actuar fuera de las competencias judiciales.

Asimismo, es un buen ejercicio para aclarar estos conceptos el análisis de la jurisprudencia europea (alemana, española o el propio Tribunal Europeo de los Derechos Humanos) o norteamericana o latinoamericana, para ver hasta dónde se llega en el control de constitucionalidad de los actos emanados del Legislativo y del Ejecutivo. Con este estudio se advertirá lo lejos que está nuestro país de los criterios de prestigiosos tribunales constitucionales e internacionales. Basta ver cómo se usa el principio de razonabilidad o el principio de proporcionalidad para comprobar lo anterior. La mayoría de los pronunciamientos de estos órganos serían considerados, conforme los criterios tradicionales en nuestro país, como casos de claro activismo judicial.

En definitiva, en principio ningún órgano debe excederse en el ejercicio de sus competencias, pero debe tenerse cuidado a la hora de determinar cuándo hay un exceso y cuándo algo novedoso que se realiza dentro de las competencias del órgano.

En el otro extremo no parece razonable ver la autolimitación como algo bueno o como una virtud. Esto podrá ser cierto en el esquema francés (que no es el uruguayo) o para quienes analizando la realidad estadounidense consideren que el “judicial review” no surge de la Constitución (es evidente que el control de la constitucionalidad de las leyes sí surge de nuestra Constitución). Un órgano judicial (o administrativo o legislativo) incumple con sus atribuciones tanto cuando se excede en el ejercicio de sus competencias como cuando se autolimita y termina no ejerciendo plenamente dichas competencias.

En este punto se abren dos posibilidades: (i) o entendemos autolimitación como un retroceso del Poder Judicial que deja de ejercer parte de sus funciones en casos concretos procurando respetar a los poderes políticos o para no caer en el (temible) “gobierno de los jueces”⁶⁸, con lo que estaremos más allá de la prudencia y se estaría cerrando los ojos a abusos de otros poderes; o (ii) entendemos prudencia en sus justos términos (buen juicio, cautela, etc.) pero ejerciendo plenamente las competencias que la Constitución asigna al Poder Judicial sin claudicaciones. Me parece claro que la segunda alternativa es la correcta.

⁶⁸ También se mencionó antes el *efecto parálisis* que este concepto mítico ha despertado. Muchas veces el poder político utiliza la vaga noción de “gobierno de los jueces” para lograr que los magistrados retrocedan y les dejen mayor espacio de acción o inacción a los políticos.

5. OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA

En forma explícita o implícita, está siempre presente en estas cuestiones la “objección democrática” con lo que se destaca que los jueces, a diferencia de los legisladores, no cuentan con plena legitimidad democrática pues no han sido electos por el cuerpo electoral.

Esta objeción es más efectista que real. En efecto, los legisladores han sido elegidos por el Cuerpo Electoral pero no debe olvidarse que también ese cuerpo electoral, en un acto de plebiscito, estableció que el producto legislativo sería controlado, en cuanto a su regularidad constitucional, por la Suprema Corte de Justicia. Por esta razón, y sin perjuicio de ser evidente que la Corte no se integra por elecciones, su legitimidad democrática está dada por el plebiscito en que se estableció esta competencia de la Corte. Al cumplir con sus funciones constitucionales, la Corte no hace más que cumplir con un mandato expresado a través de un plebiscito.

6. CONCLUSIONES SOBRE LAS PREMISAS APLICABLES EN EL TEMA Y EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

En mayoría la Corte está siguiendo una jurisprudencia de la Suprema Corte que tiene al menos veinte años. Esta jurisprudencia presenta problemas al recurrir a conceptos altamente polémicos como la presunción de constitucionalidad, la autorrestricción, referencias generales al “gobierno de los jueces”, etc. Se trata de conceptos complejos, muchas veces usados en forma extremista y no coincidente con las pautas constitucionales.

También está presente en esta argumentación, aunque en forma implícita, la objeción democrática, en el sentido de dar discrecionalidad a los poderes políticos sin reparar en el rol del Juez constitucional, conferido directamente por la Constitución, a los efectos de controlar a los poderes políticos (al legislador y al colegislador).

Y, fundamentalmente, parece seguir presente un problema importante en los puntos de partida. En lugar de partir del rol de defensor de los derechos humanos del accionante y de guardián de la Constitución, se parte de autorrestricciones que implican, necesariamente, el retroceso de la Corte como punto de partida. Incluso hay una confesión expresa de que sólo se declara la inconstitucionalidad en los casos claros y evidentes, razón por la cual los otros quedan sin protección.

Esta posición no me convence por las razones antedichas, pero téngase presente que para nada postulo un gobierno de los jueces ni ultra activismo. Únicamente se postula un sistema en que la Corte sea efectivamente el guardián de la Constitución y el protector de los

derechos constitucionales de los accionantes, sin avances inconstitucionales en sus funciones y sin retrocesos también inconstitucionales.

Para terminar, creo que se debe volver a leer a Marshall en *Cohens v. Virginia* (ya citado) y reitero una pregunta formulada hace algún tiempo⁶⁹:

Veamos algunas hipótesis problemáticas:

A) Asumiendo que el Juez siempre puede equivocarse y nunca puede tener certeza total del acierto de su sentencia, cabe preguntarse cuál es el error más grave: ¿(i) declarar la inconstitucionalidad de una ley que es constitucional o (ii) no declarar la inconstitucionalidad de una ley que sí es inconstitucional?

Si bien no puedo saber que piensa el lector frente a la interrogante anterior, tiendo a pensar que en nuestro país, considerando el entorno cultural sintéticamente referido y, especialmente, los criterios desarrollados por la Suprema Corte de Justicia, se consideraría por parte de la mayoría que el error más grave es la hipótesis individualizada con “i” y por lo tanto es preferible el error señalado con “ii”.

Es evidente que, de ser cierto lo anterior, a dicha conclusión se arriba poniendo el acento (el centro del estudio) en la ley, pensando en el respeto del Poder Legislativo (que ha legislado) y del Poder Ejecutivo (que es colegislador), etc.

B) Pero planteemos la misma situación formulando la interrogante de otra forma. Asumiendo la posibilidad de error: ¿es menos grave (i) dejar de proteger un derecho humano que merecía ser protegido o (ii) proteger un derecho humano que no merecía protección (o que la necesidad de protección era aparente)?

Si bien la pregunta es la misma y sólo modifiqué la forma de enunciar la misma, puedo suponer que el lector contestaría a esta segunda interrogante que el error menos grave es el de la hipótesis “ii” y el más grave “i”. Esto es bastante sencillo y basta pensar en la máxima de que es preferible un culpable en libertad que un inocente en prisión.

De todas formas, insisto, sólo cambié la forma de enunciar la interrogante, pero fácilmente podrá imaginarse un caso de lesión de derechos humanos por una ley y ver que la pregunta se puede hacer de las dos formas. La segunda conduce a la protección del derecho como mejor opción, como más importante o como error preferible. Mientras la primera podría conducir a la respuesta contraria.

⁶⁹ RISSO, M., *Algunas ... cit.*, p. 164 y ss.

C) *Y todavía pensemos en una tercera interrogante, partiendo del principio de supremacía constitucional (en Uruguay basado en la legitimidad democrática insuperable que tiene la Constitución en tanto emanación directa de la ciudadanía y no obra de sus representantes) y pensemos si será más grave (i) no proteger la Constitución frente a una ley inconstitucional (que se seguirá aplicando) o (ii) proteger demasiado la Carta declarando la inconstitucionalidad de una ley que no es contraria a derecho.*

Partiendo de la supremacía constitucional es claro que el error menos grave es el de la hipótesis “ii”. Es preferible sobreproteger la Constitución cuando no precisa ser protegida que dejarla de proteger cuando sí lo precisa.

Nuevamente estamos formulando la misma interrogante en forma distinta. La respuesta en este caso coincidirá con la del literal “B”, aunque puede pensarse en que no es la misma que la que muchos uruguayos darían a la formulación letra “A”.

Si es correcta mi apreciación en cuanto a cuáles serían, en general, las respuestas que recibirían estas interrogantes, debe entenderse que la conclusión es absurda ya que no es admisible que la respuesta no sea la misma frente a tres preguntas que son idénticas sin perjuicio de las diferencias en su enunciado.

En mi opinión las tres respuestas tienen que ser idénticas y la respuesta debe ser la que se dio en las opciones “B” y “C” (o sea, a favor de la Constitución y los derechos humanos y no a favor de la ley). A continuación deberíamos preguntarnos cómo es que llegamos a esta situación tan atípica de diferentes respuestas para la misma pregunta. Y creo que la explicación que se encuentra es doble: (a) por una parte la opción “A” pone el acento en la ley (la ley es el centro de la cuestión), lo que implica una sobrevaloración de la ley, con una marcada influencia francesa (así visualizado el tema lo que importa es la ley, emanación del Parlamento, y esto es lo que debe ser protegido; el drama no es que haya un derecho humano lesionado sino que el peligro es no afectar lo resuelto por el legislador cuando pueda terminar siendo conforme a derecho); y (ii) así como el método de estudio condiciona el objeto de estudio, también la forma en que se plantean los casos o cuestiones condiciona el análisis posterior. La opción “A”, con una fuerte influencia francesa, plantea mal la cuestión, mientras que las otras dos, ajustadas a la Constitución uruguaya, lo hacen en forma correcta. No debe llamar la atención que en las dos últimas se llegue a respuestas compatibles con la Constitución mientras que la primera, a veces, lleva a respuestas contradictorias.

El enfoque correcto de la cuestión, partiendo de la supremacía constitucional, de la legitimidad democrática de la Constitución y de que los derechos humanos (conforme la Carta)

son invocables también frente a la ley, nos permite llegar a respuestas correctas. Si el enfoque se centra en la ley el intérprete se orientará por un camino que no coincide con la Constitución nacional.

El problema puede sintetizarse con algunas preguntas. ¿Cuál es el objetivo principal que nos impone nuestra Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? ¿Proteger la Constitución de los actos inferiores? La respuesta es afirmativa. ¿Proteger los derechos humanos de actos infraconstitucionales que los lesionen? También la respuesta es afirmativa. ¿O defender la ley para que no sea desaplicada? Esta última pregunta, dentro del marco constitucional uruguayo, no tiene una respuesta expresable en un monosílabo sino que se precisa alguna aclaración: la ley, en tanto emanación indirecta del cuerpo electoral, goza de un especial papel y debe ser aplicada y debe velarse por su observancia, salvo cuando se impute a la ley ser inconstitucional o lesiva de los derechos humanos, en cuyo caso priman las respuestas a las dos primeras interrogantes.

IV.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

En la sentencia 79/2016, la Corte vuelve a asumir criterios muy estrictos en materia de legitimación activa, por lo que rechaza varias cuestiones por esta causa sin pronunciarse sobre el fondo. Por supuesto que la acción de inconstitucionalidad no es un accionamiento popular que pueda promover cualquier persona, pero se debe ser cuidadoso a la hora de ver si se cumple con los requisitos constitucionales.

El artículo 258 de la Carta establece que la pretensión de inconstitucionalidad podrá ser planteada por el titular de un interés legítimo, personal y directo. Esto planteó un problema con los casos de inconstitucionalidad en que se lesione un derecho subjetivo -hipótesis no mencionada en la disposición constitucional- lo que mereció al menos dos respuestas doctrinales⁷⁰.

Las nociones técnicas de derecho subjetivo e interés legítimo son razonablemente precisas por lo que no es necesario referir a ellas en este momento, pero sí es importante tener presente la trascendencia de la cuestión desde el punto de vista sustancial: un criterio muy severo en materia de legitimación activa puede dejar sin protección a un derecho o a

⁷⁰ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Interés legítimo ...* cit. p. 283. Riso, Martín, *Derecho Constitucional ...* cit., p. 199 y ss.

un interés legítimo, o dejar sin protección a la Constitución frente a una ley inválida. Este es un problema frecuente en el derecho comparado y que fácilmente puede colidir con el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, o en general las garantías procesales.

En otras palabras, la determinación de si un sujeto tiene legitimación activa a los efectos de promover la declaración de inconstitucionalidad, se encuentra en tensión con otros valores y derechos constitucionales. Esto conduce a la “prudencia” a los efectos de determinar si hay o no legitimación y a que, en caso de duda, se resuelva siempre a favor del sujeto, reconociendo la legitimación activa.

La Suprema Corte ha sido históricamente muy estricta en el análisis de la legitimación activa y han quedado por el camino casos en que la legitimación era bastante clara. Para citar un caso reciente y en el que incuestionablemente había legitimación activa, puede recordarse la impugnación de la ley que estableció la patente única. La ley N° 18.860, de 23 de diciembre de 2011, “solucionó” la guerra de patentes, pero lo hizo de la siguiente forma: (a) pese a que la Constitución dice que la patente es departamental y por lo tanto puede haber tantos impuestos como departamentos, la ley dice que la patente es única y se aplica en todo el territorio nacional; (b) la Constitución dice que la iniciativa para el establecimiento del impuesto lo tiene cada Intendente en su Departamento, la ley dice que la iniciativa la tiene el Ministerio de Economía y Finanzas (gobierno nacional) y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (dependencia de la Presidencia de la República); y (c) la Constitución dice que el órgano constitucionalmente competente para aprobar la patente es cada Junta Departamental, pero la ley dice que la aprobación corresponde al Congreso de Intendentes (órgano de coordinación sin ninguna potestad tributaria).

Algunos sujetos se presentaron solicitando la declaración de inconstitucionalidad de esta ley, que los obligaba a abonar un tributo dispuesto por un órgano que carece de potestad tributaria, pero la Corte rechazó el planteo por entender que las personas físicas carecen de legitimación activa para cuestionar la ley y que sólo la pueden cuestionar los Gobiernos Departamentales ya que el legislador invadió sus competencias⁷¹.

No parece que pueda aceptarse esta posición, un individuo se ve obligado por una ley a abonar un tributo establecido por un órgano notoriamente incompetente, y es evidente que tiene legitimación para reclamar que se lo releve de dicha obligación

⁷¹ SCJ. Sentencia SCJ No. 568, de 25 de noviembre de 2013, redactada por el Dr. Ricardo PÉREZ MANRIQUE y con la discordia del Dr. Julio César CHALAR.

claramente ilegítima. El rechazo de la demanda por falta de legitimación activa, tiene por consecuencia que los actores deberán pagar un tributo establecido conforme una ley incuestionablemente inválida. Se trata de un exceso en la consideración de la legitimación pasiva.

En la sentencia 79/2016 hay varias impugnaciones rechazadas por falta de legitimación activa (a veces en votación dividida). En algunos casos la resolución es compartible, pero en otros no. Veamos sólo uno de los últimos casos. En un segundo trabajo, sobre la incidencia de esta jurisprudencia en la ley de medios, se analizarán estos casos.

V.

CONCLUSIONES

Del análisis realizado, y reiterando que aún faltan varios pronunciamientos sobre la ley de medios, parecen extraerse, por un lado, muy buenas noticias en lo que refiere a la interpretación de la Constitución y la defensa de los derechos humanos frente a la ley (y en general frente a cualquier acto).

La aproximación a un concepto más moderno de “razones de interés general” implica reconocer que a) existe un contenido esencial de los derechos humanos que no puede ser desconocido ni limitado; b) no todos los derechos constitucionales pueden ser limitados por ley (dice la Corte) sino sólo aquellos respecto a los que la posibilidad de limitación esté expresamente habilitada por la Constitución (agrego yo); c) se repara claramente en el fin perseguido por el legislador y en la necesidad de que sea ajustado a la Constitución; d) se buscan las “razones de interés general” en la propia Constitución; e) las herramientas idóneas para verificar si existen dichas razones, que justificarían la limitación, son básicamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad (en especial el último que es el más desarrollado en las sentencias), y f) se utiliza con precisión el principio de proporcionalidad, señalando cada uno de sus componentes.

Pero de todas formas subsisten problemas que provienen de criterios largamente sostenidos por la Suprema Corte de Justicia. En los argumentos de la mayoría se sigue la línea anterior que implica una clara retracción de la Corte al analizar la inconstitucionalidad de un precepto legal y a no declarar la inconstitucionalidad salvo en casos excepcionales y muy claros. De la misma forma se persiste en el uso de criterios muy estrictos en materia de legitimación activa, que dejan a muchos sujetos sin protección judicial adecuada.

De todas formas, en líneas generales, el balance es positivo. Las novedades son auspiciosas y compatibles, aunque resta una revisión de otros conceptos históricos que no parecen coincidir con nuestra Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos humanos*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda reimpresión, 2001.
- AMAR AKHIL, Reed, *America's Constitution. A biography*, Edit Random House, New York, 2005.
- BERNSTEIN David E., “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en *Constitutional Law Stories*, Editor Michael C. Dorf, Foundation Press, New York, 2004.
- BIDART CAMPOS, Germán, J., “Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Edit, Temis, Bogotá, 1997.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN, “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “El interés legítimo en la Constitución uruguaya de 1967”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. En homenaje a Enrique Sayagués Laso*, tomo III, CEPC, Madrid, 1969.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional”, en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, N° 13, Montevideo, 1990.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad del acto administrativo: un mito innecesario y pernicioso”, en *Revista de Derecho*, N° 02, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Fétichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des judges. Tres ideas fuerza para el rechazo de la constitucionalidad de las leyes en Francia”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 19, setiembre de 2007, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces.
- _____, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción constitucional en España”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Edit. Dykinson, Madrid, 1997.

- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema político español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992.
- GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Edit. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001.
- JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Edición Cámara de Senadores, Montevideo, 1992.
- KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? edit. Tecnos, Madrid, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, edit. Universitaria, México, 1949.
- LAMBERT, Edouard *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Edit. Tecnos, Madrid, 2010.
- MONTESQUIEU (Charles DE SECONDANT, BARÓN DE LA BRÈDE Y DE MONTESQUIEU), *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, Oxford University Press, México, 1999.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Procesal Constitucional*, edit. CECOCH, Santiago de Chile, 2009.
- RISSE FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición ampliada y actualizada, FCU, Montevideo 2011.
- RISSE FERRAND, MARTÍN, *Derecho Constitucional*, tomo I, reimpresión 2015, FCU, Montevideo.
- RISSE, Martín, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia vs. aristocracia con toga”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2012, pág. 393/414.
- RISSE, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos*, N. 8, Edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2010, pp. 9/29.
- ROUSSEAU, JJ. *El contrato social*, edit. Aguilar, Buenos Aires, 1965.
- SAGÜÉS, Néstor, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional e internacional”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año XLII, segunda época, N. 36, Buenos Aires, 1998.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1983.
- SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional alemán*, Edit. Fundación Konrad Adenauer, 2009.

SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004.

TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, vol. I, tercera edición, Foundation Press, New York, 2004.

TUSHNET, Mark, *In the balance. Law and politics on the ROBERTS court*, edit. W.W. Norton & Company, New York – London, Kindle edition, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ediciones Trotta, 2007.

Para citar este artículo: Martín Riso Ferrand, “Primeras reflexiones generales sobre las sentencias de inconstitucionalidad referidas a la ley de medios”, *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp. 141-187

Recibido: 20/06/2016

Revisado: 22/6/16

Aceptado: 29/6/16

Los principios del Derecho Global de la contratación pública

The principles of the Global Law of public procurement

*Jaime Rodríguez-Arana**

Universidad de La Coruña

RESUMEN: La globalización es un fenómeno que también ha llegado al Derecho Público. En efecto, la realidad nos demuestra que en determinados sectores del Derecho Administrativo existen normas y actos con pretensión de validez supranacional. Son normas que se elaboran poniendo en cuestión la teoría clásica de las fuentes del Derecho y el sistema de producción normativa. Como el Derecho Administrativo Global está “in fieri”, el Derecho Administrativo Global es, en mi opinión, un Derecho principal. Un Derecho en construcción, un Derecho que asegura que los poderes públicos globales se ejercen al servicio del interés general global de acuerdo con la justicia. Ni hay todavía una Administración pública global, ni un Poder ejecutivo global, ni un Poder judicial global, como tampoco disponemos de una Constitución global. Sin embargo, la realidad nos demuestra que en algunos sectores, el de la contratación pública especialmente, los principios generales ayudan sobremanera a construir un Derecho Administrativo global de la contratación administrativa que parta precisamente de los postulados del Estado de Derecho.

* Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global. Contacto: jra@udc.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo global; globalización.

ABSTRAC: Globalization is a phenomenon that has also become public law. Indeed, the reality shows that rules and acts with intention of supranational validity exist in certain sectors of the administrative law. They are rules that are made by putting in question the classical theory of the sources of law and normative production system. As the Global administrative law is "in fieri", Global administrative law is, in my opinion, a main right. A law on construction, a law that ensures that global public authorities are exercised in the service of the global public interest according to justice. Nor is there yet a global public management, a global Executive, nor a global judiciary, nor have a global Constitution. However, the reality shows us that in some sectors, the public procurement especially, general principles help greatly to build a Global administrative law of the administrative contracting which precisely based on the tenets of the rule of law

KEYWORDS: Global Administrative Law; globalization.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Derecho Administrativo global. III. Los principios generales y el Derecho Administrativo global. IV. Los principios generales de la contratación pública en el Derecho Administrativo global. V. Reflexión conclusiva.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización es un fenómeno que también ha llegado al Derecho Público. En efecto, la realidad nos demuestra que en determinados sectores del Derecho Administrativo existen normas y actos con pretensión de validez supranacional. Son normas que se elaboran poniendo en cuestión la teoría clásica de las fuentes del Derecho y el sistema de producción normativa. Como el Derecho Administrativo global está “in fieri”, es, en mi opinión, un Derecho p e aproximación al estudio de las categorías jurídicas sobre el que descansa el modelo del Estado social y democrático de Derecho¹. En este sentido, los principios que vamos a analizar están en la misma base de un fenómeno de integración en el que la libertad, la competencia, la igualdad de trato, la no discriminación, la transparencia, la imparcialidad y la objetividad presiden el entero sistema normativo de la contratación administrativa en el seno de la UE.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

La existencia del Derecho Administrativo global es, a día de hoy, una realidad indudable. Poco a poco, va inundando los sectores tradicionales del Derecho Administrativo Interno o Nacional. Esto es así, entre otras razones, porque las categorías y las instituciones del Derecho Administrativo no están limitadas a unas determinadas y concretas coordenadas espacio-temporales. Más bien, se trata de categorías y conceptos de validez universal, que podrían tener un sentido o una intensidad diferente según cuál sea el modelo de Estado

¹ Vid. J. RODRIGUEZ-ARANA, *Derecho Administrativo Español*, I, Netbiblo, La Coruña, 2008, pp 1-5

en el que nos encontremos. Por ejemplo, los contratos públicos, aquellos que celebran los Entes del sector público, en su fisonomía general y en su articulación concreta, suelen presentar unos obvios rasgos comunes que justamente demuestran la existencia de esta categoría jurídico-administrativa desde su nacimiento².

Los entes públicos, por utilizar una terminología muy amplia en la que entran todas las Administraciones públicas, entes dependientes, además de sociedades y otros organismos que manejan fondos públicos, suelen convocar, con publicidad y concurrencia, a las empresas para realizar actividades de interés general que la propia institución solicitante ni está en condiciones de realizar por sí misma, ni probablemente deba hacerlo. La Unión Europea, el Mercosur, Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y otros Órganos y organismos de dimensión supranacional contratan con empresas la realización de terminadas obras o servicios públicos siguiendo una tipología que aunque ha nacido en el Derecho Administrativo Interno, hoy es una realidad en el denominado Derecho Administrativo global de la contratación pública³.

El problema que hoy presenta este Derecho Administrativo global, es que es un Derecho “in fieri” que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un parlamento global, de un gobierno global y de un tribunal global. Por eso, este incipiente Derecho Público global opera, como es lógico, a través de principios, a través de principios que proyectan la cláusula del Estado de Derecho, en un intento de evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este ordenamiento jurídico administrativo global⁴.

El caso de la contratación pública es, en este punto, paradigmático puesto que, como se analiza en este artículo, los principales instrumentos supranacionales, globales, en materia de contratación se han construido precisamente al calor de los principios: del principio de no discriminación, de igualdad, de publicidad, de libre concurrencia. Principios que son la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos, por manejar fondos públicos, de actuar con transparencia, fomentando la igualdad y adjudicando el contrato al la oferta mejor para el interés público, que es siempre el elemento central que gravita y preside el entero régimen jurídico de aplicación. Es decir, en materia de contratos públicos, los principios

² Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Los principios generales del Derecho de la contratación pública”, Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 66, 2011.

³ Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA/E. JINESTA/J.A MORENO MOLINA/K.NAVARRO, Derecho Internacional de la Contratación pública, Guayacán, Costa Rica, 2011.

⁴ Cfr. A. MASCAREÑO, Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial: momentos de universalidad en la lex mercatoria, Dilemata, n° 13, 2013, pp. 46-68.

han sido la base de las Normas que ulteriormente se han elaborado⁵. El caso, por ejemplo, en el espacio jurídico europeo, de las directivas comunitarias en la materia nos excusa ahora de mayores comentarios.

A pesar de registrar que el Derecho Administrativo global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos en la dimensión global, no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global se han ido produciendo, quizás demasiado tímidamente y probablemente demasiado lentamente, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales regulaciones administrativas de escala supranacional. Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública es dónde, a mi juicio, el desarrollo del Derecho Administrativo global ofrece más solvencia, precisamente a causa de haberse diseñado sobre los cimientos de los principios tradicionales de la contratación pública, que son prácticamente comunes en casi todos los ordenamientos del planeta inspirados en el Derecho de matriz romano-germánica⁶.

El fenómeno de la globalización, imparable en el terreno económico, hoy ya alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción. Por lo que se refiere al Derecho Público, comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente, de la llamada ayuda al desarrollo y muy especialmente, de la contratación pública. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización⁷.

Este nuevo panorama afecta sobremedida a los principios sobre los que descansa el Derecho Administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización. Más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del “rule of law” de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que “aggiornarse” a la nueva realidad. Es

⁵ Vid. J. DEL OLMO ALONSO/M. SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

⁶ Vid in toto P. STEIN, *El derecho romano en la historia de Europa: historia de una cultura jurídica*. Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001

⁷ J.L. MEILÁN GIL, *Una aproximación al Derecho Público Global*, Global Law Press, Sevilla, 2013., p. 5.

más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden, de deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública⁸. En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir el control sea la principal característica de la denominada nueva Administración global que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente Derecho Administrativo global, la jurisprudencia, y sobre todo los principios del Derecho sobre los que se levantó esta magnífica construcción jurídico-política, están fundando un nuevo Derecho Público Universal, que como señala agudamente el profesor Meilán, es ya un Derecho prudencial⁹. Está aconteciendo “mutatis mutandis” lo mismo que en los orígenes del Derecho Administrativo en Francia: entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo Derecho Administrativo a través de sus famosos “arrets”: ahora son los tribunales, colegios arbitrales y cortes sectoriales de nivel transgubernamental o global, los que poco a poco van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de Derecho. Aunque no siempre, tal y como se pone de relieve, por ejemplo, en los llamados arbitrajes internacionales en materia de inversiones con ocasión de pleitos surgidos en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados y los inversores extranjeros.

Como es sabido, mientras que en el sistema continental europeo, el control de la actividad administrativa se ubicó en manos del Consejo de Estado, un organismo público de naturaleza jurisdiccional, y la Administración pública actúa sometida a un Derecho diferente al Común para las personas jurídicas ordinarias, repleto de privilegios y prerrogativas en cuanto servidora del interés general, en la otra orilla, nunca mejor escrito, la Administración era considerada como una persona jurídica más sometida al Derecho que interpretan los Tribunales ordinarios. En ambos casos, como es lógico, la Administración estaba sometida a la ley y al Derecho. En el Derecho Administrativo anglosajón, poco a poco, se empezaron a aplicar a los contratos públicos reglas propias de un sistema que asume que la existencia de fondos públicos obliga a disponer de un régimen jurídico adecuada a tal característica. Los contratos privados se rigen por la ley de la autonomía de la voluntad con los límites propios

⁸ Vid. C. SIRVENT GUTIERREZ, *Sistemas jurídicos comparados*, Porrúa, México, 2006, especialmente los capítulos dedicados al modelo romano-germánico y al anglosajón.

⁹ J. RODRIGUEZ-ARANA, *Approach to the principles of Global Administrative Law*, in J. ROBALINO-J. RODRIGUEZ-ARANA (Editors), *Cameron&May*, London, 2010, pp. 33-91.

establecidos en los Códigos correspondientes mientras que los contratos públicos, por la existencia de fondos públicos, están sometidos, a los principios de publicidad, objetividad, equidad, concurrencia, igualdad de trato, transparencia. Principios hoy de aplicación, por mor de la fuerza del Derecho Público Comunitario Europeo, a todos los países de la Unión Europea, sean de tradición anglosajona o francesa¹⁰

En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, el de la contratación pública, el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad, hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “cheks and balances”, encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un Derecho Administrativo global de base principal. Base principal, insisto, que en materia de contratos es patente¹¹.

Por eso, ahora que percibimos la emergencia de este nuevo Derecho Administrativo en el que existe, todavía “in fieri”, una nueva Administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global, es fundamental desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho. En materia de contratación pública, nos topamos con un problema complejo porque en el espacio europeo resulta que el principio de igualdad de trato es desconocido muchas veces a favor de las empresas nacionales por diferentes “razones”, desde la promoción de la industria nacional, hasta la protección de la economía propia. Como es sabido, en la Unión Europea el 80% de los contratos públicos son adjudicados a licitadores nacionales.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público. Para resolver este escollo, estos profesores abogan porque los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del

¹⁰ Vid. El estudio de J.M. GIMENO FELIU., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, donde se demuestra la profunda incidencia del Derecho Comunitario de la Contratación pública en la legislación nacional en la materia.

¹¹ J.C. CASSAGNE, *Principles of Global Administrative Law*, in J. ROBALINO/J. RODRIGUEZ-ARANA, *Op cit.* pp. 3-11.

Estado de Derecho sean respetados. En materia de contratación, los principios son la clave de bóveda del sector¹². Sin principios, que además son globales, no hay sistema global de contratación pública global¹³.

Otra de las características que me interesa destacar en este trabajo sobre los principios del Derecho Administrativo Global aplicados a la contratación pública se refiere a que en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo al interés general. La realidad, que es tozuda, testaruda podríamos decir en una expresión quizás no muy científica, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremedida al tradicional entendimiento del Derecho Administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las Facultades universitarias Derecho Administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el Derecho Administrativo global, sobre todo en materia de Derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del Derecho Administrativo como pueden ser, por ejemplo, el Derecho Ambiental¹⁴, el Derecho de la Contratación Pública, el Derecho de la Seguridad o el Derecho Marítimo.

La europeización del Derecho Administrativo es hoy una realidad. Una realidad que, sin embargo, no está del todo asumida al interior de los Estados miembros ni interiorizada por numerosos operadores jurídicos de los Estados de la Unión Europea¹⁵. Una de las razones de tal situación se encuentra, efectivamente, en las resistencias mostradas a la compartición de espacios de soberanía a la Unión por parte de los Estados y por un emergente nacionalismo que impide que el espacio jurídico global sea la realidad que debiera tras tantos años de andadura comunitaria. En cualquier caso, se trata de un proceso jurídico imparable que, con luces y sombras, poco a poco va calando en la conciencia jurídica europea. La europeización del Derecho Administrativo es un proceso que se va produciendo a golpe de reglamento, a golpe de directiva y, en la medida en que ambas fuentes del Derecho son de aplicación obligatoria en los Estados miembros de la Unión, en esa medida el Derecho Administrativo Comunitario va siendo más conocido y también más utilizado por los Tribunales de justicia de los países miembros. Estas normas jurídicas han venido disciplinando la acción sectorial de

¹² Vid. El pionero trabajo de los profesores B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, 15, (Summer-Autumn, 2014).

¹³ Vid. C. E. DELPIAZZO, *Los principios generales en la contratación pública*, (Dir) Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹⁴ Vid. J. SANZ LARRUGA, *Global Environmental Law*, in J.ROBALINO/J. RODRIGUEZ-ARANA, *Op. Cit.* 277-301.

¹⁵ Vid. El preclaro y revelador estudio del profesor S. CASESE *Derecho Administrativo: Historia y futuro*, Global Law Press, Sevilla, 2014

la Administración, esfera de actuación de la Administración europea que contiene las principales políticas públicas de la Unión: agricultura, pesca, seguridad, política social, entre otras. En materia de contratación, a pesar de la claridad de las Directivas, no se puede ocultar que el principio de igualdad de trato sigue siendo una quimera ante el proteccionismo existente en determinados sectores y frente a la preferencia de las empresas nacionales para la adjudicación de contratos públicos de ciertas relevancias. En cambio, cuando es la UE, no los Estados miembros, quien protagoniza el proceso de selección de los contratistas, entonces los principios del derecho Europeo de la Contratación pública se aplican sin mayores problemas¹⁶.

III.

LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El Derecho Administrativo global es un Derecho principal, un Derecho que a día de hoy progresa a partir de principios de Derecho que, además de proporcionar los criterios generales para construir las instituciones y categorías jurídico-administrativas, garantiza que los postulados del Estado de Derecho iluminen esta nueva realidad¹⁷. En realidad, en el Derecho Administrativo los principios siempre han sido fundamentales, probablemente porque al ser un Derecho relativamente reciente, al menos en su conformación científica, han servido de guía para su construcción y desarrollo¹⁸.

En efecto, la consideración de los principios generales del Derecho en el campo del Derecho Administrativo puede realizarse de muy diferentes formas, atendiendo a distintos puntos de vista¹⁹. Se puede, por ejemplo, analizar su condición de fuente del Derecho y explicar cuáles son sus peculiaridades proyectadas sobre nuestra disciplina. Se puede, también, estudiar específicamente su carácter de elemento informador y transversal de todo el Ordenamiento jurídico-administrativo. Igualmente, se puede poner el acento en su conexión con la dimensión ética y en su proyección sobre el plano de los valores. Es posible detenerse a partir del análisis de los principios políticos que presiden el Estado social y democrático

¹⁶ M. BALLBÉ/R. MARTÍNEZ, *Law and Globalization; Between the United States and Europe*, in J. ROBALINO/J. RODRIGUEZ-ARANA, *Op cit*, pp 137-215.

¹⁷ Cfr. M. REBOLLO PUIG, "Los principios generales del Derecho", en AAVV, *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (Director J. SANTAMARÍA PASTOR), La Ley, Madrid, 2010, pp. 1521-1583.

¹⁸ Vid. El muy reciente estudio del profesor argentino J.C. CASSAGNE, *Los grandes principios dl derecho Público* (Constitucional y Administrativo), Reus, Madrid, 2016.

¹⁹ En general, Cfr G. DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, Bosch, Madrid, 1979.

de Derecho o centrarse en el estudio de los aforismos, de las técnicas de argumentación, de las reglas de interpretación o de determinados criterios procesales. Es decir, como señala Santamaría Pastor, existe una pluralidad de significados y de aproximaciones en relación con los principios generales que hacen necesario clarificar y concretar el objeto de la reflexión²⁰.

En el Derecho de la Contratación Pública Global, los principios, como ya hemos señalado, juegan un papel central para la existencia de este sector del Derecho Administrativo Global. Son principios que, como los de objetividad, racionalidad, igualdad de trato, suponen que el Derecho Administrativo Global cumpla la función que tiene encomendada: la ordenación racional de los asuntos públicos de dimensión global de acuerdo con la justicia.

En el caso de la contratación pública global han sido precisamente los principios generales los que han permitido la elaboración de Normas de orden global que han establecido el régimen de los contratos públicos de numerosos entes públicos de la denominada Administración Pública Global. Estos principios permiten en todo momento conocer si las licitaciones se realizan en el marco del Estado de Derecho. O lo que es lo mismo, si las licitaciones se conducen con arreglo al interés público global poniendo a disposición de los ciudadanos del mundo obras y servicios públicos de calidad que permitan la mejora real de las condiciones de vida del pueblo.

A este propósito debe tenerse presente que el Tribunal Supremo español señaló por sentencia de 18 de febrero de 1992 que “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas- art. 1.4 del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho –art. 103 de la Constitución-. Y es claro que si estos principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”. Esta jurisprudencia tiene, en mi opinión, una proyección jurídica que va más allá de nuestras fronteras puesto que perfila la función, el significado y la operatividad de los principios generales como elementos informadores del Ordenamiento jurídico en general.

A poco que se examine en sus justos términos la doctrina que se contiene en esta sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España se comprenderá el alcance y significado de los principios generales como exponentes del ambiente general que ha de presidir el entero sistema normativo. Se trata, en este caso, de los principios como elementos basilares del Ordenamiento, como las columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas ju-

²⁰ J.A. SANTAMARIA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo, Iustel, Madrid, 2009.

rídicas. Con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, son el oxígeno que envuelve a las normas, la atmósfera que permite la pervivencia de las normas. Si se desconocen o si se eliminan es como si dejara de existir el oxígeno para el hombre. Por eso, los principios generales, desde esta perspectiva de elementos informadores y de criterios esenciales, han de ser tenidos muy en cuenta no sólo por el intérprete de la norma, sino también por quien la elabora. En materia de contratación pública los principios son tan relevantes que ellos mismos son los que sostienen todo el entramado normativo de la contratación pública, y son ellos mismos los que aseguran que la contratación pública está presidida por los postulados del Estado de Derecho. Es decir, la objetividad, la transparencia, la igualdad de trata, la motivación de las adjudicaciones, son materias que están disciplinadas por principios generales que han sido llevados al cuerpo de las principales Normas que regulan la contratación pública a nivel global, tal y como tendremos ocasión de comentar en el siguiente epígrafe.

Es verdad que muchos principios han venido al mundo jurídico como consecuencia del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. Se comprueba estudiando el Derecho Administrativo norteamericano y el Derecho Administrativo comunitario europeo, éste último especialmente en materia de contratos públicos. En otros casos, además, aparecen, como no puede ser menos, reflejados en las normas. Pero lo más importante es que existen por sí mismos porque son la proyección en la realidad jurídica de la esencial idea de justicia que trasciende al ordenamiento y le da sentido²¹. Desde este punto de vista, los principios son previos al ordenamiento. Podría decirse que son su fundamento y que el ordenamiento se justifica en la medida en que dichos principios inspiran y presiden el sistema normativo. En el caso de la contratación pública global, esta afirmación es, sencillamente, exacta.

Si pensamos en la contratación pública y en el progresivo vaciamiento, en el espacio jurídico europeo, del principio de igualdad de trato, comprenderemos hasta que punto el desconocimiento de los principios generales en materia de contratación pública termina por desnaturalizar el sentido y significado de una categoría jurídica que aplicada al Derecho Administrativo, se justifica en la medida en que se pone a disposición de la ciudadanía obras y servicios públicos, o de interés general, en las mejores condiciones técnicas posibles que permitan el progreso y el desarrollo del país en cuanto mejoran las condiciones de vida de los ciudadanos.

Conviene llamar la atención acerca de que el Tribunal Supremo español, cuando ha ido construyendo la teoría del control de la discrecionalidad administrativa a través de los

²¹ J.C. CASSAGNE, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

principios generales, ha conectado la existencia de dichos controles al genio expansivo del estado de derecho²². Efectivamente, el estado de derecho es un estado de justicia, es un estado en que el poder ha de actuar conforme a patrones y cánones formales y sustanciales. si nos quedamos únicamente en la vertiente procedimental y formal del poder resulta evidente que éste puede terminar, ejemplos hay y lacerantes de todos conocidos, siendo la principal y más efectiva terminal del autoritarismo y la ausencia de medida. Por eso, la existencia de controles sustanciales viene determinada por los principios, que son, como vuelve a recordar esta sentencia, la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas.

En efecto, en materia de contratación, estos principios permiten a los tribunales de justicia enjuiciar las actuaciones de los entes públicos en la materia asegurando que las licitaciones se han realizado de acuerdo con los mínimos exigibles por el estado de derecho para la contratación pública: objetividad, imparcialidad, publicidad, concurrencia, igualdad de trato...

A día de hoy, la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del Derecho Administrativo global. En la declaración del milenio de Naciones Unidas y en los más destacados documentos de reforma del Estado de casi todos los países, a veces incluso en el marco de leyes y normas administrativas, hoy el derecho a la buena administración y al buen gobierno es, desde luego, un derecho de los ciudadanos. Como es lógico, en materia de contratación pública también es de aplicación este principio de la buena administración.

La consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución Europea (artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales.

En materia de contratación pública no debemos perder de vista que las obras públicas o que los servicios públicos o de interés general objeto de las licitaciones, han de ser realizados de la mejor manera posible, técnica y económicamente, precisamente porque los ciudadanos tienen derecho a que los fondos públicos que van a financiar dichas actividades son de su propiedad y que, por ello, tienen derecho a recibir obras y servicios de interés general que permitan unas mejores condiciones de vida para todos. Esta dimensión de la actividad

²² Sentencia de 8 de octubre de 1990.

pública, ahora afortunadamente está en el centro de la discusión sobre el alcance y el significado del quehacer de la administración pública en el estado social y democrático de derecho.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos. Ahora, sin embargo, nos interesa sólo subrayar que este derecho fundamental a la buena Administración exige de las autoridades públicas que en materia de contratación pública se conduzcan de acuerdo con la equidad, la imparcialidad, y en tiempos razonables. Es decir, los principios de transparencia, de imparcialidad, de motivación, de racionalidad, de igualdad de trato, entre otros, son principios integrados también en la obligación de buena Administración que ha de caracterizar las actuaciones de la Administración pública, también en materia de contratos públicos.

Es más, puede decirse, de alguna manera, que el repertorio de principios del Derecho Administrativo global parte de esta capital consideración. Por una razón fundamental: porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación, pluralismo... que debe caracterizar a la acción de la Administración global se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, a una buena administración y a un buen gobierno de los asuntos públicos.

En materia de contratos públicos, como ahora vamos a examinar, los principios han presidido las Normas que se han ido elaborando por los diferentes Entes públicos globales. Transparencia, igualdad de trato, licitación pública, imparcialidad, equidad, cláusula de progreso científico, centralidad de la condición humana. Es más puede decirse que es la materia de contratos públicos la que mejor ayuda a comprender el sentido principal que tiene el Derecho Administrativo global.

IV.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Si hubiera que elegir un sector concreto del Derecho Administrativo global para explicar el sentido de los principios generales en su conformación, ese sector bien podría ser el de la contratación administrativa. Por muchas razones, pero sobre todo porque se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que en esta materia los principios generales de igualdad de

trato, de transparencia, de objetividad, de imparcialidad, o de equidad han sido quienes han hecho posible la elaboración de Normas relativas a las compras públicas a cuyo través se ha instaurado un verdadero Derecho Administrativo global de la Contratación Pública.

En efecto, en el marco de las Directivas de 2014, los principios generales de la contratación pública son el fundamento de la contratación pública y se caracterizan por su transversalidad en todas las fases del procedimiento de contratación aplicándose además no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas²³.

Como es sabido, la misma existencia de la contratación pública en los espacios supranacionales debe su razón de ser a la relevancia de los principios generales de la contratación pública. En efecto, la contratación pública no adquiere carta de naturaleza normativa multilateral o global en el seno de los intercambios comerciales de la OMC hasta 1994, el 15 de abril en Marrakech, en que se firma en el seno de esta organización internacional de comercio el acuerdo sobre contratación pública. Acuerdo que trae causa de la necesidad de evitar la discriminación en la contratación pública. El acuerdo constituye el corolario necesario de la proyección del principio de igualdad de trato, o de no discriminación, a los contratos que se realicen entre el sector público y las empresas de los diferentes países para la realización de obras y servicios públicos de relevancia. El acuerdo figura en el anexo 4 del Acuerdo de Marrakech y obliga a los países que lo rubricaron.

Este acuerdo de contratación pública contiene los más fundamentales principios generales de la contratación pública, que pasan del nivel interno al plano supranacional: el principio de trato no menos favorable que el otorgado a productos, servicios y proveedores nacionales, el principio de licitación pública con selección competitiva de los contratistas como regla con algunas excepciones para procedimientos restringidos en función de la naturaleza del contrato, principio de imparcialidad, principio de equidad, principio de transparencia, principio de la cláusula de progreso científico o tecnológico. Es decir, se incorpora al

²³ En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, en su apartado 49

establece que “es preciso añadir que, a pesar de que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislado de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en caso de que el contrato en cuestión revista un interés transfronterizo cierto, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, Rec. p. I-0000, apartados 33 y 34 y jurisprudencia allí citada)”.

Derecho Administrativo global el conjunto de principios que rigen y han regido desde hace tiempo el ámbito de la contratación pública nacional.

El problema de este acuerdo, que se ha actualizado en 2006 es, como dice el profesor Moreno Molina²⁴, que se aplica a un concreto y limitado número de países de gran relevancia comercial, estableciéndose obligaciones demasiado débiles como para que se pueda llevar completamente a la práctica. Además, la previsión en 2006 de la resolución de conflictos a través de arbitrajes pone de manifiesto hasta qué punto es necesario un Tribunal Administrativo global de contratación pública integrado por personas expertas en la materia en las que concurran las condiciones de imparcialidad y objetividad. El acuerdo es de aplicación en la UE a partir de la Decisión del Consejo 94/800 formando parte del Derecho Comunitario Europeo.

En el marco de las Naciones Unidas debemos citar la llamada ley modelo sobre contratación pública en materia de bienes, obras y servicios. Se trata de un texto elaborado en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que está en revisión y actualización y que se aprobó en 1993. La influencia de las directivas de la UE en materia de contratación es obvia. En realidad, este texto está diseñado como modelo en el que puedan inspirarse los países que no disponen de regulación en materia de contratación pública o, en su caso, actuar incluso como derecho supletorio. Obviamente, los principios están muy presentes en este modelo, especialmente los de transparencia, objetividad y equidad.

En las Normas sobre compras del sector público del Tratado de Libre Comercio de América del Norte encontramos también, como principios fundamentales, los de trato no menos favorable que el más favorable dispensado a los nacionales y de no discriminación. En el seno del área de libre comercio de las Américas el grupo de trabajo sobre compras del sector público está trabajando en un borrador de normas que parten de los principios básicos de la contratación pública. Igualmente, el protocolo sobre contrataciones públicas de Mercosur parte del principio de igualdad de trato y prácticas de no discriminación en materia de bienes y servicios.

Los principios han pasado de la jurisprudencia del alto Tribunal Europeo a las directivas de contratación que hoy los reconocen en sus primeros considerandos y artículos. Así, el Derecho Comunitario Europeo ofrece una nueva perspectiva para comprender la contratación pública, buscando el objetivo básico de asegurar la transparencia, la objetividad y la

²⁴ J. A. MORENO MOLINA, *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus Editorial, Méjico, 2011, p. 23.

no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

El Derecho español ha recogido esos principios generales como fundamento de su normativa de contratación, ejemplo evidente de ello es el encabezamiento del articulado de la actual regulación, en la que los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y salvaguarda de la libre competencia, constituyen el objeto y finalidad primera de esta norma como establece el primer párrafo de su artículo 1.

En efecto, es en el marco de la UE dónde esta cuestión está mejor regulada y mejor articulada. Probablemente porque, como señala Moreno Molina, el espacio jurídico europeo es el ámbito territorial supranacional en el que más y mejor se están armonizando los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la UE. Los Derechos Internos en la materia no presentan grandes diferencias. Además, la apertura al mercado de la contratación pública, exigencia de la esencia del sistema del Derecho Comunitario Europeo, obliga a diseñar unas Normas muy exigentes en lo que se refiere a la participación de contratistas en las licitaciones que el sector público de cada país convoca para la realización de obras o servicios de interés general. El problema, que no es menor, estriba en que no es fácil ni sencillo que los Estados miembros dejen sin contratar para esas obras o servicios a las empresas nacionales, generándose un proteccionismo y nacionalización que en esta materia echa tantas veces por tierra los principios de igualdad y no discriminación, así como los de transparencia y objetividad.

Las razones que se aducen para justificar estas prácticas nacionalistas o proteccionistas, como señala Moreno Molina, son de diverso tipo²⁵. Que si la contratación pública, por su envergadura es una derivación de la política económica nacional, que si a través de la contratación pública se puede intervenir en la vida política, económica y social de los diferentes países, que si se puede ayudar a la reconversión industrial en determinados sectores, que si es un instrumento de apoyo al empleo en industrias en crisis, que si afecta al prestigio nacional, etc, etc, etc. En realidad, contemplamos en la cotidianeidad que el principio de igualdad de trato cede en numerosas ocasiones por estas y otras argumentaciones. Incluso, en ocasiones nos encontramos como señala Moreno Molina con prácticas difíciles de imaginar en un mercado que se califica de competitivo, tales, como, por ejemplo, el reparto de mercados tácitos²⁶.

²⁵ MORENO MOLINA, *Derecho global...*, p. 23.

²⁶ Como señaló la sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), la manifestación más genuina del principio de igualdad de trato es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista. Sin previa publicidad de la contratación no existiría tampoco concurrencia.

En las nuevas Directivas, aprobadas por la Unión Europea en 2014, sobresale el principio vertebral de la transparencia. Hasta el punto de que se encuentra presente a lo largo de las Directivas aprobadas en 2014²⁷. En efecto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, establece ya en el Considerando primero que la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre, ha de respetar los principios de los Tratados Fundacionales y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

El Considerando 45 esta Directiva dispone que el procedimiento de licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. En particular, los poderes adjudicadores deben indicar con antelación los requisitos mínimos que caracterizan la naturaleza del procedimiento, los cuales no deben ser alterados en las negociaciones para garantizar el principio de igualdad de trato.

Los criterios de adjudicación y su ponderación deben permanecer estables a lo largo de todo el procedimiento y no deben ser objeto de negociación con vistas a garantizar la igualdad de trato para todos los operadores económicos. Las negociaciones deben tender a mejorar las ofertas con objeto de permitir a los poderes adjudicadores adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas. Con el fin de garantizar la transparencia y la trazabilidad del proceso, señala la Directiva, se documentarán debidamente todas las fases del mismo²⁸.

Además, el Considerando 52 señala que la información y comunicación electrónicas son instrumentos que pueden simplificar la publicación de los contratos aumentando la eficiencia y transparencia de los procedimientos de contratación. El Considerando 58, por su parte, dispone que es necesario garantizar un nivel adecuado de transparencia que tenga en cuenta la verificación del cumplimiento o no del principio de igualdad de trato. En particular, es fundamental que aquellas comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir en el contenido y la evaluación de las ofertas estén documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de

²⁷ Sobre el principio de transparencia en la nueva Directiva Vid. M. A. SANMARTÍN MORA, "La transparencia en la contratación pública, nuevas perspectivas", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 129, ene-feb 2015, pp. 39-42. 2Vid. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 21.09.1988, *Gebroeders Beentjes*, asunto C-31/87, Rec. p. I-4635, y de 26.09.2000, *Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais*, asunto C-225/98, Rec. p. I-7445.

²⁸ Vid. J. PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global Administrativo y de la Contratación pública*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 274 y ss.

los principales elementos de la comunicación²⁹. Si tales conversaciones o reuniones no se recogen por escrito la arbitrariedad inherente a la opacidad y oscuridad viciará la vida del contrato indefectiblemente.

También el Considerando 61 establece que para garantizar la transparencia y la igualdad de trato, el Considerando 61 de esta Directiva establece que los poderes adjudicadores deben indicar en los pliegos de la contratación para el acuerdo marco los criterios objetivos que regirán la elección³⁰.

El uso de las nuevas tecnologías debe realizarse en el marco de publicidad, igualdad y transparencia. Por eso esta Directiva insiste en estos principios. El Considerando 68 manda que se establezcan normas tendentes a garantizar que la utilización de las nuevas técnicas cumple lo dispuesto en la presente Directiva, en especial de acuerdo con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En este sentido el Considerando 80 de la Directiva afirma que la utilización de medios de información y comunicación electrónicos, en particular la puesta a disposición de los operadores económicos, licitadores y candidatos por medios totalmente electrónicos de los pliegos de la contratación y la transmisión electrónica de las comunicaciones, lleva a una mayor transparencia y ahorro de tiempo. Ahora bien, para garantizar la transparencia necesaria en el contexto de los procedimientos de contratación que conlleven la celebración de negociaciones y diálogos con los licitadores, aquellos de estos últimos que hayan hecho una oferta admisible deben, excepto cuando existan motivos graves para no hacerlo, estar también autorizados a solicitar información sobre la ejecución y el avance del procedimiento³¹.

De acuerdo con el Considerando 90 la nueva Directiva la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, los poderes adjudicadores deben estar obligados a procurar la transparencia necesaria para permitir a todos los licitadores estar razonablemente informados de los criterios y modalidades que se aplicarán en la decisión relativa a la adjudicación del contrato³².

²⁹ PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global Administrativo*.

³⁰ PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global Administrativo*.

³¹ Considerando 82.

³² Considerando 90

Uno de los aspectos en los que la corrupción hace acto de presencia en la contratación pública es la subcontratación. Por eso, ahora el Considerando 105 señala que es preciso velar para que haya cierta transparencia en la cadena de subcontratación, pues así se facilita a los poderes adjudicadores información sobre quién está presente en los lugares en que se realizan las obras de construcción encargadas por ellos o qué empresas están prestando servicios en edificios, infraestructuras o zonas tales como ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autopistas que dependen de los poderes adjudicadores o sobre los que ejercen una supervisión directa.

Además, como reconoce expresamente la Directiva, es preciso puntualizar explícitamente que los Estados miembros han de poder ir más allá, por ejemplo ampliando las obligaciones de transparencia, al permitir el pago directo a los subcontratistas o al permitir o exigir a los poderes adjudicadores que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en ninguna de las situaciones en las que se justificaría la exclusión de operadores económicos.

Los principios de transparencia y de igualdad de trato son omnipresentes en la Directiva que ahora estamos examinando. Así, en el Considerando 110 se dispone que de acuerdo con los principios de igualdad de trato y de transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico, por ejemplo cuando se rescinda un contrato debido a deficiencias en su ejecución, sin la convocatoria de una nueva licitación.

Desde la perspectiva de la lucha contra la corrupción, la nueva Directiva 2014/24/UE, dispone que la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude.

Si en los Considerandos de la Directiva son constantes las apelaciones a los principios generales de la contratación, lo mismo acontece en el articulado de esta Norma de la Unión Europea. En efecto, Por su parte, la Sección Segunda del Capítulo III del Título de la nueva Directiva de contratos Públicos lleva como rúbrica: “Publicación y transparencia”.

Además, el artículo 40 se refiere a la cuestión de las consultas preliminares del mercado que se expresa en los siguientes términos:

Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por

efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia.

El artículo 56 es también bien claro en este sentido:

cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.

Los principios generales de la contratación, como es lógico, tienen una relevancia fundamental en el momento de la adjudicación. De ahí que el artículo 76 disponga que:

(...) los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

La transparencia, principio vertebral y central de la contratación, también lo encontramos, como es lógico, en las otras Directivas de 2014. A saber, en la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Así y sólo a título de ejemplo esta última incide en materia de transparencia, como señala Pintos Santiago, en los considerandos 4, 6, 33, 53, 24, 61, 67, 68, 72, 74, 77, en los artículos 3, 7, 10 y 35 y en el Anexo III³³.

En los acuerdos y tratados firmados por la UE con otros países nos encontramos también en presencia de principios. El Acuerdo entre la UE y Chile de 2002 tiene un título IV dedicado a las compras públicas en el que ocupan un lugar muy destacado los principios de transparencia, racionalidad, no discriminación, igualdad de trato, competitividad abierta y efectiva. El Tratado de Libre Comercio entre la UE y México del 2000 reconoce en el apar-

³³ J. PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global* ... p. 279.

tado correspondiente a las compras públicas el principio de trato nacional y de no discriminación. En el mismo sentido, la UE tiene Acuerdos comerciales, de asociación y cooperación con países vecinos y con países de Asia que igualmente incorporan los principios básicos de la contratación pública europea.

Es verdad que en el Tratado CE no hay preceptos específicos en materia de contratación pública. La razón es sencilla: en 1950 la contratación pública era una actividad poco relevante. Además, en esta materia en el seno de la UE nos encontramos con dos tradiciones jurídicas bien distintas y dispares que dificultaban una solución unitaria. Mientras que en los países del régimen de derecho administrativo francés, la doctrina del contrato administrativo inspiraba los Derechos en la materia, en el mundo anglosajón, los contratos celebrados por las Autoridades públicas eran simples contratos civiles regulados por el Derecho Privado, como toda la actividad administrativa, que en UK no es más que una persona jurídica privada espacial, pero a fin de cuentas una persona jurídico privada. En reformas posteriores se incluyó un artículo 163 por el que se decide apoyar los esfuerzos de cooperación de las empresas permitiéndoles la plena utilización del mercado interior de la UE, en particular por medio de la apertura de la contratación pública. Es, pues, el mercado interior el criterio que ha permitido la existencia de un acercamiento, armonización, de los Derechos Internos en la materia como consecuencia de las Directivas de la UE, que han consagrado una serie de principios, que son comunes al espacio jurídico administrativo europeo, de aplicación tanto a los países de tradición jurídica anglosajona como francesa. Como señala Moreno Molina, se trata de principios que han cumplido, y cumplen, el papel de imprescindible elemento configurador del Derecho Europeo de los contratos públicos. En Europa, pues, puede decirse que los principios son la razón de ser del Derecho Administrativo de la Contratación Pública.

En este ámbito de la contratación pública, los principios generales de aplicación facilitan que en el sector exista un ambiente de seguridad y certeza jurídica en materia de aplicación e interpretación que ayuda a que los fondos públicos que se destinan a obras y servicios públicos o de interés general en la UE y en cada uno de los Estados miembros cumplan la finalidad que tienen asignada. Como afirma Moreno Molina, estos principios parten de reglas alojadas en el Tratado de la CE y en el actual proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa. Estos principios, hoy recogidos expresamente en las Directivas que regulan esta materia son el fundamento de todo el Derecho Administrativo de los Contratos públicos³⁴.

³⁴ Vid. J. PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global Administrativo* ..., pp. 225 y ss.

El propio Tribunal de Justicia de la UE, el órgano público que más ha contribuido a reforzar la relevancia de los principios en materia de contratación pública, ha señalado que los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos sobre los que recaen las directivas en la materia. Esta afirmación trae causa del carácter ciertamente fragmentario de las directivas en materia de contratación pública, que no son regulaciones completas y acabadas sobre contratación pública, por lo que el TJCE, siendo consciente de que los Estados miembros siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas o procedimentales que disciplinen los contratos públicos, afirma que tal disponibilidad normativa de los Estados es comunitaria “ a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho Comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado”³⁵. Esta doctrina es plenamente congruente con la propia naturaleza del Derecho Comunitario, que tiene carácter preferente y es de aplicación directa en los Estados. De ello se deriva, como corolario necesario, que los principios que se encuentran ínsitos en las disposiciones del Tratado son de general aplicación en los Ordenamientos jurídicos internos de los diferentes Estados miembros de la UE. Una cosa es que las Directivas hayan tenido que regular determinados sectores, determinadas materias y otra muy distinta que los principios generales no se apliquen a los supuestos no contemplados o excluidos de las directivas.

El Derecho Comunitario es un derecho que se está confeccionando en el tiempo y que no está acabado. Los principios del Tratado, sin embargo, tienen una vocación de proyección permanente sobre las normas que concretan el Tratado, por lo que este ordenamiento, que en cada momento tiene el grado de evolución y de delimitación material que es posible, está constantemente iluminado por la luz de los principios, que ayudan a comprender el alcance y sentido de las distintas instituciones y categorías que vertebran el Derecho Administrativo Europeo. En este sentido, la sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2005, *Parking Brixen GmbH*, dispone que “pese a que en el estado actual del Derecho Comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las Autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad”.

En esta sentencia de 3 de octubre de 2005 encontramos los fundamentos jurídicos que permiten comprender el alcance que tiene el principio de no discriminación en

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas CEI y Bellini de 9 de julio de 1987.

el Derecho Comunitario Europeo³⁶. Por una parte, el TJCE recuerda que el artículo 12 del Tratado proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, el artículo 43 prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro y el artículo 49, también del Tratado, prohíbe igualmente las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad, hoy de la UE, que no sea el del destinatario de la prestación.

Efectivamente, en estos preceptos del Tratado se formula categóricamente el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que tiene diferentes posibilidades y que, en todo caso, se extiende a todas las relaciones jurídicas que se produzcan entre nacionales de un Estado miembro y otro Estado miembro y viceversa, como es obvio.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión-Italia*, que los artículos 43 y 49 de Tratado son una expresión particular del principio de igualdad de trato, como también es manifestación de este principio la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, tal y como ha precisado este Tribunal por sentencia de 8 de octubre de 1980, *Uberschar*. La sentencia del TJCE de 3 de octubre de 1985 ha precisado, en esta dirección, que el principio de igualdad de trato de los licitadores en la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad. En este sentido, se comprende que este principio, conectado al de libertad de establecimiento, implique, en cuanto igualdad de trato y prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad, que, como sigue diciendo esta sentencia del TJCE, en esta materia de la contratación pública exista una obligación de transparencia que permita que la Autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios sean respetados. Es más, como sigue razonando esta resolución del TJCE, “esta obligación de transparencia que rehace sobre dicha Autoridad, consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

En esta sentencia nos encontramos, pues, con todos los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia, objetividad, transparencia, imparcialidad, igualdad de trato, prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. En realidad, el mandato del artículo 163 del Tratado de abrir la contratación pública al mercado, algo que

³⁶ J.A. MORENO MOLINA, *Derecho Global...*, p. 25.

era una consecuencia lógica de los principios del Tratado, ha raído consigo la construcción de una serie de principios que congruentes con el espíritu de la UE traen causa, como ya señalamos, del propio Ordenamiento jurídico interno de muchos de los países de la UE, que entendieron que el régimen de Derecho Administrativo de la contratación pública, en unos casos, no podía llevar a un sistema cerrado de péticos privilegios de la Administración adjudicadora que cercenara la publicidad y libre concurrencia y, en otros, era un sistema coherente con la competencia y el mercado abierto. Ahora, la competencia, la libertad de establecimiento, la eliminación del monopolio, ha supuesto que en la contratación pública en la UE los países de tradición continental europea y los países de tradición anglosajona hayan de convivir con un régimen jurídico en que existiendo competencia existe también como criterio central, un entendimiento del interés público más abierto y dinámico.

El principio de licitación, de adjudicación en un proceso abierto y competitivo en materia de contratación pública, ha sido también reconocido en la sentencia de 2005 que ahora estoy glosando. La licitación es, además, consecuencia, dice el TJCE, de otro precepto del Tratado, el 86, que establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las Normas del presente Tratado.

El Derecho de los contratos públicos en los países de la UE obedece a día a principios comunes, a patrones comunes, que han sido alumbrados en el Tratado CE a partir de la idea central de la competencia, del principios de igualdad y del libre establecimiento, como consecuencia de la conformación de un mercado interior en el obviamente las reglas sobre un sector de tanta trascendencia económica como la contratación pública ha de seguir unos criterios uniformes. Esta realidad ha sido posible gracias a la aprobación de un conjunto de directivas que han promovido la aplicación de estos principios en todos los Estados miembros. Insisto, el esfuerzo de los países de contrato administrativo y de los países de contrato civil para someterse a estos principios, demuestra hasta qué punto es posible una tarea de síntesis, como la realizada en materia de servicios públicos y servicios de interés general, de ambas tradiciones jurídicas, incorporando lo mejor y más razonable de cada uno de los sistemas jurídicos en el marco de los principios que han de presidir la materia de la contratación pública en Europa: transparencia, no discriminación y objetividad³⁷.

Tal y como ha señalado Moreno Molina, los principios que están en la base del Derecho Comunitario de la contratación pública, parten del los propios principios del

³⁷ En este sentido, por ejemplo, la Directiva 2004/18/CE en el artículo 2 y la Directiva 2004/17/CE en su artículo 10 eran bien claras.

Derecho originario establecido en el Tratado. A saber, la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, el principio de libre circulación de mercancías, el principio de libre establecimiento y de servicios y las Normas sobre competencia. En el marco de estos principios se entiende el concreto régimen jurídico diseñado por las directivas para la contratación pública en la UE con las modulaciones efectuadas por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha precisado que estos principios son de general aplicación, aunque estemos en sectores excluidos del ámbito de aplicación de estas normas comunitarias. Así, por ejemplo, la sentencia de 22 de septiembre de 1988, tras afirmar la exclusión de la directiva de un determinado contrato, señaló a continuación, que el principio de libre circulación de mercancías, del artículo 28 del Tratado es de general observancia. En el mismo sentido, ahora en relación con los principios de establecimiento y libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 5 de diciembre de 1989, entendió que tales principios del derecho originario deben cumplirse en todo caso aunque estemos en un caso de un contrato excluido del ámbito de las directivas comunitarias.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reclama que las directivas en la materia se interpreten conforme con los principios del Tratado. Así, por ejemplo, la sentencia de 12 de marzo de 1990, ha sentado que no se pueden interpretar estas directivas de acuerdo con una ley nacional contraria a los principios del Tratado. Es más, el principio de prohibición de toda discriminación, a pesar de su escasa virtualidad operativa en la realidad, es considerado por el TJCE como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario, tal y como ha establecido la sentencia de 22 de junio de 1993. Este principio es una manifestación del más general de igualdad de trato, que según la sentencia de 14 de diciembre de 2004, reclama que no se traten de forma diferente situaciones que son comparables y que situaciones distintas no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato esté justificado objetivamente. Este principio es calificado de fundamental por el propio TJCE, en cuya virtud, sentencia de 13 de julio de 1993, se prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad (...) sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.

El principio de igualdad de trato impide, según el Tribunal de Justicia Europeo, que el poder adjudicador tenga en cuenta una modificación realizada por un licitador, porque tal situación provocaría una situación de ventaja para uno de los oferentes, lo que rompe el principio. Principio, que como también ha precisado la jurisprudencia comunitaria, está

inseparablemente unido al de transparencia, pues no es posible autorizar que los competidores dispongan de distintas condiciones a la hora de presentar sus ofertas tal y como ha señalado la sentencia de 25 de abril de 1996. Resulta interesante subrayar que en esta materia la jurisprudencia ha señalado que la gestión diligente del proceso de contratación pública es exigencia de los principios de buena administración y de igualdad de trato (sentencia de 29 de abril de 2004). El principio de buena administración, al que hicimos referencia en el anterior epígrafe, es considerado, tras la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, también como principio de obligatorio cumplimiento para los poderes adjudicadores en el marco de la gestión del proceso de la contratación administrativa³⁸.

Estos principios, que son corolario necesario del principio de competencia y de igualdad de trato, suponen, es claro, una evidente limitación a una interpretación expansiva de lo que en el Derecho de los contratos administrativos son los privilegios o prerrogativas de la Administración. Ahora, estos principios modulan de tal manera el ejercicio de estas potestades, que bien puede decirse que no serán congruentes con el Derecho Comunitario Europeo, cuando impliquen una quiebra de dichos principios. Quiebra que no será tal cuando se produzca una desigualdad justificada objetivamente, lo que sólo puede acontecer cuando tal situación se ampare en razonadas razones de interés general, convenientemente argumentadas en el caso concreto por el poder adjudicador. De esta manera, el entendimiento de los tradicionales poderes extraordinarios de la Administración en materia de contratos administrativos, *potestas variandi*, rescisión unilateral, interpretación unilateral, ha de hacerse en el marco de los principios generales que se derivan del Tratado CE. En este sentido, por ejemplo, la sentencia de 25 de abril de 1996 ha entendido que la atribución a la entidad adjudicataria de una libertad incondicional de elección no es conforme al Derecho Comunitario. Es decir, se prohíbe la arbitrariedad, que es, como diría Locke, la ausencia de racionalidad. De esta manera, como sigue diciendo esta sentencia, la mera circunstancia de que un criterio de adjudicación verse sobre un dato que se conocerá con precisión después de la adjudicación del contrato, no puede interpretarse en el sentido de que confiere a la entidad dicha libertad incondicional.

También el principio de libre circulación de mercancías es de aplicación a la contratación pública en la dimensión comunitaria puesto que como señala atinadamente Moreno

³⁸ En este sentido, merece la pena destacar que el propio Defensor del Pueblo de la UE, en virtud del principio de la buena Administración, destacó en su decisión de 22 de abril de 2002, que según las buenas prácticas administrativas, en los procedimientos de licitación la Administración debe atenerse a las normas establecidas para tales procedimientos³⁷, normas que están presididas, como bien sabemos, por los principios generales de la contratación pública que se derivan a su vez de los principios de Derecho originario señalados en este epígrafe.

Molina, es el principal título que justifica la intervención comunitaria en la materia³⁹. Igualmente, el derecho de establecimiento y al libre prestación de servicios son principios que permiten la eliminación de discriminaciones, tanto por razón de nacionalidad, como por cualquier otra razón, encubierta o no, que traiga consigo la quiebra del principio de igualdad de trato.

En fin, los principios de la contratación pública en el espacio jurídico europeo surgen de la propia irradiación de la luz de los principios fundamentales del Tratado sobre una realidad hasta no hace mucho tiempo considerada irrelevante, pero que hoy en día tiene una importancia trascendental también para el desarrollo económico y la cohesión social de los países y de los entes supranacionales. En este caso, los principios examinados, si tenemos en cuenta la sentencia de 17 de noviembre de 1993 del TJCE, traen causa de la realización del mercado interior basado en libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en materia de contratación pública, que son los de competencia, publicidad, igualdad de trato y prohibición de discriminación, objetividad, imparcialidad y transparencia.

V.

REFLEXIÓN CONCLUSIVA

El Derecho Administrativo Global es un Derecho “in fieri”, en formación, que no está sistematizado, que todavía no se ha estudiado con pretensiones sistémicas, aunque se admite su existencia como se reconoce que la globalización también alcanza, como no, al campo del Derecho Administrativo. Los autores que en mi opinión más han estudiado el tema, Kingsbury, Krisch y Stewart, cuyo estudio sobre la emergencia del Derecho Administrativo Global es uno de los materiales más relevantes sobre la materia, son partidarios de ir con cautela, siguiendo más bien un enfoque pragmático. Observar lo que funciona y construir desde esa perspectiva⁴⁰. En el caso del Derecho de la contratación pública gracias a la UE, se ha construido todo un sector del Derecho Administrativo Global de contenido principal que, como vemos, se está extendiendo por todo el globo puesto que se trata de principios que se derivan, de forma general, de una experiencia de integración sellada por los compromisos del Estado de Derecho tal y como es la UE.

³⁹ J.A. MORENO MOLINA, *Derecho Global...*, p. 35.

⁴⁰ B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. B. STEWART, “The Emergence of Global Administrative Law”, 68 *Law and Contemporary Problems*, 15, (Summer-Autumn, 2014), p. 45.

Las diversas maneras de comprender el derecho, el ordenamiento jurídico, plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los que levantar el edificio del Derecho Administrativo global, pues no hay una constitución global, ni tampoco poderes públicos a nivel global claramente establecidos. En materia de contratación pública, el espacio jurídico administrativo de la UE pienso que puede considerarse como un ejemplo a seguir por las razones anteriormente expuestas. Sin embargo, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es más que posible, junto a la realidad de las normas, actos y resoluciones judiciales que se producen en este ámbito, establecer un catálogo de principios que para quien escribe deben partir de la cláusula del estado de derecho. Si somos fieles a lo que supuso la aparición del Derecho Administrativo en Europa tras la caída del Antiguo Régimen, tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen general de nuestra disciplina requiere de nuevos impulsos jurídicos que restauren, que recuperen el sentido del Derecho Administrativo como un derecho que lucha por reducir a los poderes públicos y económicos a sus justos límites. A través del principio de buena Administración, compendio donde lo haya del sentido de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, encontramos un buen camino para ir construyendo un orden jurídico-administrativo global que permita que, en efecto, el Derecho Administrativo sea lo que debe ser: el Derecho del poder para la libertad.

Agustín Gordillo nos recuerda en un estudio de este tiempo que son precisamente los principios de seguridad jurídica y de justicia los principios que deben presidir esta nueva expresión de la tendencia permanente a la unidad del ordenamiento jurídico que hoy, para el caso del Derecho Administrativo, denominamos, Derecho Administrativo global⁴¹. En ese sentido, proyectando ambos principios sobre la realidad económica, el principio de racionalidad, del que hemos tratado extensamente en estas líneas bajo la denominación de objetividad o igualdad de trato con prohibición de discriminación, se nos presenta, como advierte magistralmente el profesor Gordillo como un principio que es la misma proyección del más general principio de racionalidad derivado del estado de derecho al funcionamiento de la actividad económica, y los contratos públicos juegan un papel importante en este ámbito.

A través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, pienso que es más sencillo comprender el alcance del Derecho Administrativo global, de entre sus muchas versiones y aproximaciones, a partir de esta perspectiva de garante y asegurador de los derechos de los ciudadanos. Si nos quedamos en un enfoque funcional

⁴¹ Vid. A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. Introducción.

que legitime los excesos y los abusos de una tecnoestructura que no aspira más que al dominio global a través del poder y la economía, entonces habremos perdido el tiempo. En este tiempo en que el Derecho Administrativo global está surgiendo, en lugar de renunciar a establecer el solar sobre el que levantar este edificio, estas páginas pretenden precisamente contribuir al debate sobre la necesidad de que el Derecho Administrativo global, como Derecho que es y por ello producto cultural, ha de expresar un punto de vista sobre la justicia de base profundamente humanista, de manera que la libertad solidaria de los ciudadanos pueda ser garantizada también desde el orden jurídico administrativo global. En materia de contratos, como ha quedado expuesto, la libertad, la competencia, la igualdad de trato, la objetividad o la transparencia reclaman un Derecho que piense más en los ciudadanos y menos en los poderes de los entes públicos.

En materia de contratación pública se trata de facilitar a los ciudadanos servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en las condiciones de vida de los habitantes. Para ello, los tradicionales poderes de la Administración en los países de contrato administrativo han de entenderse de otra manera, como poderes que pueden operarse cuando lo exija el interés general concreta y puntualmente argumentado. El Derecho Administrativo de la UE en materia de contratación pública ha traído la idea de que en esta materia, al manejarse fondos públicos, que son de todos y cada uno de los ciudadanos que viven en un mercado interior, ha de buscarse en cada caso, sea del país y nacionalidad que sea, la empresa que esté en mejores condiciones de hacer la obra, prestar el servicio o el suministro en cada caso.

Para citar este artículo: Jaime Rodríguez Arana, “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”, *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp. 189-217

Recibido: 20/02/2016

Revisado: 20/4/16

Aceptado: 30/5/16

RESEÑAS

GASTÓN CHAVES,
El Derecho Penal desde la Constitución,
UCU, Montevideo, 2015, 764 pp.

Con esta obra de gran envergadura, fruto de años de investigación, el Dr. Gastón Chaves presenta un planteo actual y profundo de temas medulares del Derecho Penal. Como tal, este trabajo no tiene antecedentes en la doctrina uruguaya y resulta de consulta insoslayable para los estudiosos y especialistas.

El lector encontrará en ella el pensamiento maduro del jurista, presentado con un lenguaje que siendo ameno hace verdadero culto a la mejor lengua española, precisión técnica envidiable y apoyo en una voluminosa bibliografía, en la que no faltan los más recientes y valiosos aportes de la doctrina internacional, aplicados en la medida de lo técnicamente viable, a la normativa nacional. Así se postulan interpretaciones actualizadas a varias normas, sin perder de vista la coherencia sistemática y procurando en todo caso el delicado equilibrio entre el dogma penal y las garantías constitucionales.

La obra no es inaccesible para los estudiantes de Derecho, pues el argumento coherente, la expresión clara y la oportuna ejemplificación admiten varios niveles de lectura, desde aquel del alumno hasta el del especialista, aunque a todos y en diversa medida, la obra exija una cuidadosa y atenta lectura, la que por cierto justifica plenamente.

Raúl Cervini-
Profesor Emérito Derecho Penal- UCUDAL

MA. PAULA GARAT,
El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica, UCU, 2015, 139 pp.

El libro —tesis de maestría de la autora— recientemente publicado por el sello editorial de la Facultad de Derecho, de la UCU, tiene particular importancia en nuestro país dado el escaso un desarrollo doctrinal crítico del tema.

El principio de proporcionalidad, tal es la cuestión, echa raíces en la jurisprudencia alemana del siglo XIX y puede analizarse conjuntamente con el principio de razonabilidad, que la justiprudencia de los Estados Unidos introdujo a los efectos del control del ejercicio del poder público. No se trata de otra cosa que de la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a las autoridades.

Ambos principios, muchas veces fusionados, aparecen y son aceptados en el derecho comparado sin mayores dificultades. En nuestro país, la pauta de proporcionalidad ha sido utilizada por la doctrina y jurisprudencia en Derecho Administrativo, aunque no siempre con el contenido preciso que viene de Europa. A su vez, la Suprema Corte de Justicia, refiriendo a la regularidad de los actos legislativos, ha recurrido a veces al principio de razonabilidad (aunque en alguna sentencia habla de proporcionalidad para referir a la razonabilidad) pero en términos muy generales y sin profundizar en estos conceptos. Sin embargo, pareciera que se ignora la fuerza del argumento, muchas veces definitivo, basado en la utilización de este principio, por cuanto no es invocado suficientemente.

Por lo anterior, el trabajo de la Mag. Garat constituye un aporte significativo a la doctrina nacional ya que constituye sin duda el más detenido estudio sobre estos conceptos, básicos para el Estado de Derecho y para la defensa de los derechos humanos. Además el hecho de aportar los principales criterios de la jurisprudencia internacional le da una utilidad muy importante.

Martín Risso Ferrand
Director del Departamento de
Derecho Constitucional y Derechos Humanos
Universidad Católica del Uruguay



Reglamento de la Revista de Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

1. **Objetivo.** La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay es una publicación arbitrada semestral, sin perjuicio de algún número especial que resuelva editar el Consejo Editorial.
2. **Estructura.** Esta *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales originales e inéditos, que no estén siendo considerados para ser publicados en otra revista ; b) otra de recensiones, y c) una tercera no permanente y variable en la que el Consejo Editorial podrá disponer la inclusión de jurisprudencia o documentos de interés académico.
3. **Los artículos** deben ser originales (escritos conforme a las normas editoriales) e inéditos, y tener un mínimo de 10 carillas y un máximo de 40.
Los artículos se enviarán por correo electrónico o medio digital a la editora de la *Revista*, dentro de los plazos que establecen (30 de marzo y 30 de agosto para publicación de 1° y 2° semestre respectivamente. Deberán atenerse a las normas editoriales anexas.
4. Las **recensiones** deben contener todos los datos bibliográficos de la obra reseñada y no deben superar las 1000 palabras. Al final, nombre completo, filiación académica y correo electrónico del que hace la recensión.
5. En caso de **nota de jurisprudencia**, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada. Las notas no podrán exceder en su extensión las veinte (20) páginas, conforme al formato de los artículos.
6. **Evaluación de los artículos.** Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos, mediante sistema de “doble ciego”, como requisito imprescindible para la publicación de todo artículo académico.
5. **Calidad de árbitro.** Solo podrán ser árbitros aquellos docentes que tengan el grado de Profesor Titular en las materias que correspondan y los especialistas notorios que designe a tales efectos el Consejo Editorial.
6. **Lista de árbitros.** El Consejo Editorial elaborará y actualizará regularmente una lista de árbitros. La labor de arbitraje será reconocida mediante un certificado. No pueden ser árbitros los consejeros de la revista.
7. **Proceso de evaluación.** Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial designará al menos dos árbitros de la lista, considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad de los árbitros. Cada árbitro contará con un plazo de **treinta días** para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en esta *Revista*. Si el árbitro formula observaciones, se le podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas. En casos excepcionales en que el Consejo Editorial lo juzgue conveniente, podrá solicitar una tercera evaluación de un mismo artículo.

8. **Principio de reserva.** El proceso de evaluación de los artículos se llevará a cabo bajo la más absoluta reserva y confidencialidad, amparándose en un proceso de revisión anónimo.

En este sentido, el Consejo Editorial procurará eliminar del trabajo que se remite al árbitro la información que permita identificar al autor. De la misma forma, si el evaluado solicita ver la evaluación, no se le comunicará quién la ha realizado.

9. **Publicación.** La incorporación a la *Revista* de cualquier trabajo académico será resuelta por el Consejo Editorial con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo Editorial decidirá en qué número se publicarán los trabajos evaluados positivamente.
10. **Responsabilidad.** Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejarán necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo será responsabilidad exclusiva de su autor.
11. **Publicación on-line.** Al enviar su artículo, los autores deberán acompañarlo de una carta en la que autorizan que, luego de la edición de la revista, el texto sea incluido en la sección Publicaciones de la página web de la Universidad Católica del Uruguay o en bases de datos nacionales o extranjeras de acceso gratuito o pago, a juicio del Consejo Editorial.
12. **Ejemplares.** Publicada la revista, cada uno de los autores tiene derecho a recibir diez (10) separatas de su artículo por su participación en la edición. Esta será la única retribución que corresponderá al autor por cada trabajo publicado o incluido en bases de datos.
13. **Aceptación del presente reglamento.** Cuando los autores remitan un trabajo a la *Revista*, deberán acompañarlo de una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. **Consejos.** La *Revista* contará con un Comité Científico integrado en un 60% por catedráticos extranjeros. Los consejeros serán designados por el Consejo Editorial de la *Revista de Derecho*.
Los miembros del Comité Científico que residen en Uruguay se reunirán una vez al año para evaluar el último número de la *Revista*.
Todos recibirán un ejemplar de la revista, para su evaluación. Esta evaluación deberá ser presentada en forma escrita, una por cada número.
15. **Publicación.** El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).

Montevideo, 2014.

Law Journal regulation

1. **Objective.** The Catholic University of Uruguay Law Journal is a biannual reviewed publication, without prejudice to any special issue that the Editorial Board decides to edit.
2. **Structure.** This Journal is composed of three sections: a) a permanent one with original and unpublished doctrinal works that are not being considered for publication in another journal ; b) another one with reviews , and c) a non-permanent and variable one in which the Editorial Board may order the inclusion of jurisprudence or documents of academic interest.
3. **The papers** must be original (written according to editorial standards) and unpublished, and they must have a minimum of 10 pages and a maximum of 40. They must be send via email or digitally to the editor within the deadlines set (March 30 and 30 August for publications of 1st and 2nd semester respectively). They must stick to the annexed editorial standards .
4. **Recensions** must contain all the bibliographic data of the reviewed work. They must not exceed 1000 words. In the end, full name, academic affiliation and email of the person who makes the recensions must be written.
5. In case of **jurisprudence note**, with the article discussed must be presented the decision commented. The notes must not exceed in extent twenty (20) pages in accordance with the format of the articles.
6. **Articles evaluation.** According to the resolution of the Board of the School of March 2005, an objective work evaluation system is established, by system of "double-blind" as a prerequisite for any publication.
7. Only those who are main Professor in the corresponding subjects and notorious specialists that the Editorial Board designate for that purpose can be arbitrators.
8. **Arbitrators list.** The Editorial Board will develop and regularly update a list of arbitrators. The work of arbitration will be recognized by a certificate. The Journal's Board members cannot be arbitrators.
9. **Evaluation process.** Once received the article, the Editorial Board will appoint at least two arbitrators from the list, considering the object of the work to evaluate and the specialty of the arbitrators. Each arbitrator will have thirty days to submit a written evaluation, which shall state whether the work quality is sufficient to be published in the Journal. If the arbitrator makes observations, it may be granted to

the autor a period to correct them. In exceptional cases in which the Editorial Board deems it appropriate, a third evaluation of the article may be requested.

10. **Principle of reserve.** The evaluation process in the articles will be held under the strictest confidentiality, relying on an anonymous review process. The Editorial Board will seek to remove from the work all reference that could allow to identify the autor. Likewise, if the author asks to see the evaluation, it is not allowed to tell who made it.
11. **Publication.** The addition to the Journal of any academic work will be determined by the Editorial Board based on evaluations made by specialists of each field. The Editorial Board will decide in what number the evaluated work will be published positively.
12. **Responsibility.** The opinions expressed by the authors in their articles do not necessarily reflect those of the Law School of the Catholic University of Uruguay. The contents of each work is the sole responsibility of its author.
13. **Publication online.** When sending their article, the authors must accompany a letter authorizing that, after the edition of the Journal, the text can be included in the Publications section of the website of the Catholic University of Uruguay or in national or foreign databases, regardless if they are free or paid, according to the opinion of the Editorial Board.
14. **Copies.** Once published the Journal, each author is entitled to ten (10) reprints of his article for his involvement in the issue. This will be the only remuneration that corresponds to the author for each work published or included in databases.
15. **Acceptance of these rules.** When authors submit an article to the Journal, they must accompany a signed letter indicating their acceptance of all the terms contained here.
16. **Board.** The Journal will have a Scientific Committee integrated in a 60% by foreign professors. The directors will be designated by the Editorial Board of the Journal. Scientific Committee members residing in Uruguay will meet once a year to evaluate the latest issue of the Journal. All will receive a copy of the Journal, for its evaluation. This evaluation must be submitted written, one for each issue.
17. **Publication.** This regulation will be published on the website of the Catholic University of Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).

Normas formales para publicaciones de la Facultad de Derecho

1. **Presentación:** Los libros serán entregados **impresos** y digital o vía correo electrónico. Los artículos basta enviarlos por correo electrónico a: publicacionesderecho@ucu.edu.uy o mhanna@ucu.edu.uy.
2. Todos los trabajos deben realizarse en Microsoft **Word**, hoja **A4**, fuente **Times/Times New Roman**, tamaño **12**, **interlineado 1,5**; **espacio posterior 6** y **sangría en primera línea**.
 - 2.1 No se admitirán trabajos con sangría hecha con tabulador o espaciador.
 - 2.2 Las hojas deben estar numeradas en: principio de página, arriba a la derecha, omitiendo el número en la primera.
 - 2.3 Después del título debe enunciarse el nombre y el apellido del autor, centro/s académico/s de procedencia y correo electrónico.
3. Las **notas al pie** van en Times/ Times New Roman, tamaño **10**, interlineado **sencillo**, **sin espacio** ni anterior ni posterior, **sin sangría**. No va ni punto ni guión después del número de la nota. Las notas a pie de página deben ser numeradas en forma correlativa, en orden creciente.
4. Las **referencias bibliográficas** contenidas en las notas al pie se compondrán del siguiente modo:
 - 4.1. En la primera referencia de una obra debe aparecer la referencia completa.
 - 4.2. En las **referencias subsiguientes**, solo el apellido del autor, el título o parte de él si es muy largo y la página correspondiente. **No se emplearán abreviaturas bibliográficas como** cit., citado, ibid., ibídem, op. cit., ob. cit., l. c.
5. Los **artículos de investigación académica** deberán acompañarse de: **título** en **español** (o la lengua en que esté escrito) y en **inglés**, **abstract** (no más de 200 palabras) en ambos idiomas; sugerencia de **palabras clave** en ambos idiomas y **sumario** en el idioma del artículo.
 - 5.1 Los subtítulos se numeraran con números arábigos (1. 2. 3.), las subdivisiones con letras (a) b) c)) En caso de ser necesaria una mayor subdivisión, entonces los subtítulos admiten la numeración romana (I.), luego la arábica (1.) y finalmente las letras (a). Se recomienda usar el formato *Título* de la planilla Word para el del artículo, **título 2** para los subtítulos, *título 3* para las subdivisiones y así sucesivamente.
 - 5.2 Ni el título ni los subtítulos llevan punto final.

6. Los artículos de investigación, según su tipo, no podrán tener menos de 5 carillas ni más de 50 y deberán contar indispensablemente con bibliografía actualizada. Al final debe aparecer la referencia de las obras consultadas en orden alfabético, según el primer apellido del autor, teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.
7. Las **citas en el texto** se hacen en español o en el idioma del artículo, pudiendo adjuntarse en nota al pie el texto en idioma original cuando sea necesario para la argumentación. Por lo general, serán breves.
 - 7.1 Si ocupan menos de cinco líneas, se hacen en el mismo texto y entre comillas, nunca en cursiva; la *cursiva* se reserva para resaltar alguna palabra dentro de la cita. Si ocupan más de cinco líneas, se hacen en párrafo aparte, sin comillas y con estilo *Citas*.
 - 7.2 No se admitirán artículos en los que haya citas de otros autores sin la debida identificación completa de la obra y páginas citadas.
 - 7.3 Los apellidos de los autores citados en el texto no deben escribirse en imprenta mayúscula (PÉREZ); los títulos *de libros* van en cursiva. En caso de “título de artículo o de capítulo de libro”, va entre comillas y se reserva la cursiva para el título del libro o revista donde se encuentra. Cualquier otro dato (página, año, etc.) debe ir en la correspondiente nota al pie.
 - 7.4 Se usan corchetes [] para introducir términos explicativos dentro de una cita y paréntesis con tres puntos (...) para indicar que se ha eliminado algo.
8. Las **referencias bibliográficas** deben ir siempre a pie de página, nunca en el texto y deben contener los siguientes datos:
 - 8.1. Referencia al pie de libro
 - Nombre y APELLIDOS del autor (los apellidos en VERSALES);
 - *Título completo de la obra* (va siempre en *cursiva*);
 - Volumen o tomo;
 - Editorial, ciudad y año de publicación;
 - Número de edición o reimpresión, cuando corresponda;
 - Número/s de página/s de la cita.

Toda esta información se separa con comas.

Ejemplo:

¹ Carmelo CURBELO SORIA, *El automotor en el derecho uruguayo*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2012, 1.^a reimp., p. 25.

² C. CURBELO SORIA, *El automotor en el derecho uruguayo*, pp. 46-48.

8.2. Referencia al pie de artículo de revista o de capítulo de libro colectivo

- Nombre y APELLIDOS del autor (los apellidos en VERSALES);
- “Título del artículo o capítulo”;
- *Nombre de revista/publicación*, año (volumen y/o número entre paréntesis), páginas citadas.

En caso de ambigüedad, después del nombre se agrega entre paréntesis la ciudad o el organismo que publica.

Ejemplos

Artículo de publicación

³ José PÉREZ, “La nueva regulación en materia de comercio internacional”, *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Uruguay), 2015 (11), p. 169.

⁴ Cecilia HUGHES, “Los ciclos políticos de la economía”, *Prisma*, 2001 (16), pp. 164-165.

Capítulo de libro colectivo

⁵ Pilar MAESTRE CASAS, “Conflictos familiares internacionales y continuidad de las relaciones respetando la identidad cultural”, en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (Coord.), *La persona frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado. Jornadas de la ASADIP 2010*, CEDEP-ASADIP, Asunción, 2010, pp. 125-155.

8.3 Si se trata de un documento recuperado de Internet, la referencia se hará indicando el DOI (*Digital Object Identifier*), que permite la recuperación incluso si el sitio Web ya no estuviera activo. La referencia se hará así:

⁶ Recuperado: AUTOR, *Título*, año, DOI: xxxxxxxx

9. **Bibliografía final:** La inclusión de bibliografía final no es necesaria en caso de publicación de conferencias ni de capítulos de libro. Sí deben contener bibliografía final los artículos de investigación y los libros (excepto aquellos que recopilen conferencias). La bibliografía debe presentarse ordenada alfabéticamente por el primer apellido del autor, por lo cual aparecerán todos los datos mencionados en la primera referencia a pie de página, pero anteponiendo el apellido al nombre y sin indicación de páginas citadas. Tratándose de artículos o de capítulos de libros, deberán indicarse la primera y última página.

Ejemplo

HUGHES, Cecilia, “Los ciclos políticos de la economía”, *Prisma*, 2001 (16), pp. 146-165.

10. Evaluación: Todas las publicaciones de la Universidad Católica del Uruguay son evaluadas, si bien no todas del mismo modo.

10.1. Libros: Si cuentan con el aval del director del departamento o coordinador de área correspondiente, se envía a dos evaluadores. Con su aprobación, pasa al Consejo de editores de la Universidad Católica del Uruguay, sin cuyo *referéndum* no puede publicarse nada con sello UCU.

10.2. Artículos para revista arbitrada: Si el Comité editorial de la Facultad de Derecho los aprueba, se envían a dos árbitros para su evaluación con sistema doble ciego.

10.3. Otros artículos: Deben ser admitidos por el Comité editorial de la Facultad de Derecho.

Editorial standards

1. **Presentation:** the books will be delivered printed and delivered digitally or via e-mail. It is sufficient to send the articles by e-mail to:
publicacionesderecho@cu.edu.uy o mhanna@ucu.edu.uy.
2. **All papers** must be done in Microsoft Word, A4, Times/Times New Roman, size 12, 1.5 line spacing, rear 6 and indentation first line.
 - 1) Pages must be numbered: top of the page, top right, omitting the number in the first one.
 - 2) Papers with indentation made with tab or spacer After the title must be written the name and surname of the author, academic center (s) of origin and e-mail
3. The **footnotes** must be written in Times/Times New Roman, size 10, single-spaced, without neither before nor after space, without indentation. No point or hyphen after the number of the note. The footnotes must be numbered consecutively, in increasing order.
4. The **bibliographical references** in footnotes shall be composed as follows:
 - 1) In the first reference of a paper shall appear the complete reference
 - 2) In following references, only the surname of the author, title or part of it if it is too long, and the page. No bibliographical abbreviations as: *cit.*, *citado*, *ibid.*, *ibidem*, *op. cit.*, *ob. cit.*, *l.c.*, shall be used.
5. **Academic research articles** shall be accompanied by: title in Spanish (or language in which is written) and English, abstract (top 200 words) in both languages, keywords suggestions in both languages and summary in the language that the article is written.

Subtitles shall be numbered with arabic numerals (1. 2. 3.), the subdivisions with letters a) b) c). In case of any further subdivisión, the subtitles allow roman numerals (I.), then arabic (1.) and finally letters (a). We recommend using the Word worksheet title for the article, Title 2 for subtitles, Title 3 for subdivisions and so on.

Neither the title or subtitle shall contain endpoint.
6. **Research articles**, depending on their type, shall not be less than 5 pages or more than 50 and must indispensably have updated bibliography. At the end shall appear the reference works consulted in alphabetical order according to the author's

surname, taking into account the data for the presentation of bibliographical references.

7. **Quotes** shall be made in Spanish or in the language of the article. It can be attached in a footnote in the original language when necessary for the argument (usually brief).

If they occupy less than five lines, they are made in the text and in quotation marks, never in italics. Italics are reserved to highlight a word inside the quotes. If they occupy more than five lines, they are made in a separated paragraph, without quotation marks and in Quotations style.

No articles in which there are quotations from other authors without proper complete identification of the work and cited pages will be accepted.

The surnames of the authors cited in the text shall not be written in capital letters (PEREZ); book titles shall be written in italics. In case of "title of article or book chapter", goes in quotation marks and italics are reserved for the title of the book or magazine is where it is. Any other information (page, year, etc.) must be in the corresponding footnote.

Square brackets [] must be used to introduce explanatory terms within a quotation and brackets with three dots (...) to indicate that something has been removed.

8. **Bibliographical references** must always be a footnote, never in the text and they must contain the following information:

Name and SURNAME of the author, *Full title of the book* –always in italics–, Volume, Publisher, city and year of publication, Edition or reprint number when necessary, Page number(s) of the quote

All this information must be separated by commas.

Example:

¹ Carmelo CURBELO SORIA, *El automotor en el derecho uruguayo*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2012, 1.^a reimp., p. 25.

² C. CURBELO SORIA, *El automotor en el derecho uruguayo*, pp. 46-48.

Journal footnote references:

Name and SURNAME of the author, "Paper's title" in *Full title of the book/magazine, etc.* (if it is necessary, city or country), year (Vol. & N°), pages.

Example:

Papers

³ José PÉREZ, "La nueva regulación en materia de comercio internacional", *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Uruguay), 2015 (11), p. 169.

⁴ Cecilia HUGHES, “Los ciclos políticos de la economía”, *Prisma*, 2001 (16), pp. 164-165.

AAVV book’s chapter

⁵ Pilar MAESTRE CASAS, “Conflictos familiares internacionales y continuidad de las relaciones respetando la identidad cultural”, en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (Coord.), *La persona frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado. Jornadas de la ASADIP 2010*, CEDEP-ASADIP, Asunción, 2010, pp. 125-155.

Digital references

Recover: AUTHOR, *Título*, año, DOI: xxxxxxxx

9. Final bibliography: Including final bibliography is not required in case of publication of lectures or book chapters. Research articles and books must contain final bibliography (except those that collect lectures). The bibliography must be presented in alphabetical order by the surname of the author. All data mentioned in the first footnote will appear, but putting first the surname to the name and without indication of pages. In articles or book chapters, the first and last pages must be indicated.

Example:

HUGHES, Cecilia, “Los ciclos políticos de la economía”, *Prisma*, 2001 (16), pp. 146-165.

