

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

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

2.^a época. Año 9. N.º 10 - DICIEMBRE 2014

ISSN 1 510-3714



Universidad
Católica del
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2° época. Publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, 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:

© 2014 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 360.982- Comisión Del Papel
Edición amparada por el Decr. 218/96
ISSN 1510-3714

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

Diseño de cubierta: Taller de Comunicación

Paginado: Stella Fernández

Impreso y encuadernado en

Mastergraf S.R.L.
Gral. Pagola 1823 - Tel. 2203 47 60*,
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.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, SJ: 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.

Requiem aeterna dona eis Domine

Et lux perpetua luceat eis

† **Mariano R. Brito Checchi**

1930-2014

† **Horacio Casinelli Muñoz**

1932-2014

† **Gustavo Rodríguez Tabó**

1958-2014

El caballero es aquel que nunca infringe dolor, evita lo que pueda causar estridencia o sobresalto en la mente de los demás, evita todo enfrentamiento de opiniones, se preocupa porque todos se hallen a gusto, es afectuoso con todos, sabe con quién y de qué habla, interpreta todo favorablemente, no es mezquino en sus discusiones, es prudente y tiene buen sentido, nunca es injusto, es sencillo y sólido, breve y eficaz. Respeta la piedad y la devoción, es amigo de la tolerancia (...) estos son algunos de los rasgos del carácter ético formado por un intelecto cultivado, al margen de los principios religiosos.

John Henry Newman, *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*, Traducción, introducción y notas de José Morales.

Pamplona, EUNSA, 1996, pp. 210-211

COMITÉ EDITORIAL

Carlos Delpiazzo
(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, Argentina*)

Alejandro Abal Oliú (*Universidad de la República, Uruguay*)

Amadeo Ottati (*UCU, Uruguay*)

Ángel Landoni (*Universidad de la República; Universidad de Montevideo, Uruguay*)

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

Augusto Durán Martínez (*UCU, Uruguay*)

Carlos Antonio Nedel (*Unisinos, Brasil*)

Carlos Barbé (*UCU, Uruguay*)

Carlos De Cores (*UCU, Uruguay*)

Cecilia Fresnedo (*UCU, Uruguay*)

Didier Operti (*UCU, Uruguay*)

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

Efraín Hugo Richard (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*)

Francisco Fernández Segado (*Universidad Complutense, España*)

Giuseppe Gandolfi (*Universidad de Pavia, Italia*)

Graciela Ruocco (*UCU, Uruguay*)

† Horacio Cassinelli Muñoz
(*Universidad de la República, Uruguay*)

Humberto Nogueira Alacalá (*Universidad de Talca, Chile*)

Ian Woischnik (*FKA, Alemania*)

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

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

Jean Stoufflet (*Universidad Clermont Ferrand, Francia*)

Jesús María Casal (*Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela*)

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

José María Gamio (*UCU, Uruguay*)

Juan Blengio (*Universidad de la República, Uruguay*)

Juan Carlos Cassagne (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Juan Pablo Cajarville (*Universidad de la República, Uruguay*)

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

Leslie Van Rompaey (*Uruguay*)

Luca Mezzetti (*Universidad de Bologna, Italia*)

Luis Aguiar De Luque (*Universidad Carlos III, España*)

Luis Fernández de la Gándara (*Universidad Complutense, España*)

Luis Fernando Álvarez (*Universidad Javeriana, Colombia*)
Marc Lacoursière (*Universidad Laval, Canadá*)
María Wonsiak (*Universidad de la República, Uruguay*)
Mariano Negrón (*Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico*)
Milagros Otero Parga (*Universidad de Santiago de Compostela, España*)
Néstor Sagüés (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)
Oscar Sarlo (*Universidad de la República, Uruguay*)
Paulo De Barros Carvalho (*Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil*)
Pierre Lemieux (*Universidad Laval, Canadá*)
Rafael Illescas Ortiz (*Universidad Carlos III, España*)

Raúl Cervini (*UCU, Uruguay*)
Raúl A. Etcheverry (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)
Ricardo Nissen (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)
Romeu Felipe Bacellar Filho (*Universidad Federal de Paraná y Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil*)
Ronald Herbert (*Universidad de la República; Universidad de Montevideo, Uruguay*)
Santiago Carnelli (*Universidad de la República, Uruguay*)
Siegbert Rippe (*Universidad de la República, Uruguay*)
Silvio Gambino (*Universidad de Calabria, Italia*)
Walter Guerra (*UCU, Uruguay*)



Universidad
Católica del
Uruguay

**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

Dra. SANDRA SEGREDO
Secretaria General

**AUTORIDADES
FACULTAD DE DERECHO**

Dr. CARLOS DELPIAZZO
Decano

Dra. MARÍA JOSÉ BRIZ
Secretaria Académica

Dr. GABRIEL VALENTIN
Coordinador de Abogacía

Prof. Esc. BEATRIZ RAMOS
Coordinadora Académica de Notariado

Dra. MARTA HANNA DE ROSA
Coordinadora de Publicaciones

Dra. MARIELLA SAETTONE
*Coordinadora Académica de
Investigaciones*

Dr. MARIO SPANGENBERG
Coordinador de Aspirantías

Índice

DOCTRINA

LA NECESIDAD DE PREVENCIÓN DE DAÑOS
ANTE LOS LÍMITES DEL RÉGIMEN CLÁSICO
DE REPARACIÓN ARGENTINO

The need for preventing damage
to the repair classic Argentine Regime limits
Maximiliano N. G. Cossari..... 13

LA BUENA ADMINISTRACIÓN
COMO IMPERATIVO ÉTICO
PARA ADMINISTRADORES
Y ADMINISTRADOS

Good administration as ethical imperative
for administrators and managed
Dr. Carlos E. Delpiazzo 41

FORMALISMO O ANTIFORMALISMO EN EL
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Formalism or antiformalism in the Contentious
Administrative
Augusto Durán Martínez..... 59

DISEÑO ESTRATÉGICO
EN LA INCORPORACIÓN DEL SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO

Strategic design incorporating the criminal Justice system
accusatory
Daniel Montero Zendejas..... 93

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
EN AMÉRICA LATINA

The codification of the right of access
to information in Latin America
Ricardo Perlingeiro..... 157

**DIRECTORES
DEPARTAMENTOS Y ÁREAS**

**Dr. AUGUSTO DURÁN
MARTÍNEZ**

*Departamento de Derecho
Administrativo*

Dr. CARLOS DE CORES
Departamento de Derecho Civil

Dr. ISRAEL CREIMER
*Departamento de Derecho Comercial y
Bancario*

Dr. MARTÍN RISSO FERRAND
*Departamento de Derecho
Constitucional*

Dra. CECILIA FRESNEDO
Departamento de Derecho Internacional

Dr. RAÚL CERVINI
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

**CENTRO UNIVERSITARIO
DE FORMACIÓN JURÍDICA**

**Dra. ALICIA RODRÍGUEZ
GALUSSO**
*Área de Formación Profesional
en Abogacía*

Esc. BEATRIZ RAMOS
*Área de Formación Profesional
en Notariado*

NEO RETÓRICA JURÍDICA

Legal Neo rhetoric

Gerardo Ribeiro..... 181

**¿QUÉ LIMITACIONES LEGALES PUEDEN
ESTABLECERSE EN MATERIA DE LIBERTAD
DE COMUNICACIÓN DE PENSAMIENTO?**

Can there be legal limitations on freedom
of communication of thought?

Martín Risso Ferrand..... 197

**DONACIONES Y LIBERALIDADES
ATÍPICAS EN FRAUDE A LA LEY**

Donations and atypical donations in fraud to the law

Miguel Ángel Tomé 225

LA PRUEBA Y LA SENTENCIA:

ALGUNAS REFLEXIONES

SOBRE LA REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Proof and sentence:

some considerations about the burden of proof

Gabriel Valentin 249

RECENSIONES..... 281

RIVERO DE ARHANCET, MABEL - RAMOS CABANELLAS,
BEATRIZ,

Derecho de Familia (Personal),

Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 4º
edición actualizada julio de 2014.

FRANÇA TARRAGÓ, OMAR (COORDINADOR),

El aborto y la protección de toda vida,

Universidad Católica del Uruguay – Editorial Grupo
Magro (Montevideo, 2014), 285 páginas.

ÍNDICES REVISTAS..... 289

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY 303

DOCTRINA

La necesidad de prevención de daños ante los límites del régimen clásico de reparación argentino

The need for preventing damage to the repair classic Argentine Regime limits

*Maximiliano N. G. Cossari***

RESUMEN: La imposibilidad de reparar cierto tipo de daños y las limitaciones que de hecho o de derecho la víctima puede encontrar en la satisfacción de un resarcimiento adecuado, hacen necesario que en el derecho argentino se adapten las instituciones vigentes a las nuevas necesidades y se propugne un régimen general que permita al posible perjudicado obtener, en forma anticipada, la protección de su persona o de sus bienes frente a daños que previsiblemente puedan ser causados. En esta línea se enrola el régimen de responsabilidad civil del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

PALABRAS CLAVE: Daños – Indemnización – Prevención – Derecho Civil. Argentina

* Este artículo fue enviado a nuestra redacción en abril del año en curso y se dispuso dejarlo para el número de diciembre. Al tiempo de ser enviado a evaluación, en septiembre, en Argentina se esperaba la próxima sanción del nuevo código unificado y el artículo se refería al proyecto. El autor retocó su artículo, mencionando el nuevo Código. El análisis pormenorizado de la actual legislación, aún no vigente, queda para un futuro artículo. (NE)..

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario (UNR), Especialista en Derecho de Daños por la Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor adjunto en Obligaciones Civiles y Comerciales y en Derecho de Daños, Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor adjunto en Derecho Civil II y Teoría de la Reparación en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL). E-mail: maxicossari@gmail.com

ABSTRACT: Failure to repair certain types of damage and the limitations that the victim can be found in the satisfaction of a proper remedy, in fact or in law make it necessary that in Argentine law existing institutions adapt to the new needs and be advocates a general scheme that allows the handicapped may obtain, in advance, the protection of his person or his property against damage likely caused. In this line are signs the regime of civil liability of the new Civil Code and commercial of the nation

KEYWORDS: Damage - Damages – Prevention – Civil Law. Argentina

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El derecho de daños como protección de las víctimas. III.- La indemnidad de la víctima frente al daño como eje central del régimen de reparación civil. 1. El daño como afectación de bienes patrimoniales y extrapatrimoniales. 2. La reparación en especie y recomposición al estado anterior como principio general en el derecho argentino. IV.- La necesidad de prevención ante los límites jurídicos a la reparación de ciertos daños. 1.- Necesidad de acreditar los requisitos correspondientes al daño resarcible. 2.- Límites en cuanto a la extensión del resarcimiento. V.- La necesidad de prevención ante la imposibilidad de reparar ciertos daños a las personas. 1.- Daños a las personas. 2.- Daño moral: problemas acerca de su resarcimiento. 3.- El daño al medio ambiente. a. El daño ambiental. b. Los afectados. Obligación prioritaria de recomponer en especie. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente en el derecho argentino la responsabilidad civil se encargó de buscar la manera de resarcir los daños causados a las víctimas una vez que estos han acaecido. Es decir, posteriormente a la consumación de los perjuicios, el ordenamiento jurídico intenta otorgar al damnificado una respuesta mediante una reparación integral, suficiente y adecuada, haciendo especial hincapié en la función reparadora del derecho de daños¹. La realidad ha demostrado que estas respuestas no siempre son suficientes, completas o rápidas, por lo que se vuelve indispensable la utilización de mecanismos protectorios, para que las posibles víctimas puedan mantener incólume su persona o sus bienes. Así, se torna imperioso que el ordenamiento jurídico argentino en general adapte sus instituciones a fin de otorgar, con amplitud, medios idóneos para la protección de los intereses comprometidos. Sólo en las últimas épocas se han hecho avances positivos en esta dirección. Las mismas han quedado consagradas especialmente con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación².

¹ Me parece necesario realizar una aclaración previa: No desconozco la discusión existente acerca de la terminología a utilizar para referirse al sector del derecho civil que se ocupa de los daños, tanto en lo referido a su prevención como a su reparación. Mientras una parte de la doctrina entiende que la expresión “responsabilidad civil” se la debe tener hoy por superada, y que más que hablar de ella es preciso referirse a “reparación de daños” (ver al respecto TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 57), otro importante sector de la doctrina la prefiere por sobre otras. Atilio Alterini postuló hace más de cuatro décadas que “En pureza terminológica no puede decirse ‘responsable’ a quien se imputa el deber de reparar prescindiendo de su culpabilidad...” (ALTERINI, ATILIO A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 107). Sin embargo, modernamente ha entendido este autor, a propósito de los cambios que se propiciaban en el derecho civil argentino, que la denominación “responsabilidad civil” abarca también la “prevención del daño, reparación del daño y sanción pecuniaria disuasiva, los cuales exceden notoriamente a la mera reparación del daño a la que involucra la denominación ‘derecho de daños’” denominación a la que se califica como “estrecha” (ALTERINI, Atilio, “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, en *La Ley*, 2012-D, p. 1154). No obstante la exactitud de estas afirmaciones en este trabajo utilizaremos ambas denominaciones como equivalentes.

² A raíz de los recientes cambios legislativos en la República Argentina llamaré Código Civil (CC) al cuerpo normativo que ha regido hasta el momento, y Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) al nuevo código sancionado el 1 de octubre de 2014, que entrará en vigencia en 2016. Las consideraciones realizadas acerca del régimen del CC seguirán teniendo validez hasta la efectiva vigencia del nuevo código.

En este trabajo nos referiremos a supuestos donde en el derecho argentino la reparación es insuficiente, inapropiada o imposible, tornándose necesaria la aplicación de mecanismos de evitación del daño mediante la prevención - frente a una actividad cuyas consecuencias nocivas son conocidas - o precaución de los mismos - frente a una actividad cuyas consecuencias nocivas son conocidas - para garantizar una protección efectiva de los derechos de las personas y resguardar el entorno en el que se desarrollan. Asimismo, haremos referencia a las posibles soluciones que contiene el nuevo Código Civil y Comercial argentino, sancionado el 1 de octubre de 2014.

II.

EL DERECHO DE DAÑOS COMO PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Los daños que fueron apareciendo aparejados al progreso de la técnica impulsaron a las víctimas a no conformarse con sufrir dichos perjuicios como si fuesen fruto del azar nefasto. Por el contrario, se animaron a buscar un resarcimiento pleno mediante una indemnización³ que más que una deuda del autor puede ser vista en la actualidad como un crédito de la víctima⁴. En esa paulatina evolución, el régimen de responsabilidad civil ya no consiste sólo en perseguir a quien ha actuado con una conducta reprochable, sino que se centra también en resguardar a las víctimas frente a daños injustos, propiciando un modelo que se funda en una mayor preocupación por el bienestar del hombre como sujeto de derecho y centro del ordenamiento jurídico⁵. Así, se pretende resguardar su integridad frente a las situaciones de riesgo en las que se ve expuesto como consecuencia de las nuevas tecnologías.

Esta protección debe manifestarse no sólo una vez ocurrido el ilícito, sino que se debe anticipar al evento dañoso tutelando a las posibles víctimas en una etapa de prevención. Es de cabal importancia recurrir a mecanismos judiciales preventivos o inhibitorios ya que las técnicas de recomposición patrimonial no son por sí solas eficaces para controlar la actividad

³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, "La responsabilidad objetiva", en MORENO MARTÍNEZ, Juan A. (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 802.

⁴ LAMBERT FAIVRE, Yvonne, "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", traducción de Eliana A. Nuñez, en *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, p. 971.

⁵ Ello ha sido puesto de manifiesto por la doctrina y concordantemente se han expedido por unanimidad las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 2, sobre Daño a la persona al decir de *lege lata*, conclusión N°1, que: "En el mundo actual con su vertiginoso avance científico-tecnológico le corresponde a la ciencia jurídica emplazar al hombre como centro del ordenamiento, privilegiando su protección integral en el marco de la humanización del Derecho".

dañosa y detener sus efectos en forma inmediata⁶. Como expresa la doctrina: “en determinadas ocasiones, el único modo de proveer con máxima eficacia el servicio de administración de justicia es otorgar anticipadamente lo que viene a ser la sustancia misma de la litis, o su petición principal, por medio de una decisión rápida y efectiva que evite el acaecimiento de daños irreparables”, y que “para ello no es necesaria la prueba de los daños ni de lesiones físicas actuales en los actores, sino que es suficiente la acreditación de la certeza o la probabilidad cierta de los riesgos o amenazas, porque de lo que se trata es de anticiparse a la concreción del perjuicio, y es a ese objetivo a donde debe apuntar la mirada del juez”⁷.

En consecuencia, la doctrina preponderante en los últimos tiempos no ha dudado en declarar que el eje central de la responsabilidad civil puede encontrarse en la protección a la víctima mediante una pronta y adecuada reparación, pero que no puede olvidarse que es preciso que exista un adecuado resguardo de los intereses en una etapa de prevención⁸.

III.

LA INDEMNIDAD DE LA VÍCTIMA FRENTE AL DAÑO COMO EJE CENTRAL DEL RÉGIMEN DE REPARACIÓN CIVIL

1. EL DAÑO COMO AFECTACIÓN DE BIENES PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES

Según Larenz, puede definirse al daño como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio. Establece además, como principio fundamental, que debe indemnizarse la totalidad del daño originado al perjudicado⁹.

⁶ MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A., “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, en *La Ley*, 1987-D, p. 364.

⁷ BIBILONI, Héctor Jorge, *El proceso ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 422.

⁸ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños” (en línea), <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/reflexiones-sobre-la-responsabilidad-civil-y-el/?searchterm=garrido> [25 de agosto de 2012]. En ese sentido se ha dicho, a propósito del proyecto de Código Civil y Comercial argentino –hoy ya sancionado por el Congreso–, que la concepción de responsabilidad civil que contempla el art. 1708 excede la mera reparación al integrar dicha noción con la prevención del daño y la sanción pecuniaria disuasiva (ALTERINI, Atilio A., “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, en *La Ley* 30/07/2012, p. 1). Cabe aclarar que luego de diferentes reformas al proyecto aludido, las sanciones pecuniarias disuasivas fueron quitadas de la versión final del Código Civil. Sólo subsisten los daños punitivos, con función punitiva y disuasiva, en el marco de la ley de defensa del consumidor.

⁹ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Tomo I, Editorial revista de derecho privado, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, 1958, p. 13.

El Código Civil argentino en el art 1068¹⁰ traía una definición de daño centrada en el menoscabo económico razón por la cual ha sido criticada por la doctrina¹¹. Acorde con la doctrina mayoritaria el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha propiciado una definición más amplia en la que engloba en la noción de daño a toda lesión a “un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (art. 1737).

Entonces, un daño puede ser tanto patrimonial como extrapatrimonial y es correcto afirmar que “de un lado podemos referirnos a los daños extrapersonales o patrimoniales, que son los que tienen consecuencias apreciables en dinero y, del otro, cabe aludir a los daños personales o extrapatrimoniales o no patrimoniales, los mismos cuyos efectos no pueden traducirse en dinero... Es de advertir, como es obvio, que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos tipos de consecuencias”¹².

El derecho debe encargarse de velar por los intereses de las personas frente a aquellos daños a los que el hombre se ve expuesto en forma cotidiana otorgando herramientas para la evitación de los mismos y, de fallar estos mecanismos, asegurar una reparación eficaz que permita recomponer los bienes del afectado a un estado anterior. Nótese que incluso cuando los perjuicios a los que se enfrenta un sujeto son patrimoniales y que pueden no recaer directamente sobre su persona, igualmente pueden repercutir en su esfera íntima. Por ello, la primera actitud que debe tomarse frente a los daños es una actitud preventiva.

En ese sentido, es acertada la regulación del nuevo art. 1710 CCCN que incorpora en el texto legislativo el deber de prevención del daño, en consonancia con el Proyecto de unificación de 1998. Claramente, se enrola en la idea de una responsabilidad civil que se anticipa a la producción de los daños y no se contenta con la sola reparación, así como el deber de no agravarlo si este ya se ha manifestado.

¹⁰ Art. 1068 C.C.: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

¹¹ ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 4.

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona” (en línea), en *Derecho y Cambio Social*, Número 12, Año IV, Lima, 2007-2008, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista012/dano%20a%20la%20persona.htm> [25 de agosto de 2012].

2. LA REPARACIÓN EN ESPECIE Y RECOMPOSICIÓN AL ESTADO ANTERIOR COMO PRINCIPIO GENERAL EN EL DERECHO ARGENTINO

La responsabilidad civil en su concepción clásica comporta un deber de dar cuenta por los daños causados a otros¹³. La obtención de una reparación por parte del damnificado encuentra su fundamento en la justicia dado que se impone restaurar a la víctima al estado anterior a la lesión causada injustamente. Así, quien ha sufrido un menoscabo luego se ve restablecido mediante una indemnización. Mediante ella se logra un equilibrio entre el detrimento al patrimonio de la víctima y la prestación que se aplica al deudor de la indemnización, siendo la cuantía del daño el tope del la misma¹⁴. La vulneración de un deber jurídico impuesto por la voluntad de las partes a través de un ligamen entre deudor y acreedor o del deber de no causar daños a otros, siempre que concurren los presupuestos necesarios de la responsabilidad civil, hará nacer la obligación de indemnizar a la víctima¹⁵.

Reparación e indemnización son conceptos que suelen ser asimilados al tratar esta materia pero que pueden distinguirse. Así, la reparación abarca un espectro más amplio ya que importa también normas destinadas a hacer cesar el daño tales como el derecho de réplica, la retractación de las expresiones injuriosas, la publicación de la sentencia en casos de calumnias, la cesación de las molestias de vecindad o de la intrusión a la intimidad¹⁶. Todo ello también posee un innegable efecto preventivo al evitar que los daños se sigan profundizando y agravando hacia el futuro. Por ejemplo, la publicación de una sentencia frente a calumnias puede ser necesaria para una adecuada reparación, ya que permite recomponer el buen nombre del afectado, y a su vez evita la propagación de los efectos nocivos del ilícito.

Respecto a ello, el derecho civil argentino ha seguido como regla el principio de la reparación integral tanto en el CC (arts. 1068,1069, 1077 y 1109) como en el nuevo CCCN (art. 1740). Quien causa un perjuicio debe hacerse cargo de su reparación. Como contrapartida la víctima será colocada, dentro de lo posible, en una situación de indiferencia entre sufrir el daño y recibir la indemnización. Es la única manera de que ninguna de las partes se vea beneficiada por el hecho ilícito, y es indispensable para que la función preventiva de

¹³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9º edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 79.

¹⁴ ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 251.

¹⁵ CASAS PLANES, María D, "Reflexión acerca de la conexión estructural Daño-Responsabilidad civil-Obligación, y sus consecuencias en el régimen jurídico aplicable al criterio de imputación (en especial, la culpa civil", en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 1, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 884.

¹⁶ LOPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis-Nexis, 2006, Lexis N° 7004/005078.

la responsabilidad civil pueda realizarse imponiendo la obligación de reparar todo el daño a quienes se encuentran en mejores condiciones para tomar medidas para que los mismos no se produzcan¹⁷.

Ahora bien, tanto el art. 1083 CC¹⁸ como el nuevo 1740 CCCN¹⁹ establecen como criterio general la reparación *in natura*, es decir, recomponer las cosas al estado anterior al hecho ilícito agregando, además, la posibilidad de opción de una indemnización pecuniaria por parte de la víctima. Al establecerse un principio de reparación en especie se puede apreciar la importancia que ha tomado en el derecho argentino la recomposición de las cosas con el objeto de eliminar todo tipo de consecuencias del hecho ilícito. Igualmente, la posibilidad de opción por la indemnización pecuniaria ha sido prudente, dado que permite a la víctima, que en definitiva es quien se encuentra interesada en encontrar una satisfacción adecuada, elegir aquello que mejor le convenga a sus intereses.

Téngase en cuenta que en determinadas materias, como el daño ambiental, se ha puesto en especial énfasis en la obligación de reparar en especie. Así la ley 25.675 (Digesto²⁰ Q-2643) prevé en su artículo 28 que “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental...sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”.

Consideramos, entonces, que si el principio general es la reposición de las cosas en especie, siempre es preferible la prevención de los daños ya que en muchas oportunidades

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Art. 1083 C.C.: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.

¹⁹ ARTÍCULO 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...

²⁰ El llamado Digesto Jurídico Argentino fue sancionado por ley 26.939 promulgada el 29 de mayo de 2014. La ley otorga en su artículo 20 “un período de ciento ochenta (180) días corridos desde la publicación de la presente ley... En dicho plazo, la comisión bicameral recibirá las consultas y observaciones fundadas que pudieran efectuarse en relación con el encuadramiento en una categoría, la consolidación del texto o la vigencia de una ley incluida en el Digesto Jurídico Argentino.” Conforme su artículo 21 “De las consultas y observaciones recibidas, la comisión bicameral dará vista a la Dirección de Información Parlamentaria para que, en un plazo de diez (10) días hábiles, efectúe una recomendación. Vencido el plazo, la comisión bicameral adoptará una resolución respecto de la consulta u observación planteada.” Y a tenor del artículo 22 “La resolución que ratifique o rectifique el encuadramiento, consolidación o vigencia observados, deberá ser aprobada por la mayoría de los miembros de la Comisión Bicameral Permanente del Digesto Jurídico Argentino sin necesidad de otro procedimiento ratificatorio posterior y se dará cuenta de la misma a los miembros de ambas Cámaras.” Por último –a nuestros fines- el artículo 23 establece que “Transcurrido el período de ciento ochenta (180) días corridos, y resueltas las observaciones, se dispondrá la publicación en el Boletín Oficial de la versión definitiva del Digesto Jurídico Argentino.” El propósito del Digesto es consolidar la legislación vigente. Aún está lejos de lograrlo y hasta que expire el plazo de ciento ochenta días no se tendrá la versión definitiva. Por tanto es mucho más seguro –por ahora- continuar con la numeración tradicional. De hecho así sigue figurando en los sitios oficiales (vgr. www.infoleg.gov.ar [4 de octubre de 2014]) y en las bases de datos de las editoriales privadas.

la reparación total y material de los perjuicios sufridos puede tornarse imposible y no darse entonces una satisfacción adecuada a la víctima.

IV.

LA NECESIDAD DE PREVENCIÓN ANTE LOS LÍMITES JURÍDICOS A LA REPARACIÓN DE CIERTOS DAÑOS

Pese a que el derecho positivo pretende otorgar soluciones a las víctimas por los daños sufridos, generalmente la responsabilidad civil actúa de manera tardía, intentando reparar perjuicios y situaciones que ya se han consumado. Así, la víctima se ve colocada en situaciones donde, lejos de ver su daño resarcido, encuentra trabas que impiden la reparación total u obtiene una indemnización que no alcanza a ser suficiente. El derecho de daños debe contemplar especialmente estas realidades en donde la reparación se vuelve difícil, con el objeto de otorgar acciones amplias tendientes a evitar consecuencias perjudiciales y nocivas.

Como expondremos a continuación, si bien la reparación civil pretende ser integral, muchas veces la ley deja fuera perjuicios que no son resarcidos, limitando la indemnización a determinadas consecuencias, o limitando la legitimación activa a determinadas personas, lo cual deja sin resguardo otras tantas víctimas o damnificados de un daño no justificado.

A ello se suma que toda una serie de daños suelen ser irreparables y, generalmente, dichos perjuicios son de gravedad por afectar bienes íntimos del hombre, como su integridad psicofísica, o el medio ambiente que lo rodea y en el cual se desarrolla.

No es nuestra intención argumentar que el derecho de daños sea ineficaz. Como toda creación humana, el derecho positivo se debe ir perfeccionando y evolucionando al ir puliendo sus falencias. Solamente queremos constatar la situación de que muchos damnificados quedan sin un resarcimiento apropiado y, si el derecho de daños no protege a las potenciales víctimas antes de que se consumen los perjuicios, posteriormente no se podrá otorgar una reparación adecuada y no estará cumpliendo con la función preventiva que le corresponde.

1. NECESIDAD DE ACREDITAR LOS REQUISITOS CORRESPONDIENTES AL DAÑO RESARCIBLE

Como primer límite encontramos que no todo perjuicio sufrido es efectivamente resarcido ni todo menoscabo habilita a la víctima a solicitar una indemnización. El principio de reparación integral sufre, así, una serie de limitaciones de distintos órdenes lo cual justifi-

ca la necesidad de invertir en prevención y otorgar a las futuras víctimas los medios idóneos para que se anticipen a los perjuicios.

En primer lugar, para la procedencia de la indemnización debe existir -y acreditarse- un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente, pues de lo contrario se verá frustrado todo intento de obtener una sentencia favorable (conf. 1739 CCCN). No cabe duda de que la certeza del daño es un requerimiento ineludible²¹, dado que un daño meramente hipotético o conjetural no ha de ser resarcido²². Aún un daño futuro, puede ser cierto y determinable judicialmente. Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, donde ante la muerte de un hijo menor ha otorgado una indemnización a los padres ya que “lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza con contenido económico que constituye para una familia modesta la vida de una hija muerta a consecuencia de un hecho ilícito; esa indemnización cabe como pérdida de una oportunidad de que en el futuro, de vivir la menor, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres. Esa pérdida de posibilidades es un daño futuro que bien puede calificarse de cierto y no eventual”²³.

La jurisprudencia ha admitido también la reparación de la *chance* en forma independiente de la indemnización del lucro cesante²⁴, lo cual ha contribuido a ampliar el espectro de daños que todavía no han ocurrido pero que existe una alta probabilidad del mismo. Este rubro es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador (1739 CCCN).

Ello adquiere mayor importancia cuando nos encontramos ante daños que afectan a un determinado sujeto, no solo en el ámbito laboral o económico, sino también en otras esferas de su personalidad. La incertidumbre actual ante la incolumidad de un bien no patrimonial, si bien no permite indemnizar tal eventualidad como daño cierto, permite eva-

²¹ La Corte Suprema argentina ha dicho, en ese sentido, que si las constancias aportadas no permiten determinar la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto no se trata de un daño que deba ser resarcido, ya que la indemnización debe reparar un interés actual del interesado (CSJN, 12/06/2007, “Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro”, Fallos 330:2748, *La Ley* 2007-D, p. 321).

²² CSJN, 08/03/1994, “Rodríguez Santorum, Claudio c. Tap Air Portugal”, Fallos 317:181, CSJN, 19/12/1995, “Legnangel S.A. c. Provincia de Buenos Aires, Fallos 318:2558, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 05/11/2007, “Aquapol S.A. y otro c. HSBC Bank Argentina S.A.”, en *Doctrina Judicial*, 2008-II, p. 102, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, 18/09/1998, “Millán, Martha J. c. Espinal, Elena G”, en *Derecho del Trabajo*, 1999-A, p. 260.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 01/04/2004, “Domínguez, Alejandro y otra c. Sanatorio Modelo de Quilmes S.A. y otros”, en *La Ley Buenos Aires*, 2004, p. 974.

²⁴ “La ‘pérdida de chance’ determinada, como tal, es un daño cierto, por tanto resarcible, por el cual se pretende la reparación de la probabilidad de éxito frustrada y, a diferencia del ‘lucro cesante’, no es más que una consecuencia mediata del perjuicio causado” (CNComercial, sala A, 23/02/2010, “Staffa, Pablo c. HSBC Bank Argentina S.A.”, en *La Ley Online*, AR/JUR/6373/2010, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 16/03/2004, “Prieto, Roberto A. c. Empresa Nacional de Correos y Telégrafos”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2004, p. 854).

luar cómo su peligro incide negativamente, cual una pérdida de chances, ya que es posible advertir un detrimento real y no meramente conjetural en un bien que atañe a la integridad personal²⁵.

Sin embargo, no siempre la acreditación de la existencia de un daño actual o futuro será posible, lo cual redundará en perjuicio del damnificado pues la obtención de una resolución favorable queda sujeta a la posibilidad de prueba²⁶.

Asimismo, se requiere de la acreditación de la relación causal entre el hecho y el daño. La jurisprudencia ha sostenido que “El vínculo de causalidad exige la concurrencia de una relación efectiva y adecuada entre una acción u omisión y el daño de que se trate. A tales efectos, se hace necesario realizar un juicio de probabilidad, determinando que el daño se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito; en otros términos, que la consecuencia dañosa es la que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas...”²⁷. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma (conf. 1736 CCCN).

En ese sentido, se han negado en diferentes resoluciones judiciales indemnización por daños y perjuicios por falta de acreditación de este presupuesto de la responsabilidad civil: al locador de un inmueble que no ha constatado fehacientemente los daños existentes al momento de ingresar al mismo²⁸; al esposo de una mujer que fue atropellada por un camión de propiedad de los demandados al no acreditarse contacto con el mismo²⁹, a una persona que reclama a la Ciudad de Buenos Aires los daños provocados al caer en un pozo abierto en la calzada ya que el tribunal consideró que no había podido probar que la lesión denunciada se

²⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 03/08/2004, “T., V. O. y otros c. Municipalidad de Buenos Aires y otros”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2004, p. 1238.

²⁶ Así en algunos casos, pese a existir el menoscabo patrimonial, la falta de prueba torna ilusorio cualquier intento de reparación. En ese sentido la jurisprudencia ha negado indemnización aduciendo que: “Si bien es cierto que los gastos de atención médica y de farmacia no exigen prueba acabada de su existencia, si ellos surgen de la propia naturaleza de las lesiones sufridas, tal criterio que atenúa la exigencia de la prueba del daño, sólo resulta aplicable a aquellos gastos por los cuales no se acostumbra a pedir ni a otorgar recibo, factura o ticket... Tanto el alquiler de muleta como la eventual compra de una férula, o el alquiler de aparatos de rehabilitación ortopédicos constituyen gastos por los que se acostumbra a brindar recibo. No se han traído dichos recibos al expediente, ni se ha producido prueba testimonial informativa de tales erogaciones” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 21/06/2007, “Zibecchi, Pablo c. Trama, Fabián y otros”, en *La Ley Buenos Aires*, 2007 -agosto-, p. 809). En otro caso donde también se encontraba en juego el derecho a la salud, el tribunal entendió que todo derecho puede ser sujeto a reglamentaciones y restricciones, pero ellas no pueden ser tan grandes que desnaturalicen los derechos hasta hacerlos inexistentes (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 05/04/2006, “González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C., en *La Ley Buenos Aires*, 2006, p. 1147).

²⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 05/10/2004, “Viñas de Ortiz, María y otros c. Instituto de Serv. Soc. Bancarios, en *La Ley* 25/04/2005, p. 7.

²⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Francisco, 19/11/2009, “Bronzone, Elvia Concepción c. Dundo, Jorge Luis y otro” *La Ley Córdoba* 2010 -mayo-, p. 478.

²⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 11/04/2008, “Soley, Carlos José c. Martínez, Marcelo Fabián y otros”, en *La Ley Online*, AR/JUR/2844/2008.”

hubiese originado en una caída en las condiciones relatadas en la demanda³⁰, a quien sufrió graves daños en su vista posteriormente a una operación dado que no pudo acreditar que dichos daños se pudieran imputar al cirujano³¹.

En definitiva, puede existir una víctima de un perjuicio pero su reclamo judicial no siempre será atendido puesto que, en definitiva, la posibilidad real de obtener una indemnización queda sujeta a que acredite los requisitos del daño resarcible y, en especial, que aporte al proceso pruebas suficientes acerca de la relación de causalidad.

La cuestión probatoria es de suma importancia y no cuestionamos su necesidad, pero de lo expuesto se desprende cuánto mejor es prevenir que buscar luego una reparación. En otros supuestos, de proceder la demanda la víctima se enfrentará a otra serie de problemas para lograr un efectivo cobro de su crédito, siempre sujeto a la solvencia económica del patrimonio del demandado. La doctrina se ha referido a la problemática que se genera en torno a los “acreedores involuntarios” que son aquellos que quedan vinculados con el deudor a raíz de un daño lesionando la vida, la salud o la integridad física. Por ello deben ser tutelados en forma prioritaria dentro de un proceso concursal pero nuestra ley no los contempla y quedan así sujetos a las mismas reglas que el resto de los acreedores³².

Entonces, podríamos encontrarnos ante una víctima de un daño resarcible, con derecho a una reparación, pero que debe esperar para ver resarcido su daño que otros acreedores que han tenido posibilidad de tomar medidas anticipadas, exigir garantías reales o personales, cobren de manera anticipada. Salvo que los jueces en el caso concreto, atendiendo a principios superiores otorguen algún tipo de solución pretoriana³³, se impone la necesidad de invertir en prevención y otorgar acciones anticipadas ya que nada asegura a la víctima que pese a tener derecho, obtenga de hecho la satisfacción que le corresponde.

³⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 21/06/2007, “G., S. M. c. Ciudad de Buenos Aires”, en *La Ley Online*, AR/JUR/12035/2007.

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 31/10/2006, “Lorenzatti, Oscar A. c. Instituto Municipal de Obra Social”, en *La Ley Online*, AR/JUR/10/2006.

³² MICELLI, María I., “Las nuevas tuteladas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios”, en *La Ley Litoral*, 2011 -febrero-, p. 30, VAISER, Lidia, “Los acreedores ‘involuntarios’ en la ley concursal y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia”, *Enfoques*, 2010 -agosto-, p. 100.

³³ La jurisprudencia, con buen criterio, ha hecho excepciones en algunos supuestos como en el caso “Fava”. En su sentencia se admitió la verificación y el pago inmediato de un crédito, pese a no encontrarse previsto en el régimen de privilegios establecidos por la ley, por la discapacidad sobrevenida a un menor en virtud de la mala praxis del médico durante su alumbramiento. El juez entendió que dada la naturaleza del crédito, su funcionalidad con el interés superior del menor, y su relación con el valor supremo vida y salud, “el privilegio especial y prioritario que se reconoce en este decisorio debe gozar del derecho a su más pronta —sino inmediata— satisfacción, sin aguardar la distribución final; y así debió receptorlo la legislación concursal si le hubiera reconocido el privilegio que merecía y que estaba obligado a otorgarle el Estado” (Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial Nro. 20, 24/05/2007, “Institutos Médicos Antártida SA s/quiebra s/incidente de verificación, en *La Ley*, 2007-E, p. 552).

2. LÍMITES EN CUANTO A LA EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO

Probado el daño resarcible y la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, la víctima choca con otra barrera a pesar de que su pretensión ha sido debidamente probada y acreditada. En efecto, no todas las consecuencias derivadas de un determinado hecho son resarcibles y en ello el Derecho Civil argentino es claro.

El art. 1727 CCCN ha realizado una clasificación de las consecuencias atribuidas a un sujeto siguiendo al Código de Prusia como lo hacía el CC en sus arts. 901 y ss. Así, son daños inmediatos aquellos que son consecuencia de acuerdo a lo que “acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas”, los daños que resultan de un acto considerado en sí mismo. Son daños mediatos, los que resultan solamente de la “conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”. En tercer lugar, llama consecuencias casuales a aquellas consecuencias mediatas que no pueden preverse³⁴.

Se infiere de estos artículos que el Código atribuye las consecuencias dañosas al autor de un acto, graduando el juicio de reproche de acuerdo con la previsión que hubiera tenido de ellas, de acuerdo al proceso intelectual por medio del cual el individuo se representa con antelación las eventuales consecuencias que puede provocar su conducta³⁵. Excepto disposición legal en contrario, sólo se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (1726 CCCN).

La primera cuestión es que el Código Civil aclara que determinados daños y perjuicios sufridos por la víctima, no van a ser resarcidos. No argumentamos que ello carezca de sentido, sino que desde el punto de vista de la víctima frente a determinados daños y frente a la mayor o menor probabilidad de que se concreten, las herramientas preventivas son indispensables.

En el ámbito contractual el CCCN dejó de lado la distinción que realizaban los arts. 520 y 521 CC -si bien mantendrán relevancia hasta la puesta en vigencia del nuevo código- en cuanto limitaba la extensión del resarcimiento a las consecuencias inmediatas y necesarias cuando el incumplimiento era culposo y sólo extendía hasta las consecuencias mediatas en caso de incumplimiento malicioso³⁶. Esto ponía en desventaja al acreedor damnificado con

³⁴ El CCCN omite referirse a las consecuencias remotas, como lo hacía el 906 CC, los cuales se tratan conceptualmente de daños mediatos en cuanto alejados del hecho generador, pero obedientes a una conexión con éste de tercer o ulterior grado por no tener un nexo adecuado de causalidad con el hecho ilícito (ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 133).

³⁵ GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, La Ley, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 65.

³⁶ CNCiv., sala E, 07/02/1986, “Cabrera, Enrique A. c. Pinto Kramer, Martín”, en *La Ley*, 1986-E, p. 206. El artículo 521 CC “se refiere a la inejecución maliciosa, es decir, *ex profeso*, o de propósito, no cumpliendo el deudor lo que debía y podía cumplir. Una inejecución dolosa “es aquella en la que el deudor no cumple intencionalmente, sin adelantar

respecto a las víctimas en el ámbito extracontractual, pese a que los daños pudieran haber sido de igual importancia o magnitud, tanto a la persona, a la salud o a los bienes. Es decir, ante un mismo tipo de daño, víctimas en similares circunstancias obtenían reparaciones distintas. Además, el punto de vista del acreedor no existe diferencia alguna entre el incumplimiento culposo o malicioso, por incumplimiento de contrato o por violación del deber genérico de no dañar, que justifique una diferencia en la extensión del resarcimiento. Como consecuencia de ello, en muchos casos la reparación de la *chance* -a la cual ya hemos aludido-, se veía también comprometida ya que la jurisprudencia la consideraba una consecuencia mediata únicamente reparable si el incumplimiento es doloso³⁷.

Más allá de lo acertado o no de estas limitaciones, lo cierto es que frente a ciertos daños que son, sin lugar a dudas, consecuencia del incumplimiento, van a quedar sin reparación alguna. Por esto siempre será preferible evitar el incumplimiento, que buscar luego una indemnización o una reparación adecuada en especie.

1. Daños a las personas

Los daños a la integridad psicofísica de las personas difícilmente puedan repararse en su totalidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que su jurisprudencia constitucional se ha nutrido de los principios humanísticos insertos en la Constitución Nacional. El “hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”³⁸.

Si el hombre es el centro del ordenamiento jurídico, es lógico que deba ser resguardado de los daños que lo ataquen directamente en su persona especialmente cuando no se le puede garantizar una satisfacción plena una vez consumado los daños. La necesidad de aplicación del principio de prevención en este ámbito se torna indispensable. La indemnización patrimonial no alcanza a volver las cosas al estado anterior, considerando que en gran medida

por ello un propósito de perjudicar...este concepto no se diferencia de la inexecución maliciosa...” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 286).

³⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 16/06/1993, “Juara, José L. c. Club Atlético Tigre y otros” en *La Ley*, 1993-D, p. 208, CNCiv., sala C, 27/11/1992, “Vinaya, Felipe y otra c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, Línea Gral. Belgrano”, en *La Ley*, 1993-D, p. 278. En ese sentido puede decirse con la doctrina que “La pérdida de una *chance* en el incumplimiento contractual malicioso o doloso, es una consecuencia mediata previsible y por lo tanto resarcible solamente en ese caso conforme con lo dispuesto en el artículo 521 del Código Civil” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 179).

³⁸ CSJN, 24/10/2000, “Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos: 323:3229.

los daños a las personas o sus secuelas son irreparables y que, por supuesto, no se encuentran en el plano económico. Difícilmente una suma de dinero sea una adecuada reparación.

Así es como la realidad demuestra frente a daños físicos o daños espirituales, el dinero no borra los perjuicios ocasionados a la salud, las secuelas físicas, los daños estéticos, la pérdida de capacidad laboral, violación a la intimidad o la imagen, lesiones al honor, etc. Por ello, el sistema de reparación, sin una adecuada prevención, se muestra como insuficiente, tardío y desactualizado.

Los derechos de la personalidad tienen un fundamento único, dado por el reconocimiento del valor que tiene en sí misma la persona y que como tal se le debe reconocer dignidad. De ello se deriva que toda persona tiene derecho a no ser perjudicado en su existencia –vida, cuerpo, salud- y en su propia dignidad –honor, intimidad, imagen- y que cada individuo se encuentra obligado frente a cualquier otro de modo análogo³⁹. Recuerda la doctrina nacional que el Código Civil argentino, en su redacción originaria por parte de Vélez Sarsfield, pone el acento en dos aspectos de la persona humana que son sobresalientes: 1.- la “humanidad”, valor supremo destacado en el art. 51 y 2.- el valor natural del hombre, al explicitar en el art. 103 que la existencia termina con la muerte natural. Asimismo, cabe destacar el art. 70 según el cual “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”⁴⁰.

La mirada puesta en la persona humana, y la imposibilidad de reparar los daños una vez acaecidos, deriva necesariamente en la búsqueda de soluciones de tipo preventivas que protejan a las futuras víctimas frente a este tipo de perjuicios.

Además, dentro de los daños a las personas consideramos de relevancia referirnos específicamente a los problemas derivados de la reparación del daño moral según expondremos a continuación.

2. Daño moral: problemas acerca de su resarcimiento

La reparación del daño no patrimonial o moral ha sido desde larga data una materia controvertida en la doctrina y jurisprudencia, todo lo cual ha conspirado en contra de la obtención de un resarcimiento adecuado. Incluso en nuestros tiempos, donde el resarcimiento de la víctima es un criterio que impera, es usual encontrar fallos contradictorios y restrictivos.

³⁹ RIVERA, Julio C., “Responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad”, en *Revista de derecho privado y comunitario-Daño a las personas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 42.

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad” en *Revista de derecho privado y comunitario-Daño a las personas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 29.

La dificultad de la reparación del daño moral se encuentra tanto en la propia índole del bien que se debe resarcir como en las limitaciones que el derecho positivo también impone. Según nuestro criterio, el pretendido resarcimiento del daño moral rara vez será adecuado o integral y, con frecuencia, las personas perjudicadas no tendrán posibilidad de reclamar en sede judicial indemnización alguna. Es por ello que estimamos que frente a este tipo de daños la indemnización no basta sino que es necesario prevenir que ellos ocurran.

El daño moral consiste en “la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”⁴¹. La circunstancia de que este tipo de daños no pueda ser valorizado con precisión en dinero no implica que ellos queden sin reparación alguna dado que ello sería absolutamente injusto⁴². Como han dicho Henri y León Mazeaud y André Tunc “Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”⁴³. Sin embargo, argumentamos que hay diferencias muy importantes respecto al resarcimiento de daños que tienen un contenido económico.

En efecto, el resarcimiento pretende volver las cosas al estado anterior al hecho ilícito y, de ser posible, debe colocar a la víctima en una situación en la cual le sea indiferente haber sufrido el daño o no. Ello puede ser factible en mayor o menor medida cuando se intenta una recomposición patrimonial por menoscabo o deterioro de bienes materiales. Hay supuestos donde la reparación en especie no podrá ser adecuada o total, por ejemplo, ante la pérdida una cosa única en su género y que no puede ser reemplazada por una equivalente. Sin embargo, sí es posible restaurar el patrimonio del afectado y colocarlo en una situación similar a la que tenía antes del acaecimiento del daño.

Por el contrario, en materia de daño moral la cuestión suele chocar con una serie de inconvenientes. En primer lugar, no existe un común denominador para medir la compensación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Pese a esto, las indemnizaciones se

⁴¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9º op. cit., p. 237. Esta definición también es compartida por la jurisprudencia (CNCiv., Sala H, 12/07/2000, “Ramírez, Andrés A. c/ Vaisman, Diego y otros”, en *Doctrina Judicial*, 2001, p.1856). Compartimos la opinión mayoritaria de la doctrina que afirma que en el derecho positivo argentino el daño sólo puede ser patrimonial o moral y deben descartarse nuevas categorías que implican desenfoques serios sobre los mencionados conceptos (PIZZARRO, Ramón D., *Daño Moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 66).

⁴² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona” op. cit.

⁴³ MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 5ª edición, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1961, p. 441.

otorgan en dinero lo cual no satisface adecuadamente a la víctima ya que el dinero no es una unidad de medida adecuada para el daño moral, extrapatrimonial o espiritual. La problemática radica en que se intenta reparar bienes que no se encuentran en el plano económico a través de una indemnización de daños y perjuicios, precisamente, con bienes pecuniarios. Todo ello incide en la deficiencia existente en el sistema de reparación. Cualquier intento de resarcir o de volver las cosas al estado anterior es en gran medida imperfecto e insuficiente.

En segundo lugar, y como consecuencia lógica de que la unidad de medida en que es apreciado el perjuicio no se condice con la naturaleza de los bienes afectados, tampoco puede realizarse una cuantificación precisa del daño. El problema referido a la falta de parámetros objetivos conspira contra la seguridad jurídica. La más de las veces no existirán fundamentos suficientes para justificar un monto y no otro. Con acierto afirma la doctrina nacional que la cuantificación de los daños personales, y muy especialmente lo que refiere al daño moral, es una de las tareas más delicadas de la actividad judicial y que la mejor valoración cualitativa del daño “puede quedar desvirtuada, con inevitable secuela de injusticia, si no hay razonable correspondencia con la cuantificación de la indemnización”⁴⁴.

Coincido con quienes entienden que es justo que se indemnice y que dicha suma de dinero funciona como una satisfacción de reemplazo ya que no existe posibilidad de realizar una reparación puramente moral⁴⁵. Sin embargo, creo que ello no alcanza en modo alguno a eliminar los efectos del acto ilícito y que el derecho de daños no puede quedarse de brazos cruzados, esperando la producción de daños irreparables para poder luego actuar. Si bien el daño moral afecta bienes que radican en lo más íntimo del hombre su necesidad de su prevención no siempre son tenidas en cuenta.

A la dificultad en otorgar una reparación adecuada se suman las limitaciones existentes en cuanto a su legitimación activa, por lo que quedan fuera muchos sujetos que pueden haber experimentado efectivamente un daño extrapatrimonial pero que no pueden reclamarlo judicialmente. En ese sentido, el art. 1078 CC⁴⁶, si bien permite gran amplitud

⁴⁴ Al respecto se ha dicho que “El sistema argentino en materia de indemnización de daños a la persona tiene por notas esenciales la anarquía, suscitada por las graves desigualdades indemnizatorias que lo caracterizan, y la notoria escasez de muchas de ellas. Se advierte una perceptible ausencia de criterios regulares idóneos para fijar prestaciones resarcitorias en casos análogos, lo cual suscita perplejidad en litigantes y abogados y conduce a soluciones frecuente inequitativas, inseguras e injustas” (PIZARRO, Ramón D., “Valoración y cuantificación del daño moral”, en *La Ley Córdoba*, 2006, p. 893).

⁴⁵ Por ello los autores han visto en el daño moral un modo de reprimir las faltas que atestiguan una conducta culpable o defectuosa (RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, Tomo V, traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965, p. 94).

⁴⁶ Art. 1.078. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

en la procedencia de la indemnización del daño moral, únicamente otorga legitimación a los damnificados directos, dejando fuera del sistema de reparación a un número importante de sujetos que pueden haber sido gravemente afectados. Esta situación hace que las víctimas tengan que cargar con un perjuicio injusto que no estaban obligados a sufrir y frente a los cuales el derecho no les da una respuesta adecuada. En la práctica pueden apreciarse cuantiosos casos donde se han provocado efectivamente lesiones a determinados sujetos pero que no han obtenido una satisfacción de ningún tipo por no ser damnificados directos⁴⁷. De manera similar se regula en el 1741 CCCN, si bien amplía la legitimación activa en caso de muerte del damnificado directo, y a título personal del que lo reclama, la indemnización por daño moral a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. Ello resuelve algunos problemas del art. 1078 en cuanto no confería legitimación a damnificados indirectos si no fallecía la víctima del daño, y sólo en caso de su muerte otorgaba legitimación a los herederos forzosos. Esta limitación dejaba fuera a sujetos que, pese al vínculo cercano con la víctima y que han sufrido efectivamente un daño moral, sus reclamos no eran admitidos⁴⁸.

Estimo que la existencia de una restricción a la legitimación activa no carece de razonabilidad. Sin ella el legitimado pasivo, sea autor del hecho o responsable en virtud de un factor objetivo de atribución, se verá en la imposibilidad total de atender todas las indemnizaciones a su cargo y podría incluso no ser totalmente justo imponerle semejante cargas llevándolo a la ruina. Se refleja así la tensión que existe constantemente entre la búsqueda de reparación de todas las consecuencias dañosas con la posibilidad real de atender a dichas indemnizaciones sin convertir al derecho de daños en una forma de venganza o castigo contra quien resulte legalmente responsable.

⁴⁷ A modo de ejemplo podemos recordar que se negó la reparación del daño moral reclamado por la madre y hermanos de una menor de siete años que fue abusada sexualmente por un maestro de grado con fundamento en las limitaciones establecidas por el art. 1078 C.C. [Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 24/02/2011, “K, A.B c. J, D. y otros”, en *La Ley Córdoba*, 2011 (mayo), p. 433]. Con fundamentos similares la Cámara resolvió la falta de legitimación activa de los padres para reclamar el daño moral propio a raíz del abuso sexual de un menor cometido por un taxista [Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, 01/12/2009, “Musotto, José y otra c. Fernández, Florencio y otra”, en *La Ley Buenos Aires*, 2010 (febrero), p. 62]. La jurisprudencia de modo excepcional ha permitido resarcir el daño moral de los padres de un menor que sufrió una incapacidad absoluta por severos problemas físicos y neurológicos aduciendo que el art. 1078 C.C. en ese caso particular “vulnera el principio de igualdad al reconocer al damnificado indirecto sólo la reparación del daño material; y lesiona el principio de protección integral de la familia de base constitucional y supranacional – al no permitir que se repare el incommensurable dolor de los progenitores” (CNCiv, sala I, 15/10/2009, “L., S. c. Hospital Británico y otro”, *La Ley*, 10/08/2010 p. 7, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala II, 03/03/2009, “Avila, Daniel A., c. Provincia de Buenos Aires y otros”, en *La Ley Buenos Aires*, 2009 (abril), p. 335).

⁴⁸ La jurisprudencia ha atendido a estas situaciones y de manera excepcional ha otorgado un resarcimiento por daño moral a quienes no revisten dicha categoría. Así, ante la muerte del conductor de un vehículo a raíz de un accidente de tránsito, la Cámara declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 C.C. para otorgar indemnización a su concubina (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 10/10/2009, “A., S. c. Plaza, Juan Domingo”, en *La Ley Online*, AR/JUR/45288/2009).

No se trata aquí de valorar la hasta donde es conveniente extender la legitimación activa del daño moral, sino hacer hincapié en el hecho objetivo de que la reparación encuentra restricciones y que la prevención de los daños se torna imperiosa. Por ello sostenemos que hay determinados perjuicios que es mejor evitar de antemano y tomar medidas para impedir que sucedan, ya que no se podrá luego eliminar sus efectos nocivos.

a. El daño ambiental

Al desarrollar la necesidad de prevención de ciertos daños por la imposibilidad de reparación adecuada no puede dejarse de lado esta materia. Tanto la prevención como la precaución de daños, así como la recomposición en especie, ocupan en el derecho ambiental un lugar destacado. Tradicionalmente se entendía a las agresiones al medio ambiente como algo inevitable, que se encontraban justificadas por el propio desarrollo de las sociedades modernas, es decir, eran un precio a pagar por el progreso técnico y económico. En la actualidad se pretende compatibilizar ambos aspectos manteniendo el respeto por el entorno⁴⁹ por lo que el ordenamiento jurídico utiliza distintos mecanismos para el resguardo del ambiente. Así, por ejemplo, establece reglamentos que contienen restricciones de actividades contaminantes o incluso requiriendo que se recaben autorizaciones administrativas para el desarrollo de actividades potencialmente peligrosas⁵⁰.

El Art. 27, *in fine* de la Ley General del Ambiente argentina que establece que: “Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. Hay quienes sostienen que se debe distinguir entre aquellos daños provocados al medio ambiente en sí mismo – regido principalmente por normas y principios constitucionales y del derecho administrativo - de aquellos que afectan a la salud o a los bienes de las personas que son causa del menoscabo de un patrimonio concreto – regidos esencialmente por el derecho civil⁵¹. Sin embargo, la afectación del hombre siempre se encuentra en forma directa o indirecta, razón por la cual la prevención del daño ambiental se vuelve imperativa para la protección de los

⁴⁹ SERRANO GÓMEZ, Eduardo, “La protección medioambiental: en especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medioambiente (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 Abr. 2000)”, en *Actualidad Civil*, La Ley (España), 2001, p. 273.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ CASSAGNE, Juan C., “El daño ambiental colectivo”, en *La Ley*, 14/09/2004, p. 1. Autores españoles se han referido a la misma circunstancia pero sostienen que el derecho civil es un derecho protector de las personas y tiene una importancia esencial en orden a la reparación de daños a las mismas debidas a las agresiones al medio ambiente. La reparación es a título individual como consecuencia del impacto al ambiente [MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis”, en *Actualidad Civil*, La Ley (España), 2000, p. 17].

intereses de las generaciones presentes y futuras. En estos supuestos ya no hay solamente un afectado concreto, sino que se afecta en forma inmediata o mediata a toda una comunidad porque los efectos nocivos trascienden la esfera estrictamente personal. De allí la necesidad de prevenir estos daños ante la dificultad de encontrar una reparación total y efectiva.

El derecho a un ambiente sano, se viene entendiendo según la jurisprudencia, “como una ampliación de la esfera de la personalidad humana”. El hombre siente y defiende el entorno natural que se encuentra fuera de él como propio, como parte de sí mismo, por su íntima conexión con la supervivencia y el bienestar humano, y es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos⁵².

La constitucionalización expresa del derecho al ambiente sano llevada a cabo por la reforma constitucional argentina de 1994, eleva a texto positivo expreso un derecho que la doctrina ya consideraba incluido dentro de los no enumerados por la Constitución en el art. 33. Es a través del prisma del art. 41 de la Constitución Nacional argentina como debe interpretarse la totalidad del derecho positivo vigente que mira ahora en forma primordial a la conservación del ambiente. Su preservación no es sólo un derecho de los habitantes sino también un deber de los mismos, de las organizaciones intermedias y del Estado.

Las acciones preventivas, habilitadas expresamente por instituciones como el amparo ambiental y las que derivan de los principios de prevención y precaución, tienen aquí una importancia primordial. Como ha dicho Seguí, en palabras que compartimos, “si el tiempo antecedente fue el de la búsqueda incesante por la reparación de los daños, el tiempo que viene –nos atrevemos a pronosticar– que será el tiempo de la preocupación porque los daños sean prevenidos⁵³”.

Entiendo que estamos ante la hora de sostener una renovada conciencia medioambiental recordando las palabras de Benedicto XVI, que expresan bien esta justa preocupación contemporánea, al decir que “la conservación del medio ambiente, la promoción del desarrollo sostenible y la atención particular al cambio climático son cuestiones que preocupan a toda la familia humana. Ninguna nación o sector comercial puede ignorar las implicaciones éticas presentes en todo desarrollo económico y social. La investigación científica demuestra cada vez con más claridad que el impacto de la actividad humana en cualquier lugar o región puede tener efectos sobre todo el mundo. Las consecuencias del descuido del medio ambiente no se limitan a la región inmediata o a un pueblo, porque dañan siempre la convivencia

⁵² Suprema Corte de Buenos Aires, 19/05/1998, “Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro, Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro, Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro”, en *La Ley Buenos Aires*, 1998, p. 1314.

⁵³ SEGUÍ, Adela, “Prevención de los daños. El proyecto de Código Civil de 1998” (en línea), en http://www.alterini.org/tonline/to_sal.htm [6 de diciembre 2007].

humana, y así traicionan la dignidad humana y violan los derechos de los ciudadanos, que desean vivir en un ambiente seguro”⁵⁴.

La ley general del ambiente consagra expresamente los principios de prevención y de precaución. Esa tendencia se refleja de manera similar en la ley española 26/2007 de 23 de octubre de 2007, de Responsabilidad Medioambiental⁵⁵, transpone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales contiene un capítulo dedicado a la prevención y evitación de daños medioambientales. Se impone primeramente un deber de tomar medidas preventivas al operador de una actividad que implique una amenaza inminente al medio ambiente y, una vez ocurridos, debe tomar medidas para evitar nuevos daños independientemente de que esté obligado a la reparación de los mismos.

b. Los afectados

La necesidad imperiosa de superar los esquemas clásicos de reparación y buscar mecanismos preventivos en este tema es que el daño al medio ambiente es un daño de los llamados daños supraindividual y que no consiste simplemente en la suma de los daños individuales. Nos referimos entonces, a un daño que es colectivo o difuso porque afecta simultáneamente a todo un grupo⁵⁶. Esta concepción supera y modifica la antigua idea del derecho basada en el enfrentamiento de derechos individuales en el cual la contienda se daba entre una persona contra otra. De acuerdo a esta nueva concepción, un grupo de personas que se encuentran en la misma situación, o que tienen un mismo interés, pueden tener un derecho a imponer el respeto por la naturaleza y su resarcimiento o restauración⁵⁷.

La legitimación activa corresponde al afectado en una interpretación más bien amplia como es “cada uno que compone como parte un grupo humano en un determinado espacio ambiental que padece amenaza, riesgo o daño”. Esto no requiere que el daño sea personal y directo, sino que surge del espíritu del art. 43 de la Constitución Nacional que no

⁵⁴ BENEDICTO XVI, Papa, Mensaje a los participantes en el VII Simposio sobre “Religión, Ciencia y Medio Ambiente”, 1 de septiembre de 2007.

⁵⁵ Ver texto completo en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43229-43250.pdf> [13 de septiembre de 2012].

⁵⁶ STIGLITZ, Gabriel A., “El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional”, en BUERES, Alberto J (dir.) y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (dir.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 317.

⁵⁷ PIGRETTI, Eduardo A., “El derecho ambiental como revolución social político jurídica”, en *La Ley Patagonia*, 2004, p. 1273.

necesariamente el daño padecido debe ser diferente al de los demás⁵⁸. Como bien ha dicho Bidart Campos: “Hay una co-titularidad que no pierde su esencia cuando el afectado es uno o cualquiera de ese grupo, sin la añadidura de un perjuicio personal y directo. Personal y directo viene a ser el perjuicio compartido por todos en esa co-titularidad”⁵⁹.

Los daños colectivos, entonces, inciden sobre toda una comunidad y por ello los sujetos que resultan dañados lo son por constituir parte de esa comunidad, presentando una dimensión propia y autónoma y que no surge de la simple suma de los daños individuales. Es por esta independencia de los daños individuales que los daños colectivos pueden existir sin daños particulares *stricto sensu*, afectando el entorno ecológico pero sin afectar a una persona en su salud o en su patrimonio⁶⁰.

La dificultad del juzgador residirá en determinar cuándo se encuentra frente a estos intereses difusos, merecedores de amparo judicial, y si sus pretensiones resultan ajustadas a derecho. A menudo se observa cierta resistencia a la admisión de lo ambiental como “derecho plural” y debido a ello, en no pocos casos, se ha negado el acceso a la justicia por falta de legitimación activa⁶¹.

Además, es dable recordar que el daño ambiental también puede producir afectaciones individuales a la salud, la vida, o los intereses económicos de sujetos determinados como consecuencia del daño ambiental que ha incidido en el entorno o ambiente, y entonces, ese daño individualmente sufrido es plenamente reparable por medio de la acción indemnizatoria monetaria tradicional, si es imposible la reparación en especie o si la víctima opta por la reparación dineraria. Por supuesto, que ambas acciones -la tendiente a la reparación colectiva y la que apunta a la reparación del daño individual- no se excluyen, pues la reparación del bien colectivo no elimina -por no superponerse- el daño individual cuyo resarcimiento persigue la acción indemnizatoria individual⁶².

b. Los afectados. Obligación prioritaria de recomponer en especie

La reparación en especie es de una importancia trascendente en materia de daños provocados al medio ambiente. Así es como la ciencia jurídica le ha dado prioridad a la reposición de las cosas al estado anterior en los casos en que pueda ser total o parcialmente

⁵⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., “La legitimación del afectado en materia de Derecho Ambiental”, en *La Ley*, 2004-D, p. 787.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Daño ambiental colectivo e individual”, en *La Ley*, 2007-A, p. 865.

⁶¹ LOPEZ HERRERA, Victoria, “La responsabilidad por daño ambiental”, en *La Ley Noroeste*, 2002, p. 971.

⁶² PARELLADA, Carlos, “A Breve reflexión sobre la noción de daño ambiental”, en *La Ley*, 2003-A, p. 872.

posible recomponer el hábitat o equilibrio de los valores ecológicos⁶³. La reparación *in natura* es, no sólo en el derecho ambiental, el remedio más eficaz de reparación de los daños porque suprime o elimina materialmente la lesión⁶⁴. Se deberán restituir “las condiciones del ambiente al statu quo anterior o situación preexistente al perjuicio generado, según lo establezca la ley aplicable”⁶⁵. La Constitución Nacional argentina en el artículo 41 adopta el término recomposición mediante el cual “hace referencia a la necesaria reparación al *status quo ante* o *in natura* del ambiente dañado. Como es sumamente dificultoso que las cosas puedan volver a su estado idéntico anterior luego de acaecido el daño, la reparación en este sentido podría ocurrir volviendo las cosas al *cuasi status quo ante*. De resultar esto imposible, podría considerarse el criterio de reparación pecuniaria”⁶⁶.

Con el mismo criterio que el anteriormente expresado se sostiene que esta idea de recomposición es un principio general del derecho en materia ambiental y, sólo subsidiariamente, se establece la reparación por medio de la indemnización, que es también otro principio jurídico permanente. Pero no se contempló la figura de la compensación que hubiera sido más ajustada. Tomando como ejemplo una industria que genere anhídrido carbónico afectando la composición del aire se ha dicho que: “Si se le obliga a recomponer el daño ambiental deberá cesar de producir anhídrido carbónico, pero es posible que también deba cesar en la producción industrial. Si se le admite la generación de anhídrido carbónico, pero se le obliga a indemnizar, el daño ambiental se mantendrá, sería la aplicación del principio ‘el que contamina paga’, rechazado por los ambientalistas. Finalmente, si se opta por el criterio de compensación, la fábrica podría seguir produciendo anhídrido carbónico pero estaría obligada a inyectar suficiente oxígeno para que la pureza del aire se mantenga. Recomposición, indemnización y compensación, conceptos diferentes en materia ambiental, que no fueron administrados con eficacia en el texto constitucional”⁶⁷.

La obligación de recomponer el daño ambiental no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditada en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y

⁶³ STIGLITZ, Gabriel A., “Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente”, en *La Ley*, 1983-A, p. 787.

⁶⁴ HUTCHINSON, Tomás, *Responsabilidad pública ambiental* en MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, DONNA, Edgardo A, *Daño ambiental*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 146.

⁶⁵ SCOTTI, Edgardo, “La preservación del medio ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional”, en *El Derecho*, Tomo 160, p. 737.

⁶⁶ SABSAY, Daniel A., DI PAOLA, María E., “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, *ADLA*, 2003 - D, p. 4865.

⁶⁷ NATALE, Alberto, “Protección del medio ambiente en la Reforma Constitucional”, en *La Ley*, 1994-E, p. 1385.

positiva decisión del constituyente reformador de enumerar y jerarquizar con rango supremo un derecho preexistente⁶⁸.

En definitiva, ya producido el daño, lo primordial a la luz constitucional, es recomponer el ambiente perjudicado. No existe por tanto la opción contemplada en el CC y en el CCCN dado que sólo cuando sea imposible lograr sanar de raíz el perjuicio ambiental procederá una indemnización⁶⁹. Pero aún en tal caso, en cuanto al ambiente en sí mismo, se intentará la restauración del ecosistema por vía de equivalente.

La idea de recomposición debe conjugarse con la necesidad de cese, prevención y precaución de las actividades contaminantes para la evitación de daños futuros, ya que no puede afirmarse que una industria sea capaz de seguir afectando el medio ambiente con tal de que pague las indemnizaciones correspondientes⁷⁰.

CONCLUSIONES

Un derecho de daños basado exclusivamente en la reparación del daño injusto es insuficiente para otorgar protección apropiada a las futuras víctimas, considerando que la reparación pecuniaria que pueda otorgarse, en ocasiones se torna meramente simbólica. El perjuicio provocado a bienes no patrimoniales que son de gran importancia para los hombres -como la vida, la salud, la lesión a los sentimientos, y el daño al ambiente en especial por las consecuencias disvaliosas que repercuten en las generaciones presentes y futuras- no pueden ser reparados de manera integral o de forma plena. Todo ello hace que la prevención de los daños se torne indispensable.

Asimismo, cuando los bienes afectados son estrictamente patrimoniales, tampoco se garantiza una reparación adecuada porque a veces es materialmente imposible, o existen límites a la reparación, o a la legitimación activa para efectuar un reclamo y tutela por parte del órgano judicial. Incluso la perspectiva de obtener una sentencia satisfactoria tampoco implica una reparación efectiva o eficaz.

Por ello, para que el derecho de daños centrado en la víctima del daño injusto sea coherente con sus principios debe centrarse en la prevención de dichos perjuicios. No existen

⁶⁸ CSJN, 14/10/2008, "Werneke, Adolfo Guillermo y otros c. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires", en *La Ley* 24/12/2008, p. 11 (votos en disidencia de los Dres. Zaffaroni y Maqueda reproduciendo los argumentos del dictamen hecho por el Procurador Fiscal).

⁶⁹ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A, "La responsabilidad civil de la empresa y la nueva Constitución Nacional", en *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1995 -IV, p. 845.

⁷⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis", en *Actualidad Civil*, *La Ley* (España), 2000, p. 17. Ello debe complementarse con el principio de progresividad que establece el art. 4 de la ley general del ambiente según el cual los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

dudas en la actualidad de las deficiencias del régimen de reparación civil y de la existencia de un principio de no dañar que se centra en la protección de las personas frente a los daños. Esta protección se manifiesta primeramente como prevención, y en ocasiones como precaución, y cuando fallan recién allí surge la etapa de reparación como última medida posible. Esta necesidad de prevenir antes que reparar es indispensable cuando se quiere proteger al medio ambiente y los intereses difusos dado que la reparación posterior, sea en especie o en dinero, no alcanzará a borrar los efectos nocivos de ciertas actividades dañosas. En esta línea se enrola el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Para citar este artículo:
Cossari, Maximiliano, La necesidad de prevención de daños ante los límites del régimen clásico de reparación argentino. *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 13-40

Recibido: 06/04/2014

Enviado a árbitros: 26/09/2014

Actualizado: 10/10/2014

Aceptado: 18/11/2014

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A., “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, en *La Ley* 30/07/2012, p. 1.
- ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- BENEDICTO XVI, Mensaje a los participantes en el VII Simposio sobre “Religión, Ciencia y Medio Ambiente”, 1 de septiembre de 2007.
- BIBILONI, Héctor Jorge, *El proceso ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 422.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “La legitimación del afectado en materia de Derecho Ambiental”, en *La Ley*, 2004-D, p. 787.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9º edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- CASAS PLANES, María D, “Reflexión acerca de la conexión estructural Daño-Responsabilidad civil-Obligación, y sus consecuencias en el régimen jurídico aplicable al criterio de imputación (en especial, la culpa civil”, en GONZÁLEZ

- PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 1, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 884.
- CASSAGNE, Juan C., “El daño ambiental colectivo”, en *La Ley*, 14/09/2004, p. 1
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona” (en línea), en *Derecho y Cambio Social*, Número 12, Año IV, Lima, 2007-2008, <http://www.derechocambiosocial.com/revista012/dano%20a%20la%20persona.htm> [25 de agosto de 2012].
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Daño ambiental colectivo e individual”, en *La Ley*, 2007-A, p. 865.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños” (en línea), <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/reflexiones-sobre-la-responsabilidad-civil-y-el/?searchterm=garrido> [25 de agosto de 2012].
- GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, La Ley, 2ª edición, Buenos Aires, 2000
- HUTCHINSON, Tomás, *Responsabilidad pública ambiental* en MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, DONNA, Edgardo A, *Daño ambiental*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 146.
- LAMBERT FAIVRE, Yvonne, “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, traducción de Eliana A. Nuñez, en *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, p. 971.
- LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Tomo I, Editorial revista de derecho privado, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, 1958.
- LOPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis-Nexis, 2006, Lexis N° 7004/005078.
- LOPEZ HERRERA, Victoria, “La responsabilidad por daño ambiental”, en *La Ley Noroeste*, 2002, p. 971.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis”, en *Actualidad Civil*, La Ley (España), 2000, p. 17.
- MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 5ª edición, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1961.
- MICELLI, María I., “Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios”, en *La Ley Litoral*, 2011 –febrero-, p. 30

- MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A., “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, en *La Ley*, 1987-D, p. 364.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad” en *Revista de derecho privado y comunitario-Daño a las personas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Tomo V – El daño moral, Rubinzal – Culzoni, 1999.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “La responsabilidad objetiva”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan A. (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 802.
- PIGRETTI, Eduardo A., “El derecho ambiental como revolución social político jurídica”, en *La Ley Patagonia*, 2004, p. 1273.
- PIZARRO, Ramón D., “Valoración y cuantificación del daño moral”, en *La Ley Córdoba*, 2006, p. 893.
- PIZARRO, Ramón D., *Daño Moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, Tomo V, traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965.
- RIVERA, Julio C., “Responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad”, en *Revista de derecho privado y comunitario-Daño a las personas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992.
- SABSAY, Daniel A., DI PAOLA, María E., “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, *ADLA*, 2003 - D, p. 4865.
- SCOTTI, Edgardo, “La preservación del medio ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional”, en *El Derecho*, Tomo 160, p. 737.
- SEGUÍ, Adela, “Prevención de los daños. El proyecto de Código Civil de 1998” (en línea), en http://www.alterini.org/tonline/to_sal.htm [6 de diciembre 2007]
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo, “La protección medioambiental: en especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medioambiente (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 Abr. 2000)”, en *Actualidad Civil*, La Ley (España), 2001, p. 273.
- STIGLITZ, Gabriel A., “El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional”, en BUERES, Alberto J (dir.) y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (dir.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 317.

STIGLITZ, Gabriel A., “Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente”, en *La Ley*, 1983-A, p. 787.

VAISER, Lidia, “Los acreedores “involuntarios” en la ley concursal y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia”, *Enfoques*, 2010 –agosto-, p. 100

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A, “La responsabilidad civil de la empresa y la nueva Constitución Nacional”, en *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1995 –IV, p. 845.

ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1982.

La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados

Good administration as ethical imperative
for administrators and managed

Dr. Carlos E. Delpiazzo ^(*)

RESUMEN: Existe consenso en el Derecho Administrativo moderno en el sentido de reconocer a la buena administración como un principio general —regla de Derecho— y también como un deber de la Administración y un derecho de los administrados.

En este trabajo se indaga acerca de la carga ética que encierra la calificación de “buena” a la actividad de administrar, examinando su proyección sobre la relación jurídica administrativa que se traba entre la Administración (signada por la servicialidad) y cada sujeto que se vincula con ella (considerado como eje del sistema propio del Estado constitucional de Derecho a partir de su eminente dignidad).

PALABRAS CLAVE: Buena administración, Ética pública, Relación jurídica administrativa, Administrado, Dignidad humana, Derecho Administrativo, Uruguay.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Catedrático Universidad de la República. Universidad de Montevideo. E-mail: carlos.delpiazzo@ucu.edu.uy

ABSTRACT: There is consensus in the modern administrative law in the sense of recognizing good administration as a general principle - rule of law - and also as a duty of the Administration and a right of the managed.

This paper inquires about the ethical burden that encloses the rating of "good" to the activity of administering, reviewing its projection on the administrative legal relationship which binds between administration (marked by the Seib) and each subject that binds with it (regarded as typical of the constitutional rule of law from her eminent dignity system axis).

KEY WORDS: Good Governance. Public Ethics. Administrative Legal Relationship. Administered. Human Dignity. Administrative Law. Uruguay.

SUMARIO: I) Introducción. Carga ética del principio de buena administración .II) Alcance de la noción de buena administración. Sus múltiples dimensiones. III) La relación jurídica administrativa. Su trascendencia. IV) Enfoque desde la perspectiva de la administración. Visión desde la servicialidad debida. V) Enfoque desde la perspectiva del administrado. Visión desde la centralidad de la persona humana. VI) Conclusión. Incidencia de la buena administración para la mejora de la relación Administración – administrado. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Años atrás, estudiando la gobernanza en el ámbito privado, en el ámbito público y en el ámbito global ¹, siguiendo útil enseñanza ², asocié dicho concepto al de buen gobierno y buena administración. Tiempo después, al caracterizar al Derecho Administrativo contemporáneo, a partir de la centralidad de la persona humana, señalé entre sus contenidos no sólo el ocuparse del obrar administrativo y su régimen jurídico sino también el de avanzar hacia una efectiva gobernanza en lo relativo a cómo se administra y quiénes participan de esa labor ³.

En ese contexto, postulé que el concepto de buena administración refiere a la adecuada elección de los medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias con relación al fin específico que se quiere satisfacer. Se trata de una nota propia de la función administrativa ya que la misma debe cumplirse de la forma más oportuna y más adecuada para la obtención de los fines objeto de la función pública ⁴.

Consecuentemente, coincidí con la afirmación de que “la Administración no puede ser sino buena; si no lo es, resulta ilegítima. Esa ilegitimidad radica en no hacer bien las cosas, es decir, en un actuar ineficaz” ⁵.

Desde entonces, pienso que la afirmación de que la Administración no puede ser sino buena y la postulación de la buena administración como regla tienen una trascendencia no

¹ Carlos E. DELPIAZZO, “Marco conceptual de la gobernanza con especial referencia a Internet”, en *Anuario “Derecho Informático”* (F.C.U., Montevideo, 2009), tomo IX, pág. 33 y ss.

² Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 10.

³ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General*, A.M.F., Montevideo, 2011, volumen 1, pág. 75 y ss.

⁴ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General*, volumen 1, pág. 77.

⁵ Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “Principio de eficacia y Estado subsidiario”, en *Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni*, F.C.U., Montevideo, 2005, pág. 154.

sólo jurídica sino ética en la medida que implican la calificación de un obrar conforme a lo bueno, es decir, a lo que está bien.

En tal sentido, sabido es que la Etica es “la disciplina teórico práctica que se ocupa del obrar humano en cuanto a la bondad y/o maldad y rectitud o no de sus actos y omisiones”⁶.

Siendo así, la Ética refiere a lo que está objetivamente bien u objetivamente mal por encima de las opiniones subjetivas de cada persona. Tal calificación debe tener en cuenta siempre tres elementos: el objeto, el fin y las circunstancias⁷. Por lo tanto, no basta la buena intención y el fin no justifica los medios. Es en la universalidad de las reglas a aplicar que uno puede medir si las conductas son objetivamente buenas o malas; dicho en términos negativos: “no hagas a los demás lo que no quieres que hagan contigo”, y dicho en términos positivos: “trata a los otros como te gustaría ser tratado”.

Bajo esta perspectiva, la noción de buena administración ofrece un ancho cauce a la mejora de la relación entre la Administración y los administrados en el Estado Constitucional de Derecho de nuestros días.

II.

ALCANCE DE LA NOCIÓN DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Para apreciar la potencialidad aplicativa de la buena administración, vale la pena observarla en sus diversas dimensiones.

En primer lugar, superada la etapa en que la noción se vinculó al mérito más que a la legitimidad del quehacer administrativo⁸, al presente corresponde reconocer la consolidación de **la buena administración como principio general de Derecho** y, por ende, como regla de Derecho con máximo valor y fuerza⁹.

Al respecto, reiteradamente he enfatizado en la importancia de los principios generales como soportes estructurales del sistema jurídico, auténticos cimientos del mismo en

⁶ Nicolás ETCHEVERRY ESTRAZULAS, *Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado*, U.M., Montevideo, 2006, pág. 16.

⁷ Carlos E. DELPIAZZO, “De la ética individual a la ética pública”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, San Salvador, 2011, pág. 787 y ss.

⁸ Héctor GIORGI, “El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya”, en *Estudios Jurídicos*, F.C.U., Montevideo, 1976, pág. 71 y ss.

⁹ Carlos E. DELPIAZZO, volumen 1, pág. 105 y ss.

cuanto constituyen los primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento —piedras sillares— del ordenamiento al que dan sustento ¹⁰.

Como bien se ha destacado, “En diversos trabajos de investigación se han expuesto nóminas de lo que se considera manifestaciones del principio de buena administración, advirtiéndose un sumatorio heterogéneo de valores, principios y reglas que se encuentran en la mayoría de los Derechos Administrativos de los Estados objeto de investigación y en diversos textos comunitarios... Estas proyecciones del principio sirven como importante fundamento para la apreciación de si ha existido mala administración, facilitando la aplicación de un test de corrección y de razonabilidad, sin perjuicio de la superior jurisdicción de los tribunales de justicia” ¹¹.

En todo caso, la recta traducción del principio de buena administración a la realidad supone “crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar libremente su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado. Creadas esas condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano. El buen gobierno, la buena administración ha de mirar precisamente a la generación de ese ambiente en el que cada ciudadano pueda ejercer su libertad en forma solidaria” ¹².

En segundo lugar, **la buena administración como deber** se concreta en hacer bien lo que hay que hacer, teniendo en cuenta que para toda la Administración —y, por tanto, para sus funcionarios— el ejercicio de la competencia, más que un conjunto de poderes jurídicos atribuidos por el ordenamiento para el cumplimiento de determinados cometidos, constituye un elenco de deberes a ser cumplidos, de modo que la expresión que mejor describe su situación es la de deber-poder y no la de poder-deber ¹³.

Según se ha dicho con acierto, “Ese hacer bien las cosas comprende tanto la correcta determinación de fines como la adecuada selección de medios para alcanzarlos. Es que si no

¹⁰ Carlos E. DELPIAZZO, “Reconocimiento de los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo uruguayo”, en Jaime ARANCIBIA y José Ignacio MARTÍNEZ (Coordinadores), *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Prof. Eduardo Soto Kloss*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pág. 229 y ss.; y “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en Mariano R. BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, Carlos E. DELPIAZZO y Augusto DURÁN MARTÍNEZ, *Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo*, A.M.F., Montevideo, 2009, pág. 32 y ss., y en A.A.V.V., *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Netbiblo, La Coruña, 2008, pág. 607 y ss.

¹¹ Graciela RUOCCO, “La buena administración y el interés general”, en Augusto DURÁN MARTÍNEZ y Marta HANNA DE ROSA (Coordinadores), *Ética, Estado de Derecho y buena administración*, U.C.U., Montevideo, 2013, pág. 100 y ss.

¹² Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, *El Buen Gobierno y la Buena Administración ...*, págs. 54 y 55.

¹³ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa-UNAM, México, 2006, pág. 108.

se determinan correctamente los fines, las cosas no se pueden hacer bien; pero si se determinan bien los fines y no se eligen los medios adecuados, no se puede alcanzar el fin debido. Por tanto, aún admitiendo que lo más importante es la determinación de los fines, no se puede desdeñar los medios para hacer las cosas bien”¹⁴.

No puede ser de otra manera ya que la Administración no sólo debe ajustarse al principio de juridicidad sino que debe actuar de acuerdo con las exigencias de la buena administración ya que “administrar bien es algo más que respetar el principio de legalidad”¹⁵.

En tercer lugar, la afirmación de **la buena administración como derecho** es una lógica consecuencia del deber que viene de señalarse y de la servicialidad connatural al ejercicio de la función administrativa.

Como bien se ha dicho, “En la medida que la Administración se contempla como la institución por excelencia al servicio de los intereses generales y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en sí mismo y recupera su conciencia de institución de servicio a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender que si la tarea de dirección pública, sea en el gobierno o en la administración, se concibe desde esta aproximación, entonces el derecho ciudadano a un buen gobierno y a una buena administración pública es algo razonable y adecuado”. A la vez, “el derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder”¹⁶.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, podría concluirse que la proclamación de este derecho no aporta nada nuevo. Sin embargo, el mismo tiene la virtud de resumir la formulación de un nuevo modo de concebir la relación de la Administración con los habitantes y de incluir nuevas proyecciones según los tiempos y lugares. Así, “el derecho de toda persona a reclamar una Administración que cuente con el personal adecuado al servicio de los habitantes y que actúe de acuerdo con las reglas de la ética pública. Además, la organización tiene que ser transparente. En su actuación, la Administración debe establecer trámites procedimentales que garanticen el respeto de los derechos de los interesados y que

¹⁴ Augusto DURÁN MARTÍNEZ, “La buena administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, N.º 1, pág. 176.

¹⁵ Graciela RUOCCO, “La buena administración y el interés general” cit., pág. 97.

¹⁶ Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, F.C.U., Montevideo, 2008, tomo XV, pág. 113 y ss., especialmente págs. 114 y 117.

permitan alcanzar la mejor decisión. A su vez, la actividad administrativa tiene que ser eficaz y eficiente”¹⁷.

III.

LA RELACIÓN JURÍDICA ADMINISTRATIVA

De cuanto viene de decirse se desprende que, en la medida que en el Derecho Administrativo contemporáneo el administrado no es un mero objeto sino un sujeto dotado de la capacidad que le reconoce el ordenamiento jurídico, puede encontrarse en distintas situaciones jurídicas frente a la Administración¹⁸.

Consecuentemente, la **situación jurídica** es la posición de alguien frente a la norma o frente a un tercero, en la que se manifiesta lo que Eduardo GARCÍA MAYNEZ considera como un atributo de la regla de Derecho, cual es su bilateralidad¹⁹. En virtud de ella, al obligado suele llamársele sujeto pasivo de la relación y a la persona autorizada a exigir de aquél la observancia de la norma se le denomina sujeto activo; la obligación del sujeto pasivo es una deuda en cuanto el pretensor tiene el derecho de reclamar el cumplimiento de la misma.

Son fuente de las diversas situaciones jurídicas los actos y hechos con relevancia jurídica que originan el nacimiento, la modificación o la extinción de las mismas.

La referencia que impone la situación jurídica de uno frente a otro constituye la **relación jurídica** que, cuando vincula al administrado con la Administración, configura la denominada relación jurídico administrativa²⁰.

En el actual Estado de Derecho, la centralidad de la persona humana y la instrumentalidad servicial de la Administración hacen de las situaciones jurídicas en que una y otra se pueden encontrar un tema capital y variado, superando el rígido esquema de la subordinación de los individuos y la supremacía administrativa, máxime desde la perspectiva de la buena administración como derecho y como deber, es decir, como situación activa de la persona y pasiva de la Administración.

En efecto, entre las **situaciones activas** (o de poder o de ventaja) en que se puede encontrar el administrado, es habitual incluir la potestad, el derecho subjetivo y el interés legítimo.

¹⁷ Graciela RUOCCO, “La buena administración y el interés general”, pág. 98.

¹⁸ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General*, A.M.F., Montevideo, 2013, volumen 2, pág. 241 y ss.

¹⁹ Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1960, pág. 15 y ss.

²⁰ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General*, volumen 2, pág. 263 y ss.

En primer lugar, tomando palabras de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, la *potestad* puede definirse como “una manifestación de la personalidad consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo, por lo tanto, e independiente de toda relación jurídica concreta y susceptible por esa razón de desplegarse y actuar frente a círculos genéricos de personas, que respecto del titular de dicho poder, se encuentran en una situación de sujeción”²¹.

En segundo lugar, siguiendo a Juan Carlos CASSAGNE, “mientras la potestad entraña la configuración de un poder genérico no referido a un sujeto determinado ni a una cosa en particular, el *derecho subjetivo* consiste en un poder concreto, en una relación jurídica determinada con respecto a un sujeto o a una cosa”²².

En tercer lugar, de la mano de la doctrina italiana, el *interés legítimo* se considera una situación jurídica activa de menor protección a partir de la distinción entre normas de acción y normas de relación. Mientras que las primeras regulan la actividad de la Administración tutelando el interés público y pudiendo dar lugar a intereses particulares protegibles, las segundas están dirigidas a la tutela de intereses jurídicos individuales y son atributivas de derechos subjetivos²³.

A su vez, cabe incluir entre las **situaciones pasivas** (o de deber o de gravamen), la sujeción, el deber y la obligación.

Por un lado, la *sujeción* es la situación correlativa de la potestad y, como tal, implica soportar los efectos desfavorables derivados de su ejercicio, producidos directa e inmediatamente en la esfera del sujeto pasivo, prescindiendo de cualquier comportamiento de éste²⁴.

Por otro lado, al decir de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, “*deberes y obligaciones* son dos especies de un género común, los deberes en sentido amplio, en cuanto comportamientos positivos o negativos que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad”²⁵.

²¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, tomo II, 9ª edición, pág. 29.

²² Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, tomo II, 6ª edición actualizada, pág. 99.

²³ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Apuntes sobre el concepto de interés legítimo en la Constitución uruguaya”, en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 2012; N° 41, pág. 11 y ss., y Lorenzo SANCHEZ CARNELLI, *Las situaciones jurídicas subjetivas*, F.C.U., Montevideo, 2004, pág. 54 y ss.

²⁴ Emilio BIASCO, *Las figuras jurídicas subjetivas en el Derecho uruguayo*, F.C.U., Montevideo, 2006, pág. 152 y ss.

²⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 9ª edición, pág. 31.

Según dichos autores, mientras que los deberes en sentido estricto tienen su origen directamente en la norma y no en ninguna relación o negocio jurídico concreto, las obligaciones se producen en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación.

En suma: en tanto la buena administración configura un *principio general* que preside la relación jurídico administrativa y, a la vez, constituye un *deber* de la Administración y un *derecho* de los administrados, posee una potencialidad aplicativa de alto valor no sólo jurídico sino también ético en orden a la mejora de la calidad del Estado de Derecho y, por ende, de la convivencia social.

IV.

ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

La mirada a la buena administración desde la perspectiva de la Administración no puede ser otra que la de su propia **esencia**, contenida en la propia etimología de la palabra “administrar”, que proviene del latín “ad” y “ministrare”, que significa “servir a”²⁶. Quiere decir que la justificación de la existencia de la Administración radica en su servicialidad²⁷ y se realiza concretamente en el servicio a la sociedad como tal y en cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental²⁸ a fin de que los componentes del cuerpo social —todos— puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

Tal carácter de servicialidad adquiere especial **importancia** al presente, cuando, con el advenimiento del Estado constitucional de Derecho, “está reapareciendo la idea de que el Estado está para fomentar, promover y facilitar que cada ser humano pueda desarrollarse como tal a través del pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos. Por tanto, el ser humano, la persona, es el centro del sistema; el Estado está a su servicio y las políticas públicas también... La muerte del Welfare State no es la muerte de una manera más social

²⁶ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo Uruguayo*, Porrúa-UNAM, México, 2005, pág. 7; y *Derecho Administrativo General*, volumen 1, pág. 55.

²⁷ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo*, tomo I, pág. 83 y ss.; y “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, F.C.U., Montevideo, 1996, pág. 507 y ss.

²⁸ Mariano R. BRITO, “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y ss., y *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, U.M., Montevideo, 2004, pág. 259 y ss.

de ver la vida, sino la muerte de un sistema de intervención creciente que ha terminado asfixiando y narcotizando al ciudadano”²⁹.

Es que —en palabras de Mariano BRITO— “El Estado de Derecho viene a configurarse —definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la aceptación de una sustancia impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya protección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela”³⁰.

En su **proyección**, la buena administración debe coadyuvar a la obtención de otro bien: el bien común³¹.

En palabras de José Luis MELIÁN GIL, “el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo”³².

Recientemente, el Papa Francisco ha propuesto cuatro principios orientadores de la convivencia social en pos del bien común³³.

En primer lugar, ha destacado que “*el tiempo es superior al espacio*. Este principio permite trabajar a largo plazo, sin obsesionarse por resultados inmediatos. Ayuda a soportar con paciencia situaciones difíciles y adversas, o los cambios de planes que impone el dinamismo de la realidad... Darle prioridad al espacio lleva a enloquecerse para tener todo resuelto en el presente... Darle prioridad al tiempo es ocuparse de iniciar procesos más que de poseer espacios. El tiempo rige los espacios, los ilumina y los transforma en eslabones de una cadena en constante crecimiento, sin caminos de retorno”.

En segundo lugar, “*la unidad es superior al conflicto*. La solidaridad, entendida en su sentido más hondo y desafiante, se convierte así en un modo de hacer la historia, en un ám-

²⁹ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ética, Poder y Estado*, RAP, Buenos Aires, 2004, pág. 75.

³⁰ Mariano R. BRITO, “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en *Ius Publicum*, Santiago de Chile, 2001, N.º 6, pág. 63 y ss., y *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, pág. 256.

³¹ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General*, volumen 1, pág. 35 y ss., y “Bien común, sociedad y Estado”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, 2012, Año XI N.º 21, pág. 81 y ss.

³² José Luis MELIÁN GIL, “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español”, en *Rev. de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, 2010, Año 10, N.º 40, pág. 171 y ss.

³³ PAPA FRANCISCO, Exhortación Apostólica “*Evangelii Gaudium*” de 24 de noviembre de 2013, N.º 221 a 237.

bito viviente donde los conflictos, las tensiones y los opuestos pueden alcanzar una unidad pluriforme que engendra nueva vida. No es apostar por un sincretismo ni por la absorción de uno en el otro, sino por la resolución en un plano superior que conserva en sí las virtuales valiosas de las polaridades en pugna”.

En tercer lugar, “*la realidad es superior a la idea*. Esto supone evitar diversas formas de ocultar la realidad: los purismos angélicos, los totalitarismos de lo relativo, los nominalismos declaracionistas, los proyectos más formales que reales, los fundamentalismos ahistóricos, los eticismos sin bondad, los intelectualismos sin sabiduría... La idea desconectada de la realidad origina idealismos y nominalismos ineficaces, que a lo sumo clasifican o definen, pero no convocan. Lo que convoca es la realidad iluminada por el razonamiento”.

En cuarto lugar, “*el todo es más que la parte*, y también es más que la mera suma de ellas. Entonces, no hay que obsesionarse demasiado por cuestiones limitadas y particulares. Siempre hay que ampliar la mirada para reconocer un bien mayor que nos beneficiará a todos... El modelo no es la esfera, que no es superior a las partes, donde cada punto es equidistante del centro y no hay diferencias entre unos y otros. El modelo es el poliedro, que refleja la confluencia de todas las parcialidades que en él conservan su originalidad”.

En suma: el enfoque de la buena administración desde la perspectiva pública destaca *el deber* de la Administración de concretar dicho principio en todas las manifestaciones del bien servir a la sociedad, a los grupos intermedios, a la familia y a las personas individualmente consideradas en su triple dimensión personal, social y trascendente, con particular énfasis en la relación jurídico administrativa.

V.

ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DEL ADMINISTRADO

Como correlato necesario de la señalada servicialidad administrativa, el moderno Derecho Administrativo construye la teoría del administrado a partir de la centralidad de la persona como destinataria del quehacer estatal ³⁴. La **esencia** de dicha centralidad —que Mariano BRITO llama “protagonismo originario” ³⁵— de la persona humana se funda en

³⁴ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General*, volumen 2, pág. 219 y ss.

³⁵ Mariano R. BRITO, “Libertad y autoridad del Estado”, en A.A.V.V., *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización*, F.C.U., Montevideo, 1991, pág. 28; y en *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, pág. 245.

su eminente dignidad³⁶, que la hace irrepetible e insustituible para la realización de sus fines vitales esenciales.

De ahí la **importancia** de la visión del ordenamiento desde la centralidad de la persona ya que “los derechos fundamentales del hombre son, nada más, pero tampoco nada menos, que aquellas perfecciones debidas al hombre por reclamo de su naturaleza corporal y espiritual, haciéndolas posibles en plenitud, y que la razón descubre. Y el hombre, en cuanto ser, es un todo, una unidad. A esta unidad inescindible pertenecen todos los derechos fundamentales, las perfecciones que le son debidas sin que pueda ser dividido en dos o más partes: el hombre moral de un lado y el hombre político, o jurídico, o económico del otro. El menoscabo o insatisfacción de alguno de esos derechos o perfecciones debidas afectará inevitablemente la personalidad entera del hombre”³⁷.

La **proyección** de este enfoque es enorme. Si bien el Derecho Administrativo se ocupa frecuentemente del administrado como recurrente, como usuario de los servicios públicos, como expropiado, como contribuyente, se impone el abordaje con una visión unitaria, con independencia de la concreta situación jurídica en que pueda encontrarse, procurando la salvaguarda de sí mismo como centro focal del sistema.

Adicionalmente, no siempre se tiene en cuenta que la noción de administrado tiene una fuerza expansiva en la medida que abarca no sólo a los individuos en sus relaciones con la Administración sino también a las proyecciones del hombre en su dimensión social, tal como ocurre con la familia y las empresas en sus distintas configuraciones jurídicas, además de otras organizaciones personificadas y no personificadas. Por eso, bien se ha dicho que “el de administrado es un concepto complejo, que engloba a las personas físicas o naturales, es decir, a los particulares, a las personas jurídicas de Derecho privado y a aquellas organizaciones que no tienen personalidad reconocida, pero que, sin embargo, pueden actuar en el mundo del Derecho”³⁸.

Por otra parte, mientras que la doctrina tradicional ha mirado al administrado como el sujeto pasivo de las potestades administrativas, no debe perderse de vista que también tiene el carácter de sujeto acreedor de la Administración desde el punto de vista de la justicia distributiva.

³⁶ Mariano R. BRITO, “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador), *Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo*, F.C.U., Montevideo, 2012, pág. 155 y ss.

³⁷ Mariano R. BRITO, “Derechos fundamentales”, en A.A.V.V., *Evolución constitucional del Uruguay*, UCUDAL, Montevideo, 1989, pág. 11 y ss., y en *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, pág. 55.

³⁸ José Antonio GARCÍA TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1974, tomo I, pág. 520.

Según se ha destacado, “Contraparte de la Administración en cuanto persigue la satisfacción de intereses propios a través de la relación que entabla con aquélla, el administrado es también un colaborador necesario de la Administración pública, teniendo en cuenta que la realización concreta y efectiva del bien común sólo se logra mediante su justa distribución en el ejercicio de la virtud de la justicia distributiva”³⁹.

En suma: el enfoque de la buena administración desde la perspectiva del administrado en su más amplia consideración permite visualizar en primer plano *el derecho* de todos y cada uno a ser bien servidos por un Estado —y, dentro de él, por una Administración— que, bajo el principio de juridicidad, actúe y se desenvuelva respetando y garantizando los derechos humanos fundamentales.

VI. CONCLUSIÓN

Como acertadamente se ha destacado, “Hoy en día en el mundo occidental se afirma lo que se ha llamado el Estado constitucional de Derecho, basado en la primacía de la Constitución o, mejor dicho, del bloque de la constitucionalidad... Ese bloque de constitucionalidad reposa en la dignidad de la persona humana”⁴⁰.

Es que la proclamación del Estado constitucional de Derecho de nuestros días revaloriza y acentúa la centralidad de la persona humana, como lo reconoce el art. 1º de la Constitución alemana al proclamar que “La dignidad humana es intangible”⁴¹.

Y tal dignidad no deriva de ningún tratado, Constitución o ley sino que es innata a la naturaleza humana⁴², por lo que el aludido bloque de constitucionalidad comprende los derechos humanos reconocidos o no por la Constitución, contenidos o no en las convenciones internacionales⁴³.

Siendo así, resulta con evidencia la importancia e incidencia de la buena administración para la mejora de la relación Administración – administrado ya que en el juego de deberes y derechos que recaen con responsabilidad en cabeza de cada sujeto de dicha relación,

³⁹ Rodolfo Carlos BARRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, págs. 259 y 260.

⁴⁰ Mariano R. BRITO, “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, pág. 164.

⁴¹ Augusto DURÁN MARTÍNEZ, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley Uruguay, Buenos Aires, 2012, pág. 39 y ss.

⁴² Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo*, Jurua, Curitiba, 2007, pág. 6.

⁴³ Augusto DURÁN MARTÍNEZ, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, pág. 845.

el principio general de buena administración opera como indiscutible foco de mejora ética de las conductas y, consiguientemente, de la calidad del Estado de Derecho como obra en permanente construcción enderezada al logro del bien común.

Para citar este artículo:

Delpiazzo, Carlos E., La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. *Revista de Derecho* (UCU), 2014 (IX-10), pp. 41-57

Recibido: 10/10/2014

Enviado a árbitros: 29/10/2014

Aceptado: 15/11/2014

BIBLIOGRAFIA

- BARRA, Rodolfo Carlos – “Principios de Derecho Administrativo” (Abaco, Buenos Aires, 1980).
- BIASCO, Emilio – “Las figuras jurídicas subjetivas en el Derecho uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2006).
- BRITO, Mariano R. - “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. – “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en *Rev. Ius Publicum* (Santiago de Chile, 2001), N° 6, pág. 63 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), pág. 259 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. – “Libertad y autoridad del Estado”, en A.A.V.V. – “Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización” (F.C.U., Montevideo, 1991), pág. 28 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. – “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2012), pág. 155 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. – “Derechos fundamentales”, en A.A.V.V. – “Evolución constitucional del Uruguay” (UCUDAL, Montevideo, 1989), pág. 11 y sigtes.

- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo – “Apuntes sobre el concepto de interés legítimo en la Constitución uruguaya”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2012); N° 41, pág. 11 y sigtes.
- CASSAGNE, Juan Carlos – “Derecho Administrativo” (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998), tomo II, sexta edición actualizada.
- DELPIAZZO, Carlos E. – “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa – UNAM, México, 2005).
- DELPIAZZO, Carlos E. – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2011), 2 volúmenes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Marco conceptual de la gobernanza con especial referencia a Internet”, en *Anuario “Derecho Informático”* (F.C.U., Montevideo, 2009), tomo IX, pág. 33 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. – “Ética en la función pública”, en “*Ética y Función Pública*” (Quito, 2005), pág. 10 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Ética en el ejercicio de la función administrativa”, en *Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* (San José de Costa Rica, 2003), N° 3, pág. 27 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Imperiosa revalorización de la ética pública”, en *Rev. de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública*, Año 2008, N° 3, pág. 4 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “El Derecho Administrativo como garante de la ética pública”, en *Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho* (Buenos Aires, 27 de abril de 2011), Año XLIX, N° 12.737, pág. 1 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. – “De la ética individual a la ética pública”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo* (San Salvador, 2011), pág. 787 y sigtes.
- DELPIAZZO; Carlos E. - “Reconocimiento de los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo uruguayo”, en Jaime ARANCIBIA y José Ignacio MARTÍNEZ (Coordinadores) - “La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Prof. Eduardo Soto Kloss” (Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009), pág. 229 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en Mariano R. BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, Carlos E. DELPIAZZO y Augusto DURÁN MARTÍNEZ – “Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo” (A.M.F., Montevideo, 2009), pág. 32 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas

- del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Netbiblo, La Coruña, 2008), pág. 607 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. – “Bien común, sociedad y Estado”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), Año XI N° 21, pág. 81 y sigtes.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto - “Principio de eficacia y Estado subsidiario”, en “Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni” (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 154 y sigtes.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto – “La buena administración”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2010), N° 1, pág. 176 y sigtes.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto – “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo” (La Ley Uruguay, Buenos Aires, 2012).
- ETCHEVERRY ESTRAZULAS, Nicolás – “Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado” (U.M., Montevideo, 2006).
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón - “Curso de Derecho Administrativo” (Thomson Civitas, Madrid, 2004), tomo II, 9ª edición.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo – “Introducción al estudio del Derecho” (Porrúa, México, 1960).
- GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio – “Tratado de Derecho Administrativo” (Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1974), tomo I.
- GIORGI, Héctor – “El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya”, en Estudios Jurídicos (F.C.U., Montevideo, 1976), pág. 71 y sigtes.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – “El administrado” (FUNDAP, Santiago de Querétaro, 2003).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – “La dignidad de la persona” (Civitas, Madrid, 1986).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - “La ética en la Administración pública” (Civitas, Madrid, 1996).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – “Administración pública y moral” (Civitas, Madrid, 1995).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - “La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo” (Jurua, Curitiba, 2007).
- MELIÁN GIL, José Luis - “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español”, en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Belo Horizonte, 2010), Año 10, N° 40, pág. 171 y sigtes.
- PAPA FRANCISCO – Exhortación Apostólica “Evangelii Gaudium” de 24 de noviembre de 2013.

- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime - “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas” (Thomson Aranzadi, Navarra, 2006).
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime – “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en Anuario de Derecho Administrativo (F.C.U., Montevideo, 2008), tomo XV, pág. 113 y sigtes., especialmente págs. 114 y 117.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime - “Ética, Poder y Estado” (RAP, Buenos Aires, 2004).
- RUOCCO, Graciela – “La buena administración y el interés general”, en Augusto DURÁN MARTÍNEZ y Marta HANNA DE ROSA (Coordinadores) – “Ética, Estado de Derecho y buena administración” (U.C.U., Montevideo, 2013), pág. 100 y sigtes.
- SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo – “Las situaciones jurídicas subjetivas” (F.C.U., Montevideo, 2004).
- SOTO KLOSS, Eduardo - “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I.
- SOTO KLOSS, Eduardo - “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.

Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo

Formalism or antiformalism in the Contentious Administrative

*Augusto Durán Martínez**

RESUMEN: Nuestro contencioso administrativo de anulación fue concebido en base al dogma revisor, de origen francés. Eso, unido a la filosofía jurídica imperante en la época en que se implantó y a exigencias políticas propias del momento, llevó a la adopción de un estricto formalismo en lo que refiere al acceso al proceso, tanto en lo relativo a la legitimación activa, como a la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa, así como en cuanto a la fijación de plazos de caducidad para accionar. Con el neoconstitucionalismo varió la visión del derecho. La perspectiva del ordenamiento jurídico desde los derechos humanos, que ahora se impone en el caso, desde el derecho a la tutela judicial efectiva, lleva a cuestionar todos esos ritualismos en beneficio del acceso al proceso.

PALABRAS CLAVE. Contencioso administrativo. Formalismo. Antiformalismo. Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso. Legitimación activa. Agotamiento de la vía administrativa. Plazo de caducidad para accionar. Uruguay.

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay; de Derecho Público, Instituto Universitario Politécnico del Uruguay; de Procesos Constitucionales, CLAEH. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. E-mail: aduranmartinez@adinet.com.uy

ABSTRACT: Our contentious administrative cancellation was conceived based on the reviewer dogma, of French origin. That, coupled with the prevailing legal philosophy in the era in which it was implemented and political requirements of the time, led to the adoption of a strict formalism with regards to access to the process, both as regards the active legitimation, as to the requirement of prior exhaustion of administrative remedies as well as regards the fixing of time limits for revocation to operate. With the neoconstitucionalismo varied vision of the law. The perspective of the legal system from the human rights, which is now imposed in the case, since the right to effective judicial protection, leads to question all those ceremonials for the benefit of access to the process.

KEY WORDS: Contentious Administrative, Formalism, Antiformalism. Right to effective Judicial Protection. Access to the Process. Active Legitimization. Uruguay.

SUMARIO: I. Precisiones preliminares. II. Derecho a la tutela judicial efectiva. III. Legitimación. IV. Agotamiento de la vía administrativa. V. Plazo para accionar. VI. Apreciaciones finales.

I.

PRECISIONES PRELIMINARES

1. Conviene comenzar con algunas precisiones preliminares.

2. Considero que “*contencioso administrativo* es un litigio o contienda en materia administrativa o dicho, más precisamente, suscitado como consecuencia del ejercicio de la función administrativa, que se ventila ante la *justicia administrativa* a través del *proceso administrativo* y se resuelve mediante el ejercicio de la *jurisdicción administrativa* con un acto que pasa en autoridad de cosa juzgada.”¹

3. Advierto, no obstante, que a este término complejo² se le han asignado diversos sentidos. Así, HUTCHINSON señaló que la expresión *contencioso administrativo* ha sido empleada en diversas acepciones: “a) *en un sentido orgánico*. Aparece así la expresión como sinónimo de un conjunto de tribunales (fuero contencioso administrativo); b) *en un sentido funcional*, como sinónimo de actividad desarrollada por los tribunales administrativos (ejercen la jurisdicción contencioso administrativa); c) *en un sentido material*, como sinónimo de materia (la *competencia contencioso administrativa*); d) *con un sentido instrumental*, en el que la expresión aparece como sinónimo de medios procesales que los interesados pueden utilizar contra la Administración Pública y e) *en un sentido normativo*, como sinónimo de conjunto de normas jurídicas reguladoras de la intervención de los tribunales (códigos contencioso administrativos).”³

¹ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, p. 13.

² Complejo en el sentido de MARITAIN, puesto que sus partes, “contencioso” y “administrativo”, tienen cada una por sí sola y separadamente una significación. MARITAIN, J., *El orden de los conceptos. Lógica*. Club de Lectores. Buenos Aires, 1978, p. 79.

³ HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo*. RUBINZAL-CULZONI Editores. Santa Fe, 2009, t. I, p. 28.

El sentido orgánico de HUTCHINSON es lo que he llamado *justicia administrativa*,⁴ el funcional es lo que he llamado *jurisdicción administrativa*,⁵ el material se acerca a lo que he llamado *contencioso administrativo*⁶ y el instrumental lo que he llamado *proceso administrativo*.⁷

Como el tema que se me ha asignado es formalismo y antiformalismo en el contencioso administrativo, no tiene sentido que use el término en la acepción que le he dado en mi obra ya citada sino que corresponde usarlo en el sentido instrumental de HUTCHINSON. Utilizaré así el término *contencioso administrativo* para referirme al *proceso administrativo* o *proceso contencioso administrativo*.

4. El término *formalismo* deriva de *forma*.

Forma es, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción “configuración externa de algo”.⁸ *Formalismo*, según el mismo diccionario, tiene dos acepciones: “Rigurosa aplicación y observancia, en la enseñanza o en la indagación científica, del método recomendado por alguna escuela.//2. Tendencia a concebir las cosas como formas y no como esencias.”⁹

Antiformalismo es, obviamente, lo contrario.

El formalismo apunta a lo adjetivo, no a los sustantivo. Por eso, a los efectos de este estudio corresponde tomar el sentido instrumental del término contencioso administrativo. La cuestión se centra pues en el proceso; más precisamente en las ritualidades exigidas para su acceso, para su desarrollo, para la toma de la decisión o la ejecución de lo decidido.

Es un lugar común en doctrina sostener la vigencia del principio del informalismo en el procedimiento administrativo.¹⁰ Pero de eso no se habla con relación al proceso administrativo.

En el proceso administrativo o proceso contencioso administrativo, sin que se hable de formalismo o antiformalismo, lo cierto es que nuestro derecho positivo es muy formalista;

⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 11.

⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 12.

⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 13.

⁷ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 12 y ss.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A. Buenos Aires., 2001, t. I, p. 1076.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario...*, t. I, p. 1077.

¹⁰ FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios del procedimiento administrativo”, en *VV.AA. El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. 2ª edición. Montevideo, 1991, pp. 33 y ss.; CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008, p. 197; DURÁN MARTÍNEZ, A., “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014, N° 9, p. 49; DELPIAZZO, C.E., “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en DELPIAZZO, C.E./RUOCCO, G., (*Directores*) *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2013, t. II, pp. 318 y ss.

y así también ha sido en general nuestra jurisprudencia, yendo a veces más allá de lo que indica el derecho positivo.

Algo parecido ocurre en la República Argentina, según advierte TAWIL, quién señala que el sistema español, en cambio, evoluciona hacia un antiformalismo.¹¹

Como luego se verá, percibo, en general, una tendencia hacia el antiformalismo

6. “El proceso administrativo –decía HUTCHINSON– tiene dos objetivos: a) controlar si en la conducta administrativa se ha respetado el principio de sumisión de la Administración a la juridicidad, y b) garantizar una tutela judicial efectiva a derechos e intereses de los habitantes. Este último objetivo no debe subsumirse en el anterior.”¹²

7. Esta afirmación de HUTCHINSON, compartible en términos generales, requiere algunas precisiones.

Es verdad que a menudo se enfoca el contencioso administrativo desde la perspectiva del control. Es más, es común que se diga que una de las características del Estado de Derecho es la existencia de un control jurisdiccional de la Administración.¹³

También es frecuente que se ubique en la Francia revolucionaria el origen del contencioso administrativo moderno o, por lo menos, se destaque su influencia en el mundo occidental. Pero en verdad no surgió de golpe como si fuera una operación quirúrgica, sino que es producto de una lenta evolución histórica, por momentos siguiendo un camino equivocado, como decía CASSAGNE, pero por momentos¹⁴ a través de un golpe de timón, rectificando el rumbo hacia el fin debido. Bien recordaba BÉNOIT que la dualidad de jurisdicción se gesta lentamente en una natural evolución de las instituciones políticas francesas desde la época feudal, pasando por la creación del Consejo del Rey en el período absolutista, se asienta con los edictos de LUIS XIII de 1641 (Edicto de San Germán) y de LUIS XIV de 1661, que impiden a los Parlamentos intervenir en los litigios contra la Corona, lo que es

¹¹ TAWIL, G.S., “Características básicas de la jurisdicción contencioso administrativa argentina”, en TAWIL, G.S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. ABELEDO PERROT. Buenos Aires, 2011, p. 85.

¹² HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal...*, t. I, p. 284.

¹³ PRAT, J.A. *De la desviación de poder*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Montevideo, 1957, p. 30; DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de derecho administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, p. 69.

¹⁴ CASSAGNE, J.C., “La justicia administrativa”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2007, t. I, pp. 7 y ss. y 9.

confirmado y profundizado, *mutatis mutandis*, a través de varias leyes revolucionarias¹⁵ y por la Constitución del Año VIII que crea el Consejo de Estado.

La Justicia Administrativa aparece, así, para evitar el control del Poder Judicial sobre la Administración. Incluso en una primera etapa, luego de la Revolución, toda reclamación contra la Administración debía efectuarse ante el Ministro correspondiente y sólo en vía de apelación se llegaba al Consejo de Estado. Era la época del Ministro-Juez, definitivamente desterrada a partir del *arrêt CADOT* del Consejo de Estado de 13 de diciembre de 1889,¹⁶ al decir de TAWIL último vestigio del modelo de jurisdicción retenida¹⁷ sustituido por el de la jurisdicción delegada instaurado a partir de la ley de 24 de mayo de 1872.

En la etapa del Ministro-Juez, la vía administrativa se consideraba de tipo jurisdiccional con lo que la que se cursaba ante el Consejo de Estado configuraba una segunda instancia. A partir del citado *arrêt CADOT*, se deslindó muy bien lo que era función administrativa y función jurisdiccional pero, al continuar exigiéndose una *décision préalable*,¹⁸ se construyó un sistema en base a lo que se llamó el dogma revisor.¹⁹

El progreso del Estado de Derecho va a ir, paso a paso, acentuando el carácter de control y queda en segundo plano la cuestión de si el control se efectúa por parte del Poder Judicial o de una jurisdicción administrativa separada de este Poder. Por eso, y por su origen, se comprende que MESTRE haya presentado al Consejo de Estado con dos caras como JANO: por un lado aparece como protector de los derechos de los administrados y, por otro, como protector de las prerrogativas de la Administración.²⁰ Sugestivamente su libro se tituló *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*.²¹

Hay que tener presente estos aspectos para comprender determinados ritualismos previstos en defensa de las prerrogativas de la Administración, aunque se invoque también los derechos de las personas; lo que, por cierto, provoca no pocas incoherencias.

¹⁵ BÈNOIT, F.P., *Le Droit Administratif Français*. Librairie Dalloz. Paris, 1968, pp. 275 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 514 y ss.

¹⁶ LONG, M./ WEIL, P./ BRAIBANT, G./ DELVOLVÉ, P./ GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12e. édition. Dalloz. Paris, 1999, pp. 35 y ss.

¹⁷ TAWIL, G.S., "El control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa. Distintos sistemas de organización", en TAWIL, G.S. (*Director*) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011, p. 9.

¹⁸ WALINE, M., *Précis de Droit Administratif*. Édition Montchrestien. Paris, 1969, vol. I, pp. 157 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 540.

¹⁹ TAWIL, G.S., "El control jurisdiccional...", loc. cit., p. 9; CASSAGNE, J.C., "La tutela judicial efectiva", en CASSAGNE, J.C., (*Director*) *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, p. 104.

²⁰ MESTRE, A., *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*. L.G.D.J. Paris, 1974, pp. 11 y ss.

²¹ DURÁN MARTÍNEZ, A., "Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración Pública. Control y cumplimiento de la decisión jurisdiccional", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LALEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, p. 578.

Cuando se impone el neoconstitucionalismo²² y se construye una nueva concepción del derecho desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, se pone el énfasis en los derechos humanos. En lo que a nuestro tema interesa, cobra especial importancia el derecho a la tutela judicial efectiva.

Junto con el objetivo del control del contencioso administrativo aparece luego el de garantizar la tutela judicial efectiva. Y este segundo pasa a ser más importante que el primero puesto que, en definitiva, el objetivo primordial de toda jurisdicción es emitir un acto de justicia.²³ Pero, si como bien decía HUTCHINSON el objetivo de garantizar una tutela judicial efectiva no queda subordinado en el del control,²⁴ tampoco el del control queda subordinado en el de la tutela judicial efectiva. Esto se debe tener muy presente a la hora de valorar los formalismos del proceso. Ese control sirve para la tutela de los derechos particulares, pero también de los colectivos.

8. Advierto, por otro lado, que ATIENZA al estudiar el formalismo jurídico, distingue el formalismo como característica del derecho moderno y el formalismo como concepción del derecho.²⁵

El primero se identifica con lo que se ha llamado racionalidad formal. En ese sentido, el derecho consiste esencialmente en reglas.

Las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso, pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración; lo que significa también que la aplicación de las normas pueden hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador.²⁶

El formalismo entendido como una concepción del derecho se caracteriza por una tendencia a absolutizar los elementos formales del derecho y a construir a partir de ahí una teoría que lleva a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del dere-

²² Sobre neoconstitucionalismo ver DURÁN MARTÍNEZ, A., “*En torno al neoconstitucionalismo*”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 3 y ss.

²³ DURÁN MARTÍNEZ, A., “El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, p. 267.

²⁴ HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal...*, t. I, p. 284.

²⁵ ATIENZA, M., *Ideas para una filosofía del derecho*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Nuevos tiempos-Nuevas Ideas-Fondo Editorial. Lima, 2008, pp. 175 y ss.

²⁶ ATIENZA, M., *Ideas para una...*, p. 175.

cho. No necesitan una teoría de la argumentación jurídica; les basta con la lógica deductiva, que algunos llegan a reducir incluso a un solo tipo de argumento: el silogismo judicial.²⁷

El positivismo normativista, por lo menos en sus formas más extremas, es propenso a estos dos tipos de formalismo jurídico señalados por ATIENZA. Precisamente, en épocas en que imperó ese positivismo se implantaron los ritualismos procesales ya señalados.

Pero cuando comienza a imponerse el neoconstitucionalismo se percibe un retroceso de los distintos formalismos. No solo, como se ha dicho, porque la nueva visión del derecho se basa en la centralidad de la persona humana, sino también, y por eso, muestra un desarrollo creciente de la práctica argumentativa.²⁸ No es concebible el neoconstitucionalismo sin una desarrollada teoría de la argumentación.²⁹ Hoy las decisiones jurídicas exigen justificación y a eso apunta la argumentación.

Por eso en el mundo se percibe una reacción que ha llevado a modificar los viejos textos de derecho positivo que imponían arcaicos ritualismos y cuando eso no ha sucedido, la jurisprudencia ha impulsado esos cambios.

En nuestro país eso no ha ocurrido. Los textos de derecho positivo en la materia, siguen siendo básicamente los mismos que hace sesenta años y la jurisprudencia, salvo algún aspecto puntual excepcional, como luego se verá, no solo no ha sido protagonista de una interpretación evolutiva, sino por el contrario, por momentos, ha sido aun más restrictiva que los propios textos de derecho positivo.

9. La última precisión que deseo efectuar es que centraré mi estudio en el derecho uruguayo y, en especial en el contencioso administrativo de anulación de actos administrativos.

II.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Nadie discute hoy en día que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano.³⁰ Está así expresamente recogido en el artículo XVIII de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de la O.E.A. de 1948, en el artículo 25 del Pacto de San

²⁷ ATIENZA, M., *Ideas para una...*, p. 177.

²⁸ ATIENZA, M., *Ideas para una...*, p. 245.

²⁹ ATIENZA, M., *Ideas para una...*, p. 153 y ss.

³⁰ DURÁN MARTÍNEZ, A., "Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración...", loc. cit., p. 583.

José de Costa Rica, en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

A nivel europeo, está expresamente recogido por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el ámbito del derecho interno es reconocido a veces genéricamente en forma implícita, como en el artículo 24 de la Constitución de Italia y 19 de la de Alemania, y en forma expresa, como en el artículo 24 de la Constitución de España.

En nuestra Constitución no está recogido expresamente pero por ser inherente a la persona humana está comprendido en el artículo 72 de la Carta.

He efectuado estas menciones para demostrar cómo este derecho está recogido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y recogido en forma expresa o implícita en las constituciones de los países más avanzados y en la nuestra. Pero lo más importante es que, si es un derecho humano, es suprapositivo, cualquiera sea la naturaleza del instrumento jurídico que lo reconozca. Bien decía GONZÁLEZ PÉREZ: “El derecho a la Justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos tradicionales.”³¹

2. Lo expuesto basta para demostrar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho humano que es, integra el *bloque de constitucionalidad*; más precisamente, se encuentra en la cúspide del *bloque*.

Eso hace que, por la evolución del neoconstitucionalismo, de la interpretación conforme a la Constitución pasemos a la interpretación conforme al *bloque de constitucionalidad*, con lo que la propia Constitución es objeto de medición ante ese *bloque*.³²

Este aspecto es básico para encarar este tema.

3. El derecho a la tutela judicial efectiva o a la tutela jurisdiccional, como también se le ha llamado, es según GONZÁLEZ PÉREZ “el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso, con unas garantías mínimas.”³³

³¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1989, p. 22.

³² DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad y el Derecho Público Interno”, en *La Justicia Uruguaya*, año LXXV, t. 149, febrero 2014, pp. D- 24 y ss.

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, p. 27.

También con gran precisión, indica el maestro el contenido de este derecho. Como aproximación al tema nos dice que “el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia.”³⁴

4. En este estudio centraré mi atención únicamente en el primer momento, porque es aquí donde fundamentalmente se plantean problemas relacionados con el formalismo. En las otras etapas hay, desde luego, obstáculos para una tutela judicial efectiva pero, en general, son de otra índole.

El acceso a la jurisdicción implica: a) el acceso a órganos propiamente jurisdiccionales; b) que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; c) que no se obstaculice su acceso.³⁵

De estas tres cuestiones únicamente referiré a la tercera.

5. Como bien ha observado CASSAGNE, “la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.”³⁶

En este sentido aparece el principio de accesibilidad que, si bien no sirve para amparar indiscriminadamente cualquier tipo de pretensión, sirve para interpretaciones más amplias tendientes a garantizar que el acceso a la jurisdicción no se vea impedido por limitaciones irracionales. Ese principio lleva al de *in dubio pro accione* y a descartar lo que cierta jurisprudencia argentina ha denominado *ritualismos inútiles*.³⁷

“El proceso es forma –decía BENAVIDEZ PINILLA al reclamar más informalismo para la recepción o admisión de las demandas– pero esas formas deben estar ideadas para la tutela de los derechos no para que su realización sea imposible, sobre todo si se trata de un

³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, pp. 43 y ss.

³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, p. 48.

³⁶ CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...”, loc. cit., p. 97.

³⁷ VERAMENDI, E.D., “Los principios generales del proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, p. 54; CAPALBO, S., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 109 y ss.; LAUHIRAT, S., “Algunos aspectos del proceso contencioso administrativo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 124 y ss.; CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...” loc. cit., p. 108.

organismo jurisdiccional que tiene de común con cualquier otro, la obligación de declarar lo que es derecho.”³⁸

Imbuido de ese espíritu, BOTASSI expresó: “Se ha dicho y repetido en forma nutrida que los derechos sustanciales valen lo que valen las herramientas con que se cuenta para su protección. La demandabilidad del Estado con motivo del ejercicio de la función administrativa debe resultar expedita para recorrerse como un camino libre de obstáculos. Los valladares decimonónicos vinculados con la legitimación, el agotamiento de la vía, el plazo de caducidad y el pago previo deben derribarse de una vez y para siempre.”³⁹

No referiré al *solve et repete* puesto que no constituye según nuestra Constitución un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad. Es más, el Código Tributario al respecto establece:

“Artículo 84. (Requisitos para la interposición de recursos y acciones).- La interposición, sustanciación y resolución de los recursos administrativos y de la acción de nulidad, no estará condicionada al pago previo del tributo o de las sanciones.”

Referiré, sí, a los otros valladares, como decía BOTASSI, puesto que, conforme a lo establecido por los artículos 309 y 319 de la Constitución, configuran requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad.⁴⁰

III.

LEGITIMACIÓN

1. Enseña GONZÁLEZ PÉREZ que “la legitimación es la aptitud de ser parte en un proceso concreto”.⁴¹

Las partes serán aquella que formula y aquella frente a quien se formula la pretensión objeto del proceso.⁴²

La legitimación es un requisito procesal. Para que el órgano jurisdiccional pueda examinar la pretensión procesal es necesario que el demandante tenga legitimación.⁴³

³⁸ BENAVIDEZ PINILLA, V.L., *Compendio de Derecho Público panameño*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2012, p. 38.

³⁹ BOTASSI, C.A., “Los principios generales del proceso administrativo en los regímenes locales: accesibilidad, especialización y descentralización”, en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, pp. 151 y ss.

⁴⁰ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 9 y ss.

⁴¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1992, p. 159.

⁴² AGUILAR VALDEZ, O.R., “Las partes en el proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, p. 193.

⁴³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal...*, p. 159.

Debemos tener en cuenta al respecto la diferencia entre acción y pretensión. La acción es “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.”⁴⁴ Con la acción se pone en marcha la actividad jurisdiccional del Estado; con la pretensión se exterioriza el derecho a la acción que es preexistente y le sirve de sustento.⁴⁵

La legitimación no es “el derecho a poner en actividad un órgano público, pues el derecho a excitar la tutela jurisdiccional del Estado –concepto de acción– lo tiene todo ciudadano; la acción logra su finalidad (poner en movimiento los órganos jurisdiccionales), cualquiera que sea quien la proponga, mediante la presentación de la demanda (acto típico de iniciación del proceso). La legitimación es un requisito de admisión de la pretensión en cuanto al fondo, no de la existencia del proceso. Para que el órgano jurisdiccional examine la pretensión es necesario que haya sido deducida por persona legitimada activamente y frente a la persona pasivamente legitimada.”⁴⁶

En esa línea, AGUILAR VALDEZ señalaba que “la calidad de –legitimado activa o pasivamente– hace referencia a la relación sustancial que vincula a los sujetos y juega el papel de ser uno de los requisitos de admisibilidad de la pretensión cuya existencia resulta necesaria para que el juez pueda examinarla en cuanto al fondo.”⁴⁷

Lo expuesto basta para percibir que la cuestión de la legitimación es clave para que se pueda analizar la pretensión procesal.

2. Conforme al artículo 309 de la Constitución, “la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.”

Lamentablemente nuestra Constitución se apartó aquí del modelo francés, importante fuente de inspiración de nuestro sistema. En Francia, para poner en marcha el contencioso anulatorio no es necesario acreditar un derecho subjetivo, ni un interés legítimo, sino un interés. No se trata de una acción popular, puesto que es preciso acreditar un interés suficientemente particularizado, pero la jurisprudencia ha sido bastante amplia para considerarlo, por lo que DE LAUBADÈRE habla de un interés “froisse”.⁴⁸

⁴⁴ COUTURE, E.J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, en COUTURE, E.J., *Obras. LA LEY Uruguay*. Buenos Aires, 2010, t. I, p. 49.

⁴⁵ PERRINO, P.E., “La pretensión procesal administrativa como objeto del proceso contencioso administrativo”, en CASSAGNE, J.C., (*Director*). *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, p. 410.

⁴⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal...*, p. 159.

⁴⁷ AGUILAR VALDEZ, O.R., “Las partes en...”, loc. cit., p. 193.

⁴⁸ DE LAUBADÈRE, A., *Traité de Droit Administratif*. Sixième Edition. L.G.D.J. Paris, 1973, vol. I, p. 516.

Fórmulas como la nuestra hoy son objeto de crítica generalizada por las polémicas doctrinarias suscitadas para distinguir el derecho subjetivo del interés legítimo, por las restricciones que ella supone para el acceso al proceso y por el impacto que ha provocado la aparición de los intereses difusos.

Por eso se habla de la necesidad de superar las categorías tradicionales de derecho subjetivo e interés legítimo y simplificar la técnica de legitimación procesal. “De esa manera, el concepto de legitimación no se transforma en el eje de una carrera de obstáculos para acceder a la justicia sino que juega como un elemento que contribuye a la realización del principio de tutela judicial efectiva, ampliando el círculo de la legitimación activa y pasiva al titular de cualquier clase de interés que le proporcione alguna ventaja o beneficio o la compensación o reparación de un perjuicio.”⁴⁹

Augurando fórmulas más abiertas, GONZÁLEZ PÉREZ expresaba que tal vez dentro de unos años los estudiosos del Derecho Administrativo al evocar las actuales exclamen asombrados: “¡Qué tiempos aquellos en que resultaba preciso derrochar paciencia e ingenio para aclarar un concepto tan inútil como el de interés directo!”⁵⁰ Y en otra oportunidad advertía que, frecuentemente, a la hora de decidir en un proceso, “los tribunales prescinden de todas esas zarandajas inventadas por la doctrina y ‘acaban definiéndolo con arreglo al *Diccionario de la Real Academia*, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula ‘beneficio’, ‘utilidad’, ‘ganancia’, ‘provecho’, ‘comodidad’ o, dicho de otro modo, que le evitará un ‘perjuicio’, ‘incomodidad’ que es como define la Academia el interés.”⁵¹

En Uruguay, AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA fue el primero en cuestionar nuestra fórmula constitucional a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y sugirió su revisión en una futura reforma constitucional.⁵²

En efecto, luego de advertir, con razón, que los derechos de tercera generación son derechos individuales y también colectivos,⁵³ al estudiar la legitimación activa para presentar la acción de nulidad expresó:

⁴⁹ CASSAGNE, J.C./ PERRINO, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, pp. 141 y ss.

⁵⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, p. 70.

⁵¹ Citado por CASSAGNE, J.C., “La tutela...”, loc. cit., p. 103, nota 22.

⁵² AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA, E., “¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su rol de garante constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 2011, N° 30, p. 26.

⁵³ AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA, E., “¿Quién tutela...”, loc. cit., p. 14.

En el caso de la restricción impuesta por el artículo 309 para la efectiva tutela de los derechos colectivos, existe obligación internacional de adaptar el derecho interno a los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos; debiendo introducir en la Constitución las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado uruguayo.

En tanto esto no suceda el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe, como resultado del control de convencionalidad de las normas de derecho interno, aplicar no solamente la Convención Americana de Derechos Humanos sino los criterios interpretativos emanados de la Corte Interamericana que postulan el acceso pleno y sin restricciones a la Justicia, amparando aquellas acciones fundadas en intereses colectivos.⁵⁴

3. Comparto, desde luego, la sugerencia de AMOZA con relación a la enmienda constitucional. Bueno sería una reforma formal de la Constitución a fin de que se regule la legitimación activa de modo que se adecue mejor a los conceptos fundamentales que prevalecen hoy en el mundo del derecho. No comparto que por la vía del control de convencionalidad se le asigne a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fuerza vinculante.⁵⁵ Pero aun sin esa reforma y sin admitir que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tenga fuerza vinculante, estimo que se puede encontrar soluciones distintas a las sostenidas tradicionalmente en nuestro medio y que se ajusten más a la tutela judicial efectiva. Es que considero que estamos aquí ante lo que se ha llamado una *mutación constitucional*.

4. El término *mutación constitucional* no es nuevo y, por lo menos, parte de su contenido es aun más antiguo.

JELLINEK, en su conocido estudio sobre el tema de 1906, distinguió mutación de la Constitución de reforma de la misma. En tal sentido expresó: “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.”⁵⁶

En esa línea, LOEWENSTEIN decía que cada Constitución integra tan solo el *statu quo* existente en el momento de su nacimiento y no puede prever el futuro. “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a

⁵⁴ AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA, E., “¿Quién tutela...”, loc. cit., p. 26.

⁵⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad y...”, loc. cit., pp. D 28 y ss.

⁵⁶ JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, p. 7.

la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heracliano de todo lo viviente.”⁵⁷

Al igual que JELLINEK, distingue reforma y mutación de la Constitución.

Con relación a la reforma distingue, a su vez, un sentido formal y uno material. En sentido formal se entiende la técnica por medio de la cual se modifica el texto. Ese procedimiento se encuentra previsto en la propia Constitución que se modifica y, en la mayoría de ellas se encuentra al final del documento. La reforma material es el resultado del procedimiento de la enmienda constitucional.⁵⁸

En la mutación constitucional “se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto.”⁵⁹

Y enseguida acota: “Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor.”⁶⁰

Entre nosotros, GAMARRA ANTES distinguió las mutaciones constitucionales fuertes, y las mutaciones constitucionales débiles.

Por las fuertes, se produce una derogación de las normas jurídicas que se expresan mediante enunciados escritos aprobados de conformidad con procedimientos positivos previamente establecidos, si es que en la realidad se imponen pautas o modelos de comportamiento que difieren con lo estipulado en el derecho formal. Las mutaciones débiles serían aquellas que se producen a partir de la aplicación de criterios hermenéuticos y de interpretación en relación con un precepto de contenido normativo; se trata de un fenómeno de sustitución de normas que deriva de una mutación de interpretaciones que recaen sobre una única disposición normativa.⁶¹

GAMARRA ANTES rechaza las mutaciones fuertes⁶² y acepta las débiles.⁶³

⁵⁷ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*. Segunda edición. Editorial ARIEL. Barcelona, 1976, p. 164.

⁵⁸ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, p. 165.

⁵⁹ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, p. 165.

⁶⁰ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, p. 165.

⁶¹ GAMARRA ANTES, D., “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico”, en *La Justicia Uruguaya*, año LXXV, t. 149, marzo 2014, p. D. 58.

⁶² GAMARRA ANTES, D., “Interpretación de...”, loc. cit., pp. D. 58 y ss.

⁶³ GAMARRA ANTES, D., “Interpretación de...”, loc. cit., pp. D. 60 y D. ss.

Esa mutación débil no es otra cosa que lo que impulsaba JEFFERSON cuando expresaba, “la Tierra pertenece a los vivos”,⁶⁴ ante la pretensión de ciertos *padres fundadores* de congelar el sentido de los términos de la Constitución en el que ha sido empleado por sus redactores.

Vivimos lo que HÄBERLE denomina la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.⁶⁵ “En los procesos de interpretación constitucional están incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes jurídicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución.”⁶⁶

De esa manera, la interpretación de la Constitución será más propensa a evolucionar en virtud de la interacción de los diversos intérpretes constitucionales.⁶⁷ Por eso ZAGREBELSKY observa que la ductilidad constitucional será un carácter esencial en el Estado Constitucional.⁶⁸

La Constitución es así interpretada y sobreinterpretada de manera que se extraiga de ella innumerables normas implícitas, como decía GUASTINI.⁶⁹

La expresión *norma* está tomada en el sentido de interpretación del texto normativo. Dicho de otro modo, lo que se interpreta son los textos normativos o enunciados normativos; de la interpretación de los textos normativos resultan las normas.^{70 71} Por eso es que el texto normativo o enunciado normativo sigue siendo el mismo, pero sobre él pueden derivarse una pluralidad de normas. Eso es lo que posibilita la mutación constitucional débil.

5. A la luz de estos conceptos es que se debe encarar el texto normativo del artículo 309 de la Constitución, en cuanto exige como legitimación activa para deducir la acción de nulidad ser titular de un derecho (derecho subjetivo) o de un interés legítimo que sea, además, directo y personal.

El derecho subjetivo y el interés legítimo en el sentido de los constituyentes de 1952 continúan comprendidos en la norma constitucional actual. Pero el sentido de ese texto normativo no se agota ahí. La fuerza del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva lleva a

⁶⁴ ZAGREBELSKY, G., *Historia y Constitución*. Mínima Trotta, Madrid, 2005, p. 41; DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al...”, loc. cit., p. 34.

⁶⁵ HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 149 y ss.

⁶⁶ HÄBERLE, P., *El Estado...*, p. 150.

⁶⁷ HÄBERLE, P., *El Estado...*, pp. 159 y ss.

⁶⁸ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 2005, pp. 14 y ss.

⁶⁹ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M., (Editor) *Neconstitucionalismo(s)*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta. Madrid, 2006, p. 54.

⁷⁰ GRAU, E.R., *Ensaio discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros editores, São Paulo, 2002, p. 17.

⁷¹ DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al...”, loc. cit., pp. 19 y ss.

una interpretación extensiva, es decir, a otra norma. El texto normativo es el mismo, pero la norma ha variado.

Por lo pronto, la aparición de intereses difusos lleva a un abordaje distinto de la cuestión. En esa época se afirmaba la imposibilidad jurídica de que un derecho pudiera ser al mismo tiempo individual y colectivo. Hoy esa obsoleta posición, decía GROS ESPIELL, está totalmente superada.⁷²

Un interés difuso, sin perder esa calidad de tal, puede ser un interés legítimo un derecho subjetivo.⁷³ En esos casos, no hay impedimento alguno para deducir la acción de nulidad.⁷⁴

Si pensamos en las cuestiones ambientales, por ejemplo, advertimos que hoy son posibles una serie de impugnaciones que en otros tiempos eran impensables.

Algo similar ocurre con la buena administración.

La buena administración, mencionada en el artículo 311 de la Constitución, tiene una evolución muy interesante. En un principio se la encaró como un deber pero luego, sin abandonar la perspectiva del deber, se la consideró también un derecho.⁷⁵

Bien decía RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que la buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental⁷⁶ y exigible ante los Tribunales, como acotaba BACELLAR FILHO.⁷⁷

También ese nuevo concepto de buena administración abre un sinnúmero de posibilidades de impugnación que antes no existían. Basta pensar en Administraciones propensas al despilfarro que derrochan el dinero de la población, que a través de los impuestos entrega al Estado para un correcto gerenciamiento de los intereses generales, para advertir allí situaciones jurídicas subjetivas afectadas y legitimadas para accionar.

En forma clara se percibe allí una coincidencia entre los intereses generales y los particulares.

⁷² GROS ESPIELL, H., "El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado", en GROS ESPIELL, H., *Derechos humanos y vida internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1995, p. 158.

⁷³ GROS ESPIELL, H., "El artículo 42 del Código General del Proceso y la defensa de los intereses difusos", en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C. U. Montevideo, 2002, t. IX, pp. 54 y ss.; GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación e Derecho Administrativo, t. 2, 3ª edición. Buenos Aires, 1998, p. III-17; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 133 y ss.

⁷⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 134.

⁷⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., "La buena administración", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 157 y ss., en especial, pp. 172 y ss.

⁷⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones", en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2008, t. XV, p. 114.

⁷⁷ BACELLAR FILHO, R.F., "O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira", en *Actualidad en el Derecho Público*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2002, N°s. 18-20, p. 63.

Como bien decía ABERASTURY, la protección del derecho del individuo en el derecho público actual debe sustentarse no solo en función del individuo como tal sino también en función de su inserción dentro de la comunidad y como copartícipe de un interés que excede al mero interés privado.⁷⁸

También merecen una interpretación más amplia que la dada tradicionalmente los términos *personal* y *directo* que califican al interés legítimo en el artículo 309 de la Constitución.

Tradicionalmente se ha dicho que *directo* se opone a futuro o eventual.⁷⁹

He concluido que la expresión *directo* descarta lo eventual, pero no necesariamente lo futuro. Si lo futuro es inequívoco, no veo porqué no puede comprenderse. Creo que la expresión *directo* refiere al nexo causal y no al momento en que se produce la lesión.⁸⁰

Mi opinión no ha sido recibida por la jurisprudencia, más allá de ser sustentada en alguna discordia por algún Ministro de la Suprema Corte de Justicia.⁸¹ Menciono esa discordia porque a menudo las discordias son anuncios de un cambio jurisprudencial lo que, en el caso, considero saludable.

También creo que *eventual* merece una precisión. Considero que no es necesario que el daño se produzca para accionar sino que basta con que esa posibilidad exista si se realiza la conducta prevista por la norma. Por ejemplo, si un texto normativo establece que toda compraventa de vehículos automotores se debe pagar a través del sistema bancario y no en dinero en efectivo, está claro que hasta que no venda mi automóvil o no adquiera uno no me veo afectado. Desde ese punto de vista, se puede decir que el perjuicio es eventual pues si no compro o no vendo un automóvil no sufro perjuicio alguno. Creo que no se me puede exigir que compre o venda un automóvil para impugnar; desde el momento en que la norma entra en vigencia, me afecta, incide en mi decisión y estimo que allí quedo legitimado para accionar.

El término *personal* es interpretado en el sentido de que atañe a la persona, no se admite que se actúe en interés de otros.⁸²

En principio esto es correcto, pero es necesario efectuar algunas precisiones y admitir también aquí una interpretación evolutiva.

Así, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por sentencia N° 41 de 8 de febrero de 2006, admitió la legitimación activa del Ministerio Público para impugnar un acto administrativo por afectación al medio ambiente.

⁷⁸ ABERASTURY, P., *La justicia administrativa*. LEXIS NEXIS. Buenos Aires, 2006, pp. 204 y ss.

⁷⁹ Ver DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 114 y ss.

⁸⁰ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 117.

⁸¹ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 118.

⁸² DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 114 y ss.

La doctrina ha cuestionado esta sentencia por entender que el Ministerio Público actúa por la sociedad y carece de un interés personal que es lo que exige la Constitución.⁸³ También yo he adherido a esa doctrina.⁸⁴

No obstante, un nuevo análisis del tema me hace revisar esa posición. En efecto, si la ley le asigna esa competencia al Ministerio Público para actuar en defensa de los intereses difusos, como se la asigna, tiene el poder-deber de actuar: actúa así en ejercicio de un derecho propio.

Eso me lleva a admitir la legitimación activa en otras situaciones que tradicionalmente se les negaba. Piénsese en una ONG, cualquiera sea su forma jurídica –fundación, asociación civil u otra– que, por ejemplo, según sus estatutos tenga por objeto, entre otros, velar por la protección de la ballena franca austral. Estimo que, en virtud de su estatuto, esa ONG queda legitimada para accionar contra cualquier acto administrativo que afecte a esos cetáceos. Es que, justamente, esa institución está para eso.

En virtud del principio de accesibilidad, que lleva al de *in dubio pro actione*, se debe aceptar tal legitimación activa.

IV.

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

1. El requisito de admisibilidad objetivo de la acción de nulidad que prevé nuestra Constitución es el agotamiento de la vía administrativa (arts. 309 y 319), lo que se logra con la interposición en tiempo y forma de los correspondientes recursos administrativos y su resolución expresa o ficta.⁸⁵

2. Nuestro contencioso anulatorio se inspiró en el contencioso administrativo francés, de ahí su marcado carácter revisor. Pero no fue de ahí que extrajo el agotamiento de la vía administrativa, ya que en Francia no existe.

3. El agotamiento de la vía administrativa estaba previsto en la ley española llamada de SANTAMARÍA DE PAREDES, pero que no influyó en nuestro sistema.

⁸³ GROS ESPIELL, H., “El artículo 42...”, loc. cit., pp. 53 y ss.

⁸⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 132 y ss.

⁸⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 142.

4. Tampoco influyó el proyecto de ley de Luis VARELA.

VARELA fue contrario al agotamiento de la vía administrativa. Expresamente combatió el sistema español que exigía que la decisión a impugnar *cause estado*, es decir que la Administración hubiera pronunciado su última palabra lo que, para que así fuera, era preciso haber *apurado la vía gubernativa*, como se decía. Y expresamente elogió el régimen francés que no exigía tal formalidad sino que los recursos administrativos, en principio, eran optativos.⁸⁶

Sin embargo, en su proyecto no recogió exactamente el sistema francés.

Su artículo 78 establecía:

El recurso judicial podrá establecerse en todos los casos a menos de existir prohibición legislativa expresa, o de que la parte agraviada hubiese optado por la reclamación en la vía administrativa jerárquica, y hubiese vencido el término para el recurso en lo judicial.⁸⁷

Comentando este artículo, VARELA indicó que en las legislaciones positivas hay tres sistemas: a) el español, que exige el previo agotamiento de la vía administrativa; b) el francés, que no lo exige, prevé los recursos administrativos con carácter voluntario; c) el italiano, que establece que si se opta por la vía administrativa no se puede entablar la jurisdiccional. Incluso, señala un cuarto sistema según el cual, procediendo el recurso judicial, no podría optarse por el administrativo.⁸⁸

Descarta de pleno el último por considerar que no habría equidad en prohibir la vía administrativa cuando el interesado lo creyere preferible.

Descarta también el español por considerarlo innecesario, gravoso y perjudicial.

Considera más aceptable que éste el francés, pero señala algunos inconvenientes por entender que puede alargar los procesos, por lo que estima más acertado seguir la legislación italiana, que considera más apta para resolver la cuestión en menos tiempo.⁸⁹

Por el artículo 79 se establece que si se hubiese optado por la vía judicial se podrá luego acudir a la vía administrativa, aun cuando en la primera hubiese sido desestimada su reclamación.⁹⁰

⁸⁶ VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I. De lo Contencioso Administrativo. Doctrina General. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1901, pp. 258 y ss.

⁸⁷ VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo*. De lo Contencioso Administrativo, t. II. Ensayo de un Código sobre la materia. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1906, p. 123.

⁸⁸ VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, pp. 123 y ss.

⁸⁹ VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 124.

⁹⁰ VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 125.

Y por el artículo 80 establece que el recurso judicial y el administrativo se podrán presentar simultáneamente. Aclara que si bien el artículo 78 prohíbe la interposición del recurso judicial después del agotamiento de la vía administrativa, nada se opone a que los dos recursos sean presentados a la vez.⁹¹

Sin embargo el artículo 81 presenta una atenuación en el régimen explicado. En efecto, este artículo establece:

Cuando las providencias de que hubiese de reclamarse judicialmente hubiesen sido dictadas de oficio, deberá solicitarse previamente su revocación ante la misma autoridad que las hubiese dictado.

Ese requisito no será necesario cuando se tratase de providencias recaídas en expediente seguido por la parte.⁹²

Como se percibe, con relación a actos dictados como consecuencia de un procedimiento iniciado de oficio se prevé un pedido de revocación previo a la instancia judicial. No es un agotamiento de la vía administrativa porque no se exige un recurso jerárquico, aun cuando el órgano que haya dictado el acto esté sometido a jerarquía. Con este sistema, dice, se obtiene el propósito del agotamiento previo de la vía administrativa sin sus inconvenientes.⁹³

Tampoco influyó en nuestra solución adoptada en 1952 el proyecto de ley de VARELA, no solo porque su solución era distinta sino también porque nunca fue considerado. A decir verdad, VARELA en Uruguay fue injustamente ignorado; por lo menos, olvidado.

5. Gonzalo AGUIRRE RAMÍREZ, en una conferencia que pronunció en la sede del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aún inédita pero que presencié, explicó muy bien el origen de nuestro agotamiento de la vía administrativa.

Recordó que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo estaba previsto en la Constitución de 1934, pero no era creado por el texto constitucional sino que éste cometía su creación a la ley. Como esa ley nunca se dictó, el tema se reglamentó en oportunidad de la elaboración de la Constitución de 1952, producto de un acuerdo político entre el Partido Nacional y el Partido Colorado.

⁹¹ VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 126.

⁹² VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 127.

⁹³ VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 127.

El Partido Nacional, que en ese período estuvo en la oposición, pretendía la creación directa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la Constitución. El Partido Colorado, que en ese período estuvo siempre en el gobierno, defendía la posición entonces vigente, es decir, cometer la creación del Tribunal a la ley. Como ocurre a menudo, la solución surge en una transacción: se creó el Tribunal directamente por la Constitución y se exigió el previo agotamiento de la vía administrativa para atemperar el impacto que significarían las acciones jurisdiccionales directas.

6. Pese a ese origen sin raíces y hasta diría casual, el agotamiento de la vía administrativa caló muy hondo en Uruguay. Fue una semilla que germinó en un campo propicio, puesto que cayó en el apogeo del Estado de Bienestar, que conformó una mentalidad profundamente estatista, especialmente favorecida por el marcado carácter revisor de nuestro sistema, tomado, sí, del contencioso francés.

Ese carácter revisor fue lo que, en buena medida propició una errónea interpretación del artículo 312 de la Constitución que llevaría la jurisprudencia a considerar que la acción anulatoria era prejudicial de la reparatoria.⁹⁴

Tan firme fue esa jurisprudencia que hubo que efectuar una reforma formal de la Constitución para descartar una prejudicialidad inexistente.

Pero, una vez más, el espíritu revisor afloró ante el nuevo texto, y una aislada doctrina contraria a la absolutamente mayoritaria consideró erróneamente que el nuevo artículo 312 imponía el agotamiento de la vía administrativa previo a la acción reparatoria. Afortunadamente, la Suprema Corte de Justicia rechaza esa postura, pero hay no poca jurisprudencia que la sostiene.

En consecuencia, hoy tenemos un agotamiento de la vía administrativa previsto como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad y cierta jurisprudencia que la exige también para la acción reparatoria.

Por cierto que esta jurisprudencia, no solo no se ajusta al texto de la Constitución sino que además resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.⁹⁵ Se ha inventado aquí un formalismo inexistente que traba ilegítimamente el acceso al proceso. Cualquier duda al respecto en la interpretación del actual artículo 312 de la Constitución lleva al rechazo de la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como requisito de admi-

⁹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 386 y ss.

⁹⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 410 y ss. y pp. 421 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., "Debilidades actuales del contencioso anulatorio", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 601 y ss.

bilidad de la acción reparatoria, por aplicación del precepto de interpretación conforme a la Constitución o, mejor dicho, de interpretación conforme al bloque de constitucionalidad.⁹⁶

7. HUTCHINSON sintetizó con gran precisión los fundamentos que se han sostenido para imponer el previo agotamiento de la vía administrativa.

En tal sentido expresó que dicha imposición tiene las siguientes finalidades:

a) producir una etapa conciliatoria previa al proceso administrativo; b) dar a la Administración la posibilidad de revisar el acto y de corregir un eventual error; c) promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos de los órganos inferiores, constituyendo también indudablemente un medio de control por parte del superior, del desempeño de sus subordinados; d) facilitar la tarea del órgano judicial, llevando ante él una controversia ya planteada; e) incorporar al eventual proceso la especialización y experiencia técnica que suele existir en la Administración y que raramente posee el órgano judicial, que aunque recurra a peritos, no suele contar con tales elementos en su propio seno; f) permitir al particular exponer y fundamentar su pretensión con menores exigencias formales y de plazos que las vigentes en el proceso, y hacerlo en principio en forma gratuita, mientras que el proceso judicial es oneroso.⁹⁷

Ninguno de esos argumentos me parece decisivo.

La conciliación previa no requiere necesariamente el agotamiento de la vía administrativa. Además, la Administración –al menos en Uruguay– rara vez concilia.

La posibilidad de revisar el acto y corregir algún error puede efectuarse sin recurso; solo no sería posible en caso de derechos adquiridos, pero en ese caso la Administración debe sufrir las consecuencias de sus propios actos.

El control de los actos de los órganos inferiores y de los funcionarios subordinados puede efectuarse sin necesidad del agotamiento de la vía administrativa.

No veo que se facilite la tarea del órgano jurisdiccional, ya que la controversia puede perfectamente quedar delimitada con la demanda y la contestación.

La Administración puede contribuir con su especialización y experiencia en el propio proceso, sin necesidad de hacerlo en el previo agotamiento de la vía administrativa.

En cuanto a las exigencias y a la onerosidad debe decirse, que:

a) con relación a los plazos, son menores los previstos para recurrir que los previstos para accionar, con lo que es muy fácil quedar al margen de la vía recursiva y, por

⁹⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al...”, loc. cit., pp. 14 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad...”, loc. cit., p. D. 26.

⁹⁷ HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal...*, t. I, pp. 52 y ss.

ende, de la jurisdiccional. Además, en los hechos, como en la inmensa mayoría de los casos la Administración no hace lugar a los recursos, se diluyen todos los supuestos beneficios, en ese sentido, indicados;

- b) en cuanto a la onerosidad, la cuestión se soluciona suprimiendo el tributo a las actuaciones judiciales, como en su momento se suprimió el tributo a las actuaciones administrativas.

En verdad, en Uruguay, la Administración casi nunca hace lugar a los recursos; ante un recurso, en general, la Administración se siente agredida y se defiende.

Por eso, como decía CAJARVILLE PELUFFO, los recursos administrativos, así encarados no son una verdadera garantía; son un desmedido privilegio para la Administración ya que para lo único que sirven es para dilatar el acceso a la instancia jurisdiccional, que es la verdadera garantía.⁹⁸

8. En Costa Rica, la Suprema Corte de Justicia, por sentencia de la Sala Constitucional N° 03669-2006, de 15 de marzo de 2006,⁹⁹ declaró inconstitucional la ley de ese país en cuanto impuso el previo agotamiento de la vía administrativa en forma preceptiva, por violación al derecho a la tutela judicial efectiva y por violación del principio de igualdad al provocar un proceso asimétrico.¹⁰⁰

9. En general la doctrina rechaza el previo agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción.¹⁰¹ Pero no todos admiten su ilegitimidad.¹⁰² CASSAGNE ha expresado, a mi juicio con razón, que el previo agotamiento de la vía administrativa impuesto preceptivamente y, en general, el dogma revisor, resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁰³

⁹⁸ CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos administrativos. F.C.U. Montevideo, 1987, pp. 8 y 102; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 252.

⁹⁹ *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2011, N° 3, pp. 655 y ss.

¹⁰⁰ JINESTA LOBO, E., "Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la vaciedad de su carácter facultativo", en *Estudios de Derecho Público*. LA LEY Uruguay, 2011, N° 3, pp. 164 y ss.

¹⁰¹ CASSAGNE, J.C./ PERRINO, P.E., *El nuevo proceso...*, pp. 194 y ss.; BOTASSI, C.A., "Los principios generales...", loc. cit., pp. 154 y ss.; AGUILAR VALDÉZ, O.R., "El agotamiento de la vía administrativa", en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, pp. 644 y ss. CANDA, si bien comparte la finalidad del agotamiento de la vía administrativa, denuncia su desnaturalización en la práctica. Ver. CANDA, F.O., "La habilitación de la instancia contencioso administrativa", en TAWIL, G. S., (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 374 y ss.

¹⁰² HUTCHINSON, sin perjuicio de reconocer el inconveniente que significa los plazos breves para recurrir y el mal funcionamiento de la vía administrativa, expresó que la vía administrativa podrá ser de agrado o no, pero el desagrado no la transforma en inconstitucional. HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal...*, t. I, pp. 265 y ss.

¹⁰³ CASSAGNE, J.C., "La tutela judicial...", loc. cit., pp. 98 y ss. y 104 y ss.

10. En este estado, si llegamos a la conclusión de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano, se encuentra en la cúspide del bloque de constitucionalidad, por lo cual se impone hasta el constituyente.

Por tal razón, la norma constitucional que la desconozca es ilegítima, y al no existir un sistema concentrado jurisdiccional de legitimidad de la Constitución, en lo interno, cualquier operador jurídico podría desaplicar la norma jurídica y aplicar directamente el principio.¹⁰⁴ No hay que olvidar que en materia de derechos humanos, en virtud de la directriz de preferencia, prevalece la norma más favorable¹⁰⁵ y, en el caso, lo es la que posibilita el acceso al proceso.

Esto no puede extrañar. No olvidemos que ya BACHOF en su famosa lección inaugural de la Universidad de Heidelberg en 1951, planteó la posibilidad de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, entre otras cosas, por contradicción con el derecho metapositivo no positivizado.¹⁰⁶

Bueno sería que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo iniciase una jurisprudencia en este sentido, más acorde al bloque de constitucionalidad que la que hoy impera.

V.

PLAZO PARA ACCIONAR

1. En casi todos los países el derecho positivo prevé para accionar en el ámbito del contencioso administrativo un plazo de caducidad.¹⁰⁷

2. No obstante, en los últimos tiempos han aparecido numerosos cuestionamientos a estos plazos de caducidad.¹⁰⁸ En esa línea, CASSAGNE considera que sería más lógico y justo poder presentar la acción mientras el derecho de fondo no haya prescrito.¹⁰⁹

Otros, como ABERASTURY, opinan que “en la medida en que el plazo para demandar al Estado sea razonable y se encuentre rodeado de certeza para el particular respecto de la

¹⁰⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 102 y ss.

¹⁰⁵ RISSO FERRAND, M., ¿Qué es la Constitución? Universidad Católica del Uruguay, Dámaso Antonio Larrañaga. Montevideo, 2010, p. 63.

¹⁰⁶ BACHOF, O., ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Palestra Editores. Lima, 2008, pp. 69 y ss.

¹⁰⁷ TAWIL, G.S., “El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G.S., (Director) *Derecho Procesal...*, p. 317.

¹⁰⁸ TAWIL, G.S., “El plazo para...”, loc. cit., pp. 325 y ss.; BOTASSI, C.A., “Los principios generales...”, loc. cit., p. 156.

¹⁰⁹ CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...”, loc. cit., p. 115.

necesidad de deducir una acción para no perder el derecho que le asiste, podría ser viable.”¹¹⁰ No obstante, haciendo un análisis desde los derechos humanos, cuestionó la constitucionalidad del sistema de plazos dispuesto por el derecho positivo de su país.¹¹¹

3. En Uruguay, el segundo inciso del artículo 319 de la Constitución establece:

La acción de nulidad deberá interponerse, so pena de caducidad, dentro de los términos que en cada caso determine la ley.

Como se percibe, la Constitución prevé un plazo para accionar que califica de caducidad pero no lo fija, sino que comete su fijación a la ley.

En definitiva, el plazo, con relación al recurrente, está fijado por el artículo 9 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987.

Conforme a este artículo, el plazo para presentar la acción de nulidad es de 60 días a partir del día siguiente al que se configuró el agotamiento ficto de la vía administrativa o al de la notificación o publicación en el Diario Oficial, en su caso, del acto que en forma expresa puso fin a la vía administrativa. Si hubo agotamiento expreso, pero el acto que puso fin a la vía administrativa no fue notificado ni publicado en el Diario Oficial, según corresponda, el plazo es de dos años a partir de la fecha de interposición de los recursos administrativos.

También se prevé la reapertura del plazo por sesenta días por “cada acto ulterior que haya agotado la vía administrativa, sin poner fin al agravio.”

4. En nuestro país no se ha cuestionado la existencia de un plazo de caducidad.

Tal vez no se haya cuestionado la existencia de un plazo de caducidad para accionar porque en materia de plazos lo más grave es el plazo de diez días para recurrir a fin de poder agotar la vía administrativa. Por diez días se puede perder el acceso al Tribunal de lo Contencioso Administrativo; pero ese es un problema previo al momento de estar en condiciones para accionar. En consecuencia, el plazo de caducidad previsto para accionar no crea ni de cerca los problemas que plantea ese plazo de diez días para recurrir a fin de poder agotar la vía administrativa.

Se ha cuestionado, sí, la poca claridad del citado artículo 9 que provoca varias dudas interpretativas,¹¹² la formalista jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

¹¹⁰ ABERASTURY, P., *La justicia...*, p. 160.

¹¹¹ ABERASTURY, P., “El plazo de caducidad”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal...*, p. 678.

¹¹² DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 259 y ss.

en cuanto no admite la reapertura del plazo luego de los dos años de la interposición de los recursos¹¹³ y la falta de claridad del sistema con relación al tercero afectado por el acto que agotó la vía administrativa.¹¹⁴

Algunas de esas falencias pueden solucionarse con una adecuada interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, a favor del acceso al proceso: pero otras requieren tratamiento expreso de derecho positivo.

5. Si bien comparto la intención de los autores que sugieren la admisión de la acción mientras el derecho de fondo no esté prescrito, advierto que en nuestro derecho la sentencia del Tribunal a veces tiene efectos *erga omnes*. También hago notar que los actos susceptibles de impugnación pueden ser creadores de derechos por lo que, en estos casos, no habría seguridad jurídica si pudiesen ser impugnados indefinidamente o en los plazos de la prescripción del derecho de fondo, que son generalmente largos. Por esas razones, para la acción de nulidad un plazo de caducidad parecería ser admisible. Pero debe ser razonable y claro, como opinó ABERASTURY.

En esa línea GONZÁLEZ PÉREZ expresó: “La seguridad jurídica impondrá, desde luego, unos plazos razonables; pero no tan exigüos que no permitan preparar adecuadamente la defensa, cuando se ha de iniciar el proceso con la demanda debidamente fundada.”¹¹⁵

Para la acción reparatoria u otra que no sea anulatoria estimo que no debería existir un plazo de caducidad; considero que mientras el derecho de fondo no esté prescrito se podría demandar al Estado con este tipo de acciones. También considero que no debería existir un plazo de caducidad para la acción anulatoria, cuando operó agotamiento ficto de la vía administrativa o, habiendo agotamiento expreso, no se ha notificado personalmente o, en su caso, no se ha publicado en el Diario Oficial el acto que puso fin a la vía administrativa.

¹¹³ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 274 y ss.

¹¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 278 y ss.

¹¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Hacia un código procesal administrativo modelo para Iberoamérica”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J./ CASSAGNE, J.C., *La justicia administrativa en Iberoamérica*. LEXISNEXIS. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005, p. 80.

VI.

APRECIACIONES FINALES

1. De lo expuesto se advierte que nuestro derecho positivo interno encaró la acción de nulidad con un rigor formalista muy estricto, como ha ocurrido en otros países de nuestra misma cultura jurídica.

2. La nueva visión del derecho, basado en la centralidad de la persona humana, lleva a un abordaje de todo el ordenamiento jurídico desde el bloque de constitucionalidad.

3. Ese cambio de perspectiva hace aconsejable cambios de las normas constitucionales y legislativas internas.

En ese sentido, ya he entendido que deberíamos ir a un sistema judicialista o, al menos, a que todo el contencioso administrativo se dilucide en un mismo sistema orgánico y a aumentar los poderes del juez, yendo a un contencioso de plena jurisdicción en algunos supuestos.¹¹⁶ Muy interesante parece al respecto la solución de Panamá. Explica allí BENAVIDEZ PINILLA que “el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, tiene por objeto proteger un derecho subjetivo que proviene de una norma legal, cuando es desconocido o vinculado por un acto administrativo particular. Mediante este proceso, se logra restituir a favor del recurrente su derecho violado al anularse, reformarse o sustituirse el acto acusado.”¹¹⁷ Incluso estimo que podría, además, el juez considerar la reparación patrimonial en caso de que el acto impugnado haya producido daños.

También por cierto deberían reverse los formalismos existentes que dificultan el acceso al proceso. Pero mientras no se efectúen esas reformas, algunas de esos enunciados normativos, como los relacionados con la legitimación activa, deberían interpretarse en forma más amplia y otros, como los que imponen el agotamiento de la vía administrativa, directamente deberían descartarse y aplicarse la norma más favorable que, en el caso, es además de mayor valor y fuerza pues se trata de un derecho humano.

En lo que respecta al plazo de caducidad para accionar, no se requiere una reforma constitucional sino legislativa. Mientras que no se haga, las dudas planteadas deben resolverse en función del principio de *in dubio pro actione*.

Es muy claro que la nueva visión del derecho tiende a un informalismo en aras del derecho sustantivo.

¹¹⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A., “Debilidades actuales del...”, loc. cit., p. 599.

¹¹⁷ BENAVIDEZ PINILLA, V.L., *Compendio de Derecho...*, p. 312.

Para citar este artículo:

Durán Martínez, Augusto, *Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo*. *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 59-91

Recibido: 22/09/2014

Enviado a árbitros: 26/09/2014

Aceptado: 15/11/2014

BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, P., *La justicia administrativa*. LEXIS NEXIS. Buenos Aires, 2006.
- ABERASTURY, P., “El plazo de caducidad”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- AGUILAR VALDÉZ, O.R., “El agotamiento de la vía administrativa”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- AGUILAR VALDEZ, O.R., “Las partes en el proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA, E., “¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su rol de garante constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 2011.
- ATIENZA, M., *Ideas para una filosofía del derecho*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Nuevos tiempos-Nuevas Ideas-Fondo Editorial. Lima, 2008.
- BACELLAR FILHO, R.F., “O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira”, en *Actualidad en el Derecho Público*, N°s. 18-20. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2002.
- BACHOF, O., ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Palestra Editores. Lima, 2008.
- BENAVIDEZ PINILLA, V.L., *Compendio de Derecho Público panameño*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2012.
- BÈNOIT, F.P., *Le Droit Administratif Français*. Librairie Dalloz. Paris, 1968.

- BOTASSI, C.A., “Los principios generales del proceso administrativo en los regímenes locales: accesibilidad, especialización y descentralización”, en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I, LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos administrativos. F.C.U. Montevideo, 1987.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.
- CANDA, F.O., “La habilitación de la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G. S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- CAPALBO, S., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- CASSAGNE, J.C./ PERRINO, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006.
- CASSAGNE, J.C., “La justicia administrativa”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial efectiva”, en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- COUTURE, E.J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, en COUTURE, E.J., *Obras*, t.I. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2010.
- DE LAUBADÈRE, A., *Traité de Droit Administratif*, vol. I. Sixième Edition. L.G.D.J. Paris, 1973.
- DELPIAZZO, C.E., “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en DELPIAZZO, C.E./RUOCCO, G., (Directores) *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*, t. II. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2013.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de derecho administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.

- DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad y el Derecho Público Interno”, en *La Justicia Uruguaya*, año LXXV, t. 149, febrero 2014.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 9. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios del procedimiento administrativo”, en *VV.AA. El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. 2ª edición. Montevideo, 1991.
- GAMARRA ANTES, D., “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico”, en *La Justicia Uruguaya*, año LXXV, t. 149, marzo 2014.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Hacia un código procesal administrativo modelo para Iberoamérica”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J./ CASSAGNE, J.C., *La justicia administrativa en Iberoamérica*. LEXISNEXIS. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.
- GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación e Derecho Administrativo, t. 2, 3ª edición. Buenos Aires, 1998.
- GRAU, E.R., *Ensaio discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros editores, São Paulo, 2002.
- GROS ESPIELL, H., “El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, en GROS ESPIELL, H., *Derechos humanos y vida internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1995.
- GROS ESPIELL, H., “El artículo 42 del Código General del Proceso y la defensa de los intereses difusos”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IX. F.C. U. Montevideo, 2002.
- GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M., (Editor) *Neoconstitucionalismo(s)*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta. Madrid, 2006.
- HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

- HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo* t. I. RUBINZAL-CULZONI Editores. Santa Fe, 2009.
- JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- JINESTA LOBO, E., “Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la vaciedad de su carácter facultativo”, en *Estudios de Derecho Público*, N° 3. LA LEY Uruguay, 2011.
- LAUHIRAT, S., “Algunos aspectos del proceso contencioso administrativo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*. Segunda edición. Editorial ARIEL. Barcelona, 1976.
- LONG, M./ WEIL, P./ BRAIBANT, G./ DELVOLVÉ, P./ GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12e. edition. Dalloz. Paris, 1999.
- MARITAIN, J., *El orden de los conceptos. Lógica*. Club de Lectores. Buenos Aires, 1978.
- MESTRE, A., *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*. L.G.D.J. Paris, 1974.
- PERRINO, P.E., “La pretensión procesal administrativa como objeto del proceso contencioso administrativo”, en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- PRAT, J.A. *De la desviación de poder*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Montevideo, 1957.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, t. I. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A. Buenos Aires. 2001.
- RISSO FERRAND, M., ¿Qué es la Constitución? Universidad Católica del Uruguay, Dámaso Antonio Larrañaga. Montevideo, 2010.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XV. F.C.U. Montevideo, 2008.
- TAWIL, G.S., “Características básicas de la jurisdicción contencioso administrativa argentina”, en TAWIL, G.S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.

- TAWIL, G.S., “El control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa. Distintos sistemas de organización”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- TAWIL, G.S., “El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G.S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo, t. I. De lo Contencioso Administrativo. Doctrina General*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1901.
- VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo, t. II. Ensayo de un Código sobre la materia*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1906.
- VERAMENDI, E.D., “Los principios generales del proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- WALINE, M., *Précis de Droit Administratif*, vol. I. Édition Montchrestien. Paris, 1969.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 2005.
- ZAGREBELSKY, G., *Historia y Constitución*. Mínima Trotta, Madrid, 2005.

Diseño estratégico en la incorporación del sistema de justicia penal acusatorio en México

Strategic design incorporating the criminal Justice system accusatory in Mexico

*Daniel Montero Zendejas**

RESUMEN: El presente estudio edifica un diseño estratégico del modelo de justicia acusatorio bajo los signos de marcos teóricos y construcción de nuevos paradigmas para fortalecer la política internacional de derechos humanos bajo los principios del debido proceso penal.

Las experiencias que el estado mexicano ha desarrollado a partir del 2008, en el transito del modelo inquisitorio al acusatorio frente a diferentes variables que se suman a su legislación en materia constitucional, juicio de garantías, justicia restaurativa; al igual que la incorporación de los tratados internacionales a su derecho positivo; confronta las nuevas manifestaciones que la globalidad ha hecho con la macrocriminalidad y con una cultura, muchas veces, de corrupción, simulación, opacidad e impunidad, experiencias, todas ellas, analizadas a la luz de la Ciencia Penal para aportar mecanismos legales y cuya utilidad sea considerada y puesta en la mesa de la discusión teórica y,

* Profesor de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y de la Universidad Nacional Autónoma de México, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. E-mail: damoz7777@hotmail.com

en su caso, legislativa a efecto de ser incorporados en la nueva legislación penal de la República Oriental del Uruguay.

La autonomía del ministerio público, el combate a los denominados paraísos fiscales, la lucha en contra de la delincuencia organizada desde la Convención de Palermo, la innovación de mecanismos como la extinción de dominio por parte del estado para absorber las utilidades o recursos de procedencia ilícita que buscan legalizarse mediante prácticas corruptas y de normas elásticas en materia fiscal para “el blanqueo de activos”.

PALABRAS CLAVE: Estado. Derecho Penal. Procuración y administración de justicia. Modelo inquisitorio. Modelo acusatorio. Juicio de garantías. Proceso Penal. Ministerio Público. Teoría del Delito. Justicia restaurativa. Transparencia. Seguridad pública. Delincuencia organizada. Tratados Internacionales y extinción de dominio. México.

ABSTRACT: This study builds a strategic design model adversarial justice under the signs of theoretical frameworks and construction of new paradigms to strengthen international human rights policy under the principles of due process of law.

The experiences that the Mexican state has developed since 2008, traffic in adversarial and inquisitorial model to deal with different variables in addition to its legislation on constitutional matters, trial guarantees, restorative justice; as well as the incorporation of international treaties into its positive law; confronts new manifestations that globalization has made macrocriminality and a culture, often corrupt, simulation, opacity and impunity, experiences, all of them, analyzed in light of Criminal Science to provide legal mechanisms and whose utility is considered and placed on the table of theoretical discussion and, where appropriate, legislative effect to be incorporated into the new criminal legislation of the Republic of Uruguay.

The autonomy of the prosecution, combating the so-called tax havens, the fight against organized crime since the Palermo Convention, innovation mechanisms such forfeiture by the state to absorb the profits or illegal proceeds seeking legalized through corrupt and elastic taxation rules for “the laundering of” practices.

KEYWORD: State. Penal Law. Enforcement and Administration of Justice. Model Inquisitorial. Adversarial Model. Trial Guarantees. Criminal Procedure. prosecutors. Theory of Crime. Restorative Justice. Transparency. Public Security. Organized Crime. International Treaties and Forfeiture. Mexico.

SUMARIO: 1. La transición del modelo inquisitorio al acusatorio. Retos y fundamento. A) Primer eje temático: el juicio de garantías y su legislación. Consideraciones generales.

B) Segundo eje temático: fortalecimiento de los Poderes Judiciales de las entidades federativas (provincias). C) Tercer eje temático: reforma al sistema de impartición de justicia penal. D) Cuarto eje temático: otras acciones prioritarias identificadas durante la consulta que se llevó a cabo para la incorporación del modelo acusatorio. 2. El modelo acusatorio en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma de 2008. 3. La oralidad en el sistema penal mexicano. 4. La justicia restaurativa. 4.1 La medición penal como instrumento de conciliación entre la sociedad, el delincuente y la víctima. 5. La seguridad pública y la justicia penal. 6. Los retos del modelo acusatorio frente a la delincuencia organizada transnacional. 6.1 Marco jurídico internacional. A) La Convención de Milán. B) La Convención de Viena. C) La Convención de Palermo. D) La Convención de Mérida (contra la corrupción). 7. La extinción de dominio.

INTRODUCCIÓN

La renovación de los sistemas de procuración y administración de justicia son temas esenciales para la preservación del estado de derecho y para crear un ambiente de certidumbre que propicie un desarrollo integral, que asegure las relaciones armónicas entre los gobernantes y gobernados. Pretérito el monopolio de la violencia al igual que el esquema persecutorio de un derecho punitivo, salvaguarda de esa organización social inventada por el hombre y para el hombre, llamado estado.

Ello implica llevar a cabo una profunda revisión de los sistemas jurídicos contemporáneos, donde el respeto a los derechos humanos y el debido proceso contribuyen a la salud pública y al marco normativo en dichas materias, a efecto de dar respuesta rápida y eficiente a los reclamos sociales de lograr una justicia pronta y expedita, en congruencia con el ordenamiento constitucional mexicano en un marco de respeto irrestricto a los derechos humanos, tanto de aquellas personas a las que se les imputa un delito como de las víctimas u ofendidos de los mismos; éstos últimos, sujetos procesales lamentablemente dejados en la mayoría de las ocasiones, en el olvido.

Una de las razones de la falta de presentación de denuncias por parte de la ciudadanía, deriva de la ancestral desconfianza hacia las instituciones de procuración e impartición de justicia. En múltiples casos, quien resulta agraviado por la comisión de un delito, prefiere resentir en su persona o patrimonio los efectos de la conducta ilícita sobre todo tratándose de delitos patrimoniales de cuantía relativamente menor, antes de verse envuelto en complicados procedimientos penales o de enfrentar posibles represalias por parte de la delincuencia. Así el gobierno del estado mexicano, asumió como objetivos rectores de sus políticas públicas, el garantizar la seguridad pública y la tranquilidad ciudadana al plantear en el marco de las últimas reformas constitucionales, una procuración de justicia pronta, expedita, apegada a derecho y con respeto a los derechos humanos, entendiendo éstos como el conjunto de

atributos inherentes al ser humano, que les corresponden por el simple hecho de serlo y que le son indispensables para desarrollarse integralmente. Objetivos que sólo podrán cumplirse con la participación decidida y con la firme voluntad tanto de las instituciones del estado, como de la sociedad en general.

Bajo este esquema, se torna indispensable no sólo la efectiva aplicación del orden jurídico en materia de justicia penal federal, sino su imposterizable revisión integral por parte de los órganos legislativos, como resultado de una consulta nacional entre los actores de esta materia y de las organizaciones de profesionales y del pueblo en general, a fin de perfeccionarlo y actualizarlo; amén de lograr su cabal aplicación en conflictos de esta naturaleza. De esa manera, su contenido e instrumentos de defensa social de que disponen las autoridades encargadas de su ejecución, respondan a las demandas de seguridad pública así como de procuración e impartición de justicia que reclama la sociedad de nuestros días.

El estado de derecho no puede subsistir si las leyes rezagadas frente a las exigencias de una sociedad inmersa en un profundo proceso de cambio político, económico y social son indiferentes a ella; más aún, en los ciclos económicos de la globalización que ha traído como consecuencia la estandarización de la sociedad en ésta aldea en términos de Marshall McLuhan y de un cibercrimen acorde a la delincuencia multinacional en que nos encontramos inmersos.

Esto implica necesariamente no postergar más el tema e incluirlo en la agenda del derecho internacional penal como punto prioritario; por ello, el Poder Ejecutivo Federal, sometió a la consideración de la soberanía nacional, una iniciativa denominada Reforma Estructural al Sistema de Justicia Penal Mexicano, la cual pretende dar respuesta a las aspiraciones de justicia real y afectiva en México, mediante el planteamiento de los esquemas y estructuras bajo las cuales operan las instituciones encargadas de la seguridad pública y de la justicia, basado en la implantación de un sistema de justicia penal de corte acusatorio que pueda ser aplicable a todos los gobernados en la creación de una nueva policía federal profesionalizada, concentrada en un sólo órgano que ejerza sus facultades de forma eficaz y transparente; al tiempo de dejar en manos de un órgano dotado de autonomía constitucional, la dirección de la investigación de los delitos y la persecución de los acusados y exigiendo mayor profesionalismo para el desempeño de la función de defensor público o privado.

I. **LA TRANSICIÓN DEL MODELO INQUISITORIO AL ACUSATORIO. RETOS Y FUNDAMENTO**

Es cierto que en ocasiones un delincuente puede ofender a la sociedad o a un individuo, lo que trae como consecuencia la persecución de un delito de oficio o por querrela, respectivamente, lo ideal es que se sujete a un proceso penal y se dicte una sentencia que en su caso lo condene, de esta manera el delincuente ingresa a un centro de reinserción social para ser rehabilitado, como un enfermo antisocial por medio de tratamientos multidisciplinarios, aplicados por profesionistas en sociología, medicina, derecho, entre otros, pero además de procurarle la instrucción obligatoria del aprendizaje de un oficio, en caso necesario que haga posible su integración a la sociedad.

Nos encontramos ante el problema, una falacia, un sistema arcaico, miope y contradictorio, sanciones que van más allá de la ejecución de las sentencias con leyes absurdas, injustas e inequitativas con penas que en realidad parecen verdaderas penitencias medievales.

Pensar que se combatirá la delincuencia con disposiciones de ésta índole es un espejismo, jamás una sociedad podrá evolucionar en ningún aspecto sino a través de la educación y la cultura. El derecho es tan sólo un reflejo de éstas, es pues la motivación del trabajo la igualdad, no como principio procesal sino como valor trascendental entre las leyes de los hombres y el reconocimiento que debe darse a quien está en paz con la sociedad.

En este sentido, el objetivo de toda reforma judicial es asegurar un mayor y mejor acceso a la justicia para todos los habitantes de un estado. Éste acceso implica considerar a la impartición de justicia como un servicio pronto y expedito, capaz de resolver mediante la aplicación del derecho los conflictos de los ciudadanos, así como de generar seguridad jurídica para el conjunto de la sociedad. Estos deben ser los propósitos últimos que animen las diferentes acciones por emprenderse y servir de parámetros para evaluar sus resultados. Una reforma judicial podrá considerarse exitosa si estos objetivos se consiguen de manera plena.

Para lograr lo anterior, resulta indispensable integrar una agenda para la reforma judicial, entendida ésta como un conjunto de políticas judiciales de corto, mediano y largos plazos, articuladas entre sí y con objetivos responsables, tiempos de ejecución, mecanismos de implementación y de evaluación. La variedad de los resultados de la consulta gremial, social y de los órganos competentes obligan a un esfuerzo de síntesis, reagrupación y jerarquización que permitan formar esa agenda a partir de la integralidad del sistema de impartición de

justicia, para permitir a los diferentes actores del sistema orientar su acción con un sentido compartido y explícito, en sus respectivos ámbitos de competencia y responsabilidades.

Una reforma judicial integral no puede alcanzar los objetivos enunciados de un día para otro, supone acciones con diversos periodos de implementación y maduración con independencia de que algunas de ellas puedan iniciarse de manera inmediata. Por ello, conviene establecer plazos que indiquen de manera aproximada el tiempo en que esas acciones deberán realizarse. Para este propósito, se clasifica en una de tres categorías: acciones de corto (1 a 3 años), mediano (3 a 5 años) y largo plazo (5 a 10 años), ello para facilitar una planeación adecuada de los mecanismos de diseño, seguimiento y evaluación. Es necesario reiterar que una reforma de esta envergadura sólo puede construirse sólidamente en periodos de largo aliento, que los resultados difícilmente son inmediatos y que para alcanzarlos se requiere claridad en los objetivos y perseverancia en la ejecución de las políticas.

El análisis de los resultados de la “consulta nacional” encabezada por el órgano supremo del Poder Judicial del estado mexicano, permitió agrupar un número importante de propuestas alrededor de tres grandes ejes temáticos, que fueron:

La reforma de amparo como una condición previa y necesaria pero no suficiente para mejorar sustantivamente la impartición de justicia del país, pues ésta es la institución que articula y da congruencia al conjunto del sistema. La nueva ley en esta materia, recoge tanto los retos como los desafíos de implementación.

El fortalecimiento de los poderes judiciales de las entidades federativas, pues ellos son los responsables de dar respuesta a la mayor parte de la demanda de impartición de justicia del país.

La reforma de la justicia penal que atraviesa por una crisis profunda y que requiere de una revisión integral orientada por una aplicación efectiva de los principios rectores de presunción de inocencia, de inviolabilidad del derecho a defensa, oralidad, contradicción, publicidad, intermediación, oportunidad, fundamentalmente, sin omitir el principio de igualdad, concentración, continuidad, para un equilibrio procesal adecuado entre defensa, acusación y víctimas.

Los tres ejes temáticos están interrelacionados, pues no sólo tiene múltiples puntos de contacto, sino que las acciones que se realicen en uno inciden necesariamente en los demás.

A continuación se presentan las acciones que siguieron para una reforma judicial integral. Conviene advertir que ellas no excluyen otras que se exponen en el cuerpo del “libro blanco” (que es empleado por los Ministros de la Suprema Corte previo al principio de jurisprudencia). Se trataba simplemente de apuntar aquellas acciones que se consideran indispensables y urgentes.

A) PRIMER EJE TEMÁTICO: EL JUICIO DE GARANTÍAS Y SU LEGISLACIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES

Los objetivos de la reforma al amparo, se enunciaban de la siguiente manera:

- Consolidar al amparo como un instrumento fundamental del sistema mexicano de defensa de la constitución.
- Promover y enfatizar su uso como instrumento de protección de los derechos fundamentales garantizados tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- Ampliar la base de usuarios mediante la adopción el concepto de interés legítimo.
- Lograr un procedimiento menos formalista y más eficaz.
- Modificar los efectos limitados de las sentencias de amparo para darles, bajo ciertas condiciones, efectos generales y lograr una tutela más eficaz de los derechos fundamentales.
- Precisar el alcance y procedencia de la suspensión para el mismo tiempo que se preserve una protección oportuna, se evite su empleo con propósitos ilegítimos.
- Asegurar un cumplimiento más eficaz de las sentencias de amparo.

Las acciones específicas que se propusieron para alcanzar los objetivos anteriores, se sintetizaron en:

Acción I. Reformar el amparo mediante modificaciones legislativas: las modificaciones requieren de la acción concertada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Congreso de la Unión y del Ejecutivo Federal para que:

- a) Se consideren proyectos de Ley de Amparo preparados por grupos de expertos en la materia y se considere en la agenda legislativa como un asunto prioritario. En esta materia es fundamental que la discusión se oriente por los objetivos anteriormente señalados y se eviten las distorsiones derivadas de las concepciones tradicionales del amparo,
- b) La Suprema Corte de Justicia o Corte Suprema elabore uno o varios proyectos de reformas a la Ley de Amparo que resuelvan cuestiones puntuales relacionadas con los principales objetivos de la reforma del amparo y que éstos se retomem por los poderes con facultad de iniciativa de ley, o,

- c) La Suprema Corte elabore un proyecto de Código Procesal Constitucional que incorpore a todos los medios de defensa constitucional en un mismo ordenamiento para en su momento, ponerlo a consideración del Congreso de la Unión.

Las acciones a) y b) pueden alcanzarse en el corto plazo, mientras que la acción c) por su complejidad, requiere de mayor tiempo y se ubica en el mediano plazo. La decisión última sobre estas acciones recae en el Congreso de la Unión, por lo que se requiere que los diversos actores que se han pronunciado sobre la necesidad de la reforma del amparo entre otros los órganos de impartición de justicia del país, los abogados y la academia transmitan al Congreso la importancia y urgencia de la reforma. También resulta oportuno apuntar que el apoyo de los Poderes Ejecutivos, tanto a nivel federal como estatal, es un elemento fundamental para asegurar el éxito de esta reforma. Debe reconocerse que el amparo tiene impacto directo sobre la gobernanza democrática y el estado de derecho. Sin la reforma del amparo, la reforma judicial enfrentará muchas dificultades.

Acción II. Reformar el amparo a través de la jurisprudencia: independientemente de lo señalado en la acción anterior, el Poder Judicial Federal cuenta con un amplio margen de maniobra para modificar el amparo a través de la jurisprudencia, pues ésta puede convertirse en un instrumento útil de política judicial para incidir en su operación.

La responsabilidad de ésta acción recae principalmente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La reforma a través de la jurisprudencia requiere de un programa específico para identificar los cambios que ésta requiera y proponer soluciones, sin embargo, existen hipótesis que en materia penal esta legislación para caso específico es anticonstitucional. Esta labor puede desarrollarse mediante la integración de un grupo de expertos al Poder Judicial Federal. El horizonte temporal de la medida es de mediano plazo.

Acción III. Mejorar la sistematización de la jurisprudencia: como un factor que genera seguridad jurídica, orienta la acción de los agentes que interviene en los procesos jurisdiccionales e impacta al conjunto del sistema jurídico. La Suprema Corte de Justicia debe implementar acciones de corto plazo para mejorar sustantivamente su sistematización. Ello con el objeto de simplificar su consulta y mejorar la comprensión de sus alcances y efectos. Este esfuerzo permitirá además depurar la jurisprudencia para evitar contradicciones entre tesis expedidas en diferentes momentos históricos y asegurar la congruencia con las orientaciones estratégicas de la reforma judicial. Esta labor requiere del trabajo conjunto de los miembros del Poder Judicial Federal.

En el mediano plazo deberá realizarse un esfuerzo adicional para mejorar la calidad de las tesis de jurisprudencia, tanto en su generación como en su contenido y redacción. Adicionalmente, debe explorarse la posibilidad de limitar el ámbito de validez territorial de la jurisprudencia emitida por los tribunales colegiados de circuito donde se generó.

Acción IV. Adoptar medidas del gobierno judicial para la reforma de amparo: el Consejo de la Judicatura Federal mediante sus “acuerdos generales” puede implementar medidas para orientar la acción jurisdiccional y propiciar el cumplimiento de los objetivos de la reforma del amparo. La acción de corto plazo en este ámbito se debe concentrar en definir con claridad aquellas determinaciones de los órganos jurisdiccionales en cuya adopción éstos no incurrirían en responsabilidad y quedarían por ello exentos de una eventual medida disciplinaria. Un ejemplo de ello, es la aplicación de causales de improcedencia que les permita desechar de plano demandas de amparo que son admitidas única y exclusivamente para no incurrir en responsabilidad.

B) SEGUNDO EJE TEMÁTICO: FORTALECIMIENTO DE LOS PODERES JUDICIALES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS (PROVINCIAS)

Los objetivos se resumieron en:

- Reducir significativamente la procedencia y precisar los efectos del amparo directo para fortalecer las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia,
- Establecer procedimientos que garanticen la autonomía de los integrantes de los Tribunales Superiores de Justicia y Consejos de la Judicatura estatales mediante mecanismos más transparentes de designación, remoción y ratificación,
- Promover mecanismos de asignación de presupuestos que garanticen el gasto corriente y permitan programar de inversión multianuales,
- Fortalecer los mecanismos de gobierno y carrera judicial, y
- Promover y fortalecer el uso de medios alternativos de solución de controversias.

Las acciones específicas son las siguientes:

Acción I. Reformar el amparo directo. Los cambios en esta materia estrechamente vinculada con las acciones identificadas con motivo del amparo ya descritas, pueden realizarse mediante la reforma legislativa identificada en la acción número uno, o bien, mediante una serie de acciones concertadas entre el Poder Judicial Federal y los Poderes Judiciales de las entidades federativas. En cualquiera de estas hipótesis, la reforma del amparo directo deberá orientar su procedencia como un mecanismo de control constitucional. Desde el

punto de vista del control de la legalidad, debe considerarse la conveniencia de restringir la procedencia del amparo exclusivamente a la materia de la casación y la posible creación de la casación local. Ello implica prevenir los abusos de su empleo como tercera instancia “funcional”. Estas modificaciones deberán considerar su impacto sobre los procedimientos uni-instanciales (verbigracia, en materia laboral).

Las medidas adicionales deben orientarse a consolidar el estudio de todas las violaciones procesales en el mismo recurso y acabar con el reenvío, explicar los efectos del amparo, revisar la legislación procesal local para hacerla congruente con las funciones del amparo directo y propiciar una mayor diferencia de los Tribunales Colegiados hacia los Tribunales Superiores de Justicia de los estados. Estas acciones deben emprenderse de inmediato y completarse en el mediano plazo.

Acción II. Garantizar la autonomía y rendición de cuentas de los jueces supremos: la Constitución federal o, en su defecto, las Constituciones de las entidades federativas, deben establecer mecanismos de designación, remoción y ratificación que garanticen la autonomía de los jueces supremos y de los integrantes de los Consejos de la Judicatura.

Adicionalmente, las reformas deben considerar la incorporación de mecanismos que aseguren la rendición de cuentas, tanto de jueces supremos como de consejeros. La rendición de cuentas también debe comprender a los integrantes de los órganos encargados de hacer las designaciones correspondientes. Esta acción, de mediano plazo, es una responsabilidad del constituyente permanente, o en su caso, de los legisladores locales del país, así como del Poder Judicial Federal en lo que atañe a la revisión de los criterios que interpretan el artículo 116 fracción III de la constitución.

Cualquiera que sea el mecanismo que se acuerde, su diseño debe responder a las siguientes características: una definición precisa del perfil de los jueces supremos y miembros de los Consejos de la Judicatura, la intervención de dos poderes en el procedimiento de designación en donde uno tenga la facultad de nominar (de preferencia eliminando el mecanismo de ternas) y el otro de ratificar la designación. En ambos casos el proceso requiere ser transparente, quienes en él intervienen deben rendir cuentas públicamente de los motivos técnicos y aún políticos, que justifican una determinada nominación o designación y deben prohibirse expresamente los mecanismos de cabildeo directo de los candidatos. Finalmente, una reforma en esta materia debe resolver el problema de la ratificación tanto de las constituciones como en la jurisprudencia. Se puede optar por distintos diseños para regular la permanencia de los jueces supremos en el cargo de tal manera que se garantice su independencia y se asegure la rendición de cuentas. Las alternativas pueden incluir términos

suficientemente largos sin ratificación como en el caso de la Suprema Corte de Justicia o en términos más breves sujetos a una ratificación.

Acción III. Garantizar el presupuesto de los poderes judiciales. La asignación de un presupuesto suficiente es de una de las condiciones que contribuye al fortalecimiento de la independencia judicial. Para este efecto se sugiere una reforma constitucional que asegure que los poderes judiciales y demás órganos de impartición de justicia reciban anualmente un nivel de gasto corriente no menor en términos reales al del año inmediato anterior. Por su parte, el gasto de inversión deberá ligarse a programas multianuales con objetivos definidos y mecanismos transparentes de rendición de cuentas. Esta acción es responsabilidad del constituyente permanente o de los legisladores locales, debe realizarse en el corto plazo.

Acción IV. Profesionalizar a los órganos de gobierno judicial. El reto fundamental para el gobierno judicial es incrementar sustantivamente su capacidad para el diseño, conducción y evaluación de las políticas judiciales. Ello requiere personal capacitado en materia de planeación estratégica y una mejor definición de perfil profesional de estos funcionarios.

Esta acción corresponde tanto a los órganos de gobierno de los poderes judiciales en lo particular, como al trabajo conjunto que desarrollan los órganos de impartición de justicia en asociaciones como la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y debe implementarse en el mediano plazo.

Acción V. Consolidar la carrera judicial. Perfeccionar la carrera judicial es una de las condiciones estructurales para mejorar el desempeño de los poderes judiciales y para consolidar la autonomía de los jueces. Aunque mucho se ha hecho en esta materia, existen amplias ventanas de oportunidad que deberán aprovecharse mediante la implementación inmediata de acciones cuyos resultados agregados se verán sólo en el largo plazo. En primer lugar la carrera judicial deberá adoptarse en el corto plazo en todos aquellos poderes judiciales que aún no cuenten con ella, así como de manera general entre los órganos que imparten justicia en el país. Entre las acciones que pudieron instrumentarse de manera prioritaria en el corto y mediano plazos y cuya responsabilidad correspondió en la mayor parte de los casos a los Consejos de la Judicatura u otros órganos de gobierno judicial; se encuentran las siguientes:

- a) Una aplicación rigurosa de la regulación existente en materia de carrera judicial para asegurar que la selección, designación, adscripción ratificación, promoción y remoción de sus miembros respondan exclusivamente a los criterios contenidos en ella,

- b) Transparencia y rendición de cuentas en el ejercicio de administración,
- c) Definir con mayor rigor el perfil de los jueces, magistrados y funcionarios jurisdiccionales en general,
- d) Fomentar el reclutamiento de los egresados más destacados de las escuelas y facultades de derecho del país,
- e) Convocar a concursos abiertos de oposición que permitan a los poderes judiciales reclutar profesionales ya formados y con experiencia que sólo requieren de cursos de iniciación y talleres de prácticas judiciales para desempeñarse en funciones jurisdiccionales y aporten a éstas nuevos enfoques y experiencias que enriquecerán la propia carrera judicial,
- f) Propiciar una capacitación amplia y continua que responda a las diferentes necesidades derivadas de los perfiles de los funcionarios judiciales y que se beneficie de expertos nacionales e internacionales, internos y externos a los poderes judiciales, y
- g) Establecer sistemas objetivos de evaluación del desempeño judicial y relacionarlos con el régimen de disciplina y de estímulos.

Acción VI. Profesionalizar la administración de las unidades jurisdiccionales. Es una tarea que ocupa y distrae una parte significativa del tiempo de los jueces y magistrados en todo el país. Por ello se requiere en el mediano plazo una reestructuración de los modelos de despacho judicial que permita una mejor gestión de los asuntos. Asimismo, debe profesionalizarse en el largo plazo la administración de las unidades jurisdiccionales bien mediante la capacitación de los jueces en esta materia o en su defecto mediante el establecimiento de administradores judiciales profesionales. Esta tarea de mediano plazo, corresponde principalmente a los Consejos de la Judicatura u órganos equivalentes en todo el país.

Acción VII. Incorporar la planeación estratégica en el gobierno judicial. Como cualquier organización moderna, los poderes judiciales deben incorporar la planeación estratégica en los procesos de toma de decisiones y en la administración de su gestión. Ello implica que los órganos de gobierno judicial tendrán que utilizar los instrumentos adecuados de la planeación estratégica, particularmente el uso de herramientas de información y de evaluación de desempeño. Por ello, es necesario capacitar en esta materia a los funcionarios de los órganos responsables del gobierno judicial, así como en el diseño e implementación de sistemas de información que proporcionen los elementos necesarios para una adecuada toma

de decisiones. Esta acción es de mediano plazo y responsabilidad de los órganos de gobierno judicial.

Acción VIII. Promover el uso de medios alternativos de solución de controversias. Se ha experimentado un rápido desarrollo en los poderes judiciales del país. Más de la mitad de ellos cuentan con áreas que ofrecen servicios alternativos de justicia. Si bien el desarrollo de la justicia alternativa es todavía incipiente, las experiencias muestran el importante potencial de instituciones como la mediación que complementan y hacen más eficiente el servicio que se da a través de la justicia ordinaria. Precisamente el carácter complementario de la justicia alternativa respecto de la justicia ordinaria, genera una estrecha relación entre ambas; la primera puede funcionar siempre y la segunda, siempre y cuando lo haga adecuadamente. Del mismo modo, deben diseñarse los incentivos necesarios para que la justicia alternativa sea un mecanismo eficaz para concluir de manera definitiva los conflictos y no una vía para prolongarlos.

En el corto plazo, los poderes judiciales exploraron la posibilidad de iniciar proyectos de justicia alternativa. Para ello fue fundamental recoger las experiencias de proyectos que se encontraban en operación. En el mediano plazo, se consideró la expansión de la justicia alternativa en áreas en donde se tuvo una presencia limitada, verbigracia, la materia penal y mercantil.

No pueden dejar de mencionarse los problemas técnicos que surgen con motivo del empleo de la justicia alternativa. En el mediano plazo los poderes judiciales deben hacer un balance de los resultados de sus programas y diseñar las reformas necesarias para mejorar su eficacia. Al mismo tiempo, el Poder Judicial Federal debe generar jurisprudencia que propicie el desarrollo de la justicia alternativa.

Finalmente, se requiere identificar el espacio de acción del servicio de justicia alternativa y regularlo, para tal efecto, en el corto plazo los poderes judiciales en México establecieron programas de capacitación y certificación de mediadores y árbitros, adicionalmente, se integró un registro de los prestadores de servicios disponibles en cada entidad.

C) TERCER EJE TEMÁTICO: REFORMA AL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PENAL

Los objetivos se clasificaron por el nivel de prioridad en:

- Lograr un equilibrio procesal adecuado entre los inculpaos, la acusación y los ofendidos,
- Dar plena vigencia a los principios de presunción de inocencia, contradicción, concentración e inmediación para alcanzar un proceso plenamente acusatorio,

- Revisar la política criminal del estado, en particular limitar el uso indiscriminado de la prisión preventiva, así como reducir y restringir la creación de tipos penales,
- Fortalecer la eficacia de la defensoría de oficio,
- Dar autonomía a la actuación del ministerio público y mejorar sustantivamente la calidad de las averiguaciones previas,
- Revisar la jurisprudencia en materia penal para adecuarla a los estándares y la jurisprudencia internacional, en particular en lo relativo al principio de presunción de inocencia y la integridad de los indiciados,
- Considerar el diseño de salidas alternativas al procedimiento penal tales como conciliación, suspensión del juicio a prueba y empleo del principio de oportunidad,
- Tomar en consideración los derechos de la víctima, en particular la reparación del daño y la coadyuvancia a partir de la averiguación previa, y,
- Ampliar el catálogo de sanciones para limitar el uso de la pena de privación de libertad y revisar el régimen jurídico de la ejecución de sanciones, en particular la creación de jueces de ejecución de penas.

Como acciones específicas se clasificaron las siguientes:

Acción I. Rediseñar el sistema constitucional de impartición de justicia penal. Existen al menos tres iniciativas formalmente presentadas al constituyente permanente que proponen reformar el conjunto del sistema de impartición de justicia penal. Estas presentan aciertos y desaciertos, pero sin duda apuntan en la dirección correcta. Se requiere que el constituyente permanente, a partir de una discusión sobre el diseño técnico de las reformas, adopte tan pronto como sea posible las decisiones correspondientes. Asimismo, es necesario que junto a la discusión técnica sobre el diseño de la reforma, se analicen los mecanismos, tiempos y recursos humanos, materiales y financieros necesarios para su implementación. Una reforma constitucional con problemas de planeación puede tener resultados contraproducentes. Todos los actores del sistema de justicia penal, sin exclusión alguna, deben participar activamente en esta discusión.

Acción II. Reformar la legislación en materia de justicia penal y revisar la política criminal. La reforma constitucional por diversas razones puede resultar impracticable en el corto plazo. Ello obliga a considerar otras alternativas entre las cuales pueden privilegiarse las reformas legislativas a corto plazo, pues el diseño constitucional vigente permite márgenes importantes de mejora, tanto en el fuero federal como en el local. En particular destaca el

espacio existente para propiciar un mayor equilibrio procesal entre las partes. Las reformas adoptadas por el pacto federal deben servir como base para evaluar las alternativas y modelos existentes. Los congresos estatales, los jueces, los agentes del ministerio público, los abogados y la sociedad en general, deben participar activamente en la discusión.

Desde el punto de vista de la política criminal se requiere limitar la creación de nuevos tipos penales sin justificación, revisar los existentes y evitar el empleo indiscriminado de la prisión preventiva. Estas acciones deberán ejecutarse por los Congresos en el mediano plazo.

Acción III. Modificar el proceso penal a través de la jurisprudencia. Tiene un impacto directo en el funcionamiento ordinario del proceso penal. Los criterios jurisprudenciales son fundamentales para definir los alcances de los derechos existentes y la manera en la que operan las instituciones del sistema de justicia penal. Bajo esta perspectiva, resulta indispensable revisar y modificar la jurisprudencia existente para eliminar criterios que se alejan de los principios que orientan a proceso acusatorio y determinar la forma en que ésta puede contribuir a construir mayores garantías para consolidar un debido proceso penal. El derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales proporcionan los parámetros que deben orientar la revisión de la jurisprudencia. Esta acción es de corto plazo y responsabilidad del Poder Judicial Federal y en particular de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Acción IV. Asegurar los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para implementar la reforma a la justicia penal. Cualquiera que sea el escenario de las reformas normativas al sistema de impartición de justicia penal, no tendrá éxito si no se consideran desde su diseño las acciones y los recursos necesarios para implementarlas. Por ello, la responsabilidad de los Poderes Legislativos y aún de los Ejecutivos, no debe limitarse a la aprobación de esas reformas, sino debe extenderse a considerar sus implicaciones en materia de recursos financieros, humanos y materiales, particularmente deberán considerarse las necesidades de capacitación que se deriven de la reforma, mismas que requieren de procesos largos de maduración y de la existencia de una masa crítica de capacitadores. Los Poderes Judiciales deben identificar cuidadosamente la forma en que las reformas van a impactar a los procesos. Las consecuencias pueden incluir modificaciones en la demanda de administración de justicia penal, nuevas funciones para los jueces y la transformación de los espacios en donde se administra justicia, entre otras.

También resulta crucial definir los tiempos de implementación de las reformas, para ello pueden considerarse el uso de programas pilotos o de esquemas de implementación gradual.

Acción V. Fortalecer la autonomía del ministerio público. La autonomía de las Procuradurías de Justicia es una discusión que recorre todo el país. Se requiere que su operación se rija con criterios técnicos y que su actuación garantice imparcialidad y la protección de los derechos, tanto de las víctimas como de los indiciados. Las propuestas existentes se centran principalmente en el otorgamiento de una autonomía constitucional a las Procuradurías, sin embargo esta idea aunque políticamente correcta, no garantiza una solución al problema, incluso puede agravarlo. El tema es mucho más complejo, no puede soslayarse por ejemplo, los problemas asociados con a supervisión y controles efectivos de la acción de Procuradurías. Tampoco puede pasarse por alto que deben transparentar su función y tener mecanismos de rendición de cuentas.

Independientemente del tema de la autonomía, en el corto plazo as medidas pueden pasar su reorganización con el objeto de afinar los controles internos, consolidar el servicio civil de carrera y establecer los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas. En el mediano plazo los Poderes Legislativos y Ejecutivos locales, deben discutir los modelos de autonomía constitucional y decidir qué tan conveniente es adoptarlos. En este sentido, el ilustre Profesor Raúl Cervini ha desarrollado importantes trabajos para la fortaleza de este tema en la República Oriental del Uruguay.¹

Acción VI. Mejorar la defensoría de oficio. El derecho a una defensa a cargo de un abogado constituye un elemento fundamental del proceso penal. Los defensores no sólo contribuyen a garantizar que los procesados puedan tener un debido proceso, sino que su acción también permite revisar que las actuaciones de los agentes del ministerio público se ajusten a la ley. Bajo esta perspectiva, no se puede pensar en mejorar el sistema de justicia penal sin considerar fortalecer a la defensoría pública como el instrumento del estado para garantizar que todo procesado cuente con un abogado que lo represente.

Esta es una dimensión fundamental del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. La acción es de mediano plazo y requiere de la intervención de los congresos para dotar a las defensorías de oficio de mayores presupuestos y de los Poderes Ejecutivos o Judiciales, según sea el caso, para garantizar la profesionalización de los defensores, su capacitación permanente y una evaluación de su desempeño con base en resultados.

Acción VII. Modificar el sistema de ejecución de penas y asegurar la aplicación efectiva de la reparación del daño. El sistema de ejecución de penas enfrenta diversas críticas derivadas tanto de los amplios márgenes de discrecionalidad de las autoridades administrativas, como de la poca transparencia con la que opera. Las reformas en el corto plazo deben

¹ www.fder.edu.uy/contenido/penal/publicaciones.html, consultada el día 24 de abril de 2014.

enfocarse en la creación de un sistema que permita garantizar a la sociedad que las decisiones que se toman se encuentran acordes con los objetivos del sistema de justicia penal. La transparencia a los Poderes Judiciales de la responsabilidad sobre la ejecución de sanciones aparece como una alternativa viable; sin embargo, la medida requiere revisar qué implicaciones pueden tener sobre los presupuestos de los Poderes Judiciales y, en general, sobre su organización. Finalmente, debe revisar la lógica del sistema de justicia penal para que no gravite primordialmente en la imposición de penas, sino reequilibrarlo con la aplicación efectiva de la reparación del daño.

D) CUARTO EJE TEMÁTICO: OTRAS ACCIONES PRIORITARIAS IDENTIFICADAS DURANTE LA CONSULTA QUE SE LLEVÓ A CABO PARA LA INCORPORACIÓN DEL MODELO ACUSATORIO

Junto con las acciones señaladas en los tres ejes, se identificaron con la misma prioridad que refuerzan o complementan aquéllas y que contribuyen a fortalecer la independencia, la eficacia y el acceso a la justicia.

Acción I. Fortalecer a la Suprema Corte de Justicia o Corte Suprema como Tribunal Constitucional. El diseño del órgano supremo del Poder Judicial debe corresponder al de un tribunal constitucional. Sin embargo, debe mantener un conjunto de competencias y funciones, que superen resabios de su anterior diseño y que en la transición de este modelo dificultan su operación como tal Institución. En este sentido conviene profundizar en la especialización de las funciones de la Corte como tribunal constitucional y eliminar aquellas competencias que por no ser propias de este tipo de órganos, pueden ser ejercidas por otras instancias del Poder Judicial de la Federación, tales como las contradicciones de tesis en materia de legalidad, la determinación de competencias y otras de carácter administrativo. Junto con lo anterior debe preservarse una amplia facultad discrecional de atracción de la Suprema Corte. Asimismo, debe considerarse revisar las reglas y prácticas de acumulación de los amparos en revisión y las controversias constitucionales.

Muchas de estas acciones pueden ser implementadas en el corto plazo por la propia Suprema Corte o Corte Suprema, con independencia de los cambios legislativos que pueden requerirse y que deberán ser llevados a la consideración del Poder Legislativo en el mediano plazo.

Acción II. Rediseñar al Poder Judicial. El fortalecimiento de las funciones de la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional obliga a un rediseño del Poder

Judicial de la Federación a fin de crear las instancias encargadas de aquellas funciones en materia de legalidad y administración que dejarían de ser responsabilidad del tribunal constitucional. Diversas opciones en esta materia se encuentran reflejadas en las líneas que anteceden y dependerían de las decisiones que se adopten respecto de la modificación de las competencias de la Suprema Corte. Su diseño correspondería al Poder Judicial de la Federación quien deberá presentarlas a la consideración del Poder Legislativo. Su horizonte es de mediano plazo.

Una cuestión adicional se refiere a la incorporación de los Tribunales Administrativos y Electorales, en su caso, al Poder Judicial. En esta materia no existe consenso, pero tampoco hay razones que sugieran la necesidad de una acción inmediata; por ello, se recomienda continuar con esta reflexión con base en un análisis de sus implicaciones técnicas y materiales y a la luz de los objetivos más generales de fortalecer la independencia, incrementar la eficiencia y ampliar el acceso a estos tribunales.²

Acción III. Introducir y fortalecer la figura del “amicus curiae” en procesos constitucionales. Las funciones de un tribunal constitucional trascienden el interés de las partes en conflicto. Para lograr un mayor acceso a la justicia y promover una mejor y más amplia participación social en la defensa de los derechos fundamentales y las controversias políticas, se debe introducir la figura del amicus curiae en algunos mecanismos procesales existentes (verbigracia controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, contradicciones de tesis e incluso en ciertas hipótesis, el juicio de amparo). Existen diversas maneras de lograr este objetivo y que incluyen desde una reforma constitucional hasta modificaciones legislativas. Sin embargo, su implementación puede lograrse en el corto plazo mediante una decisión de la Suprema Corte. En cualquier hipótesis es necesario subrayar que este mecanismo supone el ejercicio de una facultad discrecional del tribunal quien debe determinar en cada caso la manera en que el *amicus curiae* contribuye a informar su decisión.

Acción IV. Mejorar la calidad de las sentencias de los órganos de impartición de justicia. La sentencia es el medio de comunicación más importante de los órganos de impartición de justicia, en ellas se exponen no sólo sus resoluciones, sino los hechos que las originan, los razonamientos que las fundamentan y el sentido de las mismas; tienen un papel clave en la legitimidad y rendición de cuentas de los órganos jurisdiccionales. Las sentencias, en ocasiones, son notoriamente deficientes respecto su estructura, sintaxis y argumentación. Por ello, se requieren acciones de corto plazo para mejorar su calidad, tales como un rediseño de su estructura, revisar su lenguaje, mejorar la argumentación. Corresponde a los órganos

² MONTERO ZENDEJAS, Daniel, *Derecho penal electoral*, Editorial Fontamara, México, 2012, p. 176.

de gobierno judicial determinar los mecanismos institucionales responsables de revisar las sentencias que se emiten y establecer lineamientos y buenas prácticas que tiendan asegurar su mejoramiento. A este rediseño deberá seguir en el mediano plazo, las acciones legislativas o reglamentarias necesarias para incorporar en los cuerpos normativos los cambios requeridos.

Acción V. Crear un sistema nacional de información y evaluación de desempeño judicial. La información es una herramienta básica para la planeación y la rendición de cuentas. Deben existir parámetros claros para la medición del desempeño judicial y, en general, para el uso y análisis de la información que se genera tanto en las instituciones judiciales como en las unidades jurisdiccionales. En resumen, la información debe ser una instancia prioritaria para los fines que se pretenden desarrollar desde el inicio en la cadena de custodia y su repercusión en el ámbito jurisdiccional con la sentencia definitiva.

Se recomienda así que cada Poder Judicial cree en el corto o mediano plazo según su grado de desarrollo, un sistema integral de información útil para la planeación y evaluación del desempeño judicial. Estos sistemas deberán estar diseñados de forma tal que permitan la información que producen pueda ser compartida de manera que sirvan de base para la creación de una red y un sistema nacional de información judicial. En este sistema puede considerarse la participación de instituciones afines. La creación de este sistema corresponde a los mecanismos institucionales de cooperación judicial. Tal es el caso de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

2.

EL MODELO ACUSATORIO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. REFORMA DE 2008.

Nuestro sistema de enjuiciamiento penal basado en el modelo penal acusatorio se estableció por el constituyente de 1917, sin embargo, esto se pervirtió no solo en la realidad sino en la teoría constitucional y penal. Se dice que tenemos un sistema mixto, sin embargo, esto no es así porque en la fase de averiguación previa existe una fuerte carga inquisitorial en cuanto a que el ministerio público tiene atribuciones propias y exclusivas de los jueces (por ejemplo la recepción, desahogo y valoración por sí y ante sí de las pruebas que obtiene) y una segunda fase, el proceso penal en donde ya interviene el órgano judicial actuando con lo que le consigna el ministerio público y resolviendo con eso sus actuaciones.

Luigi Ferrajoli, nos refiere al respecto que: “la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación, requerida por nuestro axioma *nullum iudicium sine accusatione*, es la base de las garantías orgánicas estipuladas en nuestro modelo teórico. Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iurex ex officio* (hay juicio sin actor, ni el juez puede iniciarlo de oficio" o "no hay juicio sin parte que lo promueva"), sino también y sobre todo, el papel de parte, -en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación así entendida, representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto a las partes de la causa, que como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio”.³

Por su parte, Alberto Binder refiere que: “en el proceso acusatorio la oposición se resuelve con un mayor contenido garantizador, mientras que en el proceso inquisitivo hay un contenido mayor de realización del poder penal del estado en detrimento de las garantías... En el proceso penal acusatorio, por el contrario, subyace la idea básica de dividir esas funciones, reservando para el juez lo eminentemente jurisdiccional. Puesto que es, por excelencia, un custodio del estado de derecho, en esa división de funciones habrá que confiar al juez, precisamente, la preservación de las garantías del individuo. En ese tipo de proceso penal se encomienda la investigación a otro sujeto procesal, el ministerio público, que es quien debe estar a cargo de la investigación de los delitos puesto que su papel es el de “abogado de la sociedad”, dejando así al juez la función de controlar la investigación. Corresponde pues al ministerio público preparar la acusación”.⁴

De acuerdo con otros estudiosos de la ciencia penal, lo que hace que los juicios en México no inicien con una acusación a partir de indicios sino de un proyecto de sentencia, con lo que se comprende mejor lo dicho en el sentido de que la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal, es decir, la averiguación previa tiene un contenido materialmente jurisdiccional, pero, hay que subrayarlo, sin las garantías propias de los juicios: control

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 567.

⁴ BINDER, Alberto M., *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio, justicia y derechos humanos*, Editorial Fundación Friedrich Neumann, Quito, 1992, p. 114.

judicial, igualdad de las partes, contradicción, defensa efectiva, publicidad y revisabilidad de las resoluciones entre otras. De esta forma, después de las reformas constitucionales de 1993, existe una mayor ausencia de controles respecto del ministerio público ya que si bien se introdujo formalmente la posibilidad de la defensa durante la averiguación previa, esta defensa, al no intervenir ante un juez imparcial, no está en condiciones de cumplir su cometido, pero su presencia sí legitima y convalida lo actuado ante el ministerio público en una averiguación previa que sigue siendo inquisitoria.⁵

Es conocida la interpretación que la Suprema Corte de Justicia ha hecho del principio de inmediación en la siguiente jurisprudencia definida:

“Confesión. Primeras declaraciones del reo. De acuerdo con el principio de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores. Sexta época. Amparo directo 3435/57.”⁶

3.

LA ORALIDAD EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

Nos encontramos frente a un sistema nuevo en todos los aspectos, en cuanto a su doctrina y aspectos procesales, la oralidad en nuestro sistema penal pretende solucionar los problemas que nuestro sistema mixto presenta, el incremento de los asuntos penales trae consigo rezago judicial, tomando la impartición de justicia más cuantitativa que cualitativa, cuestionándose la transparencia y confiabilidad de los tradicionales juicios escritos en materia penal.

Ello implica dejar atrás un sistema basado en documentos en los cuales el desahogo de las pruebas se llevaba a cabo en largas etapas, donde el juez no siempre estaba presente, donde no impera la presunción de inocencia y el equilibrio entre las partes (principio de contradicción entre las partes).

El juicio oral, presupone principios básicos que dan mayor garantía sobre el respeto a los derechos tanto del inculcado como de la víctima y permiten que el juez decida con base en una mejor información. “El sistema de juicios orales es una apuesta por la modernización de un procedimiento que está agotado, que no funciona y que nunca va a funcionar a menos que se le aplique una cirugía mayor”.

⁵ MONTERO ZENDEJAS, Daniel, *Derecho penal y crimen organizado. Crisis de la seguridad*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 663.

⁶ sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/904/904084.pdf, consultada el día 25 de abril de 2014.

Pero tal vez la mayor dificultad reside en el cambio cultural que supone e implica una reforma de ésta naturaleza, porque transforma los roles de los jueces, los fiscales y los abogados. No es lo mismo que un juez deba decidir sobre una medida de aseguramiento como lo es la detención preventiva, con base en el examen de un expediente que examina con toda calma y en privado, a que deba aprobarla o negarla en forma oral, en una audiencia pública y de manera inmediata.

Los juicios orales son un sistema de justicia penal sin papeles. Donde los casos se resuelven en una audiencia pública con la presencia permanente del juez, del ministerio público, de la víctima u ofendido, del acusado y sus abogados. En la audiencia pública, las pruebas se exponen de manera oral frente al juez y todos los involucrados en el caso pueden participar en su desahogo. Al final, el juez tiene toda la información sobre la mesa y dicta sentencia.

El segundo elemento es que la mayoría de los casos se solucionan antes de llegar al juicio a través de mecanismos alternos de solución de controversias. Un conciliador profesional ayuda a mediar entre las partes y sus abogados para llegar a un acuerdo, que repare el daño causado a la víctima.

Lo anterior coincide con lo que plantean la Iniciativa Presidencial de 2004 y la Iniciativa elaborada por la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales de 2007. La reforma estructural se basa en tres ejes rectores, es decir, el procesal, el orgánico y el profesional, en aras de lograr un cambio de fondo que permita concretizar las aspiraciones sociales de justicia y dote de cabal confiabilidad a las instituciones integrantes del sistema de justicia penal federal, en beneficio de la sociedad y con miras al fortalecimiento del estado democrático, con la visión de revertir la percepción actual de la sociedad mexicana, la cual consiste en que los procesos penales son largos, tortuosos y en ocasiones injustos; que el ministerio público de la federación no constituye una institución plenamente independiente a pesar de estar dotada legalmente de facultades autónomas; que el gremio de la abogacía en México, está inundado de personas sin escrúpulos y falta de ética que no velan por los intereses de sus clientes, que las fuerzas del orden público no dan respuesta eficiente ante la ola de inseguridad desatada en nuestro país desde hace ya varios años, que el sistema de tratamiento de menores infractores ha probado su ineficacia, ya que tanto autoridades como medios de comunicación reportan con mayor incidencia la participación de menores de edad en actividades delictivas y que el sistema penitenciario se ha convertido en una escuela del crimen y de operación criminal y no en verdaderos centros de reinserción social, que permitan la reintegración a la vida social de los responsables de ilícitos penales.

4.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA

4.1. LA MEDIACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD, EL DELINCUENTE Y LA VÍCTIMA

Como esfuerzo fundamental de este tema y en congruencia con la recomendación señalada anteriormente en la acción marcada con el numeral 8 del segundo eje temático, encontramos instrumentos internacionales que han propiciado la mediación como una expresión de civilidad en la resolución de conflictos internacionales. Los tratados y en específico el de Bogotá signado en 1948, forman parte de este catálogo de medidas de buena fe que circunscriben los estados miembros y que sirven de andamiaje en el largo camino del derecho victimario.

Se entiende por víctima a la persona que sufre directamente, en su persona o bienes, los efectos del delito, a las asociaciones, por delitos que afecten sus intereses colectivos o difusos y a las comunidades indígenas por ilícitos de genocidio, explotación económica, depredación o contaminación de su hábitat.

Se consideran ofendidos a quienes hayan resentido, en forma indirecta, alguna afectación en su persona, bienes o funciones a causa del delito, tengan o no derecho a la reparación del daño. Responden a este carácter el cónyuge, el concubino o concubina y los parientes de la víctima en los tipos, líneas y grados previstos por la ley, sus amigos, compañeros, vecinos y miembros de la comunidad cercana, la familia del delincuente, los organismos, gubernamentales o no, encargados de la prevención del delito, de los problemas de drogadicción, alcoholismo, violencia y otras disfunciones familiares o conductas antisociales vinculadas concretamente al delito, así como a las instituciones relacionadas con el empleo, la salud, el desarraigo cultural o geográfico y la educación, cuando el hecho delictivo tenga relación genética con estos factores.

Método alternativo de solución de conflictos, es cualquier mecanismo que permita resolver, pacíficamente y con la intervención de un tercero neutral, una controversia interindividual o colectiva sin recurrir al procedimiento judicial, entendido como fórmula complementaria que no desplaza al sistema tradicional.

Son métodos alternativos: la mediación, la conciliación y el arbitraje así como las conversaciones, foros o conferencias restaurativas, reuniones para decidir condenas, círculos de sanación o cualquiera que sea su denominación doctrinal o jurídica.

Facilitador o mediador es toda persona capacitada que, en forma institucional o privada, interviene en la solución de un conflicto interindividual o colectivo a solicitud o con autorización de las partes, utilizando algún método alternativo de solución de controversias y respetando los principios de voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad que caracterizan su función.

Por justicia restaurativa se entiende la orientación de una política criminal de mínima intervención que facilita la autocomposición asistida de todas las personas afectadas directa o indirectamente por el delito, a fin de conocer sus sentimientos y experiencias para solucionar en lo posible, sus respectivas necesidades induciendo al estado y a la sociedad a fin de que reconozcan su responsabilidad frente a todos sus miembros incluidas las víctimas, ofendidos y ofensores, aportando soluciones específicas en cada caso, con el objeto de recuperar la armonía social y evitar nuevos delitos. Esta orientación no excluye la intervención judicial o la reclusión del delincuente, cuando sea necesario, pero sí reducir los procesos penales, el internamiento y el etiquetamiento criminal, cuando se trate de delitos de menor cuantía e impacto social o delincuentes juveniles, primarios o de mínima peligrosidad, con los requisitos previstos en la ley.

Son principios que animan a la justicia restaurativa, los siguientes:

a).- El delito se origina en conflictos interindividuales o colectivos, en necesidades insatisfechas o en disfunciones familiares o relacionales, pero siempre produce antagonismo entre la víctima, su familia, la comunidad y el infractor, en razón de los daños materiales y emocionales que provoca, por lo que deben atenderse tanto las causas como los efectos para resolver integralmente el problema y restablecer la armonía individual y social.

b).- El delito no debe ser considerado como una simple infracción a la ley del Estado que afecta los valores y la tranquilidad de la comunidad, ni el castigo como la justa respuesta al infractor por el hecho antijurídico, reconociendo a la víctima o al ofendido, en su caso, el derecho a la reparación del daño y sólo en algunas hipótesis, los delitos de querrela, la facultad de perdonar, ya que posterga a la víctima, ignorando sus verdaderas necesidades, y despersonaliza al delincuente, soslayando los orígenes del delito con lo que se pierde una valiosa oportunidad para hacer prevención específica y reinsertar socialmente al infractor con el apoyo de su familia y de las instituciones públicas y privadas que atienden a los factores delictivos.

c).- La crisis cualitativa y cuantitativa que sufre tanto la procuración como la administración de justicia penal y el sistema penitenciario, hace necesario cambiar los parámetros de la justicia represiva otorgando a las víctimas y ofendidos, a los delincuentes y a la comunidad, la oportunidad de participar activa y directamente en el proceso de administrar justicia

en los casos concretos, a través de una solución negociada que satisfaga a todos, con el apoyo de un tercero imparcial.

d).- La justicia restaurativa opera en todas las áreas del derecho, pero tiene su mayor impacto en los problemas familiares y penales, por las heridas emocionales que causan y la necesidad de mantener vínculos, además del daño material, por lo que el procedimiento tradicional, al ocuparse sólo de este último tema, tiene poca eficacia para resolver integralmente el conflicto, pues éste subsiste en sus aspectos más sensibles provocando, a su vez, nuevos delitos derivados del odio y la necesidad de venganza.

e).- El enfoque restaurativo debe operar también en el ámbito penitenciario, entendido no sólo como parte del procedimiento penal sino como la última oportunidad del sistema para reinsertar exitosamente al reo en el tejido social, con un pronóstico aceptable de que no volverá a delinquir, lo que sólo es pensable cuando el infractor haya admitido su responsabilidad, pedido disculpas, reparado el daño y resuelto sus conflictos con la propia familia, la que debe apoyarlo en la primera fase de la liberación y servirle de motivación para evitar nuevos delitos, convencido de que éstos afectan también a los miembros de su familia, a sus compañeros y amigos, por la infamia que conllevan, entre otros efectos negativos.

f).- Los métodos alternos de justicia, aplicados a la resolución de conflictos vecinales, violencia escolar y disfunciones familiares, entre otros problemas de tipo individual y social, operan como medios de prevención del delito, sobre todo cuando responden al enfoque restaurativo, por lo que deben ser calificados como instrumentos de política criminal y difundidos para su aplicación en todas las áreas del sistema de seguridad pública.

g).- Los programas de justicia restaurativa, aplicados oportunamente, en especial a los infractores jóvenes, tienen la virtud de impedir el etiquetamiento criminal y crear las condiciones para que el menor o el adulto admitan la comisión del delito y asuman las consecuencias, como condición para evitar la reincidencia.

h).- La justicia restaurativa reduce el número de asuntos encomendados a la judicatura y evita el hacinamiento penitenciario, permitiendo a los operadores del derecho atender delitos de mayor envergadura e impacto social, propiciando una intervención más activa de la comunidad cercana a la víctima y al delincuente, que coadyuve en la solución de sus problemas, sin excluir el procedimiento y la pena, cuando procedan, ni la supervisión judicial de los convenios obtenidos.

Programa de justicia restaurativa es el conjunto de directrices y acciones que en respuesta al delito y atendiendo a la dignidad e igualdad de las personas, pretende recuperar la armonía social y prevenir nuevas conductas antijurídicas, evitando en lo posible el procedi-

miento judicial en los casos autorizados por la ley y con apego a los principios que animan a dicha orientación.

Proceso o método restaurativo es aquel mecanismo que favorece el entendimiento entre la víctima y el delincuente incluyendo cuando sea pertinente a los ofendidos y otras personas o instituciones afectadas o vinculadas por el delito, para que participen en forma constructiva, con la ayuda de un facilitador, en la solución del conflicto originado por el hecho ilícito y sus antecedentes, sin recurrir al procedimientos judicial pero tomando en cuenta las necesidades de la víctima de recibir información; expresar sus sentimientos y razones; obtener seguridad y apoyo para evitar nuevos actos delictivos, procurando que se le cubran los daños objetivos, se curen las heridas emocionales y se reparen las fracturas relacionales que impiden la armonía individual y colectiva, además de propiciar un clima de inseguridad ante posibles represalias.

En el proceso restaurativo deben de intervenir también los ofendidos, cuando lo pidan, aunque no tengan derecho a la reparación del daño, ya que tienen otras necesidades que deben satisfacerse para evitar represalias, curar heridas emocionales y mantener, en lo posible, los vínculos existentes con el ofensor. Dicho proceso puede realizarse a través de cualquiera de los medios alternativos para la solución de conflictos, siempre que se ajuste a la naturaleza y a las pretensiones del caso.

Por resultado restaurativo se entiende el acuerdo obtenido a través del proceso restaurativo, que obliga moral y jurídicamente a los intervinientes a resolver las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes, como serían la reparación del daño y el servicio a la comunidad; la promesa de no ofender; la petición de disculpas y el compromiso de no reincidir; los apoyos psicológicos y sociales para que la víctima recupere su seguridad y estima, al tiempo que el delincuente logre su reinserción social a través de la revinculación con su familia y la comunidad.

La simple reparación del daño, sin arrepentimiento del delincuente ni satisfacción de las necesidades psicológicas de la víctima, no es suficiente para decretar la extinción de la responsabilidad penal como tampoco los convenios reparatorios obtenidos por violencia física o moral, error o engaño, ni cuando el delito sea de los que no admiten legalmente la autocomposición. La justicia restaurativa se logra aun cuando el delincuente deba ser penalmente sancionado, siempre que se hayan cubierto otras necesidades del sujeto pasivo, los ofendidos, el victimario y la comunidad.⁷⁷

⁷⁷ BAILEY, John y GODSON Roy, *Crimen organizado y gobernabilidad democrática*, Editorial Grijalbo, México, 2000, p. 42.

En este orden de ideas, la mediación penal como una alternativa a la no violencia, venganza, coerción y si al dialogo, la concientización penal, a la no privación de la libertad, al pago o reparación del daño, es una respuesta social a la incapacidad del estado a garantizar a la sociedad, una impartición de justicia transparente, expedita, eficaz; que garantiza el orden y la aplicación debida del derecho tanto al presunto responsable o vinculado a proceso como a la víctima de un ilícito.

Ante este escenario, la mediación penal para delitos de alto impacto en un sistema como el mexicano y de otras naciones similares, es solo el deseo de organismos internacionales por plantear una hipótesis acorde al mundo globalizado y del milenio que nace, pero que en la realidad nada o muy poco queda por hacer de continuar las tendencias actuales de macrocriminalidad económica.

La justicia restaurativa es una forma de combatir el comportamiento criminal pensando en las necesidades de la comunidad, las víctimas y los delincuentes; esta justicia es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren.

La justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delincuentes. Los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes. A través de ellos, el proceso en sí mismo a menudo transforma las relaciones entre la comunidad y el sistema de justicia como un todo.

Esta justicia es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto, así encontramos “justicia comunitaria”, “hacer reparaciones”, “justicia positiva”, “justicia reparadora” y “justicia restauradora”.⁸

⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Editorial UNODC, Nueva York, 2006, p. 6.

La justicia restaurativa es un proceso donde las partes con riesgo en un delito específico resuelven colectivamente el cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro.

5.

LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA JUSTICIA PENAL

La seguridad pública no es un laboratorio donde las hipótesis de trabajo puedan responder a los diferentes espectros que la vinculan con los diversos actores potenciales o, en su defecto, a recomendaciones trasplantadas de otras latitudes o naciones. La complejidad en nuestro país, debe ser vista en un abandono de muchas décadas por parte de los gobiernos en turno en la anomia del narcotráfico, en la pérdida del empleo, en la carencia de valores cívicos, en la corrupción e impunidad, así como otras causas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3º consagra el derecho de todo individuo a la seguridad de su persona; de igual manera, el artículo 7º señala que todos tienen derecho a ser protegidos.⁹

En virtud de lo anterior, debemos entender que la problemática de la seguridad va unida fundamentalmente a la procuración y administración de justicia. De ahí que propiciemos un concepto integral a éste universo llamado justicia penal.

La lucha en la simulación, complicidad, impunidad, corrupción y demás vicios añejos que identifican a los tribunales, no sólo del fuero común sino federales; así como el personal que los integran, desde secretarios, ministerios públicos, jueces, magistrados, ministros, hasta los propios procuradores, viven en el debate axiológico del deber ser, ya sea por su poca o nula visión del futuro o por sus aspiraciones económicas y políticas.

Los sistemas penitenciarios obsoletos, con una nula capacidad de readaptación o reinserción sin ninguna posibilidad de regresar al sentenciado o al procesado al mundo social que lo privó de la libertad, pero que mantiene sus derechos humanos y pudiendo ser un sujeto productivo en los cánones del derecho laboral, sólo encuentra como opción el continuar por el rumbo que lo regresará nuevamente a la pérdida de su libertad.¹⁰

⁹ <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, Declaración Universal de Derechos Humanos, consultada el día 27 de abril de 2014.

¹⁰ MONTERO ZENDEJAS, Daniel, "La crisis del sistema penitenciario en el rol de la seguridad pública nacional", en revista *Foro Jurídico*, año 2013, número 114, Editorial Asociación Nacional de Doctores en Derecho, México, marzo de 2013, pp. 38-45.

Los delincuentes se encuentran todos los días alrededor de nosotros, su primera aparición es precisamente contra la seguridad pública y más tarde, en ocasiones, son los sujetos activos de delitos considerados como graves. Las cárceles, un hábitat propicio para enraizarse y conformar bandas altamente calificadas, en ocasiones dirigidas y protegidas por las mismas estructuras de corrupción policial.

El delito de secuestro en algunas legislaciones es considerado como grave y en otras no, por lo que se pretende lograr un código tipo en materia penal y que los delitos sean homogéneos para que el secuestro, la violación a menores y a mujeres alcancen la cadena perpetua.

En este sentido, pensamos que delitos como secuestro, venta de órganos y comercio humano, debería existir con un jurado altamente especializado y en congruencia con los principios rectores en materia de derechos humanos, la pena de muerte, aún a pesar de que el bien jurídico tutelado sea la vida y que por ende el derecho no puede ir en contra de su génesis, el derecho penal del enemigo, abona en gran medida a esta pena capital para ser retomada y en ese sentido, retomar los planteamientos elaborados por Karl Binding a este respecto sin omitir la aportación de la concepción dogmática del delito que posteriormente desarrollaría Mezger.

En pleno siglo XX y ante los procesos desarrollados por los tribunales contra el genocidio como el de Núremberg y a pesar de todo el andamiaje jurídico que sintetiza el Estatuto de Roma en la Corte Internacional de la Haya, aún prevalece la pena capital en uno de los países más avanzados de nuestro planeta como lo es Estados Unidos de Norteamérica en la ciudad de Huntsville, Texas.

6.

LOS RETOS DEL MODELO ACUSATORIO FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRASNACIONAL

6.1. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se celebran cada cinco años desde 1955 de acuerdo con la resolución de la Asamblea General del 1º de diciembre 1950 (el primer Congreso fue en Ginebra en 1955 y los posteriores han sido: Londres 1960, Estocolmo 1965, Kyoto 1970, Ginebra 1975, Caracas 1980, Milán 1985, La Habana 1990, El Cairo 1995, Viena 2000 y el último fue

el decimoprimer en la ciudad de Bangkok en 2005). Los congresos han propiciado la realización de estudios orientados hacia la prevención del delito y la prestación de asistencia técnica, y han alentado a los gobiernos y a los profesionales a intercambiar experiencias y conocimientos especializados, dando lugar a la formulación y aprobación de directrices internacionales. Los congresos pretenden fomentar enfoques innovadores que permitan la aplicación de métodos más eficaces en la prevención de la delincuencia.

En dichos congresos se ha reconocido que los grupos delictivos explotan fenómenos contemporáneos como la globalización, donde millones de ciudadanos de todo el mundo son víctimas de sus operaciones. El impacto negativo de estos grupos en las sociedades pone en peligro la seguridad nacional y la estabilidad social y acentúa que los gobiernos no podrán solucionar adecuadamente estos nuevos problemas que surgen si actúan aisladamente o a través de las formas tradicionales de cooperación internacional en materia de prevención del delito. Al comenzar el siglo, la creación y el mantenimiento de un marco viable de lucha conjunta contra la delincuencia transnacional se consideraba como un reto importante al que se enfrentaba la comunidad internacional; sin embargo, no hay que perder de vista a la delincuencia nacional, ya que “la mayor parte de la delincuencia nacional o interna de los países es el semillero para el desarrollo de la delincuencia internacional. Cuando la criminalidad interna logra la formación de redes eficientes, constituye un importante soporte para las actividades delictivas internacionales organizadas y de inmediato aparecen las relaciones entre ambas”.¹¹

Una muestra de ello, es que los cárteles de droga mexicanos estuvieron al servicio de sus similares colombianos, y ahora, luchan por su supremacía y están en posibilidades de imponer condiciones. Por lo tanto, se debe impedir que los grupos criminales alcancen su desarrollo pleno para alcanzar su internacionalización y para ello, se deben de implementar las medidas preventivas adecuadas. La Organización de las Naciones Unidas señala que son varios los órganos del estado así como fases o momentos los que se necesitan para lograr que la prevención de un resultado positivo.

Debemos ser conscientes de que no podemos separar a la delincuencia organizada nacional de la transnacional, ni sus implicaciones en el universo común de corrupción, impunidad y simulación que despliegan en gobiernos que se transforman en cómplices al aceptar en su sistemas financieros el producto de sus actividades ilícitas (lavado de dinero) ni tampoco en las formas de combatir las con las medidas que adoptan otra parte de estados

¹¹ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *La globalización de la delincuencia*, Editorial Sistema Nacional de Seguridad Pública, México, 2000, p. 37.

comprometidos con los ordenamientos internacionales en esta lucha y que también son parte.

En este orden de ideas, es necesario tener presente que los tratados, acuerdos, protocolos, adhesiones y demás instrumentos legales que firma un estado libre y soberano formarán parte de su derecho positivo y deberán ser cumplidos al ser parte del convencionalismo constitucional del siglo XXI. En ese esfuerzo internacional o mundial contra la criminalidad, no podemos omitir la realidad que Ferrajoli describe así: “gran parte de los temas clásicos de la política interior se han convertido en temas de política exterior o, mejor, internacional: no sólo el comercio y las finanzas, sino también las cuestiones relacionadas con el trabajo, la seguridad contra el crimen organizado, la justicia, la defensa del medio ambiente y la salud, las cuales ya no pueden enfrentarse de manera seria, si no es con políticas coordinadas y concertadas en el nivel supraestatal”.¹²

A) LA CONVENCIÓN DE MILÁN

En septiembre de 1985 se celebró en la ciudad de Milán, el séptimo Congreso Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, denominado; “Nuevas dimensiones de la criminalidad y de la prevención del delito en el contexto del desarrollo: desafíos para el futuro”, los participantes en el congreso destacaron que las fronteras nacionales habían dejado de representar una barrera eficaz contra el crimen aprovechando las discrepancias entre las legislaciones de los diversos países, y que planteaba una grave amenaza a escala mundial la delincuencia organizada por el grado notable de impunidad. Reconociendo las dimensiones internacionales de la delincuencia y la necesidad de una respuesta concertada por parte de la comunidad internacional, el congreso aprobó el Plan de Acción de Milán el 28 de noviembre, que preveía una importante función de las Naciones Unidas para fomentar la cooperación multilateral en la lucha contra la delincuencia organizada,¹³ en el que destacan:

- La lucha contra el terrorismo mediante la cooperación internacional.
- Acciones contundentes para acabar con los efectos destructivos del narcotráfico y el uso indebido de drogas.

¹² FERRAJOLI, Luigi, “*Por una esfera pública de mundo*”, en revista *Configuraciones*, año 2004, número 14, Editorial Fundación Carlos Pereira A.C. y el Instituto de Estudios para la Transición Democrática, México, año primavera-verano de 2004, p. 5.

¹³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Coordinador), *La situación actual del sistema penal en México, XI Jornadas sobre justicia penal*, Editorial UNAM,-IIJ, México, 2011, p. 343.

- Recomendar una lucha más efectiva contra la delincuencia organizada y el respeto de los derechos humanos; y específicamente:
- La tipificación de nuevas formas delictivas:
- Reglamentación de la pérdida de bienes adquiridos ilegalmente.
- Operación efectiva de las leyes de extradición.
- Organización de campañas para sensibilizar a la población de acerca del peligro del abuso de estupefacientes.
- Modernización y equipamiento de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y ampliación de sus facultades legales.
- Revisión de la legislación concerniente a la tributación y al secreto bancario, en la transferencia de fondos hacia o desde el exterior, para detectar el lavado de dinero.¹⁴

B) LA CONVENCIÓN DE VIENA

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, más conocida como “Convención de Viena”, se llevó a cabo en dicha ciudad el 20 de diciembre de 1988. México la suscribió el 16 de febrero de 1989, fue aprobada por el Senado el 30 de noviembre de 1989, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero de 1990 y ratificada el 11 de abril de 1990, entrando en vigor a partir del 11 de noviembre de 1990.

En la conferencia participaron 138 estados y se aprobó un plan amplio y multidisciplinario de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas; una declaración que comprometía a los participantes a tomar medidas internacionales drásticas contra el uso indebido y tráfico de drogas, fortaleciendo la acción y cooperación a fin de lograr una sociedad libre de drogas.

Se recomiendan las medidas prácticas que deben ser adoptadas por los gobiernos y organizaciones para prevenir y reducir la demanda, controlar la oferta y el tráfico ilícito, y para promover las políticas eficaces para el tratamiento y rehabilitación de las personas afectas a las drogas.¹⁵

Anteriormente la Organización de Naciones Unidas ya había dado pasos en la lucha contra el tráfico de drogas, como lo fueron; la Convención Única sobre Estupefacientes de Nueva York en 1965 o la Convención de Sustancias Sicotrópicas de 1971; sin embargo, la

¹⁴ BORJÓN NIETO, José Jesús, *Cooperación internacional contra la delincuencia organizada transnacional*, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, p. 135.

¹⁵ VILLARREAL CORRALES, Lucinda, *La cooperación internacional en materia penal*, Editorial PAC, México, 1997, p. 34.

Convención de Viena, tuvo una influencia real en los ordenamientos nacionales en la lucha contra el lavado de dinero, ya que se establece que para combatir al narcotráfico, la medida más eficiente será privar a las personas dedicadas a este delito en particular, de los productos y beneficios de sus actividades ilícitas, eliminando así su principal incentivo, que es el acaudalar ganancias.

Esta convención consta de 34 artículos sobre rastreo, congelación y confiscación de los beneficios y bienes derivados del tráfico de drogas, asimismo señala que los tribunales están autorizados para acceder a los registros bancarios, financieros y comerciales o a su decomiso, también prohíbe el asilo a los traficantes de drogas, en particular mediante disposiciones relativas a la extradición, señalando de vital importancia la asistencia jurídica y de información necesaria entre los Estados Parte y la misma transferencia de actuaciones en procesos penales.

Los principales resolutivos de esta convención son:

1. El compromiso de los estados parte para adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para integrar en sus ordenamientos jurídicos las medidas previstas en la convención en materia de lavado de dinero.
2. Establecer como delitos las conductas prohibidas en la convención.
3. La advertencia que todas las normas relativas al lavado de dinero se referían exclusivamente a los capitales procedentes del narcotráfico, por lo que deberían extenderlas a otras actividades ilícitas.
4. Se pide a las partes que establezcan un plazo prolongado de prescripción, ampliable incluso en los supuestos en que el presunto delincuente hubiese eludido la acción de la justicia.

Hay opiniones que mencionan que pesar de los esfuerzos realizados para dar cumplimiento a los compromisos asumidos, hasta la fecha aún quedan muchas dudas respecto a la eficacia de esta convención e incluso del programa de fiscalización del tráfico de drogas (1990), que ha parecido a muchos países demasiado exigente y poco sensible a nuevas propuestas para atacar el problema a fondo, de manera integral y global.¹⁶

C) LA CONVENCIÓN DE PALERMO

Esta convención tuvo como antecedente el X Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que se llevó a cabo en Viena del 10 a

¹⁶ BORJÓN NIETO, José Jesús, op.cit. p. 146.

17 de abril de 2000, donde se redactó la “Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: frente a los retos del siglo XXI”, que la Asamblea General hizo suya en la resolución 55/59 de 4 de diciembre de 2000, por medio de la cual los Estados Miembros aceptaron, que estaban preocupados por el impacto de la delincuencia organizada transnacional, igual que estaban convencidos de la necesidad de contar con programas adecuados de prevención y readaptación, como parte fundamental de una estrategia eficaz de control del delito y de que esos programas deben tomar en cuenta los factores sociales y económicos que pueden hacer a las personas más vulnerables y propensas para incurrir en conductas delictivas, y, con la determinación de adoptar medidas concertadas más eficaces, en un espíritu de cooperación, a fin de combatir los problemas de la delincuencia mundial, realizaron, entre otras, las declaraciones siguientes:

- Reafirmar las metas de las Naciones Unidas en el ámbito de la prevención del delito y la justicia penal; en particular, la reducción de la delincuencia, una aplicación de la ley y administración de la justicia más eficientes y eficaces, así como el respeto de los derechos humanos.
- Subrayar la responsabilidad de establecer y mantener un sistema de justicia penal equitativo, responsable, ético y eficiente.
- Reconocer la necesidad de una coordinación y cooperación más estrechas entre los Estados, en la lucha contra el problema de la delincuencia mundial.
- Comprometerse a reforzar la cooperación internacional contra la delincuencia organizada, promoviendo el crecimiento y el desarrollo sostenible, tratando de erradicar la pobreza y el desempleo.
- Establecer formas más eficaces de colaboración para erradicar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, así como el tráfico ilícito de migrantes.
- Aumentar la cooperación internacional y la asistencia judicial recíproca, a fin de actuar contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego.
- Intensificar las medidas internacionales contra la corrupción, sobre la base de la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno.
- Recordar que la lucha contra el blanqueo de dinero y la economía delictiva, es un elemento esencial de las estrategias para combatir la delincuencia organizada.
- Reconocer que los niños y adolescentes en circunstancias difíciles, corren a menudo el riesgo de convertirse en delincuentes o de caer fácilmente en las redes de los grupos delictivos y conscientes de lo anterior, comprometerse a adoptar me-

didias de lucha para prevenir este fenómeno, incluyendo disposiciones relativas a la justicia de adolescentes.

Por lo que hace a la delincuencia transnacional organizada en diciembre del año 2000, México firmó esta denominada Convención de Palermo, asimismo, la Convención de Naciones Unidas en contra de la Delincuencia Transnacional Organizada y dos de sus tres protocolos, el relativo a la explotación de mujeres y niños migrantes y el relativo también al tráfico de indocumentados.

Por otra parte y atrapada entre los grandes productores y consumidores de droga, Centroamérica enfrenta la urgencia de romper el puente por donde pasan al año cientos de toneladas de cocaína rumbo a Estados Unidos y la Unión Europea y de las que sólo se han decomisado unas 15,5 toneladas en 1997, según diversas fuentes.

Las autoridades policiales se encuentran alarmadas por el incremento de la acción de los narcotraficantes en la región este año, debido a que incluso denunciaron recientemente que Guatemala y Costa Rica se han convertido también en bodegas o centros de distribución de la droga que llega de los cárteles de Sudamérica. Toneladas de cocaína se transportan sólo por rutas marítimas a través de Centroamérica, según documentos del Departamento Antidrogas de Estados Unidos (DEA) divulgados por portavoces de la Embajada norteamericana en Costa Rica.

Por aire, mar y tierra, los narcotraficantes transportan su droga por Centroamérica, con mecanismos cada vez más ingeniosos, y aunque la policía consigue asestarles golpes con el decomiso de estupefacientes o el desmantelamiento de bandas internacionales, los recursos humanos y técnicos resultan insuficientes en esta lucha, reconocen las autoridades. Por su parte, Panamá que tradicionalmente se ha llevado el "récord" de decomisos de cocaína en Centroamérica, es seguido muy de cerca por Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, El Salvador y Honduras.

Informes de la DEA estiman que el tránsito anual de la droga por Costa Rica es de unas 300 toneladas, gran parte de la cual sigue su ruta por el resto de Centroamérica. "Estamos viviendo una explosión del negocio de la cocaína, el más rentable del mundo. En medio del pleito entre consumidores y productores a quienes está llevando el diablo es a los países que servimos de puntos de tránsito. Somos las grandes víctimas", advirtió en su momento, la entonces Ministra de Seguridad de Costa Rica, Laura Chinchilla.

En medio de esta creciente actividad del narcotráfico, Estados Unidos lanzó una ofensiva para que Costa Rica, Honduras y Nicaragua autoricen a naves artilladas norteamericanas

a patrullar y realizar capturas en aguas territoriales de estos países. Panamá, que mantiene tropas norteamericanas acantonadas en las riberas del canal, sí ejecuta ese plan con Estados Unidos; Guatemala realiza patrullajes conjuntos marítimos y terrestres -no aéreos-, en tanto que El Salvador, único país del istmo que no tiene salida al Caribe, trabaja en este tenor.

El problema al que nos enfrentamos, no es específicamente al combatir el actuar de estos grupos criminales, sino el detectar su modo de operar, sus redes internacionales y la penetración social con repercusión en la economía nacional. Todo ello implica complicidad, impunidad y participación de sectores alejados de las estrategias de desarrollo social por parte de los gobierno en turno.

El daño que ocasiona la delincuencia organizada, ya sea en el ámbito internacional como en el doméstico, se traduce en político, económico y social, por lo que nos acercamos a lo que establece Marcos Kaplan en su obra “El narcotráfico latinoamericano” que “la narco sociedad y la narco cultura” emergen de la narcoeconomía que incluyen a grupos de dirigentes y dirigidos.¹⁷

El delito de lavado de dinero surgió a la vida jurídica a raíz de la Convención de Viena en el año de 1988, con esta reunión se dieron los primeros pasos para establecer dentro de los marcos legales de los países participantes los capítulos referentes a su sanción y la manera de prevenirlo. Prevenir el lavado de dinero mediante una política de control monetario podría ser la antítesis de la salida de los capitales, sin embargo este delito ha cobrado un auge en el milenio naciente por que se asocia a la transportación física equiparable al narcotráfico.

Según declaraciones de Stanley E. Morris, Director de *Financial Crime Enforcement Network* (Fincen), la principal agencia estadounidense encargada de prevenir y detectar el blanqueo de dinero, ha asegurado, que México está muy cerca de convertirse en la nueva Panamá -aseveraciones de fin de siglo-. Para este funcionario los negocios se están realizando en la casas de cambio, en los bancos y en toda una red de instituciones financieras construidas con el beneplácito de gobiernos estatales.

Para el policía francés Andre Cuisset: “en el área clásica del crimen organizado, no hay trámites o circuitos típicos del blanqueo. Esta noción apareció en el desarrollo del tráfico de los estupefacientes e incluso en esta materia, el blanqueo se introduce en términos muy diferentes según la droga de que se trate”.¹⁸

¹⁷ KAPLAN, Marcos, *El narcotráfico latinoamericano y los derechos humanos*, Editorial Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1993, p. 111.

¹⁸ BAILEY, John y GODSON, Roy, op. cit. p. 140.

El delito se combate con ideas, con decisión y con trabajo cotidiano, con una reciprocidad entre sociedad y gobierno. La labor de todos los días nos destaca como una herramienta fundamental en todo este contexto delincencial, la prevención al delito. Prevenir, en nuestro ámbito es decomisar, asegurar, es ir a la reparación del daño que el crimen organizado comete contra la sociedad. Por ello destaca en nuestro planteamiento el principio rector de que solo con una mayor educación tendiente a una cultura social sana, lograremos controlar este fenómeno.

No olvidemos lo preceptuado por Daniel Bell en “El fin de las ideologías”, cuando nos habla de la mafia de Chicago y su transformación en la compra de lo que sería la industria del inmueble y de los casinos.

Por lo que hace al terrorismo, la conocida resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 13-73 establece una serie de obligaciones para los estados miembros que básicamente podemos sintetizar en la tipificación como delito, el financiamiento de acciones terroristas en otros países, el congelar sin dilación las cuentas y demás activos pertenecientes a personas involucradas en actos de terrorismo, el negar refugio a quienes financian, planifiquen, cometan o apoyen actos de terrorismo; el asegurar el enjuiciamiento de los terroristas, el proporcionar el máximo nivel de asistencia en materia de investigación y de procedimientos penales relacionados con la financiación y el apoyo a actos de terrorismo y el que los Estados miembros se adhieran, tan pronto como sea posible, a los convenios y protocolos internacionales en contra del terrorismo.

Por lo que hace a la tipificación del delito de financiamiento del terrorismo, también es una de las acciones que el estado mexicano ha emprendido para adecuar su legislación en esta materia y estar en sintonía con la recomendación 13-73 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Por otro lado, en cuanto al aseguramiento y congelamiento de los fondos de los terroristas, aquí es también importante señalar que el grupo de acción financiera en contra del lavado de dinero (GAFI), del cual México miembro de pleno derecho desde el año de 1999 y que si bien estaba enfocado fundamentalmente a contrarrestar el lavado de dinero derivado de las acciones de la delincuencia organizada, también hoy toma una vigencia importante en las recomendaciones que Organismo está llevando a cabo para combatir el lavado de dinero, derivado precisamente de acciones terroristas o de organizaciones terroristas. En Washington, el GAFI o FAT por sus siglas en inglés, realizó una sesión precisamente dedicada a ver de qué manera se amplían las 40 recomendaciones que se tienen establecidas contra el lavado de dinero, en materia de terrorismo.

La globalización conlleva fortaleza y debilidades, para unos y para otros en el predominio de los bloques económicos, sin embargo, la complejidad de la patología social, vista desde la óptica de la delincuencia organizada, también ha sido beneficiada de las redes tecnológicas y de los avances del desarrollo científico. Por ello, el trabajo internacional y de prevención al delito, continúa siendo una prioridad para la sanidad planetaria.

En este orden de ideas, el derecho penal frente a la delincuencia organizada multinacional, la acumulación de capitales de mafias y grupos emergentes, la inclusión de blanqueo de capitales en los sistemas financieros de los llamados paraísos fiscales, el facturaje clandestino y un cúmulo de hechos y eventos que no se dan a conocer a la opinión pública, como la compra de islas en el pacífico para ser depósito de drogas o las vías de para el comercio humano, por cuestiones de inteligencia como la conocida "lista Clinton", forman parte de un universo que solo la vocación internacional para combatir este tipo de delitos derivados del narcotráfico, fundamentalmente y de sus ganancias, habrá de erradicarlos. La pregunta es, donde queda la mediación penal para frenar, disuadir o controlar este tipo de conductas anómicas y delictivas de gran escala, pues las procuradurías de justicia son solo para gente pequeña, delincuentes de poca monta que no alteran la cosmogonía delincuencia multinacional.

El crimen organizado internacional genera alrededor de 870 mil millones de dólares, seis veces más de lo que se gasta en el mundo en ayuda al desarrollo y equivalente al siete por ciento de las exportaciones mundiales o el 1.5 por ciento del PIB mundial. Esta es la estimación de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), difundida esta semana en Viena durante una conferencia sobre la lucha contra el crimen organizado.

Los negocios ilegales más rentables son el narcotráfico, los productos falsificados, seguidos por otras actividades como la trata de personas, la venta ilegal de armas y delitos ambientales como el comercio ilegal de colmillo de elefante y maderas nobles. Si el crimen organizado fuera el PIB de un país sería una de las 20 mayores economías del planeta, equivalente más o menos a la riqueza que produce Holanda, explicó a Efe Yuri Fedotov, director ejecutivo de ONUDD. Estos delitos generan actividades como "el lavado de dinero y apoyan la violencia, la corrupción y, en algunos casos, el extremismo", agregó Fedotov¹⁹ quien reitera que el crimen organizado es un problema grave para la estabilidad y el desarrollo de regiones enteras.

Sólo el tráfico de drogas mueve unos 320 mil millones de dólares anuales, y la cocaína, con 85 mil millones, y los opiáceos, con 68 mil millones, son las dos sustancias que

¹⁹ www.infobae.com/.../1564867-el-crimen-organizado-genera-el-equivalente consultada el día 28 de abril de 2014.

más dinero generan. En el caso de la cocaína, la mayor parte del dinero se genera en Estados Unidos con 35 mil millones de dólares y Europa occidental con 26 mil millones, los dos mayores mercados de esta droga. Tras las drogas, las falsificaciones son las que más beneficios generan al crimen organizado con 250 mil millones de dólares y aunque la mayoría de esos productos son ropa y complementos, también se falsifican medicamentos que pueden ser un peligro para la salud.

"La avalancha de productos falsificados y pirateados está sangrando la economía, al generar comercio clandestino que despoja a los gobiernos de los ingresos necesarios para sufragar servicios públicos esenciales", indica la ONUDD en uno de sus documentos en el que expone ese problema.

La trata de personas para su explotación sexual o laboral es el cuarto negocio que más ingresos genera con al menos 32 mil millones de dólares y afecta a 2.4 millones de personas en el planeta, sobre todo a mujeres. "Si bien la forma más conocida de trata de personas es la explotación sexual, cientos de miles de víctimas también son objeto de trata con fines de trabajo forzoso, servidumbre doméstica, mendicidad infantil o extracción de órganos", alerta la ONUDD.

El tráfico ilegal de inmigrantes genera a las mafias cifras millonarias de al menos seis mil 600 millones de dólares, mientras que la venta ilegal de productos naturales, como flora y fauna silvestre es otro negocio muy lucrativo, con entre ocho mil millones y 10 mil millones de dólares. La venta ilegal de armas supone hasta unos mil millones de dólares para las mafias internacionales y alienta la violencia y la inestabilidad en zonas de conflicto. El robo de identidad en internet y otros ciberdelitos generan otros mil millones de dólares, mientras que la pornografía infantil produce otros 250 millones, indican los datos facilitados a Efe por la ONUDD.

Los expertos de la ONU consultados por Efe no tenían estimaciones propias sobre otros delitos, como el contrabando de patrimonio artístico, pesca ilegal o contrabando de combustible, aunque creen probable que esos delitos generen decenas de miles de millones de dólares para las mafias.

La ONUDD indica que hay que tomar estas cifras como estimaciones, pero que en conjunto sirven para hacerse una idea de las dimensiones del dinero que mueve el crimen organizado trasnacional. Estos datos indican que menos del uno por ciento del monto total del dinero que mueve el crimen organizado es intervenido y congelado por las autoridades. Los analistas también calculan que cada año se blanquean 1.6 billones de dólares en el mundo, equivalente al 2.7 por ciento del PIB mundial, y en parte son fondos procedentes de

actividades criminales. Continúa diciendo Fedotov que: "el lavado de dinero es una de las cosas que debe de afrontar de forma más significativa la comunidad internacional, ya que sin esta actividad el crimen organizado no podría reciclar sus beneficios".²⁰

El diplomático ruso indicó que en los nuevos objetivos de desarrollo de Naciones Unidas, que se deben adoptar en septiembre de 2015, se pondrá el acento en fortalecer el estado de derecho y la lucha contra la corrupción, lo que restaría poder a las mafias. La mejor manera de luchar contra esta forma de criminalidad, destaca el responsable de la ONUDD, es utilizar todo el potencial de la cooperación internacional para que "no haya ningún espacio en el que se sientan a salvo".

Datos que engendran una nueva visión, la magnitud de recursos que se mueven de un país a otro, de una economía a otra y que el derecho punitivo tradicional no ha sido capaz de modificar ese tipo de conductas, pues la sanción para el lavado de dinero simple es de diez años como se pudo apreciar con la condena del ex presidente Portillo de Guatemala.

La necesidad de un derecho internacional penal que legalice el consumo de drogas y que el estado se encargue de su regulación con la filosofía de que se trata de un problema de salud pública, de la no criminalización de las adicciones, de prevenir y sancionar el comercio humano, la pornografía infantil, la erradicación de venta de armas o el trueque de drogas por armas, en fin, un derecho capaz de resguardar el concepto de soberanía y de autodeterminación de los pueblos, mediante tratados internacionales que vinculen a la sociedad a un espacio donde la equidad sea un bien tangible y eso se logrará cuando la corrupción, simulación e impunidad desaparezcan de oficinas públicas y privadas donde los temas de seguridad y de terrorismo se comprometan con el tema de blanqueo de activos como la fase terminal de la delincuencia multinacional.

Bajo este contexto, vale la pena rescatar los trabajos desarrollados por el colega Raúl Cervini en materia de derecho penal económico y la relación que existen entre los diferentes organismos internacionales y los poderes de la Unión, para alienarse en este mismo sentido y tener como resultado un nuevo Código Penal para la República Oriental del Uruguay, que absorbe estos desafíos de la ciencia penal.²¹

Dicho de otra manera, cuando el crimen organizado pierda sus ganancias, sean incautadas sus propiedades, asegurados sus recursos, privados de la libertad, en ese momento

²⁰ <http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/internacional/crimen-organizado-mueve--870-000-millones--1-5--de.aspx>, Consultada el día 28 de abril de 2014.

²¹ Cfr. CERVINI SÁNCHEZ, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel, *Responsabilidad penal de los profesionales jurídicos. Los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal*, Editorial La ley Uruguay, Montevideo, Uruguay, 2010.

este tipo de delitos y actividades serán parte de una historia común que dio paso a una nueva sociedad.

Así en este devenir conceptual, la mediación frente al universo de la legislación internacional favorece la cultura de los derechos humanos, para estar de esa manera en sintonía con los organismos internacionales cuya existencia se determina para esos fines, empero para delitos de alto impacto, aún a pesar de los esfuerzo de naciones como Francia o los propios Estados Unidos de Norteamérica, son solo enunciativos de un deber ser, verbigracia, “The Patriot Act”.

D) LA CONVENCION DE MÉRIDA (CONTRA LA CORRUPCIÓN)

La corrupción es un mal que no es ajeno a ningún país en el mundo y que facilita el desarrollo de actividades criminales, sin embargo, tenemos que empezar a reconocer que no sólo existe la corrupción en el sector público, sino también en el privado. Por lo que respecta al primer caso, se pueden dar alianzas con la delincuencia debido a que “es una de las amenazas más peligrosas para la calidad de vida en el mundo contemporáneo es al mismo tiempo vieja y nueva. Se trata de la colaboración del establishment político con el hampa: el nexo político-criminal (npc). Esta activa asociación socava cada vez más el imperio de la ley, los derechos humanos y el desarrollo económico en muchas partes del mundo.”²²

El primer antecedente internacional en la lucha contra la corrupción fue en 1977 en Estados Unidos con la *Foreign Corrupt Practices Act*, por medio de la cual urgían a los demás países a sancionar la corrupción en el ámbito comercial.

Otros instrumentos internacionales, anteriores a la Convención contra la Corrupción celebrada en México en 2003, son:

- La Convención de la Unión Europea sobre la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea y sus dos protocolos (acerca de la corrupción pública) de 1995.
- La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996.
- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de 1997.
- La Convención de la Unión Europea para la lucha contra el Cohecho de Funcionarios de la Comunidad Europea o de Funcionarios de los Estados miembros de 1997.

²² BAILEY, John y GODSON Roy, op. cit., p. 37.

- Las Disposiciones comunes de la Unión Europea contra la Corrupción en el Sector Privado de 1998.
- La Convención Jurídico-Civil y Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa de 1999.⁹⁷

Se estima actualmente que la corrupción afecta la economía de los estados, arruina el libre comercio y ahuyenta a los inversionistas. Según un estudio del Banco Mundial más de 60 naciones en desarrollo califican a la corrupción como el mayor obstáculo para que sus países se desarrollen y crezcan económicamente, asimismo, señala que el pago de sobornos a los funcionarios públicos representa un alto costo para las empresas, lo que las mueve a declarar a las autoridades menores ventas, costos y nómina, para pagar menos impuestos.

Por supuesto que el estado pierde una cantidad sustancial de sus ingresos y las personas de ingresos medios tienen que pagar mayores impuestos para generarle al estado mayores recursos y las personas que reciben menores ingresos se ven afectadas por la reducción de beneficios sociales.

La delincuencia organizada usa la corrupción para aumentar su participación en los mercados ilegales al comprar la protección de las autoridades y ordenar la persecución de sus competidores. Por otra parte, permite a las organizaciones de delincuentes que actúan mediante la corrupción, cometer ejecuciones o “levantones” y permanecer impunes, creando una situación de inseguridad y de violencia.

Uno de los mejores métodos para reducir la corrupción es permitir el acceso a la información, incluso la contable, y establecimiento de un organismo de vigilancia o de auditoría, como lo es el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, que implementa programas para combatirla en el plano nacional. En el ámbito internacional la lucha contra la corrupción ha sido también impulsada por varios tratados internacionales que fueron aprobados por las Naciones Unidas, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Consejo de Europa, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización de Estados Americanos (OEA), los cuales buscan reforzar y armonizar las normas comerciales, ambientales y fiscales para eliminar los resquicios legales que podrían hacer posible la corrupción.

Además, en 1999 el Centro para la Prevención Internacional del Delito puso en marcha un programa mundial contra la corrupción, mediante el cual se está ayudando a los países a evaluar las medidas nacionales contra las prácticas corruptas y a capacitar a los en-

cargados de la adopción de políticas, los jueces, los fiscales, los encargados de hacer cumplir la ley y al sector financiero.

Por otra parte, en la Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, de 1996, se insta tanto al sector privado como al sector público a cumplir con las leyes y normas de las naciones donde realizan negocios y a tener en cuenta las consecuencias de sus actos sobre el desarrollo económico y social y el medio ambiente. Asimismo, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se tipificaron como delitos los actos de corrupción vinculados con los grupos de delincuencia organizada.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas reconoció en su resolución 55/61 (4 de diciembre de 2000), que sería conveniente contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, que fuera independiente de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y después de siete períodos de sesiones del Comité Especial, entre el 21 de enero de 2002 y el 1 de octubre de 2003,²³ se terminó el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁴ aprobado en Mérida, Yucatán el 8 de diciembre de 2003²⁵ (a la fecha ha sido firmada por 137 países y ratificada por 37), cuyo preámbulo manifiesta, que los Estados Parte, reconocen la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, así como también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero. A continuación señalamos algunas de las cuestiones más relevantes que aborda:

1. Finalidad. El objetivo de la Convención es promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, con la cooperación internacional y la asistencia técnica para la recuperación de activos; así como promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.
2. Ámbito de aplicación. La Convención se aplicará de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y

²³ <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corruccion/intro.htm#>, consultada el día 30 de abril de 2014.

²⁴ http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corruccion/docs/convencion_contra_corruccion.pdf, consultada el día 30 de abril de 2014.

²⁵ www.sre.gob.mx/substg/onu/doc.htm, consultada el día 30 de abril de 2014.

al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la Convención.

3. Protección de la soberanía. Los estados cumplirán sus obligaciones en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial así como de no intervención en los asuntos internos de otros estados.
4. Medidas preventivas. Señala también diversas medidas preventivas, como el establecimiento de códigos de conducta para funcionarios públicos, principalmente en la contratación pública y gestión de la Hacienda Pública. Además, de conformidad con los principios fundamentales de cada derecho interno, se adoptarán las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en la administración pública, razón por la cual se creó el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI).

También se proponen medidas tendientes a evitar la corrupción en el poder judicial, el ministerio público y en el sector privado, mejorando las normas contables y de auditoría; para prevenir los conflictos de intereses, se considera que se deben imponer restricciones a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo.

Indicador de Transparencia Presupuestaria en los países de la OCDE, 2013:

- Alrededor del 95% de países miembros de la OCDE ponen a disposición del público, los objetivos de política fiscal a mediano plazo, las propuestas presupuestales y los presupuestos aprobados, y cerca del 80% de estos utilizan una metodología y supuestos económicos para el establecimiento de las proyecciones fiscales.
- Cerca del 60%, utiliza modelos de análisis de sensibilidad macroeconómica y fiscal, para estimar escenarios, y un poco menos del 50% de los miembros permite la revisión y/o el análisis a ciudadanos independientes, un poco más del 40% presenta un proyecto presupuestal, para su análisis. Finalmente más del 40% exhibe a la consideración de los ciudadanos, perspectivas a largo plazo en ingresos y gastos.
- Ningún país miembro de la OCDE, cumple con todos los puntos de la información presupuestaria disponible, excepto Rusia, (país invitado) cumple al 100% todos los puntos referidos.

- México cumple en 6 de 9 puntos necesarios para la adecuada disponibilidad de la información presupuestal.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) presentó en noviembre de 2013, la publicación *Government at a Glance 2013* (Panorama de las Administraciones Públicas 2013). El estudio, que fue publicado inicialmente en 2009, en esta edición mide el desempeño de 33 países miembros de la organización y un invitado (Rusia), con la finalidad de mejorar su eficiencia y eficacia; se utilizaron indicadores orientados, entre otros aspectos para comparar datos sobre prácticas de gestión pública relacionadas con la transparencia presupuestaria. Su frecuencia de publicación es bienal.

El objetivo de este indicador es mostrar y comparar las prácticas, actividades y desempeño gubernamental de los países de la OCDE, para garantizar la transparencia en el proceso presupuestario, la divulgación y la accesibilidad de la información fiscal y presupuestaria clave, y asegurar la mejor asignación de los recursos públicos, el cumplimiento de los resultados de las políticas públicas, reduciendo el riesgo de fraude, corrupción y malversación de fondos públicos. De acuerdo con dicha organización, la crisis financiera y económica que comenzó en 2008 y afectó a la mayoría de sus países miembros, han reabierto el debate sobre el papel del estado en cómo y dónde se debe intervenir para lograr que sus objetivos de políticas públicas se lleven a cabo.

Asimismo, subraya que en la medida que el presupuesto del Ejecutivo sea ventilado en los diferentes medios de comunicación masiva y más aún, analizado por las instancias institucionales que se rigen al respecto bajo los matices de las comisiones del Congreso de la Unión, la rendición de cuentas y su transparencia formarán parte de un ejercicio presupuestal sano.

Los datos se refieren al año 2012 y se basan en las respuestas de los países a las preguntas de la Encuesta de 2012 de la OCDE Sobre el Proceso Presupuestario, sus Prácticas y Procedimientos. Los encuestados fueron principalmente los altos funcionarios encargados del presupuesto en los países miembros de la OCDE. Las respuestas representan las propias evaluaciones de los países de las prácticas y los procedimientos actuales. Los datos se refieren únicamente a los gobiernos centrales/federales y excluyen las prácticas presupuestarias en los niveles estatales/locales.

En el capítulo VIII de *Open and Inclusive Government* (gobierno abierto e incluyente), la OCDE menciona que los ciudadanos esperan de su gobierno apertura e inclusión, un enfoque sistémico y comprensivo para institucionalizar una comunicación bidireccional

con las partes interesadas, proporcionar información útil, y fomentar la interacción como los medios, mejorar la transparencia, responsabilidad y el compromiso. Asimismo, señala la importancia de la apertura en la transparencia presupuestaria, de cómo en el presupuesto federal, los objetivos de política son reconciliados e implementados en términos monetarios.

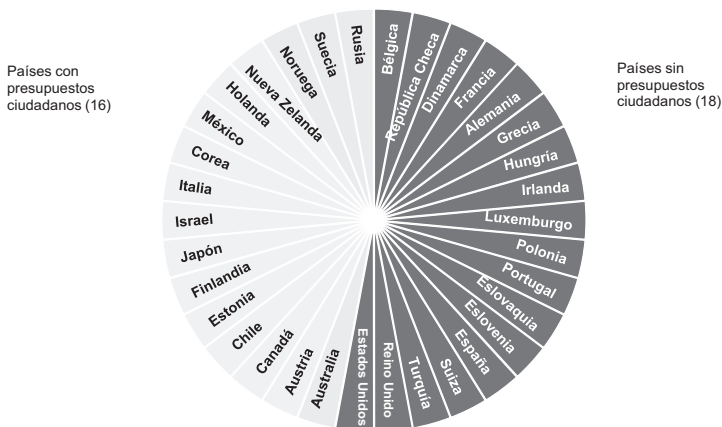
Este capítulo incluye el análisis de los aspectos siguientes:

- Apertura de bases datos de los gobiernos.
- Conflicto de intereses y divulgación de activos.
- Transparencia presupuestaria.
- Elaboración de políticas inclusivas.

De acuerdo con el referido estudio, 18 países no cuentan con presupuestos ciudadanos: Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Eslovaquia, España, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos.

Por el contrario Australia, Austria, Canadá, Chile, Estonia, Finlandia, Japón, Israel, Italia, Corea, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Suiza y Rusia, cuentan con presupuestos ciudadanos, como se muestra en la gráfica siguiente:

USO DE PRESUPUESTOS CIUDADANOS EN LOS PAÍSES INTEGRANTES DE LA OCDE, 2012



FUENTE: OECD (2013), Government at a Glance 2013.²⁶

²⁶ http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2013, consultada el día 02 de mayo de 2014.

De acuerdo a la OCDE, los resultados de la encuesta arrojaron que alrededor del 95% de países miembros ponen a disposición del público, los objetivos de política fiscal a mediano plazo, las propuestas presupuestales y los presupuestos aprobados, y alrededor del 80% de estos utilizan una metodología y supuestos económicos para el establecimiento de las proyecciones fiscales. Cerca del 60% utiliza modelos de análisis de sensibilidad macroeconómica y fiscal, para estimar escenarios, y un poco menos del 50% de los miembros permite la revisión y/o el análisis a ciudadanos independientes, un poco más del 40% presenta un proyecto presupuestal, para su análisis. Finalmente más del 40% presenta a la consideración de los ciudadanos, perspectivas a largo plazo en ingresos y gastos.

Se observa que ningún país miembro de la OCDE, cumple con todos los puntos de la información presupuestaria disponible, excepto Rusia (país invitado) cumple al 100% todos los puntos referidos.

Por su parte México se observa que cumple 6 de los 9 puntos necesarios para la correcta disponibilidad de la información presupuestaria. Como se puede observar en el cuadro comparativo siguiente:

INFORMACIÓN PRESUPUESTARIA, PUBLICAMENTE DISPONIBLE EN LOS PAÍSES DE LA OCDE, 2012

Países	Objetivos de Política Fiscal a mediano plazo	Propuesta presupuestal	Presupuesto aprobado	Metodología y supuestos económicos para el establecimiento de las proyecciones fiscales	Análisis de sensibilidad de Modelos Macroeconómicos y Fiscales	Ciclo presupuestal	Revisiones/análisis independientes	Proyecto presupuestal	Perspectiva a largo plazo en ingresos y gastos totales
Australia	●	●	●	●	●	○	○	x	●
Austria	●	●	●	●	○	○	●	x	●
Bélgica	●	●	●	●	x	●	●	x	x
Canadá	●	●	●	●	●	X	●	x	●
Chile	●	●	●	●	○	●	X	●	x
República Checa	●	●	●	●	●	○	●	x	○
Dinamarca	●	●	●	●	○	○	○	x	x
Estonia	●	●	●	●	●	○	○	●	x
Finlandia	●	●	●	●	○	●	X	x	●
Francia	●	●	●	●	●	●	●	●	○
Alemania	●	●	●	●	●	○	●	x	●
Grecia	●	●	x	○	x	○	X	●	x
Hungría	●	●	●	●	○	○	○	○	x
Irlanda	●	●	●	●	●	●	●	●	x
Israel	●	●	●	●	○	○	○	●	x
Italia	X	●	●	●	●	●	●	x	x
Japón	●	●	●	●	●	●	X	●	●
Corea	●	●	●	○	○	●	●	x	x
Luxemburgo	●	●	●	●	●	○	○	●	●
México	●	●	●	●	●	○	X	●	x
Holanda	●	●	●	●	●	○	●	x	●
Nueva Zelanda	●	●	●	●	●	○	○	●	●
Noruega	●	●	●	○	○	●	○	x	x

Países	Objetivos de Política Fiscal a mediano plazo	Propuesta presupuestal	Presupuesto aprobado	Metodología y supuestos económicos para el establecimiento de las proyecciones fiscales	Análisis de sensibilidad de Modelos Macroeconómicos y Fiscales	Ciclo presupuestal	Revisiones/análisis independientes	Proyecto presupuestal	Perspectiva a largo plazo en ingresos y gastos totales
Polonia	●	●	●	●	●	●	○	x	x
Portugal	●	●	●	○	●	●	●	●	x
Eslovaquia	●	●	●	○	○	●	●	x	x
Eslovenia	○	●	●	●	●	●	X	○	●
España	●	●	●	○	○	●	●	○	x
Suecia	●	●	●	●	●	○	●	●	●
Suiza	●	●	●	●	●	○	X	x	●
Turquía	●	●	●	●	○	●	○	●	○
Reino Unido	●	○	●	●	●	x	●	●	●
Estados Unidos	●	●	●	●	●	●	X	x	●
Rusia	●	●	●	●	●	●	●	●	●
OCDE Total									
● Disponible	31	32	32	27	20	17	16	14	14
○ No disponible	1	0	0	6	11	14	9	3	3
x No aplica	1	1	1	0	2	2	8	16	16

FUENTE: OECD (2013), Government at a Glance 2013.²⁷

ÍNDICE DELICTIVO 2013

- La percepción del delito en 2012 en México fue de 75.1 puntos, inferior a lo reportado en 2010 d 79.2 puntos.
- Entre los delitos del fuero común que disminuyeron en 2012 estuvieron las lesiones, homicidio y el abuso de confianza.

El Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC) publicó en mayo de 2013 el documento *8 Delitos Primero, Índice Delictivo CIDAC*, con el propósito de presentar investigaciones y propuestas para el desarrollo de México en el mediano y largo plazo. Los datos se presentaron actualizados a diciembre de 2012.

El Índice Delictivo CIDAC 2013, presenta el impacto que genera cada delito en la percepción de la inseguridad de los ciudadanos. El CIDAC consideró que esta es una forma de medir el crimen a partir de la información que el individuo percibió en la entidad federativa donde residen: la victimización personal y familiar y los crímenes violentos o sin violencia.

El CIDAC considera de gran importancia la percepción de la población sobre la inseguridad, ya que la población toma en cuenta la información sobre crímenes pasados y genera una expectativa de riesgo que modifica sus decisiones en el presente y futuro. La persona evalúa el impacto de un delito futuro en su vida y lo jerarquiza respecto a otros delitos.

²⁷ Ibídem.

La metodología consistió en diseñar dos modelos, uno teórico y otro econométrico, en los cuales consideró tres elementos de análisis:

1. La incidencia delictiva: determina el número de delitos que sucedieron en una zona o región y el tipo. La incidencia delictiva es igual al número de delitos denunciados más los delitos no denunciados o cifra negra.
2. La percepción de inseguridad, proveniente de las encuestas de victimización: Es el porcentaje de la población de 18 o más años que siente que su entidad es insegura.

La fuente de datos son las encuestas de victimización 2005, 2008, 2010, 2011 y 2012 (ENSI-3, 4, 5, 6 y 7) del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A.C. (INCESI), la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) del INEGI y las denuncias del fuero común a partir del Sistema Nacional de Seguridad Pública de 1997 a 2012.

3. Los fallecimientos u homicidios ocurridos por presunta rivalidad delincuenciales en México, que excluye a los fallecimientos ocurridos por presunta rivalidad delincencial.

El CIDAC consideró medir localmente la incidencia de los delitos, por lo que los delitos del fuero federal fueron excluidos en la construcción del índice. Se consideraron dos modelos el teórico y el econométrico:

1. El modelo teórico tuvo tres objetivos: establecer los delitos que efectivamente impactan en la seguridad, medir el impacto y medir su grado de afectación en la seguridad de cada entidad federativa.
2. El modelo econométrico consideró como variable dependiente la percepción de la seguridad, 29 variables independientes (14 de robo, 2 de lesiones, 2 de despojo y 11 de distintas tipologías del delito), y agregó una variable independiente que construyó a partir de lo observado en el sexenio 2006-2012 (variable *dummy* o ficticia) y el PIB per cápita fue empleado como variable de control.

Al realizar dos regresiones una regresión con errores estándar corregidos para panel, y de mínimos cuadrados generalizados factibles (este último presentó heterocedasticidad, autocorrelación y correlación contemporánea en los residuales, por lo que el CIDAC optó por

utilizar el modelo de panel, debido a que en él los errores estándar son menores) se especificó un modelo base, con la variable dependiente, 15 independientes y la *dummy*. Cabe señalar que la variable *dummy* de la gestión durante el sexenio 2006-2012 fue significativa y provocó impacto de 5.9% en la percepción de inseguridad.

Finalmente se realizaron dos regresiones al modelo base para analizar el peso de cada variable independiente en su capacidad predictiva (donde el peso de cada variable es el coeficiente de cada variable de la regresión). Con esta última regresión se diseñó el índice, el cual se presentó en una escala de 0 a 100, donde valores altos representan niveles del delito bajo, mientras que valores cercanos a 0 un nivel del delito elevado.

Las entidades federativas mejor posicionadas (menor nivel del delito) durante el 2012 fueron Baja California Sur, Tlaxcala y Querétaro con 96.7, 95.6 y 94.8 puntos, respectivamente, mientras que Guerrero, Tamaulipas y Morelos son las peor posicionadas (mayor nivel del delito) con 16.3, 25.5, y 43.0 puntos, en ese orden. El promedio nacional se ubicó en 75.1 puntos, situando a 19 entidades por encima del promedio (59.4%) y 13 entidades por debajo (40.6%).

ÍNDICE DELICTIVO CIDAC 2012

Entidad Federativa	2010		2012			Cambio de posición 2010 vs 2012
	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Tipo de afectación	
Baja California Sur	3	96.1	1	96.7	Moderada	Mejóro
Tlaxcala	1	99.0	2	95.6		Empeoró
Querétaro	4	95.9	3	94.8		Mejóro
Yucatán	2	96.6	4	94.7		Empeoró
Campeche	5	93.8	5	94.4		Mejóro
Sonora	6	92.7	6	91.9		Mejóro
Aguascalientes	13	86.2	7	91.4		Mejóro
Chiapas	15	84.3	8	90.8		Mejóro
Hidalgo	17	81.4	9	88.6		Mejóro

Entidad Federativa	2010		2012			Cambio de posición 2010 vs 2012
	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Tipo de afectación	
Puebla	9	90.4	10	86.8	Media	Empeoró
Baja California	25	75.5	11	86.4		Mejóro
Guanajuato	18	81.4	12	84.3		Mejóro
Estado de México	23	77.7	13	83.4		Mejóro
Veracruz	7	91.9	14	82.2		Empeoró
Coahuila	27	65.7	15	81.6		Mejóro
Colima	10	89.8	16	78.7		Empeoró
Jalisco	12	88.2	17	77.7	Grave	Empeoró
Distrito Federal	21	78.7	18	77.3		Empeoró
Zacatecas	16	82.3	19	75.5		Mejóro
Oaxaca	22	77.7	20	73.5		Mejóro
San Luis Potosí	14	85.0	21	71.6		Empeoró
Tabasco	19	80.0	22	69.0		Empeoró
Nuevo León	11	89.1	23	69.0		Empeoró
Sinaloa	24	77.5	24	68.5	Mejóro	
Quintana Roo	29	64.0	25	68.2	Severa	Mejóro
Nayarit	8	91.2	26	67.5		Empeoró
Chihuahua	31	34.8	27	67.2		Mejóro
Durango	30	37.5	28	58.6		Mejóro
Michoacán	32	32.4	29	52.0		Mejóro
Morelos	28	65.5	30	43.0		Empeoró
Tamaulipas	20	79.7	31	25.5		Empeoró
Guerrero	26	72.0	32	16.3	Empeoró	
Promedio		79.2		75.1		

FUENTE: Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., 8 Delitos primero, Índice delictivo, CIDAC, 2013.²⁸

En 2012 mejoraron su posición 18 entidades (56.3%) con respecto del 2010, mientras que 14 entidades (43.7%) empeoraron su posición. El promedio nacional del 2012 disminuyó un 5.18%, pasando de 79.2 a 75.1 puntos.

²⁸ cidac.org/esp/uploads/1/Indice_Delictivo_CIDAC_2012._8_delitos_prim, consultada el día 02 de mayo de 2014.

El CIDAC consideró la existencia de 33 tipos de delitos, y con su metodología para la construcción del índice, identificó 8 delitos que consideró son los de mayor impacto en la percepción de inseguridad, los cuales son: el robo con y sin violencia de vehículos, el robo con y sin violencia de transeúntes, violación, homicidio doloso, secuestro, lesión con arma blanca y extorsión.

AFECTACIONES POR LA INSEGURIDAD POR TIPO DE DELITO, POSICIÓN 2012

(Posiciones nacionales por entidad federativa y tipo de delito)

Entidad federativa	Posición 2012	Secuestro	Homicidio	Lesión dolosa con arma blanca	Extorsión	Robo a Transeúnte		Robo de vehículo	
						con violencia	sin violencia	con violencia	sin violencia
Ponderación en la regresión (%)	100	60.14	22.19	8.53	5.61	1.04	1.09	1.02	0.37
Baja California Sur	1	10	21	6	20	25	29	10	32
Tlaxcala	2	5	5	10	1	16	8	13	9
Querétaro	3	6	7	8	7	14	14	12	15
Yucatán	4	1	1	30	8	19	1	2	2
Campeche	5	7	9	7	6	7	12	4	1
Sonora	6	4	22	2	5	2	4	8	19
Aguascalientes	7	3	3	27	25	23	32	11	25
Chiapas	8	9	13	19	11	12	10	14	4
Hidalgo	9	14	2	11	9	6	21	7	13
Puebla	10	11	12	20	24	29	9	17	10
Baja California	11	2	4	3	22	10	7	5	12
Guanajuato	12	8	16	28	29	5	13	16	14
Estado de México	13	16	8	22	3	30	26	32	27
Veracruz	14	19	10	23	16	13	18	18	5
Coahuila	15	12	24	12	10	26	31	22	17
Colima	16	13	28	13	4	1	20	1	29
Jalisco	17	20	18	24	23	17	22	19	18
Distrito Federal	18	15	11	26	31	31	25	26	24
Zacatecas	19	22	15	25	18	8	11	24	30
Oaxaca	20	25	14	9	15	24	30	9	7
San Luis Potosí	21	23	17	29	27	18	24	21	6
Tabasco	22	28	6	1	21	32	2	3	8
Nuevo León	23	24	26	5	17	28	27	30	20

Entidad federativa	Posición 2012	Secuestro	Homicidio	Lesión dolosa con arma blanca	Extorsión	Robo a Transeúnte		Robo de vehículo	
						con violencia	sin violencia	con violencia	sin violencia
Ponderación en la regresión (%)	100	60.14	22.19	8.53	5.61	1.04	1.09	1.02	0.37
Sinaloa	24	17	30	17	14	4	5	31	22
Quintana Roo	25	21	20	31	32	20	28	6	3
Nayarit	26	26	23	18	2	3	3	15	11
Chihuahua	27	18	31	15	12	11	17	25	28
Durango	28	27	27	21	13	15	16	23	16
Michoacán	29	30	19	14	28	9	23	20	21
Morelos	30	29	29	4	30	27	19	27	23
Tamaulipas	31	32	25	16	19	22	15	29	31
Guerrero	32	31	32	32	26	21	6	28	26

FUENTE: Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., 8 Delitos primero, Índice delictivo, CIDAC 2013.²⁹

El CIDAC determinó que no todos los delitos causan el mismo daño o generan el mismo impacto en la percepción de las personas. De acuerdo con los resultados obtenidos, los que mayor peso (ponderación) son el secuestro 60.14% y el homicidio 22.19%, que juntos representan el 82.33% de las variaciones del índice.

En secuestro, Yucatán, Baja California Sur y Aguascalientes fueron las entidades federativas con las tres primeras posiciones (índice de secuestro bajo); y Tamaulipas, Guerrero y Michoacán ocuparon las tres últimas posiciones nacionales (índice de secuestro alto).

En homicidios las entidades en mejor posición (índice de homicidio bajo) fueron Yucatán, Hidalgo y Aguascalientes, mientras que las peor posicionadas fueron Guerrero, Chihuahua y Sinaloa (índice de homicidio alto).

En el Sexto Informe de Gobierno 2012 de la Presidencia de la República, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Unión en septiembre de 2012, en el apartado “Estado de Derecho y Seguridad” se mostraron las estadísticas de los posibles hechos delictivos del fuero común: robo, lesiones, homicidio, daño en propiedad ajena, violación, secuestro, fraude y estafa y abuso de confianza, principalmente.

Los posibles hechos delictivos denunciados del fuero común presentaron las mayores tasas de crecimiento en 2007 (7.9%) en 2001 (7.5%) y en 2006 (3.9%) con respecto al año

²⁹ *Ibidem.*

previo; en contraparte las tasas más bajas se registraron en 2012 (-50.3%), 1998 (-7.7%) y en 2000 (-3.7).

En el periodo 1997 a 2012, se observó una baja en las tasas de los posibles hechos delictivos del fuero común, siendo las lesiones (-4.9%), el homicidio (-4.0%) y el abuso de confianza (-3.9%) los delitos que registraron las tasas más bajas.

POSIBLES HECHOS DELICTIVOS DENUNCIADOS DEL FUERO COMÚN (Personas)

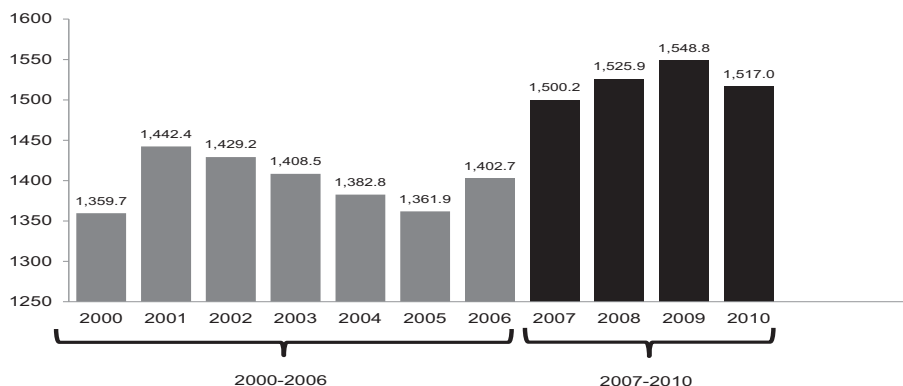
Año	Robo	Lesiones	Homicidio	Daño en propiedad ajena	Violación	Secuestro	Fraude y estafa	Abuso de confianza	Otros delitos	Total	Tasa de crecimiento (%)
1997	582,740	228,871	35,341	105,034	11,664	n.d	43,929	21,202	462,142	1,490,923	
1998	593,281	242,144	34,444	139,642	11,315	n.d	50,165	22,982	281,662	1,375,635	-7.7
1999	563,941	248,643	33,242	134,205	11,492	n.d	47,258	23,125	328,561	1,390,467	1.1
2000	509,729	253,525	31,669	126,743	13,264	591	48,133	21,708	333,111	1,338,473	-3.7
2001	535,964	258,783	31,185	140,890	12,971	505	52,361	22,523	383,153	1,438,335	7.5
2002	514,551	253,972	29,140	151,477	14,373	433	60,122	24,073	394,085	1,442,226	0.3
2003	515,122	247,906	28,330	146,985	13,996	413	61,970	24,078	397,869	1,436,669	-0.4
2004	514,922	246,338	26,530	152,118	13,650	323	59,956	22,436	388,048	1,424,321	-0.9
2005	515,916	239,166	25,780	153,706	13,550	325	56,822	22,372	388,044	1,415,681	-0.6
2006	545,232	245,507	27,551	161,930	13,894	595	58,084	22,674	395,634	1,471,101	3.9
2007	610,730	261,295	25,133	165,860	14,199	438	60,639	22,421	426,315	1,587,030	7.9
2008 ^{pl}	656,877	250,932	28,018	156,145	14,078	907	58,261	21,984	440,662	1,627,864	2.6
2009 ^{pl}	680,566	244,616	31,546	149,986	14,771	1,162	69,494	23,015	450,636	1,665,792	2.3
2010 ^{pl}	737,559	230,400	35,794	144,222	14,903	1,236	69,954	22,691	447,340	1,704,099	2.3
2011 ^{pl}	750,590	211,821	37,423	131,199	14,978	1,327	64,331	22,161	457,128	1,690,958	-0.8
2012 ^{pl}	360,510	102,721	18,252	60,958	7,176	606	31,028	11,192	248,070	840,513	-50.3
Cambio % 1997-2012	-3.0	-4.9	-4.0	-3.3	-3.0	n.a.	-2.1	-3.9	-3.8	-3.5	

FUENTE: Presidencia de la República. Sexto Informe de Gobierno, 2012.

La menores tasas de incidencia de los posibles hechos delictivos del fuero común por cada 100,000 habitantes se registraron en los años 2000 (1,359.7), 2005 (1,361.9) y 2004 (1,382); mientras que en 2009 (1,548.8), 2008 (1,525.9) y 2010 (1,517.0) se reportaron las tasas más altas.

INCIDENCIA DE POSIBLES HECHOS DELICTIVOS DENUNCIADOS EN EL FUERO COMÚN, 2000-2010

(Tasa por cada 100,000 habitantes)

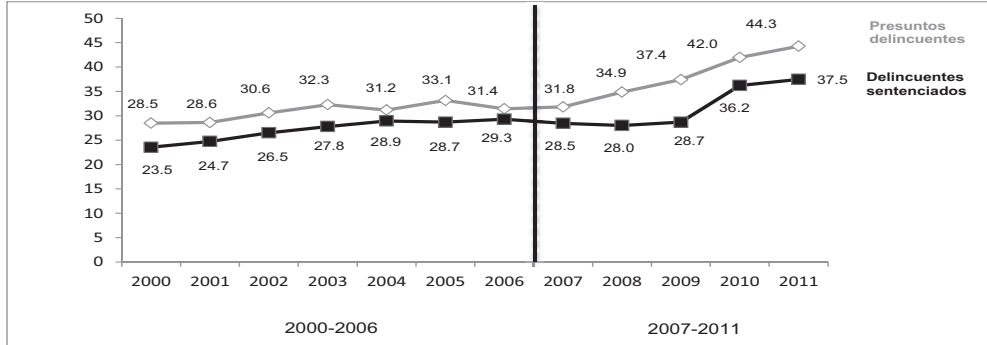


FUENTE: Presidencia de la República. Sexto Informe de Gobierno, 2012.

Respecto de los delitos del fuero federal (en la modalidad de robo, lesiones, daño en las cosas, homicidio, fraude, Ley Federal de Armas de Fuego, en materia de narcóticos y otros), la Presidencia de la República presentó estadísticas sobre los presuntos delincuentes y los delincuentes sentenciados, siendo en 2006 cuando se presentó la menor diferencia entre los presuntos delincuentes (31.4 miles de personas) y los delincuentes sentenciados (31.4 miles de personas) de 2.1 miles de personas; en contraparte, en 2009 la diferencia fue de 8.7 miles de personas (37.4 presuntos delincuentes y 28.7 delincuentes sentenciados).

PRESUNTOS DELINCUENTES Y DELINCUENTES SENTENCIADOS POR PRINCIPALES TIPOS DE DELITO DEL FUERO FEDERAL, 2000-2011

(Miles de personas)

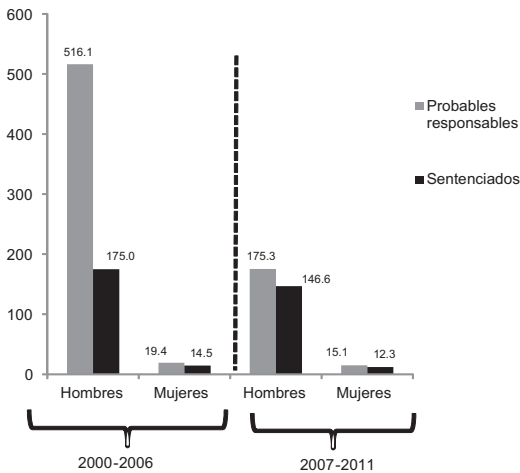


FUENTE: Presidencia de la República. Sexto Informe de Gobierno, 2012.

Del periodo 2000-2006 de los 516.1 miles de presuntos delincuentes del sexo masculino fueron sentenciados 175.0 mil, es decir, el 33.9%, mientras que en el periodo 2007 a 2011 de los 175.3 miles de hombres presuntos delincuentes, 146.6 miles fueron sentenciados (83.6%). Para los mismos periodos, las mujeres presuntas delincuentes, fueron sentenciadas el 74.7% y el 81.4%, respectivamente.

PROBABLES RESPONSABLES Y SENTENCIADOS POR PRINCIPALES TIPOS DE DELITO DEL FUERO FEDERAL, SEGÚN SEXO.

(Miles de personas)



FUENTE: Presidencia de la República. Sexto Informe de Gobierno, 2012.³⁰

³⁰ *Ibidem.*

7.

LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

La extinción de dominio como pena para los delitos clasificados como delincuencia organizada, se basan en un carácter real de contenido patrimonial y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido. El ejercicio de la acción de extinción de dominio se sustentará en la información que recabe el ministerio público cuando se haya iniciado la carpeta de investigación o averiguación previa, según el caso así como el procedimiento penal que de acuerdo a los criterios normativos de cada país, responden a su particularidad.³¹

La acción de extinción de dominio se ejercerá, aún cuando no se haya determinado la responsabilidad penal del responsable del ilícito, ya que por su naturaleza jurídica y de carácter más tendiente al derecho privado, éste mecanismo operara como una medida que adopta el estado para garantizar la reparación del daño a la sociedad cuando se cometan delitos de esa naturaleza; fundamentalmente los vinculaos al tráfico de drogas, armas, órganos, comercio humano, blanqueo de activos; básicamente.

En el caso mexicano, este precepto se condensa en la fracción II del artículo 22 constitucional que a la letra dice:

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas.

Mientras tanto la delincuencia organizada se basa en una estructura jerárquica vertical y rígida con dos o tres rangos máximos y permanentes de autoridad; alberga una permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; emplea el uso de violencia extrema y medios de corrupción, como resultados conocidos y aceptados para el cumplimiento de sus objetivos; y opera bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores.

Cabe señalar que la misma constitución en su numeral 14 establece que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, que debe de haber previamente un juicio y una sentencia que indique que el indiciado es culpable para confiscar sus bienes, sin embargo;

³¹ MONTERO ZENDEJAS, Daniel, "La delincuencia organizada trasnacional, en la óptica del fenómeno del blanqueo de recursos de procedencia ilícita. Lavado de dinero", en *Derecho penal, derecho penal económico 2012-2*, enero, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2013, p. 335.

por considerar aspectos de interés general proceden medidas cautelares como es el caso del embargo precautorio y otras más para preservar el espíritu del legislador.

En este orden de ideas y en congruencia con lo anteriormente señalado, la extinción de dominio aparece en antaño, como una medida integral impuesta por medio del procedimiento establecido por el estado como un castigo impuesto para aquellos que violentaban el orden y las reglamentaciones de su tiempo a nombre de todos los miembros de la comunidad. Posteriormente, este concepto de pena ya en la época de la ilustración, quedará supeditado al principio de legalidad penal, el más grande avance que se hacía para limitar el poder estatal, *nullum crimen, nulla poena, sine lege* y así evitar también los excesos de la autoridad; lo cual nos presenta la importancia trascendental que se pone en manos de los creadores de la ley penal, ya que si bien las penas no dejan de ser medidas para contrarrestar el mal de la delincuencia, tampoco debe ser usadas de manera cruenta o para beneficios que no sean los de toda la comunidad.

Lardizabal y Uribe aprecia sobre el tema, lo siguiente: “triunfa la libertad, dice el presidente Montesquieu, cuando las leyes criminales sacan la penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entonces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad, ó del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no es el hombre el que hace violencia al hombre, cuando se le castiga, sino sus mismas actuaciones”.³²

Lo que nos lleva a reflexionar sobre la situación particular de México en relación con la determinación legislativa en materia penal; observando la tendencia de los legisladores de aumentar la punibilidad a distintos tipos penales; lo cual puede ser justificable ante la conminación social, pero sin duda lo que no puede ser justificable dentro de una técnica legislativa eficiente, es que este hecho (aumento en las penalidades) tenga como consecuencia un sin fin de contradicciones, incertidumbre e inconvenientes dentro de nuestro ordenamiento penal.

En palabras de Roxin: el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas, y estas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado³³ y que de acuerdo a la instancia legislativa, judicial o ejecutiva de que se trate, se les dará el nombre de punibilidad, punición y pena, respectivamente.

A partir de esta división se enfrentan tres fases que necesitan un análisis propio, ya que cada una de ellas plantea principios y fines particulares debiéndose justificar no solo estos, sino también su propia naturaleza.

³² LARDIZABAL y URIBE, Manuel de, *Discurso de las penas*, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 35.

³³ ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Editorial Reus, Madrid, 1976, p. 11.

La fase legislativa detenta una importancia incalculable, pues es en esta instancia de la cual surgen preceptos que de manera directa regirán las dos posteriores; sin embargo, a pesar de su denotada importancia, la determinación legislativa de la pena ha sido tratada de manera muy escueta la doctrina nacional, lo cual hace necesario un análisis profundo sobre el tema, que me atrevo a poner a su consideración en el siguiente trabajo de tesis.

La punibilidad al ser la advertencia de pena, se encuentra a un nivel puramente normativo haciendo que en esta labor surjan varios contratiempos en relación con la determinación entre la proporción de la pena en relación con el delito como la poca claridad de los fines que se quieren lograr (prevención general positiva o negativa), siendo evidente el extenso uso que se le ha dado a la pena de prisión por parte de los legisladores y la consecuente violación a principios constitucionales.

En virtud de la naturaleza de este artículo y su propósito para formar parte de una guía básica para la transición del modelo inquisitorio a un acusatorio, se abordan temas fundamentales que vinculan al proceso penal bajo la óptica ya no del monopolio de la averiguación previa por parte del ministerio público, en el procedimiento escrito; sino por medio de un nuevo modelo donde se privilegia la oralidad, y como se ha señalado la presunción de inocencia en donde la víctima se convierte en parte activa en la integración de la carpeta de investigación.

Como conclusión se presenta la extinción de dominio como una alternativa eficaz para preservar el estado de derecho y sumarse al compendio de medidas que junto con las leyes para prevenir las operaciones de procedencia ilícita, inhiban la conducta delictiva que genera ganancias anuales por casi 90 mil millones de dólares y que en parte es usada para el terrorismo ya no sólo bélico sino informático incorporado al cibercrimen –Convenio de Budapest-.

Para citar este artículo:

Montero Zendejas, Daniel, *Diseño estratégico en la incorporación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio. Revista de Derecho 10, UCU, 2014, pp. 93-155*

Recibido: 18/09/2014

Enviado a árbitros: 26/09/2014

Tercer árbitro: 14/11/2014

Aceptado: 15/11/2014

BIBLIOGRAFÍA

- BAILEY, John y GODSON ROY, *Crimen organizado y gobernabilidad democrática*, Editorial Grijalbo, México, 2000.
- BINDER, Alberto M., *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio, justicia y derechos humanos*, Editorial Fundación Friedrich Neumann, Quito, 1992.
- BORJÓN NIETO, José Jesús, *Cooperación internacional contra la delincuencia organizada transnacional*, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- CERVINI SÁNCHEZ, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel, *Responsabilidad penal de los profesionales jurídicos. Los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal*, Editorial La ley Uruguay, Montevideo, Uruguay, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Coordinador), *La situación actual del sistema penal en México, XI Jornadas sobre justicia penal*, Editorial UNAM,-IIJ, México, 2011.
- KAPLAN, MARCOS, *El narcotráfico latinoamericano y los derechos humanos*, Editorial Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1993.
- LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso de las penas*, Editorial Porrúa, México, 1982.
- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *La globalización de la delincuencia*, Editorial Sistema Nacional de Seguridad Pública, México, 2000.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Editorial Reus, Madrid, 1976.
- VILLARREAL CORRALES, Lucinda, *La cooperación internacional en materia penal*, Editorial PAC, México, 1997.

PÁGINAS DE INTERNET

- www.fder.edu.uy/contenido/penal/publicaciones.html,
- sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/904/904084.pdf,
- <http://www.un.org/es/documents/udhr/>,
- www.infobae.com/.../1564867-el-crimen-organizado-genera-el-equivalente.
- <http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/internacional/crimen-organizado-mueve-870-000-millones--1-5--de.aspx>
- <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm#>,
- http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/docs/convencion_contra_corrupcion.pdf,
- www.sre.gob.mx/substg/onu/doc.htm,

http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2013,
cidac.org/esp/uploads/1/Indice_Delictivo_CIDAC_2012._8_delitos_prim,
es.slideshare.net/.../anexo-estadstico-del-sexto-informe-de-gobierno-2012-f,

REVISTAS

FERRAJOLI, Luigi, “Por una esfera pública de mundo”, en revista *Configuraciones*, año 2004, número 14, Editorial Fundación Carlos Pereira A.C. y el Instituto de Estudios para la Transición Democrática, México, año primavera-verano de 2004.

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA

The codification of the right of access
to information in Latin Americ *

Ricardo Perlingeiro **

RESUMEN: El texto que a continuación se desarrolla, bajo una perspectiva de derecho comparado en América Latina; aborda el acceso a la información oficial como un derecho fundamental -desde las normas constitucionales y convencionales-, que debe ser garantizado por autoridades administrativas independientes. En ausencia de estas autoridades, el autor destaca la importancia de una codificación legislativa que tiene como papel principal la reducción del un amplio margen de maniobra en la toma de decisión por parte de las autoridades públicas y sus efectos negativos.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la Información. Derechos Humanos. Códigos. Organización administrativa. Administración pública. Derecho a la información. Autoridades administrativas independientes. Ley modelo interamericana sobre Acceso a la Información Pública.

* Texto de la charla presentada en el Congreso Систематизация и кодификация информационного законодательства (Sistematización y codificación de la legislación sobre información), organizado por el Институт Государства и Права Российской Академии Наук (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences), en Moscú, los días 13 y 14 de marzo de 2014.

** Profesor de la Universidad Federal Fluminense. Juez de la Corte Federal de la 2ª Región (Río de Janeiro). E-mail: r.perlingeiro@hotmail.com

ABSTRACT: From a Latin American comparative perspective, this paper proposes that access to official information, as a fundamental right that can be claimed directly from the Constitution and international conventions, even in the absence of pre-existing (statutory) laws to that purpose, should be guaranteed by independent administrative authorities (quasi-judicial). In the absence of such authorities, the author stresses the importance of a legislative code whose main role would be to reduce the wide leeway (room for interpretation) enjoyed by the public authorities in their decision-making powers and the associated negative effects.

KEYWORDS: Access to Information. Human Rights. Legislative Codes. Administrative organization. Public administration. Right to information.

SUMARIO: Introducción. 1- La implementación del derecho a la información al alcance de las autoridades. 2- ¿Cuáles serían las condiciones institucionales ideales para un procedimiento eficaz (extrajudicial) de acceso a la información? 3 ¿En qué medida un código legislativo puede contribuir a la efectividad del derecho a la información? 4 Objetivos propuestos. 1. El acceso a la información como derecho humano fundamental. 2. Las garantías institucionales en la implementación del derecho de acceso a la información contenida en la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública. 3. La contribución de una codificación con el fin de concretar el acceso a la información. 4. Vulnerabilidad en los códigos latinoamericanos sobre acceso a la información. Consideraciones finales. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

1. LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN AL ALCANCE DE LAS AUTORIDADES

Si bien el derecho de acceso a la información no está explícitamente previsto en la mayoría de las constituciones ni tan poco se encuentra unanimidad sobre la existencia de códigos legislativos en Latinoamérica, es común verificar rasgos comunes con respecto a la transparencia o los principios relacionados con la publicidad, además de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que garantizan la transparencia como condición de los principios básicos del Estado Constitucional democrático.¹

En este contexto, se indaga cómo deben proceder las autoridades públicas frente a la necesidad de interpretación constitucional o de omisión legislativa sobre el derecho de acceso a la información en poder del Estado.

¿Corresponde el derecho de acceso a la información a una prestación exigible directamente desde las constituciones y convenciones internacionales?

¿Está al alcance de las autoridades administrativas, sin tener como base la ley, atender las demandas de prestación, que hacen referencia al acceso a la información en poder del Estado?

¿En uno u otro caso, dependerían las autoridades administrativas de la intervención judicial previa?

En el año 2000, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobó la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión,² en la cual se afirma el deber de los Estados de

¹ Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, "La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho", en: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 12 - 19.

² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Período ordinario de sesiones 108. *Declaration of Principles on Freedom of Expression*, Washington, 02 a 20 octubre de 2000, disponible en: <<http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=26&clID=1>>, acceso el: 27 enero 2014.

proveer informaciones que excepcionalmente podrían ser negadas sólo y, aun así, si hubiese una ley en este sentido.

Por lo tanto, sólo las restricciones del acceso a la información dependerían de la ley, y las producciones legislativas nacionales, sobre el acceso a la información, que acompañen dicha Declaración.

Más tarde, en el 2004, la Cúpula Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, en el ámbito de la OEA, aprobó la *Declaración de Nuevo León*,³ prescribiendo que “el acceso a la información en poder del Estado depende del respeto por las normas constitucionales y legales”, no haciendo distinción entre acceso a la información y restricción a la información.

De hecho, la necesidad de una ley previa como condición de actuación de las autoridades públicas no es un principio absoluto; ella depende de la realidad social, cultural y jurídica de cada país.

Para reconocer prestaciones basadas en normas constitucionales, pero que no están contempladas en la ley, es necesario comprender la doble connotación del principio de la legalidad – la primacía de la ley y la reserva de ley.

Es de total aceptación que las autoridades administrativas en un Estado de Derecho consolidado deben actuar bajo la jerarquía de los derechos fundamentales.

A la par, el principio de la reserva de ley (*Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*), continúa ligado a la idea de la ley en sentido estricto y con un doble fundamento: (i) respecto a los derechos y libertades constitucionales de los ciudadanos; (ii) los poderes y deberes de las autoridades públicas deben provenir de una efectiva deliberación democrática de la sociedad; y (iii) los poderes y deberes de las autoridades deben corresponder a ventajas y desventajas individuales en igualdad de acceso a la participación.

Sin embargo, y de hecho, se ha observado en algunos sistemas una exacerbada concentración de poderes en las autoridades públicas por diferentes razones, que van desde la inmotivada inercia del legislador a la necesidad de normas sobre temas de nuevas tecnologías y que reclaman conocimientos especializados y complejos, a menudo asequibles sólo dentro de una estructura gubernamental, en un fenómeno que se ha llamado “parlamentarización del Poder Ejecutivo”.⁴

En esta perspectiva, avanzando en un campo que una vez fue exclusivo del poder legislativo, los procedimientos administrativos (no judiciales) en la restricción de los derechos e intereses individuales, así como los destinados a otorgar beneficios o servicios públicos, pasan a ocupar un papel fundamental en una sociedad democrática, lo que pone de relieve

³ CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, 4, 2004, *Declaración de Nuevo León*, Mar del Plata, 2004, 13 pp., disponible en: <http://www.iica.int/Esp/cumbres/Documents/DeclaracionLeon_spa.pdf> Acceso el: 18 febrero 2014.

⁴ Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, *Ibid.*

la necesidad urgente de su efectividad mediante el cumplimiento de las garantías del debido proceso legal (*due process of law*).

Los efectos negativos que representa la existencia de autoridades públicas con tal poder, sin el respaldo de un procedimiento administrativo que sea verdaderamente eficaz, se perciben en los tribunales. Por un lado, con el aumento de conflictos judiciales (legales); por el otro lado, paradójicamente, con ciertas actuaciones administrativas que pasan a depender de la intervención judicial previa, tales como, por ejemplo, determinan la "apertura" del secreto bancario para los propósitos de la investigación penal o fiscal.

2. ¿CUÁLES SERÍAN LAS CONDICIONES INSTITUCIONALES IDEALES PARA UN PROCEDIMIENTO EFICAZ (EXTRAJUDICIAL) DE ACCESO A LA INFORMACIÓN?

En este contexto, la intensidad en la comprensión de las actuaciones de las autoridades administrativas está condicionada por la existencia de una ley previa o por una intervención judicial previa, manteniendo relación con el grado de eficacia y de participación democrática que se atribuye a los procedimientos administrativos (no judiciales).⁵

Por supuesto, se requiere más del legislador y los jueces en los sistemas en los que las autoridades administrativas tienden a conductas autoritarias o inquisitorias, sin el cumplimiento de las reglas básicas de un procedimiento administrativo justo.⁶

Así, ¿cómo generar credibilidad en una autoridad administrativa con este poder de decisión? ¿Cuáles serían las condiciones institucionales ideales para la efectividad de un procedimiento administrativo de acceso a la información?

3 ¿EN QUÉ MEDIDA UN CÓDIGO LEGISLATIVO PUEDE CONTRIBUIR A LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN?

De todos modos, en ausencia de tales condiciones ideales, ¿en qué medida un código legislativo podría contribuir a la efectividad del derecho a la información y evitar una judicialización excesiva?

¿Traerán los principios y normas generales sobre el derecho a la información, sistematizados y auténticamente interpretados, claridad suficiente y reducción de los poderes de

⁵ Ver PERLINGEIRO, Ricardo *Justicia Administrativa en Brasil: ¿Una jurisdicción Administrativa Judicial, Extrajudicial o Híbrida?* [Administrative Justice in Brazil: A Judicial, Non Judicial or Hybrid Jurisdiction?], February 7, 2014, disponible en: SSRN: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2390139>, acceso el: 21 marzo 2014.

⁶ Ver ASIMOW, Michael, *Five Models of Administrative Adjudication*, 20 pp., disponible en: <<http://law.huji.ac.il/upload/Five.models.doc>>, acceso el: 31 enero 2014.

apreciación de las autoridades administrativas en relación a la exégesis teleológica actualmente sujeta a controversia e inseguridad?

4. OBJETIVOS PROPUESTOS

De esta manera, desde una perspectiva latinoamericana, la presente exposición se orienta en tres direcciones.

En primer lugar, se propone que los órganos de control de acceso a la información mantengan una independencia efectiva. En segundo lugar, que cuando esta independencia no exista, se refuerce el papel de las leyes generales o códigos legislativos como una herramienta para la efectividad del derecho de acceso a la información. Finalmente, señala los principios fundamentales y reglas generales que aun exigen una mayor reflexión sobre un sistema que no goza de la independencia de los órganos de control.

1.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

La Corte Interamericana de derechos humanos, en la decisión sobre *Claude Reyes and Others v. Chile* de 2006, reconoció la existencia de un derecho de acceso a la información oficial – buscar y recibir información – con base en el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos humanos, que dispone sobre la libertad de pensamiento y expresión ⁷

Un desarrollo significativo ocurrió en 2008, con la aprobación por la Comisión Jurídica Interamericana, de los principios sobre el derecho de acceso a la información. Este documento contiene una declaración de diez principios que rigen el derecho a la información, afirmando que es un derecho humano fundamental a ser aplicado a todas las agencias de gobierno, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial y sobre todo tipo de información. También dispone que las excepciones deben ser claras y restrictivamente definidas, y que debe garantizarse el derecho de apelación ante el órgano de control frente a la negación del derecho de acceso a la información.⁸

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Merits, reparations and costs n° 12.108*, Case of Claude Reyes et al. v. Chile Judgment, San José, 19 septiembre, 2006. Series C n° 151, párrafo 77, 69 pp., disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf>, acceso el: 27 enero 2014.

⁸ Ver MENDEL, Toby, *El derecho a Información na América Latina*, UNESCO, 2009, pp. 13, disponible en: <http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf>, acceso en: 27 enero 2014. Ver COMITE JURIDICO INTERAMERICANO, CNJ/Resolución 147 (LXXIII-0/0): *Principios sobre el derecho de acceso a la información*. Río

De hecho, la información sobre el funcionamiento de las instituciones y actores responsables (transparencia institucional), la información sobre los procesos de formación de la voluntad (transparencia procesal) y la información sobre el contenido de las decisiones y sus motivos (material de transparencia) contribuyen a que los individuos controlen mejor las actividades de los organismos públicos, participen en asuntos públicos y faciliten la realización de sus derechos.⁹

De esta manera, la transparencia del poder público es un elemento esencial en la estrategia para restablecer la confianza en el sistema democrático y salvaguardar el Estado de Derecho en una realidad siempre más compleja; como conclusión lógica, la retención u ocultamiento de información, podría indicar deficiencias de un sistema público y hoy se considera como características propia de un régimen dictatorial y con problemas de legitimación.¹⁰

2.

LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Comportarse como parte integrante de un verdadero segundo poder de Estado orientarse por los derechos fundamentales, actuar mediante decisiones administrativas precedidas de procedimientos dotados de las garantías del debido proceso legal (*due process of law*), procedimientos administrativos en los cuales democráticamente los ciudadanos tienen posibilidad de influir en el resultado.

En efecto, todo esto requiere por parte de las autoridades públicas condiciones mínimas, para que su actuación no sea meramente formal.

En particular, nos referimos a una de las técnicas de solución de conflictos administrativos como es la de valerse de las autoridades públicas independientes, para que las demandas se decidan por quién no esté subordinado a algún superior.¹¹

de Janeiro, 2008, 2 pp., disponible en: <http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf>, acceso el: 27 enero 2014.

⁹ Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, *Ibid.*

¹⁰ Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, *Ibid.*

¹¹ Sobre el concepto de autoridad administrativa independiente, ver CONSEIL D'ÉTAT, *Les Autorités Administratives Indépendantes - Rapport public 2001*, disponible en: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/contributions.html>>, acceso el: 27 enero 2014. Ver también ZILLER, Jacques, "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne", en *Revue Française de Droit Administratif* 5, 2010, pp.

Las prerrogativas que garantizan esta independencia con relación a las autoridades públicas tienden a acercarse a las prerrogativas de los tribunales y jueces, cualesquiera que sean: (i) las prerrogativas institucionales, como la autonomía administrativa y financiera a favor de órganos decisorios; (ii) prerrogativas personales, como la inamovilidad y la remuneración justa de aquellos que están investidos de la función de decisión, los cuales deberían ser nombrados después de un criterio de selección transparente.¹²

De hecho, la solución de conflictos, basada en la técnica de las autoridades administrativas independientes es oportuna a los procedimientos destinados al derecho de acceso a la información oficial, en los cuales la vulnerabilidad al riesgo de interferencia política es aún mayor.

Además, cuanto mayor sea el grado de efectividad de un procedimiento administrativo, es menor la necesidad de intervención de los tribunales que, en América Latina, ya dan señales de agotamiento. A ello se suma que no todos los tribunales son especializados en derecho administrativo, y una gran parte está estrangulada, en un sistema donde mucho se judicializa y las autoridades administrativas, para ejercer sus atribuciones, parecen depender o convenientemente se aprovechan de la situación.

De hecho, aunque en forma incipiente, se ha presentado una auténtica tendencia en la creación de organismos independientes que permiten el acceso a la información.

En América Latina, hay cuatro ejemplos de órganos de control que propenden por una independencia efectiva garantizada por prerrogativas previstas en la ley: México, con el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos; Chile, con el Consejo de Transparencia; Honduras, con el Instituto de Acceso a la Información Pública; y El Salvador, con el Instituto de Acceso a la Información Pública.¹³

También es posible identificar los órganos de control independientes en países de otras regiones; sin embargo, no son muchos los que tienen características similares.

A modo de ejemplo citaremos a Serbia, con *The Commissioner*, a Eslovenia, con *The Commissioner for Access to Public Information* (Comisionado para el acceso a la información pública), a Liberia, con *Independent Information Commissioner* (Comisionado para información

901-906. Sobre las agencias independientes en los EUA, Reino Unido y Australia, ver ASIMOW, Michael, *Five Models of Administrative Adjudication*, disponible en: <<http://law.huji.ac.il/upload/Five.models.doc>>, acceso el: 31 enero 2014.

¹² Ver COUNCIL OF EUROPE (Consultative Council of European Judges), *Magna Carta of Judges* (Fundamental Principles), disponible en: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE-MC\(2010\)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE-MC(2010)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)>, acceso el: 24 Feb. 2014. Ver también UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. Comentar n. 26 (a), pp. 36, disponible en: <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF>>, acceso el: 24 febrero 2014.

¹³ Art. 33 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en México y Art. 6, apartado A, fr. VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; art. 31 de la Ley N° 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública en Chile; art. 8 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Honduras; arts. 51 a 60 de la Ley de Acceso a la Información Pública del Salvador.

Independiente), la India, con *The Central Information Commission* (la Comisión de información Central), Antigua y Barbuda, con *The Information Commissioner* (el Comisario de información), Macedonia, con *Commission for Protection of the Right to Free Access to Information of Public Character* (la Comisión para la protección del derecho al libre acceso a información de carácter público) y Azerbaiyán, con *Authorized Agency* (la Agencia autorizada).¹⁴

En términos generales, estos son organismos autónomos con su propia personalidad jurídica y pronóstico presupuestal específico. Los miembros de estos órganos detentan un mandato. Su nombramiento y terminación de sus funciones está sujeto a normas específicas con la participación del Poder Legislativo y Ejecutivo y, en algunos casos, del Poder Judicial.

Por cierto, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada en 2010 por la Asamblea General de la OEA,¹⁵ prevé una Comisión de Información con la función de promover la implementación efectiva del derecho de acceso de la información pública, inclusive de decidir en última instancia sobre las solicitudes de acceso a la información. La Comisión de Información, como se propone, tendría personalidad jurídica completa, autonomía operativa, presupuestaria, y de decisión.¹⁶

Esta Ley Modelo Interamericana dispone, a partir de su art. 53, que “los miembros de la Comisión serán nombrados por el [Poder Ejecutivo] después de ser nombrados por una mayoría de dos tercios de los miembros del [Poder Legislativo] y en un proceso que atienda a los siguientes principios: (i) la participación pública en el proceso de nombramiento, (ii) transparencia y apertura, y (iii) la publicación de una lista de candidatos considerados como los más cualificados para la posición “y que” el mandato de los comisionados tendrá una duración de cinco años y podrá ser renovado por una vez”.

Sobre la remuneración de los comisionados, prescribe la Ley Modelo que sus funciones se llevarán a cabo de tiempo completo y serán remunerados con un sueldo equivalente al de un

¹⁴ SERBIA, *Law on Free Access to Information of Public Importance*, arts. 32 a 35, disponible en: <<http://www.rti-rating.org/files/pdf/Serbia.pdf>>, acceso el: 3 febrero 2014; ESLOVENIA, *Access to public information Act*, arts. 28 a 30, disponible en: <<https://www.ip-rs.si/index.php?id=324>>, Acceso el: 3 febrero 2014; LIBERIA, *The freedom of information Act of 2010*, Cap. 5, disponible en: <<http://www.liberianembassyus.org/uploads/documents/Liberia%20Freedom%20of%20Information%20Act%202010x.pdf>>, acceso el: 3 febrero 2014; INDIA, *Act n° 22/2005*, arts. 12 a 14, disponible en: <<http://www.iitb.ac.in/legal/RTI-Act.pdf>>, Acceso el: 3 febrero 2014; ANTIGUA Y BARBUDA, *The Freedom Of Information act of 2004*, arts. 35 a 40, disponible en: <<http://www.laws.gov.ag/acts/2004/a2004-19.pdf>>, acceso el: 3 febrero 2014; MACEDONIA, *Law on free access to information of public character*, arts. 30 a 35, disponible en: <<http://komspi.mk/DokumentiDetails.aspx?lang=3&itemID=1>>, acceso el: 3 febrero 2014; AZERBAIJAN, *Law of the Republic of Azerbaijan on right to obtain information*, art. 44, disponible en: <<http://www.rti-rating.org/files/pdf/Azerbaijan.pdf>>, acceso el: 3 febrero 2014.

¹⁵ OEA, *Access to information*, disponible en: <http://www.oas.org/dil/access_to_information_model_law.htm>, acceso el: 27 enero 2014.

¹⁶ Arts. 46 a 49 y 53 a 62 de la Ley Modelo Interamericana.

juez (Tribunal de segunda instancia). Los comisionados no podrán tener otro empleo, cargo o comisión, con excepción de instituciones académicas, científicas o filantrópicas".

En cuanto a la separación de sus funciones, "los comisionados sólo podrán ser removidos o suspendidos de sus funciones, según el proceso de selección por el cual fueron nombrados y sólo por razones de incapacidad o por cualquier conducta que justifique la destitución del cargo. Estas conductas incluyen: (i) condena por un crimen; (ii) problema de salud que afecte la capacidad del individuo para cumplir con sus obligaciones; (iii) grave violación de la Constitución o de esta ley; (iv) incumplimiento de cualquiera de los requisitos de divulgación, tales como no hacer público su salario o los beneficios de que goza".

3.

LA CONTRIBUCIÓN DE UNA CODIFICACIÓN CON EL FIN DE CONCRETAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Las ventajas y desventajas de una codificación legislativa remontan al debate entre Thibault y Savigny en Alemania en 1814. El primero creía en la sistematización científica de normas unificadas, propiciándoles objetividad y claridad; el segundo jurista se preocupaba por la paralización que los códigos podrían representar para la evolución del derecho.

La codificación del derecho a la información ha sido una tendencia global en los últimos años. Actualmente están en vigor alrededor del mundo aproximadamente noventa leyes sobre el acceso a la información con características de código, la mayoría de ellas aprobadas después de la década de los 90.

En América Latina, de los 20 Estados existentes, doce ya contienen normas generales sobre el derecho de acceso a la información. Ellos son: México, Perú, Argentina, Ecuador, República Dominicana, Honduras, Nicaragua, Chile, Guatemala, Uruguay, El Salvador y Brasil.¹⁷. Bolivia,

¹⁷ MÉXICO, *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002*, 25 pp., disponible en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244.pdf>>, acceso el: 24 enero 2014; PERU, *Ley n° 27.806/2002* (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública), pp. 227605 - 227610, disponible en:

<<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27806.pdf>>, acceso el: 24 enero 2014; ARGENTINA, *Decreto Administrativo n° 1172 de 2003* (Reglamento General de Acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional). El único país en que el código tuvo origen en un decreto presidencial), disponible en:

< <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm> >, acceso el: 24 enero 2014; ECUADOR, *Ley n° 34/2004* (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública), disponible en: <<http://www.rti-rating.org/files/pdf/Ecuador.pdf>>, acceso en: 24 enero 2014; REPÚBLICA DOMINICANA, *Ley n° 200/2004* (Ley General sobre el Libre Acceso a la Información Pública), disponible en:

<http://www.camaradediputados.gob.do/serve/listfile_download.aspx?id=904&num=1>, acceso el: 24 enero 2014; HONDURAS, *Decreto Legislativo n° 170/2006* (La Ley de transparencia y Acceso a la Información Pública), pp.

Colombia, Costa Rica, Panamá y Paraguay actualmente discuten proyectos de ley nacional general.¹⁸ En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se registra la ya mencionada Ley Modelo Interamericana sobre Acceso Público a la Información de 2010.

No es difícil entender por qué tanto entusiasmo con códigos sobre acceso a la información: una rama del derecho que, hasta el final de la década de los 90, era prácticamente desconocido en la cultura jurídica de la mayoría de los países; una rama del derecho en el que los deberes de la prestación del Estado son extraídos directamente de las normas internacionales y constitucionales y por lo tanto, coexiste con un amplio margen de interpretación; una rama del derecho frente a una legislación dispersa y no clara, en la que los poderes públicos aumentan su margen de apreciación.

Por lo tanto, cabe señalar las ventajas de una codificación legislativa de acceso a la información en los siguientes aspectos: (i) adecuación de las autoridades administrativas a una noción extensiva del principio de reserva de ley, reafirmando el papel institucional del legislador en un Estado de Derecho democrático; (ii) restricción del amplio margen de actuación de las autoridades administrativas en pro de la seguridad jurídica; (iii) la movilización de la sociedad en la búsqueda de la implementación del derecho a la información, llevando al fortalecimiento de las garantías institucionales y procedimentales correspondientes, y al aumento gradual de su credibilidad.

11-104, disponible en: <http://www.tse.hn/Transparencia/Documentos-T/Leyes/Ley_de_Transparencia.pdf>, acceso el: 24 enero 2014; NICARÁGUA, *Ley n.º 621/2007* (Ley sobre el Acceso a la Información Pública), disponible en:

<[http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/675A94FF2EBFEE9106257331007476F2](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/675A94FF2EBFEE9106257331007476F2)>, acceso el: 24 enero 2014; CHILE, *Ley n.º 20.285/2008* (Ley sobre el Acceso a la Información Pública), disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>>, acceso el: 24 enero 2014; GUATEMALA, *Decreto Legislativo n.º 57/2008* (Ley de Acceso a la Información Pública), 6 pp., disponible en: <<http://old.congreso.gob.gt/archivos/decretos/2008/gtdcx57-0008.pdf>>, acceso el: 24 enero 2014; URUGUAI, *Ley n.º 18.381/2008* (Ley sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública), disponible en:

<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/TextoLey.asp?Ley=18381&Anchor=>>>, acceso el: 24 enero 2014; EL SALVADOR, *Decreto n.º 534/2011* (Ley de Acceso a la Información Pública), 41 pp., disponible en: <<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-acceso-a-la-informacion>>, acceso el: 24 enero 2014; BRASIL, *Lei n.º 12.527/2011* (Lei de Acesso à Informação), disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>, acceso el: 24 enero 2014.

¹⁸ BOLIVIA, *Proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública*, 15 pp., disponible en: <http://www.transparencia.gob.bo/data/marco_legal/anteproy_leyes/proyecto.pdf>, acceso el: 21 febrero 2014; COLOMBIA, *Proyecto de ley n.º 156 de 2011* (Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional), 34 pp., disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_base_dc_leyes_pais_CO_10.pdf>, acceso el: 21 febrero 2014; COSTA RICA, *Proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública*, 15 pp., Disponible en: <http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/349/16198-proyecto.pdf>, acceso el: 21 febrero 2014; PANAMÁ, *Proyecto de ley n.º 584* (Que Crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información), 15 pp., disponible en: <http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_584.pdf>, acceso el: 21 febrero 2014; PARAGUAY, *Proyecto de ley de libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental*, 15 PP., disponible en: <<http://sil2py.senado.gov.py/formulario/VerDetalleTramitacion.pm?q=VerDetalleTramitacion%2F101629>>, acceso el: 21 febrero 2014.

En busca de esos resultados, un código sobre el derecho de acceso a la información, debería explicitar lo antes posible algunos conceptos indeterminados (interpretación auténtica), indicar los principios fundamentales y organizar las normas generales por lo menos en dos niveles.

En un nivel previo, con cuatro capítulos: el primero, sobre los conceptos indeterminados (definiciones legales); el segundo, sobre los principios fundamentales; el tercero, sobre derechos y deberes sustantivos; y el último, en cuanto a los derechos y deberes procesales.

En el plano posterior, con una subdivisión, un código debería contener, en el capítulo de derechos y deberes sustantivos, los siguientes aspectos: (i) el alcance de las obligaciones de prestación del Estado; (ii) las funciones de apertura; (iii) las restricciones al deber de información; y (iv) las diversas sanciones administrativa, civil y penal – por incumplimiento de las obligaciones.

A su vez, el capítulo sobre derecho procesal de un código debería destacar: (i) las garantías institucionales, tales como la organización de las autoridades administrativas competentes para decidir sobre la solicitud de información; y (ii) los procedimientos propiamente dichos, a la luz de las garantías del debido proceso de ley (*due process of law*), entremezclando el derecho de petición con el derecho de defensa, mediante previsión de los casos de legitimidad *ad causam* y de los siguientes derechos procesales: asistencia gratuita, argumentación, prueba, contradictorio, decisión motivada, decisión pública, recurso, y una conclusión en tiempo razonable.

<p style="text-align: center;">CÓDIGO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN</p> <p style="text-align: center;">I Conceptos.</p> <p style="text-align: center;">II Principios fundamentales.</p> <p style="text-align: center;">III Derechos materiales (reglas).</p> <p style="text-align: center;">III.1. Derecho a la información.</p> <p style="text-align: center;">III.2. Apertura de informaciones.</p> <p style="text-align: center;">III.3. Restricciones a la información.</p> <p style="text-align: center;">III.4. Responsabilidades.</p> <p style="text-align: center;">IV Derechos procesales (normas).</p> <p style="text-align: center;">IV.1. Autoridades públicas.</p> <p style="text-align: center;">IV.2. Garantías procesales.</p>
--

Esta forma de exposición de un código sobre el derecho a la información puede encontrarse en algunas leyes de América Latina, aunque no siempre se tenga en cuenta el orden arriba propuesto.

Interpretación auténtica

Ley Modelo (2010); Brasil (2011); El Salvador (2011); Chile (2008);
Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

Principios & reglas (normas)

Ley Modelo (2010); Brasil (2011); El Salvador (2011); Argentina (2003); Chile (2008);
Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

Derechos materiales & derechos procesales

Brasil (2011); El Salvador (2011); Guatemala (2008); Honduras (2006); Méjico (2002)

Derecho a la información & abertura de información & restricciones a la información

Ley Modelo (2010); Brasil (2011); Argentina (2003); Chile (2008); Guatemala (2008);
Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

Responsabilidades & otras materias

Brasil (2011); El Salvador (2011); Chile (2008); Guatemala (2008);
Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

Garantías institucionales & garantías procesales

Ley Modelo (2010); El Salvador (2011); Chile (2008); Guatemala (2008);
Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

4.

**VULNERABILIDAD EN LOS CÓDIGOS
LATINOAMERICANOS SOBRE ACCESO
A LA INFORMACIÓN**

Desde una perspectiva comparada basada en leyes nacionales y en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la información, se nota un progreso sensible en la implementación del derecho a la información en América Latina.

Con orientaciones claras y basadas en el sistema interamericano de derechos humanos, las recientes codificaciones legislativas fueron capaces de reducir diferentes asuntos controvertibles que con anterioridad eran definidos por las propias autoridades.

No son pocos los ejemplos de esa evolución. Tomemos tres de ellos: el alcance de las leyes de acceso a la información; el derecho a la información como un derecho universal; y las informaciones sujetas a su apertura proactiva.

En cuanto al primer ejemplo, fue pacífica la comprensión de que una ley de acceso a la información implica deberes de toda autoridad pública de cualquier rama del Poder

Público (legislativo, ejecutivo y judicial), en todos los niveles. Bajo este deber, se incluyen, igualmente, personas o entidades privadas en el ejercicio de un poder público o que presten cualquier otro servicio con fondos públicos, en este caso, limitándose sólo a la información sobre actividades y a los fondos públicos.

Esta norma se presenta en el art. 3 de la Ley Modelo Interamericana y, de manera semejante, en las leyes del Salvador, Nicaragua, Brasil, Chile, Guatemala, México y República Dominicana.¹⁹

Acerca del derecho de acceso a la información, se admite, en general, la titularidad en favor de cualquier persona, sin necesidad de tener que identificarse o demostrar cualquier interés particular, reafirmando la tesis de que es pública cualquier información en poder de las autoridades administrativas.

Se confiere tal norma en el art. 5º “d” y “e” de la Ley Modelo Interamericana y en las leyes de El Salvador, Honduras y Brasil.²⁰

Finalmente, a propósito de la apertura proactiva de informaciones, los códigos han venido detallando una clave de informaciones clave a ser divulgadas en un plazo determinado, tales como la calificación y la remuneración de altos funcionarios públicos y las escalas salariales correspondientes a todas las categorías de funcionarios o consultores que trabajan con una autoridad administrativa.

La norma en cuestión puede encontrarse en el art. 11 de la Ley Modelo Interamericana y se refleja en la legislación de Chile, del Salvador, República Dominicana, Guatemala y Nicaragua.²¹

A pesar de la sistematización exitosa de numerosas normas sobre leyes generales de acceso a la información, de manera persistente algunas de ellas no corresponden a las expectativas de un código legislativo, especialmente en lo que dice respecto a la realidad sociopolítica de América Latina.

Hago referencia a las normas que continúan con un alto grado de inexactitud y que están sujetas a interpretaciones polémicas en las manos de las autoridades públicas, casi siempre sin garantía de una actuación independiente.

¹⁹ Arts. 7º y 8º de la Ley de El Salvador, art. 1º de la Ley de Nicaragua, arts. 1º y 2º de la Ley brasilera, art. 2º de la Ley chilena, arts. 2º y 6º de la Ley de Guatemala, arts. 1º y 3º (XIV) de la Ley mexicana, arts. 1º y 6º § 4º de la Ley de República Dominicana, y art. 3º del proyecto de Ley boliviana.

²⁰ Arts. 2º y 9º de la Ley de El Salvador; art. 20 del Decreto Legislativo de Honduras; art. 10 §3 de la Ley brasilera.

²¹ Art. 10(7) de la Ley de El Salvador; art. 3º de la República Dominicana; art. 10(4) de la Ley de Guatemala; art. 20 "c" de la Ley nicaragüense.

Las normas de mayor impacto son las que dicen respecto a las limitaciones de acceso a la información, que, generalmente, se basan en intereses privados, como la privacidad, y en el interés público, tales como la seguridad pública o defensa nacional.

Tomando como base el análisis, transcribo parte del art. 40 de la Ley Modelo:

Las autoridades públicas pueden negar el acceso a la información sólo bajo las siguientes circunstancias, cuando son legítimos y estrictamente necesarios en una sociedad democrática, basándose en los parámetros y la jurisprudencia del sistema interamericano:

- a) Cuando el acceso cause daño a los siguientes intereses privados:
 1. El derecho a la privacidad, incluyendo la privacidad relacionada a la vida, seguridad y salud;
 2. Los **intereses comerciales y económicos legítimos**;
(...)
- b) Cuando el acceso ocasione un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo, a los siguientes intereses públicos:
 1. **seguridad pública**;
 2. **defensa nacional**;
(...)
 7. **aplicación de la ley**, prevención, investigación y persecución de delitos;
 8. **capacidad del Estado para administrar la economía**;
 9. **intereses financierosbtimos de la autoridad pública**, y. (...)

Esta norma, con redacción semejante, está acompañada por las leyes de acceso a la información de Brasil, El Salvador, Guatemala, Uruguay, México, República Dominicana y Honduras.²²

Es bastante inexacta la extensión del contenido de ciertas expresiones, como "legítimos intereses económicos y comerciales", "seguridad pública", "defensa nacional" y "aplicación de la ley".

Como se sabe, todas ellas exigen un esfuerzo continuo de valoración a partir del principio de la proporcionalidad, que, estampado en el preámbulo del art. 40 de la Ley Modelo Interamericana ("cuando sea legítimo y estrictamente necesario en una sociedad democrática"), abre la puerta a numerosas excepciones (excepciones a los límites de la información libre) que son detectables sólo en el caso concreto por las autoridades públicas.

²² Arts. 23 y 24 de la Ley brasilera; arts. 19 y 24 de la Ley de El Salvador; art. 23 de la Ley de Guatemala; art. 9o de la Ley uruguaya; arts. 13 y 14 de la Ley mexicana; arts. 17 y 18 de la Ley de República Dominicana; art. 17 de la Ley de Honduras.

A propósito de las excepciones a las restricciones a la libre información, es decir, los casos en que no debe haber restricciones al acceso a la información, las dudas aumentan de forma significativa.

Existen situaciones que autorizan un análisis objetivo, como en el caso de funcionarios públicos que, con relación al ejercicio de sus funciones, no pueden alegar derecho a la privacidad, tal como consta en la Ley Modelo Interamericana, art. 40 §2º, y en las leyes de Brasil, Guatemala y México.²³

Así mismo, y de igual manera, en el caso de violaciones graves de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, donde la publicidad y el acceso a la información corresponden a un valor absoluto, como se establece en el art. 44 de la Ley Modelo Interamericana y las leyes de Brasil, Nicaragua, El Salvador y Guatemala.²⁴

Sin embargo, someterse a una apreciación subjetiva es el distintivo de las normas que excepcionan las restricciones a los límites de acceso a la información. Por ejemplo, la ponderación es una técnica frecuentemente utilizada para identificar el mayor daño que se pueda sufrir, el del interés público por la información o el de los intereses público y privado protegidos por el sigilo. En consecuencia, las reglas anteriormente citadas, previendo situaciones en que el sigilo debe prevalecer, de nada servirán caso en que, al final, el daño de los intereses protegidos no sea superior al daño al interés público por la divulgación.

Ver al respecto la redacción de la norma contenida en la Ley Modelo Interamericana: "Ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento está o no en su poder o negar la divulgación de un documento, de acuerdo con las excepciones previstas en el artículo 40, a menos que el daño causado al interés protegido supere el interés público de obtener acceso a la información".²⁵

Esta norma se ve reflejada en las leyes nacionales de El Salvador, Guatemala y Uruguay.²⁶

Como vemos, muchas son las inseguridades, siendo sólo aparente que aquí se observe el principio de reserva de ley, como en efecto debería ocurrir en virtud de las diferentes leyes nacionales y declaraciones, incluyendo las recomendaciones del preámbulo a la misma Ley Modelo Interamericana ("que las excepciones al derecho de acceso a la información deben **ser claras y expresamente establecidas por la ley**").

²³ Art. 21, párrafo único, de la Ley brasilera; art. 24 de la Ley de Guatemala; y art. 14 §2 de la Ley de México.

²⁴ Arts. 31, V de la Ley de Brasil; art. 3(7) de la Ley de Nicaragua; art. 21 "c" de la Ley de El Salvador; art. 26(3) de la Ley de Guatemala.

²⁵ Art. 43 de la Ley Modelo Interamericana.

²⁶ Art. 4 "a" de la Ley de El Salvador; art.21 de la Ley de Guatemala; art. 8º de la Ley uruguayana.

De hecho, no hay ninguna diferencia entre una **omisión legislativa** en los supuestos de restricción a la divulgación de información y una ley que se refiere genéricamente, por ejemplo, a la "seguridad pública" como hipótesis de restricción a la divulgación.

Ante la ausencia de la ley, sería perfectamente natural negar el acceso a la información siempre que exista el riesgo de ofensa al interés público. Esto se extrae de la colisión entre los valores fundamentales. La expresión "seguridad pública", hoy, consagrada como inherente en el interés público, se elaborará inevitablemente de una interpretación de la norma de cualquier naturaleza (Ley, Constitución o Convención Internacional) que disponga indeterminadamente acerca del "interés público".

Por lo tanto, una ley que sólo mencione "seguridad pública" no será necesaria y no cumple con el principio de reserva de ley, al menos en un contexto latinoamericano. Así, dada la ausencia de ley o frente a una ley tan genérica que equivalga a la ausencia de ley, las autoridades administrativas buscarán el aval de sus actuaciones en las normas constitucionales y convencionales.

A propósito, la mencionada Ley Modelo Interamericana llega a indicar que las autoridades administrativas nacionales deben cumplir directamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, ¿cuál es el grado de certeza que se espera de las autoridades públicas latinoamericanas con sus conocidas fallas estructurales, obligándolas a basar sus decisiones administrativas directamente en la jurisprudencia del sistema interamericano; y, pasando así por encima del orden jurídico nacional?

Es innegable que las normas sobre los límites a la información disponen sobre temas que no son fáciles de ser tratados de manera abstracta por el legislador,²⁷ sin embargo, se impone un mayor nivel de precisión²⁸, en particular frente a los sistemas jurídicos que no coexisten con las autoridades administrativas, dotados con las prerrogativas inherentes a la independencia y también aún en los juzgados que estén sobrecargados. Lo que se desea con el principio de la reserva de ley, en estos casos, es realmente evitar, en cuanto sea posible, una infinita gama de interpretaciones en poder de las autoridades públicas.

La misma Ley Modelo Interamericana (art. 40 b), a pesar de considerar genéricamente el interés público, la seguridad pública y la defensa nacional, condiciona la utilización de

²⁷ Sobre la dificultad de interpretación abstracta de conceptos jurídicos indeterminados, ver MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, UNAM, México, 2012, pp. 141.

²⁸ Sobre la posibilidad de reducción, del carácter indeterminado de las normas, inclusive de las cláusulas generales, por medio de "definiciones", ver GUASTINI, Ricardo, "Interpretare e argomentare", en MESSINEO, Francesco et al., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 56. Sobre interpretación abstracta e interpretación auténtica, ver MESSINEO, *ibid.*, pp. 81-90. Sobre las cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, interpretación abstracta y definiciones legales, ver WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Derecho Administrativo* [Administrative Law]. v. 1. Lisboa: Fundación Calouste Gulbenkian, 2006, p. 448-450.

estas expresiones a un mayor detalle en la ley. Pero en este particular, hubiera sido más adecuado si la propia Ley Modelo Interamericana hubiera procedido a detallar cada expresión, lo que instaría más fácilmente a los legisladores nacionales a actuar de la misma forma.

En este sentido, el Código Modelo de Acceso a la Información para África, desde 2013, elaborado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y Personales,²⁹ dispone sobre las excepciones al acceso a la información con especificación de nivel superior; de los arts. 24 a 39, por ejemplo, explicita en siete artículos “las informaciones comerciales y confidenciales” (art. 28), explica en nueve artículos lo que sería “seguridad y defensa nacional” (art. 30) y en cuatro artículos el sentido de “aplicación de la ley” (art. 33).

Véase, *in verbis*:

Art. 28 Información comercial y confidencial de un titular de la información o tercero

(1) En los términos de la sub sección (2), el responsable por la información (information officer) podrá rechazar la solicitud de información si la misma contiene:

(a) secretos comerciales del titular de la información o tercero; o

(b) información sobre el titular de la información o tercero, la cual, substancialmente, puedan perjudicar el interés comercial o financiero del titular de la información o de terceros.

(2) Una solicitud no podrá ser rechazada en los términos de la sub sección (1) cuando:

(a) la divulgación de la información facilite la transparencia y responsabilidad de las decisiones tomadas por el titular de la información;

(b) la información esté relacionada con los gastos de fondos públicos;

(c) la divulgación de la información revele mala conducta o fraude;

(d) el tercero consienta en la divulgación; o

(e) la información sea de dominio público.

Art. 30 Seguridad nacional y defensa

(1) El responsable por la información (information officer) podrá rechazar el libre acceso a la información si la misma puede causar daño substancial a la seguridad y defensa del Estado.

(2) Para los fines previstos en esta sección, se entiende por seguridad y defensa:

(a) Las tácticas militares, o estrategias, o ejercicios militares, u operaciones realizadas en preparación para hostilidades o en conexión con el descubrimiento, prevención, supresión o reducción de actividades hostiles o subversivas;

(b) inteligencia, relacionadas a la:

(i) defensa del Estado; o

(ii) descubrimiento, prevención, supresión o reducción de actividades hostiles o subversivas;

(c) métodos y equipamientos técnicos o científicos de recaudación, evaluación y manejo de información que hagan referencia al párrafo (b);

(d) identidad de una fuente confidencial; o

²⁹ AFRICA COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE' RIGHTS, *Model Law on Access to Information for Africa*, disponible en: < http://www.achpr.org/files/news/2013/04/d84/model_law.pdf >, acceso el: 14 febrero 2014.

(e) cantidad, características, capacidades, vulnerabilidades o distribución de cualquier cosa concebida, desarrollada, producida o considerada para uso como arma o similares, excluyéndose las armas nucleares.

(3) Para los fines previstos en esta sección, se entiende por actividades hostiles y subversivas:

(a) un ataque contra el Estado por un agente extranjero;

(b) actos de sabotaje o terrorismo dirigidos a personas o bienes estratégicos del Estado, sea dentro o fuera del Estado; o

(c) una operación de inteligencia extranjera u hostil.

Art. 33 Aplicación de la ley

El responsable por la información podrá rechazar el libre acceso a la información, cuando la misma pueda perjudicar la:

(a) prevención o detección de un crimen;

(b) captura o acusación de los infractores;

(c) administración de justicia; o

(d) evaluación o cobro de alguna tasa o deber.

CONSIDERACIONES FINALES

En los últimos años, el proceso de la codificación ha logrado éxito en la mayoría de los Estados de América Latina, a través de la aprobación de leyes generales de acceso a la información oficial compatibles con las directrices del Sistema Interamericano de derechos humanos, en particular lo que dice respecto a las normas que se refieren a la divulgación proactiva, acceso y restricciones a la información.

Sin embargo, la falta de previsión de órganos de control que sostienen las prerrogativas inherentes a la independencia puede ser considerada un fracaso de los sistemas de acceso a la información en América Latina.

Contribuye a esta brecha una cultura aún embrionaria del derecho administrativo latinoamericano en cuanto a la técnica de solución de conflictos por las autoridades públicas independientes, a pesar del consenso de que los procedimientos administrativos, sobre cualquier tema, deban someterse a las garantías del *due process of law*.

El efecto negativo más obvio de esta realidad es la sobrecarga adicional de tribunales (no especializados); de un lado, con los conflictos que podrían prevenirse o solucionarse más eficazmente en la propia esfera administrativa y, por otro lado, con demandas judiciales que de rigor serían atribuciones *ab initio* de las propias autoridades administrativas, pero que no lo son por falta de credibilidad en las mismas.

Ante este panorama, el derecho de acceso a la información sería más eficaz si la falta de órganos de control independientes fuera compensada por los códigos legislativos, que deberían anticiparse, en la medida de lo posible, con interpretaciones abstractas (definiciones,

aclaraciones) sobre conceptos jurídicos indeterminados, que actualmente en América Latina, se han entregado totalmente al poder de apreciación de las autoridades públicas.

Por lo tanto, en ausencia de prerrogativas en ley que aseguren la independencia de los órganos de control sobre el derecho de acceso a la información, sería conveniente que los códigos modifiquen las normas más sensibles y susceptibles a interpretación fluida, para que las autoridades públicas se sientan más vinculadas a una exégesis literal de las normas, proporcionando una mayor seguridad jurídica y, en cualquier caso, la credibilidad del sistema en General.

Esto es un desafío que debe ser perseguido por los códigos legislativos en América Latina, aumentando la efectividad en el derecho de acceso a la información sin depender de una judicialización exacerbada, casi nunca ideal.

Para citar este artículo:

Perlingeiro, Ricardo, La codificación del derecho de acceso a la información en América Latina . *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 157-180

Recibido: 24/05/2014

Enviado a árbitros: 26/09/2014

Aceptado: 11/11/2014

BIBLIOGRAFÍA

AFRICA COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE' RIGHTS, *Model Law on Access to Information for Africa*, 66 pp., disponible en: <http://www.achpr.org/files/news/2013/04/d84/model_law.pdf>, acceso el: 14 febrero 2014.

ANTIGUA E BARBUDA *The Freedom of Information act of 2004*, 23 pp., disponible en: <<http://www.laws.gov.ag/acts/2004/a2004-19.pdf>>, acceso el: 3 febrero 2014.

ARGENTINA, *Decreto nº 1172 de 2003* (Reglamento General del Acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional), disponible en: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>, acceso el: 24 enero 2014.

ASIMOW, Michael, *Five Models of Administrative Adjudication*, 20 pp., disponible en: <<http://law.huji.ac.il/upload/Five.models.doc>>, acceso el: 31 enero 2014.

- AZERBAIJÁN, *Law of the Republic of Azerbaijan on right to obtain information*, disponible en: <<http://www.rti-rating.org/files/pdf/Azerbaijan.pdf>>, acceso el: 3 febrero 2014.
- BOLIVIA, *Proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública*, 15 pp., disponible en: <http://www.transparencia.gob.bo/data/marco_legal/anteproy_leyes/proyecto.pdf>, acceso el: 21 febrero 2014.
- BRASIL, *Lei nº 12.527/2011* (Lei de Acesso à Informação), disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>, acceso el: 24 enero 2014.
- CHILE, *Ley nº. 20.285/2008* (Lei Sobre o Acceso a la Información Pública), disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363> >, acceso el: 24 ene. 2014.
- COLOMBIA, *Proyecto de ley nº 156 de 2011* (Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional), 34 pp., disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_base_dc_leyes_pais_CO_10.pdf>, acceso el: 21 febrero 2014.
- COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, CJI/Resolução 147 (LXXIII-0/0): *Principios sobre el derecho de acceso a la información*. Rio de Janeiro, 2008, 2 pp., disponible en: <http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf>, acceso el: 27 enero 2014.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Les Autorités Administratives Indépendantes - Rapport public 2001*, disponible en: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/contributions.html>>, acceso el: 27 enero 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Merits, reparations and costs nº 12.108*, Case of Claude Reyes et al. v. Chile Judgment, San José, 19 septiembre, 2006. Séries C nº 151, párrafo 77, 69 pp., disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf>, acceso el: 27 enero 2014.
- COSTA RICA, *Proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública*, 15 pp., disponible en: <http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/349/16198-proyecto.pdf>, acceso el: 21 febrero 2014.
- COUNCIL OF EUROPE (Consultative Council of European Judges), *Magna Carta of Judges* (Fundamental Principles), disponible en: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE-MC\(2010\)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorIntranet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE-MC(2010)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorIntranet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)>, acceso el: 24 febrero 2014.
- CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, 4, *Declaración de Nuevo León*, Mar del Plata, 2004, 13 pp., disponible en: <http://www.iica.int/Esp/cumbres/Documents/DeclaracionLeon_spa.pdf> Acceso em: 18 febrero 2014.

- ECUADOR, *Lei nº 34/2004* (Ley Organica de Transparencia y Acceso a la Información Publica), 8 pp., disponible en: <<http://www.rti-rating.org/files/pdf/Ecuador.pdf>>, acceso el: 24 enero 2014.
- EL SALVADOR, *Decreto nº 534/2011* (Ley de Acceso a la Información Publica), 41 pp., disponible en: <<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-acceso-a-la-informacion>>, acceso el: 24 enero 2014.
- ESLOVENIA, *Access to public information Act*, disponible en: <<https://www.ip-rs.si/index.php?id=324>>, acceso el: 3 febrero 2014.
- GUASTINI, Ricardo, "Interpretare e argomentare", en MESSINEO, Francesco et al., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 56, pp. 81-90.
- GUATEMALA, *Decreto nº 57/2008* (Ley de Acceso a la Información Pública), 6 pp., disponible en: <<http://old.congreso.gob.gt/archivos/decretos/2008/gtdcx57-0008.pdf>>, acceso el: 24 enero 2014.
- HONDURAS, *Decreto Legislativo nº 170/2006* (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública), pp. 11 - 104, disponible en: <http://www.tse.hn/Transparencia/Documentos-T/Leyes/Ley_de_Transparencia.pdf>, acceso el: 24 enero 2014.
- INDIA, *Act nº 22/2005* (The Right to Information Act), 23 pp., disponible en: <<http://www.iitb.ac.in/legal/RTI-Act.pdf>>, acceso el: 3 febrero 2014.
- LIBERIA, *Freedom of information Act of 2010*, 12 pp., disponible en: <<http://www.liberianembassy.org/uploads/documents/Liberia%20Freedom%20of%20Information%20Act%202010x.pdf>>, acceso el: 3 febrero 2014.
- MACEDONIA, *Law on free access to public information*, disponible en: <<http://komspi.mk/DokumentiDetails.aspx?lang=3&itemID=1>>, acceso el: 3 febrero 2014.
- MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*. México: UNAM, 2012, pp. 141.
- MENDEL, Toby, *O Direito a Informação na América Latina*, UNESCO, 2009, pp.13, disponible en: <http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf>, acceso el: 27 enero 2014.
- MESSINEO, Francesco et al., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. MILANO: Giuffrè, 2011.
- MÉXICO, *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002*, 25 pp., disponible en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244.pdf>>, acceso el: 24 enero 2014.
- NICARÁGUA, *Ley nº. 621/2007* (Ley de Acceso a la Información Pública), disponible en: <[http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/675A94FF2EBFEE9106257331007476F2](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/675A94FF2EBFEE9106257331007476F2)>, acceso el: 24 enero 2014.

- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Access to information*, disponible en: <http://www.oas.org/dil/access_to_information_model_law.htm>, acceso el: 27 enero 2014.
- OEA, Período ordinario de sesión 108. *Declaration of Principles on Freedom of Expression*, Washington, 02 a 20 octubre de 2000, disponible en: <<http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=26&lID=1>>, acceso el: 27 enero 2014.
- OEA, Sesión plenaria 8, *Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la Información Pública*. Washington, 8 de junio de 2010, 36 pp., disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/3_Acceso_Ley_Modelo_Libro_Espanol.pdf>, acceso el: 18 febrero 2014.
- PANAMÁ, *Proyecto de ley* n° 584 (Que Crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información), 52 pp., disponible en: <http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_584.pdf>, acceso el: 21 febrero 2014.
- PARAGUAYI, *Proyecto de ley de libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental*, 15 pp., disponible en: <<http://sil2py.senado.gov.py/formulario/VerDetalleTramitacion.pmf?q=VerDetalleTramitacion%2F101629>>, acceso el: 21 febrero 2014.
- PERLINGEIRO, Ricardo, *Justicia Administrativa en Brasil: ¿Una jurisdicción Administrativa Judicial, Extrajudicial o Híbrida?* [Administrative Justice in Brazil: A Judicial, Non Judicial or Hybrid Jurisdiction?], February 7, 2014, disponible en: SSRN: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2390139>, acceso el: 21 marzo 2014.
- PERU, *Ley* n° 27.806/2002 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública), pp. 227605 - 227610, disponible en: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27806.pdf>>, acceso el: 24 enero 2014.
- REPÚBLICA DOMINICANA, *Ley* n° 200-04 (Ley General de Libre Acceso a la Información Pública), 16 pp., disponible en: <http://www.camaradediputados.gob.do/serve/listfile_download.aspx?id=904&num=1>, acceso el: 24 enero 2014 .
- SERVIA, *Law on Free Access to Information of Public Importance*, disponible en: <http://www.seio.gov.rs/upload/documents/ekspertske%20misije/civil_and_political_rights/law_on_free_access_to_information.pdf>, acceso el: 3 febrero 2014.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, "La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho", en: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 12-19.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. Comentário n. 26 (a), pp. 36, disponible en: <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF>>, acceso el: 24 febrero 2014.

URUGUAI, Ley n.º 18.381/2008 (Derecho de Acceso a la Información Pública), disponible en: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18381&Anchor=>>>, acceso el: 24 enero 2014.

WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf, *Direito Administrativo*, v. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, 712 pp.

ZILLER, Jacques, "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne", en *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 2010, pp. 901-906.

Neo retórica jurídica

Legal Neo rhetoric

*Gerardo Ribeiro**

Al final de las razones viene la persuasión.

Wittgenstein

RESUMEN: El presente trabajo ofrece una categorización y jerarquización de las diversas etapas estilísticas en las que se ha presentado la retórica en el tiempo, a efecto de contrastar con la concepción que se propone en el artículo de un nuevo modo de entender y de construir el discurso en la disputa judicial, a partir del concepto de “racionalidad” entendido como discurso argumentativo. A este nuevo modo de concebir la racionalidad jurídica, el autor lo denomina “Neo retórica”.

PALABRAS CLAVE: Retórica, Argumentación, Ley, Juicio

ABSTRACT: The present paper provides a categorization and hierarchy of the various stylistic stages in which rhetoric has been presented in time, to effect of contrasting with the concept proposed in the article in a new way to understand and build the discourse in a judicial dispute, based on the concept of “rationality” understood as argumentative

* Abogado por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, Maestro y Doctor en Filosofía por la Universidad de Guanajuato en la cual es actualmente Profesor-Investigador de Tiempo Completo. El Dr. Ribeiro es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México.

discourse. To this new way of conceiving the legal rationality, the author calls it "Neo rhetoric".

KEYWORDS: Rhetoric, Argumentation, Law, Trial

SUMARIO: I.- Una descripción de la retórica. II.- Neo retórica y racionalidad jurídica. III.- Neo retórica y argumentación jurídica. IV.- Neo retórica y enunciación. V.- Neo Retórica y composición.

I. UNA DESCRIPCIÓN DE LA RETÓRICA

La retórica tiene diversas definiciones. Cada una de las definiciones está condicionada por la concepción que de ella se tiene, así como el tiempo histórico en la que se ofrece. Es evidente, entonces, que no es sostenible la idea de concebir a la retórica simplemente como un mero instrumento formal de expresión. Sin embargo, podemos encontrar dos constantes en las definiciones de retórica que, por supuesto, no son excluyentes entre ellas: una concepción afirma que la retórica es persuasión (Aristóteles) y otra concepción afirma que la retórica es el arte del bien decir (Cicerón).

Platón define a la retórica como el arte del discurso y Gorgias la define como el arte de la persuasión. Cicerón concibe a la retórica en su relación con la filosofía por lo que la asocia a la reivindicación de lo justo de influencia platónica y por ello reconoce que no se pueden ofrecer reglas preceptivas de carácter universal.

Quintiliano define a la retórica como *ars bene dicendi* en donde la palabra *bene* se debe entender en dos sentidos. Lausberg¹ propone entender el *bene* como las *virtudes* de una *ars* en donde se designa tanto la perfección técnica de una obra (*opus*) como la bondad moral del orador. Quintiliano, el más preceptivo de todos los oradores latinos, construye un manual para educar al “orador perfecto” el cual caracteriza como aquel hombre íntegro, firme y con presencia, con una sólida formación cultural y en los instrumentos del arte de persuadir por medio de la oratoria y que los pone al servicio de lo justo de la comunidad a la que pertenece.

La retórica cristiana en sus inicios reivindica una concepción retórica que favorece la *sapientia* como más importante que la *eloquentia*. La *sapientia*, es decir, el saber derivado

¹ Lausberg, Heinrich. *Manual de retórica literaria. Fundamentos de una ciencia de la literatura*. Madrid, Editorial Gredos, 1983. Pág. 83

de la Biblia y, por ello La Verdad, es preferible a la *eloquentia*. En la retórica cristiana quien persuade no es la “verdad” porque el argumento persuasivo fundamental no es que ella es revelada sino que ella “os hará libres”. Dicho de otro modo, no es la revelación de la verdad el argumento fuerte, sino el beneficio de la verdad revelada a un auditorio generalmente ávido de “recompensas” inmediatas: “os hará libres”. Las connotaciones del vocablo “libre” son enormes y por lo tanto cada uno de los oyentes le atribuirá al vocablo “libre” la significación que necesita en ese momento histórico de su vida. Sin embargo, los trabajos de Agustín y Casiodoro reivindicaron un valor instrumental a la retórica tanto para conocer el texto sagrado por medio de las figuras (Agustín) como para construir el sermón (Casiodoro).

Las estrategias discursivas de la retórica medieval cristiana pasan por diferentes sistemas. Por una parte Ambrosio, Agustín y Casiodoro proponen ver al texto bíblico no solo como la presentación de la verdad revelada, sino, también, como un discurso que posee elocuencia y en el que se hallan presentes las figuras retóricas. Del anterior reconocimiento se derivan los trabajos de Agustín al componer un tratado sobre figuras retóricas bíblicas y los trabajos de Casiodoro en el Capítulo XXVII y subsiguientes de su *De institutione divinarum litterarum* en donde reconoce la necesidad del conocimiento retórico para acercarse al texto sagrado y sus posteriores trabajos encaminados a la estructura retórica del sermón. Fue Roberto Deutz quien da cuenta de las figuras retóricas y su relación con los pasajes bíblicos. Tanto Agustín como Isidoro consideran “la Sagrada Escritura como un documento de arte retórico en el que se encuentra la forma del lenguaje poético en plena coincidencia con la verdad eterna que constituye su contenido”.²

Sin embargo, será Gregorio Magno el que le da un giro a esta concepción de la retórica como un modo de entender las Sagradas Escrituras y emprenderá una preceptiva para utilizar la retórica ya no para estudiar sino para persuadir desde el sermón. Se trata, pues, de construir el sermón como un discurso persuasivo y, para ello, es necesario recuperar la estructura del discurso retórico así como las figuras más representativas de la retórica.

De esta concepción cristiana instrumentalista de la retórica se derivó la estructura curricular medieval en donde a las disciplinas de la “expresión” se les denominó *trivium* y las disciplinas que se ocupaban del conocimiento se les denominó *quadrivium*. No fue sino hasta el Renacimiento, con autores tales como Petrarca, Erasmo y Vives, que se volvió a proponer la relación entre retórica y filosofía.

² SCHANCE, Helmut. *Retórica. Contribuciones sobre su historia en Alemania. Siglo XVI a XX*. Buenos Aires, Editorial Alfa Argentina, 1976. Pág. 61.

Una manera diacrónica de comprender la retórica se desprende de las diferentes etapas por las que ha transitado. Así, propongo el siguiente esquema de manera provisional, a saber: una retórica antigua construida en Grecia, en donde los representantes son Platón (*Gorgias, Fedro*), Aristóteles (*Retórica*) y Gorgias (*Encomio de Helena*). Una retórica clásica construida por Catón, Cicerón (*De oratore, Particiones oratoriae, Brutus, Oarator, De optimo genere oratorum*) y Quintillano (*Institutio oratoria*). Una retórica romana tardía se encuentra representada por Tácito (*Dialogus de oratoribus*), Marco Cornelio Frontón (*De eloquentia*) y, en menor medida Aulo Gelio (*Noctes Atticae*). Una retórica medieval asociada a la liturgia religiosa en donde sobresale la patrística de la retórica cristiana con Agustín (*De doctrina cristiana*) y Casiodoro (*De institutione divinarum litterarum*), luego dos autores preceptivos, Roberto de Deutz (*De trinitate*), Gregorio Magno (*Cura pastoralis*) e Isidoro de Sevilla (*De ecclesiasticis officiis*). A partir de esta retórica medieval asociada al discurso religioso como instrumento de conocimiento o como estructura para la construcción del sermón, los trabajos de retórica son estudios de la aplicación de las figuras en textos literarios posteriores o sólo aplicación de la retórica antigua, clásica y medieval a nuevos textos. Es decir, no hay una nueva preceptiva retórica sino solamente estudios de las aplicaciones contemporáneas de los antiguos recursos o aplicación de las figuras clásicas a textos literarios.

Desde el punto de vista sincrónico se puede describir a la retórica desde las propuestas de sistema que cada época reivindica. Así, la construcción de las estrategias discursivas que se expresan en discursos persuasivos, tiene en el modelo de Platón la idea de lo justo perfecto frente al interés individual. Para Platón su modelo de razonamiento, la dialéctica, es su modelo retórico, su modelo de persuasión desde la idea de lo justo. La retórica aristotélica es el primer modelo preceptivo escrito, estructurado a modo de manual de estrategias discursivas encaminadas a la persuasión que trasciende a su tiempo. Si bien es cierto que los sofistas ya enseñaban las estrategias discursivas a sus alumnos, estas no quedaron registradas en la escritura como los textos de Aristóteles en su *Retórica*. Cicerón, en su práctica profesional, hace uso de la oratoria en los procesos judiciales, así como reflexiona sobre la oratoria. Sin embargo, el sistema de construcción del discurso persuasivo y los recursos retóricos de Cicerón no son más que los recursos heredados y conocidos por su comunidad. Así mismo, la concepción que soporta teóricamente el trabajo discursivo de Cicerón es de evidente corte platónico: la idea de lo justo y del bien como fin organizan el discurso y le dan sentido. Quintiliano, por su parte, es el más preceptivo de los clásicos en la medida en que sistematiza las técnicas de persuasión y la estructura del discurso en una secuencia pedagógica que era

utilizada en su escuela de oratoria, sin dejar de lado la idea de que el orador debe ser una persona moralmente buena.

La retórica se ha presentado históricamente como un modelo formal de construir los argumentos, como la estructura del discurso y como un conjunto de figuras. En cualquiera de los campos de aplicación de la retórica ésta siempre tiene como fin persuadir y proponerle al auditorio un modo particular de ver el estado de cosas y lo hace desde diversas tradiciones teóricas. Así, podemos ver cómo se utilizan recursos provenientes de la lógica al proponer los argumentos racionales, de la psicología al formular los argumentos emocionales y de la poética cuando toma los argumentos ornamentales del lenguaje.

Independientemente de lo anterior, es necesario dejar claro que la retórica “no tiene que ver, como la historia o la filosofía, con lo verdadero y el informe de los hechos, sino con lo probable. El orador quiere influir o convencer, mover los afectos del oyente: *delectare* y *movere* son los puntos cardinales de su arte. Para lograr este fin debe servirse de tropos y figuras retóricas (*ornatus*): ellos allanan el camino hacia el corazón del oyente y aún en una retórica de la legitimación debe conservarse este principio”.³

Las definiciones contemporáneas de la retórica son afirmaciones tan vagas y tan poco sostenibles por su ausencia de argumentos como que la retórica es la construcción de una moderna ciencia general del discurso hasta concepciones tales como la de que la retórica es la vertiente comunicativa del instinto de conservación que favorece la comunicación con el entorno. Definiciones descriptivas afirman que la retórica es el arte de presentar argumentos, pasando por la idea de que la retórica es el arte del embellecimiento de la palabra hasta que la retórica es el arte de seducir a un auditorio.

Las definiciones contemporáneas de la retórica son afirmaciones vagas y poco sostenibles por la ausencia de argumentos. Desde sostener que la retórica es la construcción de una moderna ciencia general del discurso hasta que ella es la vertiente comunicativa del instinto de conservación que favorece la comunicación con el entorno. Definiciones descriptivas afirman que la retórica es el arte de presentar argumentos; o bien, que la retórica es el arte del embellecimiento de la palabra; y por qué no, la retórica es el arte de seducir a un auditorio.

Roland Barthes se refiere a la retórica como a un metalenguaje cuyo lenguaje-objeto es el discurso que se expresa en seis prácticas culturales, a saber: una técnica, una enseñanza, una ciencia, una moral, una práctica social y una práctica lúdica.

Chaim Perelman define a su nueva retórica como una filosofía retórica enfrentada a todos los dogmatismos y absolutismos, dirigida a los hombres de buena voluntad para que

³ Ibidem. Pág. 67.

con sus acciones, transformen la sociedad. Supongo que esta idea de transformación de la sociedad está asociada a la idea platónica de retórica como defensa de lo justo.

El grupo de profesores de Lieja afirma que la retórica “es un conjunto de operaciones sobre el lenguaje que depende necesariamente de ciertos caracteres de éste”.⁴

Los trabajos contemporáneos de Perelman fundamentalmente y de Ricoeur como *La metáfora viva* se han denominado como nueva retórica. La nueva retórica de Perelman deja claro que de la retórica antigua retoma el concepto de auditorio en el sentido de que todo el discurso retórico tiene como objeto convencer, persuadir o buscar la adhesión del auditorio a las premisas del orador. Perelman propone un auditorio universal, conformado por los hombres *normales*, también los denomina *competentes* y *razonables* y un auditorio especializado, conformado por hombres que comparten un mismo conocimiento. Estos dos espacios son el escenario de la persuasión. Aunque se mantenga la idea de auditorio tanto en la retórica clásica como en la nueva retórica, lo nuevo radica en que la nueva retórica estudia los mecanismos del discurso y su eficacia práctica, como en el caso del discurso de la disputa judicial, así como estudia los mecanismos internos de la producción textual literaria dado que se trata de establecer las condiciones generales en que es posible construir un discurso persuasivo. Desde esta perspectiva se puede entender la descripción que Van Dijk⁵ hace de la retórica al afirmar que ésta “se preocupa precisamente de la manipulación consciente, perseverante, para conseguir sus fines y dependiente de ellos, de los conocimientos, las opiniones y los deseos de un auditorio, mediante rasgos textuales específicos, así como de la manera en que ese texto se realiza en la situación comunicativa”. La retórica clásica, por su parte, trabaja más las cuestiones de orden del discurso y formas con el lenguaje entendiendo que la eficacia discursiva proviene del correcto manejo de orden y forma.

El objetivo de la retórica también se va transformando. Así, para Platón, la retórica como arte del discurso es el espacio en donde se construyen argumentos desde el bien, desde la idea de lo justo. La retórica es una estructura por medio de la cual se expresa el razonamiento de lo bueno. Si bien esta idea se mantiene tanto en Cicerón como en Quintiliano, es evidente en ellos la creación, desarrollo y uso de las figuras retóricas. Y la creación de estas figuras retóricas tiene el claro fin de modificar la opinión del auditorio y, en particular, del juez. Es en el discurso judicial en donde más figuras retóricas se utilizan con la intención de convencer al juez cuando hay pruebas evidentes de ello, si no las hay, habrá que persuadir al juez desde los indicios y si no hay pruebas ni indicios, habrá que seducir al juez desde el

⁴ Grupo U. *Retórica General*. Barcelona, Ediciones Paidós ibérica, 1987. Pág 71.

⁵ VAN DIJK, Teun A. *La ciencia del texto*. Barcelona, Editorial Paidós, 1978. Pág. 125.

discurso retórico a fin de que se adhiera a las ideas propuestas. El paradigma teleológico de la retórica se modifica por la coyuntura: primero aparece como un instrumento para organizar el discurso de la razón a la luz de la idea de lo justo, ahora, es el lugar que el orador ocupa dentro del proceso judicial el que particulariza los fines que se persiguen al utilizar la retórica. Sin embargo, la retórica entendida como educación del sujeto apela a la formación de un hombre bueno.

Sin embargo, esta concepción de la retórica es cuestionada fuertemente y la mala fama que la acompaña desde su nacimiento queda de manifiesto desde el inicio.

En el diálogo *Gorgias*,⁶ Platón establece la crítica a la retórica sofista al compararla con la adulación y una rutina técnica:

(...) la adulación se cuida muy poco del bien, y mirando sólo al placer, envuelve en sus redes a los insensatos, y los engaña; de suerte que la consideran como de gran valor. La cocina o el arte culinario se desliza a la sombra de la medicina, atribuyéndose el discernimiento de los alimentos más saludables al cuerpo. De manera que si el médico y el cocinero disputasen delante de niños y delante de hombres tan poco razonables como los niños, para saber quien de los dos, el cocinero o el médico, conocen mejor las cualidades buenas o malas de los alimentos, indudablemente el médico se moriría de hambre. He aquí a lo que yo llamo adulación, y lo que digo es que es una cosa vergonzosa, Polo (a ti es a quien me dirijo), puesto que solo se cuida de lo agradable, despreciando lo mejor. Añado que no es un arte, sino una rutina, tanto más cuanto no tiene ningún principio cierto, tocante a la naturaleza de las cosas que ella propone, que pueda servirla de guía; de suerte que no da la razón de nada; y a lo que está desprovisto de razón yo no lo llamo arte.

Aristóteles⁷, por su parte, intenta una débil defensa de la *Retórica* al afirmar que “si (alguien sostiene que) el que usa injustamente de esta facultad de la palabra puede cometer grandes perjuicios, (se deberá contestar que) excepción hecha de la virtud, ello es común a todos los bienes y principalmente a los más útiles, como son la fuerza, la salud, la riqueza y el talento estratégico; pues con tales (bienes) puede uno llegar a ser de gran provecho, si es que los usa con justicia, y causar mucho daño, si lo hace con injusticia”.

Cicerón⁸ considera que “hay que estudiar la elocuencia, aunque algunos abusen de ella tanto en privado como en público; pero ciertamente con más ahínco por esto: porque los malos no puedan mucho más con gran detrimento de los buenos y ruina común de todos, en especial cuando esto es lo único que máximamente concierne a todas las cosas, las públicas

⁶ PLATÓN. *Diálogos*. México, Editorial Porrúa, 1998. Pág. 156.

⁷ ARISTÓTELES. *Retórica*. Madrid, Editorial Gredos, 2000. Pág. 3.

⁸ CICERÓN, Marco Tulio. *De la invención retórica*. México, UNAM. 1990. Pág. V.

y las privadas: por esto se hace segura la vida; por esto, hermosa; por esto, brillante; por esto mismo, jocunda”.

Ahora bien, la retórica, frecuentemente utilizada como un adjetivo para descalificar a un oponente: *lo que usted afirma es pura retórica*, puede rastrearse, también, en su relación con el conocimiento.

Yo no tengo duda al afirmar que la historia de la verdad de la cosa es la historia del sentido de la oración que nombra la cosa, este sentido siempre es histórico, discursivo y social⁹.

En resumen, la retórica, históricamente, se puede comprender también desde el concepto de mutilación como lo describe Ricoeur¹⁰ siguiendo a Genette: “a partir de los griegos, la retórica se fue reduciendo progresivamente a la teoría de la elocución, por amputación de sus dos partes principales: la teoría de la argumentación y la de la composición. A su vez, la teoría de la elocución, o del estilo, quedó reducida a una clasificación de figuras” Este concepto le permitirá a la nueva retórica restaurar el estudio de los tropos en toda su extensión.

Este proceso de mutilación se puede observar en las siguientes etapas históricas de la retórica que propongo desde un punto de vista estructural:

1. RETÓRICA

1.1. *Retórica antigua Griega*: Empédocles, Tisias y Gorgias. Esta retórica puede describirse desde la crítica de Platón que en el *Fedro* afirma que Tisias y Gorgias descubrieron que se debe valorar más lo verosímil que lo verdadero y que saben, por la fuerza del discurso, volver grandes las cosas pequeñas y volver pequeñas a las cosas grandes. Es una retórica de uso y combate público. Los recursos lingüísticos y las figuras retóricas están en función de la verosimilitud del argumento.

1.2. *Retórica clásica Griega*. Su máxima expresión es la *Retórica* de Aristóteles. En ella se proponen tres campos de trabajo, a saber,

A.- Teoría de la argumentación sustentada en la relación entre la lógica demostrativa y la filosofía. Se desarrolla el concepto de entimema, entendido como el silogismo retórico, a efecto de construir la estructura argumentativa sobre la cual se desarrolla el discurso.

⁹ Entiendo, en este caso, por oración cualquier modo de concebir narrativamente la cosa desde el pensamiento hasta la señalización.

¹⁰ RICOEUR, Paul. *La metáfora viva*. Madrid, Editorial Trotta, Ediciones cristiandad, 2001. Pág. 68.

B.- Teoría de la composición en donde se propone la estructura del discurso argumentativo.

C.- Teoría de la enunciación en donde se proponen y se desarrollan las habilidades de locución del discurso.

1.3. *Retórica latina*. Cicerón y Quintiliano reivindican el modelo aristotélico y perfeccionan la retórica judicial.

1.4. *Retórica literaria*. Desde la retórica judicial latina hasta el siglo XIX, la retórica pierde su espacio procesal y se refugia en la literatura. Este periodo se caracteriza por un paulatino empobrecimiento y mutilación de la retórica. Así, esta pierde tanto la teoría de la argumentación como la teoría de la composición, refugiándose inicialmente en la enunciación y finaliza limitándose a los tropos o figuras.

2. NUEVA RETÓRICA

La nueva retórica se presenta en dos corrientes de pensamiento.

Es con la aparición del libro *Teoría de la argumentación. La nueva retórica* de Chaim Perelman cuando se puede conceptualizar otro periodo de la retórica. Perelman mantiene la mutilación histórica de la disciplina y rescata una de sus partes olvidadas como la teoría de la argumentación. Nueva retórica significa, entonces, la restitución como problema principal de la retórica de uno de sus pilares como lo es la argumentación y deja a un lado, manteniendo la mutilación, la composición y la enunciación.

3. NEO RETÓRICA JURÍDICA

Neo retórica jurídica es el término que propongo para conceptualizar un nuevo horizonte de comprensión retórica en el cual, en el que si bien sólo reivindico la retórica judicial como objeto de trabajo (dejando de lado, claro está, la retórica demostrativa y la retórica deliberativa) ésta se caracteriza por restituirle a la retórica todas sus partes integrantes, a saber: la argumentación, la composición y la enunciación. A diferencia de los dos modelos anteriores (retórica clásica y nueva retórica) la retórica comienza con sus tres partes constitutivas y finaliza solo como tropos literarios, la nueva retórica solo reivindica la teoría de la argumentación, pero la neo retórica que propongo reivindica las tres partes integrantes de la teoría retórica aristotélica: la argumentación, la enunciación y la composición, todas ellas, claro está, constreñidas a la retórica judicial. No estoy únicamente restituyendo los tres espacios de la retórica clásica Aristotélica a la retórica jurídica, sino que se trata de un objetivo

mucho mayor que reivindica el construir un nuevo modelo de funcionamiento de la retórica jurídica a la luz del lenguaje, a la luz de los problemas del lenguaje y a la luz de las posibilidades del lenguaje. La neo retórica jurídica que reivindico se aleja del nivel semántico del lenguaje y reivindica los niveles gramaticales y sintácticos como los espacios desde los cuales se construye el sentido del discurso jurídico y por ende, es el instrumento metodológico para construir la racionalidad jurídica retórica que se expresan materialmente en la composición y la enunciación.

Para mí, la neo retórica debe ser entendida como la construcción del sentido que argumenta la verdad del hablante. Esta construcción del sentido no es una sujeción a las figuras del lenguaje, sino una sujeción a las figuras dentro del lenguaje para argumentar la construcción de un sentido de la oración que se ofrece, siempre, como una verdad en búsqueda de aceptación por parte del auditorio. La retórica, como estructuras lingüísticas, ordena y construye el sentido de la experiencia humana del orador, en términos generales y ordena y construye el sentido de su argumento, en términos particulares. La única manera de comprender el mundo (desde el lugar del sujeto en la comunidad hasta la comprensión de un enunciado jurídico en particular) es desde la comprensión retórica porque el mundo entendido como experiencia humana está construido lingüísticamente, es decir, la existencia del sujeto es una existencia discursiva, a diferencia de su materialidad que es objetual, corporal.

La neo retórica jurídica debe ser entendida, entonces, como un conjunto de operaciones lingüísticas sobre el lenguaje jurídico que construyen el sentido del enunciado jurídico con intenciones argumentativas. Estas operaciones son realizadas por un orador que tiene por objeto crear estrategias discursivas para influir sobre el auditorio al que se dirige. Estas acciones discursivas son prácticas discursivas formales en su sentido sintáctico, singulares por ser construcciones determinadas, intersubjetivas porque siempre van dirigidas a un auditorio, normativas en el sentido de competencia del hablante pero también integran hábitos, usos y costumbres lingüísticos propios de ciertos lenguajes especializados como el derecho. Las operaciones retóricas sobre el lenguaje son las que construyen el sentido del texto referencial (la ley) y el sentido del discurso del intérprete (alegato y acusación). El auditorio es, simplemente, la persona o el conjunto de personas que se pretende convencer o persuadir de que las premisas del orador son válidas.

De lo que se trata, a continuación, es de presentar las condiciones de existencia y de funcionamiento de las prácticas discursivas retóricas con intenciones argumentativas en el espacio jurídico procesal desde los principios de la neo retórica jurídica.

II.

NEO RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Tradicionalmente se ha conceptualizado a la argumentación como la disputa entre dos ideas y se la describe desde las siguientes secuencias generales:

- 1.- Premisa-argumentación-conclusión.
- 2.-
 - a.- Premisa anterior (argumento que se va a refutar)
 - b.- Premisa nueva (Argumento que se propone para refutar)
 - c.- Por lo tanto (Desarrollo de los argumentos propuestos)
 - d.- Conclusión (Nueva tesis)
- 3.- Argumentación-justificación-conclusión.

Cada una de las teorías propone la secuencia que considera más eficaz de acuerdo a sus conceptos.

Sin embargo, todas las secuencias son iguales porque todas parten de las mismas premisas:

- 1.- La argumentación es la justificación de un enunciado.
- 2.- La justificación se ofrece como conclusión.
- 3.- Los hechos son considerados desde la perspectiva de verdaderos o falsos.
- 4.- La relación de implicación entre los hechos y la conclusión es la forma de justificar el enunciado.

Sin embargo, si concibo a la palabra como evocadora de un conjunto de situaciones a los que da existencia la enunciación de la frase entonces tengo una perspectiva diferente. La realidad¹¹ no existe sino que es una creación discursiva. La materialidad del mundo es independiente del sujeto, pero la existencia axiológica de esa materialidad es lingüística. La palabra es fundadora de un punto de vista desde el cual el sujeto construye su mundo y se construye a sí mismo.

La retórica tradicional se caracteriza por el uso de las figuras del lenguaje con el objetivo de embellecer el texto. La nueva retórica de Perelman se caracteriza por utilizar las figuras del lenguaje para argumentar, es decir, lograr la adhesión del auditorio a las premisas del hablante. La neo retórica¹² que propongo se caracteriza por utilizar las figuras del lenguaje para construir el sentido del enunciado normativo y discursivo en general.

¹¹ La realidad como el modo de presentarse las cosas ante nosotros.

¹² Los conceptos de neo retórica que estoy proponiendo son, evidentemente, aplicables a cualquier discurso, ya sea textual, icónico o auditivo.

Por lo tanto.

- 1.- El discurso argumentativo no puede justificar los enunciados, sino que debe crear el sentido del enunciado.
- 2.- La justificación que se ofrece como conclusión es insostenible porque no agrega nada nuevo sino que se limita a la exégesis del enunciado y por ello no es una conclusión.
- 3.- Los hechos en el proceso jurídico no son verdaderos o falsos. Los hechos son, unos probados y otros no, independientemente de si fueron o no verdaderos o falsos. Lo que se ofrece no es la verdad o la falsedad de los hechos, sino la creación discursiva de los hechos de una manera determinada y probada a la luz de otros discursos.
- 4.- La relación de implicación entre los hechos y la consecuencia es insostenible. La única relación posible es de verosimilitud entre los hechos y la consecuencia porque la verosimilitud es una construcción discursiva. Son las señas de identidad de los hechos que van construyendo la consecuencia, dado que no hay una consecuencia predeterminada a la que haya que arribar necesariamente. Es el interés procesal el que decide la consecuencia a construirse.
- 5.- El argumento más importante, que es el que se reivindica en todo el texto, y que sustenta la hipótesis de la neo retórica, radica en que las relaciones de implicación entre los hechos y las consecuencias anteriormente expresadas no son del orden lingüístico y los argumentos no se encuentran determinado por la lengua sino por la idea de necesidad y consecuencia. Y la neo retórica que propongo está sustentada formalmente en que esta es *un conjunto de operaciones sobre el lenguaje que depende necesariamente de ciertos caracteres de éste* con la intención de construir una verdad que convenza, persuada o que logre la adhesión del auditorio a esa verdad.

Esta descripción de la neo retórica se sustenta en dos premisas fundamentales, a saber:

1. El estudio del lenguaje se realiza en tres espacios:
 - 1.1. Sintáctico: en este espacio se estudian y se establecen reglas y condiciones que permiten reconocer secuencias lingüísticas, frases y enunciados, consideradas bien formadas y válidas dentro del sistema de la lengua.
 - 1.2. Semántico: en este espacio se estudian las relaciones entre el vocablo y su referente.
 - 1.3. Pragmático: en este espacio se estudian las condiciones de emisión del enunciado, su vocalización, su eficacia persuasiva y el efecto que logra ante el auditorio al que va dirigido.

La neo retórica trabaja en todos los espacios, pero lo que la caracteriza es que no prioriza el trabajo sobre el espacio semántico de la lengua sino sobre el espacio sintáctico y pragmático. Todas las teorías de la argumentación trabajan en el espacio semántico dado que la premisa fundamental que las sustenta es establecer las relaciones de implicación que existen entre los hechos y la conclusión. La neo retórica, por el contrario, pretende trabajar, fundamentalmente, en el espacio sintáctico y pragmático a efecto de argumentar desde la creación del sentido, desde las relaciones lingüísticas en donde los argumentos estén determinados por las leyes de la lengua y no por las leyes de la lógica. El enunciado legal obedece a las leyes de la retórica y de la lengua, (porque es un enunciado lingüístico) por lo tanto no obedece a las leyes de la lógica y su pretensión de verdad como representación de la realidad.

2.- La neo retórica aquí presentada sustenta, primordialmente, la idea de que la argumentación está en el enunciado mismo, en la estructura sintáctica del mismo, porque en el enunciado se encuentran todos los significados posibles desde los cuales construir los variados sentidos del mismo según los intereses procesales (o de cualquier otra índole) del sujeto.

La hipótesis que sustenta esta concepción es la propuesta por Ducrot¹³ al afirmar que *todas las relaciones argumentativas entre enunciados (y no sólo entre enunciaciones, lo que sería banal) no se deducen de su contenido informativo.*

Por lo tanto, es insostenible afirmar que argumentar es justificar una conclusión. La neo retórica defiende la idea de que argumentar es crear el sentido del otro enunciado con enunciados que son pertinentes entre si. El concepto de coherencia entre los enunciados constituye la fortaleza del argumento. No hay, pues, una conclusión, sino la construcción del sentido expresada en un discurso coherente. Ese nuevo discurso construido en el lenguaje del otro es la argumentación.

No hay conclusiones, hay nuevos discursos. Las conclusiones son propias de las relaciones de implicación entre hechos. Los nuevos discursos son propios de las relaciones lingüísticas de los enunciados porque en ellos se crea el sentido del otro enunciado desde las premisas propias del lenguaje. Es el lenguaje refiriéndose al lenguaje: el metalenguaje, por lo tanto, es la función lingüística por excelencia de la argumentación.

La creación del sentido del enunciado debe ser entendido como la descripción que el enunciado hace de su propia enunciación: la lengua se concibe como autorreferencial. El

¹³ ANSCOMBRE, Jean-Claude; DUCROT, Oswald. *La argumentación en la lengua*. Madrid, Editorial Gredos, 1994. Pág. 55.

mundo al que se refiere el sentido creado es el mundo expresado por el enunciado. La pretensión de verdad en la neo retórica no es externa al enunciado, sino que es auto referencial al propio enunciado. Esta perspectiva permite dejar de lado toda concepción representacional del lenguaje y reivindicar una idea autorreferencial del lenguaje.

Esta concepción del lenguaje, aplicada a la neo retórica, se sustenta sobre algunas constantes:

- A.- El significante es la representación gráfica y fónica del signo lingüístico.
- A.- El significado son las diversas posibilidades que tiene el signo de relacionarse evocativamente con los objetos posibles de ser nombrados por él.
- B.- La significación es la relación de presuposición que se establece entre el significante (fónico y gráfico) y la evocación de uno de los posibles significados del signo.
- C.- El sentido es la acción mediante la cual el oyente construye el sentido del enunciado por medio de señales o instrucciones retóricas contenidas en el enunciado mismo y en función de la situación del discurso (o el caso concreto en materia jurídica)

Desde estas premisas se puede afirmar que la argumentación se realiza en el espacio sintáctico y pragmático de la lengua, que el nivel informativo del enunciado (semántico) es deudor de la sintaxis del enunciado y que la pretensión de verdad o falsedad del enunciado se reduce a si este convence, persuade o logra que el auditorio se adhiera a sus premisas. El enunciado no posee un sentido expreso, es el hablante el que se lo construye por medio de la pragmática al insertar la frase en el discurso, en la intencionalidad del discurso.

La argumentación no está fuera del enunciado, sino dentro del enunciado. Es en la estructura sintáctica en donde se encuentra el espacio argumentativo que se debe desarrollar al construir el sentido del enunciado. El lenguaje no va por un lado y la argumentación por otro, el lenguaje es el espacio de la argumentación con el lenguaje. El enunciado es una concatenación de signos que poseen, cada uno de ellos, significados: la elección de uno u otro significado de un signo con uno u otro significado del signo que le antecede y así hasta terminar con todos los signos del enunciado se constituye en las relaciones que crean el sentido. Pero esta elección no es arbitraria: las reglas sintácticas, las técnicas, modelos y sistemas de argumentación, los recursos semánticos y los recursos retóricos se vuelven estrategias discursivas que facilitan la creación del sentido del enunciado. Es una secuencia de formas y estructuras que constituyen las estrategias discursivas y que permiten, a modo de método, construir el sentido del enunciado.

Esta creación del sentido retórico es la argumentación.

En resumen:

- 1.- Argumentación jurídica significa construir el sentido del enunciado normativo en relación al caso concreto.
- 2.- La construcción del sentido se realiza desarrollando estrategias discursivas.
- 3.- Las estrategias discursivas para la construcción del sentido del enunciado jurídico son las técnicas y modelos de argumentación jurídica así como las acciones retóricas sobre el lenguaje.
- 4.- El objetivo de la argumentación jurídica no es demostrar la verdad, sino que es construir un discurso retórico al que se le adhiera el auditorio.

Para citar este artículo:

Ribeiro, Gerardo: Legal Neo retórica jurídica, *Revista de Derecho* UCU 2014 (IX-10), pp. 181-196.

Recibido: 16/5/2014

Enviado a árbitros: 26/9/2014

Observado y corregido: 24/10/2014

Aceptado: 15/11/2014

BIBLIOGRAFIA

- ANSCOMBRE, Jean-Claude; Ducrot, Oswald. *La argumentación en la lengua*. Editorial Gredos, Madrid, 1994.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Editorial Gredos, Madrid, 2000.
- CICERÓN, Marco Tulio. *De la invención retórica*. UNAM, México, 1990.
- Grupo U. *Retórica General*. Ediciones Paidós ibérica, Barcelona, 1987.
- LAUSBERG, Heinrich. *Manual de retórica literaria. Fundamentos de una ciencia de la literatura*. Editorial Gredos, Madrid, 1983.
- PLATÓN. *Diálogos*. Editorial Porrúa, México, 1998.
- RICOEUR, Paul. *La metáfora viva*. Editorial Trotta, Ediciones cristiandad, Madrid, 2001.
- SCHANCE, Helmut. *Retórica. Contribuciones sobre su historia en Alemania. Siglo XVI a XX*. Editorial Alfa Argentina, Buenos Aires, 1976.
- VAN DIJK, Teun A. *La ciencia del texto*. Editorial Paidós, Barcelona, 1978.

¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación de pensamiento?

What legal limitations can be set on freedom of speech?

*Martín Risso Ferrand**

RESUMEN: Partiendo de la Convención Americana de Derechos Humanos y teniendo especial consideración por las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana, el autor procura determinar cuáles son las pautas jurídicas principales para tener en cuenta a la hora de analizar eventuales limitaciones a la libertad de comunicación. El trabajo se orienta principalmente hacia las comunicaciones radiales y televisivas.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. E-mail: martinrisso@estudiorisso.com.uy.

El presente trabajo responde, entre otras causas, a la actual discusión en Uruguay de un proyecto de ley regulatorio de los medios de comunicación audiovisual, que ha generado numerosas dudas en el plano político en relación con los límites que enfrenta el legislador en esta materia.

Esta es la razón por la que no se hace mención a literatura especializada en temas conexos y el estudio se limita a la consideración de la jurisprudencia de la Corte IDH (imprescindible conforme el contralor de convencionalidad). Sin duda el estudio pudo haber sido más amplio; pero no era éste su propósito. El objetivo perseguido no es hacer un análisis integral del tema de libertad de comunicación de pensamiento, ni un análisis completo del principio de legalidad, ni tampoco un análisis doctrinal del tema. Lo que busco es analizar el principio de legalidad a los solos efectos del art. 13 de la CADH, teniendo en cuenta exclusivamente el texto de la Convención y los criterios de la CIDH.

PALABRAS CLAVE: Libertad de comunicación de pensamiento.

ABSTRACT: On the basis of the American Convention on human rights and with the special consideration by the interpretations made by the Inter-American Court, the author seeks to determine what are the main legal guidelines to take into account when considering any limitations on the freedom of communication. The work is mainly oriented towards radio and television communications.

KEY WORDS: Freedom of speech.

SUMARIO: Introducción. Aproximación a la libertad de comunicación de pensamientos. Algunos temas centrales y problemas. Puntos de partida para el estudio de la regulación de los medios de comunicación audiovisual. La Convención Americana y la Corte IDH. La jurisprudencia de la Corte IDH. Síntesis de las pautas que emergen de la Convención, la Constitución y la jurisprudencia. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El estudio de las posibilidades de limitación de un derecho humano es un tema polémico y por demás sensible.

Así podemos encontrar posiciones —inaceptables en mi opinión— que postulan que los derechos humanos se encuentran sometidos, subordinados o supeditados a las “razones de interés general”, lo que implica la primacía de estas razones sobre los derechos en un claro camino hacia el transpersonalismo.¹ En el otro extremo aparecen opiniones que postulan la ilimitabilidad de los derechos humanos salvo previsión constitucional o convencional que habilite la restricción². Y en tramos intermedios aparecen opiniones que admiten la restricción siempre que no se afecte el contenido esencial del derecho³ o quienes simplemente admiten la limitación legal aunque sin subordinar los derechos humanos al interés general⁴.

Pero si el tema es tan trascendente como polémico debe reconocerse que las dificultades aumentan cuando se analiza la libertad de comunicación de pensamiento. En efecto, la pluralidad de modelos, la pluralidad de marcos normativos, la realidad que demuestra que deben existir injerencias mínimas en esta libertad a los efectos de asegurarla y de que sea efectiva, así como la propia trascendencia de esta libertad (base del sistema democrático), tornan muy difícil el análisis.

No se procurará en este trabajo un análisis integral de la libertad de comunicación de pensamiento sino algo muy concreto. El objetivo que se perseguirá será responder una pregunta que está enunciada en el propio título del artículo: ¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación de pensamiento?

¹ Me remito a lo dicho al respecto en *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, FCU, segunda edición actualizada, Montevideo, 2011, págs. 101/136.

² *Ibídem* pág. 59/76.

³ *Ibídem* pág. 64 y ss.

⁴ Por ejemplo sentencia N° 80/2008 de la Suprema Corte de Justicia.

A los efectos de cumplir con lo anterior se procederá de la siguiente forma:

En primer lugar se procurará una aproximación a la libertad de comunicación de pensamiento, intentando determinar su contenido y trascendencia.

Luego se hará una brevísima aproximación al tema mencionando y a algunos de los sistemas más relevantes de nuestros tiempos, para desembocar luego en el sistema establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Realizado lo anterior, y con el auxilio de la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se procurará enumerar las hipótesis y condiciones en que las limitaciones son posibles.

Una precisión final radica en que sin perjuicio de referir a las normas constitucionales e internacionales que regulan la libertad de comunicación en general, me referiré especialmente a la libertad que se materializa a través de la televisión, radio o similares.

APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN DE PENSAMIENTOS

La libertad de comunicación de pensamientos aparece, dentro del elenco de los derechos humanos, con una trascendencia especial. La Corte IDH ha destacado a través del *estándar democrático* que la libertad de expresión es un valor que cuando se pierde pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de un sistema democrático⁵. También BARBAGELATA ha señalado que la libertad de expresión aparece con un doble carácter: como derecho propiamente dicho y como garantía de los restantes derechos humanos. Agregaba este autor que este derecho es inseparable de los restantes derechos humanos, ya que si no hay libertad de expresión del pensamiento ninguna otra libertad estará segura, ya que estará cerrado el camino para hacer causa común contra los abusos⁶.

Asimismo forzoso es reconocer, como ha hecho la Suprema Corte de Justicia, que esta libertad *es uno de los derechos esenciales para fortalecer la democracia [...] Incluso se ha dicho desde otro plano: “[...] la libertad de prensa [...] más que un derecho individual (de defensa) del ciudadano frente al Estado [...] (es) una institución indispensable del Estado democrático”[...]*.

⁵ Opinión Consultiva 5/85.

⁶ BARBAGELATA, Aníbal, “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos en Uruguay”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, FCU, Montevideo, 1978, pág. 27 y 28.

⁷ LJU caso 13.189. SCJ sentencia de 23 de octubre de 1996

DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, luego de recordar la declaración de 1789 en cuanto a que *los no autoritarios consideran la libertad de expresión como la más valiosa de las garantías constitucionales*, señalan que la libertad de expresión es una condición previa de todos los derechos de participación política, especialmente el derecho al voto y el derecho a constituir partidos políticos y grupos de interés. En síntesis, sin descartar ni desmerecer su condición de derecho fundamental, señalan que este derecho aparece además como una garantía institucional, afirmación que efectúan sobre la base de la importancia que la propia Constitución española otorga al pluralismo político e ideológico⁸.

El fundamento de lo anterior y las bases principales del diseño constitucional e internacional son muy claras y encontramos tres grandes fundamentos (o categorías de fundamentos) para apreciar el alcance de esta libertad y sus consecuencias⁹.

En primer lugar esta libertad resulta básica para el propósito de los seres humanos de descubrir la verdad. Cada vez que se silencia o restringe una opinión, manifestación o similar, se puede estar afectando algo idóneo para alcanzar la verdad. El juez Oliver Wendell HOLMES usaba la metáfora del *"marketplace of ideas"*, para referir a que todas las expresiones debían competir libremente en ese mercado ideal para que cada sujeto puede determinar cuáles son las que prefiere, las que comparte, las que rechaza, etc.

En segundo lugar esta libertad es básica para que pueda funcionar un sistema democrático. Sólo mediante el debate y la difusión de ideas, hechos, acontecimientos, etc. se podrá lograr una sociedad democrática, en las que se respeten los derechos de las minorías (que mañana podrán ser mayorías conforme la democrática alternancia en el poder) y se evitará que los gobernantes se perpetúen (se previenen abusos de poder y se protege al disidente).

En tercer lugar esta libertad permite el desarrollo de las capacidades racionales de los individuos quienes, enfrentados a las distintas posiciones, ideas, valores, opiniones, informaciones y expresiones, tomarán sus propias decisiones o las modificarán libremente. Un aspecto básico en este punto refiere a la posibilidad de participar libremente en los debates públicos y de exponer sus propias ideas sin temor a sufrir represalias o consecuencias perjudiciales por sus afirmaciones. No puede aceptarse que la expresión de una opinión termine siendo un acto de valentía o sacrificio personal, cuando el emisor se enfrenta a la cárcel o

⁸ DE ESTEBAN, Jorge, y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pág. 165 - 166.

⁹ Al respecto: SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004, pág. 987 y ss. CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pág. 926 y ss.

cualquier otra consecuencia negativa por exteriorizar sus opiniones o por informar sobre hechos. Esto conduce a una suerte de auto censura o censura indirecta (miedo a una sanción)¹⁰.

Estas tres razones se vinculan fuertemente con un valor superior como es la promoción de la tolerancia.

A su vez se pueden encontrar argumentos en favor de la libertad que se plantean en forma negativa. Es claro que el gobierno es manifiestamente incompetente para regular esta libertad. Primero, en la medida que no puede el gobierno de turno determinar en ningún grado lo que algunos expresan ni lo que otros leen, escuchan o ven. Además la historia enseña que todo control sobre esta libertad termina siendo, en forma consciente o inconsciente, a la corta o a la larga, dañina para la libertad y se tiende a privilegiar ciertas opiniones, creencias, o deseos del gobierno en perjuicio de otros que serían los disidentes. El gobierno de turno no es el indicado para intervenir en estos temas salvo en casos muy precisos que se verán más adelante.

En este punto debe recordarse la evidente triple distinción que se presenta en la materia: (a) En primer término la libertad de conciencia o de pensamiento, que aparece dentro del ámbito privado de cada sujeto y que no puede ser objeto de intromisiones. (b) En segundo lugar el derecho de *expresión* de pensamientos que supone, obviamente, la posibilidad de exteriorizar el pensamiento de un sujeto. Y (c) por último, la libertad de *comunicación* del pensamiento —a la que expresamente refiere el artículo 29 de la Constitución—, y que aparece como un derecho más amplio que la mera expresión. Señalaba CASSINELLI MUÑOZ que la *comunicación* del pensamiento si bien lleva implícito el derecho de *expresión* (cualquier sujeto puede exteriorizar sus propias ideas), abarca además a un sujeto distinto al emisor del pensamiento, alcanza también al receptor¹¹.

Los problemas de la “libertad de pensamiento”, que son muchos (nadie forma su pensamiento en forma totalmente solitaria sino que el pensamiento humano responde a la educación, posibilidades de acceso a ciertos elementos, ideas u opiniones, estímulos y mensajes externos, etc.), no serán analizados en este trabajo sino que me limitaré especialmente a la libertad de comunicación de pensamiento y, en lo pertinente, a la libertad de expresión de pensamiento.

Asimismo debe tenerse presente que dentro de la libertad de comunicación aparecen algunas referencias muy precisas para algunas especies: protección de fuentes e independen-

¹⁰ Al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, recaída en el caso “New York Times v. Sullivan”, sigue siendo un referente y sus conceptos han sido reafirmados en la jurisprudencia y normativa latinoamericana en la materia (STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S., *Constitutional law*, Edit. Aspen Publishers, New York, 2005, pág. 1164 y ss. Y SULLIVAN ... cit., pág. 1056 y ss..

¹¹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1987, vol. I, pág. 63. Ver también BARBAGELATA, Anibal, en *Teoría de Gobierno* de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tomo II, FCU, 1983, pág. 177.

cia periodística en el caso de la prensa; derecho a establecer el ideario de la institución y libertad de cátedra en el caso de la educación; principal preocupación por la libertad en materia política, etc. Y también aparecen en muchos casos, en especial cuando la comunicación de pensamiento se profesionaliza, derechos humanos conexos con la libertad de comunicación aunque fácilmente diferenciables: libertad de empresa, derecho de propiedad, derechos derivados o vinculados al trabajo, libertad de asociación, derecho de reunión, etc.

El marco constitucional y el internacional coinciden en la importancia y necesidad de tutela especial de esta libertad. El artículo 29 de la Constitución establece que:

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

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13, establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La Carta Democrática Interamericana dispone en su artículo 4:

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

La declaración americana de 1948 es más parca en la referencia a este derecho (artículo 4). El Pacto de Derechos Civiles y Políticos regula la cuestión en términos similares y en su artículo 20 prohíbe la propaganda en favor de la guerra o que se incite el odio racial, por nacionalidades o religioso.

ALGUNOS TEMAS CENTRALES Y PROBLEMAS

En el mundo, y en especial en América Latina, los temas centrales y los problemas de la libertad de comunicación han sido objeto de tratamiento internacional.

Por ejemplo, muy importante resulta la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que dispuso:

PRINCIPIOS

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3.[...]

4. [...]

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, consti-

tuyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza ...

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.¹²¹³

¹² Otros tratados internacionales: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Resolución 16/4 del Consejo de Derechos Humanos 2011. Primer informe recapitulativo a la Conferencia General sobre las medidas adoptadas por los Estados Miembros para aplicar la Recomendación sobre la Promoción y el Uso del Plurilingüismo y el Acceso Universal al Ciberespacio. Contribución de la UNESCO a la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Ginebra 2003 y Túnez 2005). The Bucharest Declaration.

¹³ Transcribo los aspectos más relevantes, a mi juicio, para este trabajo y para el Uruguay.

También debe recordarse la Declaración Conjunta del Décimo Aniversario (Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década)¹⁴ en cuanto estableció:

1. Mecanismos ilegítimos de control gubernamental sobre los medios de comunicación

El ejercicio de facultades ilegítimas que permiten la indebida injerencia de los gobiernos en los medios de comunicación, pese a ser una modalidad histórica de restricción a la libertad de expresión, continúa representando un grave problema. Si bien este control se manifiesta de diversas maneras, algunos de los aspectos más preocupantes incluyen:

a) Influencia o control político sobre los medios de comunicación públicos, de modo que éstos funcionen como portavoces del gobierno en lugar de medios independientes encargados de fomentar el interés público.

b) Los requerimientos de registro para los medios impresos o para el uso o acceso a Internet.

c) El control directo del gobierno sobre el otorgamiento de licencias o la regulación de la radiodifusión, o la supervisión de estos procesos por un organismo que no mantiene, tanto en la ley como en la práctica, una real independencia respecto del gobierno.

d) El abuso en la distribución de la publicidad del Estado o en el ejercicio de otras facultades estatales para influir en la línea editorial.

e) La propiedad o control significativo de los medios de comunicación por parte de líderes políticos o partidos.

f) Los procedimientos abiertos contra medios de comunicación independientes basados en motivaciones políticas.

g) El mantenimiento de normas obsoletas -como las leyes de sedición o la exigencia de la "veracidad" de las noticias- destinadas a criminalizar las críticas al gobierno.

2. Difamación penal [...]

3. Violencia contra periodistas [...]

4. Límites al derecho de acceso a la información

Durante los últimos diez años, el derecho de acceso a la información ha sido reconocido ampliamente como un derecho humano básico, incluso por los tribunales regionales de derechos humanos y otros organismos autorizados. Actualmente, existe una cantidad récord de países que han sancionado leyes que hacen efectivo este derecho. La adopción de cerca de 50 leyes en los últimos diez años demuestra que esta tendencia positiva continúa. No obstante, aún subsisten importantes desafíos. Las cuestiones que nos preocupan particularmente son:

a) El hecho de que la mayoría de los Estados no ha aprobado leyes que garanticen el derecho a la información.

b) Las leyes deficientes que se encuentran vigentes en numerosos Estados.

c) El enorme desafío que supone la implementación práctica del derecho a la información.

d) La falta de transparencia en torno a las elecciones, en un contexto electoral en el que la necesidad de transparencia es particularmente importante.

¹⁴ Washington, D.C. el 2 de febrero de 2010, del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

e) El hecho de que muchas organizaciones intergubernamentales no han hecho efectivo el acceso a la información respecto de la información que poseen en tanto organismos públicos.

f) La aplicación de leyes de reserva a periodistas u otras personas que no son funcionarios públicos, por ejemplo, para responsabilizarlos por publicar o diseminar información reservada que les ha sido entregada.

5. Discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión

La igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión continúa siendo la excepción, en tanto los grupos históricamente menos favorecidos —como mujeres, minorías, refugiados, personas indígenas y minorías sexuales— aún luchan para que se tengan en cuenta sus opiniones y para poder acceder a la información que les concierne. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Los obstáculos a la creación de medios de comunicación por grupos históricamente menos favorecidos.

b) El uso indebido de leyes sobre expresiones que instigan el odio para impedir que grupos históricamente menos favorecidos participen en debates genuinos sobre sus problemas e inquietudes.

c) La ausencia de medidas de autorregulación adecuadas para abordar:

i. La reducida proporción de miembros de los grupos históricamente menos favorecidos entre los trabajadores de los principales medios de comunicación, incluidos los medios públicos.

ii. La cobertura insuficiente por parte de medios de comunicación y otras organizaciones de temas relevantes para los grupos históricamente menos favorecidos.

iii. La difusión masiva de información estereotipada o peyorativa respecto de grupos históricamente menos favorecidos.

6. Presiones económicas

Existen distintas presiones comerciales que amenazan la capacidad de los medios de comunicación de difundir contenidos de interés público, que usualmente son costosos de producir. Las cuestiones más preocupantes son:

a) La creciente concentración de la propiedad de los medios de comunicación, con posibles y preocupantes graves consecuencias para la diversidad de los contenidos.

b) La fractura del mercado publicitario, y otras presiones comerciales que se traducen en la adopción de medidas de reducción de costos, como menor proporción de contenido local, entretenimiento de bajo nivel intelectual y reducción del periodismo de investigación.

c) El riesgo de que los beneficios de la transición a las frecuencias digitales sean absorbidos en gran parte por los medios existentes, y de que otros usos, como las telecomunicaciones, operen en detrimento de una mayor diversidad y acceso, y de los medios de interés público.

7. Apoyo a emisoras públicas y comunitarias [...]

8. Seguridad y libertad de expresión

Si bien históricamente se ha abusado del concepto de seguridad nacional con el fin de imponer restricciones injustificadamente amplias a la libertad de expresión, este problema se ha agravado como resultado de los atentados de septiembre de 2001 y las consiguientes iniciativas de lucha contra el terrorismo. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Las definiciones vagas y/o excesivamente amplias de términos clave como seguridad y terrorismo, así como de las actividades que se prohíben (como brindar apoyo en materia de co-

municaciones al "terrorismo" o al "extremismo"), la "apología" o "promoción" del terrorismo o extremismo, y la mera repetición de las declaraciones formuladas por terroristas.

b) El abuso de términos vagos con el fin de restringir expresiones críticas u ofensivas, como la protesta social, que no suponen incitación a la violencia.

c) Las presiones formales e informales a los medios para que no difundan información sobre terrorismo, con el argumento de que esto podría promover los objetivos de los terroristas.

d) El uso más amplio de técnicas de vigilancia y un menor control de los operativos de vigilancia, que inhiben la libertad de expresión y vulneran el derecho de los periodistas a proteger a sus fuentes confidenciales.

9. Libertad de expresión en Internet [...]

10. Acceso a tecnologías de información y comunicación

Si bien Internet ha ofrecido a miles de millones de personas posibilidades de acceso a la información y a herramientas de comunicación sin precedentes, la mayoría de los ciudadanos en todo el mundo aún no tienen acceso a Internet o sólo tienen un acceso limitado. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Las estructuras de precios que imposibilitan el acceso de los sectores pobres a Internet.

b) La omisión de extender la conectividad a todo el territorio, lo que deja a los usuarios rurales sin acceso.

c) La asistencia limitada a centros de tecnologías de la información y comunicación comunitarios y otras opciones de acceso público.

d) Esfuerzos insuficientes de capacitación y educación, en especial en sectores pobres, rurales y entre la población mayor.¹⁵

PUNTOS DE PARTIDA PARA EL ESTUDIO DE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

Es frecuente que el estudio de este tema comience con referencias a las regulaciones que nos presenta el derecho comparado, en especial las más relevantes o prestigiosas.

Uno de los sistemas más mencionados y antiguos es del Reino Unido, que si bien nació en forma privada, pronto se transformó en una corporación de derecho público (1927), la *British Broadcasting Corporation* (BBC). Como señala PAVANI, en las actas de constitución ya se establece el rechazo al modelo estadounidense basado en una incontrolada libertad que se consideraba no apto para Inglaterra. Luego, en los años siguientes, se fueron desarrollando

¹⁵ Frank LaRue, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión. Miklos Haraszti, Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación. Catalina Botero, Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. Faith Pansy Tlakula, Relatora Especial de la CADHP sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información.

diversos criterios: por ejemplo la independencia del ente de radiotelevisión del Estado (se procura una televisión pública pero no estatal) y del propio mercado.¹⁶ En el año 2003 la Office of Communications (OfCOM) sustituyó a los órganos anteriores de regulación en los distintos sectores.

El órgano principal de la OfCOM es el *Board*, cuyos miembros, si bien son nombrados por el gobierno, son verdaderamente independientes de las autoridades públicas y no se han producido designaciones en atención a las vinculaciones partidarias o para asegurar equilibrios entre diferentes orientaciones políticas.

Este es un elemento básico a la hora de analizar estos temas. El texto normativo no puede ser analizado ignorando una realidad que debe ser reconocida. Esta independencia histórica de las autoridades británicas: ¿es reproducible en América Latina? ¿realmente podemos establecer procedimientos y organizaciones que aseguren esta independencia? En este punto creo que, lamentablemente, la respuesta es negativa. Más allá del ingenio legislativo y de los buenos propósitos del gobierno es imposible pensar en autoridades independientes por períodos largos. Podrá funcionar bien el sistema por un tiempo, pero a la corta o a la larga, en períodos de normalidad o crisis, de buena fe o de mala fe, la tentación será demasiado grande para el gobierno y la injerencia estatal (del gobierno de turno), siempre indeseada, se producirá de todas formas.

Se me podrá preguntar si puedo demostrar lo anterior y es obvio que no puedo demostrarlo. Sólo puedo invocar la historia latinoamericana que nos demuestra la inevitable injerencia del gobierno en todos lados y la inexistencia de autoridades independientes. Si pensamos en los funcionarios que por definición deben ser independientes del gobierno, los jueces, deberemos reconocer que en muchos países de nuestro continente dicha independencia e imparcialidad no está debidamente garantizada.

La OfCOM ha desarrollado líneas de acción claras: a) *When we regulate*: cuando la ley asigna la competencia y el mercado no logra, por sí solo, alcanzar los objetivos; b) *How we regulate*: en las modalidades establecidas en la ley y en el modo menos invasivo posible; y c) *How we support regulation*: colaborando constantemente con los interesados¹⁷.

Las competencias de esta oficina son amplias y tiene poderes sancionatorios importantes: puede prohibir que se repita un programa, imponer que se exhiba nuevamente un programa sancionado con las correcciones del caso, aplicar sanciones pecuniarias, reducción

¹⁶ PAVANI, Giorgia, “La Office of Communications (OfCOM) como autoridad independiente en el Reino Unido”, en *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Edit. Bosch Constitucional, editor Juan CARLOS DE CÁRA, pág. 199 y ss.

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 212 y ss.

del período de licencia y, en casos graves, la revocación de la licencia (esto es aplicable a los privados pero no a la BBC y otras entidades públicas).

En Estados Unidos, donde la libertad de expresión goza de especial consideración y de una muy fuerte protección en la Enmienda I de la Constitución, el sistema actualmente descansa sobre una entidad independiente (sólo responsable ante el Congreso), la Federal Communication Commission (FCC). Esta agencia es el resultado de un largo proceso, en el que la radiotelevisión se desarrolla de forma privada, y con anclaje en la Enmienda constitucional I (de 1791) y en una especial preocupación estadounidense por la defensa de la libertad de comunicación de pensamiento. En este proceso el Congreso, los jueces y la FCC han venido desarrollando un modelo complejo que contiene excepciones en materia de radiotelevisión respecto a la Enmienda I.¹⁸

Así, y a diferencia de otras formas de comunicación del pensamiento, la radiotelevisión no se ha dejado exclusivamente al juego del mercado sino que se ha intervenido y no de modo subsidiario (a los simples efectos de corregir distorsiones) sino en forma intensa, a través de la concesión de títulos habilitantes necesarios para la transmisión y con una constante evaluación a los efectos del cumplimiento de las exigencias derivadas del interés público que deben perseguir las entidades privadas. En este aspecto se han desarrollado interesantes posiciones y propuestas.

Los poderes de regulación son intensos y se basan en que es más importante el derecho de los espectadores que el de los emisores. En este esquema ha habido innumerables casos polémicos: los derivados de la “revolución contra la indecencia”, qué se considera obsceno, protección de menores, etc. En materia de licencias la labor se reduce al contralor de algunos requisitos mínimos y necesarios para la labor que se procura realizar.

La FCC ha impuesto a los licenciatarios obligaciones de garantizar espacios para el debate libre a sujetos no licenciatarios, aunque en general no ha exigido pluralidad de fuentes.¹⁹

Estos dos sistemas resultan interesantes y muchas veces se los invoca como ejemplos de la regulación adecuada en materia de radio televisión. Pero esto ¿es correcto? O mejor ¿son trasladables estos ejemplos de injerencia e intervencionismo estatal al marco de la Convención Americana de Derechos Humanos? Éste es el verdadero problema. Al intérprete puede gustarle más un sistema u otro, o incluso algunos elementos de un sistema y otros de uno distinto. Pero el tema es determinar qué es lo que nos dice la Convención Americana, a dónde nos dirige, qué nos permite hacer y qué prohíbe.

¹⁸ PAVANI, Giorgia, “La Federal Communications Commission (FCC) como autoridad independiente en los Estados Unidos”, en *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Edit. Bosch Constitucional, editor Juan CARLOS DE CARA, pág. 225 y ss.

¹⁹ Al respecto: FISS, Owen M., *The irony of the free speech*, Harvard University Press, USA, 1996. Este autor sostiene que la inacción del Estado puede perjudicar a un individuo pese a la Enmienda I.

LA CONVENCIÓN AMERICANA Y LA CORTE IDH

Para comprender el artículo 13 de la Convención es imprescindible recurrir a las interpretaciones realizadas por la Corte IDH tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas. Y a los efectos de este trabajo forzoso es empezar por la Opinión Consultiva N° 5 en la que aparecen importantes lineamientos para que el intérprete encaré este tema.

Un buen punto de partida es recordar que existe una dimensión individual y otra social de esta libertad (que deben garantizarse simultáneamente) y que no se puede separar la libertad de expresión de la libertad de “difusión”. En este sentido ha dicho la Corte:

[...] En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier... procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

33. Las dos dimensiones mencionadas [...] de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.²⁰

También refirió la Corte a la necesidad de que exista pluralidad de medios y a la no discriminación y exclusión de ciertos sujetos o grupos:

²⁰ Opinión Consultiva 5/85.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas [...].²¹

Luego comienza la Corte a delinear en qué casos y en qué forma pueden aceptarse restricciones a esta libertad de expresión y difusión:

36. Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad y establecer, en consecuencia, si ha habido o no una violación de la Convención.

37. La disposición citada señala dentro de qué condiciones son compatibles restricciones a la libertad de expresión con la Convención. Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.²²

El artículo 13 de la Convención prohíbe la censura previa, que sería incompatible con los derechos enumerados en el propio artículo (salvo en el caso del apartado 4) y los “abusos” en el ejercicio de la libertad sólo pueden ser objeto de responsabilidad posterior, aunque ésta debe cumplir con ciertos requisitos:

- a) *La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,*
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

²¹ OC-5/85.

²² OC-5/85.

40. Esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (supra 35) la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa.²³

La Corte IDH ha analizado el alcance de la expresión “necesarias para asegurar” que emplea este artículo 13, y si bien reconoce las diferencias con la Convención europea, ha señalado que:

45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo “necesari(o) en una sociedad democrática”, habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una” necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times case*, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment of 25 March 1985*, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26). [...]

50. El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.²⁴

²³ OC-5/85.

²⁴ OC-5/85.

También refiere la Corte a los casos en que un derecho es regulado por más de un instrumento internacional. Reconoce que la comparación con otros instrumentos internacionales en derechos humanos es siempre válida y útil pero que no puede esto conducir a que se utilicen criterios más restrictivos. Y al respecto:

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.²⁵

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La prohibición de la censura previa fue reafirmada en el caso “Olmedo Bustos y Otros” (*La última tentación de Cristo*). Se reafirmó la prohibición de censura previa (con la excepción del apartado 4 del artículo 13 de la CADH), sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores, así como que las vulneraciones de la libertad de comunicación pueden provenir de cualquier órgano y de cualquier poder del Estado.

En el caso de Uruguay, la excepción del apartado 4 del artículo 13 genera algunos problemas fácilmente solucionables. En efecto, el artículo 29 de la Constitución establece la prohibición de la censura previa en toda materia y sin excepciones de tipo alguno, pero el numeral 4 del artículo 13 de la Convención, por excepción, admite la censura previa para la protección de la infancia y de la adolescencia. Esta contradicción normativa es fácil de resolver, pues la “directriz de preferencia de normas” guiará al intérprete a aplicar la norma más favorable al derecho, la que le dé mayor amplitud, la que mejor lo proteja, y en la especie esta disposición es el artículo 29 de la Constitución. O sea, en el caso uruguayo, en ninguna hipótesis será aceptable la censura previa y para la protección de menores y adolescentes sólo podrán hacerse valer responsabilidades ulteriores.

²⁵ OC-5/85.

La Corte se ha pronunciado en algunos casos sobre los medios indirectos de violación de la libertad de expresión (numeral 3 del artículo 13). En el caso “Ivcher Bronstein”, advirtió como una resolución que dejó sin efecto la ciudadanía de un individuo (lo que impedía ciertas actividades en materia de comunicación) constituía un medio de censura indirecto violatorio de la Convención.

En el caso “Ríos y otros”, así como en “Perozo y otros”, refirió a otros medios de violación indirectos: ataques con armas de fuego a periodistas. En estos casos señaló que la enumeración de medios indirectos no puede ser taxativa y que por ejemplo podía incluirse dentro esta noción algunas posibilidades que brindan los avances tecnológicos.

Más amplia y variada es la jurisprudencia en lo que refiere a las responsabilidades ulteriores. Por ejemplo en “Herrera Ulloa”, frente a la condena de Herrera como autor de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación y que el periódico La Nación era responsable solidario, la Corte IDH realizó varias apreciaciones trascendentes:

1. Las expresiones concernientes a funcionarios públicos o personas que ejercen funciones de naturaleza pública tiene, en los términos del artículo 13.2, un mayor margen de apertura al debate público, lo que es esencial en toda democracia. Esto no significa que los funcionarios públicos carezcan de derecho al honor, sino que debe ser protegido acorde con los principios democráticos.
2. En segundo lugar destacó la Corte que el periodista había sido condenado por no haber demostrado la veracidad²⁶ de los hechos atribuidos a un sujeto. Se destacó con esto el exceso de la exigencia, que la sentencia de condena tenía un efecto disuasivo frente a los periodistas y que es susceptible de impedir el debate público sobre temas de interés para la sociedad.
3. Asimismo, la exigencia mencionada excede el estándar aceptable. Se puede exigir que la información sea veraz pero no verdadera.

Similares conceptos se encuentran en el caso “Ricardo Canese” (contra Paraguay). Se destacó la importancia de la libertad de pensamiento, especialmente en el marco de una campaña electoral, y la necesidad de no perjudicar el debate público. La sanción penal de más de ocho años se consideró innecesaria y excesiva.

En el caso “Kimel” (contra Argentina) la Corte consideró que la tipificación de los delitos de calumnias e injurias era poco específica por lo que violaba el principio de legalidad

²⁶ Ver Declaración Conjunta ... cit., apartado “g” del numeral 1.

que ordena que todos los elementos del delito estén en la ley. Se impulsó así la modificación de la legislación del Estado. Acá aparece la cuestión de si las sanciones penales pueden ser impuestas, sin violar la Convención, como consecuencia de expresiones que pudieran dañar el honor de los funcionarios públicos. En 2009, en el caso “Tristán Donoso”, frente a una sanción penal impuesta a un periodista, la Corte no encontró deficiencias en el marco normativo regulatorio de los delitos contra el honor, por lo que no encontró violaciones al principio de legalidad. Pero luego agregó que si bien la sanción no era excesiva sí era innecesaria y podía resultar intimidante para la libertad de comunicación y conducir a un inadecuado resultado de auto censura.

Distinto es el caso del delito de desacato, respecto a los cuales, en “Palamara Iribarne”, entendió la Corte que debían ser derogados.

En el caso “Fontevicchia y D’Amico”, a raíz de las publicaciones sobre el ex Presidente Menem que terminó en sentencias de condena civil por haber invadido la vida privada del sujeto involucrado, la Corte IDH dijo que debía analizarse si la sanción civil (ulterior) cumplió con los requisitos legales, si persiguió un fin legítimo y si fue idónea, necesaria y proporcional. Luego la Corte consideró que la noticia era de interés público y que ya se encontraba en el dominio público cuando fue difundida por la revista Noticias. Asimismo se insistió en que una sanción civil excesiva o desproporcionada puede ser tan intimidante como una sanción penal.

La Corte ha señalado que las restricciones deben ser “necesarias en una sociedad democrática”, proporcionales e idóneas para el logro de los objetivos que persiguen. Para determinar si una regulación de la radiodifusión es proporcionada, debe analizarse si existen o no alternativas menos restrictivas de la libertad de expresión para lograr el fin perseguido. O sea, entre varias opciones se opta por el camino que menos perjudique la libertad de comunicación²⁷. No basta con que la restricción sea útil, razonable u oportuna, ya que la necesidad significa que no puede limitarse el derecho más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión. La limitación debe responder a necesidades “imperiosas” para ser legítima²⁸.

Respecto al contralor de la radiodifusión, se ha señalado que la autoridad debe ser independiente, tanto de la influencia gubernamental como de intereses privados y que sus decisiones deben ser públicas y motivadas. En especial se requiere independencia del Poder

²⁷ Caso Kimel.

²⁸ Informe 2008.

Ejecutivo y que existan controles judiciales adecuados.²⁹ También se han considerado discriminatorias las restricciones que se imponen en la práctica, para ciertos medios, referidas a contenidos, potencia, cobertura territorial o acceso a las fuentes, sin un argumento razonable, objetivo y suficiente que persiga una finalidad legítima aceptada por la CADH.³⁰

Analizando la cuestión de los monopolios, que deben evitarse, ha dicho la Corte que los controles y restricciones no deben ser tan intensos que limiten innecesariamente el crecimiento, desarrollo o viabilidad económica del sector comercial en la radiodifusión.³¹

También se ha condenado el uso abusivo de la publicidad oficial que puede revestir el carácter de censura indirecta.

SÍNTESIS DE LAS PAUTAS QUE EMERGEN DE LA CONVENCION, LA CONSTITUCION Y DE LA JURISPRUDENCIA

Una aclaración previa en este punto refiere a que no abordaré la problemática general del “contralor de convencionalidad” que debe, necesariamente, realizarse respecto a los actos y proyectos internos en cada Estado (por cualquier autoridad), sino que pasaré, dando por aceptado dicho contralor, directamente a referir a las consecuencias de la jurisprudencia internacional.

Procurando responder la pregunta formulada en el título de este trabajo, ateniéndome a los artículos 29 de la Constitución uruguaya y 13 de la CADH, y tomando en especial consideración las interpretaciones realizadas por la Corte IDH tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas, podríamos sintetizar el marco dentro del cual sería posible la regulación de esta materia, en los siguientes términos:

A. Materia protegida y medios posibles

Es claro que no puede excluirse, con carácter general, ninguna materia como objeto de la libertad de comunicación del pensamiento. *Toda materia*, política, social, económica, deportiva, internacional, artística, comercial, publicitaria, etc. queda comprendida en el artículo 29 de la Constitución. *De toda índole* habla el artículo 13 de la CADH.

²⁹ Recomendación Rec (2000) 23, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. También “La Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión de 2007.

³⁰ Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 20.

³¹ Opinión Consultiva 5.

Y en cuanto a los medios la Constitución es clara al referir a la libertad de comunicación por “palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por *cualquier otra forma de divulgación*”. Es claro que todo medio o forma de difusión está protegida conforme a la Constitución. En el mismo sentido el artículo 13 numeral 3 de la CADH refiere expresamente a que no puede restringirse el derecho de expresión por medios indirectos y menciona varias formas de difusión: periódicos, frecuencias radioeléctricas y luego agrega y “por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En otras palabras no es admisible limitar el uso de cualquier medio idóneo para la difusión del pensamiento.

B. Pensamiento, expresión y comunicación o difusión

La Corte IDH ha considerado que estos conceptos son inseparables e indivisibles.

C. Doble condición de la libertad de comunicación

Aun cuando no haya sido tratado el punto expresamente por la Corte IDH, es claro que la libertad de expresión y comunicación tiene su lado positivo y su lado negativo, pues comprende tanto el derecho de expresar y comunicar como el de no hacerlo.

D. Prohibición de censura previa

La censura previa está prohibida y si bien la CADH la habilita para la protección de la infancia y la adolescencia (numeral 4 del artículo 13), la debida armonización con la Constitución uruguaya y la aplicación de la directriz de preferencia de normas, conduce a que en ningún caso sea admisible la censura previa en Uruguay.

E. Otros medios de restricción de esta libertad prohibidos

Conforme el numeral 3 del artículo 13 de la Convención, no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Así se ha señalado que los controles sobre el uso de frecuencias radioeléctricas deben ser los mínimos impuestos por razones técnicas. Ya se señalaron algunos ejemplos: arbitrarios manejos de la ciudadanía con el propósito de excluir a ciertas personas, amenazas de clausura o revocación de licencia contra los medios, ataques contra periodistas, etc.

F. Responsabilidades ulteriores

Asimismo, en lo referente a las responsabilidades ulteriores surgen pautas muy claras tanto de la Constitución como de la Convención. A saber:

1. No se castiga el ejercicio de la libertad sino el **abuso** en dicho ejercicio. Al responsabilizar a un sujeto no se le está sancionando por haber hecho uso de su derecho constitucional, sino por los abusos cometidos en dicho ejercicio.
2. Asimismo rige plenamente el principio de legalidad y toda restricción debe estar establecida en la ley³². Pero a su vez ha aclarado con razón la Corte IDH que:
 - a. todos los elementos referidos a la restricción deben estar expresamente establecidos en la ley;
 - b. la ley debe ser previa a la conducta respecto a la cual se desea hacer valer la responsabilidad;
 - c. la regulación legal además de completa debe ser clara (no se admiten términos vagos, muy amplios, etc.);
 - d. la regulación debe realizar una enumeración taxativa de las obligaciones y de los casos en que pueda comprometerse la responsabilidad de algún sujeto derivada del ejercicio de la libertad de comunicación;
 - e. la ley regulatoria debe necesaria y exclusivamente perseguir los fines permitidos por el artículo 13 de la Convención;
 - f. las limitaciones deben ser necesarias (imperiosas) para lograr los fines habilitados; y
 - g. cada disposición legal debe poder sortear el juicio de proporcionalidad que se verá más adelante.
3. En la medida que tanto el recurso a la responsabilidad penal como civil pueden constituir afectaciones de esta libertad (se podría limitar indirectamente a los emisores por miedo a las responsabilidades posteriores), se ha destacado: a) si bien los funcionarios públicos o las personas vinculadas a los temas de interés público mantienen su derecho al honor, éste se ve limitado y acotado de forma de permitir la información sobre hechos de interés periodístico; y b) tanto las sanciones penales como las civiles, además de cumplir con el precedente numeral 2, deben ser necesarias y no excesivas.

³² En la Opinión Consultiva N° 6, solicitada por Uruguay, se aclaró que la expresión ley refiere a los actos legislativos aprobados por las cámaras legislativas y promulgados por el Ejecutivo.

4. Siguiendo a CASSINELLI podríamos agregar en este punto que si bien es la ley la que debe definir, con claridad, qué es *abuso*, el legislador no tendrá discrecionalidad en la materia, sino que deberá atenerse a los criterios y filosofía constitucionales, a riesgo de que la ley resulte inconstitucional.
5. Toda restricción dispuesta por ley debe perseguir alguno de los fines taxativamente establecidos en el propio artículo 13 de la Convención (otro fin o propósito no está permitido). Pero ha aclarado la Corte IDH que no basta con que la restricción de la libertad de comunicación ser oportuna o conveniente a ojos del legislador, sino que debe responder a justas e imperiosas necesidades. No será admisible una limitación cuando no se funda en una necesidad imperiosa, impostergable.
6. Los fines, taxativamente enumerados en la Convención, son: a) el respeto de los derechos y reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; c) protección de la infancia y adolescencia; y d) las prohibiciones del numeral 5 del artículo 13.

Es claro que estos fines (en especial los señalados con letra “b”) deben ser interpretados, en tanto habilitación para la limitación de un derecho fundamental, en forma estricta o restrictiva y conforme un severo juicio de proporcionalidad. De lo contrario fácil es advertir los excesos que pueden cometerse invocando la moral, la seguridad nacional o el orden público.

7. Debe insistirse en que toda restricción a la libertad de comunicación del pensamiento, además de perseguir los fines taxativamente previsto en el artículo 13 de la Convención, deben poder sortear con éxito un juicio de proporcionalidad. Esto significa que:
 - a. Debe analizarse la *idoneidad* de la restricción para alcanzar el fin perseguido.
 - b. Si se cumple el primer paso debe pasarse a la *necesariedad*, conforme a la cual sólo será admisible la restricción cuando no exista otro medio o forma de alcanzar el fin perseguido que limite en menor medida la libertad de comunicación o que no la limite.
 - c. Y superados los dos pasos anteriores, se debe llegar a la *ponderación en sentido estricto*, conforme la cual se debe considerar por un lado la gravedad de la restricción a la libertad de comunicación que ocasiona la restricción legal y

por otro lado los argumentos a favor de la obtención de los fines perseguidos con la limitación. A los efectos de esta ponderación debe tenerse presente que la limitación de la libertad de comunicación, en tanto garantía del sistema democrático y de los otros derechos, debe considerarse en principio grave, por lo que se exigirá una muy fuerte justificación de la limitación.

G. Autoridades de contralor

Respecto a las autoridades de contralor hay algunas pautas que resultan claras:

1. Deben ser independientes del poder político (especialmente del Ejecutivo) y de los agentes económicos y de los propios controlados. Este es un tema especialmente sensible y que resulta, en mi opinión, casi imposible de lograr.
2. La actuación de estas autoridades debe cumplir con estándares de transparencia muy altos y la motivación de sus decisiones deberá ser especialmente clara cuando establezca sanciones o limitaciones a la libertad en estudio.
3. También debe ajustar su actuación a las pautas de subsidiaridad, razonabilidad y proporcionalidad.
4. Sin perjuicio de que se debe asegurar el debido proceso en sede administrativa, debe existir un recurso judicial sencillo y rápido contra las decisiones de las autoridades que menoscaben la libertad o impongan sanciones de cualquier tipo o hagan valer responsabilidades.

F. Publicidad oficial y monopolios

No debe terminarse esta síntesis sin mencionar dos de los principales problemas que enfrenta la comunicación de pensamiento en nuestro continente.

El primero radica en la ausencia, en la mayoría de los países, de una adecuada legislación respecto a la publicidad oficial. Es frecuente que esta publicidad, que puede ser básica para la subsistencia de un medio, se maneje con arbitrariedad, generando abusos, temores y, en definitiva, constituyendo un medio de violación indirecta de la libertad en estudio. A diferencia de los puntos anteriores, en que se mencionan los límites para el establecimiento de restricciones en materia de comunicación de pensamiento, en este caso se señala la necesidad de legislar en la materia.

Similares conceptos merece el imprescindible combate a los monopolios de hecho o de derecho, incluso los públicos. Debe sí tenerse presente que, como se destacó en el numeral 12 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Pensamiento de la CIDH*, el combate a los

monopolios no debe ser objeto de regulaciones especiales para la comunicación de pensamiento, sino de las mismas regulaciones generales existentes para la actividad privada. Esta exigencia, en sí misma, constituye una garantía para esta libertad pues se evita la tentación de la regulación arbitraria o torcida que pretenda afectar la libertad de comunicación.

CONCLUSIONES

Surge de lo expresado algunas de las especiales características de la libertad de comunicación de pensamiento que hacen que esta libertad, además de su condición de derecho fundamental, presente una trascendencia básica para el buen funcionamiento del sistema democrático y para las garantías de los otros derechos humanos.

Esto ha llevado a una especialmente protectora regulación de la Convención Americana de Derechos Humanos y a una garantista posición de la Corte IDH expresada en opiniones consultivas y en su jurisprudencia.

En el sistema interamericano de Derechos Humanos es ineludible que la consideración de estos temas (regulación de la libertad de comunicación) parta de la propia Convención y que sólo se realicen las restricciones que la propia Convención autoriza y siempre en las precisas condiciones que el artículo 13 establece.

El “control de convencionalidad” que deben ejercer todas las autoridades públicas para el dictado de actos de cualquier naturaleza, en la consideración y discusión de proyectos y en general como guía para la labor legislativa, administrativa y jurisdiccional, hace imprescindible que: a) el punto de partida del operador jurídico, para el análisis de la regulación legal en la materia y para su ejecución, sea la Convención Americana; b) en el proceso de elaboración, durante la discusión de iniciativas, y luego en su ejecución, la compañera de ruta de las autoridades también será la Convención; y c) necesariamente el puerto de destino o final debe ser el pleno respeto de la Convención por parte de todo acto jurídico que se expida en esta materia.

Para citar este artículo:

Risso Ferrand, Martín, ¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación de pensamiento? *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 197-223

Recibido: 09/10/2014

Enviado a árbitros: 17/10/2014

Observado y ampliado: 06/11/2014

Aceptado: 15/11/2014

BIBLIOGRAFÍA

- BARBAGELATA, Aníbal, en *Teoría de Gobierno* de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tomo II, FCU, 1983.
- BARBAGELATA, Aníbal, “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos en Uruguay”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, FCU, Montevideo, 1978.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1987, vol. I.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006.
- DE ESTEBAN, Jorge, y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
- FISS, Owen M., *The irony of the free speech*, Harvard University Press, USA, 1996.
- PAVANI, Giorgia, “La Federal Communications Commission (FCC) como autoridad independiente en los Estados Unidos”, en *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Edit. Bosch Constitucional, editor Juan Carlos DE CARA.
- PAVANI, Giorgia, “La Office of Communications (OfCOM) como autoridad independiente en el Reino Unido”, en *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Edit. Bosch Constitucional, editor Juan Carlos DE CARA.
- RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, FCU, segunda edición actualizada, Montevideo, 2011.
- STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S., *Constitutional law*, Edit. Aspen Publishers, New York, 2005.
- SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004.

Donaciones y liberalidades atípicas en fraude a la ley

Donations and atypical donations in fraud to the law

*Miguel Ángel Tomé **

A la memoria del Prof. Dr. Esc. Enrique Arezo Pérez

RESUMEN: El artículo ahonda el tema de la donación, contrato que si bien prima facie suele generar idea de generosidad o magnanimidad por parte del donante, puede emplearse como un medio para frustrar derechos de un tercero o realizarse en fraude a la ley.

PALABRAS CLAVE: Contratos de donación. Simulación (Derecho). Fraude. Derecho Civil. Uruguay.

ABSTRACT: The article explores the subject of the grant, contract, which although prima facie tends to generate idea of generosity or magnanimity by the donor, can be used as a means to frustrate the rights of a third party or be done in fraud to the Law.

* Doctor en D y CS, Universidad de la República. Tribunal Contencioso Administrativo. Uruguay. E- Mail: migueltoome@estudiotome.com

KEYWORDS: Donation contracts. Simulation (Law). Fraud. Civil Law. Uruguay.

SUMARIO: 1. Aproximación al tema en estudio. 2. Donación típica en contraposición de la liberalidad atípica. 3. Conceptualizaciones previas. 4. Contrato típico de donación afectada por *simulación absoluta*. 5. Contrato típico de donación afectada por *simulación relativa objetiva*. 6. Donación afectada por *simulación relativa subjetiva*. 6.1 Diferentes clases de interposición. 6.2 La interposición ficta. 7. Donaciones en fraude a la ley. 7.1 Interposición real y donación en fraude. 7.2 La intestación a nombre ajeno. 7.3 La intestación a nombre ajeno como especie de negocio indirecto en fraude a la ley. 8. La sanción al fraude y normativa aplicable. 9. Almas muertas.

1.

APROXIMACIÓN AL TEMA EN ESTUDIO

El contrato de donación y las diversas modalidades del género de las liberalidades *-como la donación indirecta-*, han constituido tema de copiosa literatura, no precisamente por la buena utilización que de ellas se ha realizado respecto de un contrato *-que si bien prima facie puede considerarse altruista-* esconde en no pocas oportunidades fines espurios.

En el campo teórico y en líneas generales, los obsequios o regalos, son términos simples de llamar a las liberalidades que estudiaremos, preocupándose el Derecho ya desde largo tiempo de esta manifestación social o familiar que en puridad se denominó “donación”, al advertir que de alguna forma se debía proteger al propio donante en cuanto a su futuro económico, así como el derecho de sus futuros herederos¹.

Por otra parte, el desarrollo histórico que ha tenido lo ha hecho sufrir diversos cuestionamientos, siendo en puridad observado bajo un manto de dudas, sumado a una indefinición económica final *- la posible o eventual reducción fallecido el donante-* que ha determinado la escasa aplicación práctica del mismo en forma de contrato típico.

¹ El Derecho Romano clásico fue el primero en ocuparse de esta situación derivada de la profusión de donaciones. Con acierto señala Arguello, que estos negocios en los que una persona se empobrece sin el aliciente de una contrapartida a su favor, fueron mirados con desconfianza. El recelo de que no siempre estuviese asegurada la libertad de querer del disponente y la protección de eventuales derechos familiares que podían resultar perjudicados, llevó a los romanos a establecer restricciones a las donaciones entre vivos, limitando la cuantía de la donación. La *lex Cincia*, conocida en parte debido a los *Fragmenta Vaticana* (colección de textos jurídicos del siglo IV d.C., sin autor conocido), fue un plebiscito propuesto a fines del siglo III a.C. por el tribuno Cincius Alimentus, que imponía se crease una tasa proporcional a la fortuna del donante, más allá de la cual prohibía la donación, salvo algunas excepciones. En el Derecho imperial, el sistema de la *lex Cincia* pierde vigencia por su inoperancia (se establece una consecuencia gravosa para su incumplimiento) y se reviste a las donaciones de requisitos formales (*insinuatio*), consistente en requerir la redacción de un documento en presencia del jefe de la provincia para operaciones de elevado monto estableciéndose que el donante declarase su voluntad ante la curia de la ciudad o el presidente de la provincia, levantándose y conservándose el acta correspondiente. Se formalizó la prohibición de la donación entre cónyuges, para evitar que el afecto conyugal determinara que el más indulgente, se empobreciera a costa del otro (Arguello, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*. Editorial Astrea, 3era edición, Buenos Aires 2000, págs. 342-343).

Es un secreto a voces que de observarse en la titulación un antecedente de donación, en general los escribanos tienden a rechazar la operativa o al menos poner obstáculos para la contratación, lo que en definitiva conducen al mismo resultado. El hombre común, confía en su profesional y advertido de que el título puede ser rechazado en algún banco de plaza como garantía, o por otro colega a la hora de enajenar posteriormente el mismo, resulta determinante para el fatal rechazo de la operación. Lo expuesto determina una escasa aplicación del citado contrato, lo que hace estéril un prolongado estudio de las donaciones como contrato típico.

No obstante, para sortear tales cuestionamientos la práctica forense y notarial arrojan la utilización de diversas figuras ilícitas las cuales consisten básicamente en la implementación de una simulación relativa objetiva en la naturaleza del contrato en unos casos, en la utilización de un tercero cómplice en la simulación relativa subjetiva para casos de prohibición de contratar y en una figura cuyo análisis tendrá particular destaque, la que resulta de la intestación a nombre ajeno, especie del amplio género de los negocios indirectos, temas que además de otras patologías como la propia simulación absoluta del contrato de donación, serán objeto del presente trabajo.

Nos proponemos analizar un tema de indudable trascendencia y aplicación reiterada, que resulta de observar comportamientos fraudulentos que en el marco del género amplio de liberalidades constituyen “donaciones atípicas”, las que no se conforman de acuerdo a las previsiones que el Código Civil patrio, instrumenta a tales fines.

Observaremos que en puridad, son las que revisten mayor número. El cien por ciento de los casos jurisprudenciales observados de los años 2010-2013 refiere exclusivamente a tales cuestiones².

Habida cuenta de lo expuesto, resulta ser objetivo del presente trabajo el análisis de las diversas modalidades en que habitualmente se observa la utilización ilegítima -sea simuladamente, sea en fraude- de liberalidades atípicas o comúnmente como se les llama: donaciones indirectas.

² A modo de ejemplo: Sentencia Nro. 125/2010 del TAF 2º Turno, Sentencia Nro. 340/2011 del TAF de 1º Turno, Sentencia Nro. 359/2012 del TAF 1º Turno, Sentencia Nro. 327/2012 del TAF de 2º Turno, Sentencia Nro. 313/2013 de la Suprema Corte de Justicia y Sentencia Nro. 122/2013 del TAF de 1º Turno.

2.

DONACIÓN TÍPICA EN CONTRAPOSICIÓN DE LA LIBERALIDAD ATÍPICA

Ha señalado la doctrina más acabada que no existe en el marco normativo del Código Civil una delimitación precisa entre las nociones de gratuidad y liberalidad, pero en base a distintos artículos del citado cuerpo normativo puede considerarse que las liberalidades revisten un ámbito más vasto que el de gratuidad, al comprender a todos los contratos gratuitos (art. 1287 inc. 2 C.C.), pero también a actos no contractuales, como por ejemplo el enriquecimiento sin causa (art. 1308 C.C.)³.

GAMARRA con acierto señala que “la gama de las liberalidades no contractuales (liberalidades atípicas) es extensísima, ya que comprende puros hechos materiales (como la plantación, siembra y edificación en suelo ajeno), omisiones (en interrumpir una prescripción, por ejemplo), negocios jurídicos unilaterales (como la renuncia y el testamento) o bilaterales (como el pago), etc.”, construyéndose la categoría de las donaciones indirectas, “tomando en cuenta precisamente las liberalidades que escapan a la zona contractual y que la doctrina llama atípicas para distinguirlas de la donación, que es el contrato de liberalidad típico”⁴.

En consecuencia y a modo de resumen, resulta indudable que existe un género amplísimo de liberalidades *-contractuales unas, no contractuales e indefinidas otras-* que dan cuenta de una intención premeditada de ejercer sobre otra persona un acto de liberalidad sin que medie contraprestación y que exceden todas ellas, las previsiones normativas del contrato de donación.

La donación, como contrato típico, se encuentra regulada extensamente en los arts. 1613 al 1660 del Código Civil y tiene como particularidad con relación a otras figuras contractuales gratuitas (como por ejemplo, el comodato), que se produce una transferencia definitiva del bien donado, al señalarse al tenor de la definición legal que “se desprende desde luego e irrevocablemente del objeto donado”.

Las consideraciones vertidas en el punto anterior, dan cuenta de la escasa utilización del referido contrato tipo de donación y de forma oblicua, el empleo de otros medios, directos e indirectos que provocan similares resultados que el primero nombrado, intentando

³ GAMARRA, Jorge y otros. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo VI, 3era. edición actualizada, FCU Montevideo 2004, pág. 18.

⁴ GAMARRA, Jorge y otros, obra citada, pág. 18.

sortear prohibiciones legales o el simple riesgo de la reducción de la liberalidad, conforme lo dispuesto en el art. 1639 C.C. a vía de ejemplo o prohibidas por la ley, como el caso de las donaciones entre cónyuges (art. 1657 C.C.).

En efecto, el citado art. 1639 permite a los herederos forzosos reducir en cuanto al exceso, las donaciones que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1626 C.C. tengan el carácter de inoficiosas, realizado el cálculo general de bienes del donante al tiempo del fallecimiento del mismo.

El procedimiento resulta de fijar la porción legitimaria, tomando en cuenta el valor de los bienes que hayan quedado a la muerte del donante previa las deducciones, agregando imaginariamente el que tenían las donaciones realizadas (art. 889 C.C.).

Si hubo exceso, se procederá a su reducción en orden inverso al de sus fechas, esto es, comenzando por las más recientes hasta completar la porción legitimaria que el donante no podía soslayar (art. 890 num. 4 C.C.).

Por su parte, la prohibición legal contenida en el art. 1657 C.C. de la donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio, ha determinado con fines de eludir tal impedimento, la realización de figuras oblicuas o indirectas las que serán detalladas en los puntos siguientes.

3.

CONCEPTUALIZACIONES PREVIAS

Hemos señalado que unos de los problemas habituales que se observan al momento de analizar este tipo de eventuales fraudes, es la confusión que suele presentarse a la hora de encuadrar distintas figuras jurídicas dentro del instituto de la simulación, ejerciendo la correspondiente acción simulatoria, cuando las mismas obedecen a fenómenos ajenos a la misma⁵.

En efecto, la práctica forense arroja varios casos donde el profesional yerra el planteamiento jurídico de la cuestión litigiosa, deduciendo pretensiones de nulidad por simulación absoluta (o en su caso, relativa objetiva), que adolecen de errores conceptuales en cuanto al fundamento de los institutos aplicables.

Se observan la promoción de acciones simulatorias, tanto absoluta como relativa objetiva, cuando en los hechos, nos encontramos ante la llamada intestación a nombre ajeno,

⁵ TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. *Fraudes Civiles y Comerciales*. Editorial La Ley, Buenos Aires 2014, pág. 227.

donde el negocio es querido por las partes y realizado en forma definitiva, lo que lo aleja de la simulación y lo coloca en eventuales hipótesis de fraude.

El significado jurídico del término “intestar”, deviene en los hechos, en colocar algo a nombre de otra persona. Un concubino pretende adquirir un bien a nombre del otro; este último no tiene el dinero para la compra, pero le es proveído por el primero nombrado, adquiriendo el bien definitivamente. En igual situación, el multicitado ejemplo del padre que compra un vehículo a su hijo, un departamento, un negocio, etc.

Obviamente que no toda intestación constituye fraude, siendo una práctica constante que, en general, no pretende irrogar perjuicio a nadie. El devenir económico arroja que el hombre común no va a un escribano y redacta un contrato de donación. Simplemente va al Banco, retira el dinero, se lo da al beneficiario y este adquiere el bien a su nombre con dinero ajeno.

El problema se observa cuando la presente modalidad de intestación a nombre de otro, se utiliza con fines espurios en perjuicio de acreedores o con intención de violentar la ley.

4.

CONTRATO TÍPICO DE DONACIÓN AFECTADA POR SIMULACIÓN ABSOLUTA

Los negocios jurídicos simulados se efectúan de diversas maneras, siendo sus especies “tan numerosas como fecunda es la imaginación humana”⁶. Las formas que puede asumir el fenómeno simulatorio, se pueden agrupar en dos categorías: simulación absoluta y simulación relativa.

La clasificación bipartita atiende a si el concierto simulatorio se reduce simplemente a producir una ficción de negocio, no modificándose en modo alguno la esfera jurídica de las partes, o si por el contrario, detrás de la falsa declaración pública, se oculta o disimula otro negocio jurídico sea cual fuere su naturaleza y contenido⁷.

La distinción elaborada que toma como base la distinción entre simulación absoluta y relativa, se realiza teniendo en cuenta la naturaleza íntima del fenómeno simulatorio y es

⁶ CAMARA, Héctor. *Simulación en los Actos Jurídicos*. Editorial Depalma, Buenos Aires 1944, pág. 105.

⁷ TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. *Negocios Jurídicos Simulados y Fraudulentos*. FCU 2ª edición Montevideo 2008, pág. 91.

fundamental para la determinación de las posibles formas de simulación que ingresen dentro de cada categoría⁸.

Diáfananamente señalaba DE CASTRO Y BRAVO que la simulación absoluta es la forma más simple de la simulación y “supone haberse creado la apariencia de un negocio y, en verdad resulta que no se quiso dar vida a tal negocio, sino tan solo a su apariencia engañosa”⁹.

Lo expuesto determina que en la simulación absoluta las partes no han querido contratar ni celebrar negocio jurídico alguno. Los fines y efectos de dicho negocio no son queridos por las partes. En otras palabras, no quieren celebrar lo que en definitiva celebran, no quieren sus efectos ni sus consecuencias. El negocio simulado es solamente un medio para llevar a cabo determinados fines, no existiendo en los hechos nada debajo del mismo¹⁰.

Respecto a la simulación absoluta de un contrato de donación no es una modalidad habitual que se ventile ordinariamente en los tribunales vernáculos, pues los casos reiterados -como serán analizados- se verifican precisamente a la inversa, donde se simula un contrato oneroso, para disimular una donación, encuadrando la misma dentro de la simulación relativa objetiva. Pero como dijo Cervantes “cada loco con tu tema”¹¹ y nada obsta a que se pergeñe un engaño mediante la concreción de una donación simulada que no es tal.

Lo expuesto deriva en que un deudor apremiado por sus acreedores no elija precisamente esta vía para esquivar a los mismos. El disfavor con que la justicia mira este tipo de actos es ratificado con la sanción de la Ley de Concursos Nro. 18.387 a vía de ejemplo. En efecto, el inc. 1º del art. 81 de la citada ley dispone una presunción objetiva de fraude para aquellos actos a título gratuito realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concursos, considerándose incluidos los actos en que la contraprestación recibida por el deudor hubiera sido notoriamente inferior al valor del bien transferido¹².

Asimismo, aún cuando el donante pretenda también alterar el orden sucesorio, los herederos legítimos tienen la acción de reducción ya expuesta anteriormente en los arts. 889 y 890 del C.C.

No obstante, mediante la utilización del contrato típico legislado en el Código Civil se puede intentar una apariencia que no es tal. Aún en el último caso referido, el donante puede perjudicar notoriamente a un heredero legítimo, al someterlo a la carga de proceder a recurrir a la justicia posteriormente con el fin de reducir el exceso, ya que la colación se

⁸ LIEVANO, José. Introducción al Estudio de la Simulación. Bogotá 1978, pág. 90.

⁹ DE CASTRO y BRAVO, Federico. El Negocio Jurídico, Editorial Civitas S.A Madrid, pág. 348.

¹⁰ TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. Obra citada, pág. 92

¹¹ Cuento corto de controvertida autoría: “La tía fingida”.

¹² TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. Fraudes Civiles y Comerciales, obra citada, pág. 124.

realiza no del bien donado, sino del valor que el mismo tenía al momento de la donación (arts. 889 y 1108 C.C.).

En tales casos, quien disfruta el bien y percibe sus frutos es el donatario, mientras que el heredero perjudicado debe soportar una pesada carga, que incluye los gastos y las vicisitudes del proceso. Pero reiteramos, en el caso planteado -donación afectada por nulidad por simulación absoluta-, nos encontramos ante un negocio no querido por las partes: el donante nunca quiso donar, ni el donatario recibir en dicho momento la donación.

La acreditación de tal extremo resultará de la eficacia probatoria que en la causa se verifique, pues la prueba de la simulación ha señalado con acierto el Dr. ETLIN¹³, “es una cuestión compleja aquilatable conforme a pautas de razonabilidad, experiencia de lo que normalmente sucede y sana crítica (arts. 140 y 141 C.G.P.), sin llegar a un rigorismo implacable para posibilitar el abordaje de la psicología de las patologías negociales.... si bien la prueba de la simulación se rige por las Reglas Generales (arts. 137 y 139 del Código General del Proceso), la naturaleza de la pretensión ejercida por indicadores, presuncionales o indiciarios (arts. 1600 a 1606 del Código Civil), lo que se llama también “prueba indirecta o circunstancial”, que a través de un razonamiento conduzcan a la averiguación de la realidad subyacente del negocio, para establecer si la causa y el consentimiento corresponden a lo legalmente plausible, o si obedecen a una distinta y encubierta o a otros propósitos. Tal sistema probatorio tiene a su vez como consecuencia connatural y dada la necesidad de ingresar en aspectos de la interioridad psíquica de los objetos del contrato (la “Verdad no documentada”), la necesidad de apoyarse en diversos puntos de hechos que correctamente unidos, muestren la figura del Hecho que se quiere probar, la simulación”.

Por último en este punto, la sentencia -de acreditarse la simulación absoluta- deberá declarar la nulidad por falta de consentimiento y causa, pues participo de la línea argumental de PEIRANO¹⁴ en contra de GAMARRA¹⁵, al señalar que si bien la causa en los contratos gratuitos es la mera liberalidad del bienhechor, “... ocurre que en razón de la teoría de los motivos es posible señalar que algunas “meras liberalidades”, que aparentemente son tales, se inspiran en motivos profundamente ilícitos...en razón del elemento causa, investigando los motivos que han determinando la producción de las mismas...”, debiéndose analizar “a

¹³ Sentencia Nro. 52/2008 de cuando era titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5to. Turno.

¹⁴ PEIRANO FACIO, Jorge. Curso de Contratos. Tomo I, FCU 1974, pág. 77.

¹⁵ GAMARRA, Jorge y otros, obra citada, pág. 104-105, si bien reconocemos que causa en la donación (mera liberalidad) y motivos (premiar a un hijo por ejemplo) resultan conceptos distintos, la posición de PEIRANO permite descubriendo los motivos, determinar la falsedad de la causa, ya que en esta hipótesis en estudio -donación simulada absolutamente- la causa nunca es la “mera liberalidad”.

propósito del contrato de donación, no solo las causas sino también los motivos, entendiendo que ésta es la única manera de ejercer un control efectivo sobre las donaciones que poseen carácter ilícito”.

5.

CONTRATO TÍPICO DE DONACIÓN AFECTADA POR SIMULACIÓN RELATIVA OBJETIVA

Por su parte, la simulación relativa revista indudable mayor complejidad que la simulación absoluta. A diferencia de esta, existen dos actos: uno aparente, ostensible, que sirve de cobertura al otro, real, efectivo, denominado acto velado, escondido, disimulado, enmascarado, etc.¹⁶, que se efectúa de dicha forma por diversos motivos que se expondrán o se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que en realidad oculta su verdadero carácter. La misma se produce cuando las partes crean la apariencia de un contrato distinto del que efectivamente quieren.

En la simulación relativa hay dos contratos: el contrato simulado, que es el destinado a aparecer solo exteriormente y el contrato disimulado, que es el realmente querido por las partes.

La simulación relativa puede apuntar a diferentes direcciones, sea recayendo sobre el mismo negocio jurídico (compraventa con pacto de retroventa que encubre negocio de préstamo oneroso o compraventa que encubre una donación); sea sobre el precio u objeto por distintas razones; sobre el mismo objeto o la causa (así, se dice donar cuando se hace efectivo el pago de una indemnización); o sobre la fecha, la cual se antedata o posdata¹⁷.

La simulación relativa puede agruparse en dos categorías: a) la simulación relativa objetiva, que a su vez se subdivide en la simulación en la naturaleza del negocio y simulación de contenido del mismo, y b) la simulación relativa subjetiva, que es aquella donde se simulan los sujetos intervinientes.

Dentro de la simulación relativa objetiva, la variante más utilizada resulta ser *simular la naturaleza del contrato*, configurándose la misma cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro.

¹⁶ CÁMARA, Héctor, ob. Cit. pág. 115

¹⁷ CAMPAGNUCCI de CASO, Rubén, El Negocio Jurídico. Editorial Astrea. Bs. As. 1992, pág. 326

ZANNONI¹⁸ brinda un claro ejemplo: “la donación (negocio real), encubierta bajo la apariencia de compraventa (negocio disimulado)”¹⁹.

Los motivos pueden ser de variada índole, pero lo que importa es que se celebra un negocio jurídico que encubre otro distinto.

Otros ejemplos de simulación en la naturaleza del contrato pueden ser los siguientes: cuando la venta se desfigura bajo la forma de permuta o transacción, o de división; o también en el campo de las obligaciones, promesas de pago, declaraciones de deuda provenientes de mutuo, recompensas de servicios, etc, entre tantos, que en realidad ocultan una equivalencia ilícita.

Pero también puede haber simulación en el contenido, objeto u otros elementos del contrato. En este caso la simulación relativa se manifiesta no sobre el tipo contractual (se dijo compraventa y en su lugar era donación) sino sobre el objeto del contrato, o hilando más fino, sobre un contenido del mismo.

En Italia, Montecchiari²⁰ señala que en la simulación también puede darse en forma parcial, sucediendo esto cuando el acuerdo simulado contemple solo algunos elementos del contrato y sin embargo el mismo permanece operativo, mediante la sustitución de los elementos simulados con aquellos resultantes del acuerdo que verdaderamente celebraron las partes.

Otro ejemplo respecto al tema tratado podría ser la simulación de la donación de un bien, cuando en realidad el negocio versa sobre otro bien, aunque la hipótesis puede darse solo en caso de bienes no registrables. O bien las partes pueden simular el carácter de la “cosa” llamando por ejemplo, cosa mueble a un inmueble, cosa presente a una cosa futura, cosa propia a una ajena, cosa en el comercio a una fuera del mismo, etc., tratando de este modo de eludir normas prohibitivas.

Asimismo, es posible simular la calidad o estado de la cosa, lo que adquiere relevancia si dicha donación es cuestionada y se pretende la reducción por inoficiosa. En tal caso, la simulación de la calidad de la cosa podría derivar en perjudicar al heredero desplazado, por cuanto adquiere relevancia el precio del bien al momento de la donación, simulación del estado que pudo haber sido configurada con fines de abatimiento del valor.

¹⁸ ZANNONI, Eduardo. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Editorial Astrea. Bs. As. 2003, pág. 374

¹⁹ El citado autor entiende también que en el supuesto del ejemplo dado, “el cambio de naturaleza del negocio conlleva también la simulación en su objeto e, incluso, en su causa –entendida como móvil determinante” y cita a Mosset Iturraspe, quien señala que como la compraventa y la donación tienen por finalidad transmitir el dominio de la cosa –“aparentemente” vendida, pero “realmente” donada–, “será suficiente al efecto sustituir el elemento gratuidad por un precio en dinero y consecuentemente alterar la causa o motivo determinante”

²⁰ MONTECCHIARI, Tiziana. *La Simulazione del Contratto*. Giuffrè Editore, Milán 1999, pág. 101

FERRARA²¹ señala que el contrato que más suele emplearse es la venta con precio fingido. Y esta última puede ir acompañada de la reserva de usufructo o de un gravamen de renta vitalicia, modalidades que tienen verdadera realidad y afectan con plena eficacia la donación oculta. Ahora bien, señala además que las circunstancias del caso pueden revelar claramente la verdadera naturaleza del acto, sea por la posición de cada una de las partes, de las relaciones de afecto existentes al momento de la concreción del negocio, de la imposibilidad del supuesto adquirente de disponer el dinero que se pagó como precio; pudiendo la donación vestir el ropaje de un arrendamiento, obteniendo el arrendatario el disfrute gratuito de la cosa arrendada.

La donación disfrazada, “puede tomar la forma de sociedad, si la aportación es puramente fingida y la finalidad del contrato está en conferir un beneficio a alguno de los socios” y lo mismo puede decirse de una transacción, si cuando lo que se da en ella como equivalente, se entrega, no como medio para finalizar o prevenir un conflicto judicial, sino por puro ánimo de liberalidad, siendo en consecuencia en ambos casos objeto de reducción o colación en su caso.

6.

DONACIÓN AFECTADA POR SIMULACIÓN RELATIVA SUBJETIVA

El último tipo de simulación relativa es la llamada *subjetiva*, por cuanto lo que se altera son los sujetos y que se conoce como simulación por interposición de personas.

En puridad se utilizan como cobertura generalmente cuando existen prohibiciones de contratación, como por ejemplo, con el fin de eludir la prohibición de donación entre cónyuges.

La modalidad en general es presentada de la siguiente forma: un esposo quiere donar a su cónyuge y acuerdan con otra persona afín a los mismos, que este actúe como cómplice y oficie de nexa a fin de sortear el impedimento legal. En tales extremos, el cónyuge A le vende al cómplice B y este a su vez, enajena al otro cónyuge C.

²¹ FERRARA, Francisco. *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1931, pág. 258.

En apariencia hay dos contratos lícitos, pero en los hechos se vulnera la prohibición legal consagrada en el art. 1657 C.C. mediante la utilización de un testaferrero o “presta nombre” quien nunca tuvo intención de contratar sino solo de ser cómplice del nexo.

Resulta de indudable trascendencia, definir claramente las particularidades de las diferentes clases de interposición, que en los hechos lo constituye un sujeto que contrata -sin intención de adquirir- y que la dogmática jurídica llama “interposición”.

6.1 DIFERENTES CLASES DE INTERPOSICIÓN

NANNI²² señala que es generalmente compartido por doctrina y jurisprudencia, que el verbo intestar sirve normalmente para resaltar una desviación del normal procedimiento de adquisición de la titularidad de un bien. Y dicha desviación puede resultar de una interposición ficticia o real, o desviarse la adquisición, cuando el pago del precio se realiza por parte de un tercero.

Tomando el léxico del autor citado, nótese que el mismo habla en estos casos de “desviación” en la adquisición de un bien. Ello es natural, se supone que quien quiere adquirir un bien, generalmente lo hace a su nombre. En estos casos, la adquisición se realiza a nombre de otra persona.

Cuando se introduce una alteración de las partes, se traslucen varias posibles figuras que conviene destacar, pues las mismas son diferentes, una se encuentra inmersa en la teoría de la simulación, mientras que las otras dos están fuera de ella.

Por lo pronto, como señalamos, debemos consignar que solamente ingresa en el ámbito de la simulación la interposición ficta de persona, pues en dichos extremos nunca hubo ánimo de comprar ni de vender. Quedan fuera de la simulación, la interposición real y la intestación a nombre ajeno, figurando disímiles con características propias.

6.2 LA INTERPOSICIÓN FICTA

La persona que se interpone es ficticia, no le interesa en absoluto contratar, ni los efectos del negocio que se lleva a cabo. En este tipo de interposición, se afecta la identidad de una de las partes del contrato, existiendo un sujeto llamado interpuesto, que es una persona distinta del verdadero contratante, el cual se denomina sujeto interponente, y que es identificado comúnmente como prestanombre o testaferrero.

²² NANNI, Luca. *L'Interposizione di Persona*. CEDAM- PADOVA 1990, pág 256.

NANNI señala con acierto que “es por lo tanto apropiado el tradicional apelativo de prestanombre, porque el interpuesto se limita a consentir que sea usado su nombre en lugar de aquél del real destinatario”²³.

Reiteramos el caso expuesto en el punto 3.3 respecto a la prohibición de donación entre cónyuges y la utilización de un cómplice como testafarro.

GALGANO²⁴ señala, que la voluntad de celebrar un contrato simulado o, en su caso de la interposición ficticia, de perfeccionarlo a través de otro sujeto, resultada de un concreto acuerdo simulatorio, que debe ser de al menos tres personas, ya que no basta un acuerdo solamente entre dos personas; la persona interpuesta y el interponente.

Se necesita forzosamente el acuerdo del tercero interviniente, ya que de lo contrario nos encontramos frente a una interposición real, conforme doctrina y jurisprudencia unánime.

La Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 19/2003 entendió que,

(...) la simulación relativa subjetiva por interposición de persona, requiere un acuerdo trilateral entre el interponente, que es el sujeto el interesado, que toma la iniciativa del negocio; la persona interpuesta (testafarro, prestanombre, hombre de paja), y el tercero que contrata con el testafarro. Si éste no interviniese en el acuerdo, el interpuesto adquiere realmente (y no en forma ficticia) y la interposición resulta real.

Un acuerdo interno entre el testafarro y el interponente no vuelve simulado el contrato si el tercero no participa del mismo. El tercero, que ignora el acuerdo entre interpuesto e interponente, vende al interpuesto; quiere realmente contratar con el, la calidad jurídica del sujeto interpuesto es irrelevante (no vuelve simulado el negocio), porque queda en el fuero interno de éste (es reserva mentar del prestanombre). El acuerdo trilateral determina que, necesariamente, haya tres partes en la simulación por interposición de personas. Son partes en esta simulación el contratante ostensible, el sujeto interpuesto o prestanombre y el contratante oculto.

El acuerdo simulatorio trilateral conforma un elemento esencial de la simulación relativa subjetiva por interposición de personas: si el vendedor no participa en el acuerdo simulatorio hay que concluir que la simulación no existe²⁵.

De la misma forma ha entendido la Corte de Casación italiana:

“En la interposición ficticia de personas, la simulación tiene como presupuesto indispensable la participación en el acuerdo simulado no solo del interpuesto y del interponente, sino que también del tercero contrayente que debe dar su propia voluntad de adhesión al entendimiento alcanzado entre los primeros dos sujetos, asumiendo los derechos y las obligaciones contractuales en relación al interponente²⁶.

²³ NANNI, Luca. Obra citada, pág. 121.

²⁴ GALGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1992, pág.337.

²⁵ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 19 de fecha 17/2/2003 (Parga, Van Rompaey (red), Cairoli, Guillot, Gutiérrez).

²⁶ Cass. Civ. Secc II, 4 de agosto de 1997, n. 7187 (Cod. de Italia, 472001)

Y en igual sentido señaló que: “la interposición ficticia de persona postula la imprescindible participación al acuerdo simulatorio no solo del sujeto interponente y de aquel interpuesto, sino que también del tercero contrayente, llamado a expresar la propia adhesión al entendimiento alcanzado por los dos primeros..., mientras que la falta de conocimiento, por parte de dicho tercero de los acuerdos realizados entre interponente e interpuesto... integra los extremos del singular caso particular de la interposición real de la persona (el acuerdo entre interponente e interpuesto resultando, en tal caso, constitutivo del solo deber, para este último, de retransferir al primero derechos y obligaciones derivadas del contrato, sin que alguna acción directa pueda ser reconocida por el interponente en relación del tercero), según el mecanismo efectivo típico de la representación indirecta. Resultando, que deducida en juicio la simulación relativa subjetiva de un contrato de compra-venta inmobiliaria, la prueba del acuerdo simulado debe, necesariamente, consistir en la demostración de la participación también del tercero contrayente...”²⁷.

Ahora bien, el tercero que vende o enajena, ¿Qué grado de conocimiento debe tener la simulación? ¿Debe estar al tanto de todos los detalles o le basta tener conocimiento de quien es el verdadero sujeto que adquiere y paga el precio?

Al respecto, la Suprema Corte, en sentencia citada, signó que “las manifestaciones de la impugnante relativas al conocimiento de la situación por parte del hermano del causante, no resultan idóneas para modificar la conclusión a la que arribara la Sala, ya que el solo conocimiento del vendedor de la situación no resulta suficiente para tener por acreditada la simulación relativa subjetiva” y citando al TAC de 5° turno señaló que “aun admitiendo que el vendedor supiera quien aportó el precio y conociera el alcance del acuerdo entre el contratante ostensible y el interponente respecto de la retroversión o libertad de disposición por éste del inmueble adquirido “a nombre” del testaferrero, tampoco hay simulación porque el vendedor tiene voluntad de transferir el dominio interpuesto, y el origen del dinero, así como el comportamiento posterior de comprador, son circunstancias que no le incumben”²⁸.

Otra diferencia con la simulación relativa objetiva, es que aquí, en la subjetiva no existen dos negocios (el simulado y el disimulado) sino solamente uno de ellos, el que se caracteriza por alterarse debido a la introducción de un sujeto distinto al que verdaderamente tiene la intención de contratar. Ese sujeto, figura como parte, pero no tiene ninguna intención de selo, siendo solamente un testaferrero o prestranombre, que tampoco adquiere derechos ni obligaciones²⁹.

Los ejemplos pueden ser simples, hasta complejamente elaborados, pero, en sustrato en esta hipótesis existe solamente un negocio, donde aparece un tercero que sin intención al-

²⁷ Cass. Civ., Secc II, 15 de mayo de 1998 (Cod. de Italia, 4/2001)

²⁸ Sentencia de La Suprema Corte de Justicia, n° 19 de fecha 17/2/2003, citada.

²⁹ GAMARRA, Jorge. Obra citada, pág. 70.

guna de adquirir el bien presta su nombre para ser parte del contrato, y sumado el concierto del vendedor, configura la simulación.

7.

DONACIONES EN FRAUDE A LA LEY

El negocio en fraude a la ley, consiste en utilizar uno o diversos negocios o procedimientos, con el fin de evitar normas prohibitivas. Constituye sin lugar a dudas un comportamiento antijurídico.

En puridad, se busca y utiliza uno o diversos procedimientos formalmente lícitos que operen como *normas de cobertura*. Dichas normas fueron dictadas con otros fines, pero los infractores las utilizan con la intención de enervar los efectos de la *norma defraudada*, dándose un resultado contrario a una norma jurídica amparándose en otra norma, que ha sido dictada con distinta finalidad.

La relevancia del fraude, observa DE CASTRO Y BRAVO en obra citada, será distinta según que el resultado propuesto se centre en lograr algo en sí mismo ilícito (p. ej., escapar de una prohibición legal, conseguir un propósito inmoral) o se limite a buscar una eficacia distinta a la propia de su finalidad (p. ej., transmitir gratuitamente con la firmeza de un título de venta; enajenar por precio sin exponerse al retracto).

El negocio en fraude a la ley no es una figura especial de negocio jurídico; supone una anomalía en el procedimiento, la que mientras no se advierta le hace aparecer como un negocio normal, pero que en cuanto se pone al descubierto queda frustrado y como tal, al quedar en evidencia, se hace pasible de sanción, siendo la más grave la nulidad absoluta.

En igual sentido, se ha señalado que en verdad lo que “cualifica a los supuestos de fraude de ley es la utilización de una norma de cobertura que habría sido dictada con una finalidad distinta pero de la que se hace uso al objeto de conseguir enervar los efectos típicos de otra norma jurídica, que por este motivo denominamos norma defraudada”, dándose origen así a un resultado contrario a la norma jurídica amparándose en otra norma que ha sido dictada con finalidad distinta.

En nuestro derecho, BLENGIO considera “que la noción de negocio en fraude a la ley más aceptable, tanto desde un punto teórico como con referencia a nuestro derecho positivo, es la de que se trata de un negocio (o conjunto de ellos), formalmente lícito articulado

de tal modo que produce un resultado (el mismo o semejante según sea o no admisible la analogía) vedado por la ley”³⁰.

La configuración del fraude, conforme a la tesis objetiva que sostenemos, se observa con el abuso de la forma jurídica, pues no se requiere ni la intención fraudulenta, ni el conocimiento de la ley vulnerada, sino el cumplimiento de un objetivo que catalogamos de ilícito, mediante una norma no prevista para el caso concreto³¹.

Tal configuración del fraude reside en la utilización de una norma (ley de cobertura), a efectos de soslayar otra norma (ley defraudada), lo que determina que en los hechos, la tarea que se impone es la de interpretar ambas leyes conjuntamente con el negocio jurídico cuestionado, a efectos de observar la licitud o ilicitud del último nombrado.

El negocio en fraude no se enfrenta con la ley que pretende esquivar, y busca amparo en otras leyes o principios del ordenamiento. Para la calificación jurídica del fraude se requiere que la ley evitada haya de entenderse de modo que deba aplicarse a dicho negocio, y que, por otra parte, las demás normas en consideración no sean suficientes, por ellas mismas, para otorgarle validez. Es decir, que para llegar a la condena de un negocio por fraude a la ley habrá que proceder a una interpretación extensiva y finalista de la regla objeto del rodeo (hasta incluir al negocio dentro de su radio de acción), y también a una interpretación estricta de las otras reglas utilizables como cobertura.

En definitiva, habiéndose descubierto la intención de los agentes participantes del fraude, en buscar un resultado contrario a la ley, se impone una interpretación sistemática y finalista de la norma defraudada. Dicha interpretación debe realizarse conforme a todo el ordenamiento buscando su finalidad o no aisladamente

La posibilidad de este tipo de interpretación, señala DE CASTRO Y BRAVO, depende de la concepción que domine en cada sistema. Será imposible o gravemente obstaculizada en los ordenamientos en los que predomina el formalismo, se favorecen los negocios abstractos o se defiende el concepto abstracto de los tipos de los negocios; resulta necesaria en aquellos otros sistemas en los que prepondera la causa sobre la abstracción y la forma, atendiéndose al fin práctico propuesto con el negocio³².

³⁰ BLENGIO, Juan E. “*El negocio en Fraude a la Ley*”, en ADCU, Tomo XVI, pág. 56.

³¹ En el mismo sentido, véase Sentencia Nro. 213/99 del TAC 3er. Turno: “Se ha definido en el ámbito nacional el negocio en fraude a la ley como . un negocio (o conjunto de ellos) formalmente lícito articulado de tal modo que produce un resultado (el mismo o semejante según sea o no admisible la analogía) vedado por la ley .”. ADCU Tomo XXX, caso 412. Klett (red), Minvielle, Sassón. Sentencia Nro. 405/2005 del TAC 1º Turno: “Desde hace largo tiempo doctrina y jurisprudencia han aceptado como fraude a la ley aquellos negocios, en apariencia lícitos, utilizados como vías oblicuas para eludir límites legalmente impuestos a la autonomía de la voluntad, afirmando la vigencia en nuestro derecho del principio general “*fraus omnis corrumpit*”. ADCU Tomo XXXVI, caso 400. Castro (red.), Salvo, Vázquez Cruz.

³² DE CASTRO Y BRAVO. *El Negocio Jurídico*. Editorial Cívitas. Madrid 1985, ob. cit. pág. 370.

7.1 INTERPOSICIÓN REAL Y DONACIÓN EN FRAUDE

Hemos señalado que la interposición ficta es distinta a la real, y que esta última queda fuera del ámbito de la simulación.

En perspectiva dialéctica la interposición real de persona- objeto de las presentes reflexiones- es el caso particular donde el tercero contrayente no interviene en ningún modo en el pacto de interposición. De otra forma se tendría interposición ficticia³³.

En la interposición real, el acuerdo es entre dos personas, quedando extraña la tercera, mientras que en la interposición ficta, el acuerdo se efectúa entre los tres sujetos intervinientes: el que vende, enajena o dispone del derecho, el testafarro y el adquirente efectivo.³⁴

En los casos de intestación en otra persona, la adquisición es real y el acto será atacado, si perjudica a terceros por la vía del fraude y no por la teoría de la simulación. La semejanza apunta a la utilización de una figura, en este caso de una tercera persona, para ocultar una de las partes del contrato, y de ahí parten las dificultades para diferenciar una de otra.

Por tanto, la interposición real es aquella en que la persona que comparece adquiere efectivamente el derecho y luego, por un acto posterior, lo vuelve a transmitir al verdadero interesado.

En consecuencia, hay dos transmisiones de derechos, del enajenante a la persona interpuesta y luego de ésta al adquirente, a diferencia de cuando interviene una persona interpósita ficta, donde la relación jurídica se entable directamente entre los dos titulares, siendo el testafarro “una simple apariencia de intromisión”. Por ello, el interponente real- a diferencia del testafarro- deviene titular del bien transmitido³⁵.

Habiendo expuesto el marco teórico conceptual procederemos a analizar las posibles donaciones realizadas en fraude mediante la interposición real de personas que en puridad también se pueden asimilar a los negocios fiduciarios.

De plantearse un caso de donación afectada por fraude por interposición real, el cómplice adquiere realmente el inmueble mediante la donación, solo que se obliga a retransmitirlo posteriormente.

Veamos el caso: el cónyuge A le dona a B (cómplice) un inmueble. Este último adquiere el bien, utiliza el mismo, ejerce actos de dominio, pero por la convención privada, debe en un plazo X, donarlo a C.

³³ MONTECCHIARI, Tiziana. *La Simulazione del contratto*. Giuffrè Editore. Milán 1999, pág. 57.

³⁴ TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel. Obra citada. Pág. 105.

³⁵ CAMARA, Héctor. Obra citada, pág. 130.

No existe simulación, pues la adquisición de B fue real, lo que la aleja de la simulación, pero el negocio reviste la categoría de ser en fraude a la ley, si medio intención por ejemplo de soslayar la prohibición de donaciones entre cónyuges.

7.2 LA INTESTACIÓN A NOMBRE AJENO

Nos encontramos, al igual que en el caso de la interposición real, fuera del ámbito de la simulación.

Como expresa GAMARRA³⁶, y merece ser reiterado, “no hay que confundir con estos casos aquel en que un sujeto que es tercero (y no parte), respecto del contrato de compraventa suministra el dinero al comprador para que éste pague el precio. Aquí la simulación no puede existir por falta de acuerdo simulatorio; no hay acuerdo para simular una compraventa entre vendedor y comprador; el vendedor quiere realmente, realiza: el contrato (y también el comprador), El caso práctico fue resuelto acertadamente en este sentido. Se trata de una donación (real) de una suma de dinero (hecha por un tercero al comprador), que resulta externa por completo al contrato de compraventa. En cambio, si el precio es pagado por un tercero, ajeno a la operación, que renuncia a la acción de repetición, puede haber una donación indirecta. Pero también aquí la compraventa es real, y la especie nada tiene que ver con la simulación”.

Como señala NANNI³⁷, el verbo intestar indica una actividad necesaria para atribuir relevancia externa, mediante la inscripción en registros públicos, o en los libros de una sociedad, o en cualquier otro documento idóneo, en crear una apariencia jurídicamente relevante, a una situación de titularidad de un sujeto sobre un bien. La intestación es por lo tanto el momento conclusivo de un procedimiento o luego que, en el caso en el cual no sea precedida en la realidad por alguna transferencia de derechos, un momento o instante que con buena razón puede definirse como neutro, aunque si, no habiendo duda, en el lenguaje común decir de un sujeto que es intestatario más bien que propietario de un bien, deja entender que la fase antecedente, la intestación ha tenido un desarrollo anómalo.

A los efectos de diferenciar la intestación en nombre ajeno de la interposición real, el citado autor señala que se pueden distinguir dos casos: el primero se tiene cuando en la voluntad de las partes, la intestación se revela como expresión de una voluntad distinta a la real; el segundo se tiene cuando la intestación representa una situación definitiva correspondiente a la voluntad de las partes, si bien madurada a continuación de un procedimiento que

³⁶ GAMARRA, Jorge. Obra citada, pág. 68.

³⁷ NANNI, Luca. Obra citada, pág.253.

presenta caracteres anómalos. El elemento común es la adquisición, simulada o real, de un bien sin desembolso de dinero, mientras es cuestión de interpretación establecer si la falta de desembolso depende de lo ficticio de la adquisición, o por la asunción a la cabeza del interponente de la obligación de transferir el bien a la persona que ha pagado el precio, o por el intento de este último de beneficiar al intestatario.

Como ya observamos, y ello permite comprender correctamente las diferencias entre interposición real e intestación a nombre ajeno, “donde difieren... es en el carácter definitivo de la adquisición del intestado, mientras que el interpuesto realmente adquiere en forma temporal y transitoria, porque el interpuesto real se obliga a retransferir o retrovertir al interponente los bienes que realmente adquirió, y de los cuales es verdadera y efectivamente dueño”... siendo “por tanto, un propietario provisorio, mero vehículo que sirve de pasaje, sin vocación definitiva de propietario...”³⁸.

En estas dos últimas figuras el fenómeno es binario, a diferencia de la interposición ficticia que es ternario (deben intervenir las tres partes en el acuerdo simulatorio). En la interposición real y en la intestación el acuerdo es entre dos partes, la que paga el precio y la que figura como adquirente; pero las mismas difieren en cuanto en la real, el sujeto que adquiere es un mero vehículo para un pasaje posterior del bien, mientras que en la intestación, se puede afirmar que la adquisición pretende ser definitiva, y por ende, sin obligación de retransmitir el bien a quien pago el precio.

7.3 LA INTESTACIÓN A NOMBRE AJENO COMO ESPECIE DE NEGOCIO INDIRECTO EN FRAUDE A LA LEY

El fraude a la ley se verifica cuando sus autores intentan amparar el resultado contrario a la ley, en otra disposición cuya finalidad es diferente y el mismo consiste, como señala DE CASTRO, “en utilizar un tipo de negocio o un procedimiento negocial con el que se busca *evitar* las normas dictadas para regular otro negocio: aquel precisamente, cuya regulación es la que corresponde al *resultado* que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica”³⁹.

La dirección a la cual se dirigen los partícipes del negocio, se orienta a la búsqueda de un resultado elusivo, mediante el empleo de otro negocio en apariencia lícito, con el espurio fin de obtener el resultado que se pretende.

³⁸ GAMARRA, Jorge. Obra citada, pág. 135.

³⁹ DE CASTRO, Federico. Obra citada, pág. 369.

El problema del negocio en fraude a la Ley, señala BLENGIO⁴⁰, “...se ha presentado como una cuestión de límites de la autonomía de la voluntad. Si bien es cierto que al autorregularse sus intereses los sujetos tienen la posibilidad de servirse de todas las formas negociales que no hayan sido prohibidas por el ordenamiento jurídico, no lo es menos que no pueden perseguir (y sobre todo alcanzar) determinados resultados que el mismo les veda”, agregando que “el comportamiento de los sujetos encaminados a eludir las prohibiciones y mandatos legales mediante una conducta fraudulenta constituye una constante de todo ordenamiento normativo. Se ha podido decir, y no sin razón, que a eludir la ley han dedicado sus esfuerzos los ingenios más agudos, logrando en algunos casos la perfección y la elegancia de un arte. El mismo arte que ha servido para la evolución y el progreso del Derecho, se ha empleado para perfeccionar los mecanismos que han permitido eludir sus disposiciones, tornándolas inaplicables.”, siendo el fraude a la ley “un fenómeno dotado de una extraordinaria vitalidad, que se renueva constantemente asumiendo siempre formas distintas”.

Expuesto someramente el marco teórico del negocio en fraude a la ley, corresponde delinear los conceptos del *negocio indirecto*.

RUBINO señaló en su oportunidad que lo más característico del procedimiento indirecto, consiste sobre todo en que, aun existiendo un acuerdo, “la causa típica del negocio debe en el ámbito de este, alcanzar ulteriormente un resultado que es verdaderamente ajeno a la figura concreta del negocio contemplado por las partes”⁴¹.

En nuestro medio, GAMARRA lo clarificó: “la nota más características del negocio indirecto radica en que las partes realizan real y efectivamente un negocio jurídico, pero además de querer el fin que es típico y normal del negocio adoptado, persiguen también la obtención de fines ulteriores que son ajenos y extraños a este”⁴².

El citado autor, pero esta vez en el Tomo VI de su Tratado, conceptualizó la donación encubierta bajo la modalidad de un negocio indirecto, expresando que la voluntad de producir el enriquecimiento de un sujeto puede realizarse mediante el contrato de donación, “pero también empleando otros medios distintos”, como la donación indirecta, término que podría sustituirse más eficazmente por el de liberalidad atípica⁴³.

A efectos de concretar la liberalidad, se utiliza una vía indirecta u oblicua, como por ejemplo la renuncia de un crédito de un usufructo en beneficio del nudo propietario.

⁴⁰ BLENGIO, Juan E. *El Negocio en Fraude a la Ley*, obra citada, pág. 43.

⁴¹ RUBINO, Doménico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1953, pág. 21.

⁴² GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIII. FCU 3era edición, Montevideo 1979, pág. 221.

⁴³ GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo VI, obra citada, pág. 210.

Pero también se concreta con la llamada intestación a nombre ajeno, cuando un cónyuge adquiere un bien, pero con el dinero proporcionado por el otro.

En la especie, resulta claro que el donante pretende vulnerar prohibiciones legales, tal cual la donación entre cónyuges, constituyendo un claro fraude a la ley, pero además también puede intentar vulnerar las legítimas, disimulando una Institución Testamentaria soslayando el derecho de los demás legitimarios, quien verían menoscabado sus aspiraciones al fallecimiento de aquel. El gran FERRARA también hizo eco de tales vicisitudes en un legendario artículo de doctrina⁴⁴

8.

LA SANCIÓN AL FRAUDE Y NORMATIVA APLICABLE

Habida cuenta de lo expuesto en el punto anterior, corresponde observar la sanción al negocio realizado en fraude a la ley. El artículo 8 del Código Civil señala que “la renuncia general de las leyes no surtirá efecto. Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario”, lo que permite observar sin hesitaciones la sanción contra el negocio: la nulidad.

Sin embargo, como señala BLENGIO, “no siempre las normas eludidas son prohibitivas y por consiguiente, las consecuencias no deben ser necesariamente las conexas a este tipo de normas. Podría ocurrir que la disposición eludida estableciera simplemente una carga o no se refiera a la sustancia del acto, y, en este caso, sostener la nulidad absoluta del negocio podría resultar desproporcionado además de vidriosa fundamentación legal, pues estaríamos fuera del campo de la causa ilícita (salvo que de ésta se tuviera una noción muy amplia). Hay sin embargo una consecuencia que, sin mayores dificultades, puede entenderse común a todos los casos de fraude: la aplicación de la norma (supuestamente) eludida, pues, en última instancia, la cuestión versa sobre la determinación del alcance de una disposición legal o de sus presupuestos de aplicación. En esta óptica la solución que mejor parece amoldarse a la sustancia del problema y a la naturaleza de los intereses en juego, es la de considerar irrelevantes los actos declarados por las partes, por lo cual el Juez podrá entonces aplicar libremente la norma que se pretendía eludir⁴⁵”.

⁴⁴ FERRARA, Francisco. “*Interposición de Persona e intestación en otra persona*”, en RJA, Tomo 41, pág. 225.

⁴⁵ BLENGIO, Juan E. *El Negocio*. ob. cit. pág. 61.

No obstante lo expuesto, declarada la nulidad del contrato en cuestión, inmediatamente las dudas comienzan a surgir en cuanto a “cual” es el objeto donado: ¿el dinero?, ¿el inmueble?

Participamos de la línea expuesta por CARNELLI⁴⁶, cuanto a que el objeto de la atribución patrimonial gratuita es el bien y no el dinero, pues como señala el citado autor, a los fines indirectos de recurre toda vez que resulte jurídicamente imposible realizar el negocio en forma directa, “lo que permitirá inferir que la intención común es otra, no es transferir el dinero, sino transferir el bien”, aunque en casos como el expuesto corresponde “interpretar” la voluntad de los partícipes.

Por último, respecto a la normativa aplicable a este tipo de negocio atípico, se ha reseñado fundadamente que tales liberalidades no forman parte del contrato tipo de donación, no obstante, compartimos la posición ensayada por GAMARRA⁴⁷ y CARNELLI, en cuanto a extender a las donaciones indirectas las normas previstas en el Código Civil para las donaciones directas, además de sus remisiones a las normas de reducción y colación.

9.

ALMAS MUERTAS

A modo de conclusión diremos que una de las mejores novelas de la literatura rusa del siglo XIX, es la obra de Nicolai GOGOL: “*Almas muertas*”. En ella se reseñan las aventuras de un ambicioso personaje -*Chichikov*-, noble venido a menos, el que pergeña un plan para adquirir tierras del Estado Ruso.

Para el cumplimiento de sus fines, recorre grandes haciendas entrevistándose con sus propietarios a los cuales les ofrece un inusual negocio en fraude a la ley: la compra de campesinos fallecidos después del último censo (que se realizaba cada 10 años) que aún figuran como vivos en los Registros a efectos del pago de impuestos.

Con unos de los terratenientes que negocia (Manilov), Chichikov formaliza un contrato de donación de personas fallecidas⁴⁸, pero que figuran como vivos y de esa forma, se formaliza la escritura. El primero se desprende de los campesinos muertos con lo que permite engañar al fisco y pagar menos impuestos y el segundo, suma “almas” con que conseguir tierras del Estado mediante un negocio de donación en fraude.

⁴⁶ ADCU. Tomo V, págs. 201-203.

⁴⁷ GAMARRA, Jorge, obra citada, pág. 221 y CARNELLI, Santiago, obra citada, pág. 202.

⁴⁸ Capítulo II.

Lo expuesto es una mera anécdota de cómo el problema de la donación encubierta que alberga fines contrarios a la ley resulta una práctica constante, tal como versan innumerables textos jurídicos y literarios de todas las épocas.

Pese a lo extenso del marco normativo de la donación en nuestro Código Civil, la utilización del contrato tipo es prácticamente inusual. En el otro extremo, en la antítesis, la liberalidad atípica se encuentra profusamente utilizada por diversos medios oblicuos que se detallaron en el presente artículo, y pobrementemente legislada, lo que impone un llamado de atención a los operadores del derecho.

Para citar este artículo:

Tomé, Miguel Ángel, Donaciones y liberalidades atípicas en fraude a la ley. *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 227-248

Recibido: 06/10/2014

Enviado a árbitros: 10/10/2014

Aceptado: 10/11/2014

LA PRUEBA Y LA SENTENCIA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Proof and sentence: some considerations
about the burden of proof

*Gabriel Valentin**

RESUMEN: Este artículo es el resultado de nuevas reflexiones sobre un viejo tema, que relaciona varios ejes fundamentales de la teoría de la prueba y la actividad de sentenciar. El autor intenta determinar los pasos que debe seguir el tribunal para determinar la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto de la prueba, y vuelve a indagar sobre los fundamentos esenciales de la regla de la carga de la prueba y la necesidad de que esté predeterminada normativamente.

PALABRAS CLAVE: Prueba (Derecho). Sentencia. Presunciones. Carga de la prueba.

ABSTRACT: This paper is the result of new reflections on an old theme, which relates several cornerstones of the proof theory and activity of sentencing. The author tries to

* Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho Universidad Católica del Uruguay y Coordinador de Investigaciones en la misma Facultad. Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho Universidad de la República. Magister en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). E-mail: gabriel.valentin@ucu.edu.uy

determine the steps that you must follow the Court to determine the existence or non-existence of the facts constituting the object of the test and returns to inquire about the essential foundations of the rule of the burden of proof and the need for it to default normatively.

KEY WORDS: Proof (Law). Judgment. Presumptions. Burden of proof.

SUMARIO: 1. Cuándo el tribunal, en la sentencia, debe tener por existentes o inexistentes los hechos que integran el objeto de la prueba. 2. Carga de la prueba: algunas distinciones fundamentales. 3. La imprescindible consagración de la “carga de la prueba” como regla de juzgamiento. 4. La exigencia, también imprescindible, de que esa regla de juzgamiento esté predeterminada normativamente. Principal bibliografía utilizada.

1.

CUÁNDO EL TRIBUNAL, EN LA SENTENCIA, DEBE TENER POR EXISTENTES O INEXISTENTES LOS HECHOS QUE INTEGRAN EL OBJETO DE LA PRUEBA

1.1. El tema del título tiene una denotación bastante amplia; que comprende, fundamentalmente, a dos grandes ejes conceptuales: la *valoración de la prueba* y la *carga de la prueba*. Y dentro de ellos, entre ellos y junto a ellos, una serie de cuestiones fundamentales: la diferencia entre la actividad de valorar y el resultado de esa actividad; los sistemas de valoración; la adecuada motivación de la sentencia; las relaciones, teóricamente claras y pragmáticamente oscuras, entre valoración y carga de la prueba; el funcionamiento y ubicación conceptual de las presunciones; el concepto y la importancia de la carga de la prueba y su papel en el proceso jurisdiccional; la distribución de la carga probatoria; el debate sobre la carga probatoria dinámica; etc., etc.

En el marco de ese amplio espectro decidí volver sobre uno de mis temas preferidos: el de la carga de la prueba. Con los aportes gigantescos de las clásicas obras de ROSENBERG¹ y MICHELI², o los también sutiles de la obra más reciente de VERDE³, será difícil volver a poner una pica en Flandes. De todos modos, sin mayores pretensiones, intentaré recorrer algunos de los caminos fundamentales del tema.

¹ ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba”, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1956. V. también su “Tratado de Derecho Procesal Civil”, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1955, pp. 221-229.

² MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1961. V. también su “Curso de Derecho Procesal Civil”, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1970, pp. 96-101.

³ VERDE, Giovanni, “L’onere della prova nel processo civile”, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Napoli, 1974. V. también su “Diritto processuale civile”, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.

1.2. Creo importante comenzar con el análisis panorámico que intenta responder a una pregunta fundamental, claramente formulada por ABAL OLIÚ, y que adapté ligeramente para este análisis: ¿qué reglas debe seguir el tribunal para dar por ciertas (o no) las afirmaciones sobre la existencia (o inexistencia) de un hecho, una vez que está determinado que ellas integran el objeto de la prueba en un proceso y que los medios de prueba al respecto ya se han producido (es decir, agregado o diligenciado)?⁴.

Generalmente, la ley procesal prevé un determinado momento en que el tribunal debe determinar expresamente el *objeto de la prueba*⁵, esto es, aquellos hechos cuya existencia o inexistencia *necesita* ser probada⁶; en otros casos, no existe una determinación expresa, pero sí al menos una implícita delimitación de ese objeto⁷.

De todos modos, lo cierto es que la actividad probatoria siempre debe recaer sobre ciertos hechos: para decirlo sintéticamente, los hechos alegados por las partes, que sean controvertibles o contestables⁸ y, si refieren a cuestiones disponibles, que sean efectivamente controvertidos⁹.

Los hechos alegados que no conforman el objeto de la prueba, por ser incontrovertibles o, si refieren a cuestiones disponibles, por no ser controvertidos, se deben tener por existentes (o inexistentes, según corresponda). Por ejemplo, si la ley presume absolutamente su ocurrencia, se deberán tener por existentes en la sentencia, sin necesidad de prueba alguna.

⁴ ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba”, en “XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, FCU, Mdeo., 2011, p. 19.

⁵ Utilizamos la expresión *objeto de la prueba*, habitual en el Uruguay, que coincide con lo que otros autores denominan *tema de prueba*, para referirnos a aquellos hechos que en determinado proceso concreto debe ser materia de la actividad probatoria (v. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”, t. I, 5ª ed., Víctor P. de Zavalía Ed., Bs. As., 1988, p. 142; del mismo autor, “Compendio de la prueba judicial”, t. I, anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Ed., Santa Fe, 2000, p. 73; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)”, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 31). Sobre el punto en Uruguay v.: ABAL OLIÚ, Alejandro, “Delimitación del objeto de la prueba”, RUDP, 3/2004, p. 223.

⁶ Así, en el proceso ordinario de la ley procesal uruguaya el objeto de la prueba se determina expresamente en la audiencia preliminar (CGP, art. 341 num. 6º, red. actualmente dada por la ley 19.090). Lo mismo ocurre en la ley procesal nacional argentina (CPCNA, art. 360 num. 3, red. dada por la ley 25.488). Esta determinación del objeto de la prueba no siempre funciona bien en la práctica: en muchas ocasiones se reduce a señalar, genéricamente, que se necesitan probar los hechos alegados y controvertidos. Lo que, naturalmente, es lo mismo que no determinarlo.

⁷ En este tipo de sistemas ese juzgamiento implícito es imprescindible para decidir si se abre a prueba (p., ej., art. 145 del CPC de Santa Fe). Esa determinación implícita también hace posible que – aunque excepcionalmente – el tribunal pueda rechazar anticipadamente algún medio de prueba manifiestamente impertinente.

⁸ Por lo que se excluyen los hechos incontrovertibles o incontestables, como los evidentes, notorios o presumidos absolutamente por la ley.

⁹ Si se trata de hechos relativos a cuestiones indisponibles, aún cuando no exista controversia, siempre necesitan ser probados. Entiendo por cuestión indisponible aquella que sólo puede ser resuelta en un proceso jurisdiccional estatal (o sea, no arbitral) y a través de una sentencia (o sea, no a través de otro modo de eliminación de la insatisfacción jurídica, como la conciliación o la transacción, por ejemplo).

1.3. Una vez admitidos y ordenados los medios probatorios, realizada su agregación y diligenciamiento, llega el tramo de la actividad probatoria que, eventualmente, puede ponerle fin: la **valoración de la prueba**¹⁰.

La valoración de la prueba es la evaluación del valor de convicción aportado por los medios de prueba. En otras palabras: es la actividad a través de la cual se determina si, de acuerdo a los medios probatorios producidos, los hechos que integran el objeto de la prueba existen o no existen.

Generalmente, cuando se habla de esta actividad se piensa exclusivamente en el tribunal. Sin embargo, es una actividad que asumen todos los sujetos principales: las partes realizan esa evaluación en los *alegatos de bien probado*; el tribunal realiza la suya en la *sentencia*. La que ahora nos importa, naturalmente, es esta última.

Es necesario distinguir entre **valoración** de la prueba y **eficacia** de la misma. La valoración es una *actividad* intelectual compleja, en la que el juez aprecia la prueba producida para determinar su eficacia o ineficacia; la eficacia es un posible *resultado* de esa valoración.

Como señala PEREIRA CAMPOS, “la **eficacia** de la prueba está conformada por su poder de convicción sobre el juez”, en tanto que “la **apreciación** (o **valoración**) de la prueba, por su parte, es la operación intelectual de juzgarla, valorarla”¹¹.

Al regular la valoración de la prueba por el tribunal, el legislador debe resolver si el juez estará sujeto a límites o si, por el contrario, podrá apreciarla libremente. Sin ahondar en este problema, señalo que existe una ardua discusión, aún no totalmente resuelta, acerca de cuántos y, concomitantemente, cuáles son los sistemas de valoración de la prueba.

Por poner un ejemplo, en el Uruguay pueden distinguirse hasta cuatro posiciones, reseñadas en los comentarios al CGP:

“(a) Una primera posición es la sugerida por SENTIS MELENDO en sus conclusiones sobre el tema: el verdadero sistema de valoración no es más que uno que exige la libertad del juez, ya que ante la ausencia de esta, no hay verdadera valoración, por cuanto la fijación de hechos sometida a pautas establecidas por el legislador nada tiene de tal.

(b) La segunda posición es absolutamente abrumadora en la doctrina europea. En esta tesis, existen sólo dos sistemas de valoración: la prueba tasada (o legal, o de tarifa legal) y la libre apreciación. Es la opinión, entre otros, de GUASP, DENTI, FURNO y MONTERO AROCA. El mismo SENTIS MELENDO adhiere inicialmente a esta opinión, aunque termina concluyendo en la existencia de un único sistema. En América, adhieren a esta tesis, entre otros, ALSINA, PALACIO, DEVIS ECHANDIA y PARRA QUIJANO.

¹⁰ Digo eventualmente porque, como veremos enseguida, según cuál sea el resultado de la valoración, pueden sobrevenir otras tareas intelectuales dentro de la actividad de sentenciar.

¹¹ PEREIRA CAMPOS, Santiago, “Los sistemas de valoración de la prueba”, RUDP, 1/2003, p. 79.

(c) Un tercer grupo de autores, encabezados por COUTURE y ALCALA ZAMORA, distingue entre tres sistemas de valoración: prueba tasada, prueba racional o sana crítica y libre convicción. Esta tesis, a influjo de COUTURE, es prácticamente unánime en nuestro país; es, con matices, la posición de VIERA, TARIGO, BARRIOS DE ANGELIS, LANDONI, VESCOVI y los demás autores del “Código...”.

(d) Una última posibilidad es la sostenida por TEITELBAUM en nuestro país: El autor compatriota distinguía cuatro sistemas de valoración: el sistema de la prueba tasada, el sistema de la prueba racional o sana crítica, el sistema de la libre convicción y el sistema de la convicción íntima. Esta tesis, como veremos luego, se basaba en la distinción entre “libre convicción” y “convicción íntima”, considerados equivalentes por la mayoría de la doctrina.

Por nuestra parte entendemos que, como señalan VESCOVI y los demás autores del “Código General del Proceso. Comentado...”, la conclusión “depende, en definitiva, de múltiples factores: el momento histórico, el sistema jurídico al que nos reparamos, el derecho positivo vigente, la política procesal existente, etcétera”.. En nuestro país, como veremos, el derecho positivo ha recogido, nítidamente, la división entre prueba tasada (o sistema de la tarifa legal), prueba racional (o sistema de la sana crítica) y libre convicción (o sistema de convicción íntima o “moral”).

Como enseña BARRIOS DE ANGELIS, las posibilidades son tres: “la medida de certeza está fijada de antemano por el legislador, o queda librada a la apreciación racional –fundada racionalmente- del tribunal, o a la apreciación intuitiva, sin apoyo suficiente en fundamentos racionales”. Y a continuación señala: “conscientes de la relatividad de los términos, pensamos que los distintos modos de evaluación podrían denominarse certeza legal (fijada por el legislador en mérito a reglas de experiencia), certeza racional (fijada por el tribunal en mérito al razonamiento) y certeza intuitiva (fijada por el tribunal en mérito a su íntima convicción, según ‘conciencia’)”.

Los tres sistemas, como enseña el autor, obedecen a distintas concepciones políticas del proceso y encarnan diversos valores.

El sistema de la certeza legal encarna el principio de seguridad y se funda en cierta desconfianza del legislador en los jueces o en el propósito de evitar discrepancias y dilaciones.

El sistema de la certeza racional rinde homenaje a la justicia fundada en la razón y confía en la seguridad proporcionada por el control de los fundamentos de las decisiones respecto a la prueba.

El sistema de la certeza intuitiva pone en riesgo el principio de seguridad procesal, en beneficio de una posible seguridad sustancial. Tiene carácter excepcionalísimo y consiste en la liberación práctica del método racional de impugnación, respecto de situaciones especia-

les. Atiende a la necesidad de la punición en materias de extrema importancia social, en las que la prueba es difícilmente obtenible, ya por las circunstancias naturales que rodean los hechos o por la alta especialización de ciertos infractores para eliminar toda prueba: particularmente en materia de delitos económicos y de proxenetismo, por ejemplo¹².

No profundizaré aquí sobre este tema: sólo me limitaré a recordar que nuestra ley recoge el sistema de la *sana crítica* (“*certeza racional*”, en palabras de BARRIOS DE ÁNGELIS) (arts. 140 y 141 del CGP)¹³, conocido en otros países como sistema de “libre apreciación de la prueba”.

Lo que importa ahora es que, aplicando el sistema de valoración que corresponda de acuerdo a la ley, el tribunal debe evaluar el valor de convicción de los medios de prueba diligenciados en el proceso.

Por ejemplo, en un proceso en que el actor alega como hechos la existencia de un préstamo (a) y la inexistencia del pago por parte del demandado (b), y el demandado alega la incapacidad al momento del préstamo (c), el tribunal deberá examinar el conjunto de los medios probatorios de acuerdo al sistema de valoración aplicable a cada uno de ellos para determinar si los hechos (a), (b) y (c) existen.

1.4. Al culminar esa valoración, el tribunal puede encontrarse en una de estas dos posibles situaciones: o bien (i) considera que aquellos hechos están plenamente probados o que se ha probado plenamente su inexistencia; o, en cambio, (ii) considera que tales hechos, o algunos de ellos, no han sido probados¹⁴.

En el primer caso (i), el tribunal tendrá esos hechos por existentes o inexistentes, resultando absolutamente indiferente cuál de las partes tenía interés en comprobar su existencia o inexistencia y cuál de ellas aportó o dejó de aportar las pruebas correspondientes¹⁵.

En este punto opera la regla de la *comunidad de la prueba*, a veces confundida con la regla de la *adquisición de la prueba*¹⁶.

¹² LANDONI, Ángel (Director), GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, “Código General del Proceso”, vol. 2 A, B de f, Mdeo., 2003, pp. 393-395.

¹³ Adicionalmente, anoto mi coincidencia con la observación de ABAL OLIÚ sobre el sistema de la “libre o íntima convicción”: este sistema es inconstitucional, por ser violatorio de las garantías del debido proceso, en cuanto permitiría que un juez pudiera resolver sin apoyarse en el resultado probatorio (“Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba” cit., pp. 23-24).

¹⁴ VALENTIN, Gabriel, “El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba”, *Revista del Derecho del Trabajo*, año II, Nº 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 187-188.

¹⁵ V. por todos: PALACIO, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, p. 287.

¹⁶ Por ejemplo, en la doctrina italiana, LUIISO comprende ambos fenómenos bajo la misma denominación de “*principio di acquisizione*” (“*Diritto Processuale Civile*”, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 256).

Brevemente, debo advertir que comparto la tesis que distingue entre ambas reglas: conforme a la regla de la adquisición probatoria, en determinado momento el medio de prueba se adquiere para el proceso, por lo cual no puede ser desistido unilateralmente por su proponente¹⁷; de acuerdo a la regla de la comunidad de la prueba, una vez que la misma es válidamente incorporada cumple sus funciones en el proceso con independencia de quien la aportó¹⁸.

Entonces, en virtud de la regla de *comunidad de la prueba*, solo interesa que los hechos objeto de prueba hayan sido, a criterio del tribunal, suficientemente probados, con absoluta independencia de que la prueba de esos hechos haya sido suministrada por la parte interesada en su prueba o por la parte contraria.

En el segundo caso (ii), en cambio, nos enfrentamos de lleno a un grave problema: la actividad probatoria ha fracasado, porque los medios probatorios no fueron suficientes para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos alegados, y sin embargo, como veremos, el ordenamiento jurídico le exige al tribunal que cumpla con su deber de sentenciar.

Para seguir con el ejemplo anterior, el tribunal no está convencido de si el préstamo (a) existió; o si lo está pero no está convencido de si existieron o no el pago (b), o la incapacidad al momento del préstamo (c).

1.5. Como ha advertido agudamente ABAL OLIÚ, la primera regla que generalmente reconocen los ordenamientos procesales y que permite al tribunal salir de la incertidumbre, es la de tomar en cuenta las **presunciones legales simples**, que impusieran al tribunal, ante la falta de prueba contraria, tener al hecho por existente (o, eventualmente, inexistente)¹⁹.

Con precisión también señala el autor que estas presunciones simples deben distinguirse de las presunciones absolutas, que en rigor deben considerarse al analizar el objeto de la prueba (v. supra 1.2).

En efecto, las presunciones absolutas determinan que el hecho debe tenerse por existente o inexistente, sin posibilidad de que sean controvertidos ni que sea demostrada la

¹⁷ Luego de la reforma de la ley 19.090 el art. 142.1 del CGP dice que las pruebas "*pertenecen al proceso*". Sobre esta modificación v.: PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090. Comparadas y comentadas", 1ª ed., UM, Mdeo., 2013, p. 248; VALENTIN, Gabriel, "La reforma del Código General del Proceso", 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014, p. 108. No ingreso aquí en la discusión acerca del momento en que la prueba se *adquiere* para el proceso: para algunos es desde su misma proposición; para otros, es desde su admisión y orden de diligenciamiento; para otros, es desde su producción.

¹⁸ V.: KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, "Principios de la prueba en el sistema procesal", RUDP, 1/2000, pp. 105-107. Sobre el tema v. también: PEYRANO, Jorge W., "El proceso civil. Principios y fundamentos", Astrea, Bs. As., 1978, pp. 337-345; PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", t. I, 3ª ed., actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 208-209.

¹⁹ ABAL OLIÚ, Alejandro, "Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba" cit., pp. 20 y 27.

posibilidad contraria (su inexistencia o existencia, respectivamente). En virtud de la aplicación de una presunción de ese tipo, el hecho es *incontrovertible*, y se excluye del objeto de la prueba: el tribunal deberá tenerlo por existente o inexistente, según corresponda de acuerdo a la regla de presunción, sin necesidad de prueba alguna.

En cambio, las presunciones simples operan luego de la valoración probatoria, cuando el resultado de esa actividad es que persiste la duda sobre la existencia o inexistencia de un hecho.

A partir de esas ideas de ABAL OLIÚ, postulo que las *presunciones legales absolutas* son reglas que se dirigen al tribunal y que determinan que, al fijar expresa o tácitamente el objeto de la prueba, debe considerarse a ciertos hechos como existentes o inexistentes, de acuerdo a lo que dispone la regla, y por tanto excluidos de aquél objeto; y que al dictar la sentencia que resuelve el objeto del proceso deban tenerse por existentes o inexistentes, de acuerdo a lo que dispone la regla²⁰.

En cambio, las *presunciones legales simples* son reglas que se dirigen al tribunal y que determinan que, al dictar sentencia que resuelve el objeto del proceso, si luego de valorar la prueba aún subsiste la duda, el hecho debe tenerse por existente o inexistente, de acuerdo a lo que dispone la regla.

Las presunciones legales simples —que son las que ahora nos interesan— pueden ser *genéricas*, esto es, referir al conjunto de hechos cuya existencia pretendía demostrar la parte a la que la presunción desfavorece; o *específicas*, en cuyo caso sólo alcanzan a un específico hecho, o a los hechos que se pretendían probar mediante un concreto medio de prueba.

Un ejemplo de presunción genérica es la prevista en el art. 343.3 del CGP uruguayo, que establece que la ausencia a la audiencia complementaria (audiencia en que se recibe la prueba) determinará una presunción desfavorable a la parte inasistente. En este caso, si luego de examinar la prueba el tribunal tiene dudas acerca de la existencia o inexistencia de los

²⁰ Una breve digresión terminológica: utilizo la expresión objeto del proceso en el sentido tradicionalmente aceptado por la doctrina, esto es, como aquello sobre lo cual recae la actividad procesal, que para algunos será el litigio, para otros la pretensión, y para otros, entre los que me incluyo, la insatisfacción jurídica y el requerimiento de satisfacción. Coincide, en definitiva, con la primera acepción de la expresión “objeto” en el Diccionario de la Lengua: “*Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto*”.

En cambio ALVARADO VELLOSO sostiene que el objeto del proceso es la sentencia (“Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, Primera Parte, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 28; “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, adaptado a la legislación uruguaya por Gabriel VALENTIN, 1ª ed., La Ley Uruguay, Mdeo., 2011, p. 14 y 701). En este caso se utiliza la palabra objeto en su tercera acepción castellana: “*Término o fin de los actos de las potencias*”. V. nuestra nota a estas “Lecciones”, pp. 14-15; y nuestra tesis de maestría “El principio congruencia y la regla *iura novit curia* en el proceso civil uruguayo”, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2013, pp. 103-104. Por su parte CALVINHO prefiere decir que la sentencia es el *objetivo* del proceso (*Estudios Procesales. Enfoque sistemático pro-homine*, Ed. San Marcos – Instituto Panamericano de Derecho Procesal Capítulo Perú, Lima, 2008, pp. 86-87 y 122); lo que nos parece más apropiado, ya que nos permite utilizar la expresión objeto en su acepción procesal tradicional.

hechos afirmados por el inasistente, deberá tenerlos por inexistentes (si el inasistente alegaba su existencia) o existentes (si alegaba su inexistencia). En nuestro ejemplo del préstamo, si el inasistente a la audiencia complementaria es el demandado que alegaba la incapacidad al momento del préstamo (c), esa incapacidad (o mejor, el hecho que la configura) se tendrá por inexistente.

Ejemplo de presunción específica es la prevista en el art. 168 del mismo Código. Si la parte quiere servirse de un documento que está en poder del adversario, puede pedir al tribunal que le intime a presentarlo en el plazo que se determine: en otras palabras, la parte que quiere servirse de ese documento, porque con él puede demostrar ciertos hechos que alega en su acto de proposición, no lo tiene en su poder, por lo que requiere que se intime al adversario que sí lo tiene. El adversario intimado, tiene la necesidad de colaborar con la *producción* de esa prueba, agregando el documento intimado. Si no lo hace y, por otros elementos de juicio, la existencia y contenido del documento resultaren manifiestamente verosímiles, la negativa a presentarlo puede ser estimada como reconocimiento de ese contenido. Adviértase que en este caso no se aplica una genérica presunción desfavorable al omiso, sino que, concretamente, se tienen por ciertos los hechos que se pretendían acreditar con ese documento. Si seguimos con el ejemplo del préstamo, si el actor no dispone del documento que contiene el contrato original, porque lo extravió, y el demandado sí dispone de un testimonio auténtico de ese documento, se intima a este último a agregarlo y no lo agrega, pero la existencia y contenido del documento resultan manifiestamente verosímiles (en virtud de otras resultancias probatorias), se tendrá por existente el préstamo.

Para algunos autores, las presunciones legales simples no son más que reglas de distribución de la carga de la prueba. Lo cierto es que, sin ingresar ahora a ese punto, **las reglas fijadas por esas presunciones son las primeras que, en caso de duda y de existir en el caso, deben aplicarse por el tribunal.** En otras palabras: si existe una presunción legal relativa genérica o específica el tribunal debe aplicarlas; y sólo acudiría a las reglas de la carga de la prueba (o a las demás reglas, si se entiende que las que fijan presunciones también son reglas de ese tipo) si luego de aplicar la o las presunciones la duda sobre la existencia de algún hecho o de algunos hechos aún subsiste.

1.5. Finalmente, llegados al punto en que, a pesar de la actividad de valoración o de la eventual aplicación de presunciones legales simples genéricas o específicas, la duda subsiste, los ordenamientos procesales prevén una serie de reglas dirigidas al tribunal que constituyen las denominadas “**reglas sobre carga de la prueba**”.

Como veremos luego, estas reglas son las que permiten al tribunal cumplir con su deber de resolver si los hechos existen o no, para a su vez resolver si corresponde o no hacer lugar a la requisitoria o petitorio. En concreto, le indican al tribunal cuándo, en caso de duda, debe tener un hecho por existente o inexistente; para que luego de aplicar esa regla, y de acuerdo al resultado de su aplicación, resuelva sobre la requisitoria.

Como he señalado en otra oportunidad, en determinados ordenamientos y en ciertas épocas, se admitía que el tribunal emitiera un *non liquet*, a través del cual se abstenía de resolver el requerimiento de fondo por no tener la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos invocados²¹. En nuestros sistemas procesales actuales, en cambio, como un derivado inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, el ordenamiento jurídico exige que el tribunal resuelva en un sentido u otro; ya no se admite, en ningún caso, que el tribunal se exima de este deber con un simple *sibi non liquere*.

Para el cumplimiento de este deber, el mismo ordenamiento le indica cómo debe fallar en este caso; ese es, precisamente, la función de las reglas que distribuyen la carga de la prueba. Estas reglas, que actúan cuando la función probatoria no ha logrado su finalidad, le señalan el contenido de su fallo²².

En la práctica de los tribunales – y, lamentablemente, a veces también en los análisis teóricos – es bastante común que las tareas de valorar y aplicar la regla de la carga de la prueba se entremezclen y confundan.

Así, es frecuente que un juez, al dictar sentencia, utilice expresiones como las siguientes: “si se valoran los medios probatorios de acuerdo a la regla que distribuye la carga de la prueba debe concluirse que (...)”; “es indudable que apreciando las declaraciones de los testigos de acuerdo a las reglas de la experiencia de lo que normalmente acaece y las que distribuyen la carga probatoria debe tenerse por cierto que (...)”; etc.

En rigor, ese tipo de expresiones revelan una profunda confusión conceptual: **las reglas de la carga de la prueba no deben aplicarse al valorar, sino precisamente cuando la valoración fracasa.**

Al valorar la prueba es absolutamente indiferente saber cuál de las partes tenía la carga probatoria: simplemente deben examinarse los medios de prueba de acuerdo a las reglas de valoración aplicables, y si el tribunal se convence de la existencia o inexistencia de los hechos que integran el objeto de la prueba no necesita (y no debe) acudir a las reglas de la carga de

²¹ Así, sobre el juez romano: AULO GELIO, “Las noches áticas”, EJEA, Bs. As., 1959, pp. IX, XVII, XXIX y Libro XIV, cap. Segundo, que contiene la “Disertación de Favorino, por consulta mía, sobre los deberes del juez”.

²² LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, “Código General del Proceso”, vol. 2 A cit., p. 365.

la prueba. De hecho, entonces, puede ocurrir que en el caso no se apliquen esas reglas, por no ser necesarias. Es la duda, o sea, el fracaso de la valoración (y siempre que no existan presunciones legales simples, como vimos) la que abre las puertas de la carga de la prueba.

Como indica magistralmente ROSENBERG:

La apreciación libre de la prueba y la carga de la prueba dominan dos terrenos que si bien están situados muy cerca uno del otro, están separados claramente por límites fijos. La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas, en el proceso, del conjunto de los debates, a base de sus conocimientos de la vida y de los hombres; la carga de la prueba le enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado. El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó²³.

Lo importante ahora es destacar que el juez debe ser muy preciso en la aplicación sucesiva de estas reglas: primero debe valorar, y solo si la valoración fracasa, y no existen presunciones legales simples que le permitan fijar el hecho, debe acudir a las reglas de la carga de la prueba.

Es muy importante también que el juez, al sentenciar, indique si la fijación de los hechos es producto de la convicción generada por el examen de los medios probatorios o de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba. Ello no sólo para cumplir adecuadamente su *deber de motivar las resoluciones*, sino, especialmente, para permitir un adecuado ejercicio del *derecho de impugnar*.

²³ ROSENBERG, Leo, "La carga de la prueba" cit., pp. 56-57. El destacado es mío.

A pesar de esa clara separación, el autor incurre a mi juicio en algunas confusiones cuando señala que la apreciación libre de la prueba no permanece libre del influjo de la distribución de la carga de la prueba. Advierte el autor que "una distribución errónea de la carga de la prueba puede inducir al juez a conclusiones erróneas y, por consiguiente, a una sentencia errónea, aún cuando no está en cuestión propiamente la aplicación de una norma sobre carga de la prueba, creyendo el juez haber llegado (si bien en base a un error) a una aclaración completa de la situación de hecho". Por ejemplo, en uno de los casos que maneja, un tribunal consideró que la carga de la prueba de la culpa correspondía al demandado, y el superior consideró que en realidad correspondía al actor. Según la propuesta de ROSENBERG, en un caso como ese, puede ocurrir que la errónea concepción del primer tribunal sobre la carga de la prueba haya influido en su valoración. A nuestro juicio, la tesis es errónea: si la culpa del demandado se probó, no importa quién tenía la carga de demostrarla; esto sólo importa, precisamente, si la culpa no se probó. V. ampliamente, la explicación y ejemplos del autor, en la op. cit., pp. 61-64.

2.

CARGA DE LA PRUEBA: ALGUNAS DISTINCIONES FUNDAMENTALES

2.1. En los primeros análisis sobre el tema, la doctrina sólo identifica un aspecto de la carga de la prueba: el referido a la necesidad jurídica que tienen las partes de demostrar al tribunal la existencia o inexistencia de los hechos que fundamentan sus requisitorias.

Paradigmática en este sentido es la obra de Adolph Dieterich WEBER, denominada “*Sobre la obligación de suministrar la prueba en el proceso civil*”, que justamente responde a la pregunta de quién *debe* probar, o quién está *obligado* a probar²⁴.

Más allá de la confusión entre obligación, deber y carga, lo cierto es que en esta primera etapa el enfoque está básicamente centrado en la actividad de la parte: lo que importa es quién tiene la carga, quien soporta el peso (*onus*) de realizar los actos necesarios para aportar los medios probatorios y obtener su agregación y diligenciamiento al proceso, para demostrar la existencia o inexistencia de ciertos hechos.

Evidentemente esas concepciones pesaron en la conformación de las primeras reglas sobre distribución de la carga de la prueba. Por ejemplo, cuando el CC francés dispuso “*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*” (art. 1315)²⁵.

Fue primero Julius GLASER²⁶ e inmediatamente la doctrina austríaca la que llamó la atención sobre otro aspecto de la carga de la prueba: el riesgo objetivo de la falta de certeza, que se genera aún independientemente de la actividad o inactividad de las partes, y sea que el ordenamiento les otorgue o no una iniciativa probatoria preponderante. Justamente se

²⁴ La primera edición de la obra de WEBER es de 1804, y tiene reediciones de 1832 y 1845 (v. ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba” cit., p. 17 y nota 23).

²⁵ Reglas similares consagraron todos los códigos civiles influidos por el Código Napoleón: “*Chi domanda l'esecuzione di una obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione*” (CC italiano de 1865, art. 1312); “*Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone*” (CC español, art. 1214); “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta*” (CC uruguayo de 1868, art. 1573); etc. Aún códigos modernos, como el CC italiano vigente, no se apartan demasiado de ese enfoque: “*Onere della prova. Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*” (art. 2697). Lo mismo el art. 139.1 del CGP uruguayo: “*Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión*”. Aunque la terminología ha mejorado (ya no se habla de *obligación* ni de *deber* de probar, sino de *carga*), la mirada se dirige básicamente a la parte que necesita probar; no al juez que debe resolver a pesar de la duda.

²⁶ La obra de GLASER es de 1883 (v. ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba” cit., p. 15, nota 14, y p. 16; MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba” cit., p. 106, nota 4).

desarrolla la idea en el proceso austríaco, en el que se consagra una preponderante iniciativa probatoria del tribunal, que lleva a que se diga que la carga es solo *objetiva*²⁷.

2.2. Pero es fundamentalmente a partir de los estudios de ROSENBERG, y con él los de buena parte de la doctrina alemana, que se desarrolla la doble perspectiva *subjetiva-objetiva*.

El autor identifica en primer lugar una *carga subjetiva* o *formal*, o de *suministración de la prueba*, que consiste en la necesidad jurídica de las partes de suministrar la prueba de sus afirmaciones.

Indica ROSENBERG que es exacto que la actividad procesal de la parte cargada con la prueba no es esencial, ya que la sentencia debe dictarse “*atendiendo al contenido íntegro de los debates*” (§ 286 de la ZPO), por lo que también deben tenerse en cuenta las afirmaciones y ofertas de prueba de la parte que no soporta aquella carga. Esto es, “*Sólo importan los hechos que se han demostrado, y es indiferente quién los demostró*”. Por otra parte, es verdad que la parte cargada con la prueba puede ser vencida aún cuando se ha esforzado, si bien en vano, por suministrar una prueba.

Sin embargo, dice el autor, “*se iría demasiado lejos si por las razones indicadas se quisiera eliminar por completo el concepto de la carga subjetiva de la prueba*”. Es el reconocimiento de ese concepto, por ejemplo, el que explica la imposición a las partes de presentar los medios de prueba necesarios para probar sus afirmaciones²⁸.

Por otra parte existe una *carga objetiva* o *material* de la prueba, o *carga de la certeza*. Esta carga

prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos; con respecto a esta carga, sólo interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para que se consiga la finalidad anhelada del proceso; además, aquella determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en el sentido de hacerlo constar. Por eso, tiene lugar en todo procedimiento en el cual se trata de aplicar normas jurídicas abstractas a una situación de hecho concreta, sea que en el procedimiento domina el principio de la inquisición o el principio de la disposición o una estructura intermediaria entre estos dos. En cambio, sólo puede hablarse de la carga subjetiva de las partes, en un procedimiento construido sobre la máxima dispositiva, como lo es, por ejemplo, nuestro proceso civil actual²⁹.

2.3. En su fundamental aporte a la teoría de la carga de la prueba, Gian Antonio MICHELI resalta la evolución del concepto de carga de la prueba, que ha llevado a un primer plano la actividad de decisión del juez.

²⁷ MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba” cit., p. 106.

²⁸ ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba” cit., pp. 16-21.

²⁹ ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba” cit., pp. 21-37.

Esto lleva al autor italiano a afirmar que “no existen dos aspectos antitéticos, o cuando menos distintos del fenómeno, sino un fenómeno único, consistente en la existencia de una regla de juicio, en virtud de la cual el juez es colocado en la condición de pronunciar en todo caso, aún cuando él no esté en situación de formarse la propia convicción acerca de los hechos relevantes”³⁰.

Sin embargo, a pesar del acento del autor en la regla de juicio, también reconoce la existencia de un “*poder probatorio reconocido a las partes mismas*”, del que ha surgido el concepto de carga de la prueba³¹.

DEVIS ECHANDIA ha sintetizado el concepto dual de carga de la prueba señalando que “es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”³².

Como señalamos en otra oportunidad en obra colectiva, esta noción tiene la virtud de destacar claramente la doble perspectiva que encierra el fenómeno de la carga de la prueba: la existencia de una regla, dirigida al tribunal, que le permite evitar el *non liquet* indicándole el contenido de su fallo cuando ciertos hechos del objeto de la prueba no han sido probados, y la existencia de otra regla, dirigida a las partes como reflejo de la primera, y que les indica la necesidad de que ciertos hechos sean probados si no quieren sufrir las consecuencias de un fallo desfavorable.

Sin embargo, agregamos en esa misma obra:

“No obstante, estas concepciones no destacan suficientemente la perspectiva situacional del tema. En efecto, tal cual lo indica su denominación, con la expresión carga de la prueba se trata de aludir a ciertas situaciones jurídicas que componen el estatuto de los sujetos principales del proceso. Ese es el sentido de las expresiones carga subjetiva y carga objetiva de la prueba, popularizadas por ROSENBERG. El defecto de la tesis del profesor de Múnich es, como ha señalado reiteradamente DEVIS ECHANDIA, hablar de una carga objetiva que gravitaría sobre el tribunal (ult. op. cit., p. 431).

Por otra parte, corresponde a MICHELI el mérito de haber llevado a primer plano la perspectiva del tribunal en este fenómeno, pero al hablar de una regla de juicio su concepción supuso el trasiego del problema del plano de las situaciones jurídicas al plano las normas.

Nos parece que una ulterior evolución del problema debería centrarse nuevamente en el plano situacional. De este modo, sería ajustado sostener que los dos aspectos englobados en la expresión “carga de la prueba” refieren: (a) por un lado, al poder deber del tribunal de fallar en cierto sentido a pesar de la falta de prueba de ciertos hechos y, (b) por otro, a la carga de las partes,

³⁰ MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba” cit., p. 175.

³¹ MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba” cit., p. 110.

³² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”, t. I cit., p. 426.

como necesidad de que ciertos hechos sean probados si no quieren sufrir las consecuencias de un fallo desfavorable. Por lo tanto, el poder deber del tribunal no es más que un aspecto de la situación jurídica compleja de la que es titular, denominada jurisdicción; la carga de las partes no es más que un componente de los complejos situacionales denominados acción y excepción³³.

Hoy quiero reafirmar que, más allá de las cuestiones vinculadas con el enfoque situacional, ambas perspectivas son relevantes: la “carga” de las partes de demostrar al tribunal los hechos que las favorecen; y el “poder-deber” (o, en mi actual enfoque, el *deber complejo*) del tribunal, cuando la valoración de la prueba ha fracasado y no existen presunciones legales simples que le permitan prescindir de la duda, de tener por existentes o inexistentes los hechos de acuerdo a lo que le indica la regla de la carga de la prueba (o “regla de juicio”).

Asimismo, quiero advertir que en la doble distinción debe prescindirse de los enfoques ideológicos que vinculan la carga subjetiva a los sistemas dispositivos y la carga objetiva a los sistemas inquisitivos. En efecto: en el proceso jurisdiccional no solo importa la necesidad de las partes de demostrar al tribunal la existencia o inexistencia de los hechos que invocan, sino, y muy especialmente, que si luego de la valoración de la prueba el tribunal no pudo determinar si los hechos que conforman el objeto probatorio existen o no, el tribunal resuelva en un sentido o en otro, de acuerdo a las reglas aplicables.

Se trata, en definitiva, de dos caras de un mismo fenómeno³⁴: por un lado importa lo que ALVARADO VELLOSO llama la *incumbencia probatoria*, esto es, a quién incumbe, a quién corresponde, probar; pero, por otra parte, como el mismo autor destaca, es menester proporcionar reglas claras a las cuales deba sujetarse el tribunal cuando, al momento de sentenciar, ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio³⁵.

La doble perspectiva es hoy reconocida por la generalidad de la doctrina, a veces expresamente, a veces tácitamente³⁶.

³³ LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, “Código General del Proceso”, vol. 2 A cit., pp. 367-368.

³⁴ Como dice CARNELUTTI, aunque limitando su análisis al proceso civil, “la carga de la prueba, que tiene una doble función, sirve no sólo para estimular la acción de las partes, sino también para orientar al juez en orden a la decisión sobre los hechos desconocidos” (“Pruebas civiles y pruebas penales”, en “Estudios de Derecho Procesal”, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1952, p. 108). Luego agrega que esa regla que orienta al juez es una “regla de juicio” (op. cit., p. 110).

³⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)” cit., p. 39.

³⁶ FAZZALARI, Elio, “Istituzioni di Diritto Processuale”, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, p. 382; MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, “Derecho jurisdiccional”, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 264-265; MANDRIOLI, Crisanto, “Diritto Processuale Civile”, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-195; VERDE, Giovanni, “Diritto processuale civile”, t. 1 cit., p. 113.

3.

LA IMPRESCINDIBLE CONSAGRACIÓN DE LA “CARGA DE LA PRUEBA” COMO REGLA DE JUZGAMIENTO

3.1. Quiero, ahora, que reflexionemos nuevamente por qué es imprescindible la existencia de esa regla de juzgamiento conocida como “carga de la prueba”.

Es cierto que la regla de la carga de la prueba no necesariamente coincide con la lógica. Lo advierte, siempre agudo, CARNELUTTI:

si el actor pide, por ejemplo, el cumplimiento de un contrato y no se prueba la conclusión de él, es el derecho, no la lógica, quien impone al juez que rechace la demanda; la lógica aconsejaría, en cambio, la única solución que el derecho ya no tolera: la de que ... no se juzgue. En efecto, si no hay prueba, en el terreno de la lógica, entre el actor, que afirma, y el demandado, que niega, ¿quién puede decir cuál de ellos tiene razón? La verdad es que una exigencia jurídica quiere que se dé la razón a uno o al otro, u por tanto que se busque un medio de hacerlo.³⁷

Ahora bien, ese medio puede ser arbitrario, o construirse sobre pautas razonables. Dice el maestro, “el medio, lógicamente, podría ser también el de echarlo a suertes, La carga de la prueba tiene esa función lógica; pero luego no es, en principio, un instrumento caprichoso”, sino que sigue ciertas reglas de experiencia³⁸.

En la misma línea de ideas, luego de formular la pregunta a la que responde la carga de la prueba, indica MANDRIOLI que “Da un punto de vista intuitivo ed empirico, la prima risposta que verrebbe fatto di dara a questa domanda sarebbe nel senso che, essendo le prove uno strumento essenziale per il giudizio, il giudice non può giudicare senza prove e deve quindi rifiutare il giudizio”³⁹.

3.2. Algunos autores, en concepciones hoy superadas, sostuvieron que a consecuencia de la consagración del régimen de la “apreciación judicial libre” (el equivalente de la “sana crítica”) “*la importancia de la carga de la prueba es casi nula*”, y que esa carga era una “*antigüedad jurídica*”⁴⁰.

³⁷ CARNELUTTI, Francesco, “Pruebas civiles y pruebas penales” cit., p. 108.

³⁸ CARNELUTTI, Francesco, “Pruebas civiles y pruebas penales” cit., p. 108.

³⁹ MANDRIOLI, Crisanto, “Diritto Processuale Civile”, t. II cit., p. 193.

⁴⁰ KOHLER, cit. por CHIOVENDA (“Principii di Diritto Processuale Civile”, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, p. 796) y ROSENBERG (“La carga de la prueba” cit., p. 56). Más modernamente, autores como EKELÓF (1962) y MOTSCH (1978 y 1983) cuestionaron la necesidad de esta regla. En particular este último postuló que el sistema de la libre apreciación de la prueba permite solucionar prácticamente todos los problemas

En rigor, ese enfoque es francamente erróneo.

Aún cuando la ley procesal consagre una mayor libertad en la valoración de la prueba, el resultado de esa tarea puede ser (y en muchas ocasiones es) un fracaso. En efecto, puede ocurrir que aún empleando todas las reglas de la razón y la experiencia para valorar los medios probatorios producidos, y aún cuando exista una amplia libertad en la proposición de esos medios, el tribunal no pueda salir del estado de la duda. El criterio de la “libre apreciación de la prueba” no puede brindar al tribunal ningún criterio para salir de esa duda; para salir de ese estado sólo puede acudir a la regla de la carga de la prueba⁴¹.

La respuesta de la doctrina es unánime: la regla de la carga de la prueba trata de evitar el *non liquet*⁴², permitido como ya vimos en otras épocas. Es que en el actual estado del derecho se considera que el deber de resolver es inherente o connatural a la función jurisdiccional⁴³.

En general todos los ordenamientos consagran, por un lado, la exigencia de resolver aún en los casos de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley⁴⁴. Esta regla permite evitar el *non liquet* en cuanto a la cuestión de derecho o, más precisamente, en relación a las normas jurídicas aplicables al caso⁴⁵.

Sin embargo, como se ha advertido, las leyes a veces omiten establecer expresamente el otro aspecto del *non liquet*, esto es, el deber de resolver aún en los casos en que la valoración de la prueba no permitió determinar si los hechos que conforman el objeto de la prueba existen o no existen⁴⁶.

probatorios (citados por PRÜTTING, Hans, “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, Revista lus et Praxis, Año 16, N° 1, 2010).

⁴¹ ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba” cit., p. 57.

⁴² A modo de ejemplo v.: ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba” cit., p. 57; MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba” cit., pp. 111 y 175-187; CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del proceso civil”, vol. I, trad. de Santiago SENTÍ MELENDO, EJE, Bs. As., 1959, p. 347; PALACIO, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, t. IV cit., p. 287; MANDRIOLI, Crisanto, “Diritto Processuale Civile”, t. II cit., p. 193; VERDE, Giovanni, “Diritto processuale civile”, t. I cit., p. 112.

⁴³ MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba” cit., p. 176.

⁴⁴ Uruguay: CC, arts. 15; Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales, art. 5° inc. 2°; CGP, art. 25.1; Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 67 inc. 2°. Argentina: CC, arts. 15 y 16. Paraguay: CC, art. 6°. Italia: CC, art. 12 de las disposiciones preliminares.

⁴⁵ También de esta regla, como del principio de sumisión del juez al derecho, se extrae el iura novit curia; cuyos límites, sin embargo, deben delimitarse cuidadosamente (v., ampliamente: VALENTIN, Gabriel, “El principio de congruencia y la regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo” cit., pp. 185-202).

⁴⁶ Como advierte ALVARADO VELLOSO citando el art. 15 del CC argentino, “la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de carencia de norma pero dejó irresuelto el supuesto de carencia de hechos o, mejor aún, de carencia de prueba acerca de esos hechos” ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)” cit., pp. 40-41. En el mismo sentido, en el derecho uruguayo: ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba” cit., p. 27.

Sin embargo, esta otra faceta de la regla que prohíbe el *non liquet* debe considerarse implícita en el sistema, como derivada de aquellas que exigen al tribunal una decisión sobre el mérito del asunto.

Como señalé en otra oportunidad⁴⁷, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende la necesidad de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución fundada sobre el objeto principal del proceso.

En esta línea de análisis, la doctrina española recuerda que el Tribunal Constitucional español “ha declarado, desde el principio, que el derecho a la tutela judicial, además del derecho al acceso, comprende el derecho al proceso, entendido como el derecho a que el proceso se resuelva con una sentencia sobre el fondo, sea o no favorable para el actor, siempre que concurran los presupuestos procesales, sin llevar a reconocer el derecho a una tutela favorable”⁴⁸.

Es más: el derecho al pronunciamiento sobre el mérito o fondo del asunto, es decir, más propiamente, sobre aquello que constituye su objeto principal⁴⁹, se considera el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional⁵⁰. Esta regla se consagra en todas nuestras legislaciones, en forma más o menos desarrollada, a veces junto al principio de congruencia⁵¹.

Y bien: justamente como derivado de esa necesidad de resolver el objeto principal del proceso, en todas sus cuestiones, se exige al tribunal que **resuelva sobre la cuestión de hecho aún cuando dude acerca de la existencia o inexistencia de algunos o todos los hechos que conforman el objeto de la prueba.**

3.3. Pero la regla de la carga de la prueba no sólo pone al tribunal en condiciones de evitar el *non liquet*, sino que **le prescribe, justamente para ese caso, el contenido de su decisión**⁵².

⁴⁷ VALENTIN, Gabriel, “El principio de congruencia y la regla *iura novit curia* en el proceso civil uruguayo” cit., pp. 18-19.

⁴⁸ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “La Constitución española, veinticinco años después. Su influencia en el derecho procesal”, RIDP, Bs. As., año II, N° 3, 2006, p. 149.

⁴⁹ Por supuesto que la ley puede eximir al tribunal de pronunciarse sobre el objeto principal cuando acoge una excepción que releva la inexistencia de un proceso regular (p. ej., una excepción de cosa juzgada). En esos casos, el tribunal tiene un deber de pronunciarse sobre ese objeto accesorio o secundario (no principal), y si estima la excepción ya no será exigible un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

⁵⁰ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, “Derecho Jurisdiccional”, t. I, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Barcelona, 2008, pp. 261-263, con citas de sentencias del Tribunal Constitucional que confirman la necesidad de que se dicte “una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas” (s. 9/81; 121/1994); MANDRIOLI, Crisanto, “Diritto Processuale Civile”, t. I, 21ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 91.

⁵¹ Uruguay: CGP, arts. 11.1, 25.1, 197 y 198. Argentina: CPCNA, art. 163 num. 6º. Paraguay: CC, art. 159 lit. e. Italia: CPC, art. 112.

⁵² ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba” cit., p. 58.

No se puede dejar de reconocer que a veces la carga de la prueba es un recurso no plenamente satisfactorio⁵³. Sin embargo, al indicar al juez el contenido de su decisión sobre la cuestión de hecho las reglas de la carga de la prueba aseguran la decisión sobre el fondo del asunto, dotando así a esa cuestión de *certeza oficial* y, en determinado momento, la cosa juzgada⁵⁴. Por eso, aún cuando en muchos casos la regla fijada por el ordenamiento no sea del todo satisfactoria, siempre es preferible a la incertidumbre o a la ausencia de decisión⁵⁵.

4.

LA EXIGENCIA, TAMBIÉN IMPRESCINDIBLE, DE QUE ESA REGLA DE JUZGAMIENTO ESTÉ PREDETERMINADA NORMATIVAMENTE

4.1. Finalmente, quiero analizar un punto íntimamente relacionado con el anterior.

No sólo es imprescindible que exista una regla de la carga de la prueba, sino que esa regla debe estar predeterminada normativamente.

Por ejemplo VERDE propone claramente el punto:

“Si potrebbe, allora, pensare che il giudice sia libero di scegliere, accogliendo o rigettando la richiesta sulla base di personale convinzioni (ad es., la maggior fiducia che gli ispira una parte rispetto all'altra). Se accettassimo una simile possibilità, correremmo il rischio di reintrodurre nel nostro sistema un processo di tipo irrazionale e arbitrario, che abbiamo visto essere retaggio di epoche storiche superate. Il principio di legalità e la certezza del diritto, intesi come prevedibilità e controllabilità delle decisioni giudiziarie, sino contrarii a tale soluzione. **L'unica via, quindi, è quella di preconstituire un canone di valutazione per il caso dell'incertezza**”⁵⁶.

4.2. En un enfoque puramente teórico, y si prescindimos por ahora de la individualización de cuál de las soluciones es ajustada al sistema constitucional, podría decirse que el legislador podría fijar esa regla de juicio de dos posibles maneras:

⁵³ Nada menos que CARNELUTTI la calificó como “*recurso mediocre*” (“Líneas generales de la reforma del proceso civil de cognición”, en “Estudios de Derecho Procesal”, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1952, p. 106). Sin embargo, su cuestionamiento refería más bien a una determinada forma de distribución de la carga probatoria, la que resuelve la duda sobre una afirmación contra la parte a quien esa afirmación favorece.

⁵⁴ Límite mi análisis a los procesos contenciosos (para muchos, el único y verdadero proceso). De todos modos, en el llamado proceso voluntario también debe aplicarse una regla de juicio que indique cómo resolver cuando el o los interesados no probaron los hechos alegados.

⁵⁵ No analizo aquí las distintas reglas consagradas por los ordenamientos procesales a lo largo de la historia, porque ello nos alejaría demasiado del propósito de estas líneas.

⁵⁶ VERDE, Giovanni, “Diritto processuale civile”, t. 1 cit., pp. 112-113. El destacado es mío.

(a) Habilitando al tribunal a decidir, en cada caso concreto, cómo debe resolver si duda sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto de la prueba⁵⁷;

o

(b) pre-estableciendo como debe resolver en esos casos, fijando ciertas reglas de mayor o menor generalidad⁵⁸.

Y, aún en el primer caso (a), podría habilitar a que esa decisión la tome el tribunal en el curso del proceso (por ejemplo, en una audiencia preliminar) o al final del proceso, en la propia sentencia definitiva. En esta oportunidad sólo me refiero a esta última posibilidad, que es la que propone la tesis de las llamadas cargas probatorias dinámicas, que por nuestra parte rechazamos⁵⁹.

⁵⁷ V., p. ej., el manejo de esta idea por CALAMANDREI, Piero, "Verdad y verosimilitud en el proceso civil", incluido en las "Instituciones de Derecho Procesal Civil", vol. III, trad. de Santiago SENTÍ MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, p. 337. En 1913 GAUTSCHI presentó un estudio en cuyas primeras 15 páginas sostiene la tesis de que la carga de la prueba no debía juzgarse de acuerdo a la ley sino la libre discreción del juez; sin embargo, según refiere PRÜTTING, en las restantes 520 páginas "con un ejemplo tras otro no llega siquiera a poder afirmar e identificar un sistema como el propuesto" (PRÜTTING, Hans, "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio" cit.).

⁵⁸ Como señala PRÜTTING, fue ROSENBERG quien reconoció que la distribución de la carga de la prueba no estaba sujeta a la discreción del juez, de los principios individuales o los resultados de las hipótesis, sino que tenía sus raíces en la ley, en la naturaleza y estructura de la norma jurídica (op. cit. en la nota 56).

⁵⁹ En el Uruguay, inicialmente, esta teoría era aceptada por la mayoría de los autores: VAN ROMPAEY, Leslie, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo", LJU, t. 111, 1995, Sección Doctrina, pp. 447-453; VÉSCOVI, Enrique, "La carga de la prueba", en las "IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-273; KLETT, Selva, y PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso", RUDP, 1/1997, pp. 76-78; LANDONI, Ángel, "Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba", RUDP, 1/1997, pp. 104-105; CASTELLO, Alejandro, "Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia", "IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", realizadas en Minas, Diciembre 1997, Biblioteca de Derecho Laboral n° 14, pp. 28-37; ROSSI, Rosina, "Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso", en las "IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 11-28 y 48-49; ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), "La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores", en las "IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243; REYES OEHNINGER, Alberto, "La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley", RUDP, 3/2007, pp. 591-606.

Actualmente es rechazada por la doctrina que entendemos levemente mayoritaria: GUERRA PÉREZ, Walter, "Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica", Anales del Foro, pp. 173- 181; del mismo autor, "Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas", RUDP, 2/1996, pp. 295-304; BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, "Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal", en las "IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261; STIPANICIC, Emma, y VALENTIN, Gabriel, "La carga de la prueba en el proceso laboral", en "Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", FCU, Mdeo, 1999, pp. 496-504; de los mismos autores, "Proceso Laboral", 2ª ed., Del Foro SRL, Mdeo., 2000, pp. 143-153; VARELA-MÉNDEZ, Edgar J., "El principio de imparcialidad y la carga de la prueba en el CGP", exposición las "Jornadas de Homenaje a los Profesores Enrique Tarigo y Víctor H. Bermúdez, celebradas en el Paraninfo de la Universidad de la República, Montevideo, 18 y 19 de abril de 2005, y en las "Jornadas Preparatorias del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal en Homenaje al Maestro Dante Barrios de Ángelis", celebradas en el Aula Magna de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 6 de agosto de 2008; VALENTIN, Gabriel, "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", en "La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO", dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742; del

Veamos: si dejamos de lado la pura especulación teórica y atendemos al sistema constitucional, es claro que la distribución de la carga probatoria por el tribunal, en cada caso específico, al final del proceso, es contraria a la idea de proceso jurisdiccional que nuestras constituciones prometen.

Justamente al analizar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en posición que por cierto comparto, señala ABAL OLIÚ que aún si esta regla se considerara consagrada en nuestro derecho –que a nuestro juicio no lo está– *“pareciera que sólo es posible entender que ella sería inconstitucional”*.

Fundando esta idea señala el reconocido profesor:

Se trata de que la existencia de semejante regla sobre las cargas de la prueba no sólo no encuentra apoyo firme en ninguna disposición del C.G.P., sino que si la misma existiera configuraría una flagrante violación del derecho constitucional al debido proceso (además de una violación de lo dispuesto en el art. 18 de la Carta sobre predeterminación legal del proceso); derecho éste que necesariamente comprende la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y que nunca puede ejercerse cuando recién al final del proceso el tribunal establece cuáles son las reglas que debían haber cumplido los interesados.

De aceptarse esta teoría naturalmente sucedería a menudo (para desánimo de una parte y alegría de la otra), que al sentenciar el juez resolviera ‘invertir’ la regla sobre la carga de la prueba establecida en el art. 139.1 C.G.P., regla que con toda lógica y derecho era que las partes esperaban que se le aplicara al momento de sentenciar y que teniéndola presente fue la que guió todas sus actuaciones a lo largo del proceso.⁶⁰

En este punto resulta oportuno recordar las palabras de Michele TARUFFO, que revelan los peligros que encierran ese tipo de concepciones:

“En muchos casos los tribunales hacen a un lado, modifican, adaptan o incluso subvierten las normas y los principios legales que determinan la carga de la prueba cuando resuelven causas específicas. En realidad, parece que a menudo los tribunales no se sienten vinculados por esas normas y principios; más bien parece que creen tener la facultad de manipular y ajustar discrecionalmente los criterios jurídicos que rigen la carga de la prueba. Por ello, muchas presunciones judiciales son creadas por los tribunales sin ninguna vinculación a disposición legal alguna (...) La situación es, en cambio, diferente en los sistemas del civil law, donde son también frecuentes las presunciones creadas por los

mismo autor, “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 3-4/2008, pp. 351-366; VARELA-MÉNDEZ, Edgar J., “La carga de la prueba y la iniciativa probatoria del tribunal en el Código General del Proceso”, Colección “Ensayos Procesales”, N° 20, Rosario, Argentina, 2010, pp. 3-39; ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba”, en “XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, FCU, Mdeo., 2011, pp. 19-40; GREIF, Jaime, “El sistema probatorio y la carga de la prueba”, en “XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal” cit., pp. 89-90; TOMMASINO, Beatriz y GUTIÉRREZ PUPPO, Cecilia, “Carga de la prueba en el proceso civil ordinario de protección ambiental”, en “XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal” cit., pp. 127-148.

⁶⁰ ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba” cit., pp. 36-37.

tribunales, pero este fenómeno puede ser criticado simplemente porque no hay ninguna disposición que les confiera la facultad de manipular cargas probatorias.⁶¹

Y añade luego el autor:

Las facultades discrecionales que los tribunales crean para sí mismos no son fáciles de explicar ni de justificar, en especial en los sistemas del civil law, en los que la carga de la prueba se regula específicamente mediante normas legales expresas. En realidad, es dudoso que los tribunales estén autorizados a utilizar estos mecanismos, silenciosos o manifiestos, con el fin de modificar la regulación de situaciones jurídicas específicas. En algunos casos, una decisión tomada en aplicación estricta del derecho sustantivo y de las normas que regulan la carga de la prueba puede parecer injusta, pero cabe preguntarse si en esos casos se debe permitir a los tribunales prescindir de las normas existentes y crear su propia norma sobre el caso, manipulando las cargas probatorias para adoptar decisiones que consideren “justas”, en algún sentido de la palabra. De hecho, es dudoso que los tribunales tengan esa facultad de manipular el resultado sustantivo final de causas concretas, tras la apariencia de estar ajustando los criterios sobre las cargas probatorias. Realmente, más valdría que el derecho proveyera a los tribunales y a las partes de criterios generales con los que determinen decisiones consistentes y previsibles que no se basen exclusivamente en consideraciones ad hoc para el caso específico.⁶²

No puedo menos que compartir estas palabras, que ponen la cuestión en su lugar, y nos invitan a repensar la teoría de la carga de la prueba desde el prisma de los valores de la certeza y la previsibilidad, en consonancia con las principales preocupaciones actuales del pensamiento procesal.

Las reglas de la carga de la prueba deben estar predeterminadas normativamente; sólo así se puede garantizar la seguridad y previsibilidad jurídica para una igual aplicación de la ley.

⁶¹ TARUFFO, Michele, “La prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 153-154.

⁶² TARUFFO, Michele, “La prueba” cit., pp. 154-155.

Para citar este artículo:

Valentín, Gabriel, La prueba y la sentencia: Algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba. *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 249-277

Recibido: 24/09/2014

Observado y reenviado: 14/11/2014

Enviado a árbitros: 14/11/2014

Aceptado: 25/11/2014

PRINCIPAL BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba”, en “XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, FCU, Mdeo., 2011, pp. 19-40.
- ACOSTA, Aníbal Gerardo, “Jaque a la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en el “IX Congreso de Derecho Procesal Garantista”, Azul, Bs. As., 2007, en <http://www.academiadederecho.org/index.cgi> (consultada 9-9-2014).
- ALSINA, Hugo, “Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, t. III, 2ª ed., EDIAR, Bs. As., 1958, pp. 253-262.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El debido proceso de la garantía constitucional”, Ed. Zeus SRL, Rosario, 2003, pp. 184-203.
- . “La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)”, Tirant lo blanch, Barcelona, 2006, pp. 39-52.
- ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), “La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores”, en las “IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243.
- AMAYA, N. Enrique, “Carga de la prueba”, Ed. La Docta, Córdoba, 1972.
- AUGENTI, Giacomo Primo, “L'onere della prova”, Società Editrice Del Foro Italiano, Roma, 1932.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, “Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso”, t. II, 7ª reed., C.E.D., Mdeo., 1971, pp. 234-239.

- . “Teoría del proceso”, Depalma, Bs. As., 1979, pp. 236-239.
- . “El proceso civil”, t. I, Idea, Mdeo., 1989, pp. 206-211.
- . “Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal”, en las “IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261.
- . “Los subsistemas de la prueba y de la oralidad”, RUDP, 2/1997, pp. 187-192.
- . “Teitelbaum y la prueba”, en las “X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Ed. Surcos, Mdeo., 1999, pp. 335-343.
- . “Las situaciones jurídicas y la prueba”, RUDP, 4/2001, pp. 403-408.
- BENABENTOS, Omar, “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, 2005.
- BERMEJO, Patricia, “Nueva concepción sobre la carga de la prueba”, RUDP, 4/1993, pp. 499-501.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Derecho Procesal”, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1970, pp. 359-376.
- CALAMANDREI, Piero, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, vol. III, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, pp. 317-353.
- CARNELUTTI, Francesco, “La Prueba Civil”, 2da. ed., apéndice de Giacomo P. AUGENTI, trad. Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Bs. As., 1982.
- . “Sistema de Derecho Procesal Civil”, t. II, trad. de Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y Santiago SENTÍS MELENDO, UTEHA, Bs. As., 1944, pp. 94-100.
- . “Pruebas civiles y pruebas penales”, en “Estudios de Derecho Procesal”, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE A, Bs. As., 1952, pp. 106-110.
- . “Instituciones del proceso civil”, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE A, Bs. As., 1959, pp. 344-348.
- CASTELLO, Alejandro, “Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia”, en las “IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 28-37.
- CHIOVENDA, Giuseppe, “Principii di Diritto Processuale Civile”, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, pp. 782-798.
- COUTURE, Eduardo, “Sobre el precepto ‘nemo tenetur edere contra se’”, Rev. de Derecho Procesal (argentina), Ediar, Bs. As., 1943, pp. 53-71 y en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, t. II, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 127-152.

- . “El deber de las partes de decir verdad”, en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, t. III, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 233-258.
- . “Fundamentos del derecho procesal civil”, 3ra. ed., Depalma, Bs. As., 1988, pp. 240-248.
- DE LA PLAZA, Manuel, “Derecho Procesal Civil Español”, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 429-438.
- DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar”, RUDP, 1/1993, pp. 29-33.
- DE MIDÓN, Gladys, “A propósito del 'onus probandi': la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo”, RUDP, 1/1993, pp. 35-39.
- DENTI, Vittorio, “Estudios sobre derecho probatorio”, Valetta Ed., Colección “Clásicos del Derecho”, N° 62, EJE, Bs. As., 1974.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, t. I, Zavalía Ed., Bs. As., 1988, pp. 421-494.
- . “Compendio de la prueba judicial”, t. I, 1ª ed., anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 193-217.
- FAZZALARI, Elio, “Istituzioni di Diritto Processuale”, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, pp. 129 y 376-382.
- GARCÍA GRANDE, Maximiliano, “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley, 2005-C, 1082.
- GELSI BIDART, Adolfo, “Proceso laboral y carga de la prueba”, RUDP, 2/1975, pp. 33-42.
- . “Carga de la prueba: ubicación procesal”, RUDP, 1/1998, pp. 7-20.
- GOLDSCHMIDT, James, “Derecho Procesal Civil”, Ed. Labor SA, Barcelona, 1936, pp. 253-292.
- GUASP, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, t. I, 3ra. ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 325-328.
- GUERRA PÉREZ, Walter, “Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 2/1996, pp. 295-304.
- . “Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica”, Anales del Foro, pp. 173- 181.
- GURRIERI, Fernando, “Cargas probatorias dinámicas”, Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 1999, pp. 113-126.
- I.U.D.P., “Conclusiones aprobadas en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, RUDP, 1/1999, pp. 163-167.

- KLETT, Selva y PEREIRA CAMPOS, Santiago, “Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso”, *RUDP*, 1/1997, pp. 49-95.
- KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, “Principios de la prueba en el sistema procesal”, *RUDP*, 1/2000, pp. 71-107.
- LANDONI, Ángel, “Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba”, *RUDP*, 1/1997, pp. 97-113.
- LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, “Código General del Proceso”, vol. 2 A, B de f, Mdeo., 2003, pp. 364-381.
- LUIISO, Francesco P., “Diritto Processuale Civile”, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 256-262.
- MANDRIOLI, Crisanto, “Diritto Processuale Civile”, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-202.
- MARABOTTO, Jorge, “Prueba - Generalidades. Declaración de parte - Prueba testimonial”, en “Curso sobre el C.G.P., t. I., 1ª ed., reimp., FCU, Mdeo., 1991, pp. 129-159.
- MICHEL, Gian Antonio, “La carga de la prueba”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1961.
- . “Curso de Derecho Procesal Civil”, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1970, pp. 96-101.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, “Derecho jurisdiccional”, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 262-267.
- MORELLO, Augusto M., “La prueba. Tendencias modernas”, Librería Ed. Platense, Bs. As.-La Plata, 1991.
- MORETTI, Raúl, “Apuntes sobre la tutela convencional y especialmente sobre el pacto de inversión de la carga de la prueba”, *R.D.J.A.*, t. 36, 1938, pp. 80-89.
- MORTARA, Lodovico, “Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile”, vol. III, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, pp. 539-559.
- PALACIO, Lino, “Manual de derecho procesal civil”, 18ª ed. actualizada, reimp., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004, pp. 398-402.
- . “Derecho Procesal Civil”, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 286-297.
- PARRA QUIJANO, Jairo, “Manual de Derecho Probatorio”, 1ra. ed., Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1986.

- PEREIRA CAMPOS, Santiago, “El deber de colaboración en la práctica de medidas probatorias”, RUDP, 4/2000, pp. 511-523.
- . “Los sistemas de valoración de la prueba”, RUDP, 1/2003, pp. 79-98.
- PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba”, RUDP, 2/1992, pp. 239-241.
- PRIETO CASTRO, Leonardo, “Exposición del Derecho Procesal Civil de España”, t. I, 2ª reimp., Librería General, Zaragoza, 1944, pp. 301-306.
- PRÜTTING, Hans, “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, Revista lus et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 453-464.
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., “Carga de la prueba”, en “La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO”, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 157-171.
- REYES OEHNINGER, Alberto, “La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley”, RUDP, 3/2007, pp. 591-606.
- RICCA BARBERIS, Mario, “La carga de la prueba”, R.D.J.A., t. 36, 1938, pp. 99-103.
- ROCCO, Ugo, “Corso di teoria e pratica del processo civile”, vol. I, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1951, pp. 451-453.
- ROSENBERG, Leo, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1955, pp. 221-229.
- . “La carga de la prueba”, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1956.
- ROSSI, Rosina, “Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso”, en las “IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 11-28 y 48-49.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, “Estudios de Derecho Procesal”, t. I, EJEA, Bs. As., 1967, pp. 173, 205, 445-453, 592-594, 612-613 y 617.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Estudios de Derecho Procesal”, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 364-365.
- STIPANICIC, Emma y VALENTIN, Gabriel, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, en los “Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart”, FCU, Mdeo, 1999, pp. 477-504.
- . “Proceso Laboral”, 2da. ed., Del Foro S.R.L., Mdeo., 2000, esp. pp. 123-156.

- TARIGO, Enrique, “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, t. II, 2ª ed., Mdeo., 1998, pp. 18-19.
- TARUFFO, Michele, “La prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TERRASA, Eduardo, “Cargas probatorias dinámicas”, en “Activismo y garantismo procesal”, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 95-110.
- VALENTIN, Gabriel, “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en “La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO”, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742.
- . “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 3-4/2008, pp. 351-366.
- . “El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba”, *Revista del Derecho del Trabajo*, año II, N° 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 173-201.
- VAN ROMPAEY, Leslie, “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo”, LJU, t. 111, 1995, Sec. Doctrina, pp. 447-453.
- VARGAS, Abraham Luis, “Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”, en “Activismo y garantismo procesal”, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 79-94.
- VERDE, Giovanni, “L’onere della prova nel processo civile”, *Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino*, Napoli, 1974.
- . “Diritto processuale civile”, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.
- VÉSCOVI, Enrique, “La carga de la prueba”, en las “IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-274.
- . “El estado del proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española”, RUDP, 3/1999, p. 423.
- VÉSCOVI, Enrique y otros, “Código General del Proceso”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, t. 4, pp. 23-325.
- VIERA, Luis A., “La prueba”, en el “Curso de Derecho Procesal”, t. II, FCU, 1987, obra colectiva del I.U.D.P., pp. 89-96.
- VV.AA., “Conclusiones del XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal”, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 1993, RUDP, 1/1993, esp. p. 234.
- VV.AA., “Cargas probatorias dinámicas”, bajo la dirección de Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004.

RECENSIONES

**RIVERO DE ARHANCET, Mabel -
RAMOS CABANELLAS, Beatriz,
Derecho de Familia (Personal),
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo,
4º edición actualizada, julio de 2014.**

Las profesoras Rivero y Ramos son conocidas en el medio universitario y profesional por su extensa trayectoria y las diversas obras publicadas.

Derecho de Familia (Personal) es la edición actualizada de una obra muy divulgada en nuestro ámbito, publicada con el mismo nombre y por la misma editorial. En esta edición se incorpora un pormenorizado análisis de las reformas legislativas de los últimos años en materia de Derecho de familia, más concretamente las referidas a matrimonio igualitario, adopción y técnicas de reproducción humana asistida. En efecto, la 4º edición actualizada si bien mantiene en lo sustancial la estructura de las anteriores ediciones, agrega el estudio de los temas ya referidos, que fueron regulados por las leyes de matrimonio igualitario (leyes Nº 19.075 y Nº 19.119), la ley Nº 19.092 que reformó el instituto de la adopción plena e introdujo el instituto de la adopción con efectos limitados y la ley Nº 19.167 que reguló las técnicas de reproducción humana asistida.

Sin perjuicio de la modificación de esencia que la ley de matrimonio igualitario introduce en cuanto refiere a este instituto y a la obligación de alimentos entre ex cónyuges, el área del Derecho de familia que mayores modificaciones ha experimentado es el derecho filiatorio. Atento a que las reformas legislativas del derecho filiatorio fueron efectuadas en forma fragmentada, generando una cierta ruptura de la unidad conceptual que debería tener esta área del derecho, una obra como la de las Profesoras Rivero y Ramos que proporciona una visión completa y actualizada de la misma, analizada bajo una óptica de principios rectores comunes, presenta singular interés.

El libro de las autoras mencionadas tiene no sólo un innegable valor docente, sino en general de divulgación para los diversos operadores del derecho, en la medida en que sistematiza las diferentes reformas sustantivas del derecho de familia personal en general, y del derecho filiatorio en especial, analizando los temas con claridad teórica e interés práctico.

Prof. Dra. Ema Carozzi
Universidad Católica del Uruguay

FRANÇA TARRAGÓ, Omar (coordinador),
El aborto y la protección de toda vida,
Universidad Católica del Uruguay – Editorial Grupo Magro
(Montevideo, 2014), 285 páginas.

Precedida por un rico Prólogo del Vicerrector del Medio Universitario de la Universidad Católica del Uruguay, P. Dr. Álvaro Pacheco Carve SJ, el libro se desarrolla en 5 Partes seguidas de dos bien escogidos Anexos: uno documental y otro testimonial.

La primera Parte refiere a la **Perspectiva Biológica**, en la cual la Dra. Natalia López Moratalla analiza el “*Inicio de la vida de cada ser humano*”. En el mismo se confirma que “La fecundación es el proceso dinámico y temporal por el cual cada individuo se constituye a sí mismo a partir de los gametos aportados por los progenitores”, de modo que “La gestación se convierte así en una convivencia de dos vidas: el hijo no es una parte de la madre ni tampoco un injerto que sería rechazado”. Consecuentemente, se concluye que “el concebido de nuestra especie, el cigoto humano, es persona porque es un cuerpo de hombre en la fase de inicio de su desarrollo. El embrión humano es el mismo individuo humano el que existe en la vida embrionaria, en la juventud o en la ancianidad”.

La segunda Parte, relativa a la **Perspectiva Antropológica**, está a cargo del Lic. Pedro Gaudiano, quien profundiza en las “*Bases antropológicas para afirmar que un individuo humano es persona*”. A través de un periplo evolutivo acerca de la noción de persona, el autor constata que el concepto de dignidad de la persona humana es el fundamento de los derechos humanos y, eminentemente, del derecho a la vida”. Consecuentemente, afirma que “El ser persona no es un dato de naturaleza empírica sino una condición ontológica radical que no depende de ninguna condición como la edad, el desarrollo psico físico, el nivel de conciencia, etc.... el embrión humano es un ser humano desde el instante de su concepción, distinto del padre y de la madre, único e irrepetible, dotado de la capacidad de desarrollarse de modo gradual, continuo y autónomo. Por tanto, la afirmación de que el embrión -y después el feto- es parte del cuerpo de la mujer embarazada carece hoy del más mínimo fundamento biológico”.

La tercera Parte aborda la **Perspectiva Ética** de la mano del P. Dr. Omar França, quien centra su análisis en “*La defensa de la vida indefensa como síntoma de avance de la civilización*”. Se trata de un interesantísimo aporte, a través del cual se demuestra cómo el

progresivo desarrollo de la prevalencia del sistema de derechos sobre el sistema del poder se tradujo en la oposición al infanticidio, la oposición a la esclavitud de los indios americanos y la oposición a todo género de esclavitud basado en la raza, mientras que “va en contra de esa tendencia civilizatoria la actual formulación del derecho al aborto de la mujer, como predominante sobre el derecho a la vida del ser humano vulnerable, aún no nacido”.

La cuarta Parte, titulada **Perspectiva Jurídica**, comprende cuatro valiosos aportes diferentes.

En primer lugar, incluye el trabajo del Prof. Dr. Eduardo Esteva acerca de “*La defensa de la vida en la Constitución de la República y en las Convenciones internacionales ratificadas por Uruguay*”.

A partir de un análisis de los arts. 7 y 72 de la Carta, entre otros, y de los arts. 4.1 y 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el autor acredita que:

- a) el concebido no nacido es titular del derecho a la vida como derecho preexistente a la regulación constitucional (según resulta de la interpretación del mentado art. 7);
- b) es asimismo titular del derecho a la vida en su calidad de derecho inherente a la personalidad humana (conforme al art. 72);
- c) no puede traspasarse sin más la doctrina europea en materia de derechos humanos por cuanto, mientras que la Convención Interamericana protege la vida desde la concepción (art. 4.1), la Convención Europea no hace tal mención (art. 2); y
- d) no es posible un conflicto de derechos preexistentes con otros derechos o libertades reconocidos.

En su mérito, concluye que las disposiciones esenciales de la ley N° 18.987, habilitantes de la interrupción del embarazo por voluntad de la mujer, son inconstitucionales (por incompatibles con los arts. 7 y 72 de la Carta) e inconventionales (por contrariar el art. 4.1, conjugado con el Preámbulo y con el art. 29 de la Convención Interamericana).

En segundo lugar, el Prof. Dr. Mario Spangenberg Bolívar titula “*El derecho al delito*” su estudio desde el Derecho Penal sobre el aborto y la ley N° 18.987.

A partir del análisis evolutivo de la legislación penal en la materia, el autor considera que la ley N° 18.987 “ha convertido el delito de aborto en un derecho al aborto, es decir, ha dado un giro copernicano en la valoración jurídica de la conducta, que carece de precedentes”.

En su opinión, el derecho a la vida del concebido no nacido goza de la protección jurídica de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por lo que la norma bajo análisis, al convertir el delito en un derecho de la mujer, entra “en flagrante violación de las normas convencionales internacionales y de las previsiones constitucionales que protegen el derecho a la vida del concebido no nacido”, a las que -según su expresión- “embiste frontalmente”.

En tercer lugar, con diverso enfoque pero iguales conclusiones, el Prof. Dr. Pedro Montano aborda los “*Aspectos penales y criminológicos de la ley N° 18.987 que legaliza el aborto en el Uruguay*”.

A juicio de este autor, más que ante una despenalización, lo que la ley hace es proclamar el derecho de la mujer a abortar. Desde el punto de vista criminológico, esto tiene importantes consecuencias “porque lo que antes era calificado negativamente -un delito- ahora pasa a ser positivo, un derecho. O dicho en otras palabras, lo que antes estaba mal, ahora está bien”.

Desde el punto de vista penal, “el bien jurídico vida es de tal importancia que merece una interpretación lo más amplia posible... la sola duda acerca de la identidad personal del fruto de la concepción, es suficiente para estar obligado a asumir el comportamiento más seguro, que evite por tanto cualquier peligro o riesgo para la persona humana. En efecto, el principio de precaución exige no sólo que no se realice un acto ciertamente nocivo, sino incluso un acto probablemente negativo”.

Consecuentemente, el aborto no puede ser un derecho. Estando en juego la vida, “el Derecho penal no sólo es efectivo si logra castigar las conductas, sino también si impide que estas se realicen, a través de la prevención general positiva. En el caso de un derecho tan fundamental como el de la vida, es necesario poner barreras protectoras muy claras y rígidas para señalar a la sociedad el valor que tiene, y el Derecho penal es el instrumento adecuado para ello”.

Uno de los aportes más interesantes del trabajo del Dr. Montano es la sugerencia de una serie de medidas que se pueden poner en práctica antes de legalizar el aborto, tales como la ayuda familiar a la embarazada, la asignación familiar de emergencia, la provisión de vivienda, la facilitación de la adopción, y la creación de centros de acogida maternal, entre otras.

En cuarto lugar, el P. Dr. Gabriel González Merlano examina “*La objeción de conciencia y la objeción de ideario en la ley N° 18.987, sobre interrupción voluntaria del embarazo*”.

El trabajo comienza previniendo frente a la tentación de identificar libertad de conciencia con libertad religiosa o ideológica ya que conciencia y religión son manifestaciones

de la esfera más íntima y propia de los seres humanos. Sin embargo, “mientras la libertad ideológica hace relación a la verdad y la libertad religiosa se refiere a la fe, la libertad de conciencia nos vincula con la actuación conforme al bien. De esta forma, la libertad de conciencia es una realidad autónoma y también, en cierto aspecto, más amplia que las otras libertades señaladas, ya que la conciencia es el conjunto de imperativos personales de conducta que poseen para el individuo un rango superior a cualquier otra instancia normativa... El Derecho, cuya función es ordenar la vida del hombre en sociedad y procurar que cada individuo o grupo reciba lo que es justo, también reconoce la conciencia como cualidad de la persona humana”.

En opinión del autor, siguiendo calificada doctrina que cita, “la objeción de conciencia es el incumplimiento de un mandato o un deber legal o normativo por parte de quien lo considera contrario a los mandatos de la propia conciencia, afrontando el objetor las consecuencias negativas que ese incumplimiento legal le acarrea... Hay en el individuo un grave conflicto interior, pues debe elegir entre desobedecer la ley (castigo material) o a su conciencia (sanción espiritual)”.

Consecuentemente, diferencia la objeción de conciencia del derecho de resistencia, que se ejerce en forma activa y colectiva (y no pasiva e individual), así como de la desobediencia civil, que es una forma de presión pública (y no personalísima).

Por otra parte, respecto a la objeción de ideario, entiende el autor que participa de la misma esencia pues, si bien las personas jurídicas “no tienen una conciencia personal, tienen el ideario tras el cual se alinean los individuos para conformar una institución, que no es otra cosa que el ejercicio asociado de la libertad de conciencia, la conciencia institucionalizada, que se traduce en principios fundacionales”.

A partir de tales conceptos, el autor es muy crítico de la ley N° 18.987 por tratarse de una norma que, “además de no amparar a la mujer, a la que se le propone como una alternativa válida eliminar la vida del hijo; además de despreciar los derechos y deberes del padre, al que no se lo considera en ningún momento; además de atacar la conciencia de los ciudadanos al mostrar como lícito un atentado al más fundamental de los derechos, también desprestigia la profesión médica, al obligar a los profesionales e instituciones a realizar la práctica del aborto”.

Agrega que la ley no es respetuosa de la objeción de conciencia de los médicos cuando la limita sólo a algunos de ellos y al acto concreto del aborto, y propone una inadecuada objeción de ideario -la califica de “caricatura”- ya que la misma no es plena en la medida que las instituciones tienen que encargarse igualmente de la mujer que desea abortar, derivándola a otro centro asistencial y, además, prohíbe a futuras instituciones el ejercicio de este derecho.

La quinta Parte refiere a la **Perspectiva profesional y neuropsiquiátrica**, la cual es abordada por el Dr. Ricardo Pou Ferrari desde la visión de “*El ginecólogo ante la ley de interrupción voluntaria del embarazo*”, y por la Dra. Natalia López Moratalla a través del análisis de “*¿Cómo cambia el cerebro luego de un aborto inducido?*”.

En **Anexo documental** se incluye el texto de la ley de interrupción voluntaria del embarazo N° 18.987, el veto del Presidente Tabaré Vázquez a los capítulos II, IV y V de la anterior ley de salud sexual y reproductiva de 14 de noviembre de 2008, la Declaración de la Conferencia Episcopal del Uruguay de 13 de noviembre de 2012 y el Documento utilizado por ésta para su presentación ante la Comisión especial de la Cámara de Representantes de 6 de setiembre de 2012, y las declaraciones del Consejo Directivo de la Universidad Católica del Uruguay de 20 de agosto de 2007 y de 23 de setiembre de 2012.

Finalmente el **Anexo testimonial** contiene la narración de las experiencias personales de una mujer que abortó dos veces y de una ex directora de una clínica abortista.

En suma, se trata de un libro de alto valor científico e ilustrativo de una temática que toca a la sensibilidad de todos los uruguayos y que rescata, desde las complementarias perspectivas que lo componen, que la vida es un bien absoluto y no relativo, que el Estado está obligado a proteger en todos los casos.

En primer lugar, ello es así porque, siendo la vida un supuesto imprescindible de todos los demás derechos fundamentales, toda vida merece ser vivida y el Estado no puede ni debe relativizarlo.

En segundo lugar, así lo manda el principio de igualdad; si “todas las personas son iguales ante la ley”, como lo proclama el art. 8 de nuestra Constitución, significa que todas las personas (nacidas o no, discapacitadas o no) deben recibir igual protección de parte de las leyes, no admitiéndose discriminaciones que atenten contra cualquiera de los derechos, escritos o no, “que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (art. 72).

En tercer lugar, la exigencia del bien común hacia el cual debe enderezarse la acción estatal obliga a la protección de la vida en todas sus manifestaciones. La negación del derecho a la vida, precisamente porque lleva a eliminar la persona en cuyo servicio encuentra su razón de existir, es lo que se contrapone más directa e irreparablemente a la posibilidad de realizar el bien común.

En cuarto lugar, una circunstancial mayoría parlamentaria no puede resultar suficiente para atentar contra la vida de quien aún no ha nacido o está gravemente debilitado. Resulta tan tiránico decretar la legitimidad de la eliminación de la vida en tales casos, como

pretender que los crímenes contra la humanidad cometidos en el siglo pasado no hubieran sido tales si en vez de ser decididos por unos pocos hubieran sido amparados por el consenso popular. Como lo destacara el Papa Juan Pablo II, “la democracia se mantiene o cae con los valores que encarna y promueve: fundamentales e imprescindibles son ciertamente la dignidad de cada persona humana, el respeto de sus derechos inviolables, así como considerar el bien común como fin y criterio regulador de la vida política” (Encíclica “*Evangelium Vitae*”, N° 70).

En quinto lugar, en nuestro país, la protección de la vida integra las bases fundamentales de la nacionalidad y, en la medida en que su existencia es reconocida como anterior a la Constitución, implica una restricción operante incluso frente al Poder constituyente y, con más razón, frente a la fuerza o las posibilidades de disposición de la legalidad ordinaria.

En sexto lugar, otra vez con palabras del Papa Juan Pablo II, “cada ser humano inocente es absolutamente igual a todos los demás en el derecho a la vida. Esta igualdad es la base de toda auténtica relación social que, para ser verdadera, debe fundamentarse sobre la verdad y la justicia, reconociendo y tutelando a cada hombre y a cada mujer como persona y no como una cosa de la que se puede disponer” (Encíclica “*Evangelium Vitae*”, N° 57). Por eso, “la gravedad moral del aborto procurado se manifiesta en toda su verdad si se reconoce que se trata de un homicidio y, en particular, si se consideran las circunstancias específicas que lo cualifican. Quien se elimina es un ser humano que comienza a vivir, es decir, lo más inocente en absoluto que se pueda imaginar: ¡jamás podrá ser considerado un agresor, y menos aún un agresor injusto! Es débil, inerte, hasta el punto de estar privado incluso de aquella mínima forma de defensa que constituye la fuerza implorante de los gemidos y del llanto del recién nacido. Se halla totalmente confiado a la protección y al cuidado de la mujer que lo lleva en su seno” (Encíclica “*Evangelium Vitae*”, N° 58).

Prof. Dr. Carlos E. Delpiazzo
Universidad Católica del Uruguay

ÍNDICES DE REVISTAS

DOCTRINA

EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL The principle of confidentiality in international criminal judicial cooperation <i>Raúl Cervini</i>	11
LOS PROCESOS DE HUMANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD COMERCIAL Humanization processes in trading companies <i>Héctor Ferreira Tamborindeguy</i>	31
CONTRATO Y LIBERTAD CONTRACTUAL. UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMERCIAL Agreement and contractual freedom.a view commercial law <i>Alicia Ferrer Montenegro</i>	59
LA DESESTATIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LOS PROCESOS CONCURSALES DE LAS ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA Y DE VALORES De-nationalization of the jurisdictional role in the bankruptcy proceedings of financial intermediary and securities institutions <i>Roberto Figueredo Simonetti</i>	75
LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN URUGUAY: UN CONFLICTO SIN RESOLUCIÓN Transitional justice in uruguay: an unresolved conflict <i>Pablo Galain</i>	109
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Conventionality control in the inter-american system of human rights <i>Gastón Pereyra Zabala</i>	155
LA CONSTRUCCIÓN RETÓRICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Rhetoric construction of legal argument <i>Gerardo Ribeiro</i>	77
LEY DE PATENTES DE RODADOS: ¿AVANCE O RETROCESO? Law of vehicle license: ¿progress or setback? <i>Graciela Ruocco</i>	201

ÍNDICES DE LOS PRIMEROS CINCO NÚMEROS DE LA REVISTA DE DERECHO	231
Index of the five first issues of the journal of law	

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA <i>REVISTA DE DERECHO</i>	245
Regulations of revista de derecho (law journal).....	251

DOCTRINA

APORTE DEL *TOMOGRAPHIC APPROACH* PARA UN ADECUADO TRATAMIENTO LEGAL DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA CONTEMPORÁNEA

Contribution of the tomographic approach for a proper legal treatment of contemporary economic crime

Raúl Cervini 11

LA FRAGMENTACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DE MARZO DE 2012

The fragmentation of the general theory of contract in the draft civil and commercial code of the Argentine Republic of March 2012

Carlos De Cores 65

ARBITRAJE INTERNACIONAL: PRESENCIA Y EVOLUCIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO URUGUAYO

International arbitration: presence and evolution in the Uruguayan legal field

Cecilia Fresnedo de Aguirre 115

PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN: RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR

Computer programs: civil liability for violation of copyright

María de Monserrat Guitart Pigullém 153

RETÓRICA DEL DISCURSO JURÍDICO

Rhetoric of legal discourse

Gerardo Ribeiro 203

SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA Y LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FAMILIARES

About family law and the family legal business

Mabel Rivero de Arhancet 227

FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL: REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES RESPECTO DE SUS HIJOS Y RESPECTO DE LOS TERCEROS, EN ITALIA

Family and civil liability: reflections on the responsibility of parents for their children, and with respect to third parties, in Italy

Flavio Tovani 249

RECENSIONES

JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS	269
MILAGROS OTERO PARGA Y ROBERTO IBÁÑEZ MARIEL (EDITORES), Los argumentos de la argumentación jurídica	274
A. PÉREZ RAMOS, C. PONS-ESTEL TUGORES Y M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Patología del consentimiento matrimonial. Rota Romana: Jurisprudencia 1990-2005 ...	277

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA <i>REVISTA DE DERECHO</i> DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY	283
--	-----

DOCTRINA

LA PRUEBA DEL DERECHO EN EL PROCESO JURISDICCIONAL

The proof of law in the jurisdictional procedure

Alejandro Abal Oliú 11

LA EXTRADICIÓN, EL DELITO POLÍTICO Y EL ASILO
EXTRATERRITORIAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS
DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Extradition, political crimes and extraterritorial asylum in the light
of the principles of public international law

Hernando V. Cañardo 81

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONSORCIO
DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE LOS CONSORCISTAS
EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Civil liability of the condominium of propiedad horizontal
and of condominium members in the argentine republic

Nelson G. A. Cossari y Maximiliano N. G. Cossari 117

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE MÁS DÉBIL
EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL CHILENA

Protection of the weaker spouse in chilean new law of civil marriage

Cristián Lepin Molina 147

LA SOCIEDAD PENADA: CÓMO, POR QUÉ Y PARA QUÉ.
SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Punished corporations: how, why and for what? About criminal liability of legal persons

Carlo Enrico Paliero 171

ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE Y RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL:

¿CAMBIO DE ORIENTACIÓN EN EL MODELO CONFLICTUAL?

Choice of applicable law and tort: change of bias in the conflict model?

Marta Requejo Isidro 205

LAS FUNCIONES RETÓRICAS DEL DISCURSO JURÍDICO

Rhetorical functions of the legal discourse

Gerardo Ribeiro 235

UNA VISIÓN RIOPLATENSE SOBRE LAS CRISIS SOCIETARIAS
Y CÓMO ABORDARLAS. ¿UN PROBLEMA DEL DERECHO CONCURSAL?
An argentine perspective on confronting corporate crisis: is this a bankruptcy law issue?

Efraín Hugo Richard 257

RECENSIONES

MILAGROS OTERO PARGA Y FRANCISCO PUY MUÑOZ,
Jurisprudencia dialéctica

José Antonio Sardina Páramo 303

DARDO PREZA RESTUCCIA,
La enseñanza del derecho penal a partir de casos reales

Rodrigo Figueiredo Pereira 307

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA *REVISTA DE DERECHO*

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY 313

DOCTRINA

PRUEBA POR DECLARACIÓN DE PARTE

Proof by declaration of part

Alejandro Abal Oliú 13

REFLEXIONANDO SOBRE LOS DERECHOS
DE LA PERSONALIDAD DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Reflecting on the rights of the personality from the perspective
of the right to own image

María José Arancibia Obrador 55

ENTRE LA FORMA Y EL CONTENIDO:
CRÍTICA A LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA
DE LOS HECHOS JURÍDICOS

Between form and content: critical to the economic interpretation
of the legal facts

Paulo de Barros Carvalho..... . 81

LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO
EN EL DERECHO ITALIANO

The suspension of the execution of the contract in the Italian law

Enrico Gabrielli 109

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO
LAS POTESTADES Y DEBERES DEL FISCO ANTE EL PRINCIPIO
DE APLICACIÓN INTEGRAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

The constitutionalization of the Tax law. The powers and duties of the Treasury
before the beginning of the full implementation of the legal system

María Paula Garat 133

ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EN EL CASO DE LOS MEDICAMENTOS EN ESPAÑA

Some issues about civil liability in the case of drugs in Spain

Iñigo Navarro Mendizabal 161

ALGUNS APORTES DOCTRINÁRIOS PARA A PROTEÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO
PENAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO
DE DIREITO E COOPERATIVO

Some doctrinal contributions to the protection of fundamental rights
in criminal proceedings of the Democratic constitutional state of law and Cooperative

Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin 185

INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO Y SUS REMEDIOS

Imperfect breach and their remedies

Valeria Techera Barreiro 221

RECENSIONES

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ-MARTA HANNA DE ROSA (COORD.),
Ética, Estado de Derecho, Buena Administración

Lucía Díaz Sorondo 255

ALICIA FERRER MONTENEGRO - HÉCTOR FERREIRA TAMBORINDEGUY (COORD.),
Protección de la información en los negocios

Ana Sorondo 258

MARIO SPANGENBERG,
Responsabilidad penal del empleador y seguridad laboral-
Primeras reflexiones sobre la Ley 19.196.

María Eugenia Chávez 262

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA *REVISTA DE DERECHO*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY 267

DOCTRINA

LA NECESIDAD DE PREVENCIÓN DE DAÑOS ANTE LOS LÍMITES DEL RÉGIMEN CLÁSICO DE REPARACIÓN ARGENTINO <i>Soluciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina</i> The need for preventing damage to the repair classic Argentine Regime limits <i>Maximiliano N. G. Cossari</i>	13
LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO IMPERATIVO ÉTICO PARA ADMINISTRADORES Y ADMINISTRADOS Good administration as ethical imperative for administrators and managed <i>Dr. Carlos E. Delpiazzo</i>	41
FORMALISMO O ANTIFORMALISMO EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Formalism or antiformalism in the Contentious Administrative <i>Augusto Durán Martínez</i>	59
DISEÑO ESTRATÉGICO EN LA INCORPORACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO Strategic design incorporating the criminal Justice system accusatory <i>Daniel Montero Zendejas</i>	93
LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA The codification of the right of access to information in Latin Americ * <i>Ricardo Perlingeiro</i>	157
NEO RETÓRICA JURÍDICA Neo rhetoric <i>Gerardo Ribeiro</i>	181
¿QUÉ LIMITACIONES LEGALES PUEDEN ESTABLECERSE EN MATERIA DE LIBERTAD DE COMUNICACIÓN DE PENSAMIENTO? Can there be legal limitations on freedom of communication of th ought? <i>Martín Riso Ferrand</i>	197

DONACIONES Y LIBERALIDADES ATÍPICAS EN FRAUDE A LA LEY Donations and atypical donations in fraud to the law <i>Miguel Ángel Tomé</i>	225
LA PRUEBA Y LA SENTENCIA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA Proof and sentence: some considerations about the burden of proof <i>Gabriel Valentin</i>	249
RECENSIONES	281
RIVERO DE ARHANCET, MABEL - RAMOS CABANELLAS, BEATRIZ, <i>Derecho de Familia (Personal)</i> , Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 4º edición actualizada julio de 2014. FRANÇA TARRAGÓ, OMAR (COORDINADOR), <i>El aborto y la protección de toda vida</i> , Universidad Católica del Uruguay – Editorial Grupo Magro (Montevideo, 2014), 285 páginas.	
INFORMACIÓN	
REGLAMENTO DE LA <i>REVISTA DE DERECHO</i> UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY.....	303

Índice de autores

ABAL OLIÚ, ALEJANDRO	Revista N° 8, p. 11; Revista N° 9, p. 13.
ARANCIBIA O, MARÍA JOSÉ	Revista N° 9, p. 55.
CAÑARDO, HERNANDO	Revista N° 8, p. 81.
CERVINI, RAÚL	Revista N° 6, p. 11.; Revista N° 7, p. 11.
COSSARI, NELSON-COSSARI, MAXIMILIANO	Revista N° 8, p. 117
DE BARROS CARVALHO, PAULO	Revista N° 9, p. 81.
DE CORES, CARLOS	Revista N° 7, p. 65.
FERREIRA T., HÉCTOR	Revista N° 6, p. 31.
FERRER M., ALICIA	Revista N° 6, p. 59.
FIGUEREDO S., ROBERTO	Revista N° 6, p. 75.
FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA	Revista N° 7, p. 115.
GABRIELLI, ENRICO	Revista N° 9, p. 109.
GALAI, PABLO	Revista N° 6, p. 109.
GARAT, MARÍA PAULA	Revista N° 9, p. 133.
GUAZZELLI PERUCHIN, M. C.	Revista N° 9, p. 185.
GUITART P., MARÍA DE MONSERRAT	Revista N° 7, p. 153.
LEPIN M., CRISTIÁN	Revista N° 8, p. 147.
NAVARRO M., IÑIGO	Revista N° 9, p. 161.
PALIERO, CARLO E.	Revista N° 8, p. 171.
PEREYRA Z., GASTÓN	Revista N° 6, p. 155.
REQUEJO I., MARTA	Revista N° 8, p. 205.
RIBEIRO, GERARDO	Revista N° 6, p. 177; Revista N° 7, p. 203; Revista N° 8, p. 235
RICHARD, EFRAÍN H.	Revista N° 8, p. 257
RIVERO DE ARHENCET, MABEL	Revista N° 7, p. 227.
RUOCCO, GRACIELA	Revista N° 6, p. 201.
TECHERA B, VALERIA	Revista N° 9, p. 221.
TOVANI, FLAVIO	Revista N° 7, p. 249



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 anual, sin perjuicio de los números especiales que resuelva editar el Consejo Editorial.
2. **Estructura.** Esta *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales inéditos arbitrados; 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. **Recepción de artículos.** Los artículos serán recibidos —dentro de los plazos que establezca anualmente el Consejo Editorial— por la editora de la *Revista*, y deberán atenerse a las siguientes pautas:
 - 3.1. Serán entregados en medio magnético (o vía *e-mail*). Los trabajos deben realizarse en Microsoft Word, hoja A4, fuente Times New Roman, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas al pie, interlineado sencillo; espacio posterior 6, sangría en primera línea. Los artículos de investigación académica no podrán tener menos de 15 carillas ni más de 50 y deberán contar con bibliografía actualizada.
 - 3.2. En caso de nota de jurisprudencia, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada. Las notas de jurisprudencia no podrán exceder en su extensión las treinta (30) páginas.
 - 3.3. La estructura de los artículos es la siguiente: título (en el idioma original y en inglés, o en español si el original fuera en inglés); autor (con un breve CV a pie de página); resumen en el idioma original del trabajo, con una extensión máxima de 20 líneas y mínima de 8; sumario del trabajo, palabras claves, todo esto en el idioma original y en inglés. Al final del artículo, 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.
 - 3.4. Las notas a pie de página deben ser numeradas en forma correlativa, en orden creciente.
 - 3.5. Las referencias bibliográficas contenidas en las notas al pie se compondrán del siguiente modo:
 - 3.5.1. En la primera cita de la obra debe aparecer la referencia completa.
 - 3.5.2. En las citas subsiguientes, solo el apellido del autor y la página correspondiente, más el título abreviado si se ha citado más de una obra del mismo autor.

- 3.6 Las referencias bibliográficas deben contener los siguientes datos:
- nombre y apellidos del autor (los apellidos en VERSALITAS);
 - título de la obra (en *cursiva*);
 - volumen o tomo;
 - ciudad, editorial y año de publicación;
 - número de edición o reimpresión, cuando corresponda;
 - número de página de la cita.

Si se trata de un artículo de una publicación periódica o una obra colectiva, el título irá entre comillas y el título de la revista, periódico u obra colectiva en cursiva.

En la bibliografía, aparecerán los mismos datos con los siguientes cambios: se antepone el apellido al nombre del autor y se indica el número total de carillas del libro.

Ejemplos

Libro

CURBELO SORIA, Carmelo, *El automotor en el derecho uruguayo*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012, 1.^a reimp., 91 pp.

Capítulo de libro colectivo

MAESTRE CASAS, Pilar, “Conflictos familiares internacionales y continuidad de las relaciones respentado la identidad cultural”, en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (coordinadora), *La persona frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado. Jornadas de la ASADIP 2010*, Asunción: CEDEP-ASADIP, 2010, pp. 125-155.

Artículo de publicación

HUGHES, Cecilia, “Los ciclos políticos de la economía”, en *Prisma*, n.º 16, mayo de 2001, Montevideo: UCU, 2001, pp. 146-165.

4. **Evaluación de los artículos.** Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos 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. No podrá ser árbitro quien sea miembro de alguno de los consejos 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.
El Consejo Editorial podrá, en casos especiales, recurrir a un árbitro no incluido en la lista, pero que presente una notoria idoneidad en su materia.
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 veinte (20) 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 dos Comités Científicos: uno nacional y otro internacional. Los consejeros serán designados por el Consejo Editorial de la *Revista de Derecho*.

Los miembros del Comité Científico Nacional se reunirán una vez al año para evaluar el último número de la *Revista*, y recibirán un ejemplar cada uno, 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, 2012.

