

Revista de Derecho

Publicación arbitrada de la
Universidad Católica del Uruguay

REVISTA DE DERECHO

PUBLICACIÓN ARBITRADA

DE LA

UNIVERSIDAD CATÓLICA

DEL URUGUAY

06

ISSN 1510-3714

DICIEMBRE 2011

Consejo de Redacción*

Carlos Barbé Delacroix

(UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY, URUGUAY)

Martín Risso Ferrand

(UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY, URUGUAY)

Eugenio Xavier de Mello

(UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY, URUGUAY)

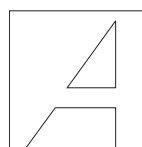
Secretaría de Redacción

Gabriela Aguirre Grompone

(UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY, URUGUAY)

gaguirre@ucu.edu.uy

* El Profesor Juan Carlos Peirano, quien fuera miembro del Consejo de Redacción de esta publicación ha comunicado su alejamiento de esta labor. En consecuencia, corresponde destacar sus aportes enriquecedores tanto en el ámbito académico como personal, y agradecerle muy especialmente el haber contribuido directamente desde el año 1999 en el inicio del arduo camino hacia publicaciones periódicas propias de nuestra Facultad.



Konrad
Adenauer
Stiftung

Revista de Derecho: publicación arbitrada de la
Universidad Católica del Uruguay. -- Montevideo :
Universidad Católica del Uruguay, 2006-

v.
ISSN 1510-3714

1. Derecho.

CDD340.05

Publicación de carácter internacional arbitrada, editada de manera anual ininterrumpida desde el año 2006 hasta el presente.

Una publicación sometida a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, 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. Brinda una oportunidad real para todos los juristas, tanto de América como Europa, y en general todos aquellos interesados en los temas jurídicos de acceder a notas de jurisprudencia, sentencias relevantes y trabajos de alto nivel académico sobre cuestiones de Derecho de interés y actualidad tanto en el ámbito interno como internacional desde un enfoque innovador y con un manejo de bibliografía clásica y moderna pertinente.

De esta edición:

© 2011 UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY
8 de Octubre 2738 - CP 11600,
Montevideo
Teléfono 2487 2717 - Fax 2487 0323
Internet: <http://www.ucu.edu.uy>
Correo electrónico: secinfor@ucu.edu.uy

© 2011 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Telefax: (#49-30) 269 96 0

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA
URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo Uruguay
Tel.: 2902 0943/ -3974 - Fax: 2908 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Diseño de tapa: Taller de Comunicación

Corrección: M. Dutto

Paginado, impreso y encuadernado en Mastergraf s.r.l.
Gral. Pagola 1823 - Tel. 2203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal - Comisión del Papel
Edición amparada por el Decreto 218/96

ISSN 1510-3714

Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

Periodicidad anual
Publicación incorporada a la base de datos Ebsco y al
Catálogo de Latindex.
Sitio web <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.
E-mail: fderecho@ucu.edu.uy

Biblioteca P. Manuel Gutiérrez Semprún S. J.
Por canje dirigirse a canje@ucu.edu.uy o envío de
correspondencia a Biblioteca - Canje
Universidad Católica del Uruguay
8 de Octubre 2738
Montevideo, 11 600, Uruguay

Todos los derechos reservados.

AUTORIDADES INSTITUCIONALES

MONS. DR. NICOLÁS COTUGNO FANIZZI SDB
GRAN CANCELLER

P. JUAN JOSÉ MOSCA SJ
Vice Gran Canciller

P. EDUARDO CASAROTTI SJ
Rector

DR. ARIEL CUADRO
Vicerrector Académico

CR. AUGUSTO BAYLEY
Vicerrector Administrativo

P. MARCELO COPPETTI SJ
Vicerrectora del Medio Universitario

DRA. SANDRA SEGREDO
Secretaria General de la Universidad Católica del Uruguay

FACULTAD DE DERECHO

DR. CARLOS BARBÉ DELACROIX
Decano

DRA. MARÍA JOSÉ BRIZ
Secretaria Académica

DRA. GABRIELA AGUIRRE GROMPONE
Coordinadora de Investigaciones y Publicaciones

DRA. NATALIA LARROSA
Coordinadora de Actividades Extracurriculares

DRA. MARIELLA SAETTONE
Coordinadora de Diplomados en Derechos Humanos

ESC. JULIA SIRI †
Coordinadora de Notariado

DR. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Director del Departamento de Derecho Administrativo

DR. CARLOS DE CORES
Director del Departamento de Derecho Civil

DR. EUGENIO XAVIER DE MELLO
Director del Departamento de Derecho Comercial y Bancario

DR. MARTÍN RISSO FERRAND
Director del Departamento de Derecho Constitucional

DR. RAÚL CERVINI
Director del Departamento de Derecho Penal

DR. WALTER GUERRA
Director del Departamento de Derecho Procesal

REVISTA DE DERECHO

CONSEJO ASESOR NACIONAL

Alejandro Abal	(Universidad de la República)
Juan Blengio	(Universidad de la República)
Juan Pablo Cajarville	(Universidad de la República)
Santiago Carnelli	(Universidad de la República)
Horacio Cassinelli Muñoz	(Universidad de la República)
Raúl Cervini	(Universidad Católica del Uruguay)
Carlos de Cores	(Universidad Católica del Uruguay)
Carlos Delpiazzo	(Universidad de la República; Universidad de Montevideo)
Augusto Durán	(Universidad Católica del Uruguay)
Cecilia Fresnedo	(Universidad Católica del Uruguay)
José María Gamio	(Universidad Católica del Uruguay)
Ronald Herbert	(Universidad de la República; Universidad de Montevideo)
Ángel Landoni	(Universidad de la República; Universidad de Montevideo)
Didier Operti	(Universidad Católica del Uruguay)
Amadeo Ottati	(Universidad Católica del Uruguay)
Siegbert Rippe	(Universidad de la República)
Leslie Van Rompaey	(Suprema Corte de Justicia)
María Wonsiak	(Universidad de la República)

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

Luis Aguiar De Luque	(Universidad Carlos III, España)
Luis Fernando Álvarez	(Universidad Javeriana, Colombia)
Jesús María Casal	(Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)
Juan Carlos Cassagne	(Universidad de Buenos Aires, Argentina)
José Luis Cea Egaña	(Universidad Católica de Chile, Chile)
Paulo De Barros Carvalho	(Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil)
Raúl A. Etcheverry	(Universidad de Buenos Aires, Argentina)
Luis Fernández De La Gándara	(Universidad Complutense, España)
Francisco Fernández Segado	(Universidad Complutense, España)
Silvio Gambino	(Universidad de Calabria, Italia)
Giuseppe Gandolfi	(Universidad de Pavia, Italia)
Domingo García Belaunde	(Universidad Católica de Perú, Perú)
Rafael Illescas Ortiz	(Universidad Carlos III, España)
Marc Lacoursière	(Universidad Laval, Canadá)
Pierre Lemieux	(Universidad Laval, Canadá)
Luca Mezzetti	(Universidad de Bologna, Italia)
Íñigo A. Navarro Mendizábal	(Universidad de Comillas, España)
Carlos Antonio Nedel	(Unisinós, Brasil)
Mariano Negrón	(Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico)
Ricardo Nissen	(Universidad de Buenos Aires, Argentina)
Humberto Nogueira Alacalá	(Universidad de Talca, Chile)
Loretta Ortiz	(Universidad Iberoamericana, México)
Julio C. Otaegui	(Universidad de Buenos Aires, Argentina)
Milagros Otero Parga	(Universidad de Santiago de Compostela, España)
Efraín Hugo Richard	(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)
Néstor Sagüés	(Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina)
Jean Stoufflet	(Universidad Clermont Ferrand, Francia)
Alberto Tarsitano	(Universidad Austral, Belgrano, San Andrés, Argentina)
Arnoldo Wald	(Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil)
Ian Woischnik	(Fundación Konrad Adenauer, Alemania)

ÍNDICE

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 A ND 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>	177
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 <i>Revista de Derecho</i>	231
INDEX OF THE FIVE FIRST ISSUES OF THE <i>JOURNAL OF LAW</i>	231

INFORMACIÓN

Reglamento de la <i>Revista de Derecho</i>	245
REGULATIONS OF REVISTA DE DERECHO (LAW JOURNAL).....	251

DOCTRINA

El principio de confidencialidad en la cooperación judicial penal internacional

SU RELACIÓN CON EL EJERCICIO EFECTIVO DE LA MAGISTRATURA DE LA DEFENSA, EN PARTICULAR, A LA LUZ DEL PROTOCOLO DEL MERCOSUR*

The Principle of Confidentiality in International Criminal Judicial Cooperation

ITS RELATIONSHIP WITH THE EFFECTIVE EXERCISE OF THE JUDICIARY FOR DEFENCE, PARTICULARLY RELATING TO THE MERCOSUR PROTOCOL

*Raúl Cervini***

rcervini@guyer.com.uy

RESUMEN. La cooperación judicial penal internacional se ha entendido como un instituto de solidaridad interetática y garantías, imprescindible para enfrentar la transnacionalidad del delito contemporáneo. El Protocolo de Cooperación Judicial Penal del Mercosur contiene, precisamente, tanto principios funcionales como de garantía. Entre los primeros se encuentra la facultad jurisdiccional de declarar la confidencialidad de una medida de cooperación judicial penal internacional a efectos de evitar la frustración de una determinada medida (artículo 10 del Protocolo del Mercosur). El tema que justifica esta contribución se vincula al alcance ilimitado o restrictivo que se otorgue a este instituto de naturaleza especial, pues toda actuación jurisdiccional penal, interna o de cooperación internacional, presupone una garantía de publicidad de principio, vinculada al ejercicio de la defensa en un sistema democrático de derecho. Entendemos

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrático y director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor agregado efectivo G4 en la Facultad de Derecho de UdelAR.

que la admisibilidad puntual de un instituto excepcional como la confidencialidad de modo alguno puede cercenar la facultad de contralor concomitante y posterior de la defensa técnica frente a medidas intrusivas de derecho susceptibles de provocar daños irreparables.

PALABRAS CLAVE. Mercosur. Derecho penal internacional. Garantías internacionales. Cooperación internacional. Principios procesales. Principio de secreto.

ABSTRACT. The International Criminal Judicial Cooperation has been understood as an institution of inter-state solidarity and assurances, necessary to confront the transnationality of contemporary crime. The Criminal Judicial Cooperation of the Mercosur Protocol contains, precisely, both functional and assurance principles. Among the former we may find the jurisdictional power to declare the confidentiality of a measure for international criminal judicial cooperation in order to avoid thwarting a particular measure (art. 10 of the Mercosur Protocol). The issue which justifies this contribution is linked to an unlimited or restrictive scope granted to this special institution, since any criminal Jurisdictional action, internal or with an international cooperation presupposes a guarantee of the publicity principle, linked to the exercise of Defence in a Democratic System of Law. We believe that the precise admissibility of an exceptional institution such as confidentiality, can not encroach on the power of a concomitant and ultimate power for control of the technical defence against intrusive law measures which are likely to cause an irreparable damage.

KEYWORDS. Mercosur. International Criminal Law. International Assurances. International Cooperation. Procedural Principles. Principle of Confidentiality.

SUMARIO. 1. A modo de introducción a un tema de actualidad. **2.** Aspectos conceptuales de *portada general*. 2.1. Sobre el alcance de las medidas de asistencia judicial penal internacional. 2.2. Funcionamiento de las garantías en materia de asistencia judicial penal internacional. 2.3. Sobre los niveles o grados de asistencia. Principio de la gradualidad. 2.4. Acerca de la legitimación activa y de la amplia defensa técnica del concernido. **3.** La facultad jurisdiccional de declarar la confidencialidad de una medida de cooperación judicial penal internacional. **4.** Sobre la racional coexistencia entre esa facultad jurisdiccional de declarar la confidencialidad de la medida y la facultad de contralor de los procedimientos en ejecución por el abogado. **5.** A modo de conclusión.

1.

A MODO DE INTRODUCCIÓN A UN TEMA DE ACTUALIDAD

Recientes casos concretos de inadecuada aplicación del Protocolo de Cooperación Judicial Penal del Mercosur han evidenciado la necesidad de clarificar algunos aspectos cruciales del tema anunciado. Estas situaciones deben abordarse en el contexto de los principios de garantía que los países signatarios quisieron otorgar al Protocolo del Mercosur, y también en necesaria consonancia con los principios de amplia defensa inherentes a un proceso penal democrático.

En este acuerdo multilateral de cooperación, al igual que en sus antecedentes bilaterales inmediatos (acuerdos de asistencia jurídica mutua entre los Estados Unidos de América y Uruguay, y la República Federativa de Brasil y Uruguay), se ha procurado balancear armónicamente una asistencia eficaz, el reconocimiento jurídico de los diversos sistemas normativos involucrados y los derechos de las personas que puedan verse afectadas en el decurso de instancias concretas de asistencia (concernidos). Con la debida tensión entre estas variables se buscó un estatuto comunitario de cooperación penal que amalgamase la necesaria asistencia internacional y las garantías de todos los concernidos (dotados de asistencia técnica), conforme a los más inspirados avances de la moderna doctrina, que legitima la asistencia penal internacional sobre el reconocimiento efectivo de las garantías del Estado de derecho. Desde esa perspectiva la actuación técnica de la defensa constituye, en cada caso de interacción procesal penal internacional, un imperativo insoslayable de legitimidad.¹

¹ DELMAS-MARTY, Mireille: “Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?”, en CASSESE, Antonio, y DELMAS-MARTY, Mireille: *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*, San Pablo: Manole, 2004, p. 105.

El asunto que justifica este trabajo se vincula al sobredimensionado alcance que algún magistrado nacional exhortado ha otorgado al *principio de confidencialidad* en la aplicación de solicitudes de allanamiento por parte de un magistrado rogante del exterior perteneciente al ámbito comunitario del Mercosur. Esta interpretación de la facultad prevista en el artículo 10 del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur (Protocolo de San Luiz) desnaturaliza el referido instituto de excepción y anula la función de control precautorio de la defensa técnica, en una dimensión que agravia su sentido y función dentro de un proceso penal democrático.

2.

ASPECTOS CONCEPTUALES DE PORTADA GENERAL

2.1. SOBRE EL ALCANCE DE LAS MEDIDAS DE ASISTENCIA JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL

Con frecuencia el tema se ha encarado partiendo de una falsa oposición: las medidas de cooperación jurídica internacional deben interpretarse como algo extraordinario y absolutamente excepcional o —por el contrario— entenderse como una práctica internacional consolidada de aplicación ilimitada e irrestricta. Nos recuerda GRASSO que la tendencia a justificar estas propuestas extremas se basaba en el entendido de que respondían a expresiones extremas de las perspectivas territorialista e internacionalista, respectivamente.²

Existe consenso en que una perspectiva moderna de la asistencia judicial penal internacional obliga a distinguir entre sus variados grados, cada uno de ellos expresivo, a su vez, de solidaridad interetática y garantías, conforme a su respectivo nivel.³ En consonancia con ello, POLIMENI concibe a la cooperación judicial penal internacional (en adelante CJPI) como un “estatuto global normal de auxilio interetático y garantías”.⁴ Esta es precisamente la filosofía que, en mayor o menor grado, impregna el Protocolo del Mercosur.

² GRASSO, Giovanni: “Comunità europee de diritto penale”, en *I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri*, recopilación dirigida por Mario Pisani, Milán: Giuffrè, Serie Justizia Penale, 1989, p. 62.

³ CERVINI, Raúl: “Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble incriminación”, en *Anales del II Seminario Internacional: “La regionalización del derecho penal en el Mercosur”, 10-13 de noviembre de 1993*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993. p. 59 ss.

⁴ POLIMENI, Gioacchino: *La assistenza in materia penale*, Milán: Turccio, 1990, p. 19. En el mismo sentido: CERVINI, Raúl, y TAVARES, Juez: *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, San Pablo: RT, 2000.

La inadmisibilidad o procedencia jurídica de un instituto de tanta trascendencia como el de la CJPI, advierte PÍTTARO, no se puede fundar en extremismos, en términos de todo o nada. *No se trata de cooperar de cualquier modo; tampoco de abstenerse de hacerlo por principio.*⁵

Surge entonces naturalmente una pregunta obligatoria: ¿cómo se pueden amalgamar los aspectos garantistas de la tesis restrictiva con la necesaria solidaridad internacional que inspira a la tesis amplia? Toda alternativa de cooperación se estructura en tres planos fundamentales cuyo justo balance se obtiene manteniendo entre ellos una constante tensión dinámica. Eso se debe reflejar en el necesario equilibrio entre tres vectores: el interés de una eficaz CJPI, el reconocimiento jurídico formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos involucrados, y los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el cumplimiento de instancias cooperacionales, a los cuales llamamos *concernidos*.

Tradicionalmente, atendiendo al hecho de que la cooperación nace de los Estados y encuentra su reconocimiento originario en el derecho internacional público, solamente se tuvieron en cuenta las partes formales de la CJPI: los Estados. Hoy en día, a través de un enfoque integrado, los penalistas reivindican la consideración de las partes sustanciales de estas mismas instancias de auxilio: los Estados y los ciudadanos.⁶

Ciertas abstracciones de derecho público se reducían históricamente a un eufemismo transpersonalista, desconociendo el hecho de que gran parte de los casos de asistencia judicial penal internacional, por no decir todos, afectan directa o indirectamente la situación de individuos concretos, provocando, en muchos casos, daños claramente irreversibles en la esfera de su libertad o de su patrimonio.

2.2. FUNCIONAMIENTO DE LAS GARANTÍAS EN MATERIA DE ASISTENCIA PENAL JUDICIAL INTERNACIONAL

Este tipo de asistencia implica una doble proyección, externa e interna, del instituto y, por consecuencia, una lectura bifocal de sus alcances. En lo que refiere a un primer nivel de aproximación, que podemos denominar *continente*, es indiscutible que en los tiempos actuales las instancias de CJPI deben ser vistas —en principio— como un mecanismo pro-

⁵ PÍTTARO, Paulo: “Tutele procedurali e requisiti in materia penale”, exposición en la Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales, Siracusa, diciembre de 1989, p. 6. Ulteriormente publicado en *Anales de la Conferencia* (preparado por M. Chewrif Bassiouni), Siracusa: ISISC-Trabelli Editori, 1990, p. 16.

⁶ Sobre este tema, GARIN, Robert: *Document No. 4 pour le Groupe ad hoc Droit Communautaire, Droit Penal*, doc CCI 271/97, Paris, 1997, p. 31, y RUNIELLI, Salvador: “Los esfuerzos comunitarios en el campo penal después de Maastricht”, en *Gaceta Jurídica de la Comunidad Económica Europea*, D.20, marzo 1997, p. 67.

cesal normal o regular del derecho internacional, como derivación natural del principio de solidaridad judicial interetática.

Obviamente, tratándose de asistencia de naturaleza penal, la calificación de normal o regular no puede entenderse de modo alguno como sinónimo de ineludible, inexcusable. Por la sensibilidad de los temas que aborda, la prestación de asistencia debe tener como uno de sus criterios básicos de ejercicio el respeto de las máximas garantías individuales.⁷

Atendiendo a este último aspecto, la discusión, si cabe, deberá recaer sobre el contenido. En este ámbito, entrará a jugar necesariamente una red de principios de eficacia y garantía; entre estos últimos, aquellos de naturaleza formal y los de naturaleza sustancial, o sea, aquellos propios del proceso y también muy especialmente los inherentes al dogma penal. Estos mismos principios de eficacia y garantía, armónicamente balanceados, permitirán a los jueces requeridos, y eventualmente a la Administración, resolver caso a caso, conforme al nivel de asistencia requerido y otras valoraciones jurídico-formales y sustanciales, la procedencia, improcedencia o dilación de la asistencia solicitada.

2.3. SOBRE LOS NIVELES O GRADOS DE LA ASISTENCIA. PRINCIPIO DE GRADUALIDAD

Toda medida de CJPI lleva implícita, de algún modo, la intromisión de un orden jurídico (requerente) dentro de otro (requerido) y una afectación de derechos patrimoniales y personales cuya medida y gravosidad dependerá, en primer lugar, de la naturaleza procesal de la medida de asistencia solicitada y, en segundo lugar, de la duración de su coercibilidad.

Esta característica multiforme (en su espectro) y polifuncional (respecto del proceso), propia de las medidas de CJPI, pone de manifiesto la existencia de niveles o grados en ellas, afirma MOUSO.⁸

En atención a que los países signatarios del Mercosur, con la expresa adhesión de Bolivia y Chile, optaron por separar el disciplinamiento convencional de la extradición, a tal punto que en noviembre de 1998 esos mismos Estados partes suscribieron en Río de Janeiro un acuerdo de extradición (Doc. Mercosur/CMC/Dec. 14-15/98), debemos concluir que el Protocolo de Asistencia del Mercosur solo refiere a asistencia de primer y segundo grado,

⁷ PITTARO: o. cit., p. 18.

⁸ MOUSO, Paulo: "Cooperación judicial inter-etática", en *Revista Colombiana de Derecho Procesal Penal*, año III, vol. 02. Bogotá: Beltrami, 1990, p. 31. En el mismo sentido CERVINI, Raúl: "Antecedentes y principios del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos penales de San Luis para el Mercosur", en YACOBUCCI, Guillermo J. (dir.), LAPORTA, Mario H., y RAMÍREZ, Nicolás D. (coords.): *Derecho penal empresario*, Montevideo-Buenos Aires: B de E, 2010.

mientras que se ocupa del tercer grado de asistencia (extradición) en un acuerdo multilateral independiente.

El primer grado comprende las medidas de asistencia de mero trámite (notificaciones) y las medidas meramente procedimentales o instructorias.

El segundo grado abarca aquellas medidas de CJPI susceptibles de causar gravamen irreparable en los bienes de las personas (relevamiento de secreto, registros, embargos, secuestros, algún otro tipo de interdicción y entrega de cualquier objeto).

Ese abanico de formas de CJPI “excluye por su propia diversidad la aplicación de iguales requisitos”, señala agudamente Paulo MOUSO.⁹ Esto es lo que modernamente se denomina *principio de gradualidad*. Así, por ejemplo, la doble incriminación no aparece como una exigencia necesaria tratándose de medidas de asistencia procedimental de primer nivel, en atención a su localización dentro del proceso y ausencia de perjuicio. En cambio, a nuestro modo de ver, corresponde la exigencia de doble incriminación en el caso de los pedidos de CJPI de segundo nivel (registros, embargos, bloqueos, confiscaciones, etc.) *susceptibles de ocasionar gravamen irreparable en la esfera de los derechos patrimoniales del concernido*. Este criterio fue precisamente el acogido en las resoluciones correspondientes a la sección IV (Derecho internacional) durante el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de AIDP, celebrado en Budapest.¹⁰

2.4. ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y DE LA AMPLIA DEFENSA TÉCNICA DEL CONCERNIDO

Gracias al aporte de la moderna doctrina italiana, entre otras, hoy se reconoce el hecho de que, por sus características, gran parte de los casos de CJPI afectan directa o indirectamente la situación de aquellas personas concretas alcanzadas por las medidas de cooperación, provocando frecuentemente daños de carácter irreversible en la esfera de su libertad o en su patrimonio.

En medio del relacionamiento entre los Estados aparece, con evidencia, la presencia de un tercer sujeto que interpone sus derechos y garantías en el juego de la ayuda recíproca entre Estados. Este sujeto es el ya mencionado *concernido*, persona para quien la cuestión

⁹ MOUSO: o. cit., p. 36.

¹⁰ Association Internationale de Droit Penal (AIDP): *Lettre d'information*, 1999/2, p. 105. En esa oportunidad se expresó: “Debe mantenerse la exigencia de la doble incriminación como condición para la extradición. Debería abandonarse esa exigencia en otros casos de asistencia, siempre y cuando la misma no suponga la adopción de medidas coercitivas o de medidas que puedan llevar a una afectación de los Derechos Humanos o restricción de las libertades fundamentales” (Sec. IV.D.1).

procesal objeto de la cooperación no es un mero “asunto o razón de Estado” respecto de cuya solución carezca por completo del derecho a intervenir y obtener pronunciamientos jurisdiccionales. Al contrario, se trata de una materia que le concierne directamente, en la medida en que pueden verse afectados sus derechos constitucionalmente reconocidos, y por ende le debe ser reconocida legitimación directa para aspirar a su tutela. A partir de esta concepción, las garantías de que es titular la persona afectada por la medida de CJPI se esclarecen ante la conciencia jurídica en un plano de absoluta paridad con el estatuto que rige la ayuda inter-estatal, y ello sin ningún perjuicio jurídico a la eficacia material de la medida.

Tratándose de medidas de asistencia consistentes en levantamiento del secreto bancario, bloqueo de bienes, inspecciones, registros, allanamientos de morada, interceptación de correspondencia, secuestro de bienes, típicas medidas de segundo grado, el sujeto afectado por ellas se encuentra, en la práctica, en muchos casos, desprovisto de defensa y amparo.

Como consecuencia de esta práctica ilegal, las solicitudes de CJPI susceptibles de causar gravamen irreparable, se suelen expedir, tramitar y devolver, sin noticia ni participación, del concernido, que solo tomará conocimiento tardíamente de que determinados derechos que la Constitución y la ley le aseguran fueron irreversiblemente violados. Se puede afirmar que esta forma de práctica de la CJPI, deroga puntualmente las garantías constitucionales y legales que normalmente tiene todo ciudadano y anula la función preventiva de comparecencia precautoria de lesión del derecho subjetivo del concernido, que es la función primordial del Derecho. El Derecho no se consagra solamente para reparar los daños sino también para prevenirlos, porque en su función preventiva se funda la normalidad de la convivencia social.¹¹

Prácticas de este carácter cercenan radicalmente el derecho de amplia defensa consagrado en el plano interno, a partir de la propia Constitución de cada uno de los Estados miembros del Mercosur y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los mismos Estados partes, los que por su especificidad deben prevalecer sobre las normas convencionales restrictivas de las garantías.

El derecho de amplia defensa y consecuentemente la legitimación del concernido a comparecer activamente en casos de CJPI lo consagran las Cartas Magnas del Mercosur: Constitución uruguaya (artículos 12, 30, 66, 72 y 332), Constitución Nacional del Paraguay (artículos 16 y 17), Constitución argentina (artículo 18), Constitución Federal de Brasil, de 1988 (artículo 5.º, LV); también los acuerdos internacionales de carácter bilateral: Acuerdo para la Ejecución de Cartas Rogatorias Brasil-Uruguay de 1879 (artículo 3), Convenio entre

¹¹ Cf. PELLEGRINI GRINOVER, Ada: “Relatorio general del tema n.º 3”, en Congreso Internacional de Derecho Procesal, V. M, Taormina, 1995, n.º 7.2.1. En el mismo sentido: MOCCIA, Sergio: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Nápoles: Scientifiche Italiane, 1992, parte primera.

Argentina y Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Cartas Rogatorias de 1982 (artículo 8), tratado suscrito entre Uruguay y Chile del mismo año 1982 (artículo 9), Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Estados Unidos de América y Uruguay, el TEVR Brasil-Uruguay, etcétera.

En el ámbito multilateral recogen claramente el mismo principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que consagra explícitamente los principios de la preceptividad de la defensa e “igualdad de armas”; el Proyecto de Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial en Materia Penal a nivel de OEA (artículos 10 ss.); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 14); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969 (artículos 1.1, 2, y fundamentalmente su artículo 8); la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 1999; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, conocida como Carta de Banjul, etcétera.

Todas las garantías reconocidas en los documentos mencionados integran el contenido de garantía de un proceso justo y equitativo, en que los derechos humanos de los concernidos y los atributos sustantivos y adjetivos de la más amplia defensa constituyen a la vez su objeto y el factor legitimante de la actuación estatal.

Las facultades de la defensa se vinculan medularmente con el modelo garantista sustentado por Luigi FERRAJOLI, en su doble función: cognitiva y de protección de las libertades. El modelo garantista, desde el punto de vista cognitivo, expresa el parámetro para la actividad de producción de pruebas, en tanto es el método más adecuado para la aprehensión de una realidad. Desde el punto de vista de las libertades, el modelo garantista está asociado a la protección del individuo en el proceso, al asegurar, por ejemplo, la participación de las partes, el derecho al silencio y fundamentalmente el derecho a la defensa técnica. En ese sentido, el magisterio de la defensa representa mucho más que la expresión de un proceso justo de naturaleza garantista, como ha reconocido la Corte Internacional de Derechos Humanos; significa, en realidad, “el padrón de exigencia mínima de las adecuadas garantías en un proceso calificado como democrático”.¹²

Esa defensa técnica se expresa en el contradictorio. Este principio significa oportunidad de participación activa de las partes interesadas, característica esencial en un Estado democrático. A partir de la confrontación dialéctica es posible un triple control sobre las

¹² Cf. MARTIN-CHENUT, Kathia, y SILVA, Fabia de Melo: “La constitutionalisation/conventionalisation du droit”, en GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (coord.): *Les Transformations de L'administration de la prevue pénale. Perspectives comparées*, París: Société de Legislation Comparée, 2006, v 12, p 34.

pruebas por el abogado: un control previo para influir en la valoración de la prueba por el juez, un control de identificación del material probatorio y un control de formación de las pruebas. En materia de prueba producida en el exterior, hay marcado consenso garantista en el sentido de que la expresión viva del contradictorio debe ser analizada en diferentes momentos, ajustada a la naturaleza de la medida de prueba solicitada (prueba ordinaria, extraordinaria, sigilosa), pero en todo caso se debe garantizar la máxima participación posible al abogado.¹³

El derecho a tener una defensa técnica implica el derecho a estar asistido por un defensor legalmente habilitado o nombrado de oficio. En lo que refiere a la ya mencionada prueba producida en el exterior, la observancia del derecho de defensa se manifiesta fundamentalmente en la oportunidad de acompañamiento del acto a ser implementado en el Estado requerido, como también por el derecho del acusado a ser asistido por un profesional. Así como el acusado tiene derecho a una defensa efectiva, también tiene derecho a un control técnico de la regularidad de los actos realizados en el exterior por su representante legal, e incumbe a las autoridades competentes el deber de actuar de modo de asegurar al interesado el goce efectivo de ese derecho.¹⁴

Catégoricamente destaca el jurista Carlos RAMOS RUBIO que las declaraciones y las diligencias probatorias efectuadas ante organismos jurisdiccionales extranjeros, aun median-do la solicitud de confidencialidad, vulneran las garantías procesales si durante su efectiva realización no están presentes ni los procesados ni sus defensas. Naturalmente, con la simple presencia física del abogado no alcanza; este debe estar facultado para actuar y protegido para hacerlo eficazmente. Como otros publicistas contemporáneos, RAMOS RUBIO reconoce que el carácter sigiloso de la medida no sirve de excusa para impedir el control simultáneo y posterior de su ejecución por el defensor técnico; ello violaría el principio de *igualdad de armas*, las garantías de la defensa y el propio principio de presunción de inocencia.¹⁵

Al respecto debe tenerse en cuenta que, como uno de los pilares de un proceso de garantía, la presunción de inocencia se manifiesta en la regla *in dubio pro reo*, que se expresa en dos aspectos complementarios: como garantía política y como regla de tratamiento del con-cernido. Como garantía política impone que la quiebra del estado general de inocencia sea

¹³ GUZMÁN FLUJA, Vicente C.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 109.

¹⁴ BARRETO, Irineu Cabral: *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra, 2005, p. 171.

¹⁵ RAMOS RUBIO, Carlos: "Comisiones rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español", en: *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, n.º 3, Madrid, 2003, p. 357.

precedida, necesariamente, por la observancia del debido proceso legal y, simultáneamente, como regla de tratamiento del acusado a lo largo del proceso, encarna a su vez la exigencia de la más amplia defensa con el consiguiente acompañamiento de la asistencia técnica en toda instancia procesal susceptible de causar gravamen irreparable a los derechos del acusado. En tal sentido el debido proceso legal, reiteramos, no puede verse como una mera exigencia formal; trasunta actividad sustantiva de derecho y actividad de control formal de cada actuación del proceso por la defensa. Todo ello en el más amplio sentido posible, conforme a la naturaleza y la regulación normativa de los actos comprendidos.¹⁶

3.

LA FACULTAD JURISDICCIONAL DE DECLARAR LA CONFIDENCIALIDAD DE UNA MEDIDA DE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL

En el marco de la asistencia judicial penal internacional el juez exhortante puede hacer uso de la facultad prevista, entre otros textos bilaterales y multilaterales, en el artículo 10 del Protocolo del Mercosur. Concretamente, pedir que la medida de cooperación que solicita se tramite con carácter confidencial. Expresa el referido artículo 10: “A pedido del Estado requirente, se mantendrá el carácter confidencial de la solicitud y de su tramitación”.

Esta facultad del exhortante, de ser eventualmente refrendada por el juez comisionado, buscará impedir el conocimiento previo de la medida solicitada, el conocimiento previo de la fecha, los medios y/o procedimientos con los cuales se implementará esa medida calificada como necesariamente sigilosa; todo ello a efectos de evitar la frustración de tal medida.

Hasta este punto no hay discusión relevante posible.

El tema que nos agravia está vinculado al alcance ilimitado o restrictivo que se otorgue a este instituto de naturaleza excepcional, pues toda actuación jurisdiccional penal, interna o de cooperación internacional, presupone una garantía de publicidad de principio, vinculada al ejercicio de la defensa en un sistema democrático de derecho.

En mérito a ello, la admisibilidad puntual del instituto excepcional de la confidencialidad de modo alguno puede cercenar la facultad de contralor concomitante y posterior

¹⁶ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique RIGHI: *Ônus da prova no processo penal*, San Pablo: Revista Dos Tribunais, 2003, p. 286 ss.

de una medida intrusiva de derechos y sus secuelas jurídicas por parte del abogado del concernido. A vía de ejemplo, si un abogado del concernido se presenta en el lugar en el cual se cumple una medida de allanamiento implementada de forma sigilosa y lo hace una vez iniciada su ejecución, tendrá por derecho la legítima facultad de ejercicio de su función técnica de contralor precautorio concomitante y posterior de la medida en proceso.

Según los términos expuestos, la posibilidad de que su actuar profesional pueda frustrar la eficacia de la medida solicitada (por el exhortante) y refrendada (por el exhortado) como confidencial es absolutamente inexistente. Es más, esa actividad de contralor técnico de la defensa deberá ser expresamente tutelada por el magistrado responsable directo de la conducción e implementación de la medida calificada como confidencial.

Coartar esa instancia de defensa es violatorio de las garantías del proceso democrático.

4.

SOBRE LA RACIONAL COEXISTENCIA ENTRE ESA FACULTAD JURISDICCIONAL DE DECLARAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LA MEDIDA Y LA FACULTAD DE CONTRALOR DE LOS PROCEDIMIENTOS EN EJECUCIÓN POR EL ABOGADO

Consecuentemente a lo expresado, las personas eventualmente afectadas por el cumplimiento de medidas de asistencia judicial penal internacional tienen, *de principio*, una legítima y natural vocación de ser asistidas por un abogado que controle en todos sus aspectos previos, concomitantes y posteriores la ejecución de las medidas y su derecho a hacer oír su punto de vista en el decurso de esas instancias de auxilio interetático, las cuales, no obstante ese carácter predominante de asistencia entre Estados, no pueden ejecutarse legítimamente de espaldas a los derechos de los destinatarios finales de todo el tráfico jurídico: los ciudadanos.

El ejercicio de la magistratura de la defensa solo puede ser limitado en los aspectos previos a su materialización, siempre y cuando la normativa admita el llamado *principio de confidencialidad*. Pero aun en tal hipótesis no es admisible desvirtuar o impedir irrestrictamente el ejercicio de la facultad de contralor concomitante y posterior a su ejecución.

El maestro de Florencia POLIMENI esclarece totalmente la cuestión al afirmar:

La regla general en un proceso penal democrático es la publicidad de los autos. Esto alcanza incluso a las instancias de cooperación judicial penal internacional [...]. La cláusula de confidencialidad no autoriza a obstaculizar el debido control, por parte de la Defensa, respecto del decurso (desarrollo) de medidas de asistencia judicial externa, particularmente de aquellas intrínsecamente gravosas y fraccionables (caso de allanamiento, secuestro de bienes y documentos), bajo el pueril pretexto de evitar su frustración o trabas en su fluida ejecución. Realmente, en tales casos lo que se frustra es el propio ejercicio del Derecho, ya que no es admisible frente al mismo (Derecho), una “fluida ejecución” de tales medidas sin el correlativo control del abogado. Es natural e inherente al ejercicio de las garantías de la cooperación judicial penal internacional la actuación de control jurídico-formal del abogado “in situ”, durante la implementación de las instancias de asistencia penal internacional. Y ello aun respecto de aquellas medidas precalificadas como sigilosas, que en el caso solo lo serán en cuanto a su mérito, estrategia y oportunidad (en base a qué derecho, cómo y cuándo ejecutarlas). Superado ese nicho de justificado sigilo, una vez iniciada la implementación de la misma, a partir de ese momento, ya habrá desaparecido todo riesgo de desvirtuar esta categoría de medida reservada y recobrarán su inherente gravitación constitucional, toda su fuerza vigilante, los atributos de la Defensa, plasmados en el control integral de la actuación o ejecución material y debido resguardo de sus secuelas formales.

Como es sustancial —agregamos— el control directo por la sede competente, primer custodio institucional de las garantías de la cooperación judicial internacional en el ámbito de su jurisdicción, no para entorpecer su desarrollo ajustado a derecho interno, sino a efectos de cuidar sus eventuales desvíos.

También dentro de la doctrina cooperacionista italiana Gianluca DIANESE ha sostenido:

Las medidas de asistencia penal internacional calificadas por el magistrado exhortante con la prerrogativa de la confidencialidad deben analizarse necesariamente fraccionadas. El secreto cobra toda su vigencia en el plano de la determinación relativa al cómo y cuándo de la medida. Pero una vez iniciada su ejecución, es indiscutible que la sede comisionada debe facilitar la presencia y el control por el abogado de la parte afectada por dicha medida. En tal sentido es contundente el fallo de la Corte Constitucional italiana de 25 de julio de 1996, n.º 379, en *Proceso Penal* n.º 12/1996 (voce: *Rogatorie estere senza la presenza del difensore dell'imputato*. Comento: F. Felicetti).¹⁷

¹⁷ DIANESE, Gianluca: *Le rogatorie internazionali in materia penale*, Arzano: Giuridiche Simone, 1998, p. 58. En el mismo sentido se pronuncia RAMAJOLI, S.: “Rogatoria all'estero e garanzie difensive”, en *Giustizia Penale*, III, 1993-4, pp. 338 ss., nota a sentencia del Tribunal de Milán de 13 de octubre 1993.

Dentro de la moderna doctrina de Brasil, debe recordarse a Solange MENDES DE SOUZA, quien en su obra *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*, expresa al respecto:

El Protocolo prevé también la posibilidad de imponer reserva a la tramitación de la solicitud de asistencia (artículo 10) situación no prevista en la Convención. Evidentemente que esa reserva se opone frontalmente a las reglas de publicidad y amplia defensa consagradas constitucionalmente; debe tener un empleo criterioso, justificado por el propio principio constitucional, que permita en el caso concreto, conforme al estadio de ejecución de la medida sigilosa, evaluar su indispensabilidad. La garantía de contar con asistencia técnica de abogado consagrada constitucionalmente no puede desconocerse de modo ilimitado; simplemente se restringirán sus facultades de asistencia a niveles de control de ejecución de la medida sigilosa en curso, reservándose para un contradictorio posterior, reglado por la Carta Magna, el ejercicio pleno de las facultades de defensa técnica. [...] También la ley portuguesa y la italiana distinguen la confidencialidad de algunos procedimientos del ejercicio de las facultades de contralor formal y sustantivo del abogado. Se trata de arbitrar un procedimiento que permita asegurar la reserva inicial de la medida y a la vez la función de contralor inherente a la defensa.¹⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado el jurista brasileño Marcelo Caetano GUENZELLI PERUCHIN en su trabajo de tesis de maestría del Programa de Posgrado en Ciencias Criminales de la PUCRS, en el cual sintetiza y ratifica las grandes líneas de la doctrina y jurisprudencia de Brasil sobre este punto:¹⁹

[...] en el plano interno por imperio del artículo 5, LV, de nuestra Constitución de 1988, es obligatoria la presencia activa del defensor en cualquier interrogatorio policial, cualquier acto de obtención de prueba judicial y también en el caso de medidas de cooperación judicial internacional. O sea que resulta preceptiva la presencia del defensor controlando y fiscalizando los aspectos formales de la rogatoria y la propia implementación efectiva de todos los actos solicitados al juez comisionado.

¹⁸ SOUZA, Solange MENDES DE: *Cooperação jurídica penal no Mercosul. Novas possibilidades*, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 214-215. Cf. NADDEO, Marco: "L'assistenza Giudiziaria e patrocinio attivo degli avvocati", en *Diritto Penale e Processo*, Mensile di Giurisprudenza, Legislazione e Dottrina, Asago: [s.n.], 2006. p. 46. En la doctrina española comparte el mismo criterio CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán: "La colaboración entre los Estados en el ámbito penal: técnicas de cooperación jurídica internacional", en DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario, y SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coords.): *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Madrid: Colex, 2000, p. 149.

¹⁹ GUAZZELLI, Marcelo Caetano PERUCHIN: *Legitimação ativa e direito à ampla defesa e ao contraditório pelo cidadão envolvido na cooperação judicial penal internacional*, Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000, pp. 80 ss. En el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ, Antonio Scarance: *Processo penal constitucional*, San Pablo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 249; GRECO FILHO, Vicente: *Tutela constitucional das liberdades*, San Pablo: Saraiva, 1989, pp. 83 y ss; DOTTI, René Ariel: "Princípios do Processo Penal", en *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Separata, año 30, n.º 117, Brasília, 1993, p. 92.

Amplía más adelante:

En el caso excepcional de que se haya decretado por resolución motivada sigilo o confidencialidad de la medida de asistencia internacional, corresponderá igualmente la presencia y actuación técnica del defensor, a partir del momento de comienzo de ejecución de la medida de asistencia decretada preventivamente como sigilosa. En tal caso, el control y la fiscalización del abogado tendrán por objeto la regularidad referida a la ejecución o implementación de la medida. Esto es así porque la Constitución prevé para tales hipótesis el ejercicio pleno de un contradictorio diferido (sobre el fondo del asunto), para un momento posterior a la realización de la medida confidencial. Existe jurisprudencia consolidada del STF en tal sentido.

Actuar de otro modo implica cercenar la facultad de actuación de control concomitante por parte del abogado durante una medida de asistencia penal internacional de tanta envergadura.

Ciertamente esta postura no surge aislada; es tributaria del proceso de internacionalización y constitucionalización de los derechos humanos que se extiende a las garantías procesales. Esas garantías del proceso justo comprenden los derechos fundamentales procesales, cuyo reconocimiento por un Estado constituye uno de los criterios para medir el carácter autoritario o liberal de una sociedad y a la vez actúan para asegurar la efectiva realización de dichos derechos.²⁰

Compartimos con André de Carvalho RAMOS que el derecho internacional de los derechos humanos es un sistema de principios y normas idóneos para regular la cooperación internacional de los Estados, cuyo objetivo, con independencia de la rama del derecho involucrada, es la promoción del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos de garantía y protección de tales derechos. Esos mecanismos de garantías y protección de los derechos se materializan en las garantías de un proceso justo, el efectivo contradictorio y la más amplia defensa. Todo ello presupone jerarquizar como factor legitimante del proceso y en toda posible instancia la actuación del abogado. En otras palabras, la presencia activa del abogado no puede verse como un hecho de excepción dentro del proceso interno o en las instancias de asistencia internacional, sino que su participación es ineludiblemente de principio y con tal rigor debe reivindicarse su actuación en cada caso.²¹

²⁰ BACIGALUPO, Enrique: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 133.

²¹ RAMOS, André de Carvalho: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50.

5.

A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El principio de confidencialidad procura impedir el conocimiento previo de la existencia de la medida de asistencia penal internacional solicitada y el conocimiento previo de la fecha, los medios y/o procedimientos con los cuales se implementará esa medida sigilosa, pero de modo alguno puede cercenar la facultad de contralor precautorio concomitante y posterior de la medida intrusiva de derechos y sus secuelas por el abogado del concernido.

2. Finalizamos con reflexiones de Zaffaroni²² que advierten sobre la intrínseca y peligrosa falacia que traducen aquellos entendimientos que en el ámbito jurídico-penal parten de la antinomia individuo/sociedad. Los intereses del grupo no pueden ser otros que los de los hombres que lo integran. En todo caso, también en el ámbito regional, no hay combate a la transnacionalización del delito que justifique un desconocimiento de tal presupuesto. Al contrario, el Protocolo de Asistencia Penal que hoy nos vincula debe necesariamente interpretarse e implementarse en estrictos términos de derecho, particularmente sobre la base del respeto a los derechos fundamentales del hombre,²³ espina dorsal y fin de todo sistema normativo legítimo, al cual, en definitiva, también la asistencia penal internacional debe servir.

Siguiendo la misma línea, deben llevarse las disposiciones garantistas del texto acordado (Protocolo) a todos aquellos ámbitos dogmáticos y extradogmáticos que sirvan al mismo propósito, donde deban, lógicamente, ingresar (principio de la continuidad de las garantías). Al final de estos desarrollos encontraremos el más pleno derecho de la defensa como escudo infranqueable a la arbitrariedad y elemento fundamental de la regularidad jurídica, imprescindible a la hora de cumplir de modo responsable las medidas de asistencia penal entre los Estados democráticos que integran el Mercosur.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Buenos Aires: Ediar, 1985, p. 310.

²³ PORTERO GARCÍA, Luis: "Caracteres del derecho penal comunitario", en *Revista del Poder Judicial*, n.º 11, Madrid, 1984, p. 146 ss. En el mismo sentido: VAN DEN WYNGAERT, Christine: *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, Siracusa: ISISC, 1990.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL (AIDP): *Lettre d'information*, 1999/2.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi: *Ônus da prova no processo penal*, San Pablo: Revista Dos Tribunais, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 133.
- BARRETO, Irineu Cabral: *A Convenção Européia dos Direitos do Homen*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra, 2005.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán: “La colaboración entre Estados en el ámbito penal: técnicas de cooperación jurídica internacional”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario, y SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coords.): *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Madrid: Colex, 2000.
- CERVINI, Raúl: “Antecedentes y principios del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos penales de San Luis para el Mercosur”, en YACOBUCCI, Guillermo J. (dir.), LAPORTA, Mario H., y RAMÍREZ, Nicolás D. (coords.): *Derecho penal empresario*, Montevideo-Buenos Aires: B d F, 2010.
- “Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble incriminación”, en *Anales del II Seminario Internacional: “La regionalización del derecho penal en el Mercosur”, 10-13 de noviembre de 1993*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- CERVINI, Raúl, y TAVARES, Juarez: *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, San Pablo: RT, 2000.
- DELMAS- MARTY, Mireille: “Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?”, en CASSESE, Antonio, y DELMAS-MARTY, Mireille: *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*, San Pablo: Manole, 2004.
- DIANESE, Gianluca: *Le rogatorie internazionali in materia penale*, Arzano: Giuridiche Simone, 1998.
- DOTTI, René Ariel: “Princípios do Processo Penal”, en *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Separata, año 30, n.º 117, Brasília, 1993.
- FERNÁNDEZ, Antonio Scarance: *Processo Penal Constitucional*, San Pablo: Revista dos Tribunais, 1999.

- GARIN, Robert: *Document No. 4 pour le Groupe ad hoc Droit Communautaire, Droit Penal*, doc CCI 271/97, París 1997.
- GRASSO; Giovanni: “Comunità Europea de diritto penale”, en PISANI, Mario (dir.): *I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri*, Milán: Giuffrè, Série Justizia Penale, 1989.
- GRECO FILHO, Vicente: *Tutela constitucional das liberdades*, San Pablo: Saraiva, 1989.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente C.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MARTIN-CHENUT, Kathia, y SILVA, Fabia de Melo: “La constitutionalisation/conventionnalisation du droit”, en GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (coord.): *Les transformations de l'administration de la prevue pénale. Perspectives comparées*, París: Société de Legislation Comparée, 2006.
- MOCCIA, Sergio: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Nápoles: Scientifiche Italiane, 1992.
- MOUSO, Paulo: “Cooperación judicial inter-etática”, en *Revista Colombiana de Derecho Procesal Penal*, año III, vol. 2, Bogotá: Beltrami, 1990.
- NADDEO, Marco: “L' assistenza Giudiziaria e patrocinio attivo degli avvocati”, en *Diritto Penale e Processo. Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, Asago: [s.n.], 2006.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada: “Relatorio general del tema n.º 3, en *Congreso Internacional de Derecho Procesal*, V. M., Taormina, 1995.
- PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli: *Legitimação ativa e direito à ampla defesa e ao contraditório pelo cidadão envolvido na Cooperação Judicial Penal Internacional*, Porto Alegre: Pontificia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, 2000.
- PITTARO, Paulo: “Tutele procedurali e requisiti in materia penale”, exposición en la Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales, Siracusa, diciembre de 1989. Ulteriormente publicado en *Anales de la Conferencia* (preparado por M. CHEWRIF BASSIOUNI), Siracusa: ISISC-Trabelli, 1990.
- POLIMENI, Gioacchino: *La assistenza in materia penale*, Milán: Turccio, 1990.
- PORTERO GARCÍA, Luis: “Caracteres del derecho penal comunitario”, en *Revista del Poder Judicial*, n.º 11, Madrid, 1984.
- RAMAJOLI, S.: “Rogatoria all'estero e garanzie difensive”, en *Giustizia Penale*, III, 1993-4.
- RAMOS, André de Carvalho: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- RUBIO, Carlos Ramos: “Comisiones rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, n.º 3, Madrid, 2003.
- RUNIELLI, Salvador: “Los esfuerzos comunitarios en el campo penal después de Maastricht”, en *Gaceta Jurídica de la Comunidad Económica Europea*, D.20, marzo de 1997.
- SOUZA, Solange Mendes de: *Cooperação Jurídica Penal no Mercosul. Novas Possibilidades*, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.
- WYNGAERT, Christine van den: *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora’s Box?*, Siracusa: ISISC, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Buenos Aires: Ediar, 1985.

Los procesos de humanización de la sociedad comercial

LA ADMISIBILIDAD DE SU DAÑO MORAL*

Humanization Processes in Trading Companies

ADMISSIBILITY OF PAIN AND AUFFERING

*Héctor Ferreira Tamborindeguy***

hferreira@hughes.com.uy

RESUMEN. La historia del derecho no ha mostrado más que avances hacia una cercanía cada vez mayor entre lo que puede hacer una persona jurídica y lo que puede hacer una persona física. En el presente trabajo se analizan algunos aspectos de esa evolución empleando el término *humanización* para evocar esa cercanía conceptual que cada vez se ve con más claridad. No se llega a afirmar que una sociedad comercial o cualquier otra persona jurídica tenga rasgos humanos, sin perjuicio de constatar que a lo largo de la historia eso ha sido lo que ha hecho el derecho: ha extendido atributos humanos a los entes ficticios, a las entelequias por él creadas. Lo que se plantea es que, más allá de las doctrinas que han pretendido justificar el daño moral de las personas jurídicas, en materia de sociedades comerciales la tesis de la ficción jurídica puede ser empleada para explicar estos procesos y cuestiones controvertidas como el mismo daño moral de las sociedades comerciales.

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Profesor Adjunto de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Privado IV & V en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

PALABRAS CLAVE. Daño moral. Personas jurídicas. Responsabilidad penal. Sociedades comerciales.

ABSTRACT. The history of Law has shown progress towards a growing closeness between the actions performed by a legal entity and the actions carried out by a natural person. This paper analyzes some aspects of this evolution using the term “humanization” to evoke this conceptual closeness which becomes increasingly clearer. This paper does not imply that a trading company or any other legal entity has human traits, although we may note that throughout history this fact has been taken into account by the Law, which has extended human traits to fictitious entities, to the entelechies created by the Law. Beyond the doctrines that have attempted to justify the pain and suffering of legal entities, regarding trading companies, we state that the thesis of the legal fiction can be used to explain these processes and controversial issues such as the same pain and suffering of trading companies.

KEYWORDS. Pain and Suffering. Legal Entities. Criminal Liability. Trading Companies.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las sociedades comerciales. **3.** La sociedad comercial como sujeto de derechos fundamentales. **4.** El daño moral. **5.** El daño moral de la persona jurídica. 5.1. El daño moral de la persona jurídica desde la tesis amplia. 5.2. El daño moral de la persona jurídica desde la tesis restringida. 5.3. El daño moral de la persona jurídica como daño colectivo. **6.** El daño moral de la sociedad comercial. **7.** Conclusiones. **8.** Bibliografía.

1.

INTRODUCCIÓN

La evolución humana en general y la de las ciencias jurídicas en particular ha hecho que el hombre ideara formas asociativas, ya no para regir su vida en sociedad o sus relaciones de poder, sino como vehículo o instrumento para actuar en sus relaciones privadas con los terceros. Como señala Manuel Obarrio:¹

El esfuerzo individual, el capital aislado, no bastan de cierto para favorecer las múltiples operaciones a que la inteligencia y la actividad del hombre dan constante nacimiento. Pero el esfuerzo se agiganta y el capital acrece en sorprendentes proporciones, cuando acumulados o reunidos se identifican o confunden en la acción y en los propósitos.

Es innegable la influencia que han tenido las estructuras asociativas en la evolución de la sociedad moderna; ello desde que las personas físicas, además de poder crear un ente diferente de cada una de ellas que pudiera actuar en las relaciones políticas, sociales y comerciales en forma independiente, en este último caso también lograron limitar la responsabilidad, aislando el riesgo empresarial y preservando su patrimonio personal de malos negocios. En este sentido sostiene Messineo:²

[...] junto a los sujetos constituidos por las personas humanas, el derecho conoce otra categoría de sujetos que se llaman personas jurídicas, o también (pero con frase no apropiada para todas las figuras), sujetos colectivos o entes morales. Se opera aquí una extensión de la subjetividad de la persona física (hombre) a un “ente”, que es concebido a imitación del hombre, que se comporta

¹ OBARRIO, Manuel: *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1961, p. 228.

² MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*, tomo II, p. 157, citado por RODRÍGUEZ, Nuri: *Curso de Sociedades Comerciales*, tomo I, Montevideo: Editorial Universidad, 1991, p. 41.

como verdadero y propio sujeto y que, como tal, es considerado punto de referencia de derechos y obligaciones”. El ser humano y más precisamente el comerciante o empresario, crea un nuevo ente, sujeto de derecho, que puede interactuar en el comercio y que es diferente de él en cuanto individualidad, que cuenta con un patrimonio diferente, responsabilidad diferente, etc. En esta línea de pensamiento expresa Ricardo Merlinski:³ “Persona y Capacidad: son conceptos que no se identifican. Persona es toda “entidad” física o jurídica, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. [...]”

Con esta significación y alcance decimos que la sociedad comercial es un sujeto de derecho diferente de las personas que lo integran, con un patrimonio independiente del de sus socios, y cuyos derechos estos no pueden ejercer a título personal.

Ahora bien, la pregunta es hasta dónde es posible extender esta *ficción*.

¿Cuál es el límite que ha puesto el derecho a esas “personas” jurídicas o morales que, como vimos, no son otra cosa que una creación jurídica a la cual a través de un proceso de constitución se le otorga existencia?

Con la misma rapidez y seguridad con que sería posible contestar que una sociedad comercial será responsable de las deudas que contraiga por el incumplimiento de una factura comercial, es indudable la inseguridad que le generaría a muchos estudiosos de la cuestión el planteo de si esta misma sociedad puede ser penalmente responsable o puede ser titular de derechos fundamentales.

Pero aun evadiendo la discusión secular que se ha planteado en materia penal y que, como se observará, está lejos de poder considerarse zanjada, los límites que el derecho pone a las “personas” jurídicas siguen siendo esquivos. Admitiendo que el hecho de seguir tirando de la soga puede traer aparejadas soluciones que aparezcan como ilógicas —como suponer que una sociedad pueda ser sentenciada a una cantidad de años de cárcel—, este estudio pretende ingresar al fuero íntimo de la sociedad comercial y colocar la lupa sobre algunas cuestiones que siguen dejando dudas en la legislación uruguaya y en el derecho comparado.

Seguramente no será sencillo, desde una óptica dogmática, contestar la pregunta de si una sociedad comercial puede ejercer derechos fundamentales. Será comprensible la respuesta de alguien que conteste que una sociedad comercial no tiene derecho a la vida o a la libertad. Ello en tanto, por ejemplo, el derecho fundamental que tienen las personas a ser protegidas en el ejercicio de su derecho a la vida y el principio de la conservación de la empresa, si bien son paralelos desde el punto de vista lógico, su asimilación pura implicaría

³ MERLINSKI, Ricardo: *Análisis exegetico de la ley 16.060, Sociedades Comerciales*, tomo I, 2.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 13.

ampliar demasiado el precepto constitucional, hasta un límite no admisible, al menos a la luz de nuestro derecho positivo vigente.

Ahora bien, no arriesgaríamos demasiado si afirmáramos que estos últimos son derechos que derivan de atributos inherentes a la personalidad humana. Pero, por otra parte, sería al menos dudoso sostener que una sociedad comercial tiene derecho al trabajo o tiene derecho al honor.

Ante ese cuestionamiento, la respuesta ya no sería tan sencilla, por cuanto, partiendo de la base de que una sociedad es un sujeto de derecho que actúa en el mercado, podría por hipótesis ser protegida de una competencia exacerbada de agentes extranjeros que la dejen sin la posibilidad de trabajar en el sentido amplio de la palabra.

En esa hipótesis, el ejercicio de ese derecho fundamental podría sostenerse y sería dable que fuera ejercido por una sociedad comercial.

Más allá de la situación concreta, lo que sería viable es que esa sociedad comercial en tanto persona jurídica pudiera ser protegida en el goce de su derecho al trabajo.

Finalmente, cabe reflexionar sobre el aspecto en el que se centra este trabajo, y cuestionar, dando un paso más, si sería posible afirmar que una sociedad comercial puede ser defendida en el ejercicio de su derecho al honor.

Aunque parezca difícil de aceptar desde un punto de vista dogmático, también en este caso parecería que la respuesta que se impone es la afirmativa.

Este extremo, que está fuertemente vinculado al centro del análisis que se realizará, nos permite subir un escalón más y afirmar que si una sociedad comercial puede ser protegida en su honor, también podría reclamar por daños no patrimoniales o morales de los que fuera objeto.

2.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Como venimos de observar, si pretendemos continuar incursionando en el proceso de “humanización” de la sociedad comercial, debemos analizar brevemente uno de los ángulos más interesantes desde los cuales se ha examinado la presente cuestión, tal es la responsabilidad penal de la sociedad comercial.

Si observamos la cuestión desde una perspectiva dogmática pura, no cabría arribar a una solución diferente de aquella que preconiza que la sociedad comercial no puede ser penalmente responsable. No puede haber duda alguna de que una sociedad comercial no puede incurrir en la conducta penalmente reprochable tipificada por el delito de bigamia, el de violación, de homicidio, entre otros.

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue planteado magníficamente por el autor norteamericano J. C. Coffee,⁴ quien en 1981 lanzó su famosa frase “No soul to damn, no body to kick”, para significar que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas penalmente porque no hay un alma que dañar o un cuerpo que golpear.

Sin perjuicio de ello, una sociedad comercial sí podría cometer un delito de estafa, tanto como puede endeudarse y no pagar o ser sometida a un proceso concursal.

Cabría afirmar en este estado y como una primera idea que, como observamos en la parte introductoria, también aquí, cuando exploramos la responsabilidad penal, existen límites que no se encuentran tan claros.

La situación en el derecho comparado no es uniforme; mientras países como el Uruguay (acompañado de las legislaciones latinoamericanas en general) no aceptan la responsabilidad penal de la sociedad comercial, otros países, como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca, Irlanda y Holanda, sí la aceptan.

Hace algunos años Mueller⁵ afirmó que la imposición de la responsabilidad penal a las sociedades comerciales era un tema casi exclusivo de la tradición del derecho común, ya que no se planteaba en el derecho continental.

Después del juicio de Núremberg, Alemania ha sido uno de los países que en su legislación han aceptado de manera pacífica la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁶

Sin embargo, como en Latinoamérica parece existir un proceso revisionista de la dogmática penal que tendería a admitir, en ciertos casos, la responsabilidad penal de las corporaciones, en países como los Estados Unidos, donde esta se encuentra instalada hace décadas, hay autores que recientemente la han cuestionado.

Así, Gregory L. Diskant⁷ sostuvo en su trabajo “Rethinking Corporate Criminal Liability” que es momento de rever todo el sistema de responsabilidad penal de las socie-

⁴ COFFEE, J. C.: “‘No soul to damn: no body to kick’: An Unscandalized Enquiry into the Problem of corporate Punishment”, en *Michigan Law Review*, n.º 79, 1981, p. 386.

⁵ MULLER, Gerhard: “Mens Rea and the Corporation”, en *University of Pittsburgh Law Review*, n.º 19, 1957, p. 21.

⁶ SANGUINO, Jesús María: “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 499.

⁷ DISKANT, Gregory L.: “Rethinking Corporate Criminal Liability”, en *ABA Litigation Law Review*, 2008, p. 34.

dades comerciales, sacando de la órbita penal las sanciones a las sociedades comerciales en tanto estas serían responsables únicamente en un sentido metafórico, lo cual en cualquier caso significaría la revisión de una teoría tradicional.

La aceptación de la responsabilidad penal de las corporaciones es una posición que tiene su origen, según la doctrina norteamericana, en el famoso caso *New York Central & Hudson River v. United States*,⁸ en el cual dicha responsabilidad fue admitida.⁹

La situación planteada y el hecho de que existan países que sí aceptan la responsabilidad penal de las sociedades implican un paso más hacia la definitiva ampliación de las posibilidades de esta ficción o metáfora jurídica que es la sociedad comercial.

La doctrina ha explicado la falta de aceptación de la responsabilidad de la persona jurídica con argumentos tradicionales de dogmática penal, que a través de los tiempos ha concebido el derecho penal básicamente de modo antropocéntrico, desde una óptica en que el único sujeto activo del delito es el hombre, capaz de actuar voluntariamente.

La definición clásica del delito, que lo entendía como una acción típicamente antijurídica y culpable que centraba todo en el ser humano y en su conducta voluntaria, ha sido modificada por las nuevas teorías. Ahora bien, estas teorías no han penetrado con decisión en nuestro derecho, y en la actualidad tanto la doctrina como la jurisprudencia son monolíticas en el sentido de que las personas jurídicas no son penalmente responsables.

En la doctrina uruguaya, autores referenciales en la materia, como Gonzalo Fernández, siguiendo la posición de Luis Jiménez de Asúa, se inclinan por responsabilizar a las personas físicas concretas que suelen ser los administradores de las sociedades. Así es como en la esfera penal ha ganado terreno también la teoría del *disregard of legal entity* o inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Como sostiene el profesor Sanguino, la responsabilidad penal de la persona jurídica o colectiva a través de los siglos ha venido evolucionando conforme a los cambios que han venido verificándose en la sociedad y el Estado, en sus estructuras políticas y sociales. Por su parte el profesor Vitu¹⁰ expresa: “[...] la extensión de la noción de autor de la infracción no ha podido hacerse sin los acondicionamientos necesarios, que llegan a transformar esta noción”. Es decir —complementa Jiménez de Asúa— que la pretendida responsabilidad de las personas morales solo se obtiene desnaturalizando la noción de autor y desconociendo el concepto de culpabilidad, lo que es aún más grave.

⁸ *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481 (1909)

⁹ FERREIRA, Héctor: “Corporate Crime—Should Corporations be criminally liable”, en *EMagazine Academy of American and International Law*, www.cailaw.org, Dallas.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *El criminalista*, tomo IV, Buenos Aires: Víctor P. de Zavallá, 1960, p. 211.

Como se observa, las posiciones en doctrina son variadas. En el derecho comparado hay autores y legislaciones que admiten sin dificultades la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sin antes remover de la plataforma conceptual el análisis físico de la cuestión, que de ninguna forma podría amparar la idea de que un ente artificial creado por el hombre pueda ser responsabilizado penalmente como si fuera propiamente un hombre.

Nuevamente aquí es posible plantear la pregunta de cuál es el alcance máximo que se puede dar al término *persona jurídica* o *persona moral*, ello en tanto el empleo de la palabra *persona*, asociada al hombre en su dimensión ontológica, sirve como un elemento más para vincular a la persona jurídica con aspectos propios de la persona humana, como lo es la posibilidad de ser penalmente responsable y cometer en sentido estricto delitos que tienen en su base la voluntad de ejercer una conducta catalogada como antijurídica por la ley penal.

3.

LA SOCIEDAD COMERCIAL COMO SUJETO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Otro punto de análisis que corresponde explorar es si la sociedad comercial en tanto ente inmaterial, no humano, puede ser protegida y defendida en el goce de su honor.

Como se observa, en el presente análisis nos encontramos situados en un tema mayor: si una sociedad comercial, en tanto persona jurídica, puede ser sujeto de derechos fundamentales, los que por definición son inherentes a la persona humana.

Como expresa Juan ESPINOZA:

La persona jurídica también puede ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros. En efecto, se le puede lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se hacen juicios de valor negativos o si se viola la correspondencia.¹¹

En este mismo sentido afirma SEOANE LINARES:

[...] la persona jurídica participa activamente en el quehacer social, ejerciendo deberes y contrayendo obligaciones. Dentro de esta óptica tiene derecho a ser identificada por un nombre que

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima: Gazeta Jurídica, 2003, p. 211.

es exclusivo de ella y no puede ser utilizado por otra. Si a través de un medio de comunicación se profieren frases que agravan el honor y el buen nombre de una persona jurídica, esta a través de sus representantes, ejerce su derecho de acción al exigir judicialmente una indemnización por el daño causado; puede presentar una querrela contra el autor de las frases difamatorias.¹²

En el derecho uruguayo, el profesor CAIROLI¹³ afirma que en nuestro medio se ha sostenido que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de estos delitos contra el honor, porque son ilícitos que atacan la personalidad moral del *hombre*, y las personas jurídicas no son hombres en sentido psicofísico. No obstante, se ha planteado una tesis intermedia que entiende que en casos excepcionales las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de estos delitos. Sus argumentos surgen de lo dispuesto por el inciso 3.º del artículo 338 del Código Penal, cuando dice:

En los casos de ofensa contra una corporación, social, política, o administrativa, solo se procederá mediante autorización de la corporación ofendida, o de su jefe jerárquico, cuando se trate de autoridad que no se halle colegialmente organizada.

Esta tesis intermedia —sigue el autor citado— parece lógica en tanto las personas jurídicas pueden ser sujeto pasivo del delito de difamación o del de injurias en su caso, toda vez que se aluda a ellas atribuyéndoles hechos o actitudes que las expongan a un procedimiento penal o disciplinario, o al odio, o al desprecio público, o que se dirijan a ellas ofensivamente para el honor, rectitud o decoro. Lo cierto es que del artículo 333 o el mismo 334 del Código Penal no surge la exigencia de que el sujeto pasivo sea individualizado en una persona física; basta que el autor del delito dirija la imputación a una “persona”.

Como se observa, estos autores, y sobre todo el profesor CAIROLI, estiman que una sociedad comercial debe ser protegida en el ejercicio de su derecho al honor como de norma debe ser protegida una persona física.

El derecho al honor, o a la reputación, como decían los autores citados, podría ser ejercido por una sociedad comercial. El artículo 7.º de la Constitución de la República establece:

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su [...] honor [...]. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

¹² SEOANE LINARES, Mario: *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*, Cuzco: Cultural Cuzco, 2001, p. 32.

¹³ CAIROLI, Milton: *Curso de derecho penal uruguayo*, tomo III, 2.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 143.

El honor es el segundo de los derechos reconocidos por el artículo 7.º; según Justino Jiménez de Aréchaga:

[...] es el derecho al propio decoro, a que no se nos imponga la ejecución de actos que lo disminuyan, y además, a que se nos proteja en el caso de que injustamente se vulnere o se pretenda vulnerar la consideración que se nos tiene y a la cual tenemos derecho [...].¹⁴

Si bien el análisis del constitucionalista uruguayo no incluye la hipótesis de una eventual protección al honor de una persona jurídica, es a nuestro entender sencillo extender los comentarios que realizara, pensando en una persona física, a una persona moral y más concretamente a una sociedad comercial.

Dejando de lado entonces la idea de sociedad comercial como ente inanimado que no puede sufrir, cometer delitos ni tampoco ser agredido en su honor, para pasar definitivamente a una consideración amplia de la persona jurídica como sujeto de derechos que puede y debe ejercerlos en forma personal, podremos entonces avanzar en el análisis.

Hasta aquí es posible concluir que, más allá de las oscilaciones advertidas en doctrina en cuanto a la posibilidad de que una sociedad comercial pueda cometer delitos, no sería tan descabellado extender la ficción a un punto que, como decíamos, es casi de “humanización” de la sociedad comercial.

La pregunta que nos hacíamos al comienzo de este estudio, acerca de dónde se encontraba el límite a la personificación de la sociedad comercial, vemos cómo se extiende, en tanto cada vez que creemos encontrar el límite, este parece redefinirse y colocar sus mojonos un poco más lejos.

De todas formas, en lo que aquí importa, nos resulta por demás aceptable la idea de que una sociedad comercial pueda y deba ser protegida en el ejercicio de su derecho al honor. Claro está: debemos situar adecuadamente cuál es ese honor. Ello en tanto, por motivos obvios, no parece razonable traspolar en forma automática los conceptos vertidos por la doctrina para el caso de la persona física a las sociedades comerciales.

Sin embargo, lo que corresponde hacer, como tantas otras veces en derecho, es ajustar la normativa a la situación de hecho, la que nos muestra que una sociedad comercial no solo puede sino que debe ser protegida en el ejercicio de su derecho al honor.

Pero, ¿cómo se traduce ese derecho al honor en el caso de una persona jurídica? A través de la protección del decoro, de la reputación de la sociedad comercial. Existen

¹⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: *La Constitución Nacional*, tomo I, Montevideo: Cámara de Senadores, 1988, p. 234.

Constituciones¹⁵ que con mayor claridad que la uruguaya hacen ingresar la “buena reputación” como un derecho fundamental. Pese a que la Constitución de la República refiera a *habitante* en lugar de *persona* —como lo hace por ejemplo la Constitución del Perú— y no incluya en forma expresa la “buena reputación” como derecho fundamental, creemos que la protección del honor de esa persona jurídica, entendida como la protección de su decoro, de su buen nombre, de su imagen, de su reputación, ingresan sin dificultades, como hemos visto, dentro del concepto de *honor* del artículo 7.º.

Por ello, podría afirmarse —a riesgo de extender de manera considerable los límites de la protección de la persona jurídica— que esta en general, y la sociedad comercial en particular, debe ser protegida en el goce de derechos fundamentales. No todos, naturalmente, pero sí el derecho fundamental al honor, cuya protección se traduce en la protección de su imagen o de su buen nombre.

De lo expuesto cabe concluir, entonces, que la sociedad comercial debe en nuestro derecho ser protegida en su honor (imagen, buen nombre, etcétera) tanto como en otros países puede ser actor de un delito penal, como se ha visto.

Ahora bien, vencidos los preconceptos dogmáticos y aceptado lo que hemos dado en llamar la *humanización* de la persona jurídica (en sentido figurado y a los efectos nada más que de graficar la idea planteada), corresponde dar un paso más para examinar si, y de qué manera, una sociedad comercial puede reclamar daños y perjuicios por la agresión que pudiera sufrir su imagen y buen nombre; determinar si es posible que una sociedad comercial pueda reclamar daños morales.

Aceptando y teniendo como presupuesto la estudiada defensa del honor de la sociedad comercial, cabría preguntarse si las estructuras decimonónicas de nuestro Código Civil pueden admitir entre sus previsiones el daño moral a la persona jurídica y más precisamente a la sociedad comercial, y sobre qué presupuestos. Cabe señalar, como simple referencia introductoria a lo que se analizará, que el artículo 1319 de nuestro Código Civil expresa textualmente:

Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo [...].

La inclusión en las estructuras de nuestras normas sobre responsabilidad aquiliana de lo que en doctrina comparada se denomina *daño a la reputación empresarial* no ha sido

¹⁵ La Constitución Política del Perú establece en el inciso 7.º del artículo 2.º: “Toda persona tiene derecho: [...] 7) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz e imagen propias [...]”.

sencilla, y continúa planteando muchos desafíos y dificultades a todo aquel que pretende entender que el término *hombre* en el Código Civil puede hacerse extensivo (a través de una interpretación de tipo evolutiva de la norma) a esa creación del hombre pero con individualidad llamada *sociedad comercial*.

4.

EL DAÑO MORAL

Como es lógico, no es el objeto de este estudio analizar el *daño* en sí mismo, sino el *daño moral* y, más específicamente, si es posible asignarle a la sociedad comercial que regula nuestra ley 16060 el padecimiento de este tipo de daño.

No obstante, antes de llegar al meollo de la cuestión, cabe analizar el daño como elemento de la responsabilidad, para de ahí pasar al daño moral como una de sus variantes.

Zannoni¹⁶ describe al daño, en tanto elemento de la responsabilidad civil, desde una perspectiva objetiva, “como el menoscabo que en consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”.

El daño implica, como afirma la profesora VENTURINI,¹⁷ “el menoscabo de valores económicos o patrimoniales así como la lesión de valores extrapatrimoniales. Etimológicamente, la voz *daño* deriva del término latino *demere* que significa disminuir, quitar”. En la doctrina nacional, el doctor GAMARRA indica que el daño se ocasiona por la incidencia de un evento que modifica una situación preexistente, alterándola en sentido desfavorable o perjudicial.

En nuestra jurisprudencia podemos citar como ejemplo la sentencia n.º 237/88 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno,¹⁸ cuando expresa al respecto:

El daño moral es la lesión de contenido extrapatrimonial provocado en el ámbito espiritual de la víctima y por esa razón no se exterioriza fácilmente. [...] es aquel que provoca lógica conmoción, estupor, indignación y grave preocupación.

Ya CARNELUTTI sostuvo que ese detrimento o menoscabo no refiere al bien material dañado, sino al interés que el titular tiene en él.

¹⁶ ZANNONI, Eduardo: *El daño en la responsabilidad civil*, p. 1, citado por VENTURINI, Beatriz: *El daño moral*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.

¹⁷ VENTURINI: o. cit., p. 15.

¹⁸ *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXI, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 260.

Como se observa, la doctrina ha definido al *daño*, elemento imprescindible de la responsabilidad civil, como un menoscabo, como una disminución que sufre una persona cuando injustamente se agreda un bien (no necesariamente *material*, como se verá) sobre el cual la persona tiene un interés.

Tradicionalmente se han contrapuesto las ideas de *daño patrimonial* y *daño moral*. El daño patrimonial se ha asociado a la disminución o el menoscabo al patrimonio de una persona, que debe ser reparado de manera integral.

Sobre la resarcibilidad del daño moral, la doctora VENTURINI, en su estudio de 1989 que hemos citado, expresaba que si su obra hubiera sido escrita en 1954, año en el que el extinto catedrático doctor PEIRANO FACIO escribiera su libro sobre el particular, la mayor parte de sus páginas habrían sido necesarias para analizar si este tipo de daño era o no reparable. La discusión doctrinal entre los que entendían que el daño moral era resarcible y los que, por el contrario, entendían que la reparación del daño moral era algo inmoral (aunque parezca un juego de palabras) al día de hoy se encuentra superada. Esta cuestión ha avanzado hacia una doctrina y una jurisprudencia absolutamente proclives a que el daño moral sea reparado.

Como ya hemos afirmado, la denominada *teoría punitiva*, a la que venimos de referir, ha caído en desuso por el propio peso de sus argumentos, en muchos casos propios de otra realidad social y concepción filosófica.

5.

EL DAÑO MORAL A LA PERSONA JURÍDICA

A este respecto, en la doctrina argentina, el profesor Mariano GAGLIARDO¹⁹ expresa:

No caben dudas de que, tratándose de personas físicas, la obligación de reparar el daño moral es una cuestión que en la actualidad está clarificada. Por el contrario, en materia de personas jurídicas, subsisten a nuestro juicio las divergencias, a pesar de los criterios y jurisprudencia adversa.

Es posible advertir claramente, por encima de matices, que también en materia de daño moral de personas jurídicas las dos posturas doctrinales mayoritarias en materia de daño moral (amplia y restringida) se encuentran presentes.

¹⁹ GAGLIARDO, Mariano: *Responsabilidad de directores de las sociedades anónimas*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 1101.

Como bien afirma el doctor GAMARRA, decidir cuál de los dos criterios se adoptará, comenzará a develar los interrogantes acerca de si una persona jurídica puede o no ser víctima de daño moral. Ello por cuanto los autores que sostienen la tesis restringida del daño moral reputan como inconcebible que una persona jurídica pueda ser víctima de daño moral, dado que, básicamente, solo las personas físicas pueden sufrir. Para esta corriente, no puede haber daño moral de una persona jurídica porque, siguiendo sus presupuestos, para que haya daño moral debe existir sufrimiento y, por definición, las personas jurídicas no podrían sufrir, padecer dolor, etcétera.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1.º de la Ley de Sociedades Comerciales (16060), estas son personas jurídicas desde el acuerdo de voluntades que les da origen, todo lo cual posibilita que las sociedades denominadas de hecho, atípicas e irregulares gocen también de esta calidad.

Si bien admitimos que la sociedad comercial tiene particularidades que no son comunes al resto de las personas jurídicas, el análisis preliminar que proponemos acerca de las personas jurídicas se sustenta en el hecho constatable de que los principales desarrollos doctrinales acerca de la legitimación pasiva de la persona jurídica para reclamar daño moral provienen del derecho civil, especialidad que, desde luego, no trata a las sociedades comerciales en particular.

De todas formas y más allá de la especialidad del derecho comercial con relación al derecho civil, no cabe perder de vista que, como ya destacamos, la sociedad comercial no es otra cosa, desde el punto de vista de su existencia, que una persona jurídica, lo que le hace aplicables de manera automática los conceptos vertidos por la doctrina sobre las personas jurídicas, ideas que son trasladables de manera íntegra a las sociedades comerciales.

5.1. EL DAÑO MORAL DE LA PERSONA JURÍDICA DESDE LA TESIS AMPLIA

El daño moral no podrá evaluarse con la misma precisión con la que se avalúa el daño patrimonial. El profesor GAMARRA²⁰ expresa que la afirmación que insiste “en la función resarcitoria del dinero, merece otras consideraciones. En realidad este argumento, en lugar de pretender una caracterización dogmática del daño moral, se esgrimió para refutar la tesis

²⁰ GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XIX, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 262.

negativa”.²¹ Y lo hizo de esta manera: si bien es cierto que el daño moral no puede ser, en estricto rigor, reparado, ello no significa que no deba concederse al damnificado una suma de dinero, la cual le servirá para procurarse placeres o distracciones que atenúen el dolor sufrido. La ecuación no es, entonces, *daño-reparación*, sino *daño-placer*.²²

GAMARRA, que no está de acuerdo con esta última posición, mucho más cercana a la terminología y los conceptos de la tesis restringida, admite que puede existir daño moral de la persona jurídica. En este sentido expresa:

La divergencia depende de la definición de daño moral que sea adoptada. Siendo las personas jurídicas entes desprovistos de espiritualidad va de suyo que el daño moral no puede ser admitido para quien lo define como dolor o padecimiento espiritual (tesis restringida).

En cambio, cuando el daño no patrimonial es sufrido de acuerdo con una noción negativa, que no lo limita al campo de los sufrimientos físicos y morales, las personas jurídicas pueden ser sujetos víctima de daños no patrimoniales. Tanto la doctrina italiana como la francesa entienden que el daño moral puede configurarse en algunas de sus especies respecto de la persona jurídica: ofensas al honor y reputación, nombre, secreto, etcétera.

Se ha negado la existencia de un honor objetivo de la persona jurídica sosteniendo que lo deteriorado es el crédito, asunto que repercute en la posibilidad de ganancias. Pero, aunque las personas jurídicas no pueden tener sentimiento de la propia dignidad, esta es siempre capaz de reflejarse en la consideración de los terceros y se configura el bien del honor a su respecto.

Que además del daño no patrimonial pueda coexistir un daño patrimonial es fenómeno habitual, que depende de cada caso particular. La existencia de un daño no patrimonial es fácilmente perceptible en instituciones como las sociales y deportivas, que no persiguen fines de lucro. En este sentido, en los contratos publicitarios que las empresas de plaza suscriben con instituciones deportivas, es habitual encontrar sanciones contractuales cuando la institución ve afectada su imagen por episodios de violencia, corrupción, etcétera (cláusulas morales).²³ En estos casos, generalmente se pacta que la empresa que patrocina a la institución tiene derecho a rescindir válidamente el contrato.

²¹ Cabe recordar que la “tesis negativa” es la que sostiene que el daño moral no debe ser resarcido, ya que no podría una suma de dinero reparar un sufrimiento.

²² El doctor Gamarra cita, para graficar esta posición, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia (*La Justicia Uruguaya*, caso 5017, p. 370).

²³ FERREIRA, Héctor: “Las cláusulas morales en la moderna contratación publicitaria”, en *Tribuna del Abogado-CAU*, n.º 171, enero-marzo de 2011, p. 24 ss.

Hay que entender que la composición de la persona jurídica asume una unidad subjetiva jurídicamente independiente de los sujetos que la componen; por tanto, la ofensa a la persona jurídica es (o puede ser) distinta de la ofensa al honor de los sujetos individuales.

5.2. EL DAÑO MORAL DE LA PERSONA JURÍDICA DESDE LA TESIS RESTRINGIDA

La profesora VENTURINI,²⁴ antes de tomar posición por esta tesis (aun cuando ello se desprende de sus desarrollos anteriores), ordena las dos posturas que existen dentro de la posición restringida. Respecto a la posibilidad de aceptar la legitimación activa de las personas ideales para reclamar por daño extrapatrimonial afirma que, para el caso de que esta se admita, se trata de un supuesto de daño directamente causado a esas entidades o más bien a la colectividad de individuos que ellas representan.

La doctrina ha asumido en este punto dos posturas que se enfrentan. Quienes entienden que hay perjuicio con la simple lesión a los derechos extrapatrimoniales se pronuncian a favor de la resarcibilidad de este tipo de daño a las personas jurídicas. En la posición opuesta están los que sostienen que el daño moral resulta de una alteración disvaliosa de los sentimientos o estados del espíritu.

El profesor peruano de derecho de daños Juan Espinoza Espinoza,²⁵ a cuyas ideas ya recurrimos en este estudio, sostiene una posición que, si bien encuadra dentro de la tesis restringida del daño moral (*daño moral = sufrimiento*), tiene algunos matices interesantes que parten de la no asociación propuesta por la corriente encabezada por MAZEAUD en Francia y que propugna el profesor GAMARRA, de asociar *daño moral = daño extrapatrimonial*. Ello le permite aceptar la reparación del daño extrapatrimonial pero rechazar de plano la reparación del daño moral.

El citado profesor consigna que la persona jurídica puede ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como la reputación:

En efecto, se le puede lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se hacen juicios de valor negativos o si se viola su correspondencia. Por ello, podría solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Si bien es cierto que la persona jurídica (en estos casos) puede solicitar una indemnización por daño a la persona [...], al haberse lesionado sus derechos no patrimoniales, no podrá hacer lo mismo respecto del

²⁴ VENTURINI: o. cit., p. 36.

²⁵ ESPINOZA: o. cit., p. 190.

daño moral, por cuanto, por su particular naturaleza no puede encontrarse en una situación de dolor, sufrimiento o aflicción (denominado por los juristas romanos *pecunia doloris*, en el Common Law como *pain and suffering* o por los alemanes *Schmerzensgeld*) ello le corresponde solo a las personas naturales. La doctrina italiana ha sido clara en admitir que la persona jurídica puede ser sujeto pasivo del denominado daño no patrimonial, excluyéndose dentro de este al daño moral (aflicción, resentimiento, amargura, deseo, preocupación) y a los dolores físicos. Sin embargo, existe otro sector que (admitiendo una concepción más amplia del daño moral, equiparándolo al daño no patrimonial), admite que la persona jurídica puede ser resarcida por daño moral.

La misma posición es adoptada por Adriano DE CUPIS²⁶ en los siguientes términos:

[...] verdaderamente al distinguir el daño privado en patrimonial y no patrimonial, su esfera de actuación se divide en dos zonas que cubren, en su conjunto, el íntegro ámbito del daño privado; y los sufrimientos morales, las sensaciones dolorosas, no abrazan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales, ya que, por ejemplo, la disminución del prestigio y de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que sufre. Por consiguiente, si se quiere dar de los daños no patrimoniales una concepción lógica y completa, no pueden limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirllos de forma que pueden integrarse todos los daños patrimoniales, con otras palabras, que su noción no puede ser en el momento actual más que meramente negativa.

En consecuencia, sujeto pasivo del daño no patrimonial puede ser también la persona jurídica. Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella —independientemente por supuesto de un sentimiento de bienestar— puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta la titularidad. Así, una sociedad mercantil, una sociedad de beneficencia, etcétera, pueden alcanzar un daño no patrimonial, valga decir a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, etc. El argumento de que la persona jurídica es incapaz de sufrimientos físicos o morales no es decisivo, dada la posibilidad de configurar también un daño no patrimonial distinto del dolor. La persona jurídica ciertamente no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor; pero sufre comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor. De análoga forma no puede tener el sentimiento celoso de la propia reserva y, por tanto, no puede experimentar la congruente lesión; pero no menos sufre el daño derivado de la divulgación de aquello comprendido en la esfera de lo íntimo, por violación de sus secretos.

El profesor GAGLIARDO,²⁷ en esta misma línea, ha expresado que una persona jurídica no puede padecer o sufrir como una persona física. Razones obvias, naturales y estructurales, así lo indican.

²⁶ DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 1975, p. 122.

²⁷ GAGLIARDO: o. cit., p. 1102.

También desde la perspectiva del derecho comercial, el profesor MILLER²⁸ ha expresado:

Entendemos que este tercer elemento, el daño moral, no tiene connotación particular en la materia societaria. Los mismos argumentos y prevenciones que se dan para su reconocimiento o rechazo en el campo extracontractual rigen también en el ámbito societario. Aunque esto no es unánime”.

Nuri RODRÍGUEZ,²⁹ por su parte, limita la reparación de los daños morales cuando se trate de responsabilidad extracontractual, o sea, aquella frente a terceros. Deja de lado la indemnización del posible daño moral que afecte a los accionistas o *a la propia sociedad*.

5.3. EL DAÑO MORAL DE LA PERSONA JURÍDICA COMO DAÑO COLECTIVO

Una atractiva teoría, que surge como una derivación de la teoría restringida en la corriente que admite el daño extrapatrimonial pero no el daño moral *stricto sensu*, es la *teoría del daño moral colectivo*.

Esta corriente, derivada, como expresamos, de la tesis que no admite el daño moral a la persona jurídica, consigna en el centro de sus presupuestos que, si bien la persona jurídica no puede ser sujeto de un reclamo de daño moral, los miembros de esa persona jurídica sí pueden sufrir daño moral como consecuencia de un ataque a los derechos extrapatrimoniales de la persona jurídica.

Si esa sociedad es víctima de una campaña publicitaria que afecta su buen nombre, en la teoría que se analiza, en realidad, los verdaderos perjudicados y que se encuentran legitimados para accionar por daño moral son los socios de esa sociedad, en razón de un daño colectivo que se les inflige con motivo de un ataque a ese ente que los vincula. En este sentido se pronuncia la doctora Beatriz VENTURINI:³⁰

[...] teniendo presente que he tomado partido por la solución que niega el daño moral en ausencia de “sufrimiento” (subespecie de daño extrapatrimonial), parecería que la conclusión coherente implica el rechazo de plano de la legitimación activa de la persona jurídica para reclamarlo, y aun antes para padecerlo, esto es, no hay daño por lo que mal puede hablarse de su resarcimiento.

²⁸ MILLER, Alejandro: *Análisis exegetico de la Ley 16.060 Sociedades Comerciales*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 193.

²⁹ RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri: *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*, Montevideo: Letras, 1973, p. 207.

³⁰ VENTURINI: o. cit., p. 38.

Así debe tenerse presente que la persona jurídica conforme las enseñanzas de Savigni y Windscheid es una entidad ficticia, y aun siguiendo la teoría de la realidad de este tipo de entidades (Gierke y Mestre) la misma representa un querer mancomunado. De esa forma es posible ensayar una explicación que permita fundar una suerte de “daño moral-colectivo”, pues sin llegar a atribuir sentimientos a una entequeia, es innegable la realidad grupal humana constituida por los componentes o soportes físicos de la misma. Aparece, un área social demarcada por los valores sentimentales y afectivos comunes a un grupo de hombres que se corresponde con la moderna elaboración relativa a los “intereses colectivos”.

A su criterio, estos intereses colectivos no se identifican con los “intereses difusos”, aun cuando así lo han entendido (según afirma la actora) MORILLO y STIGLITZ.

Ese daño extrapatrimonial, si bien se imputa al ente jurídico inmaterial, no puede ser otro que el daño moral que experimentan sus integrantes en calidad de tales.³¹

En la República Argentina, el doctor Jorge BUSTAMANTE³² ha referido en su tesis al daño moral colectivo expresando lo siguiente:

En sentido amplio, daño colectivo (sufrido colectivamente) es aquel que afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente [...]. Dentro de esta noción cabe la suma de daños individuales [...]. Se trata de daños sufridos por víctimas plurales a raíz de un mismo hecho lesivo.

Este autor hace ingresar dentro de este concepto los *intereses difusos*, expresando que son los experimentados por un conjunto de personas que sufren un perjuicio a un interés común o grupal. El bien jurídico que resulta afectado en su integridad sirve para satisfacer por igual un fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo del grupo o clase social, con lo que se altera la relación de estos con aquel bien jurídico idóneo para ese fin, imposibilitándoles la obtención del provecho necesario y esperado para el bienestar común de todos y cada uno de los integrantes en la vida comunitaria.

Como se observa, para este autor argentino el daño moral puede ser colectivo. Es decir, puede existir un daño moral que afecte a un grupo de personas determinadas o a una clase que comparte algo que es dañado. Esta inteligente posición, como expresamos, puede perfectamente ser trasladada al caso de la persona jurídica y más concretamente al caso de la sociedad comercial.

³¹ La doctora Venturini cita en apoyo a esta posición a Ravazzoni, quien al analizar la admisibilidad de los delitos contra el honor de la persona jurídica entiende que la ofensa contra ella termina por ofender a las personas que de ella forman parte.

³² Citado por GAGLIARDO: o. cit., p. 1034.

Si una sociedad comercial, por hipótesis, sufriera un daño a su imagen, esta teoría preconiza que el daño moral derivado de ese acto ilícito no se concreta en cabeza del ente ficticio sino en la de los socios de la sociedad.

El autor citado ejemplifica su tesis empleando para ello el caso del ambiente. Expresa que si se daña el ambiente en general o una fracción que es importante para algún grupo de personas, ese daño causado sobre el ambiente será sufrido en particular por un grupo de personas.

Veamos un primer aspecto interesante que podría hacer a esta tesis inaplicable al caso de la sociedad comercial. Podría decirse que el daño moral que sufre en cabeza propia la persona que hace parte del ente colectivo *ambiente afectado* no es equiparable al que puede sufrir un grupo de accionistas de una sociedad anónima que ve afectado su buen nombre.

Por ejemplo, el dolor real que sufre un grupo de vecinos de la ciudad de Montevideo que nacieron y crecieron junto a un monumento que es parte de su propia identidad cuando este es destruido no sería equiparable al de un grupo de accionistas que ve afectado el nombre de la sociedad comercial de la que son socios.

En este segundo caso, salvo en situaciones particulares que difícilmente se dan en una corporación, el accionista puede no ser efectivamente objeto de daño moral. Es más, tal vez ni esté interesado en lo que le suceda al nombre de la sociedad en la medida en que ello no afecte sus dividendos, como sucedería en las sociedades anónimas abiertas de muchos accionistas.

En cambio, en caso de una sociedad personal, como una sociedad colectiva, esa traslación del daño moral hacia el colectivo de los socios podría observarse con mayor claridad.

Esto es, se trata de un postulado que no permitiría dar explicación al daño moral de la sociedad comercial en todos los casos.

No se vería con la misma nitidez la existencia de daño moral colectivo en el grupo de vecinos del ejemplo que en el caso de los accionistas de una sociedad anónima abierta.

Otro aspecto a considerar de esta posición es que parecería que el daño moral colectivo contra el ambiente afectaría a todos los integrantes de ese colectivo en forma personal y directa, lo que hace sencillo trasladar el daño moral que no podría sufrir el ambiente a las personas físicas que se encuentran en su entorno y que sufren ese daño moral de manera indirecta.

Ahora bien, en el caso de la sociedad comercial, esa traslación no sería tan clara, a nuestro modo de ver, en tanto un inversionista extranjero que acaba de adquirir acciones de una sociedad dañada en su imagen no podría sufrir daño moral alguno.

6.

EL DAÑO MORAL A LA SOCIEDAD COMERCIAL

Como ha podido observarse, el daño moral ha sido tratado de manera pormenorizada por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de los años, sin que se haya arribado a una solución unánime en torno a su naturaleza y alcances.

Con relación al daño moral, en la doctrina sobresalen esencialmente dos posiciones: las teorías *restringida* y *amplia*, que han sido analizadas en este estudio.

En el caso de la tesis restringida, el daño moral se asocia al sufrimiento, al dolor, y desde esa orientación se expresa que la persona jurídica no puede encontrarse legitimada para reclamarlo, dado que como ente ficticio no tiene la calidad humana y por ende no podría sufrir dolor, lo que la excluiría de la posibilidad de alegar un daño moral.

En la tesis amplia, en cambio, el daño moral no es circunscrito a la órbita del *daño-sufrimiento*, sino que es llevado hasta la equiparación con el daño extrapatrimonial. Al excluir la necesidad del sufrimiento para que exista daño moral, se abre la puerta para que una persona jurídica pueda encontrarse legitimada para reclamar daño moral.

Básicamente, ahí se traba la discusión doctrinal acerca de la admisibilidad o no del daño moral en el caso de las personas jurídicas.

Si bien al principio manifestamos que era un enorme desafío para la doctrina desenraizar conceptos y desde el fondo, en un planteo casi socrático, preguntarse hasta dónde podemos extender la *humanización* de la persona jurídica en general y de la sociedad comercial en particular, no es nuestro objetivo consignar que la sociedad comercial tiene atributos humanos.

Ahora bien, como expresamos una cosa, estamos también obligados a expresar la otra. No es posible aceptar que solamente puede alegar daño moral una persona física porque sufre dolor o padecimiento físico o psíquico, como tampoco podría extenderse esa posición hasta el punto de decir que un animal o una planta pueden reclamar daño moral porque la ciencia se ha encargado de demostrar que sufren como los seres humanos.

La tesis que sostendremos no llegará a confrontar la manifestación de Pablo José FORTÍN³³ cuando expresa textualmente:

³³ FORTÍN, Pablo José: “El daño moral y el caso de las personas jurídicas”, en *Revista Jurídica La Ley*, vol. B, Buenos Aires: La Ley, 1994, p. 451.

Congruente con ello es que ni la postura más audaz dentro del marco de las teorías elaboradas en torno a la personalidad de los entes ideales ha pretendido atribuirles rasgos humanos [...].

No queremos afirmar que una sociedad comercial o cualquier otra persona jurídica tiene rasgos humanos, sin perjuicio de constatar que a lo largo de la historia eso ha sido lo que ha hecho el derecho: ha extendido atributos humanos a los entes ficticios, a las entelequias por él creadas.

El paso que pretendemos dar no es simplemente decir que una sociedad comercial puede reclamar daño moral. Ello carecería de toda originalidad desde que ya lo afirma la tesis amplia que propugna entre otros el doctor GAMARRA y ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.³⁴ Lo que pretendemos es demostrar que, desde el derecho comercial, no existe limitación dogmática para aceptar el daño moral a las sociedades comerciales, incluso admitiendo como correcta la tesis restringida.

Como ha quedado dicho, la sociedad comercial no es más que una creación del derecho, un ente artificial que aglomera a varias personas físicas en pos de un fin colectivo. Si manifestamos que ese ente nace a la vida desde que existe un acuerdo de voluntades entre dos o más personas o, en las palabras del doctor MERLINSKI:³⁵

En el momento de la etapa genética vemos a los contratantes concurrir con sus consentimientos paralelos a la formación del vínculo social; del vínculo personal [...] porque al mismo tiempo *vemos nacer*³⁶ el nuevo sujeto de derecho, a la nueva persona jurídica, la sociedad [...]

¿Acaso que un autor afirme que la persona jurídica *nace* a la vida puede herir la sensibilidad de algún jurista? Parecería que la respuesta que se impone es la negativa.

Ahora bien, tampoco nos sorprende cuando vemos en los libros de doctrina expresiones tales como que una sociedad comercial incumplió un contrato, o actuó en fraude a la ley, o indujo a error a un acreedor. Tampoco es extraño en materia concursal afirmar que una sociedad comercial realizó una propuesta concordataria o no pagó determinada cuota del convenio. Es habitual, asimismo, leer en las páginas de los manuales expresiones tales como que una sociedad comercial fue víctima de un engaño o de un fraude.

³⁴ Véase, a modo de ejemplo: sentencia n.º 3/93, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19.º Turno; sentencia n.º 25/96, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5.º Turno; sentencia n.º 281/01, Suprema Corte de Justicia; sentencia n.º 249/04, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 21.º Turno.

³⁵ MERLINSKI: o. cit., pág. 12.

³⁶ *Cursivas añadidas.*

Expresiones como estas no sacuden ninguna sensibilidad dogmática ni escandalizan a nadie.

Un cuestionamiento sobre este punto sería válido en tanto está claro que una sociedad no tiene percepción ni sentimientos que le permitan ser víctima de un engaño. No tiene albedrío como para cumplir un contrato o proponer nada. Tampoco tiene manos para librar un título valor y, sin embargo, cualquier agente del derecho expresa varias veces en su vida diaria que un título valor fue librado por una persona jurídica.

Ante tan ingenuo planteamiento, la respuesta que se escuchará será: *es una ficción*.

Es una ficción decir que la sociedad nace a la vida o que es creada por un grupo de personas físicas. Es una ficción decir que libra un título valor, en tanto quien lo hace es una persona física en su representación —representación que, dicho sea de paso, aceptamos que es otorgada por la persona jurídica—. Sucede que también esa *voluntad* de la persona jurídica no es otra cosa que un paso más en la línea de la ficción.

De todas maneras, hasta ese momento vemos que la sociedad comercial en el caso concreto se manifiesta a través de personas o de órganos que son los que la dotan de voluntad. Órganos que, también dando un paso más, pueden tener como soportes a otras personas jurídicas, lo que nuevamente pone a prueba nuestra fe, en tanto vemos que quien dota de voluntad a un ente inmaterial es otro ente inmaterial que a su turno es dotado de voluntad por sus órganos, que tienen como soportes a personas físicas, o a otra persona jurídica, o a una persona física y a otra persona jurídica, y así hasta llegar al final de la cadena, donde habrá una o más personas físicas que son las que toman las decisiones. Es todo una ficción, porque la sociedad comercial en tanto ente inanimado no tiene voluntad o albedrío.

Pero demos un paso más y cuestionemos lo que líneas más arriba aceptamos sin ninguna dificultad: que una sociedad sea engañada o sea sorprendida en su buena fe.

Que una sociedad comercial, sin sentimientos ni percepciones, pueda ser sorprendida de algún modo o engañada es impensable desde una perspectiva dogmática pura; sin embargo, no hay ninguna oposición porque todos somos contestes en que no hacemos otra cosa que aceptar la ficción sin cuestionarla. No hacemos otra cosa que ser cómplices de una ficción que todos aceptamos como real e incuestionable.

Ahora bien, ¿por qué no es posible aceptar con tanta sencillez la idea de la ficción para justificar el daño moral de la sociedad comercial o su responsabilidad penal desde esta perspectiva? ¿Cuál es la diferencia desde una perspectiva jurídica pura entre aceptar que una sociedad comercial puede ser víctima de daño moral y aceptar que una sociedad comercial puede ser sorprendida en su buena fe?

Sería lo mismo; sería pura y simplemente una manifestación de la ficción a la que refiere SAVIGNY.

Cuando un grupo de personas crea una sociedad comercial y le da vida desde el punto de vista jurídico y luego conduce sus negocios a través de esa sociedad, no está haciendo otra cosa que aceptar la ficción.

Como ya fue expresado, la tesis restringida del daño moral, que lo excluye en forma absoluta de la órbita de las personas jurídicas, arguye en defensa de su tesis que el daño moral implica necesariamente un sufrimiento, un dolor.

Pero afirmar que una sociedad comercial puede sufrir daño moral sería tan absurdo como afirmar que puede ser sorprendida en su buena fe o ser engañada. No pasa de ser otra ficción dentro de la teoría que se viene desarrollando.

Desde nuestra perspectiva, una sociedad comercial que sufre un daño a su imagen, nombre comercial, prestigio, crédito o es agredida de un modo diferente en su honor puede reclamar daño moral por derecho propio en tanto, desde la perspectiva de la ficción, no habría dificultad alguna en aceptar que la sociedad *sufra*, en el sentido propugnado por la teoría restringida del daño moral.

Desde la perspectiva que se está sosteniendo, no habría dificultad dogmática alguna en afirmar que una sociedad dañada en su imagen comercial pueda sufrir.

En nuestra opinión, la afectación o agresión que sufren la imagen, el prestigio o el nombre comercial de una sociedad son, desde esta teoría, perfectamente asimilables al padecimiento físico o psíquico que sufren las personas físicas y que es tratado por la tesis restringida.

Es la propia sociedad la que *sufre*, en sentido figurado, de un modo equiparable al que dispara la generación del daño moral en cabeza de la persona física.

Tampoco creemos que sea explicación al fenómeno decir que el daño moral se diluye en el colectivo y puede ser reclamado por los socios o accionistas, porque no son estos los que sufren una agresión a su imagen, sino la propia sociedad.

La legitimación activa, desde nuestra perspectiva, la tiene la propia sociedad, la cual (siguiendo con la ficción) será representada en el momento en que comparezca en juicio para reclamar sus derechos por aquellos representantes que ha nombrado. Se produce el mismo razonamiento que todos tenemos incorporado cuando alguien alega que libra un título valor o firma un contrato en representación de una sociedad comercial. No estamos haciendo otra cosa que aceptar que la sociedad comercial puede librar un título valor a través de su representante.

En la misma métrica conceptual, una sociedad que para nosotros sí tiene un buen nombre, que sí tiene un prestigio y que sí tiene una imagen comercial, diferente de la de sus socios, puede ver cómo esos valores son afectados por el hecho ilícito provocado por un tercero.

Tal hecho ilícito afecta la imagen de la sociedad comercial como el incumplimiento de un cocontratante afecta su patrimonio, o la mala actuación de uno de sus representantes afecta su prestigio comercial.

Ese daño moral que sufre la persona jurídica es propio y será reclamado en juicio por sus representantes, quienes deben alegar, a nuestro entender, daño moral propio de la persona jurídica.

No hay a nuestro juicio justificación jurídica o lógica para no admitir que una sociedad comercial pueda *sufrir* desde la óptica de la ficción, como no lo hay para aceptar que pueda ser *engañada*.

Así, y viendo la cuestión desde el enfoque opuesto, una sociedad comercial que incurre en alguna conducta delictiva —de las que pueda ser parte— podría ser sancionada a través de medidas de contrapublicidad que no harían otra cosa que afectar su buen nombre o imagen.

Como hemos planteado al principio de este estudio, el camino que emprendió el ser humano cuando dotó de atributos inherentes a la persona humana —como el patrimonio o el nombre— a una entealequia, a una ficción, abrió una puerta e ingresó en un camino sin retorno.

De ahí en adelante, la historia del derecho no ha mostrado más que avances hacia una cercanía cada vez mayor entre lo que puede hacer una persona moral y lo que puede hacer una persona natural.

Al aceptar que una sociedad comercial pueda encontrarse legitimada por derecho propio a reclamar daño moral no hacemos más que dar otro paso de los muchos que ya se han dado al abrigo de la teoría de la ficción.

7.

CONCLUSIONES

La teoría de la ficción sirve también para explicar el daño moral de la sociedad comercial. No necesariamente debemos limitarnos a intentar definir si una sociedad comercial puede sufrir o no de modo físico, para en primer término encasillarnos en una de las dos tesis analizadas en este estudio (amplia y restringida) o en algunas de sus variantes y luego concluir en consecuencia.

Creemos que el fenómeno del daño moral, tanto de la sociedad comercial como el más amplio de la persona jurídica, puede ser analizado, como tantas otras cuestiones en derecho, como una ficción. A partir de ese presupuesto y sin anclas que nos mantengan unidos a la dogmática clásica, no vemos limitación alguna para aceptar la reparación del daño moral de una sociedad comercial.

BIBLIOGRAFÍA

- CAIROLI, Milton: *Curso de derecho penal uruguayo*, tomo III, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2.ª ed., Montevideo, 1995.
- COFEE, J. C.: “No soul to damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Enquiry into the Problem of Corporate Punishment”, en *Michigan Law Review*, n.º 79, 1981.
- DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 1975.
- DISKANT, Gregory L.: “Rethinking Corporate Criminal Liability”, en *ABA Litigation Law Review*, 2008.
- ESPINOZA, Juan: *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima: Gazeta Jurídica, 2003.
- FERREIRA, Héctor: “Corporate Crime-Should Corporations be criminally liable”, en *EMagazine Academy of American and International Law*, <www.cailaw.org>, Dallas.
- FERREIRA, Héctor: “Las cláusulas morales en la moderna contratación publicitaria”, en *Tribuna del Abogado-CAU*, n.º 171, enero-marzo de 2011.
- FORTIN, Pablo José: “El daño moral y el caso de las personas jurídicas”, en *La Ley*, vol. B, Buenos Aires: La Ley, 1994.
- GAGLIARDO, Mariano: *Responsabilidad de directores de las sociedades anónimas*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XIX, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988.
- *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XXV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: *La Constitución Nacional*, tomo I, Montevideo: Cámara de Senadores, 1988.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *El criminalista*, tomo IV, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1960.
- MERLINSKI, Ricardo: *Análisis exegético de la Ley 16.060, Sociedades Comerciales*, tomo I, 2.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.
- MILLER, Alejandro: *Análisis exegético de la Ley 16.060, Sociedades Comerciales*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: “¿Pueden las personas jurídicas sufrir daño moral?”, en *La Ley*, Buenos Aires: La Ley, 1984.
- MULLER, Gerhard: “Mens Rea and the Corporation”, en *University of Pittsburgh Law Review* n.º 19, 1957.

- OBARRIO, Manuel: *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1961.
- PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo: Barreiro y Ramos, 1954.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri: *Curso de sociedades comerciales*, tomo I, Montevideo: Editorial Universidad, 1991.
- *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*, Montevideo: Letras, 1973.
- *Derecho comercial*, tomo I, Montevideo: Editorial Universidad, 1991.
- SANGUINO, Jesús María: “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- SEOANE LINARES, Mario: *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*, Cuzco: Cultural Cuzco, 2001.
- TOBIÁS, José W.: “Hacia un replanteo del concepto o del contenido del daño moral”, en *La Ley*, vol. E, Buenos Aires: La Ley, 1993.
- VENTURINI, Beatriz: *El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.

Contrato y libertad contractual

Una visión desde el derecho comercial*

Agreement and Contractual Freedom

A VIEW FROM COMMERCIAL LAW

*Alicia Ferrer Montenegro***

aferrer@movinet.com.uy

RESUMEN. Desde hace poco más de una década se viene insistiendo en nuestro país con algunas propuestas que suponen poner límites a la autonomía de la voluntad; ir hacia una contratación más equilibrada y justa; analizar la incidencia del principio constitucional de igualdad sobre la autonomía privada en la contratación y la revisión de la ecuación contractual en circunstancias de emergencia económica. Intentaremos desbrozar este pensamiento desarrollado fundamentalmente por profesor Juan BLENGIO y contrastarlo con nuestra propia visión del contrato —ley entre las partes— y del principio de la autonomía de la voluntad. Partiremos de la premisa que el título del trabajo desnuda: el contrato, herramienta esencial de la vida económica y de la comercial especialmente, necesita de contratantes libérrimos que regulen sus relaciones jurídico-patrimoniales. El contrato requiere libertad en la formación y en la ejecución. No puede ni debe un tercero, aun con los mejores propósitos, penetrar en él, alterando la voluntad de las partes.

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UdelaR). Profesora de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y de Derecho Privado IV y V en la Facultad de Derecho de la UdelaR. Autora de libros y trabajos en revistas especializadas, y de ponencias en múltiples eventos académicos nacionales e internacionales.

PALABRAS CLAVE. Derecho comercial. Contratos comerciales. Autonomía privada. Autonomía de la voluntad.

ABSTRACT. For approximately over a decade there is an insistence in our country on a number of proposals that involve setting limits on the autonomy of the will, to move towards a more balanced and fair contracting; analyzing the effect of the constitutional principle of equality on private autonomy in contracting and reviewing a contractual equation in times of economic emergency. We will attempt to clear this thought developed mainly by Prof. Juan Blengio and contrast it with our own view of the contract –law between the parties- and with the principle of autonomy of the will. We will start from the premise shown by the title of the work: the contract, an essential tool of economy and trade in particular, has a need for self-contractors regulating their property legal relations. The contract requires freedom in the formation and implementation. Even with the best intentions, a third party cannot and should not enter it, altering the will of the parties.

KEYWORDS. Commercial Law. Commercial Contracts. Private Autonomy. Autonomy of the will.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** La tesis del profesor BLENGIO. **3.** La reconducción a la ley positiva del límite específico de la autonomía privada. **4.** La inespecificidad de la perspectiva tipológica. 4.1. Libertad de elegir entre contratos típicos o atípicos. 4.2. La distinción en razón del tipo y la libertad contractual: la integración de la reglamentación particular. **5.** La seguridad jurídica. **6.** Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN

Aquellos que nos dedicamos al estudio del derecho comercial seguimos con atención la evolución doctrinaria en el ámbito contractual, aunque solemos ser esquivos a la hora de trasladar nuestras reflexiones sobre ella.

Imposible resulta no registrar con máxima atención la más que interesante polémica que entre el maestro GAMARRA y un jurista y docente de primer nivel como Juan BLENGIO se ha dado respecto al principio de equilibrio contractual y la necesidad de llevar el contrato a la equidad.¹

Hemos leído con interés algunas propuestas del profesor Juan BLENGIO² que suponen poner límites a la autonomía de la voluntad, ir hacia una contratación más equilibrada y justa; la incidencia del principio constitucional de igualdad sobre la autonomía privada en la contratación y la revisión de la ecuación contractual en circunstancias de emergencia económica.

Otro tanto hemos hecho con la propuesta de VAN ROMPAEY:

En la aplicación, interpretación e integración del derecho, el Estado de Derecho social del siglo XXI impone la adopción de criterios hermenéuticos valorativos o principales que superen la

¹ Esta polémica ha quedado registrada en sucesivos trabajos publicados en el *Anuario de Derecho Civil* y la *Revista Crítica de Derecho Privado*.

² BLENGIO, Juan E.: “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* XXVII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997; “¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXI, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001; “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXII y XXXIII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002 y 2003; “El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005; “La parte contractual débil”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXIX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

rigidez del positivismo legalista (jurisprudencia de valores, principal, problemática o tópica), los que, sin desbordar el cauce normativo y ajustándose al principio constitucional de separación de poderes, permitan satisfacer las demandas de justicia de la comunidad, a cuyos efectos los principios generales de derecho asumen el rol de fecundo instrumento cuya función informadora, interpretativa y supletoria de la ley, permite llegar a la solución de justicia del caso concreto.³

Estos enfoques en principio novedosos —no por su aparición cronológica sino por el vigor con que actualmente se defienden— tienen un fuerte contenido político y social.

Nadie moralmente sano se levantará contra ideas como la igualdad, la restauración del equilibrio, dulcificar los daños que la emergencia —cualquiera que sea y mucho más cuando es generalizada— produce sobre las personas y su patrimonio.

Ya nuestro legislador decimonónico consagró el principio de favorecer al más débil, en los dos códigos que regulan el derecho privado patrimonial.

Esas leyes estudiamos, en esos principios abrevamos.

Pero, al mismo tiempo, aprendimos que la ley es el mejor refugio; que cuando se la viola o avasalla, cuando se la orilla, cuando se pretende reinterpretarla, ningún buen resultado se obtendrá, aun con la mejor de las intenciones.

Cuando la ley es dura, lo es para todos, y es ley.

Cuando la situación de desigualdad es notoria, se dictan leyes para remediarla.

Siempre es una ley la que nos permite conocer las reglas del juego de vivir en sociedad, y hoy más que nunca, con una sociedad globalizada.

En los siguientes apartados intentaremos desbrozar el pensamiento del profesor BLENGIO y contrastarlo con nuestra propia visión del contrato —ley entre las partes— y del principio de la autonomía de la voluntad.

Partiremos de la premisa que el título del trabajo desnuda: el contrato, herramienta esencial de la vida económica, necesita de contratantes libérrimos que regulen sus relaciones jurídico-patrimoniales.

Los contratantes y solo ellos saben qué es lo mejor para el negocio que se proponen realizar. Esa libertad se requiere en la formación y en la ejecución del contrato. La intervención de terceros que interpreta, integra —en definitiva, que modifica la voluntad de las partes—, cercena la libertad y esencialmente la seguridad jurídica.

En el derecho de los negocios, en el mundo mercantil, tanto nacional como internacional, esto es esencial.

³ VAN ROMPAEY, Leslie: “Reflexiones sobre los principios generales de derecho”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 732.

De modo que por esta vez renunciamos a nuestra condición de espectadores de polémica ajena y nos atreveremos a introducirnos en ella con el máximo de los respetos por las tesis que vienen desde el derecho civil, en tanto la teoría general del contrato nos encuentra en territorio común.

2.

LA TESIS DEL PROFESOR BLENGIO

BLENGIO centra su legítima inquietud en la justicia contractual.

Sostiene, con razón, que los códigos, las leyes, son ideas, conceptos, significaciones enmarcadas en un determinado momento histórico, de modo que cambia la significación de la ley según la evolución que marca la historia.

Hoy se presenta claramente para el profesor la necesidad de que las relaciones contractuales mantengan cierto nivel mínimo de equivalencia.

El advenimiento de los contratos en masa y de adhesión ha exiliado la noción de igualdad formal.

Ya no puede concebirse una Constitución nacional y un Código Civil que corran por caminos paralelos. Hay un cambio radical en la forma en que se interpretan las normas del derecho privado, y la legislación y la jurisprudencia comparadas nos muestran la aplicación entre los privados de las normas constitucionales como forma de interpretar la ley. Sintetizando la tesis del profesor BLENGIO:

1. Supone un desplazamiento del eje del contrato desde el requisito del consentimiento al de la causa. La atención queda puesta en la desproporción entre las prestaciones, que no es otra cosa que un *vicio* en la causa del contrato. Otorga al motivo, hasta ahora irrelevante para nuestro derecho y excluido del control jurisdiccional, un valor que la ley le niega.
2. El intercambio de prestaciones tiene implícita la noción de reciprocidad. El *sinalagma* es el resultado del contrato y cuando las partes ejecutan sus prestaciones se realiza la función económico-social del contrato, lo que la doctrina denomina *sinalagma funcional*. Cuando se produce un desequilibrio en la ecuación económica prevista originariamente por las partes, debe restablecerse el principio de igualdad, penetrando el contrato a través de la aplicación de disposiciones constitucionales.

3. Pone en revisión el concepto de autonomía de la voluntad, que resulta claramente indicado en los textos constitucionales y que ha sido fundamento de nuestro derecho privado, tanto civil como comercial.

3.

LA RECONDUCCIÓN A LA LEY POSITIVA DEL LÍMITE ESPECÍFICO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Una de nuestras primeras lecturas en el aprendizaje del derecho comercial nos enseñó:

[...] lo que caracteriza al negocio jurídico y lo que hace de él el instrumento fundamental de la autonomía privada es la posibilidad de que las partes, aun cuando sea dentro de determinados límites, regulen las consecuencias del negocio en conformidad a los propios intereses [...] Así las partes, a través del negocio jurídico, pueden regular las propias relaciones; los efectos del negocio jurídico serán, en términos generales, esto es, en el ámbito de la autonomía de las partes, correspondientes a los propósitos prácticos a que tendían las partes al realizar el negocio.⁴

Resulta evidente que la cita responde al concepto de negocio jurídico como contrato.

En franco contraste, BLENGIO cuestiona aspectos fundamentales de la autonomía de la voluntad, como pueden ser:

- Que las partes pueden con un acto de voluntad constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales disponiendo de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros desde una perspectiva personal —y en consecuencia subjetiva— de sus efectos económicos.
- La libertad de determinar, con los límites impuestos por la ley, el contenido del contrato: precio, forma de pago, modo de entrega, tipo de interés, etcétera.

Advertimos que, en los tiempos que corren, el contrato ha adquirido un valor normativo muchas veces superior, de hecho, al de la ley.

⁴ ASCARELLI, Tullio: *Introducción al derecho comercial. Parte general de las obligaciones comerciales*, Buenos Aires: Ediar, 1947, pp. 189-190.

El derecho de los negocios es un derecho de origen contractual, no legislativo. La razón es su supranacionalidad.

El derecho comercial asiste hoy a la conformación de una nueva *lex mercatoria*, que se manifiesta en contratos estándar, prácticas comerciales reconocidas por los actores del tráfico mercantil, usos y costumbre, códigos de conducta, reglas y principios reconocidos y recomendados por organizaciones internacionales. Mucho de esa nueva *lex mercatoria* impregna el derecho nacional o es incorporado cuando se adoptan normas incorporadas a tratados.

Los esfuerzos de los organismos internacionales por redactar marcos normativos para que los agentes se sometan a ellos chocan muchas veces con la resistencia de los hombres de negocios, quienes necesitan de la máxima libertad para hacer su tarea.

La normativa-marco internacional es elástica, *soft*, como señalan los norteamericanos. Y es bueno que lo sea, porque permite, en el ámbito de la autonomía de la voluntad, celebrar los contratos con el contenido y la forma que las partes entienden más ajustada.

Veamos dos ejemplos.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (o *Principios Landö*) regulan expresamente la libertad de contratar. En su artículo 1.102 indican:

Libertad contractual

(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

(2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

Por su parte, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004 disponen en su artículo 1 que las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido, y regula el carácter vinculante del contrato. Agrega en 1.3:

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

El contrato se forma con el concurso real de voluntades de dos partes y nace a partir de él un haz de obligaciones más o menos diverso y complejo, según el contrato de que se trate y cumplidos todos los requisitos esenciales para su validez que la ley exige (artículos 1246, 1247 y 1261 del Código Civil).

Cierto es que el Código Civil no ha tenido en cuenta la fuerte impronta de la economía en los contratos. No era tema de mediados de siglo XIX.

Es el gran tema desde mediados del siglo XX. La economía pone su marca en la unificación del derecho privado en Italia, introduciendo al empresario y la empresa. En la misma dirección se ha realineado el derecho europeo en general.

En cualquier caso, y en todos los casos, hay disposiciones legales concretas que se encuentran impregnadas de economicismo.

Hoy se añade a esta realidad jurídica la difusión de nuevas teorías desde la escuela de Análisis Económico del Derecho. Para esta corriente el derecho privado —y esencialmente el de los contratos— debe fincar en dos criterios básicos: la racionalidad individual y la eficiencia económica. Para ello, se considera que los sujetos intervinientes en un negocio jurídico buscan minimizar los costos de transacción mediante la introducción de términos y omisiones eficientes con el fin de asegurar la óptima confianza en la determinación del programa obligacional que se plantean.

Nuestro derecho reserva el ámbito del contrato a las relaciones jurídico-patrimoniales, pero sin considerar los fines económicos, más allá de la valoración económica que cada una de las partes realice.

Lo que constituye, regula o extingue una relación patrimonial es el acuerdo de voluntades.

Para definir este papel de la voluntad se habla de *libertad o autonomía contractual*.⁵ Es una libertad o autonomía que se manifiesta con un doble aspecto.

Negativo, en el sentido de que nadie puede ser privado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros contra o, en general, independientemente de su propia voluntad. El contrato no vincula sino a quien ha participado del acuerdo.

Positivo, porque las partes pueden, con un acto de voluntad, constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales, es decir, disponer de sus bienes y obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros.

Es una libertad, desde nuestra perspectiva, de determinar el contenido del contrato, dentro de los límites de la ley (cláusulas de interés, cláusulas abusivas, cláusulas restrictivas de la libertad de competencia o que alteran las reglas de la competencia en el mercado).

⁵ Conforme GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 65 ss.

4.

LA INESPECIFICIDAD DE LA PERSPECTIVA TIPOLOGICA

4.1. LIBERTAD DE ELEGIR ENTRE CONTRATOS TÍPICOS O ATÍPICOS

La posición del profesor BLENGIO restringe también la libertad de celebrar contratos atípicos o innominados, que hoy son la mayoría y fundamentalmente en el ámbito mercantil: contratos bancarios, de distribución, de transferencia de tecnología. Muchos de ellos masivos y, en consecuencia, de adhesión.

Una de las manifestaciones más claras de la libertad contractual es la facultad que la ley les concede a las partes de elegir entre los tipos contractuales previstos por la ley, según los fines que estas persigan.

Resulta evidente que esa libertad debe extenderse a la facultad de elegir celebrar contratos atípicos o innominados, esto es, celebrar contratos que no se encuentran previstos en la ley o en los códigos, sino aquellos que se practican habitualmente en el mundo de los negocios.

Adviértase que muchos de los contratos que hoy son típicos —*leasing*, *factoring*, fideicomiso, ente otros— nacieron y se difundieron a través de la práctica negocial.⁶

La creación incesante de nuevas figuras o de modalidades nuevas de figuras ya empleadas es la técnica usada habitualmente.

Es más, hay una generalizada convicción de que los contratos que se encuentran en constante evolución no deben ser regulados legislativamente, como sucede claramente con la contratación bancaria. Son contratos que viven como contratos atípicos y evolucionan conforme las necesidades económicas. La ley no puede seguirles el paso.

GALGANO sostiene:

Bajo este aspecto la libertad contractual asume un doble significado: es libertad para perseguir finalidades distintas de aquellas perseguibles con los contratos típicos, pero es también libertad para perseguir con modalidades contractuales atípicas finalidades perseguibles con contratos típicos.⁷

⁶ Gabrieli señala: “El proceso de emersión del tipo legal (y por ende la identificación de los llamados contratos nominados) se origina normalmente en la praxis del derecho de los negocios y del comercio y, luego de una sucesiva elaboración y afinamiento que va operando, también por obra de la jurisprudencia (la así llamada tipicidad jurisprudencial), el tipo, progresivamente, radicado en el tejido económico (la así llamada tipicidad social) resulta individualizado en el plano normativo”. GABRIELI, Enrico: *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 24.

⁷ *Ibíd.*, p. 68.

De modo que puede acudir a figuras típicas para obtener finalidades atípicas o combinar varias figuras contractuales para realizar intereses diversos de los que subyacen en cada contrato considerado individualmente.

4.2. LA DISTINCIÓN EN RAZÓN DEL TIPO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL: LA INTEGRACIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN PARTICULAR

El tipo contractual, según la doctrina alemana, es el plano de distribución del riesgo en el contrato. Determina un margen elástico de límites. No obstante, en los contratos típicos el alea resulta normal.

La causa individualiza al tipo, que es un modelo de organización de intereses.

Cuando el contrato es atípico empieza el problema, porque deberá verse cuál es la causa prevalente y, si no puede encajar en un tipo, analizar qué disciplina aplicarle.

En línea con lo afirmado párrafos arriba, las partes pueden celebrar un contrato típico, modificando, dentro de sus límites elásticos, el alea normal, el riesgo típico.

Se regulará por las normas legales específicas para el modelo contractual elegido y, además, por las normas particulares, especiales, concretas que las partes elaboraron conforme su programa contractual.

Cuando ese programa se aparta de toda figura legal, habrá de estarse a la voluntad de los contratantes, única dueña del texto del contrato.

No obstante, deberá verificarse que no haya violación del orden público, en cuyo caso las disposiciones contractuales que lo ataquen padecerán nulidad.

Para su integración, deberá verificarse la aplicación de las disposiciones legales que más se acerquen a la construcción contractual de las partes, así como los usos y costumbres y la equidad.

Siendo la mayor parte de los contratos innominados contratos de empresa o mercantiles, los usos y costumbres adquieren particular relevancia como fuente integradora. Paradójicamente, la comunidad internacional⁸ ha recopilado muchos de esos usos y costumbres, y los ha codificado para facilitar la integración a escala universal.

No admitimos que el contrato —nominado o innominado— pueda padecer la integración correctiva, de modo que la voluntad de las partes volcada en el contrato pueda ser

⁸ “En los contratos de comercio, no ha lugar a la rescisión por causa de lesión, aunque se diga enorme o enormísima, a no ser que se probare error, fraude o simulación”.

sustituida o alterada por la voluntad de un tercero (normalmente juez) con la pretensión de devolver el equilibrio económico y aplicando los principios integradores de la buena fe y la equidad.

Es en este aspecto, desde nuestro punto de vista, que el principio de igualdad con el alcance sustentado por BLENGIO penetraría en el contrato pretendiendo corregir los desequilibrios o las desproporciones que pudieran dar lugar a la lesión calificada, al margen de la voluntad expresada por las partes en el contrato, sobre todo teniendo en cuenta el tenor del artículo 196 del Código de Comercio.⁹

Resulta trascendente por cuanto la seguridad jurídica, valor fundamental en el desarrollo de la actividad económica, quedaría marginada. Pone en cabeza del juez la corrección de las anomalías. ¿Se puede contratar con la idea de que en algún momento un tercero ajeno, por más imparcial que sea, pueda modificar el contrato?

5.

LA SEGURIDAD JURÍDICA

Georges RIPERT decía:

[...] el contrato está quebrado [...] Pero esta crisis no nos deja sin inquietud, porque permanece profundamente en el fondo de nuestros espíritus la idea de que el respeto al contrato es uno de los principios de la moral. Los moralistas no han cesado de afirmar que es preciso guardar la fe jurada. La moral nos obliga a no tratar el contrato como un hecho social del que el juez pueda extraer cualquier conclusión.

¿Hasta dónde llega la crisis de la categoría del contrato? Afecta tanto su formación como sus efectos, y repercute en los dos grandes principios que rigen la institución en los códigos como el nuestro: la libertad contractual y la fuerza obligatoria del vínculo.

¿Es posible que razones subjetivas (la necesidad, la indigencia, la ignorancia de buena parte de la población) y objetivas (concentración de capitales, globalización de los negocios, contratos de adhesión) lleven a la crisis de un concepto tan arraigado como la fuerza obligatoria del contrato?

¿Es posible que la intervención del juez cancele, modifique o sustituya obligaciones nacidas de la manifestación de voluntad de las partes?

⁹ RIPERT, Georges: *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 37.

Entendemos que no.

Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.¹⁰

Leyendo tan clara norma, y su similar 209 del Código de Comercio, advertimos que nos permite tener conocimiento y certeza del derecho y prever las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones.

Eso es seguridad jurídica, eso es estabilidad, es confianza de la gente en el derecho.

Ese valor es reconocido como fundamental para el mejor desarrollo de la actividad económica, para la captación de inversión.

Desde el análisis económico del derecho se invocan razones por las cuales no debe admitirse la justicia distributiva impuesta por un tercero (juez). Una de ellas es que el derecho opera a través de expectativas normativas, pero los contratos operan a través de expectativas fácticas que vienen aportadas por las reacciones de los individuos respecto a las normas.

Otra razón es que la reasignación de recursos que provoca la justicia distributiva penetrando el contrato celebrado carece de eficiencia, porque no puede detectarse *ex ante* quién es la parte débil y quién no en el contrato.

Finalmente, esta actitud puede llevar a desincentivar la actividad económica de los particulares y así disminuir los niveles de riqueza de la sociedad en general. La huida desde los contratos normados hacia figuras creadas por las partes perfora el concepto perseguido de justicia distributiva.

De imponerse las ideas de BLENGIO y VAN ROMPAEY, los jueces terminarán siendo la mayor fuente generadora de inseguridad jurídica, y nadie ya creará firmemente en el cumplimiento de la palabra empeñada. Habrá una crisis de confianza que obrará con desincentivo a la contratación y a la inversión.

La seguridad jurídica está en la libertad contractual y no en la protección paternalista de los jueces.

La ley ha puesto remedio a las peores asimetrías que pueden darse en las relaciones jurídico-patrimoniales. Tenemos ley que protege al consumidor, ley de usura, ley que castiga las prácticas anticompetitivas que alteran las relaciones de los operadores en el mercado, etcétera.

¹⁰ Artículo 1291 del Código Civil.

Mientras no se deroguen las disposiciones del Código Civil y de Comercio que hoy nos rigen, resistimos toda posibilidad de acoger las teorías —moralmente correctas— que sostiene el profesor BLENGIO.

6.

CONCLUSIONES

1. Nuestro derecho reserva el ámbito del contrato a las relaciones jurídico-patrimoniales, pero sin considerar los fines económicos, más allá de la valoración económica que cada una de las partes realice.

Lo que constituye, regula o extingue una relación patrimonial es el acuerdo de voluntades. Ese acuerdo se forma en un marco de libertad dado por el propio ordenamiento jurídico.

Esa libertad permite, desde nuestra perspectiva, determinar el contenido del contrato, con los límites de la ley (cláusulas de interés, cláusulas abusivas, cláusulas restrictivas de la libertad de competencia o que alteran las reglas de la competencia en el mercado).

2. Una de las manifestaciones más claras de la libertad contractual es la facultad que la ley les concede a las partes de elegir entre los tipos contractuales previstos por la ley, según los fines que estas persigan.

Esa libertad se extiende a la facultad de elegir celebrar contratos atípicos o innominados, aquellos que se practican habitualmente en el mundo de los negocios.

Puede acudir a figuras típicas para obtener finalidades atípicas o combinar varias figuras contractuales para realizar intereses diversos de los que subyacen en cada contrato considerado individualmente.

Cuando la elección recae en un programa contractual que se aparta de toda figura legal, habrá de estarse a la voluntad de los contratantes, única dueña del texto del contrato.

Deberá verificarse que no hay violación del orden público, en cuyo caso las disposiciones contractuales que lo ataquen padecerán nulidad.

Para su integración, se aplicarán las disposiciones legales que más se acerquen a la construcción contractual de las partes, y además los usos y costumbres y la equidad.

No admitimos que el contrato —nominado o innominado— pueda padecer la integración correctiva, de modo que la voluntad de las partes volcada en el contrato pueda ser

sustituida o alterada por la voluntad de un tercero (normalmente juez) con la pretensión de devolver el equilibrio económico.

3. Se insinúa una crisis de la categoría del contrato que afecta tanto su formación como a sus efectos y repercute en los dos grandes principios que rigen la institución en los códigos como los nuestros: la libertad contractual y la fuerza obligatoria del vínculo.

Se pretende que una intervención correctiva de las asimetrías que puedan darse en la etapa de ejecución devolvería la equivalencia a las prestaciones. Esto atenta gravemente contra la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica está en la libertad contractual y no en la protección paternalista de los jueces.

4. El contrato es una herramienta jurídica esencial en la interrelación económica. Requiere libertad en la formación y en la ejecución.

El contrato es la ley del mundo de los negocios. No puede ni debe un tercero, aun con los mejores propósitos, penetrar en él, alterando la voluntad de las partes.

El único límite a la libertad de las personas al contratar es la ley.

Nuestra ley consagra la autonomía de la voluntad.

5. No podemos desconocer que las normas mercantiles necesitan ser adecuadas a la realidad de los tiempos que corren, tiempos de cambios tecnológicos, de celeridad en las transacciones, de globalización de los negocios.

Tampoco pueden desconocerse las nuevas teorías y desarrollos constitucionales y jurisprudenciales. La forma de superar el atraso —si admitimos que existe— es exigir normas jurídicas ágiles, eficientes, que brinden seguridad jurídica a quienes protagonizan la vida económica y son parte interesada en los negocios.

BIBLIOGRAFÍA

- ASCARELLI, Tulio: *Introducción al derecho comercial. Parte general de las obligaciones comerciales*, Buenos Aires: Edicar, 1947.
- BLENGIO, Juan: “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXVII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- “¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXI, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- “La parte contractual débil”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXIX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- “El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002, y XXXIII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003.
- CAFFERA, Gerardo: *Una teoría del contrato*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- COOTER, Robert, y ULEN, Thomas: *Derecho y economía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- DÍAZ ALABART, Silvia: *Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexiones sobre la incidencia de la ley de condiciones generales de los contratos. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, 2000.
- GABRIELI, Enrico: *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- GAMARRA, Jorge: “Operación económica, coligamiento negocial e interpretación”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXVI, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- “Tendencia hacia la objetivación del contrato (equilibrio contractual)”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 3, Montevideo, 2006.

- *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo 26, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- GHERSI, Carlos Alberto: *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires: Astrea, 1992.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “La seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 31, Buenos Aires: Depalma, 1998.
- MARTORELL, E. E.: *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires: Depalma, 1993.
- MIRANDA SERRANO, Luis, et al.: *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- PÍRIZ ESPINOSA, Jorge: “Reflexiones e interrogantes en torno a la atipicidad contractual en la realidad negocial moderna y a la vigencia del pensamiento tipológico, con especial referencia al fenómeno de la conexidad contractual”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 4, Montevideo: Carlos Álvarez, 2007.
- POSNER, Richard: *El análisis económico del derecho*, 2.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- VAN ROMPAEY, Leslie: “Reflexiones sobre los principios generales de derecho”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

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

*Roberto Figueredo Simonetti***

figueredosimonetti@hotmail.com

RESUMEN. El presente trabajo trata sobre los cambios introducidos por las leyes 18401 y 18627, que confiaron los procesos concursales de bancos, bolsas de valores y otras personas afines a personas jurídicas que no integran el Estado. Esto supone una violación a la Constitución, que indica taxativamente qué sujetos pueden desarrollar la función jurisdiccional, y la establecen como un cometido exclusivo del Estado, a cargo, en principio, del Poder Judicial. Estas innovaciones legislativas inconstitucionales afectan los derechos procesales de deudores y acreedores concursales, al extremo de ver comprometida la existencia misma del debido proceso, el que no puede asegurarse fuera de los tribunales estatales designados por la Constitución.

PALABRAS CLAVE. Derecho constitucional. Derecho procesal. Derecho administrativo. Derecho concursal. Debido proceso. Banco Central del Uruguay. Personas públicas no estatales.

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctor en Derecho. Aspirante a profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

ABSTRACT. This paper deals with the changes introduced by Laws 18.401 and 18.627, which entrusted the bankruptcy proceedings of banks, stock exchanges and other related persons, to non-governmental entities. This is a violation of the Constitution, which specifies who are the subjects that may develop the Jurisdictional role, establishing it as an exclusive performance by the State, mainly by the Judiciary. These unconstitutional legislative innovations affect the procedural rights of debtors and creditors in bankruptcy, to the point of compromising the existence of the Due Process, which cannot be assured out of the State courts designated by the Constitution.

KEYWORDS. Constitutional Law. Procedural Law. Administrative Law. Law of Bankruptcy Proceedings. Due Process. Central Bank of Uruguay. Public Non-Governmental Legal Entities.

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** La función jurisdiccional y su ejercicio por el Estado. 2.1. La función jurisdiccional como cometido esencial del Estado. 2.2. Jurisdicción y Poder Judicial en la Constitución. 2.3. El ejercicio de la función jurisdiccional fuera del Poder Judicial. **3.** El proceso concursal y la función jurisdiccional. 3.1. La naturaleza de los procesos concursales. 3.2. La necesaria tramitación jurisdiccional de los concursos. 3.3. Los procesos concursales bancarios y de otras personas afines. **4.** Las inconstitucionalidades de la ley 18401. 4.1. La ley 18401 y la evolución legislativa de los procesos concursales de las instituciones de intermediación financiera. 4.2. Una persona pública no estatal ejerciendo un cometido esencial del Estado. 4.3. La falta del debido proceso en las liquidaciones de la COPAB. 4.4. Un régimen recursivo deficiente. 4.5. La supresión de un acto estatal por una entidad no estatal. **5.** Las inconstitucionalidades de la ley 18627. 5.1. Una nueva atribución de funciones jurisdiccionales al Banco Central. 5.2. Habilitando el ejercicio de la función jurisdiccional por un titular indefinido. 5.3. Una inseguridad jurídica lesiva de los principios del debido proceso. **6.** Conclusiones. **7.** Esquema.

1.

INTRODUCCIÓN

Las leyes 18401, de 24 de octubre de 2008, y 18627, de 2 de diciembre de 2009, han creado un nuevo fenómeno de inquietante, aunque aparentemente inadvertida, gravedad: la transferencia de la función jurisdiccional a sujetos de derecho que no integran la organización estatal ni siquiera en el sentido más amplio de la expresión.

Estas reformas no solo son violatorias de la Constitución sino que además suponen una grave lesión a las garantías de los involucrados en los procesos concursales relacionados, a la luz de la imparcialidad e independencia de que deben gozar los órganos jurisdiccionales para tutelar los derechos de las partes, puesto que dichas cualidades dejan de estar presentes cuando se comete, o se intenta cometer, el ejercicio de la *jurisdictio* a personas jurídicas que no forman parte del Estado.

De esta manera, la ley 18401 cometió la liquidación de las entidades bancarias, entre otras personas, a la Corporación para la Protección del Ahorro Bancario, mientras que la ley 18627 creó la posibilidad de que la liquidación de las bolsas, mercados y otros intermediarios de valores pueda ser hecha por entidades privadas, sin mayor precisión.¹

Esta situación exige un análisis para demostrar la antijuridicidad de los cambios legislativos introducidos, y sus negativas consecuencias, en un ámbito tan delicado y de importancia nacional como el de los bancos y otras actividades financieras conexas.

¹ A estas tres entidades se refiere el título del trabajo cuando las llama colectivamente *entidades de intermediación de valores*, para comprender así a los sujetos comprendidos en los artículos 108 y 106 de la ley 18627.

2.

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y SU EJERCICIO POR EL ESTADO

2.1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL COMO COMETIDO ESENCIAL DEL ESTADO

Desde hace siglos ha existido consenso en que la función jurisdiccional debe ser ejercida por entidades estatales. Hasta los liberales clásicos siempre sostuvieron que era un deber exclusivo del Estado la protección de su ordenamiento jurídico.²

La explicación de ello radica en que la función jurisdiccional es la forma más eficaz que tiene el Estado para defender el derecho objetivo.³ La trascendencia de la sentencia se basa en el pronunciamiento que hace en un caso concreto sobre quién actuó a derecho y quién no, y al efectuarlo materializa, en su posibilidad de ejecutarse forzosamente, el triunfo de la juridicidad sobre quien la desconoció o pretendió desconocerla. Y no solo ello, esa declaración estatal, una vez llegado el momento procesal oportuno, resulta virtualmente inmovible para el futuro, al adquirir la calidad de la cosa juzgada.⁴ Ello significa, que cuando es bien ejercida, con jueces instruidos y competentes, y tribunales eficaces e imparciales, se convierte en la forma suprema de hacer valer los derechos subjetivos, puesto que una vez la sentencia es *resjudicata* (o incluso antes en el caso de la Ejecución Provisional),⁵ se puede requerir el auxilio de la fuerza estatal para hacerla valer, en aplicación del principio de autoridad,⁶ el que se deriva del poder como elemento esencial de la persona estatal. Tales características fueron las que dieron origen al desarrollo de los derechos de acceso a la

² “The second duty of the sovereign, that of protecting, as far as possible, every member of the society from the injustice or oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice, requires, too, very different degrees of expence in the different periods of society” (SMITH, Adam: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, <http://www.econlib.org/library/Smith/smWN20.html#B.V.>), cap. 1: “Of the Expences of the Sovereign or Commonwealth”, 29/4/2011).

³ “Entre la autoridad de la cosa juzgada y la efectiva vigencia del derecho hay una relación de medio a fin. La cosa juzgada se concibe solo como medio de despejar la incertidumbre del derecho y como forma de hacerlo coactivo en los casos de resistencia u omisión de su cumplimiento” (COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Montevideo: B de F, 2002, p. 33).

⁴ Salvo la notable excepción del recurso de revisión previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso.

⁵ Artículo 260 del Código General del Proceso.

⁶ Véase el artículo 168, n.º 23, de la Constitución, los artículos 1 y 4 de la ley 15750, y los artículos 21.3, 371 y 374 del Código General del Proceso.

jurisdicción, y a la tutela jurisdiccional efectiva,⁷ que indudablemente están comprendidos en el artículo 72 de la Constitución.

Visto lo que está en juego, los tribunales que ejercen dicha función deben ser independientes de las injerencias de otros órganos estatales, y los titulares de sus cargos deben actuar con imparcialidad, para que el fallo sea representativo del ordenamiento jurídico y no de los intereses de las partes, gestionantes o terceros. Es por ello que el ámbito natural donde debe ejercerse la jurisdicción es dentro del Estado, y en un poder independiente, a tal extremo que se la puede calificar como una *función esencial*.⁸

Ello es así porque solo de esta manera se puede organizar una pluralidad de órganos jurisdiccionales, que sean independientes y que cuenten con un sistema institucionalizado de control sobre sus decisiones y sus integrantes, y que además tengan el poder de *imperium* para imponer lo que hayan sentenciado. Lo anterior solo puede darse si se forma parte del aparato estatal, pues solo de esta forma se pueden asegurar de hecho y de derecho las condiciones para una correcta administración de justicia.

Por ello, COUTURE definió a la Jurisdicción como:

[...] la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.⁹

2.2. JURISDICCIÓN Y PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN

Así entonces, la Constitución regula minuciosamente la organización de la función jurisdiccional detallando claramente su ejercicio, el cual solo puede ser realizado por el Estado¹⁰ *stricto sensu*.

En efecto, nuestro máximo acto jurídico de derecho interno ha optado por la vía más segura y garantista a la hora de establecer cómo se debe ejercer la jurisdicción en la República, y la norma más importante en este sentido, es la contenida en su artículo 233:

⁷ “El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho. En el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico” (COUTURE: o. cit., p.37).

⁸ “Las funciones esenciales son aquellos cometidos del Estado inherentes a su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos por el mismo [...]” (SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 1953, p. 56).

⁹ COUTURE: o. cit., p. 34.

¹⁰ “La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no puede reconocerse como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción” (ibídem, p. 33).

El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley.

Salvando el error léxico del constituyente, al referirse al Poder Judicial, cuando debería haberse referido a la función jurisdiccional,¹¹ la norma citada define con una claridad y sencillez admirables los órganos que puede declarar el derecho con calidad de cosa juzgada en la República. Y ellos son solo aquellos que integran un sistema orgánico denominado Poder Judicial, separado de los otros poderes del Estado y de los órganos de control independientes. La Constitución en este artículo, y en interpretación ordenada por el *principio de especialidad de las personas públicas*, determina taxativamente los órganos a los que el cuerpo electoral ordenó ejercer la función jurisdiccional, y por ende, salvo otra norma constitucional expresa (como se indicará *ut infra*), ni el legislador ni el administrador pueden desplazarla de aquellos sin violar la Constitución.

Ello tiene un fundamento, y es que si el constituyente prevé un poder exclusivamente dedicado a una función jurídica como es la jurisdiccional, permitir que por actos infraconstitucionales se estableciesen órganos con funciones similares significaría poder burlar fácilmente el sistema de garantías y controles previsto por la Constitución. Nótese que la norma mencionada solo permite que la ley, en coherencia con el artículo 18 de la *lex fundamentalis*,¹² regule la forma en que la ejercen, pero no abre al acto legislativo la posibilidad de instituir otros órganos extrajudiciales para que también la desempeñen.

Esta norma, junto con los artículos 72 y 82, y el elenco de disposiciones sobre el estatuto de los jueces, conforman un verdadero escudo de la función jurisdiccional, puesto que aseguran qué órganos la ejercen, las potestades de estos, su independencia, las cualidades de sus titulares y las formas de control sobre ellos.¹³ Es por eso, entonces, que cualquier ley que busque retacear el ámbito competencial del Poder Judicial transfiriendo sus competencias constitucionales a otros órganos distintos a los previstos por la Constitución es inconstitucional.

Sin embargo, no se puede obviar que la misma Constitución confirió atribuciones jurisdiccionales a otros órganos que no integran el Poder Judicial, como la Cámara de Senadores (artículo 93), la Corte Electoral (artículos 77, n.º 4, y 322) y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 307). Lo expuesto *ut supra*, respecto al ejercicio pri-

¹¹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: *Derecho público*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, p. 87.

¹² Artículo 18 de la Constitución: "Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios".

¹³ "A fin de garantizar la idoneidad, imparcialidad y la independencia de los órganos jurisdiccionales se establecen, ante todo, requisitos constitucionales para ser Juez" (CASSINELLI MUÑOZ: o. cit., p. 333).

mordial de la función jurisdiccional, se mantiene incólume ante lo señalado, porque estas excepciones al artículo 233 de la Constitución provienen de la propia Carta, y no de actos jurídicos inferiores.

En conclusión, el arquitecto de la función jurisdiccional es el constituyente. Este ordenó al Poder Judicial, es decir, al Estado, la persona pública mayor, que efectuase el ejercicio mayoritario de la función jurisdiccional, y comisionó a otros órganos su desempeño en ámbitos específicos. Fuera por ende de dichas excepciones expresas, la función jurisdiccional debe ser ejercida exclusivamente por los órganos que integran el sistema orgánico llamado Poder Judicial, dado que este es el principio en la materia.¹⁴

Por lo tanto, en virtud del *principio de jerarquía normativa* inherente a las disposiciones constitucionales, cualquier norma legislativa o administrativa que otorgue atribuciones jurisdiccionales a órganos o personas diferentes a los señalados por la Constitución, y en la medida dispuesta por esta, es inconstitucional.¹⁵

2.3. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL FUERA DEL PODER JUDICIAL

Sin perjuicio de lo anterior, el Poder Legislativo históricamente ha violado las disposiciones constitucionales al permitir que otros órganos que no integran el Poder Judicial ejerzan la función jurisdiccional.

La mayoría de estas desviaciones consistió en permitir que la competencia jurisdiccional en ciertas materias fuese ejercida en sede administrativa. Así, y solo a vía de ejemplo, pueden señalarse los casos de la ley 5377 (función jurisdiccional a cargo de la Dirección General de Impuestos), el artículo 21 de la ley 8733 (Registro Único de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos¹⁶), de los artículos 66, 72 y 99 del decreto-ley 10326

¹⁴ “Sus competencias no necesitarían estar por consiguiente, a texto expreso en la Constitución sino que tratándose de la función que le está asignada en principio, es decir, la función jurisdiccional, todos los actos jurisdiccionales le corresponderán al Poder Judicial aun en los casos en que la Constitución no se los atribuya especialmente salvo que haya, justamente, una atribución expresa a otros órganos” (CASSINELLI MUÑOZ: o. cit., p. 86).

¹⁵ Al decir de Real, citado por Tarigo: “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial salvo excepciones constitucionales expresas” (TARIGO, Enrique, “Teoría general de los procesos voluntarios”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 48).

¹⁶ “Lo que resulta francamente censurable es convertir en Juez al Registrador. La función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial, no a la Administración, y por ello me parece claro que el registrador no puede fallar cuando se suscita contradictorio (art. 24, inciso 2.º). Aun fuera del contradictorio el registrador debe apreciar si se produjo la mora del deudor (lo que supone un juicio de derecho) y la resolución del contrato tiene lugar en ‘vía administrativa’. Parece, pues, que los arts. 22, 23 y 24 son parcialmente inconstitucionales” (GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IV, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1971, pp. 151-152).

(Código de Organización de los Tribunales Militares),¹⁷ el artículo 46 de la ley 10597 (Consejo Honorario del Impuesto a las Ganancias Elevadas) y del artículo 257 de la ley 13318 (Contencioso Aduanero).

Pero no solo se ha encomendado función jurisdiccional por vía legislativa al Poder Ejecutivo, sino que también ha sido atribuida a los entes autónomos, concretamente el Banco de la República Oriental del Uruguay y el Banco Central de la República,¹⁸ punto en que se profundizará *ut infra*, puesto que hace al fondo del presente trabajo.

3.

EL PROCESO CONCURSAL Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

3.1. LA NATURALEZA DE LOS PROCESOS CONCURSALES

El proceso concursal puede ser conceptualizado como aquel destinado a la satisfacción colectiva de los acreedores de un deudor imposibilitado de pagarles, mediante la liquidación de sus bienes individuales, la reorganización de su empresa o su enajenación a título universal.

Más allá de calificarlo previamente como un proceso, es posible cuestionar si siempre que un órgano conoce en un concurso de acreedores está ejerciendo función jurisdiccional o no, y para poder dilucidar esa cuestión debe primeramente tomarse partido sobre otra polémica procesal, la de si los procesos voluntarios realmente implican el ejercicio de la función jurisdiccional.¹⁹

En efecto (y sintetizando al máximo), la doctrina clásica entiende que la función jurisdiccional se limita solamente a los procesos contenciosos, reputando a los voluntarios como manifestaciones de la función administrativa, atribuidas al Poder Judicial en virtud de la voluntad legislativa y que le pueden ser removidas y devueltas al Poder Ejecutivo

¹⁷ A este respecto, debe tenerse presente lo dispuesto por la ley 18650, la que en la norma programática del artículo 27 prevé el pasaje de la Justicia Militar al Poder Judicial.

¹⁸ Atento a que en este trabajo se busca plantar la inconstitucionalidad de ciertas normas vinculadas a la actividad de intermediación financiera, se referirá al ente regulador en la materia por su nombre constitucionalmente correcto según lo dispuesto por el artículo 196 de la Constitución.

¹⁹ A los efectos de esta parte del trabajo, y sin poder profundizar suficientemente en el punto, se reputará contencioso aquel proceso en el cual se decide una contienda suscitada entre dos o más partes, a la que se pone fin con un acto pasible de cosa juzgada, la sentencia. Los procesos voluntarios serían aquellos en los que se busca una declaración judicial sobre una cierta cuestión, promovida por uno o más gestionantes, sin que exista litigio alguno, y en los que las providencias a ser dictadas, debido a la naturaleza del asunto, no son nunca *res judicata*.

(u otra persona pública estatal) en forma discrecional.²⁰ Por su parte, existen otros autores que proponen un concepto más amplio de función jurisdiccional, que abarca a la voluntaria, de acuerdo al cual la tramitación de los procesos voluntarios no podría realizarse en sede administrativa.²¹

En el caso en particular del proceso concursal se han elaborado varias interpretaciones sobre su naturaleza:²²

1. Siempre es un proceso contencioso.
2. Siempre es un proceso voluntario.
3. Es voluntario en el caso del concurso necesario y voluntario cuando es el deudor quien pide su concurso (artículos 454 del Código General del Proceso y 11 de la ley 18387).
4. Será voluntario o contencioso según las actitudes procesales del concursado.

De acuerdo a lo reseñado, y según la posición que se adopte, tanto respecto a la naturaleza de la jurisdicción como del proceso concursal, este puede implicar el ejercicio de la función jurisdiccional en todos los casos, en ninguno o en ambos en forma alternativa.

¿Qué consecuencias trae tomar partido por una posición u otra? Por ejemplo, si se entiende que el concurso es siempre, o al menos eventualmente, voluntario, y se sostiene que los procesos voluntarios son de naturaleza administrativa,²³ no habría ningún inconveniente constitucional para que órganos administrativos conociesen en ellos. De acuerdo a dicha interpretación, las leyes que le dieron competencia concursal al BROU y luego al BCR sobre los bancos, removiéndola de la esfera judicial, serían totalmente acordes con la Constitución, puesto que mediante ellas el legislador habría operado la *intercambiabilidad* inherente a la función administrativa ejercida en los procesos voluntarios.

Por otra parte, si se entiende que el concurso es siempre contencioso, o que la función jurisdiccional comprende de principio la jurisdicción voluntaria, dichas normas serían inconstitucionales puesto que se habrían otorgado atribuciones jurisdiccionales a dos entes

²⁰ “Pero lo que aquí ha querido ejemplificarse es que esta intercambiabilidad entre proceso voluntario (judicial) y procedimiento administrativo solamente ha resultado posible, y legítimo, en la medida en que en el proceso voluntario no se ejercita la jurisdicción [...]” (TARIGO: o. cit., p. 48).

²¹ PARTELI, María Cristina: “Proceso voluntario”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 171-172.

²² FRESSIA, María Gloria: “Proceso concursal”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 210-212.

²³ “La Jurisdicción voluntaria integra la función administrativa del Estado” (PARTELI: o. cit., p. 173).

autónomos, sin norma de la Carta que lo habilite. Lo señalado será de particular interés cuando se analice la inconstitucionalidad de las leyes 18401 y 18627 *ut infra*.

3.2. LA NECESARIA TRAMITACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONCURSOS

Si bien no es posible resolver definitivamente una cuestión procesal de tamaño trascendencia en esta oportunidad, es necesario tomar una posición para poder proseguir con el trabajo, y la que se propondrá difiere de las reseñadas previamente.

En lo personal, son indiscutibles las diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, y es posible admitir que la primera constituya la verdadera función jurisdiccional en sentido estricto, atento especialmente a la definición del artículo 6 de la ley 15750.²⁴ Por ende, no hay problemas para reconocer que en los procesos voluntarios se está ejerciendo función administrativa, en un sentido estrictamente material. Pero lo que no resulta admisible, sin perjuicio de que existen prestigiosas opiniones en contrario, es la ya mencionada libre intercambiabilidad entre los órganos que pueden entender en los trámites voluntarios, o, en otras palabras, la discrecionalidad legislativa de asignar al Poder Judicial o a otro órgano el poder-deber de conocer en dichos asuntos.

Ello es así por una razón de formalidades garantistas. Se puede afirmar que, en puridad, tal vez el proceso voluntario, aunque tramitado por cuerpos jurisdiccionales, implique ejercer función administrativa, pero ello no permite, al menos de principio, trasladar libremente a los órganos del Poder Ejecutivo o de otras personas públicas, estatales o no, su desempeño, puesto que dichas entidades carecen del sistema de garantías inherentes a los órganos jurisdiccionales.²⁵

En efecto, el fundamento para asignarle al Poder Judicial y no al Ejecutivo la gestión de ciertos trámites radica en las garantías que implica que quien controla la legalidad de estos sea un tercero independiente²⁶ y sin interés alguno en el asunto, algo que no existe cuando la

²⁴ Artículo 6 de la ley 15750: “Es jurisdicción de los tribunales la potestad pública que tienen de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada. Es competencia la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales de una misma materia. La prórroga de jurisdicción está prohibida”.

²⁵ Arlas, citado por Tarigo, expresaba: “La actividad que desarrolla el juez en el proceso voluntario tiene la misma naturaleza que la que despliega en general la administración [...]. Lo único que explica que estos actos administrativos se realicen por un juez y con forma de proceso es la mayor garantía que el legislador ha querido darles, convencido sin duda de su mayor trascendencia”. La cita continúa señalando: “[...] nada obsta a que ellos se quiten de la esfera judicial y se practiquen por las autoridades administrativas”. Como se ve, se comparte plenamente lo expresado en la primera parte, pero se discrepa con la posibilidad legítima de remover la jurisdicción voluntaria del Poder Judicial en forma discrecional (TARIGO: o. cit., p. 40.)

²⁶ COUTURE: o. cit., p. 44.

función administrativa la ejercen los órganos administrativos. Por ello, el legislador no puede a su arbitrio remover el conocimiento un asunto voluntario de la esfera del Poder Judicial, puesto que dicho asunto, por su propia naturaleza, requiere de un órgano independiente para garantía de los gestionantes y de los terceros.

Lo anterior supone admitir que ciertos trámites no contenciosos, aunque impliquen ejercer función administrativa, no pueden ser conducidos por órganos del Poder Ejecutivo o de otras personas públicas descentralizadas, reconociendo que, en un sentido amplio, la función jurisdiccional abarca no solo los procesos contenciosos, sino aquellos que, si bien materialmente suponen funciones administrativas, atento a lo delicado de su objeto, requieren el amparo de las formas y estructuras jurisdiccionales. Basta leer los artículos 2 y 5²⁷ del decreto 500/91, y sus homólogos de otras personas descentralizadas, para apreciar cómo aun desde el ámbito administrativo, y en normas de derecho positivo, se reconoce la eficacia garantista de las formas procesales.

Por ello, aun cuando se adhiera a la posición clásica sobre la función jurisdiccional, y aun cuando se considere que los concursos, en forma total o parcial, pertenecen a la categoría de los procesos voluntarios, no es posible sostener que el legislador puede otorgarles competencias concursales a los entes autónomos, a las personas públicas no estatales,²⁸ y mucho menos a las personas de derecho privado. Los únicos órganos que pueden conocer en dichos procesos son los del Poder Judicial, y toda norma que menoscabe esta competencia, atribuida ni más ni menos que por el constituyente, es, fuera de dudas, inconstitucional.

La naturaleza de lo que se dilucida en un proceso concursal exige una tramitación absolutamente garantista y transparente, que solo puede proveerse en el marco de los órganos que ejercen función jurisdiccional, órganos independientes absolutamente de los demás poderes,²⁹ y de los similares de su propio sistema orgánico, que proveen un tercero imparcial, regido por el ritual del debido proceso, con un complejo y amplio sistema de recursos impugnatorios, que asegura que se respeten los derechos del concursado y de sus acreedores. Estas garantías no existen, ni pueden existir, en sede administrativa, en virtud del vínculo jerárquico (sin perjuicio de la autonomía técnica, como modalidad de la centralización), de

²⁷ Artículo 5 del decreto 500/91: “Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso, de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República. Estos derechos implican un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones”.

²⁸ “La actuación del tribunal es siempre la de un órgano dotado de autoridad, sea en el proceso contencioso, sea en el proceso voluntario. Los actos del tribunal tienen el sentido y el alcance de actos de autoridad, de disposición, o de ordenamiento, que otorgan a los particulares la garantía de su emanación de un órgano del Estado” (TARIGO: o. cit., p. 41).

²⁹ Artículo 1 de la ley 15.750: “El Poder Judicial y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo son independientes de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones”.

los mecanismos de control de descentralización o de la descentralización, y por el interés natural que el administrador mantiene en los asuntos en que entiende.

El desarrollo anterior tenía como objetivo demostrar que, más allá de las posiciones que se tuviese sobre la naturaleza del concurso atento a lo que está en juego en él, el patrimonio de un deudor y la satisfacción de los derechos patrimoniales de sus acreedores, su tramitación corresponde solamente a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, integrantes del Estado, persona pública mayor. Por ello, las leyes 18401 y 18627, que les dan atribuciones concursales a sujetos que no integran el Estado, significan una violenta y lesiva violación de la Constitución, que recorta las competencias judiciales y pulveriza las garantías a las que tienen derecho los involucrados, según designio del constituyente, puesto que no solo removieron una función que fue asignada a un poder específico, sino que, siendo un cometido esencial del Estado, la extrajeron totalmente de este.

3.3. LOS PROCESOS CONCURSALES BANCARIOS Y DE OTRAS PERSONAS AFINES

Sin perjuicio de lo anterior, se ha planteado un debate internacional a la hora de determinar si cometer la labor concursal de las instituciones de intermediación financieras y afines a un órgano jurisdiccional o administrativo.³⁰

Existen varios motivos para optar por una vía u otra. A favor del camino jurisdiccional se señala la protección de los derechos de las partes al entender en el concurso un órgano imparcial, en un proceso garantista, según lo señalado *ut supra*. En contrapartida, los partidarios de que sean órganos administrativos los encargados de esta tarea entienden que la necesidad de que una crisis bancaria se resuelva con rapidez para mitigar la expansión de sus efectos exige necesariamente la vía administrativa, a cargo de una entidad con amplios conocimientos en materia bancaria (de los cuales los jueces carecen generalmente), como un banco central u otra persona especializada.

Los fundamentos de la vía administrativa, con la consiguiente creación de un procedimiento concursal exclusivo para las entidades bancarias, son en sí mismos atendibles,

³⁰ “Si se comparan los distintos sistemas legales, uno generalmente encuentra dos modelos: en el primero, el Poder Legislativo adoptó reglas especiales para un procedimiento de insolvencia bancaria, administrado por el regulador o la agencia de protección de depósitos. Este es el caso en Canadá, Italia y Estados Unidos. El segundo modelo, que es el que prevalece en Europa, está basado en el marco concursal general, y administrado por los órganos jurisdiccionales concursales. Dado que el manejo de los procedimientos concursales en Europa es tradicionalmente una función judicial, existe cierta reticencia a transferir parte de dichas funciones judiciales al supervisor bancario” (traducción libre del trabajo de Eva Hüpkens: *Insolvency – why a special regime for Banks*, en <http://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmf/eng/hupkes.pdf>, 29/3/2011)

porque las consecuencias de la insolvencia o iliquidez de un banco no son las mismas que las de cualquier otro deudor, dadas las graves consecuencias que generan sobre toda la economía.

Pero si bien el fin que se busca lograr con esta vía, más expeditiva *a priori*, debe ser recogido por el ordenamiento jurídico, no todos los medios son admisibles para ello, y menos cuando los escogidos son lesivos de derechos constitucionales. Por ello, en nuestro derecho al menos, la vía administrativa concursal, sea de una entidad de intermediación financiera o de valores, o incluso de cualquier otra, es inconstitucional.

El Poder Legislativo debe producir actos legislativos para satisfacer las necesidades de los habitantes, pero siempre previo paso por el filtro de la constitucionalidad. Si hay que crear una vía concursal veloz y efectiva habrá que hacerlo, pero se deberá encomendar a los órganos que la Constitución señaló, los judiciales, preparándolos especialmente para que puedan satisfacer esa necesidad.

Sin embargo, tradicionalmente nuestro legislador no siguió ese razonamiento, y al menos desde 1938, con la ley 9756, hasta 2008, con la ley 18401, los concursos bancarios han estado fuera del Poder Judicial, en manos de autoridades administrativas, y pasaron, merced a este último acto legislativo, a la órbita extraestatal, como se verá.

Por su parte, y gracias a la reciente ley 18627, dicho sistema de liquidación administrativa fue extendido a sujetos no comprendidos previamente: las bolsas, mercados y otros intermediarios de valores, por lo que el legislador, habiendo removido con la ley 18401 la competencia liquidatoria del Banco Central respecto de las entidades de intermediación financiera, volvió a conferírsela, pero respecto de estos nuevos sujetos.

4.

LAS INCONSTITUCIONALIDADES DE LA LEY 18401

4.1. LA LEY 18401 Y LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS PROCESOS CONCURSALES DE LAS INSTITUCIONES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

La ley 18401 creó una nueva persona pública no estatal, la Corporación para la Protección del Ahorro Bancario (COPAB), y le transfirió en su artículo 15, literal C y 17, li-

teral J, las competencias concursales, liquidatorias en la terminología legal,³¹ sobre entidades de intermediación financiera que le correspondían al Banco Central.

De esta manera este acto legislativo se incorporó a la histórica lista de leyes inconstitucionales que privaron al Poder Judicial de la potestad para entender en los concursos de las instituciones bancarias, mediante la instauración de las liquidaciones administrativas, establecidas con el objeto de que la resolución de las crisis bancarias se obtuviese en una vía más rápida que la jurisdiccional.³² Así, el Poder Legislativo una y otra vez retaceó las potestades judiciales al transferírselas primeramente y en forma parcial al BROU (ley 9756) y luego al BCR (a través de la ley 13608, y en especial la ley 13892,³³ los decretos-leyes 14332 y 14446, 14672, 14774, 15322, la ley 17523 y finalmente la ley 17613), y si bien no se puede dejar de reconocer que el legislador buscó de esta manera acompañar nuestro ordenamiento jurídico a las tendencias internacionales,³⁴ el hecho de que una determinada normativa sea ampliamente extendida en derecho com-

³¹ En la legislación aplicable el término que se usa para referirse a los procesos concursales bancarios es el del *liquidación*, lo cual tiene su explicación histórica en el hecho de que este era el proceso concursal de las sociedades anónimas, según lo dispuesto por la ley 2230 (nacida precisamente para regular el concurso del Banco Inglés del Río de la Plata) y el artículo 452 del Código General del Proceso en su redacción anterior a la ley 18387. Dado que dicho tipo social fue el utilizado por y posteriormente exigido (artículo 17 del decreto-ley 15322) para las instituciones bancarias, los procesos concursales de estas se continuaron llamando liquidaciones. Una vez que se cometieron al BROU y al BCR, para indicar el cambio de la naturaleza de los órganos competentes, se las renombró como *liquidaciones administrativas*. Nuri Rodríguez expresó: “Del contexto de la Ley y, en especial, del inciso 2 del artículo 14 de la Ley 17.613, se desprende que la norma se aplica en las situaciones en que por Ley deba procederse a un proceso concursal” (RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, y otro: *Manual de derecho comercial uruguayo*, vol. 6, “Derecho concursal uruguayo”, tomo 3, “Regímenes concursales aplicables a las sociedades anónimas, entidades de intermediación financiera y grupos económicos”, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 185). En derecho comparado se había consagrado, en el artículo 3 de las Normas para la Liquidación de Bancos e Instituciones Financieras y demás Empresas Relacionadas Sometidas al Régimen de Liquidación Administrativa de Venezuela, un concepto legal de liquidación administrativa que coincide en lo medular con la noción misma de proceso concursal: “Conjunto de operaciones jurídicas y contables, destinadas a la realización del activo en forma expedita y a pagar gradualmente el pasivo del banco, y demás instituciones financieras, hasta la concurrencia de sus activos, con la finalidad de extinguir sus negocios sociales pendientes, atendiendo al orden de prelación previsto en el Artículo 398 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras”.

³² “El carácter administrativo de los procesos de liquidación de las instituciones financieras, lo cual lo diferencia substancialmente de los procedimientos similares de las demás sociedades comerciales, se sustenta en la importancia que representa para el Estado la solución expedita a los problemas inherentes a la vida social de los bancos y demás instituciones financieras. Vecchis asegura que la justificación de la naturaleza administrativa de los procedimientos de liquidación de las instituciones financieras descansa también en la complejidad y naturaleza de las operaciones que desarrollan las mismas. Así, nos indica el mencionado autor que ‘la circunstancia de que la fase operacional del procedimiento se desarrolle preferentemente en el terreno administrativo agiliza, sin duda, la gestión de un activo extremadamente fraccionado y de las numeraciones relaciones, no casualmente definidas de masa, que mantiene una entidad bancaria’” (MUCI FACCHIN y otro: *Regulación bancaria*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 278).

³³ Respecto de la ley 13892, Nuri Rodríguez de Olivera expresó: “La Ley quitó competencia a los Juzgados que venían entendiendo en las liquidaciones, concordatos o moratorias de los bancos comprendidos en sus disposiciones. Se dispuso la clausura de todos los procedimientos pendientes y se extrajo de la órbita judicial —normalmente competente en los procesos concursales— todo lo relativo a las liquidaciones de aquellas instituciones” (RODRÍGUEZ OLIVERA y otro: *o. cit.*, p. 427).

³⁴ Aunque se conocen antecedentes que se remontan, cuando menos, hasta 1864, como en el caso de la National Bank Act de Estados Unidos, resulta particularmente interesante que ya en esa fecha se creara un procedimiento administrativo de liquidación bancaria, cuando Uruguay conoció su primer banco recién en 1857.

parado no obra de circunstancia atenuante de su inconstitucionalidad. Por ello puede afirmarse que reiteradamente nuestro legislador tropezó varias veces con la misma piedra, en lo que respecta a la liquidación administrativa de los bancos y demás entidades de intermediación financiera.³⁵

Pero con la ley 18401 tropezó con una piedra aún mayor, puesto que agravó dicho menoscabo al Poder Judicial al extraerle una competencia suya fuera del ámbito del Estado, aun en sentido amplio. Con las leyes anteriores se había otorgado función jurisdiccional a entes autónomos, los que, si bien son personas jurídicas diferentes de la del Estado, persona pública mayor, integran su concepto en su expresión más amplia. Aunque lo anterior era inconstitucional, *al menos* permitía retener el ejercicio de la función jurisdiccional dentro del Estado *latu sensu*.

La ley 18401 agravó la patología legislativa, permitiendo que un cometido esencial del Estado, el ejercicio de la función jurisdiccional, fuese llevado a cabo por una persona que no integra su organización.³⁶ De esta manera, y de acuerdo a la nueva normativa, hoy en día contamos en nuestro país con órganos jurisdiccionales que no solo no pertenecen al Poder Judicial, sino que no son parte del Estado en su expresión más amplia. Lo anterior significa que el legislador entendió que lo que durante cientos de años los académicos de la economía y el derecho sostuvieron que era inherente a la propia naturaleza del Estado, sin cuyo desempeño no podía reconocerse como tal, era prescindible. Pero si bien el legislador puede tener diferencias con los intelectuales, no puede tenerlas con el constituyente.³⁷

³⁵ Como expresó Nuri Rodríguez: “De acuerdo al artículo 14 de la Ley 17.613, el Banco Central del Uruguay tienen facultades que, en el proceso concursal, se atribuyen a Jueces, Síndicos y a las Juntas de Acreedores” (RODRÍGUEZ OLIVERA y otro: o. cit., p. 442.)

³⁶ La decisión legislativa de encomendar la protección del ahorro bancario a una persona no estatal pudo haber estado inspirada en soluciones de Derecho Comparado, como la de la Federal Deposit Insurance Corporation, una *government chartered corporation* de Estados Unidos, la que, salvando las distancias, tiene una naturaleza jurídica similar a las personas públicas no estatales de nuestro derecho, en cuanto es creada por acto legislativo estatal, no integra su personalidad jurídica y tiene cometidos de interés público. En efecto, esta institución, al igual que la COPAB, tiene a su cargo la administración de los seguros de depósitos del sistema bancario estadounidense, y es la encargada de conocer en los procesos concursales de los bancos, excluyendo a cualquier otro órgano jurisdiccional, según lo dispuesto en la Federal Deposits Insurance Act.

³⁷ “La estatalidad, como régimen jurídico impuesto por la Constitución a ciertas organizaciones o a ciertas actividades, no puede ser descartada por el legislador; así ocurre, naturalmente, con los sistemas orgánicos integrantes de la persona jurídica mayor Estado o de los Gobiernos Departamentales, previstos en la propia Carta, y también con las Administraciones descentralizadas cuya existencia la Carta, impone, o con las actividades que ella pone necesariamente a cargo de las mentadas entidades estatales” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: *Sobre derecho administrativo*, tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 284).

4.2. UNA PERSONA PÚBLICA NO ESTATAL EJERCIENDO UN COMETIDO ESENCIAL DEL ESTADO

Es necesario comenzar ahora con el análisis de la ley. Los problemas se inician con el artículo 15, literal C:

(Cometidos). Serán cometidos de la Corporación de Protección del Ahorro Bancario, que cumplirá mediante el ejercicio de las potestades que se le asignan en esta ley, los siguientes: [...] Ser liquidador en sede administrativa de las empresas integrantes del sistema de intermediación financiera y de sus respectivas colaterales.

Con este artículo se removió la competencia liquidatoria del Banco Central que le había sido asignada por el decreto-ley 15322, en la redacción dada por la ley 17613. Para poder llevar a cabo este cometido, y completando la norma citada, la misma ley en su artículo 16, literal J, expresa:

Como liquidador de instituciones de intermediación financiera, serán suyas todas las atribuciones que le fueron asignadas al Banco Central del Uruguay en el Capítulo II de la Ley N.º 17.613, de 27 de diciembre de 2002, artículos 14 a 21 inclusive.

De esta manera, la COPAB sucede al BCR como liquidador de entidades de administración financiera, y al hacerlo todo el reproche de inconstitucionalidad que se le podía hacer a la ley 17613 se contagia a la ley 18401 y se agrava.³⁸ El legislador completó la desestatización de los procesos concursales de las empresas de intermediación financiera, en un proceso comenzado cuando la ley 9756 le adjudicó parcialmente la competencia al BROU, y proseguido en forma desorganizada mediante las leyes que le asignaron dicha tarea al BCR, regulada posteriormente en forma detallada por la ley 17613, y completado con la ley 18401, que terminó cualquier participación del Estado o cualquier persona pública estatal en la materia. En otras palabras, los concursos de estas empresas pasaron del Poder Judicial, la persona pública mayor, a dos personas estatales descentralizadas, el ente autónomo BROU primero y luego el ente autónomo BCR, para ir a dar a manos de la COPAB, una persona

³⁸ “En la liquidación judicial de la Ley 1.893 existe el juez, por una parte, y los síndicos provisorios y definitivos, por otra. En el sistema creado por la Ley vigente, para las entidades de intermediación financiera, el Banco Central del Uruguay oficia de juez y de síndico provisorio y definitivo a la vez, cumpliendo también con las funciones de la junta de acreedores. [...] Si el Banco Central del Uruguay procede a la liquidación, debe actuar como en una liquidación concursal común, aunque con las facultades, poderes y exigencias especiales contenidas en las leyes en análisis (artículo 15 Ley 17.613)”. (RODRÍGUEZ OLIVERA y otro: o. cit., p. 187.). Atento a los cambios introducidos por la ley 18401, las referencias hechas al Banco Central deben ser realizadas a la COPAB, de lo que surge claramente el ejercicio de estas atribuciones jurisdiccionales por parte esta y, por lo tanto, de la desestatización de la función jurisdiccional, dada la calidad de persona no estatal de dicho sujeto.

pública no estatal. Así es como nuestro legislador logró que el Estado se desentendiese de una tarea delicada y compleja, que por sus caracteres siempre se tuvo que practicar en momentos de gran conmoción social, y que le había sido cometida por el propio constituyente.

De lo que surge de los antecedentes legislativos de la ley en cuestión, el fundamento de esta reforma nefasta estaría en el objetivo de permitir que el Banco Central se centrara exclusivamente en sus cometidos de supervisión financiera y administración monetaria, dejando de lado otras actividades, como la liquidación bancaria, que le desvían energías y recursos, según lo expresado por Danilo Astori y Walter Cancela en la Comisión de Hacienda del Senado.³⁹

Más allá de que el argumento señalado por el exministro sea en sí mismo atendible, la solución que se le dio a esta problemática no es ajustada a derecho, y el país perdió así, aprovechando las discusiones para la reforma de la Carta Orgánica del Banco Central, la oportunidad de haber corregido el vicio de que un ente autónomo ejerciese función jurisdiccional. Por el contrario, y tal vez sin apreciar sus consecuencias, se creó un dilema mayor, que solo puede solucionarse completamente mediante una reforma legislativa, y a la luz de los tiempos políticos del país, es fácil darse cuenta lo que habrá que esperar para poder ordenar nuestro ordenamiento infraconstitucional en esta materia.

No puede dejarse de señalar que, más allá del inconstitucional ejercicio de la COPAB de la función jurisdiccional, la situación que dio motivo a este trabajo es consecuencia de una preocupante tendencia legislativa a crear cada vez más personas públicas no estatales, y a lo que es aun más grave: a transferirle cometidos exclusivos del Estado. La ley 18401 es tal vez el ejemplo más relevante de esa tendencia, puesto que hasta el momento se habían transferido competencias administrativas, pero nunca jurisdiccionales, a estos peculiares sujetos de derecho. Si bien aquellas ya eran ejercidas por el Banco Central, y esto en sí mismo

³⁹ “Entre las cosas que ocurrieron, ya mencioné una: la severa crisis financiera que todos recordamos que, por otra parte, ha estado asociada a la necesidad de que el Banco Central encarara una cantidad de funciones que no estaban previstas originalmente y que se fueron acumulando. Alcanza con recordar no solo la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera propiamente dicha, sino también la Superintendencia en materia de Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional —que surgió en una ley aprobada precisamente un año después de la Carta Orgánica del Banco Central— la Superintendencia en materia de mercado de valores —asociándose a una cantidad de instrumentos financieros que el país había aprobado institucionalmente en los años previos— la Superintendencia en materia de seguros y, por si fuera poco, las funciones de liquidar Bancos. Todo ello se acumuló en el seno del Banco Central [...] Entonces, esta propuesta tiende —como enfatizaba el Señor Ministro— a precisar el mandato del Banco Central, concentrándolo en dos objetivos primordiales que refieren, uno de ellos, a la política monetaria propiamente dicha, cometiéndole al Banco el desarrollo de la misma con el fin de contribuir a mantener la estabilidad de los precios; y el otro, a la función del Banco Central como supervisor del sistema financiero y del sistema de pagos. Para esto se establecen atribuciones e instrumentos y una estructura básica que responde a lo que se ha relevado como las mejores prácticas a nivel internacional, teniendo en cuenta nuestra propia idiosincrasia legislativa, constitucional y también cultural”. Declaraciones de Danilo Astori y Walter Cancela respectivamente, en la Comisión de Hacienda del Senado, según el Distribuido 722/2006. URL: <http://www.parlamento.gub.uy/distribuidos/AccesoDistribuidos.asp?Url=/distribuidos/contenido/senado/s20060772.htm> (24/3/2011).

era violatorio de la Constitución, ello no atenúa el vicio de inconstitucionalidad presente en dicha ley. Por más de que durante años el ente autónomo bancocentralista haya ejercido una competencia que la Constitución reservó al Poder Judicial, y aunque lo haya hecho eficazmente, el vicio de inconstitucionalidad se mantiene, puesto que no hay norma que lo haga prescribir o caducar. Y esto significa que el problema de las competencias liquidatorias de la COPAB no debe verse como una transferencia ilegítima o inconveniente de competencias del Banco Central, sino como una sustracción inconstitucional de atribuciones inherentes al Poder Judicial. En otras palabras, el centro de la cuestión no es si dichas funciones deberían haber sido retenidas por el Banco Central, a quien se le otorgaron en forma ilegítima, sino si era menester devolvérselas a los órganos judiciales.

4.3. LA FALTA DEL DEBIDO PROCESO EN LAS LIQUIDACIONES DE LA COPAB

Todo el desarrollo anterior no es una exposición teórica de un probable vicio de inconstitucionalidad inocuo. Donde verdaderamente radican todos los perjuicios de las reformas introducidas en la ley 18401 es en el cercenamiento de garantías que supone que un proceso concursal, de naturaleza jurisdiccional, sea llevado a cabo por una persona pública no estatal. Con la nueva ley, los involucrados en un proceso liquidatorio de una entidad de intermediación financiera quedan virtualmente en una situación de indefensión, puesto que están en manos de una persona jurídica con un sistema impugnatorio de sus actos que, ante la magnitud de la tarea que se le encomendó, resulta cuando menos insatisfactorio.

Cuando un sujeto que realiza intermediación financiera entra en una situación concursal, colisionan multitud de intereses en momentos dramáticos, y para corroborarlo basta recordar los eventos de 2002. Así entonces, por un lado están los derechos del concursado a un procedimiento dotado de las garantías del debido proceso y, por el otro, los de sus acreedores, entre los que se destacan especialmente los de sus ahorristas. La complejidad de la situación en juego y la pluralidad de derechos e intereses legítimos que se pueden lesionar exigen un proceso seguido con garantías por un tercero imparcial y controlado. Como quedó planteada la situación hoy, un proceso concursal tramitado por la COPAB no puede cumplir con tales exigencias.

Leyendo el artículo 16 de la ley 18401 surge que la persona que debe declarar el concurso de un banco (artículo 14 de la ley 17613, en remisión del literal J del artículo en cuestión) y tramitarlo es la misma que recibe sus aportes al Fondo de Garantía de Depósitos

Bancarios (literal C), le aplica sanciones (literal E), emite opinión previa antes de que el BCR pueda asistirlo (literal L) y antes de cualquier fusión o absorción (literal M).

Como se ve, la ley 18401 creó un concurso llevado a cabo por una entidad no estatal con intereses en juego en el proceso, al extremo de que la propia COPAB puede llegar a ser juez y parte, dado que, por ser quien recibe los aportes paratributarios de los bancos al Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios, reviste la calidad de acreedora del concursado.⁴⁰ Por si fuera poco, no es de descartar que la COPAB pueda intervenir causalmente en el origen de un proceso concursal bancario en el que luego deba entender como si fuese un juez. Supóngase que dos bancos van a proceder a fusionarse y la COPAB emite opinión favorable a dicha fusión, según lo preceptuado por el artículo 16, y luego, como consecuencia de ella, el banco fusionado entra en una situación que ponga en juego su solvencia o liquidez. Si se llega al extremo de que sea necesario declarar el concurso de dicha institución, la COPAB, que autorizó dicha concentración, será luego la que deberá llevar adelante un proceso concursal al que se llegó, en parte, por un acto suyo. A la luz de lo señalado, el compromiso de imparcialidad puede resultar difícil de ser mantenido.⁴¹

Reafirmando lo anterior, y aunque se disponga que le son aplicables las normas pertinentes de las leyes 16696 y 17060, es de notar que, de acuerdo a lo señalado en el inciso primero del artículo 18, el director debe ser elegido necesariamente de entre los propuestos por los bancos aportantes al Fondo, y esto significa que los mismos posibles futuros concursados pueden elegir, al menos en forma indirecta y parcial, quién contribuirá a prestar la voluntad que se imputará a la COPAB en la conducción del concurso.

Es cierto que el propio artículo 18 exige que los miembros del directorio sean personas independientes e imparciales, pero dichas calidades no solo deben asegurarse respecto de los titulares de los cargos, sino también del órgano o persona jurídica que ejerza la función jurisdiccional, puesto que no es suficiente en un sistema garantista que la objetividad de un

⁴⁰ Se ha sostenido que el hecho de que la entidad liquidadora tenga un interés financiero directo en un concurso bancario es una forma de asegurar que se tramite con rapidez, señalando expresamente la falta de imparcialidad como una característica inherente a los procedimientos administrativos de liquidación bancaria conducidos por la ya mencionada Federal Deposit Insurance Corporation. (Véase BLISS, Robert, y KAUFMAN, George: *U.S. Corporate and Bank Insolvency Regimes: A Comparison and Evaluation*, http://economix.fr/pdf/workshops/2007_faillites/Bliss-Kaufman.pdf, 28/03/2011.) En contraste con lo anterior, puede leerse a Abal: "La imparcialidad (que refiere a la 'imparcialidad estructural' señalada por BARRIOS DE ANGELIS al elaborar su concepto de jurisdicción analizado en la primer parte de la obra), indica que el sujeto no debe tener un interés específico en el objeto del proceso (como sí lo tienen los interesados principales: partes y gestores, que se verán directamente beneficiados o perjudicados según cuál sea la solución). Y ello porque cuando un sujeto tiene objetivamente interés en el resultado del proceso, no resultándole objetivamente indiferente el que se haga lugar o no a la pretensión, es natural que se encuentre subjetivamente inclinado a favorecer la posición que proteja más su propio interés (aunque el mismo no sea necesariamente consciente de ello)" (ABAL OLIÚ, Alejandro: *Derecho procesal*, tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 234).

⁴¹ Además de todo lo expuesto, no existe forma de aplicar institutos procesales tuitivos de la imparcialidad como la recusación y excusación.

órgano jurisdiccional dependa exclusivamente de la personalidad de su titular. Si bien dicho aspecto es relevante, además de lo anterior es necesario contar con un andamiaje orgánico de la independencia de un tribunal, de modo que esta no quede al azar de la personalidad del ser humano que lo integra, el cual no es brindado por la ley, desde el momento en que le atribuye las competencias liquidatorias o concursales a la COPAB.⁴²

4.4. UN RÉGIMEN RECURSIVO DEFICIENTE

Pero lo anterior empalidece ante lo que sí es una verdadera violación de las garantías del debido proceso: el régimen recursivo de estos procesos concursales. Al encomendarse a una persona pública no estatal esta tarea, los actos emanados de ella en su realización no son por esencia ni administrativos⁴³ ni jurisdiccionales, atento a que nos encontramos ante declaraciones de voluntad que no provienen de una persona estatal. Por ello, la única forma de impugnarlos es mediante los recursos de reposición y revisión jerárquicas ante la COPAB y la acción de declaración de ilegitimidad ante los tribunales de apelaciones civiles (artículos 28 a 30).

Esta vía pseudoadministrativa es ostensiblemente insuficiente para garantizar los derechos de las partes de un proceso concursal de la magnitud y complejidad que puede tener el de un banco. Véase que todos los que pueden ser perjudicados por los actos de la COPAB dictados durante la tramitación concursal deben primero permitirle su revisión, para recién entonces pasar a la primera oportunidad de acceder a un órgano auténticamente jurisdiccional durante todo el concurso, al deducir la acción de declaración de ilegitimidad. Esto significa que un proceso que por su naturaleza y desde su concepción debió siempre haber sido seguido ante órganos judiciales, recién en la oportunidad de la impugnación de los actos de la COPAB se permite dar intervención a los órganos del Poder Judicial, y en una sola instancia. Por lo tanto, la ley 18401 autoriza el acceso de los justiciables a ser escuchados por un órgano jurisdiccional solo como un último recurso, después de agotar una falsa vía administrativa, y en instancia única, dado que el fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil es irrecurrible.

⁴² “El Estado (persona mayor de Derecho Público) aparece a primera vista como el sujeto más desligado de toda conexión los intereses específicos comprendidos en el objeto de los procesos. Sería el típico ‘tercero imparcial’” (ABAL OLIÚ: o. cit., p. 235).

⁴³ “Las decisiones que dictan los órganos de las personas públicas no estatales no son actos administrativos. La noción de acto administrativo supone necesariamente una administración pública que formula la declaración de voluntad constitutiva de aquel, y los órganos de las personas públicas no estatales no son administraciones públicas en el sentido que le asignamos a esa expresión” (SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, 1959, p. 237).

Como se puede apreciar, este sistema, además de violentar la estructuración orgánica de la función jurisdiccional según lo dispuesto por la Constitución, supone la negación de los derechos de acceso a la jurisdicción y de tutela jurisdiccional efectiva para el concursado y sus acreedores, en tanto, en un asunto que por su naturaleza debe seguirse ante órganos judiciales, se priva a estos de conocer en él. Un presupuesto de los derechos citados es que existan órganos jurisdiccionales que entiendan en los asuntos que se ponen a su conocimiento. No puede existir acceso a la jurisdicción, ni tutela efectiva de los derechos por esta, si directamente el legislador constriñe inconstitucionalmente la competencia de los órganos jurisdiccionales impidiendo que estos conozcan en asuntos que por naturaleza les corresponden.

Esto significa que, en los momentos en los que se decide la suerte de una institución de intermediación financiera, el deudor y sus acreedores solo tendrán una mínima dosis de garantía jurisdiccional, en la forma de un único recurso ante un tribunal de apelaciones, sin posibilidad de impugnación alguna. Toda la tramitación de los concursos de empresas de intermediación financiera queda en manos de una persona no estatal, que no puede por su naturaleza jurídica y su organización proporcionar las garantías del debido proceso, en tanto no se prevé un sistema de recursos adecuado, ni se garantiza la imparcialidad e independencia de su accionar. Todo ello en violación de la Constitución, que con buen fundamento le había atribuido esta misión al Poder Judicial.

Lo paradójico de esta regulación es que de por sí produce una gran inseguridad jurídica aun cuando no se interponga recurso alguno, porque la COPAB, en principio, puede rever sus actos cuando quiera, y cuantas veces quiera. Ello es posible porque, si bien se le atribuyó función jurisdiccional en forma tácita, no puede imprimirse a sus actos el máximo atributo de esa función, la cosa juzgada, y por ende nada veta una hipotética posibilidad de que los revoque de oficio, a su criterio. Por si fuera poco, y en tanto ni siquiera se está en el ámbito estatal, por lo que sus actos no son administrativos, las postulaciones doctrinarias sobre la limitación de la revocación *ex officio* no son aplicables.⁴⁴

4.5. LA SUPRESIÓN DE UN ACTO ESTATAL POR UNA ENTIDAD NO ESTATAL

Resta detallar una última y gravísima inconstitucionalidad producida por la ley 18401, en lo que se refiere a la protección de los actos jurídicos de los poderes estatales. El

⁴⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *Contencioso administrativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, pp. 185-192.

principio de la separación de poderes o de las funciones jurídicas se basa en que los actos de un determinado poder del Estado no pueden ver limitada su eficacia por otros actos estatales, salvo cuestiones de legitimidad.⁴⁵ La ley en estudio acierta un duro y novedoso golpe a este axioma del derecho constitucional cuando expresa que la COPAB tendrá *in totum* las competencias que le acordaba la ley 17613 al BCR, y entre ellas se cuenta la que le permite levantar los embargos trabados por el Poder Judicial.⁴⁶ Al igual que el sistema de liquidación administrativa, esta norma ya era inconstitucional cuando quien estaba a cargo era el Banco Central, pero con la ley 18401 adquiere un nuevo cariz. Ahora ya no estamos ante un acto de un poder estatal, o de otra persona estatal, que ataca la eficacia de un acto de otro poder, sino que el acto atacante ni siquiera proviene del Estado, sino de una persona pública no estatal. Esto implica que una entidad que no integra el Estado puede suprimir un acto estatal, concretamente un acto proveniente del Poder Judicial, y nada menos que un embargo.

La norma supone subyugar los actos de un Poder Estatal ante una persona ni siquiera prevista en el acto constitucional, motivo que bastaría para reputarla ilegítima. Pero a ello deben añadirse sus implicaciones respecto al principio de jerarquía normativa de los actos estatales y la propia teoría general del Estado. En efecto, esta ley impone reconsiderar todo el marco de los actos del Estado para comprender, si es que ello es posible, cómo se admite la supresión de su eficacia por entidades que no lo integran. Esta ley parecería redimensionar el concepto de la separación de poderes, esencial en un Estado constitucional moderno, para otorgarle un nuevo alcance, puesto que ahora ya no solo hay que cuidar que los actos de un poder no sean atacados por los de otro, sino que no sean afectados por las personas públicas no estatales. Así entonces, el Estado, una persona jurídica soberana, con el poder como elemento esencial, es aparentemente vulnerable a los actos de una entidad no estatal creada irónicamente por él mismo.

⁴⁵ “Que los actos expedidos por cada uno de los Poderes del gobierno no pueden ser extinguidos por los otros Poderes del gobierno. Esta segunda regla se comprende perfectamente en virtud del fundamento político de la separación de poderes que habíamos visto. Si lo que se quiere es, precisamente, evitar el riesgo de que un centro de autoridad abuse de su poder por falta de controles, el hecho de que alguno de esos Poderes del gobierno pudiere dejar sin efecto actos expedidos por otro de los Poderes del gobierno, lo pondría en una situación de predominio respecto a los otros. Ya tiene bastante cada uno de esos centros de autoridad que se llama Poderes con ejercer, en principio, una de las funciones del Estado, para que además se le permitiera extinguir actos expedidos por otro de los Poderes. [...] El sentido político que tiene esta 2ª regla según lo cual los actos emanados de cada uno de los tres Poderes no pueden ser extinguidos por los otros Poderes, es evitar que uno de los Poderes prevalezca sobre los otros y el sistema se convierta en la dictadura de este Poder. [...] La regla que define el concepto de separación de Poderes es la que establece que los actos expedidos por un Poder del gobierno no pueden ser modificados ni dejados de aplicar por órganos ajenos al Poder que los expidió, salvo por razones de ilegitimidad”. (CASSINELLI MUÑOZ: o. cit., pp. 172-173).

⁴⁶ Artículo 15 de la ley 17613, inciso 1: “El Banco Central del Uruguay, como liquidador, dispondrá de los más amplios poderes de administración y disposición, sin limitaciones de especie alguna, sobre los bienes, acciones, derechos y obligaciones de las sociedades o empresas comprendidas en la liquidación, a cuyo efecto podrá levantar los embargos e interdicciones trabados”.

Son realmente increíbles las consecuencias que puede tener analizar la potestad de una persona pública no estatal de levantar los embargos decretados y trabados por el Poder Judicial, es decir, el Estado. Tal vez el Poder Legislativo no se percató de estos efectos al sancionar la ley 18401, pero lo cierto es que abrió el camino para el suicidio de la estatalidad. Es el propio Estado el que manifiesta no querer hacerse cargo de una tarea constitucionalmente conferida, y es el propio Estado el que para ello autoriza a una persona pública no estatal a destruir actos emanados de uno de sus Poderes. En este sentido la potestad atribuida a la COPAB de levantar embargos de oficio es un menosprecio para el Poder Judicial y la estructuración orgánica de la función jurisdiccional, puesto que se le confiere a una persona pública no estatal un poder del que carecen los mismos órganos judiciales, los cuales solo pueden levantar embargos trabados por sus similares, en virtud de los recursos que se interpongan ante ellos.

Queda claro entonces que la ley 18401 significó una forma inadecuada de descongestionar el BCR, con una regulación legal exigua e inconstitucional, y que alcanza a más sujetos de los que *prima facie* parecería, puesto que, si bien en la ley y en este trabajo se hace especial énfasis en los bancos, sus normas alcanzan también a otros sujetos que realizan intermediación financiera,⁴⁷ e incluso a sus colaterales,⁴⁸ por lo que el elenco de sujetos que pueden verse perjudicados por sus disposiciones aumenta en forma significativa.

⁴⁷ Artículo 1 del libro I de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero: "A los efectos de las disposiciones contenidas en esta Recopilación, las instituciones de intermediación financiera se clasificarán en las siguientes categorías: a) Bancos: son aquellas instituciones autorizadas a realizar las operaciones establecidas en el artículo 17 bis del Decreto-Ley N.º 15.322 de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por los artículos 2 de la Ley N.º 16.327 de 11 de noviembre de 1992 y 14 de la Ley N.º 17.523 de 4 de agosto de 2002. b) Bancos de inversión: son aquellas instituciones autorizadas a realizar las operaciones a que refiere la Ley N.º 16.131 de 12 de setiembre de 1990. c) Casas financieras: son aquellas instituciones autorizadas a realizar cualquier tipo de operación de intermediación financiera, salvo las reservadas a los bancos y bancos de inversión. d) Instituciones financieras externas: son aquellas instituciones que realizan exclusivamente las operaciones a que refiere el artículo 4 del Decreto-Ley N.º 15.322 de 17 de setiembre de 1982. e) Cooperativas de intermediación financiera: son las instituciones de intermediación financiera organizadas como sociedades cooperativas que operan exclusivamente con sus socios, con las condiciones de habilitación siguientes: e.1) con habilitación total: están autorizadas a realizar las operaciones establecidas en el artículo 17 bis del Decreto-Ley N.º 15.322 de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por los artículos 2 de la Ley N.º 16.327 de 11 de noviembre de 1992 y 14 de la Ley N.º 17.523 de 4 de agosto de 2002. e.2) con habilitación restringida: son aquellas instituciones que, organizadas como sociedades cooperativas y operando exclusivamente con sus socios, están facultadas a efectuar las operaciones correspondientes a las cooperativas de intermediación financiera con habilitación total con las restricciones operativas establecidas en el artículo 38.16. f) Administradoras de grupos de ahorro previo: son las empresas, personas físicas o jurídicas, que organicen o administren agrupamientos, círculos cerrados o consorcios, cualesquiera sea su forma jurídica o la operativa que realicen, cuyos adherentes aporten fondos para ser aplicados recíproca o conjuntamente en la adquisición de determinados bienes o servicios y que realicen dicha actividad en forma exclusiva. g) Otras empresas financieras: g.1) Mediadores financieros". Esta norma ilustra los sujetos de derecho que se consideran empresas de intermediación financiera, y que por lo tanto quedan sujetos a la COPAB, y no al Poder Judicial, en caso de suscitarse una instancia concursal.

⁴⁸ Según lo dispuesto en el artículo 15, literal C, de la ley 18401.

5.

LAS INCONSTITUCIONALIDADES DE LA LEY 18627

5.1. UNA NUEVA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES AL BANCO CENTRAL

Esta ley tiene dos problemas de constitucionalidad, uno actual y otro potencial, ambos presentes en su artículo 108:

(Liquidación). El Banco Central del Uruguay será liquidador, en sede administrativa, de las entidades indicadas en el artículo 106 de la presente ley que se encuentren en situación de insolvencia, pudiendo facultar a un tercero para que practique dicha liquidación.

La disolución de las sociedades y empresas y el consiguiente estado de liquidación serán dispuestos por el Banco Central del Uruguay.

El Banco Central del Uruguay dispondrá de los más amplios poderes de administración y disposición, sin limitaciones de especie alguna sobre los bienes, acciones, derechos y obligaciones de la liquidada. Las resoluciones del Banco Central del Uruguay en su carácter de liquidador serán recurribles en la forma prevista en el artículo 14 de la ley n.º 17613, de 27 de diciembre de 2002.

En lo no previsto por esta ley, será de aplicación lo que dispongan las normas que rigen la liquidación administrativa de las instituciones de intermediación financiera y subsidiariamente las normas generales que rigen en materia de concursos de sociedades anónimas o de los comerciantes, según corresponda.

Esta norma, según lo ya adelantado, extiende a las bolsas y mercados de valores (definidos en el artículo 86)⁴⁹ y otros intermediarios de valores (artículo 94),⁵⁰ el sistema de la liquidación administrativa del Banco Central, en el cual no estaban comprendidos, puesto que se regulaban por la normativa concursal general de la ley 18387. Como se expuso pre-

⁴⁹ Artículo 87 de la ley 18627: "(Definición). Las bolsas de valores y demás instituciones que constituyan mercados de negociación de valores de oferta pública, son entidades que tienen por objeto proveer a sus miembros los medios necesarios para que puedan realizar eficazmente las transacciones de valores mediante mecanismos de subasta pública y para que puedan efectuar las demás actividades de intermediación de valores que procedan de acuerdo con la ley y con la reglamentación que dicte la Superintendencia de Servicios Financieros. Podrán realizar las actividades conexas de cambio y mesa de dinero que realizan a la fecha de promulgación de esta ley. Asimismo, podrán realizar las actividades que sean necesarias para el adecuado desarrollo del mercado de valores, las que serán previamente autorizadas por la Superintendencia de Servicios Financieros".

⁵⁰ Artículo 94 de la ley 18627: "(Concepto y tipo de intermediarios). Se consideran intermediarios de valores aquellas personas físicas o jurídicas que realizan en forma profesional y habitual operaciones de intermediación entre oferentes y demandantes de valores de oferta pública o privada. Los intermediarios de valores que actúan como miembros de una bolsa de valores u otra institución que constituya un mercado de negociación de valores de oferta pública se denominan corredores de bolsa y aquellos que operan fuera de dichos mercados se denominan agentes de valores".

viamente, esta situación violenta la Constitución puesto que significa atribuirle a un ente autónomo el ejercicio de la función jurisdiccional, en forma similar a como se había hecho respecto de las entidades de intermediación financiera hasta la sanción de la ley 18401, por lo que todo el reproche de inconstitucionalidad realizado a aquellas leyes (en especial la 17613) es aplicable *mutatis mutandi* a la ley 18627.

Por otra parte, resulta desconcertante que la ley 18627 vuelva a conferirle funciones liquidadoras al Banco Central, de las que había sido despojado a fin de aliviarle su carga de trabajo, para que fuesen ejercidas por la COPAB. Parecería que con esta ley, el legislador, además de continuar removiendo funciones concursales del Poder Judicial en forma inconstitucional, estaría volviendo sobre sus pasos, al otorgarle nuevas tareas liquidatorias al Banco Central, luego de habérselas quitado un año antes.

5.2. HABILITANDO EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR UN TITULAR INDEFINIDO

El segundo problema radica en el hecho de que el titular de la labor concursal (aunque la ley se refiera a esta tarea como liquidación, debe entenderse por su contexto y temática, según lo que indica el último inciso del artículo 106, que lo hace con el sentido señalado en la nota 30), el Banco Central, pueda “facultar” a un tercero para que efectúe dicha liquidación, según lo señala el inciso primero del mencionado artículo. Esto significa que nuestro legislador llegó al extremo de permitir que “un tercero”, sea quien sea, pueda llegar a ejercer función jurisdiccional. De esta manera, no solo se le quitó una atribución jurisdiccional al Poder Judicial, sino que la ley 18627 le da al Banco Central un cheque en blanco, para que se la confiera a quien considere pertinente, puesto que la ley no le impone criterio alguno.

En efecto, la ley establece que el Banco Central será el liquidador; ello quiere decir, como se señaló, que entenderá en los procesos concursales de las bolsas, mercados y otros intermediarios de valores, y luego establece que *dicha* liquidación podrá ser facultada a un tercero; y por el empleo del vocablo *dicha* se expresa indudablemente que el eventual tercero tendrá las mismas facultades que el Banco Central, pues es la misma liquidación en la que es competente el ente autónomo. No se trata, por ende, de que se le confieran ciertas tareas accesorias o secundarias al tercero, sino que este será el liquidador en toda forma, es decir, un órgano concursal, con las mismas atribuciones puestas a cargo del Banco Central y que por norma constitucional le corresponderían al Poder Judicial.

Lo más preocupante de esta regulación no es el hecho ya señalado de que se haya violentado nuevamente las competencias constitucionales del Poder Judicial, sino el silencio del acto legislativo respecto a quién puede ser el tercero facultado por el Banco Central. La ley no establece qué calidades debe tener el tercero, cuándo se lo puede facultar y en qué condiciones. Ello parecería abrir la puerta a una gran discrecionalidad del BCR en la materia, que no puede ser regulada por decreto reglamentario alguno o circular bancocentralista. En efecto, no es posible confiar en que la reglamentación de dicha norma eche luz en este punto, puesto que en primer lugar no es posible regular esta materia, en la que necesariamente habrá derechos humanos limitados (artículos 7 y 10 de la Constitución) y regulación infralegal de un proceso (violándose así el artículo 18 de la Carta), a un acto administrativo, puesto que este sería inconstitucional por los motivos indicados, sin perjuicio del propio vicio de la ley que reglamenta.

La palabra *tercero* es de una amplitud tal que comprende a cualquier sujeto de derecho diferente al Banco Central y al concursado; por ende, esta reticencia legislativa autoriza que hasta un privado, e incluso una persona física, pueda ejercer tareas propias de la función jurisdiccional. Ello conduce a que con esta ley la función jurisdiccional no solo se haya extraído del Estado, como aconteció con la ley 18401, sino que ahora se abre la posibilidad de que se la extraiga del derecho público, dado que el legislador, en su silencio, permite que un sujeto de derecho privado desempeñe tareas jurisdiccionales.

Y ello lleva necesariamente a realizarse una pregunta: ¿qué naturaleza tendrán esos actos que emita el tercero durante el desempeño de sus tareas concursales encomendadas por el Banco Central? Si se trata de un sujeto de derecho privado, sus actos no son estatales, y por ende no serán legislativos, ni jurisdiccionales, ni administrativos, y por lo tanto, ¿cómo se impugnan en caso de que sean ilegítimos? Si ya se habían demostrado las graves deficiencias de la ley 18401, que llega a prever un régimen recursivo para los actos de la COPAB, es fácil imaginarse los problemas que plantea esta norma que nada dice sobre el control y la impugnación de los actos de ese tercero. Dado que el tercero interviniente no es un órgano judicial, los recursos del Código General del Proceso y la ley 18387 no son aplicables, y como tampoco es un acto administrativo, no corresponde aplicar los artículos 309 y 317 de la Constitución, salvo eventualmente que se entienda que el tercero es un delegado del Banco Central (ver *ut infra*). De esta forma, la ley crea un vacío legislativo que tal vez pueda ser integrado con las normas sobre recursos de las personas públicas no estatales, pero que en principio no arroja solución clara alguna, y que al igual que en el caso de la ley 18401, aunque probablemente en forma más aguda, no presenta suficientes garantías para los derechos del concursado y de sus acreedores.

La ley además no indica la naturaleza jurídica de la asignación de la facultad de liquidación a un tercero, y por ende no se sabe si es una transferencia plena y temporal de las competencias liquidatorias o si se trata de una delegación de estas por el Banco Central, lo que habilitaría, al menos en teoría, al imputársele los actos del tercero delegado al ente autónomo delegante, la posibilidad de acceder a la jurisdicción anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, previa interposición de los recursos pertinentes.⁵¹ Es de señalar, además, que esta posibilidad de delegar o transferir la función jurisdiccional es inconstitucional por otro argumento, en tanto no solo no prevé la Constitución dicha delegación, sino que a la entidad delegante no le está permitido el ejercicio de la competencia cuya delegación se autoriza.

Otra incógnita que surge de la lectura del artículo en cuestión es que al referirse la ley a un tercero, empleando un vocablo de una amplitud extrema, se abre incluso la posibilidad de que el tercero facultado por el Banco Central sea incluso una persona pública. De esta manera, si la entidad banconcentralista lo entendiésemos, podrían ser nombrados liquidadores el Estado, persona pública mayor, algún ente autónomo o servicio descentralizado, o incluso la COPAB, lo cual no sería inverosímil dado que por la ley 18401 ya tiene asignadas funciones de liquidador, con lo cual se combinarían todos los problemas de dicha ley con los que plantea el artículo 108 de la ley 18627.

Es evidente, por ende, que, aun cuando se reputase constitucional el ejercicio de las competencias liquidatorias por el Banco Central, lo que no resulta defendible es la posibilidad de su delegación o transferencia, y la amplitud con que se faculta al BCR para ello, al no indicar siquiera la naturaleza jurídica del tercero liquidador, quien puede ser prácticamente cualquier sujeto de derecho. Además debe señalarse que en el caso de que el BCR resuelva facultar al tercero, al materializar dicha decisión en un acto administrativo de aplicación al caso concreto del concursado en cuestión, se estaría violando la norma del artículo 18 de la Constitución, puesto que dicho proceso se estaría regulando por un acto infralegal.

5.3. UNA INSEGURIDAD JURÍDICA LESIVA DE LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO

Tal vez se pueda considerar que la interpretación señalada es extrema, pero de lo que no surge duda es de lo que permite entender el tenor literal de la norma (artículo 17

⁵¹ Para que ello fuese posible, habría que admitir que se puede delegar la función administrativa a entidades no estatales, y que por su naturaleza, sus actos no revisten la calidad de actos administrativos.

del Código Civil), y sin perjuicio de su eventual legitimidad es indiscutible que una redacción legal que autoriza dicha lectura es inconveniente y de una lamentable calidad técnica, puesto que produce una gran inseguridad sobre dos puntos respecto a los que no puede haber dudas, como son quién ejerce la función jurisdiccional y cuál es el órgano competente en el concurso de una bolsa, mercado u otro intermediario de valores.

En otras palabras, de la lectura de la ley no es posible conocer de antemano cuál será la entidad que conocerá en el concurso de las entidades de su artículo 106. Y esto nos conduce a otro vicio de la ley lesivo del debido proceso, porque habiéndose asumido la naturaleza jurisdiccional, o al menos de necesaria tramitación jurisdiccional del concurso, la imposibilidad de saber con certeza el órgano competente en forma previa al inicio del trámite concursal, en conjunción con la eventualidad de que la designación del tercero facultado sea realizada luego de que la entidad de intermediación financiera, engendra la instauración, en los hechos, de un juicio por comisión, vedado por la Constitución en su artículo 19 y violatorio de los principios del derecho procesal.

En efecto, como la ley no exige que el tercero sea facultado en forma previa a la insolvencia de alguno de los sujetos comprendidos en ella, y atento a la norma del artículo 108, inciso 2, dicha designación previa no parecería posible, por lo que si el Banco Central resuelve facultar a un tercero para investirlo como liquidador, al ser esta designación *ex post facto* a la insolvencia del concursado, y a la declaración del estado de liquidación por el BCR, la entidad que entenderá en el proceso concursal liquidatorio actuará como un tribunal por comisión, dado que su competencia o su potestad para conducir el concurso le fueron encomendadas específicamente respecto de ese concursado, luego de los hechos que le dieron origen y de la intervención del Banco Central (la entidad con la competencia primaria en el punto).

Como se ve, la ley 18627 pretende regular un proceso concursal en un único artículo, y al hacerlo creó una norma que, además de inconstitucional, presenta graves problemas para la seguridad jurídica, en un tema en el que precisamente lo que necesitan el concursado y sus acreedores son garantías procesales que permitan resolver con certidumbre las cuestiones sobre sus derechos sustanciales.

6.

CONCLUSIONES

La ley 18401 y la ley 18627, gestadas con apenas poco más de un año de separación entre ambas, suponen la remoción parcial de la función jurisdiccional de la órbita estatal, que en el caso de la segunda llega a su posible extracción del derecho público, en menoscabo de las competencias que la Constitución asignó al Poder Judicial y, en consecuencia, removiendo al Estado, persona pública mayor, de su ejercicio.

Si bien, como se había señalado, Uruguay tenía una larga historia de problemas con el ejercicio inconstitucional de la función jurisdiccional en sede administrativa para los concursos de las entidades de intermediación financiera, estas dos leyes manifiestan una derivación grave de esa tendencia. Hasta ahora, el legislador había atribuido a órganos administrativos del Poder Ejecutivo, o de ciertos entes autónomos, cometidos propios del Poder Judicial, y la discusión pasaba por determinar si otros órganos estatales podían ejercer la función jurisdiccional. Con estas dos leyes, la duda que se plantea es la siguiente: ¿puede haber función jurisdiccional fuera del Estado?

Por lo que se ha expuesto, y a la luz de las normas de nuestra Constitución, la respuesta es negativa. La administración de justicia es un cometido esencial del Estado, y la Carta Magna lo atribuyó al Poder Judicial, salvo excepciones expresas, sin habilitar al legislador cualquier modificación del elenco competencial atribuido. De modo que, en respeto a dichas normas y al principio de especialidad de las personas jurídicas, estas leyes que extrajeron potestades judiciales para transferírselas a entidades no estatales —la COPAB en la ley 18401 y el BCR y los “terceros” facultados de la ley 18627— son inconstitucionales.

Ahora bien, todo vicio de inconstitucionalidad es grave, porque supone una ruptura del orden jurídico al desconocer la Constitución y una burla a lo expresado por el cuerpo electoral en el acto plebiscitario, pero uno podría preguntarse si este problema de jerarquía normativa es realmente lesivo de los derechos de los involucrados o si se trata solo de un vicio formal. Como se reseñó, las soluciones de las leyes 18401 y 18627 presentan graves problemas para los derechos de las partes, puesto que, al confiarse estos procesos concursales a entidades extraestatales, los mecanismos de contralor y de impugnación de los actos estatales, sean jurisdiccionales o administrativos, no les son aplicables.

Por otra parte, extraer la función jurisdiccional del Estado supone negar su esencia, puesto que la entidad no estatal que la reciba, aunque realice actos *materialmente*

jurisdiccionales, no será desempeñada por órganos estructuralmente imparciales y no podrá juzgar con calidad de cosa juzgada,⁵² ni mucho menos hacer ejecutar lo juzgado. Por ello, los derechos de los involucrados quedan en una situación de incertidumbre, y sin posibilidad de imponer su respeto coactivamente.⁵³ Así, al sustraerse esta función jurídica del ámbito estatal, no puede mantener sus atributos esenciales. En otras palabras, no hay función jurisdiccional fuera del Poder Judicial, salvo norma constitucional expresa, lo que significa que nadie además del Estado, la persona pública mayor, la puede desempeñar.

Esto lleva a que las transferencias operadas por las leyes 18401 y 18627, al traspasar tareas jurisdiccionales a entidades que por su naturaleza no pueden desarrollarla, suponen privar a los involucrados, como ya se señaló, de los derechos a la jurisdicción y a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que los que resolverán sobre los derechos e intereses de los concursados y sus acreedores son órganos que ontológicamente no están capacitados para ejercer la función jurisdiccional.⁵⁴

Y esto produce a su vez una violación al derecho a la igualdad, puesto que no hay motivo razonable que justifique que las empresas de intermediación financiera y de valores se vean privadas de acceder a las garantías jurisdiccionales de la ley 18387 y el Código General del Proceso, cuando otros concursados sí pueden ampararse en ellas.

Como señaló Ross LECKOW, jerarca del Fondo Monetario Internacional, respecto al dilema de confiar o no los procesos concursales bancarios a los órganos jurisdiccionales: “Los políticos deben elegir entre la necesidad de liquidar un banco rápida y eficientemente por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de las partes afectadas por otro”.⁵⁵ Evidentemente, nuestro legislador optó por lo primero.

El proceso concursal de un banco o de una bolsa de valores es una instancia traumática para el Estado y sus habitantes. Se trata de empresas en cuya solvencia y subsistencia no

⁵² “La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada”. COUTURE: o. cit., p. 30.

⁵³ Nótese que el que puede requerir el auxilio de la fuerza pública según el artículo 168, n.º 23, de la Constitución es solo el Poder Judicial.

⁵⁴ Es bueno recordar otra cita de Couture: “La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales. El problema consiste en la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos o a los jueces reconocer sus razones. En este caso, la garantía constitucional de que ‘las leyes deben fijar el orden y las formalidades de los juicios’, se cumple de una manera meramente formal y externa [...]. En estos casos el proceso como instrumento de la justicia ha sido desnaturalizado. Se trata de saber si es posible, dentro del régimen democrático conocido con el nombre de Estado de Derecho, evitar este mal. En otras palabras: si es posible tutelar el proceso para que el a su vez pueda tutelar el derecho” (COUTURE, o. cit., p. 121).

⁵⁵ Traducción libre tomada del trabajo *The IMF/World Global Bank Insolvency Initiative-Its Purposes and Principal Features*, <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/mercant/pdf/8-436s.pdf>> (28/4/2011).

solo están interesados sus socios y empleados, sino toda la sociedad, cuyo impacto económico no necesita mención.

Esas circunstancias, en las que los derechos de tantas personas están en juego y en las que se ha admitido jurisprudencialmente que los interventores bancarios puedan mentir,⁵⁶ exigen un proceso jurisdiccional con todas las garantías que la Constitución acuerda a las partes, y que estas leyes les niegan.

Lamentablemente, la única forma real de resolver esta problemática pasa por reformar las leyes 18401 y 18627, puesto que las posibles declaraciones de inconstitucionalidad que pudieran fallarse por la Suprema Corte de Justicia no presentan un remedio general y permanente a los graves vicios de estos actos legislativos. El Poder Legislativo deberá, entonces, retornar estos procesos concursales a los órganos designados constitucionalmente para entender en ellos, los juzgados letrados de concursos creados por el artículo 12 de la ley 17292, y además preocuparse por capacitar especialmente a los magistrados a cargo y a sus oficinas.

En efecto, la tarea compleja de entender en estos procesos no puede ser devuelta al Poder Judicial sin prepararlo especialmente a tales efectos; de lo contrario, el respeto de la norma constitucional se volvería impracticable. Es indudable que ello tendría una incidencia presupuestal considerable, pero debería comprobarse si no sería menor que la de crear una nueva persona pública no estatal,⁵⁷ o la de retribuir a un tercero.

Esta es la única forma de materializar la norma del artículo 233 de la Constitución en plenitud, asegurándole al Poder Judicial todo el espectro de jurisdicción que constitucionalmente le corresponde, y para que las desviaciones provocadas por las leyes 18401 y 18627, con su consecuente pérdida de garantías, no queden justificadas por la demora y la ineficiencia que muchas veces se atribuyen a los órganos judiciales, y que justificaron que las

⁵⁶ Sentencia n.º 169/2006 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.º Turno, en la que se entendió que “puede admitirse cierta mentira respecto de lo que podría ser la pervivencia y prosperidad” de un banco por parte de su interventor. Contra dicho fallo se interpuso recurso de casación, el que fue desestimado por la sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 2/2008.

⁵⁷ “Desconozco las razones por las cuales ahora, cuando se están terminando las liquidaciones de los bancos afectados por la crisis del año 2002, se crea este nuevo organismo burocrático, especie de Banco Central de bolsillo, porque está hecho a imagen y semejanza del Banco Central, aunque es persona pública no estatal. La experiencia me indica que esto significa más secretarios, más asesores, más choferes, más porteros, más funcionarios, multiplicando los cargos y los gastos. Recuerdo que cuando integré el Departamento de Emisión del Banco de la República, funcionaba en la misma sala que el Directorio, con una docena de funcionarios afectados exclusivamente a ese fin; el resto de los servicios eran brindados por el Banco de la República. Pues bien, cuando se creó el Banco Central, pasó a un edificio de varias plantas, y hoy tiene cientos de funcionarios y ya le queda chico ese edificio, de manera que se elevaron los gastos en forma superlativa. Cuando se crea un directorio, enseguida se generan cargos de secretarios, porteros, choferes, auxiliares, asesores, etcétera”. Declaraciones de Daniel H. Martins en la Comisión de Hacienda del Senado, según el distribuido 2813/2008, <<http://www.parlamento.gub.uy/distribuidos/AccesoDistribuidos.asp?Url=/distribuidos/contenido/senado/s20082813.htm>> (24/3/2011).

competencias concursales bancarias y de otras entidades financieras alrededor del mundo les fuesen removidas.⁵⁸

Por último, el problema planteado por las leyes analizadas, en lo que refiere a la debilitación y hasta supresión de las garantías de los acreedores de las instituciones de intermediación financiera concursadas, no solo tiene consecuencias en el plano de su adecuación constitucional, como lo demuestra la reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de Octubre del corriente, recaída en el caso Caso Barbani Duarte Y Otros Vs. Uruguay; puesto que puede poner en entredicho, el cumplimiento los deberes internacionales de la República, asumidos al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos (aprobada por la Ley 15.737).⁵⁹

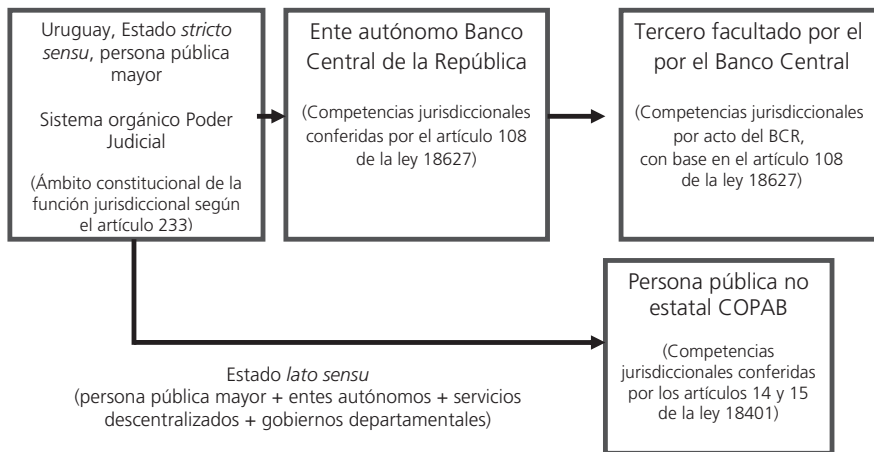
Si la Corte se expidió declarando que el Estado, violó la nombrada Convención, cuando todos los órganos intervinientes en los hechos relacionados que dieron origen a dicho fallo condenatorio, integraban personas estatales, es posible cuestionarse que fallaría si alguna vez tuviera la oportunidad de juzgar la adecuación de las Leyes 18.401, y 18.627 al Pacto de San José, considerando que en ellas, existen normas que directamente dejan afuera al Estado de ejercer sus competencias jurisdiccionales en la materia.

⁵⁸ “Si bien un sistema jurisdiccional puede asegurar una mayor responsabilidad y que los derechos de todas las partes afectadas sean adecuadamente protegidos, también puede ser inapropiado en países donde los procesos judiciales son generalmente lentos y los jueces carecen de la experiencia necesaria en asuntos bancarios”. Traducción libre del Informe del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial titulado *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/041709.pdf> (28/4/11).

⁵⁹ “232. Teniendo en cuenta todo lo resuelto en el presente capítulo, la Corte concluye que el Estado violó: a) el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de las 539 personas que interpusieron una petición bajo el artículo 31 de la Ley 17.613, indicadas en el Anexo de la presente Sentencia (supra párrs. 133 a 142); b) el derecho a un tratamiento igualitario en relación con la garantía procesal de una debida motivación, protegidos en los artículos 1.1 y 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Alicia Barbani Duarte y del señor Jorge Marenales (supra párrs. 183 a 185); y c) el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Daniel Dendrinós Saquieres, Fabiana Lijtenstein, Jean Leroy, Martín Guerra, María Ivelice Gigli Rodríguez, Leandro Rama Sienra, Clara Volyvovic, Pablo Raúl Roure Casas, Marta Rodríguez Lois, Ángel Notaro, Alba Bonifacio y Thomas Máximo Neuschul, quienes interpusieron acciones de nulidad que no recibieron un examen completo por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (supra párrs. 218 a 220).” http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf, (23/11/2011.)

7.

ESQUEMA



En el esquema superior los recuadros de líneas sólidas indican los sujetos de derecho con ejercicio de la función jurisdiccional y las normas que se la atribuyen. El recuadro de líneas punteadas corresponde al Estado en sentido amplio, es decir, la persona pública mayor, y el resto de las demás personas descentralizadas estatales. Las flechas indican cómo se operó la extracción inconstitucional de las leyes 18401 y 18627, desde el Poder Judicial —y, por ende, desde el Estado *stricto sensu*— hacia otros sujetos de derecho.⁶⁰

⁶⁰ Vale recordar a Cajarville: “Si yo tuviera un pizarrón y estuviera en una clase, y pudiera graficarlo, diría: tenemos un centro que es el Estado persona pública mayor, luego tenemos un círculo envolvente donde incluimos un grupo donde personas a las cuales calificamos como estatales, y quedan fuera de ese círculo una cantidad de otras personas: todas las privadas, personas físicas y personas jurídicas de Derecho privado, y también estas personas públicas no estatales. En el círculo de las entidades estatales incluimos sin duda, en su centro, al Estado persona pública mayor, incluimos también sin duda a los Gobiernos Departamentales, y también sin duda a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados” (CAJARVILLE PELUFFO: o. cit., p. 715).

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL OLIÚ, Alejandro: *Derecho procesal*, tomo 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: *Sobre derecho administrativo*, tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: *Derecho público*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.
- *Derecho público*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Montevideo: B de F, 2002.
- DURÁN MARTINEZ, Augusto: *Contencioso administrativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.
- FRESSIA, María Gloria: “Proceso concursal”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.
- GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IV, mvd: Amalio M. Fernández, 1971.
- MUCI FACCHIN, Gustavo, y otro: *Regulación bancaria*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- PARTELI, María Cristina: “Proceso voluntario”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, y otro, *Manual de derecho comercial uruguayo*, vol. 3, “Intermediación financiera y bursátil”, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- *Manual de derecho comercial uruguayo*, vol. 6, “Derecho concursal uruguayo”, tomo 3, “Regímenes concursales aplicables a las sociedades anónimas, entidades de intermediación financiera y grupos económicos”, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, tomos I y II, Montevideo, 1953.
- TARIGO, Enrique: “Teoría general de los procesos voluntarios”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

La justicia de transición en Uruguay: Un conflicto sin resolución*

Transitional Justice in Uruguay:
An unresolved conflict

*Pablo Galain Palermo***

p.galain@mpicc.de

RESUMEN. Este artículo trata sobre el proceso de justicia de transición en Uruguay. De un modo didáctico, para facilitar el tratamiento del tema, se divide el proceso en etapas según tres modelos teóricos de intervención para la solución del conflicto que ocasiona la reacción contra los crímenes cometidos durante la dictadura cívico-militar. El proceso de justicia de transición en Uruguay es un problema abierto que aún enfrenta a algunos actores del conflicto y presenta dificultades jurídicas que no habían sido abordadas por el sistema político y jurídico. Dicho proceso refleja la contradicción en el ámbito local entre el resultado del ejercicio de soberanía popular y el análisis constitucional llevado a cabo por el máximo órgano de justicia, que ha motivado la discusión parlamentaria sobre la necesidad de derogar o dejar sin efectos jurídicos a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, muy a pesar de la voluntad de la mayoría de la población. El problema se vuelve más complejo con las recientes sentencias de la

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctor europeo en Derecho Penal. Investigador del Instituto Max Planck para el Derecho Extranjero e Internacional, Friburgo (Alemania).

Suprema Corte de Justicia que han declarado dicha ley contraria a la Constitución, y con la primera sentencia de condena contra el Uruguay, emitida en 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que obliga a eliminar aquella ley del ordenamiento jurídico nacional. Este mandato supranacional refleja también la contradicción entre la solución local y la solución global, cuando se trata de la protección de los derechos humanos. El artículo plantea los problemas actuales que sufre el proceso uruguayo de justicia de transición, considerado como un problema abierto.

PALABRAS CLAVE. Uruguay, Transición democrática, Inconstitucionalidad de las leyes, Derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT. This article discusses the process of transitional justice in Uruguay. In a didactic manner to facilitate treatment of the subject this process is divided into stages according to three theoretical models of intervention to resolve the conflict that causes a reaction to the crimes committed during the civil-military dictatorship. The transitional justice process in Uruguay is an unresolved problem that still confronts some actors in the conflict and presents legal problems which were not addressed by the political and legal system. This process reflects a contradiction at a local level between the outcome of the exercise of popular sovereignty and the constitutional analysis conducted by the highest body of justice, which has led to a parliamentary debate on the need to repeal or render null and void the Amnesty Law of the punitive claim by the State, in spite of the will of the majority of the population. The problem becomes more complex with recent decisions by the Supreme Court of Justice which have declared such law to be contrary to the Constitution and with the first sentence of condemnation against Uruguay issued in 2011 by the Inter-American Court of Human Rights, which requires the removal of such law from the national codes of law. This supranational court order also reflects a contradiction between the local solution and the global solution, when it involves the protection of human rights, The article discusses the unresolved problems experienced by the Uruguayan process of transitional justice considered as an open problem.

KEYWORDS. Uruguay. Democratic Transition. Unconstitutionality of laws. Human Rights. Inter-American Court of Human Rights.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** La dictadura cívico-militar y la transición política. **3.** La justicia de transición. **4.** Modelos de intervención escogidos en la transición jurídica uruguayo. 4.1. El modelo de impunidad u olvido (1985-2000). 4.2. El modelo de reconciliación (2000-2005). 4.3. El modelo de persecución penal (2005-). **5.** El proceso de transición jurídica en la actualidad: un problema abierto. **6.** Conclusión.

1.

INTRODUCCIÓN

1. Este artículo tiene como cometido analizar el proceso de la justicia de *transición* uruguaya en un período que comprende desde el fin de la dictadura cívico-militar hasta el presente. El análisis considera únicamente los modelos de intervención utilizados por la República Oriental del Uruguay para la “superación del pasado”, con referencia a las graves violaciones contra los derechos humanos practicadas por la dictadura cívico-militar uruguaya entre 1973 y 1985, y a ese contexto nacional se limitan las conclusiones que se ofrecen.

2. El *objeto de análisis* es la reacción del Estado de derecho frente al fenómeno de la criminalidad de Estado en Uruguay (*terrorismo de Estado*),¹ según las distintas etapas del

¹ Esta expresión no ha sido empleada por ninguna instancia oficial ni surge de la normativa nacional, aunque se ha instalado en la conciencia colectiva de los uruguayos para catalogar la actuación de algunos altos mandos y funcionarios públicos de la dictadura. En el informe final de la Comisión para la Paz no se hace referencia al terrorismo de Estado sino a “la actuación de agentes estatales que en el ejercicio de su función pública obraron al margen de la ley empleando métodos represivos ilegales”. Cf. Comisión para la Paz, párrafo 43. En mi opinión, este concepto debe ser ampliado porque el “terrorismo de Estado” se emparenta con el “grupo criminal”, aquella organización de individuos que utilizaron el amparo del cumplimiento de su función pública para un objetivo ilícito. Estos miembros del “grupo criminal” actuaron de forma coordinada con una estructura ordenada y adecuada para la realización de sus propósitos criminales (torturas, secuestros, homicidios, desaparición forzada de personas, etcétera). Este grupo reunía los elementos básicos de las asociaciones criminales estables que actúan con reparto de tareas o división del trabajo, coordinación entre sus miembros que gozan de estabilidad y actúan de forma permanente, prolongada, reiterada e indefinidamente. Véase GALAIN PALERMO, Pablo, y ROMERO SÁNCHEZ, Angélica: “Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.): *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Universidad Salamanca - Cise, 2007, pp. 245 ss. Me inclino por el concepto *terrorismo de Estado* porque el grupo criminal desestabilizó el orden normativo sobre el que se había estructurado históricamente la sociedad uruguaya y mantuvo la cohesión social a través del miedo y la comisión sistemática de crímenes de lesa humanidad. Véase la sentencia n.º 2146, del 20.12.2006, del Juzgado Letrado en lo Penal de 7.º Turno; con mayor detalle, GONZÁLEZ, José Luis, y GALAIN PALERMO, Pablo: “Uruguay”, en AMBOS, K.; MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.): *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 307 ss. Sobre la utilización

proceso de transición de la dictadura a la democracia y durante los sucesivos gobiernos democráticos hasta el presente. En ese contexto nacional y en ese período se analiza la justicia de transición en Uruguay, que como fenómeno objeto de análisis constituye aún un capítulo abierto y en constante desarrollo. Por este motivo, las reflexiones, los resultados y conclusiones de este trabajo deben ser considerados como parciales.

2.

LA DICTADURA CÍVICO-MILITAR Y LA TRANSICIÓN POLÍTICA

3. En el contexto de la Guerra Fría,² los militares uruguayos “salieron de sus cuarteles” por decreto presidencial 566/71, del 9.9.1971, emitido por el expresidente Pacheco Areco, para combatir a los movimientos guerrilleros³ que operaban en el país desde principios de la década del sesenta.⁴ Si bien la guerrilla fue derrotada en 1972,⁵ Uruguay se tornó un país de corte represivo,⁶ en permanente lucha contra la “subversión” o “sedición”.⁷ El 27.6.1973

de aparatos organizados de poder que actúan en regímenes ilegales, véase SIEBER, U.; SIMON, J.-M., y GALAIN, P. (eds.): *Los estratagemas del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el sistema penal latinoamericano*, <http://www.mpicc.de/ww/de/ext/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/fuehrungspersonenlateinamerika.htm>, de próxima publicación. La doctrina interpreta el término *terrorismo de Estado* como los crímenes de Estado contra los enemigos del gobierno hasta aniquilarlos. A diferencia del terrorismo (político), que pretende derrocar un gobierno actuando mediante violencia contra la población en general y reivindicando los hechos, el terrorismo de Estado oculta sus hechos o los legitima como “razón de Estado” o defensa de la “seguridad nacional”. Véase BANDIERI, Luis: “Juicio al juicio absoluto. A propósito de ‘Juicio al mal absoluto’ de Carlos Nino”, www.ieeba.com.ar/colaboraciones2/Juicio%20al%20juicio.pdf. El Estado se torna criminal cuando sus funcionarios cometen delitos que sean expresión de la filosofía de Estado, o que sean motivados o favorecidos por una falta consciente de control jurídico. Véase LAMPE, Ernst-Joachim: “Injusto del sistema y sistemas de injusto” (trad. Gómez-Jara), en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima: Grijley, 2003, p. 122. El problema es de suma gravedad porque quien se manifiesta por medio del terror goza institucionalmente del monopolio del uso de la fuerza. Véase VEST, Hans: *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 312.

² Véase DE SENARCLENS, Pierre: “El problema de la legitimidad del poder”, en SIJAU: *Coloquio sobre Uruguay y Paraguay. La transición del estado de excepción a la democracia*, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental, 1985, p. 15.

³ El Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros se oponía al régimen político vigente, con una lógica que mezclaba el espíritu de Robin Hood y la ideología marxista para poner en evidencia la corrupción política y el caos económico en que se encontraba el país. Su propuesta consistía en un cambio profundo a través del uso de las armas. Esta revolución pregonaba y conduciría a la dictadura del proletariado, como consecuencia de la lucha de clases. Véase LESA, Alfonso: *Estado de guerra. De la gestación del golpe del 73 a la caída de Bordaberry*, Montevideo: Fin de Siglo, 2007, pp. 19 ss.

⁴ Véase SANGUINETTI, Julio María: *La agonía de una democracia. Proceso de la caída de las instituciones en el Uruguay (1963-1973)*, Montevideo: Taurus, 2008, pp. 35 ss.; DEMASI, C.; MARCHESI, A.; MARKARIAN, V.; RICO, Á., y YAFFÉ, J.: *La dictadura cívico-militar. Uruguay 1973-1985*, Montevideo: Ediciones Banda Oriental, 2009, pp. 21 ss.

⁵ En detalle, CENTRO MILITAR: *La lucha contra el terrorismo 1960-1980. Nuestra verdad*, Montevideo: Centro Militar, Centro de Oficiales Retirados de las Fuerzas Armadas - Artemisa, 2007.

⁶ El 14 de abril de 1972 el Parlamento aprobó el “estado de guerra interno”, se suspendieron las garantías individuales y se sancionó la ley 14068 (de Seguridad del Estado y del Orden Interno), del 10.7.1972. Esta ley, además de crear nuevos delitos y aumentar las penas de varios tipos penales, admitió la competencia de la Justicia Penal Militar para los delitos políticos (cf. artículo 1).

⁷ Las Fuerzas Armadas consideraban que habían derrotado únicamente a la sedición pero que “continuaba existiendo subversión, que afectaba directamente la seguridad nacional, por lo que, de acuerdo a la función y misión expresa-

los militares dieron un golpe de Estado junto con el presidente Juan María Bordaberry,⁸ disolvieron el Parlamento e instauraron un gobierno de facto en el que Bordaberry se mantuvo como “jefe de Estado” hasta 1976, fecha en la que fue destituido por sus exaliados militares.⁹

4. La violación sistemática de los derechos humanos fue una de las características del gobierno de facto. Entre la gama de crímenes de lesa humanidad, la tortura de las personas detenidas legítima o clandestinamente fue el crimen más cometido durante el período.¹⁰ De todas las dictaduras de la región, la uruguaya fue de las más incisivas en términos de “represión sistemática”; se dice que un veinte por ciento de los uruguayos fueron detenidos, y la gran mayoría de ellos sufrieron tortura.¹¹ En mucho menor medida, la dictadura uruguaya

das, las FF.AA. estaban obligadas a combatir y extirpar la subversión [...] cuando las FF.AA. tomaron a su cargo la lucha anti subversiva acorde al Decreto 566/71, se había establecido que la misión sería: ‘Restablecer el orden interno y brindar seguridad al desarrollo nacional’”. CENTRO MILITAR: o. cit., p. 223.

⁸ Bordaberry era un terrateniente con poca vocación política, exministro de Ganadería del gobierno de Pacheco Areco, antimarxista, hombre con una profusa fe católica pero con escasa fe en el sistema democrático republicano, que fue electo presidente por el Partido Colorado gracias a un complicado sistema de acumulación de votos que rige en Uruguay y se conoce como Ley de Lemas. El candidato individualmente más votado fue Wilson Ferreira Aldunate, del Partido Nacional, que por acumulación de votos (sublemas) dentro de cada partido (lema) perdió la elección por escasos 10.000 sufragios. El resultado electoral fue cuestionado por presunto fraude por el Directorio del Partido Nacional. Véase LESA: o. cit., p. 23; *El proceso político. Las FF.AA. al Pueblo Oriental*, tomo II, Montevideo, 1978, pp. 130 s. El sistema electoral de la Ley de Lemas que rige en el Uruguay ha sido catalogado como un “proceder absurdo”, que pudo haber originado la violencia que se apoderó de todo el Uruguay y la debilidad del presidente Bordaberry. Véase VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo: *La filosofía de los derechos humanos y la realidad de América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, 1989, p. 116. Véase que Bordaberry fue electo presidente con solo el 22% de los votos emitidos. El acuerdo golpista (o autogolpista) se produjo en la base de la Fuerza Aérea de Boiso Lanza, donde se sentaron las bases de la futura dictadura cívico-militar dejando el manejo del poder efectivo en manos de las fuerzas armadas. Véase CAETANO, Gerardo, y RILLA, José: *Breve historia de la dictadura*, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental, 2006, p. 20; LESA: o. cit., pp. 24, 109 s.

⁹ Hasta 1981 estuvieron al frente del gobierno de facto dictadores civiles. El primer dictador militar fue Gregorio Álvarez, quien en 1981 se puso al frente del régimen de facto para dirigir y controlar el proceso de transición política hacia la democracia. Véase LESA, Alfonso: *La primera orden. Gregorio Álvarez, el militar y el dictador. Una historia de omnipotencia*, Montevideo: Sudamericana, 2009.

¹⁰ Para una descripción de sesiones de tortura practicada por militares uruguayos, véase WESCHLER, Lawrence: *A Miracle, a Universe. Settling account with torturers*, Nueva York: Pantheon Books, 1990, pp. 125 ss.; ROSENCOF, Mauricio, y FERNÁNDEZ HUIDOBRO, Eleuterio: *Memorias del calabozo*, Navarra: Txalaparta, 1993, p. 57. El recurso a los apremios físicos era funcional para la investigación y se utilizaba sistemáticamente como método de averiguación de la verdad o como auténtico plan para infundir terror y provocar flaquezas en el “enemigo”. Véase GIL, Daniel: *El capitán por su boca muere o la piedad de Eros. Ensayo sobre la mentalidad de un torturador*, Montevideo: Trilce, 1999, p. 38.

¹¹ Véase AROCENA, Rodrigo, “Uruguay: zwischen Niedergang und neuen Wegen”, en *Ibero-Analysen*, Ibero-Amerikanischen Institut Berlin, 13, noviembre de 2003, p. 5; CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla, 2007, p. 396. Este autor se refiere a un número aproximado de 100 muertos, 200 desaparecidos forzados y 70.000 detenidos arbitrariamente, principalmente víctimas de torturas. *Ibidem*. En cifras de Amnesty International, durante los primeros años del régimen se encarceló a una persona por cada seiscientos, frente a una por cada mil doscientas en Argentina y una por cada dos mil en Chile. Véase LINZ, Juan, y STEPAN, Alfred: *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore-Londres: The Johns Hopkins University Press, 1996, p. 152. Según SERPAJ, la represión provocó 109 asesinatos de opositores al régimen y 163 desaparecidos. Véase WESCHLER: o. cit., p. 124. Según datos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 1978, en Uruguay se han producido las siguientes violaciones contra los derechos humanos: “[...] el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; el derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento; el derecho de justicia; el derecho a proceso regular; el derecho de reunión y asociación; el derecho de sufragio y de participación en el gobierno”. Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación*

aplicó la desaparición forzada de personas como una de las modalidades para infundir terror en la población.¹² Se puede hablar de un gobierno de facto que recurrió a la expansión y escalada del miedo, el terror y la violencia.¹³

5. En 1980 los gobernantes de facto llamaron a un plebiscito para legitimar todos los actos institucionales con los que gobernaron desde 1973 y para “fundar una nueva República” por medio de una reforma de la Constitución que posibilitara un retorno a la democracia con mayor participación de las Fuerzas Armadas en la administración pública. La población rechazó la propuesta por el 56% de los votos válidos y desde ese momento comenzaron las conversaciones para la transición democrática.¹⁴ Para reconstruir el “Estado de derecho” se escogió la vía de la negociación (Pacto del Club Naval, 1984), que dio lugar a una transición del “modo transaccional o pactado”, en la que la entrega del poder y el retorno al Estado de derecho tendría como contraprestación la ausencia de investigación de los delitos cometidos por funcionarios militares y policiales en lo que se denominó las *Fuerzas Conjuntas*.¹⁵

de los derechos humanos en Uruguay”, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 corr. 1, 31.1.1978, conclusiones, § 2. Esta comisión individualizó veinticinco casos de muerte y entre tres mil y ocho mil detenciones ilegítimas o arbitrarias en las que se aplicaron torturas a los detenidos.

¹² Cf. COMISIÓN PARA LA PAZ: *Informe final*, 10.4.2003, anexos 3, 5 y 12.

¹³ En sentido similar, véase WALDMANN, Peter: *Terrorismus und Bürgerkrieg. Der Staat in Bedrängnis*, Múnich: Gerling, 2003, p. 169. Véase también CARD, Claudia: “El paradigma de la atrocidad: una teoría del mal”, en DE GAMBOA, Camila (ed.): *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 35.

¹⁴ Esta consulta popular inesperada y difícil de explicar devolvió el espíritu democrático a toda la sociedad uruguaya. Como dice RILLA: “La articulación electoral de la política nacional quedaba de ese modo plenamente afirmada, reformulada en tanto la tradicional práctica de dirimir conflictos cruciales a través de las urnas se actualizaba también, paradójicamente, durante el régimen dictatorial [...]. El plebiscito de 1980, gesta cívica sin igual, nos reincorporó entre otras cosas a una tradición bifronte y al fin y al cabo muy antigua: a la democracia de partidos y representantes y a la democracia de electores y de votadores”. Véase RILLA, José: “Uruguay 1980. Transición y democracia plebiscitaria”, http://www.nuso.org/upload/articulos/2611_1.pdf.

¹⁵ Según Arthur Kaufmann, generalmente en este tipo de negociación los dictadores parten del enunciado, que el nuevo gobierno debe asumir, de que el retorno de la libertad insume la previa aceptación de la condición de la tolerancia (entiéndase *tolerancia* como sinónimo de *impunidad*). Véase KAUFMANN, Arthur: “Reflexionen über Rechtsstaat, Demokratie, Toleranz”, en KÜHNE, H. H. (ed.): *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 387. La transición se basó en una negociación política que canjeó democracia por impunidad, como el mejor modo de sentar las bases de la nueva institucionalidad. Este tipo de transición no es propia del Uruguay; así también ocurrió en Sudáfrica y El Salvador, donde ha habido una verdadera negociación entre las partes interesadas en la transición. En otros casos, como el de Chile, la negociación se ha convertido en imposición de los que todavía detentan (ilegítimamente) el poder. Véase KRITZ, Neil: *Transitional Justice*, vol. II, Washington: US Institute of Peace Press, 1995, pp. 383 ss. Los implicados y parte de la oposición (aquella no proscrita por la propia dictadura) negociaron “el cambio en paz”. En opinión de Appratto, en dicha negociación también se acordó el sucesor democrático de los dictadores, “que dentro de la ‘lógica de los hechos’ que surgió del Club Naval” sería el Partido Colorado, “elegido por las FFAA. para sucederlas”, único partido político que “había asumido desde un principio que este tema debía resolverse con amnistía”. Véase APPRATTO, María: *Del Club Naval a la Ley de Caducidad. Una salida condicionada para la redemocratización uruguaya. 1983-1986*, Montevideo: Monteverde, 2007, p. 60.

6. Durante todo el tiempo que duró la dictadura cívico-militar (1973-1985) el Estado uruguayo no respondió adecuadamente a los reclamos de las víctimas ni de organismos internacionales de protección de derechos humanos.¹⁶

3.

LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

7. La justicia de transición es un concepto en construcción, que combina aspectos políticos y jurídicos.¹⁷ Los modelos de transición varían y dependen de las características de una sociedad y de muchas variables que pueden determinar que en situaciones similares sea posible adoptar modelos de transición opuestos. Estos modelos pueden basarse en el olvido (amnistías generales, amnistías condicionadas, indultos, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva), en el valor justicia (persecución penal y reparación civil de las víctimas), en el valor *conocimiento de la verdad* (comisiones de la verdad, Comisión para la Paz, etcétera) o en el valor reconciliación (justicia restauradora, formas consuetudinarias de resolución del conflicto, etcétera).¹⁸ No existe un sistema de justicia de transición aplicable como modelo de solución para todos los casos. El tipo de justicia de transición puede variar con el tiempo, y para ello guarda un vínculo estrecho con las relaciones de fuerza entre la actual y la antigua elite en el poder¹⁹ o, directamente, modifica el modo de intervención según los cambios de los gobiernos o las políticas de gobierno.²⁰ Según la definición de Ruti TEITEL, por *justicia de transición* se entiende un modelo de justicia asociado a períodos de cambio político que pretende encontrar respuestas legales para enfrentar los crímenes cometidos por regímenes

¹⁶ Véase DEMASI, MARCHESI, MARKARIAN, RICO y YAFFÉ: o. cit., p. 305.

¹⁷ Véase que las políticas sobre el pasado son parte de la política de transición, así como el derecho penal de transición está directamente unido con las políticas sobre el pasado y con la política de transición. Véase ARNOLD, Jörg: "Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik", BÖSE, M., y STERNBERG-LIEBEN, D. (eds.): *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 2009, p. 727.

¹⁸ Véase UPRIMNY, Rodrigo, y SAFFON, María Paula: "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en RETTBERG, A. (comp.): *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Uniandes, 2005, pp. 211 ss.; SIMON, Jan-Michael: "Criminal Accountability and Reconciliation", en ALBRECHT, H. J.; SIMON, J.-M.; REZAEI, H., y KIZA, E. (eds.): *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies- Between Tradition and Modernity*, Duncker&Humblot, Berlín, 2006, pp. 99 ss.; PAMPALK, Madalena, y KNUST, Nandor: "Transitional Justice und Positive Komplementarität", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 11, 2010, pp. 669 ss.

¹⁹ Véase SOOKA, Yasmin: "Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability", en *ICRC*, 88, 2006, pp. 316 s.

²⁰ Véase GALAIN PALERMO, Pablo, "Uruguay", en AMBOS, K.; MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.): *Justicia de Transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, p. 413.

represores anteriores.²¹ ROTH-ARRIAZA, sin embargo, la define como una serie de prácticas, mecanismos e intereses que tienen que ser llevados a cabo luego de un período de conflicto, guerra civil o represión, y que están orientadas directamente a confrontar y elaborar las violaciones contra los derechos humanos y el derecho humanitario.²²

La *justicia de transición* tiene que ver con el modo y con todas las instancias en las que a lo largo del tiempo una sociedad arregla sus cuentas con los hechos del pasado. La justicia de transición abarca mucho más que las situaciones de posconflicto o de cambio de régimen; también se refiere a las negociaciones de paz en el seno de un conflicto armado y otras situaciones dentro de una democracia formal.²³ Hoy en día, además del aspecto normativo vinculado a la resolución de un conflicto pasado en una sociedad determinada, se pretende que la justicia de transición contribuya con el compromiso internacional de brindar seguridad a los seres humanos²⁴ y con la protección supranacional de los derechos humanos.²⁵ Es decir, en tiempos de globalización se pretende que la justicia de transición, además de ser un mecanismo local para elaborar el pasado, sea un instrumento supranacional de protección de los derechos humanos que también puede ser útil para la seguridad internacional.

Desde un punto de vista jurídico, el éxito de la justicia de transición se medirá según pueda cumplir con los tres objetivos principales de verdad, reparación y justicia, así como cumplir con las exigencias jurídicas de justicia que impone el plano internacional en cuanto a la investigación de las violaciones más graves contra los derechos humanos y al castigo de los responsables.²⁶ Estas exigencias jurídicas que parecen amparar los derechos de las víctimas coliden a su vez con las demandas de los criminales de Estado, que reclaman impunidad a cambio de la entrega del poder y/o de la promesa de no desestabilizarlo en períodos posteriores. Pero también estas exigencias jurídicas pueden colidir con los objetivos políticos del

²¹ Véase TEITEL, Ruti: "Transitional Justice Genealogy", en *HHRJ*, vol. 16, primavera 2003, Cambridge (Massachusetts), p. 69.

²² Véase ROTH-ARRIAZA, Naomi: "The new landscape of transitional justice", en ROTH-ARRIAZA, N., y MARIEZCURRENA, J. (eds.): *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 2.

²³ Véase AMBOS, Kai: *El marco jurídico de la justicia de transición* (trad. Ezequiel Malarino), Bogotá: Temis, 2008, p. 8.

²⁴ Véase TEITEL, Ruti: "Editorial Note-Transitional Justice Globalized", en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, 2008, p. 3.

²⁵ Véase CALL, Charles: "Is transitional justice really just?", en *Brown Journal of World Affairs*, Summer, otoño 2004, vol. XI, n.º 1, p. 101.

²⁶ Véase UPRIMNY y SAFFON: o. cit., p. 215. Sobre la relación entre el derecho a la verdad de la víctima y el proceso penal en la jurisprudencia de la CIDH, véase GALAIN PALERMO, Pablo: *Relaciones entre el "derecho a la verdad" y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de próxima publicación.

proceso de transición, que se concentran en la reconstrucción del sistema institucional y en la consolidación del sistema democrático.²⁷

Allí reside el dilema de la *justicia de transición*, un concepto que reúne las exigencias de la justicia con las vicisitudes de la política en procura de un equilibrio que satisfaga a todos los actores del conflicto, navegando entre la *política real* (formas de perdón y olvido propias de los procesos de transición para garantizar el proceso de transición de la dictadura a la democracia) y las exigencias de la *justicia* con forma de principios universales o imperativos jurídicos internacionales que demandan la lucha contra la impunidad para garantizar la protección de los derechos humanos.²⁸ La justicia de transición es una forma particular de justicia que evidencia sus problemas esenciales en casos como el uruguayo; un conflicto permanente y sin resolución aparente en el corto plazo.

4.

MODELOS DE INTERVENCIÓN ESCOGIDOS EN LA TRANSICIÓN JURÍDICA URUGUAYA

8. Son variadas las formas que se pueden adoptar para resolver los crímenes y delitos cometidos por un régimen injusto que no respete las bases del Estado de derecho.²⁹ WERLE identifica en primer lugar el modelo de persecución penal (*Strafrechtliche Verfolgung*), el modelo de no persecución (*Nichtverfolgung*), el modelo de esclarecimiento (*Aufklärung*, por

²⁷ Véase AMBOS: o. cit., p. 9; MCEVOY, Kieran, y MCGREGOR, Lorna (eds.): *Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change*, Oxford y Portland: Hart Publishing; ATILES-OSORIA, José: *Reflexiones sobre la Justicia Transicional: para retomar las prácticas políticas y en búsqueda de otras epistemológicas*, en vías de publicación.

²⁸ Un buen ejemplo es el Preámbulo del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (CPI), así como la jurisprudencia de la CIDH. Véase, por todos, el caso *Gelman contra Uruguay*, sentencia de 24.2.2011 (fondo y reparaciones). En ese sentido, no sería recomendable ni un perdón general (amnistía general) ni un castigo absoluto, porque en las transiciones se debe aplicar el principio de proporcionalidad y, con base en él, determinar cuándo un perdón excepcional e individualizado puede tener cabida, según la naturaleza del crimen cometido y la calidad del autor. De este modo se excluirá del perdón a los funcionarios públicos de alto rango con poder de mando sobre estructuras organizadas de poder ilegítimas responsables de la comisión de los crímenes más graves contra los derechos humanos. De similar opinión, UPRIMNY y SAFFON: o. cit., p. 230.

²⁹ En el Estado de derecho, bajo el manto del derecho se encuentran no solo la Constitución y las leyes, sino también los actos estatales, que se publican en nombre del Estado de derecho y conforme a la idea del derecho. *A contrario sensu*, no puede considerarse Estado de derecho aquel cuya Constitución contradiga la idea del derecho o cuyos actos estatales (aunque fueran conformes a la ley) contravengan el derecho. Estos actos deben ser negados de la misma forma que se niegan las leyes injustas, tal como lo propuso RADBRUCH, para quien la ley positiva se vuelve inaplicable cuando su contradicción con la justicia alcanza un nivel tan insoportable que la ley como derecho injusto se aleja de la justicia. Cuando el propio Estado constituye un sistema de injusto, la contradicción con la justicia no puede ser corregida por el propio sistema positivo, sino que hay que recurrir a otros sistemas (suprapositivo, derecho penal internacional, derecho humanitario). Véase LAMPE, Ernst-Joachim: "Injusto del sistema y sistemas de injusto" (trad. Gómez-Jara), en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima: Grijley, 2003, p. 122. El moderno Estado de derecho está organizado de tal manera que los espacios sin derecho también son espacios sin Estado. *Ibidem*, p. 120.

ejemplo, mediante una comisión de la verdad), el modelo de reparación (*Wiedergutmachung*) y el modelo de sanciones no penales (*Ausßerstrafrechtliche Sanktionen*).³⁰ OSIEL enumera distintas medidas que pueden ser combinadas en procesos de transición como respuestas a las atrocidades masivas cometidas por el gobierno anterior: comisiones de la verdad, amnistías, purgas, reparación de las víctimas y, como última alternativa, juicios (penales y civiles).³¹

Según la clasificación del proyecto del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, denominado *Derecho penal en reacción a la criminalidad de Estado*, entre muchos procesos posibles hay tres grandes modelos identificados para la transición de un régimen despótico o dictatorial hacia uno democrático y de derecho. Estos modelos son: a) el *Strafverfolgungsmoedel* o *modelo de persecución penal*; b) el *Schlussstrichmoedel* o *modelo de impunidad*, subdividido en *absolutes Schlussstrichmoedel* o *modelo de impunidad absoluta* y *relatives Schlussstrichmoedel* o *modelo de impunidad relativa*; c) el *Aussöhnungsmoedel* o *modelo de reconciliación*.³² Si bien en los procesos de justicia de transición se pueden dar modelos diversos de los recién descritos o la combinación de estos modelos durante un mismo período, aquí se utiliza esta clasificación con efectos meramente explicativos para diferenciar momentos de la transición en Uruguay en los que predominó uno de estos tres modelos teóricos.³³

4.1. MODELO DE IMPUNIDAD ABSOLUTA (1985-2000)

9. Como se dijo, Uruguay recuperó el Estado de derecho por medio de una transición pactada —en el denominado Pacto del Club Naval—, que condicionó todo el proceso de justicia de transición. Con el regreso de la democracia se restituyó la Constitución de 1967, se hicieron reformas institucionales y el Parlamento dictó una Ley de Amnistía

³⁰ Véase WERLE, Gerhard: “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?”, en MUÑOZ CONDE, F., y VORMBAUM, T. (eds.): *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Humboldt-Kolleg y Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 7-9 de febrero de 2008, Berlín: De Gruyter, 2010, p. 16.

³¹ Véase OSIEL, Mark: “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en RETTBERG, A. (comp.): *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Uniandes, 2005, pp. 67 ss.

³² Véase ESER, A.; ARNOLD, J., y KREICKER, H. (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Friburgo: Iuscrim, 2001, pp. 6 ss. Un desarrollo posterior a las resultancias de este proyecto se encuentran en ARNOLD: o. cit., pp. 727 ss.

³³ En el proyecto del Instituto Max Planck se calificó provisionalmente al proceso de transición uruguayo como un modelo de *absoluta impunidad* (*absolutes Schlussstrichmoedel*). Véase ESER, Albin, y ARNOLD, Jörg (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Friburgo: Internationales Kolloquium, 1999, Iuscrim, 2000. Luego se reconoció que en el caso uruguayo con el devenir del tiempo la transición había derivado en un modelo de *persecución penal* (*Strafverfolgungsmoedel*). Véase ARNOLD: o. cit., p. 725. Sin embargo, en mi opinión, la transición uruguayana no puede identificarse únicamente con estos dos modelos, porque ha pasado por todos los modelos teóricos ya mencionados y todavía no ha culminado ni como proceso de transición ni tampoco en cuanto proceso de elaboración del pasado.

(15737, del 8.5.1985)³⁴ que benefició todos los delitos políticos, comunes y militares conexos con estos, cometidos a partir del 1.º de enero de 1962 (artículo 1).³⁵ En ese año también se creó una comisión parlamentaria para esclarecer la situación de los desaparecidos, pero no fue más que un mero ejercicio político, sin ningún apoyo del Poder Ejecutivo de la época ni vocación para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de personas todavía vinculadas al poder o a la administración pública.³⁶

10. El nuevo régimen dictó leyes de reparación que principalmente declaraban la restitución de derechos y beneficios a las víctimas de la dictadura.³⁷

11. El Estado de derecho trajo consigo los reclamos de las víctimas y numerosas denuncias penales contra presuntos criminales de Estado. La justicia militar pretendió asumir competencia, pero la Suprema Corte de Justicia (SCJ) declinó la competencia en la justicia penal ordinaria. Esta resolución de la SCJ llevó a que los denunciados manifestaran públicamente que no se presentarían ante la justicia, de modo que para evitar una nueva crisis social el Parlamento dictó a fines de 1986 la ley 15848, denominada *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*. Esta ley limitó la investigación de los hechos denunciados a una decisión política del Poder Ejecutivo frente a cada requerimiento del Poder Judicial (artículo 3 ley 15848).³⁸ El curioso nombre que adoptó la ley fue consecuencia de que los

³⁴ Publicada en el *Diario Oficial* el 22.5.1985 con el n.º 21906. A esta ley 15737 la sucedieron otras leyes complementarias de la amnistía, como la n.º 15834, del 16.10.1986, publicada en el *Diario Oficial* el 16.12.1986 con el n.º 22285, que amnistió a los autores de delitos electorales previstos en la ley 7690 cometidos hasta la fecha de promulgación de la presente ley.

³⁵ El artículo 5 reviste importancia al dejar expresamente fuera de la amnistía a “los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas. Esta exclusión se extiende asimismo a todos los delitos cometidos aun por móviles políticos, por personas que hubieren actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno”. La misma ley creó una Comisión Nacional de Repatriación, “con el cometido de facilitar y apoyar el regreso al país de todos aquellos uruguayos que deseen hacerlo” (artículo 24). Además, la administración pública reincorporó en sus cargos a los funcionarios injustamente destituidos por la dictadura (artículo 25).

³⁶ Véase HAYNER, Priscilla; *Unspeakable Truths. Confronting state terror and atrocity*, Nueva York y Londres: Routledge, 2001, p. 54. El informe final fue cambiado a último momento debido a presiones políticas y, a pesar de haber probado la acción conjunta de las fuerzas represivas uruguayas y argentinas en la práctica de la desaparición forzada de personas, desligó cualquier tipo de responsabilidad de la institucionalidad o de la política de gobierno uruguayo en la comisión de lo que consideró meras “irregularidades”. Véase BARAHONA DE BRITO, Alexandra: *Human Rights and Democratisation in Latin America: Uruguay and Chile*, Nueva York: Oxford University Press, 1997, p. 146.

³⁷ Cf. leyes n.º 15737, de 8.3.1985, n.º 15783, de 28.11.1985, n.º 16102, de 10.11.1989, n.º 16163, de 21.12.1990, n.º 16194, de 12.7.1991, n.º 16440, de 15.12.1993, n.º 16451, de 16.12.1993, n.º 16561, de 19.8.1994, n.º 17061, de 24.12.1998 Véase GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, en AMBOS, MALARINO y ELSNER (eds.): *Justicia de transición...*, o. cit., pp. 396 s.

³⁸ Este artículo tercero dispone que, ante una denuncia penal contra un miembro de las Fuerzas Armadas, el juez interviniente “requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la presente ley”. Esta ley, por tanto, no solo es una rereza normativa, sino que viola directamente la Constitución (artículo 257) y las bases sobre las que se asienta la República (sistema de división de poderes), porque proclama: “[...] si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el

presuntos terroristas de Estado se negaban a ser amnistiados, aunque en realidad se trató de una especie de ley de amnistía encubierta³⁹ que, debido a su extraña redacción, no clausuró definitivamente las investigaciones judiciales, las cuales dependerían en cada caso de la voluntad expresa del Poder Ejecutivo. Como se ve, no se trata de una ley de amnistía porque admite la posibilidad constante de revisión de cada caso, y por ello el reinicio de los procesos penales se ha mantenido siempre como una posibilidad latente (aunque inutilizada por los sucesivos gobiernos democráticos hasta 2005).

12. Esta rareza jurídica (ley 15848) ha marcado todo el proceso de transición jurídico uruguayo y ha sobrevivido hasta el momento de escribir este artículo, a pesar de su notoria contradicción con la Constitución. En 1988 la ley fue declarada constitucional por la SCJ, en una sentencia fundamentada con argumentos políticos.⁴⁰ El 16 de abril de 1989 la ley fue sometida a un referéndum, consulta popular obtenida luego de una engorrosa recolección de firmas que habilita el ejercicio de la democracia directa,⁴¹ con el objetivo de que la población

juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido, dispondrá continuar la indagatoria". Véase FERNÁNDEZ, Gonzalo: "Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht in Uruguay", ESER, A.; SIEBER, U., y ÁRNOLD, J. (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, tomo 11, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, pp. 546 ss.

³⁹ Como los militares se negaban a ser amnistiados —en el entendido de que no habían cometido delito alguno, sino actuado en un estado de excepción y/o en legítima defensa—, se sancionó la ley 15848, piedra angular de la transición uruguaya y, desde un punto de vista estrictamente jurídico, una verdadera extrañeza de los anales del disparatario normativo nacional. Dicho instrumento normativo "reconoce" y decreta "la caducidad de la pretensión punitiva del Estado" como consecuencia de "la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las fuerzas armadas en agosto de 1984" (artículo 1). En realidad, se trata de un mecanismo político de justicia de transición, porque solo la necesidad política y la amenaza de un nuevo colapso democrático, pudo llevar a reconocer estatus jurídico a lo que no es fuente de derecho ("la lógica de los hechos") y, con base en los meros acontecimientos políticos, otorgar efectos extintivos e inhibitorios a la obligación del Estado de investigar y punir, que deviene imperativa no solo por las normas internacionales reconocidas recientemente (ley 15737, que aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, Pacto de San José de Costa Rica; ley 15798, del 27.11.1985, que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes), sino también por el principio de oficialidad de la acción penal (artículo 6 del Código Proceso Penal).

⁴⁰ Cf. Suprema Corte de Justicia, sentencia 184, del 2.5.1988, que planteó la inconstitucionalidad de la ley. Véase *Revista de Derecho Penal*, 8, Montevideo, 1988, p. 143. Dicha sentencia fue la justificación judicial de la transición uruguaya y el reconocimiento del mayor órgano judicial de que tanto la "amnistía" como su forma anómala (la "caducidad") son dos mecanismos de extinción de la punibilidad legítimos en una transición y que ambos caben dentro de la competencia constitucionalmente reconocida del Poder Legislativo. El Colegio de Abogados del Uruguay había sostenido que "la caducidad no podía declararse al margen del encuadramiento constitucional de la amnistía, el indulto, la gracia y las causales de impunidad consagradas por el derecho penal". Véase FERNÁNDEZ, Gonzalo: "Uruguay", en ÁRNOLD, J., SIMON, J.-M., y WOISCHNIK, J. (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: UNAM, 2006, p. 264.

⁴¹ Las firmas fueron recolectadas por "un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos desaparecidos, que conformaron la 'Comisión Nacional pro Referéndum contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado', [la cual] promovió y obtuvo la recolección de las firmas de más del 25% de los electores (aproximadamente 630.000)". Cf. CIDH, caso *Gelman contra Uruguay*, cit. § 147.

decidiera sobre su mantenimiento o remoción como medio jurídico-político de la transición uruguaya. Por escaso margen, la ley recibió el respaldo de la ciudadanía.⁴²

13. La política de clemencia y olvido llevada a cabo por el Estado uruguayo con relación a los delitos perpetrados por funcionarios del aparato estatal que gobernó durante la dictadura y su negativa a cualquier tipo de investigación fue refrendada por la más alta instancia judicial y por la mayoría de la población en ejercicio de soberanía directa (referéndum).

14. Este modelo de *impunidad absoluta* que contaba con aceptación dentro del país fue, sin embargo, cuestionado internacionalmente por el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁴³ y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁴

4.2. MODELO DE RECONCILIACIÓN (2000-2005)

15. Con el cometido de “devolver la paz del alma a los uruguayos”, el presidente Jorge Batlle creó la Comisión para la Paz mediante la resolución 858/2000, del 9.8.2000.⁴⁵ Esta especie de comisión de la verdad concentró su mandato en la averiguación del paradero de las personas forzosamente desaparecidas. La comisión podía “recibir, analizar, clasificar y recopilar información sobre las desapariciones forzadas ocurridas durante el régimen de facto” (artículo 1, resolución 858/2000),⁴⁶ esto es, no tuvo potestades coercitivas ni de *investigación*, así como tampoco pudo revelar los nombres de los autores de los crímenes de Estado. El mandato limitado de la Comisión le impidió cumplir con un patrón mínimo que pudiera ser considerado como un equivalente funcional de la justicia para el esclarecimiento de los hechos.⁴⁷

⁴² El 84,72% de los habilitados para votar ratificaron la ley, con el 47% de sufragios. Esta cifra equivale aproximadamente a 700.000 sufragios a favor de su mantenimiento y 600.000 en contra. Hay que decir, sin embargo, que desde que se impuso en el sistema electoral uruguayo la obligatoriedad del voto, esta convocatoria tuvo la cifra más baja de participación. Véase RIAL, Juan: *El Referéndum del 16 de abril de 1989 en Uruguay*, San José: CAPEL-IIDH, 1989, pp. 34 ss.

⁴³ Caso *Hugo Rodríguez contra Uruguay*, comunicación n.º 322/1988, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República del Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.19, 5 de mayo de 1993, § 7.

⁴⁴ Informe n.º 29/92, Uruguay, OEA/Ser.L/V/II 82, Doc. 25, 2 de octubre de 1992. Véase FERNÁNDEZ: “Uruguay”, o. cit., p. 408, notas al pie 8 y 9.

⁴⁵ Publicada en el *Diario Oficial* n.º 25.583, 17 de agosto de 2000.

⁴⁶ Como explica FERNÁNDEZ “[...] la Comisión no pudo desarrollar una verdadera investigación y, en realidad, debió desentenderse de procurar la identificación de los autores de los hechos, tratando de responder solo al ‘cuándo’, ‘dónde’, ‘cómo’ y ‘por qué’ de cada desaparición, pero no al ‘quién’ [...]”. Véase FERNÁNDEZ: o. cit., pp. 411 s.

⁴⁷ Este *patrón mínimo* que pueda considerarse como equivalente de una investigación tendría que consistir en la reunión de pruebas y el establecimiento de los hechos relacionados con la conducta bajo consideración, para determinar lo sucedido de un modo objetivo y de acuerdo con criterios específicos. Véase SIMON, Jan-Michael: “Procesos de paz y la Corte Penal Internacional”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.): *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional*

16. La etapa mediadora o de reconciliación iniciada con el nuevo siglo en la administración Batlle fue el primer intento de atender a las causas del conflicto, reconociendo el derecho de toda la sociedad uruguaya de saber la verdad de los hechos y la impostergable necesidad de las víctimas de conocer en qué circunstancias desaparecieron sus familiares y dónde se encuentran (aunque fuera sus restos).⁴⁸ Esta forma de intervención en el conflicto debe considerarse como una alternativa a la punición (justicia) en tanto persigue un claro objetivo de reconciliación (reparación): “sellar para siempre la paz entre los uruguayos”.⁴⁹

17. La Comisión para la Paz, al igual que aquellas otras comisiones especiales fuera del continente americano,⁵⁰ pretendió —sin gran éxito—⁵¹ esclarecer la verdad histórica⁵² y reparar a las víctimas.⁵³ La prueba más evidente de la poca eficacia jurídica del informe

de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México: UNAM, 2005, p. 430. Véase también MARKEL, Dan: “The justice of amnesty? towards a theory of retributivism in recovering states”, en *University of Toronto Faculty of Law Review (UTORLJ)*, vol. 49, n.º 389, Toronto, 1999, pp. 21 s.; MALLINDER, Louise: “Can amnesties and International justice be reconciled?”, en *International Journal of Transitional Justice (IJTJ)*, n.º 1, 2007, pp. 224 s.

⁴⁸ Véase en ese sentido CUNNEEN, Chris, “Exploring the relationship between reparations, the gross violation of human rights, and restorative justice”, en SULLIVAN, Dennis, y TRIFFT, LARRY (eds.): *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, Londres y Nueva York: Routledge, 2006, p. 359.

⁴⁹ La Comisión para la Paz de Uruguay siguió la lógica de las comisiones para la búsqueda de la verdad, que generalmente se concentraron en el objetivo prioritario de encontrar la paz y buscar la reconciliación sin renunciar a descubrir la verdad histórica. Véase TEITEL, Ruti: “Transitional Historical Justice”, en MEYER, L. H. (ed.): *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Baden-Baden: Nomos, 2004, pp. 78 ss. Con relación a los derechos de la víctima a la verdad y la justicia ante violaciones a los derechos humanos, véase OLÁSOLO, Héctor, y GALAIN PALERMO, Pablo, “La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas”, en AMBOS, K.; MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 396 ss.

⁵⁰ A diferencia de los juicios penales, las comisiones de la verdad, con sus parciales y secretas deliberaciones, no están capacitadas para juntar suficiente evidencia sobre los hechos criminales. Por ello es conveniente que no sean un sustituto del proceso penal sino un complemento o una instancia previa; incluso se propone que, al igual que la Corte Penal Internacional, exista una Comisión de la Verdad Internacional Permanente. Véase SCHARF, Michael, “The case for a permanent international truth commission”, en *DJCL*, vol. 7, 1997, p. 400. La Comisión para la Paz o de la Verdad no debe ser solo una alternativa sino un complemento necesario de otras políticas, pues el conocimiento de la verdad coadyuvará con la labor de la fiscalía y con el proceso de compensación y reparación de las víctimas. Véase HAILE, Dadios: *Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia*, Lovaina: Centre for Advanced Legal Studies, Leuven University Press, 2000, p. 24. Si la comisión de la verdad opera como sustituta (parcial) de la justicia penal, entonces la verdad debería compensar el déficit de justicia. Véase AMBOS: *El marco jurídico...*, o. cit., p. 62.

⁵¹ Justamente, el éxito se podría haber alcanzado si las comisiones de la verdad hubieran sido el primer paso hacia la reconciliación nacional y el respeto de los derechos humanos, acompañadas de cambios estructurales en lo político, judicial y militar. Véase HAYNER, Priscilla: “Fifteen Truth Commissions –1974 to 1994–: a comparative study”, en KRITZ, N. J. (ed.): *Transitional Justice*, vol. I, Washington: US Institute of Peace Press, 1995, p. 261.

⁵² No obstante, debe entenderse, con Touraine, que en “el mundo latinoamericano”, tras situaciones de ilegitimidad y violencia masiva, ha predominado la política del silencio y, hasta cierto punto, del olvido, lo que ha dificultado la búsqueda de la verdad histórica. Véase TOURAINE, Alain: “Efectos en las sociedades de los crímenes de lesa humanidad”, en *El principio de justicia universal*, Madrid: Colex, 2001, pp. 278 s.

⁵³ Los familiares de los detenidos-desaparecidos por el terrorismo de Estado recibieron periódicamente información de la Comisión, lo que reafirma el objetivo prioritario de “recabar información” sobre la verdad histórica. Ahora bien, si se tiene en cuenta la casi nula colaboración de fuentes militares o policiales y que las principales fuentes de información fueron la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (AFDD), el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) y el Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR), se entenderá por qué dicha Comisión no ha sido funcional a los intereses de las víctimas ni logró sus cometidos de reparación básicos.

final de la Comisión para la Paz es que el pretendido “punto final” respecto al conocimiento de la “verdad de lo sucedido” con los desaparecidos no viene siendo considerado de forma unánime por la justicia penal.⁵⁴

18. La Comisión para la Paz, sin embargo, realizó dos aportes fundamentales al proceso de transición uruguayo en el sentido del *modelo de reconciliación*. Por un lado, puso fin a largos años de silencio institucional sobre los crímenes de la dictadura y la responsabilidad del Estado uruguayo, y por otro lado, por medio del decreto presidencial n.º 146/2003, del 16.4.2003, declaró como “versión oficial” las conclusiones finales de la Comisión para la Paz, entre ellas el reconocimiento del fenómeno de la *delincuencia de Estado*. Este reconocimiento oficial de la criminalidad de Estado es también una forma de reparación simbólica para las víctimas.⁵⁵

4.3. MODELO DE PERSECUCIÓN PENAL (2005-)

19. La Ley de Caducidad marcó todas las etapas de la justicia de transición. Hasta la presidencia de Tabaré Vázquez (2005-2010), los sucesivos gobiernos democráticos posteriores a la dictadura⁵⁶ impidieron cualquier investigación judicial relacionada con denuncias penales por violaciones de los derechos humanos cometidas durante el gobierno de facto (1973-1985).

20. El gobierno de Vázquez llevó a cabo una nueva política con relación a la interpretación del artículo 3 de la Ley de Caducidad y habilitó a la justicia penal para investigar determinadas causas que fueron puntualmente excluidas de la *caducidad de la pretensión*

⁵⁴ Cf. sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal (TAP) de 3.º Turno n.º 165/03, del 31.3.2003 (Bonavota, Harriague y Borges), 7.e: “El informe de la Comisión para la Paz hecho público, concluye en el fallecimiento de Elena Quinteros, no obstante para atribuirle valor probatorio en el proceso había que conocer y evaluar pormenorizadamente las fuentes y ello es tarea del primer grado”. Véase *LJU*, caso 14531, versión disponible en Internet. Véase GALAIN PALERMO, Pablo: “Uruguay”, en AMBOS, K. (coord.): *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis y GTZ, 2009, pp. 164 ss. La SCJ parece, sin embargo, admitir la posible muerte de los desaparecidos, como consta en el informe final de la Comisión para la Paz, aunque no se sepa dónde se encuentran los restos mortales de las víctimas ni en qué circunstancias habrían sido ultimadas. Véase la sentencia 1501, del 6.5.2011, en el procedimiento *Gavazzo Pereira, José Nino, y Arab Fernández, José Ricardo, por veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados, en reiteración real. Casación penal*, ficha 98-247/2006.

⁵⁵ El reconocimiento oficial de la delincuencia de Estado por el Estado uruguayo ha abierto las puertas a una nueva instancia mediadora que apunta a la reparación estatal a las víctimas por medio de una ley que se discute en el Parlamento al tiempo de escribir este artículo. Debe destacarse el aspecto mediador de esta ley, que no solo servirá para reparar a las víctimas de la delincuencia de Estado, sino también a las víctimas militares y policiales por el accionar de la denominada “subversión”. Según el proyecto de Ley sobre Reparación presentado en el Senado en enero de 2007, cada grupo familiar del militar o policía fallecido en combate contra la guerrilla recibirá la suma de 150.000 dólares americanos. Se trata de 66 víctimas que recibirán en total 13.500.000 dólares del Estado uruguayo. Cf. diario *La República* en internet.

⁵⁶ Julio María Sanguinetti (1985-1990), Luis Alberto Lacalle (1990-1995), Julio María Sanguinetti (1995-2000) y Jorge Battle (2000-2005).

punitiva del Estado.⁵⁷ Como consecuencia de esta nueva política respecto al proceso de justicia de transición fueron enjuiciados y condenados determinados militares y policías hasta ese momento impunes.⁵⁸ Paradigmáticos son los casos contra el exdictador civil Juan María Bordaberry⁵⁹ y su exministro de Relaciones Exteriores, Juan Carlos Blanco,⁶⁰ excluidos por el legislador del amparo de la Ley de Caducidad por tratarse de civiles, quienes fueron condenados por delitos comunes que existían en el ordenamiento penal uruguayo antes de que comenzaran a ejecutarse los delitos cometidos por el aparato de Estado durante la dictadura (privación de libertad, asociación para delinquir, homicidio muy especialmente agravado, etcétera).⁶¹ Otro caso de importancia es el seguido contra el exgeneral Gregorio Álvarez, único dictador militar de la dictadura cívico-militar en Uruguay, por el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas.

21. Bordaberry fue sometido a juicio penal bajo la imputación *prima facie* de diez delitos de homicidio especialmente agravados en reiteración real (artículo 312 CP), en calidad de coautor⁶² (artículo 61.4 CP).⁶³ Corresponde aclarar que el sistema penal uruguayo tiene una lógica muy particular en cuanto a la autoría y la participación, que queda a medio camino entre un sistema unitario o extensivo de autor y un sistema diferenciado o limitado

⁵⁷ Véase en detalle GONZÁLEZ, José Luis y GALAIN PALERMO, Pablo: "Uruguay", en AMBOS, MALARINO y ELSNER (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana...*, o. cit., pp. 310 ss.

⁵⁸ Hay que mencionar el proceso contra algunos *terroristas de Estado* que eran mandos intermedios, como José Nino Gavazzo Pereira (teniente coronel del Ejército uruguayo, fue jefe operativo del Servicio de Información de Defensa y estuvo al frente del centro clandestino de detención Automotores Orletti) y José Ricardo Arab Fernández (capitán del Ejército uruguayo y miembro del Servicio de Información de la Defensa), entre otros integrantes del Organismo Coordinador de Operaciones Antisubversivas (OCHOA): Gilberto Valentín Vázquez Bisio, Ernesto Avelino Ramas Pereira, Jorge Silveira Quesada, Ricardo José Medina Blanco; sentencia 036, del 26.3.2009, documento 98-247/2006, Juzgado Letrado Penal (JLP) de 19.º Turno, juez Luis Charles. A los terroristas de Estado se les imputa el delito de "privación de libertad en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de asociación para delinquir"; sentencia 1013/2006, del 11.9.2006 (JLP de 19.º Turno). La condena definitiva por coautoría de homicidios muy especialmente agravados proviene de la sentencia 036, ficha 98-247/2006, Juzgado Penal de 19.º Turno, 26.5.2009. En detalle sobre esta condena, véase *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, United States Institute for Peace, 2009.

⁵⁹ Cf. sentencia n.º 2146 de 20.12.2006 JLP de 7.º Turno, juez Graciela Gatti.

⁶⁰ Expediente n.º 100/10592/85 del Juzgado Letrado en lo Penal de 11.º Turno que investiga los asesinatos de los exlegisladores Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz, y de dos exmilitantes del Movimiento de Liberación Nacional (Tupamaros) Rosario Barredo y William Whitelaw, ocurridos en mayo de 1976 en la República Argentina.

⁶¹ En el ordenamiento nacional, hasta la ley 18026, del 2006, no estaba tipificado el delito de tortura ni el de desaparición forzada de personas, aunque cualquiera de estas formas de acción podían ser abarcadas por los existentes delitos comunes de lesiones (artículos 316 ss. CP), de privación de libertad (artículo 281 CP), abuso de autoridad contra los detenidos (artículo 286 CP) o secuestro (artículo 346 CP).

⁶² De la sentencia surge que las Fuerzas Armadas fueron responsables directas de los homicidios de José Arpino Vega, Eduardo Pérez Silveira, Luis Eduardo González, Juan Manuel Brieba, Fernando Miranda Pérez, Carlos Pablo Arévalo Arispe, Julio Gerardo Correa Rodríguez, Otermín Laureano Montes de Oca Domenech, Horacio Gelós Bonilla y Ubagesner Chávez Sosa, mientras Bordaberry cumplía funciones de presidente de la República (1971-1976).

⁶³ Artículo 61.4 CP: "Se consideran coautores: [...] 4. Los que cooperen a realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer".

de autor.⁶⁴ Para el legislador uruguayo delincuentes son todos los que concurren al hecho único y realizan un aporte causal a este, en el que el autor no es la figura central del delito (un sujeto que quiere la realización del delito y por sí o por intermedio de otro intenta su consecución).⁶⁵ Según el Código Penal uruguayo, el legislador decide según su criterio quiénes pueden ser coautores de un delito, y considera como tales al que coopera directamente en el período de consumación (artículo 61.3), al que coopera incluso en la fase preparatoria con un aporte esencial (artículo 61.4), e incluso al que determina a otro a realizar el delito (artículo 61.1).

A Bordaberry se le reprocha penalmente como coautor de los homicidios cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas porque formalmente instauró el régimen dictatorial el 27 de junio de 1973 (decreto 464/973), que facilitó la realización de los delitos a los ejecutores materiales. En este proceso el Ministerio Público solicitó también la imputación del delito de atentado contra la Constitución (artículo 132.6 CP)⁶⁶ como si se tratara de un delito de lesa humanidad imprescriptible, imputación que no fue considerada por la jueza Gatti, que entendió que el atentado contra la Constitución es un delito común que había prescrito.⁶⁷

El caso contra Bordaberry tuvo un giro brusco con la llegada de la jueza Mariana Motta al Juzgado Letrado de 7.º Turno, porque en la sentencia definitiva n.º 1, del 9.2.2010,

⁶⁴ La forma de tipificar el concurso de autores del Código uruguayo no responde a un criterio extensivo de autor, porque el legislador ha decidido en el nivel del tipo que *autor mediato* solo puede ser quien se sirva de otro para instrumentalizarlo haciéndole perder su capacidad de responsabilidad o utilizando a un inimputable. Es decir, el Código admite una concepción formal en tanto autor es aquel que ejecuta el delito por mano propia o mediante un instrumento irresponsable. El sistema uruguayo no diferencia entre realización de un hecho propio y contribución a un hecho ajeno, sino que explica el fenómeno de la participación criminal en un delito como una especie de obra en conjunto, un hacer entre todos que se compone de distintos aportes o contribuciones causales de varias personas a un mismo hecho, con independencia del control o dominio del hecho que cada uno posea. En Uruguay se rompe la lógica de los sistemas diferenciados que consideran en la categoría de autores a los coautores. Este problema es grave desde un punto de vista sistémico, porque la doctrina nacional, siguiendo al Código Penal, sostiene que el coautor es un partícipe, es decir, se interpreta al coautor como un cooperador en un hecho ajeno, cuando el coautor ontológicamente es un autor que actúa conjuntamente con otros autores. Y esta consideración de determinados partícipes como coautores se hace independientemente de la exigencia de un plan común, una concomitancia en la ejecución del delito (como sucede en la categoría del autor accesorio o *Nebentäter*), una división del trabajo o un codominio funcional del hecho. Por esto, cabe decir que el artículo 61 CP, que presenta cuatro tipos de coautoría, solo en las últimas dos categorías permite encontrar una diferencia ontológica en cuanto a los aportes al delito. Las dos primeras categorías del artículo 61 CP corresponden a una concepción formal objetiva para diferenciar *autoría de participación*.

⁶⁵ La distinción entre *autor y partícipe*, según el legislador, dependerá de los distintos momentos en que pueda fracccionarse el suceso o acontecimiento. Autor solo puede ser el que ejecuta la acción prohibida en el tipo. Esto quiere decir que la diferenciación no proviene de una consideración ontológica o funcional que diferencie entre una figura principal que realiza o pretende realizar el tipo penal como un hecho propio (autor, coautor o autor mediato) y una figura accesoria o secundaria que colabore, auxilie o coopere con un hecho propio en un hecho ajeno principal que pretende la realización del tipo penal. Sobre este tema, ampliamente CHAVES HONTOU, Gastón, y GALAIN PALERMO, Pablo, "Uruguay", en SIEBER, SIMON y GALAIN (eds.): o. cit.

⁶⁶ Artículo 132.6 CP: "El ciudadano que, por actos directos, pretendiere cambiar la Constitución o la forma de gobierno por medios no admitidos por el Derecho Público interno".

⁶⁷ Véase GALAIN PALERMO, Pablo: "The Prosecution of International Crimes in Uruguay", en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010, pp. 607 ss.

modificó la sentencia inicial 2146 y condenó a Bordaberry por *atentado contra la Constitución* en calidad de autor y también por la *desaparición forzada* de nueve personas y dos casos de *homicidio político*, en calidad de coautor, pero esta vez según la modalidad contenida en el artículo 61.2 CP.⁶⁸

Como acontece en la gran mayoría de los juicios penales por violaciones masivas de los derechos humanos, los mayores inconvenientes en el juicio contra el exdictador civil fueron de carácter probatorio. La sentencia de condena de la jueza Motta (sentencia 1 del 9.2.2010) no pudo probar fehacientemente una determinación directa de Bordaberry sobre los autores materiales, como exige el artículo 61.2 CP, sino que la condena por coautoría se fundamenta en una promesa de protección o impunidad que Bordaberry habría realizado a los militares en el llamado Pacto de Boiso Lanza (13.2.1973), circunstancia en la que el presidente de la República en ejercicio y los altos mandos militares se pusieron de acuerdo para dar el golpe de Estado (o autogolpe). La coautoría se fundamenta, pues, en ese pacto, en el que Bordaberry —según la condena— prometió amparar a todos los autores inmediatos o mediatos que hubieran cometido los crímenes y delitos formando parte del aparato organizado de poder que actuaba por fuera de la legalidad.

Sin embargo, esta simple promesa no es suficiente para imputar coautoría según el artículo 61.2 CP, que exige que esa *promesa de encubrimiento* previa a la ejecución por el funcionario público tenga la suficiente fuerza de convicción para decidir a los autores materiales o intelectuales a realizar los delitos. De este modo, para legitimar una imputación subjetiva, Bordaberry debió haber actuado con dolo directo respecto a la realización de los crímenes que se le imputan como coautor.

22. El cambio de juez permitió no solo un cambio en la modalidad de coautoría imputada a Bordaberry, sino que acogió la solicitud fiscal y lo condenó por la imputación de crímenes de lesa humanidad que no estaban tipificados en el ordenamiento penal uruguayo cuando comenzaron a ejecutarse los delitos.⁶⁹ Según la sentencia, la contrariedad respecto al principio de legalidad en el orden interno se puede salvar recurriendo a preexistentes normas de *jus cogens*, aunque no se llegue a precisar exactamente a cuál de estas normas la imputación del homicidio político se refiere. Bordaberry fue condenado a la máxima pena

⁶⁸ Artículo 61.2 CP: Se consideran coautores: “Los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo”.

⁶⁹ La desaparición forzada de personas y el homicidio político fueron incorporados al ordenamiento penal uruguayo por la ley 18026, publicada en el *Diario Oficial* el 4.10.2006.

que existe en Uruguay (*treinta años de penitenciaría*) y a quince años de *medidas de seguridad eliminativas*, por ser considerado un criminal peligroso (artículo 92 CP).⁷⁰

23. Gregorio Álvarez fue sometido a proceso penal y condenado en primera instancia⁷¹ por la desaparición forzada de varias personas (artículo 21, ley 18026).⁷² El reproche penal que se hace a Álvarez se fundamenta en argumentos provenientes del derecho internacional de protección de los derechos humanos, en relación con el derecho de las víctimas a conocer la verdad y en la obligación del Estado de brindar satisfacción a este derecho mediante una investigación y condena de los responsables.⁷³

24. La imputación de primera instancia contra Gregorio Álvarez por la realización de varios crímenes de desaparición forzada (sentencia 1.142, JLP 19.º) fue modificada por el Tribunal de Apelaciones 2.º (sentencia 352, del 23.10.2008), que impuso en su lugar la imputación de *reiterados homicidios muy especialmente agravados* (artículos 312.1 y 312.5 CP). Uno de los problemas procesales que enfrenta esta imputación es que la mayoría de los cuerpos no han sido encontrados, de modo que los homicidios se basan en una *presunción de muerte* de personas que continúan desaparecidas,⁷⁴ como si este fuera un *hecho notorio*.

Frente a este problema los criterios jurisprudenciales han cambiado. En un primer momento se sostuvo que la víctima continúa privada de libertad (desaparecida) mientras no exista prueba fehaciente de su muerte.⁷⁵ Las sentencias de primera y segunda instancia rechazaron el informe final de la Comisión para la Paz que presumía la muerte de los desaparecidos (víctimas privadas de su libertad) y no le otorgaron valor jurídico. En fechas más recientes, los tribunales superiores han cambiado el criterio y aceptan la imputación de

⁷⁰ Este tipo de medidas de seguridad permite al juez agregar tiempo de reclusión luego del cumplimiento de la pena, cuando se trata de delinquentes peligrosos. Como se puede apreciar, medidas de este tipo son violatorias del principio *ne bis in idem*.

⁷¹ Sentencia 1142, del 17.12.2007, JLP de 19.º Turno.

⁷² Documento titulado: *Troccoli, Jorge Néstor. Antecedentes. Álvarez Armellino, Gregorio Conrado. Larcebeu Aguirregaray, Juan Carlos. Reiterados delitos de desaparición forzada*, IUE-2-20415/2007. Las desapariciones se produjeron en 1978 en perjuicio de personas detenidas en Buenos Aires en 1977, en el marco del denominado Plan Cóndor. El Plan Cóndor era la coordinación de las cúpulas de los gobiernos dictatoriales de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay para la “lucha contra la sedición” y la “defensa nacional”. El objetivo central de dicho plan era el seguimiento, la vigilancia, la detención, los interrogatorios con apremios psicofísicos, los traslados entre países y la desaparición o muerte de personas consideradas por dichos regímenes como “subversivas del orden instaurado o contrarias al pensamiento político o ideológico opuesto o no compatible con las dictaduras militares de la región”. Véase *Digesto de jurisprudencia latinoamericana*, o. cit., relación de sentencias, p. xlii.

⁷³ La sentencia se apoya en sentencias de la CIDH, casos *Castillo Páez contra Perú* (27.11.1998) y *Bámaca Velázquez contra Guatemala* (25.11.2000). Sobre el tema, GALAIN PALERMO, Pablo: “El “derecho a la verdad” en su dimensión individual y colectiva y su vinculación con la obligación de perseguir la violación de los derechos humanos”, cit.

⁷⁴ Véase GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, AMBOS, Kai (Cord), *Desaparición Forzada de Personas*, o. cit., pp. 164 ss.

⁷⁵ Sentencia n.º 991/02, del 18.10.2002, JLP 1.º Turno, juez Eduardo Cavalli, *La Justicia Uruguaya (LJU)*, caso 14531; sentencia n.º 165/03, del 31.3.2003, TAP 3.º Turno, ministros Bonavota, Harriague, Borges, *LJU*, caso 14639.

homicidio basado en la *presunción de muerte*.⁷⁶ De esta forma, la justicia uruguaya pretende resolver el problema de un comienzo de ejecución previo a la existencia del crimen de desaparición forzada de personas, que era la imputación de la condena en primera instancia.

25. En la sentencia contra el exdictador militar Gregorio Álvarez (1981-1984), la imputación penal se centra en el conocimiento de los hechos que los más altos jefes militares tenían o debían tener en cuanto a la conducta de sus subalternos. De este modo, aplica una lógica similar a la responsabilidad del superior prevista en el artículo 28 del Estatuto de Roma (ER), incorporado al ordenamiento jurídico penal uruguayo por la ley 18026. Según dice el juez Charles en la sentencia:

Entonces jefe del Ejército e integrante de la Junta de Comandantes en Jefe, no podía desconocer la conducción de la política de gobierno en materia de lineamientos, coordinación y cooperación entre los gobiernos en la llamada “guerra contra la subversión”.

Desde un punto de vista estrictamente dogmático la sentencia admite críticas, pues la argumentación judicial sugiere que el dolo del autor debería concentrarse exclusivamente en el aspecto cognitivo (conocer y desempeñar un cargo que otorgue poder de mando) y sin embargo, en diversos procesos penales contra terroristas de Estado, los jueces de un modo forzado deducen también de la conducta de los superiores (militares y/o civiles) un aspecto volitivo (querer el delito),⁷⁷ para poder coincidir con la exigencia del Código Penal, que en su artículo 18 define al dolo como la conducta intencional realizada “además con conciencia y voluntad”.

26. En noviembre de 2010 el JLP de 10.º Turno (juez Rolando Vomero) dispuso el procesamiento con prisión⁷⁸ del general en actividad Miguel Dalmao⁷⁹ y el coronel (r) José Nelson Chialanza⁸⁰ como “coautores” de un delito de “homicidio muy especialmente

⁷⁶ Véase GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, en AMBOS, Kai (coord.): *Desaparición forzada*, o. cit., p. 168. Véase el reciente recurso de casación ante la SCJ, sentencia 1501/2011, del 6.5.2011, cit., considerando IV, nota pie 55.

⁷⁷ Este aspecto es evidente también en el proceso penal contra el exministro de Relaciones Exteriores de los primeros años de dictadura, Juan Carlos Blanco, en cuya segunda instancia el aspecto volitivo del dolo se deduce del hecho de: “[...] el haber conocido *ex post facto* la captura de la víctima, el haber podido incidir en mayor o menor grado para su liberación y el haber cavilado prolijamente la acción a seguir, en base a un cálculo aproximativo de ventajas y desventajas políticas de cada una de las opciones [...]”. La jurisprudencia entiende que la conducta asumida por Blanco en el ejercicio de su función pública, en el plano interno como internacional, demuestra su voluntad de favorecer el ilegal accionar de las fuerzas de seguridad y coadyuvó así en la ilegítima privación de libertad de la persona secuestrada. Véase la sentencia del Tribunal Apelaciones (TAP) de 3.º Turno, 165/03, del 31.3.2003 (Bonavota, Harriague, Borges), *LJU*, caso 14639.

⁷⁸ Se negó la prisión domiciliaria para Chialanza, mayor de 70 años, en base al artículo 127 del CPP, en tanto la prisión domiciliaria cuando se trata de la imputación (*prima facie*) de un delito de “homicidio con agravantes” está expresamente excluida por la ley.

⁷⁹ El general Dalmao fue enjuiciado como encargado del S2 (inteligencia militar) de la unidad militar. Los miembros del S2 eran los responsables de la “lucha antisubversiva”, únicos con potestades de interrogar a los detenidos políticos.

⁸⁰ El coronel (r) Chialanza fue procesado en su condición de jefe, que le permitía “participación en las detenciones y posterior interrogatorio” de los detenidos. Dice el auto de procesamiento del juez: “Como jefe nada le podía ser desconocido” y “evidentemente también autorizaba los métodos de interrogatorio”.

agravado” cometido con dolo eventual,⁸¹ en el marco de la indagatoria penal en relación con la militante de la Unión de Juventudes Comunistas Nibia Sabalsagaray, encontrada muerta el 29 de junio de 1974 en el Batallón de Transmisiones N.º 1 (hoy Batallón de Comunicaciones N.º 1), donde se encontraba “detenida”.⁸² La importancia de esta sentencia de inicio de proceso penal (auto de procesamiento) reside en que el general Miguel Dalmao es el primer oficial en actividad procesado por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura cívico-militar.

27. En líneas generales la argumentación dogmática de los jueces para fundamentar las condenas ha sido confusa. Por un lado, justifican la participación de los superiores en los delitos cometidos por subalternos en la posibilidad que tienen aquellos de actuar con cierto dominio del hecho, utilizando un aparato organizado de poder que actúa en la ilegalidad, para detener la consumación de un delito permanente (privación de libertad, desaparición forzada de personas); pero, por otro lado, la argumentación jurídica sigue una lógica similar a la realización de un tipo penal de *comisión por omisión* cuando existe posición de garante y no se actúa para impedir la lesión de determinado bien jurídico, sin demostrar la forma en la que esa posición de garante se ha constituido. De esta forma, se imputa penalmente y se reprocha con una pena a quien no interrumpió la ejecución de un delito permanente (privación de libertad, desaparición forzada de personas) o la consumación de delitos comunes (homicidios, lesiones), cuando tenía la posibilidad y el deber de hacerlo.

Las sentencias, sin embargo, no se detienen a probar la existencia de la *posición de garante* de los superiores ni tampoco a demostrar de qué forma los superiores ejercían un dominio del hecho conjuntamente con los ejecutores materiales; o, según el sistema uruguayo de autoría y participación (concurso de autores), cuál fue el aporte efectivo de los superiores al delito. Todo indica que los jueces argumentaron y fundaron la imputación en la posición jerárquica de los altos mandos militares y policiales de modo similar a la doctrina de la responsabilidad del superior, tal como se la conoce en el derecho penal internacional.

El problema es que esta doctrina se utiliza para la comisión sistemática y masiva de crímenes internacionales, mientras que en Uruguay se ha recurrido a ella para imputar delitos comunes, como el homicidio. Lo que aquí se critica es que las argumentaciones judiciales han mezclado distintas teorías dogmáticas en la imputación de la autoría y participación de

⁸¹ Dice el auto de procesamiento: “quien ordenó un interrogatorio bajo tormento, sesión en la cual se incluyó la compresión del cuello del detenido, necesariamente tiene que representarse la posibilidad de la muerte”.

⁸² Según el juez: “una vez en el cuartel (Sabalsagaray) fue interrogada por personal militar del S2 y cuyo jefe era Dalmao. Fue sometida a diversos tormentos, entre ellos sofocarla mediante presión en el cuello. En el transcurso de la sesión, la detenida falleció”.

los jefes militares y altos mandos civiles del gobierno de facto,⁸³ para después tener que chocar con el principio de legalidad y la peculiar lógica del Código Penal, que adopta extrañas categorías de *concurso de autores* que solo pueden ser explicadas, algunas de ellas, por la teoría objetivo-formal⁸⁴ y, otras, por las teorías material-objetivas.⁸⁵

28. La jurisprudencia uruguaya solo se ha referido indirectamente al derecho penal internacional, a pesar de que en general la argumentación ha considerado como punto de partida principalmente a la coordinación represiva de las dictaduras argentina y uruguaya, en el marco del Plan Cóndor.⁸⁶ Salvo excepciones acontecidas en los tribunales inferiores, la jurisprudencia de segunda instancia no ha admitido conceptos provenientes del derecho penal internacional que podrían obligar a redefinir principios básicos del derecho penal liberal y garantista, como son los principios de legalidad e irretroactividad.⁸⁷

Véase que hasta el momento de escribir esta contribución los tribunales superiores no han aceptado condenas por crímenes de lesa humanidad para no lesionar los principios de legalidad (prohibición de analogía *in malam partem*) y de no retroactividad de la ley penal. Este inconveniente podría subsanarse si se considera el carácter permanente del delito de desaparición forzada de personas, cuyos efectos antijurídicos permanecen mientras no se conozca el paradero o destino de la víctima. Sin embargo, desde un punto de vista material, la máxima jerarquía jurisprudencial (en decisión con voto disidente del presidente del organismo) solo acepta una interpretación rígida del principio de legalidad y limitada a la norma

⁸³ En cuanto a la incoherencia dogmática de la argumentación judicial véase como ejemplo el caso “Plan Cóndor” (sentencia 036, del 26.5.2009, JLP de 19.º Turno, ficha 98-247/2006, José Nino Gavazzo Pereira y otros, Relación de sentencias 14.a, Considerando 6: “La autoría mediata es una forma de comisión del delito frecuente en actos realizados por lo que la doctrina penal llama un “aparato organizado de poder”.— Los responsables de los hechos delictivos que se cometen mediante la utilización de dicho “aparato” son quienes lo[s] dirigen, aunque no hayan participado materialmente en su ejecución”. Véase, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana*, o. cit., p. 90. Y no obstante esta argumentación en el sentido de la autoría mediata por dominio de la voluntad mediante el uso de un aparato organizado de poder, véase que la sentencia imputa a los militares una coautoría, por la sencilla razón de que el Código Penal Uruguayo no admite una imputación por autoría mediata cuando se trate de un instrumento doloso.

⁸⁴ Un ejemplo de esta teoría es la consideración de autor inmediato (artículo 60 CP), limitado a quien ejecuta los actos consumativos del delito, o la categoría de coautor que abarca a las formas de la inducción (artículo 61.1 CP) o sui generis (artículo 61.2 CP) entre la inducción y la “infracción de un deber”.

⁸⁵ La teoría material objetiva y en particular el criterio del dominio del hecho es la única que permite explicar dos formas de coautoría contenidas en el artículo 61, estas son: la cooperación durante la ejecución (artículo 61.3 CP) y la cooperación de importancia en la fase previa al delito (artículo 61.4 CP). En profundidad sobre autoría y participación en el sistema uruguayo, véase CHAVES HONTOU, Gastón, y GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”: en SIEBER, SIMON y GALAIN (eds.): o. cit.

⁸⁶ Véase solicitud de enjuiciamiento de fecha 23.10.2006, de la Fiscalía Letrada Nacional de 5.º Turno, a cargo de Ana Telechea, en el caso *Michelini-Gutiérrez-Barredo-Whitelaw*, que se sigue en el JLP de 11.º Turno.

⁸⁷ Véase CASESSE, Antonio: “Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR”, en *JICJ*, n.º 4 (2006), pp. 410 ss., 416; VALENTINI, Vico: *Giustizia penale transizionale e giustizia penale europea. Il protagonismo delle vittime e la rinuncia al diritto penale liberale*, en prensa.

penal nacional, que debería estar en vigencia antes de la realización del primer acto en contra del bien jurídico tutelado, si bien, desde un punto de vista formal, la condena que rechaza el crimen de desaparición forzada se basa en una presunción de homicidio o muerte de la víctima, cuya situación continúa sin ser aclarada desde un punto de vista jurídico.⁸⁸

29. Entre los problemas más comunes que ha enfrentado la justicia penal para investigar y condenar los crímenes y delitos de la dictadura cívico-militar está la adopción de criterios claros para definir cuándo nos encontramos frente a delitos de comisión permanente y cuándo la posibilidad de persecución del delito ha prescrito. El criterio judicial sobre la prescripción de los delitos ha variado con la sucesión de causas penales abiertas. En un primer momento,⁸⁹ se sostuvo la no prescripción de los delitos según criterios de derecho internacional, con base en los tratados internacionales suscritos por Uruguay. La SCJ acepta como criterio permanente el ingreso de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución a través del artículo 72.⁹⁰

⁸⁸ En la citada sentencia de casación de la SCJ de 6.5.2011 se determina: “La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que, la única fuente de producción de la Ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única Ley penal, es la Ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, granítico: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale*: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal” (fs. 9.315). Esta sentencia tuvo el voto disidente del presidente de la corporación: “El Tribunal esboza un embate crítico relativo a la aplicabilidad de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el *jus cogens*, abandonándolo abruptamente al afirmar categóricamente y en destaque, la innecesariedad de tal polémica, por cuanto existe coincidencia total entre sus integrantes en cuanto al hecho de que todos los desaparecidos han muerto [...]. Trátase de un delito permanente, en el que, en virtud de la conducta voluntaria del agente, la consumación prosigue en el tiempo, dando lugar a un estado antijurídico duradero. Y su persecución penal, aun cuando esta figura delictiva no estuviere incorporada a la legislación nacional a la época del comienzo de consumación con la privación injusta de libertad de las víctimas, no resulta impedida por una aplicación estricta del principio de legalidad y el de irretroactividad de la norma penal, por cuanto el delito de desaparición forzada se sigue consumando en la actualidad, día a día, hasta la aparición de los cuerpos de quienes fueran ultimados por los agentes estatales. A mi juicio, parece claro que la certeza —en grado de creencia que descarta toda duda razonable— de que los desaparecidos están muertos, no implica la inaplicabilidad del tipo delictivo de la desaparición forzada, por cuanto la pérdida de la vida no es excluyente, lógica ni razonablemente, de la incertidumbre ínsita en la desaparición. Las víctimas estarán muertas, pero igualmente continúan desaparecidas, por lo que el delito de desaparición forzada se sigue consumando hasta que no se conozca el paradero, el destino final, la ubicación de sus restos [...]. La desaparición forzada se caracteriza, asimismo, por el hecho de que el Estado, que tiene a su cargo la protección del individuo, está involucrado en el crimen. El protector se convierte al mismo tiempo en un autor alevoso e hipócrita. Esta circunstancia va más allá de la lesión de la seguridad pública: lesiona los fundamentos del Estado de Derecho en su totalidad. En tal medida, se podría hablar de lesión del bien jurídico Estado de Derecho, concebido este como aquello que justifica de manera indispensable la existencia del Estado (moderno)”.

⁸⁹ Sentencia n.º 991/02, del 18.10.2002, JLP, 1.º Turno (juez Eduardo Cavalli), *LJU*, caso 14531.

⁹⁰ De otra opinión es PÉREZ PÉREZ, Alberto: “La Corte ‘debería ir más allá’ recurriendo a sus competencias relativas a los tratados internacionales, establecidas en el artículo 239 ordinal 1 de la Constitución, lo cual otorgaría un alcance mayor a las normas del derecho internacional, en cuanto a la obligación del Estado uruguayo”, <http://www.larepublica.com.uy/politica/430288-korzeniak-alienta-la-via-del-recurso-de-inconstitucionalidad-ante-la-scj?nz=1>, visitado el 3.11.2010. Sobre los problemas suscitados en Uruguay en cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales con relación a la Constitución y la ley, véase GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, en AMBOS, K.; MALARINO, E., y WOISCHNIK, J. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte*

En la sentencia 991/02, del 18.10.2002, el juez Cavalli sostiene que, frente al delito común de *privación de libertad* (artículo 271 CP), lo importante no es la aplicación retroactiva del criterio de la imprescriptibilidad de la CADFP,⁹¹ sino la situación de “desaparición” de la víctima. El juez sostiene que, mientras no exista prueba de la muerte, la “privación de libertad se mantiene”. Este criterio de la primera instancia es corregido parcialmente en una segunda instancia.⁹² Algunas sentencias han seguido los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual sostiene que, por tratarse de un delito de ejecución permanente, la exigencia normativa es actual y no pasada.⁹³ En un caso de extradición de presuntos *terroristas de Estado* a la Argentina,⁹⁴ se invocaron expresamente normas de derecho penal internacional, se realizó una nueva interpretación con relación al cómputo de los plazos de prescripción de ciertos delitos⁹⁵ y se concluyó que los crímenes cometidos por la dictadura son *crímenes de lesa humanidad*.

Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 414 ss.

⁹¹ Convención Americana de Desaparición Forzada de Personas, introducida en el ordenamiento jurídico uruguayo por la ley 16724, del 13 de noviembre de 1995, que entró a regir el 3 de mayo de 1996.

⁹² TAP, 3.º Turno, sentencia n.º 165/03, del 31.3.2003 (Bonavota, Harriague y Borges) *LJU*, caso 14639. Por un lado, se descarta la posibilidad de aplicar la ley 16724, que aprobó la CADFP (vigente desde el 3.5.1996), porque no son aplicables retroactivamente las leyes más severas, en cuanto el juez Cavalli sostuvo: “la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”. Por otro, se dice que por ser la *privación de libertad* un delito de ejecución permanente, no corre la prescripción. De este modo no habría necesidad de aplicar criterios retroactivos en este delito en particular.

⁹³ Véase CIDH, caso *Blake contra Guatemala*, sentencia de 24.1.1998, § 54 ss.

⁹⁴ El expediente fue caratulado *Suprema Corte de Justicia remite: Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 7 de Argentina, of. 474/06 Ref. 143/06 de 8/5/06, solicitud de extradición de José Arab, José Gavazzo, Ricardo Medina, Ernesto Rama o Ramas, Jorge Silveira, Gilberto Vázquez y Julio Vadora*, anotado con el n.º 56/06 al folio 9.

⁹⁵ El juez recurre a la teoría del delito permanente para justificar que el plazo de prescripción para las personas desaparecidas comienza desde el momento en que recobran su libertad. Ese momento, el de la liberación, marca el inicio del cómputo del plazo de la prescripción (artículo 119 in fine CP). Véase la sentencia n.º 1013/2006, de fecha 11.9.2006, del JLP de Primera Instancia de 19.º Turno, ficha 2-43332/2005. De otra opinión es Gastón Chaves: “Equivocadamente se ha interpretado esta norma en el sentido de que mientras una persona privada de libertad (o desaparecida) no fuere hallada (viva o muerta) el delito de privación de libertad continuaría ejecutándose y por lo tanto, nunca habría comenzado a correr el plazo de la prescripción [...]. Esto implica que, para entender que el delito de privación de libertad continúa consumándose, debe existir o, mejor, mantenerse la disponibilidad de la libertad de la víctima en manos del agente. Porque la permanencia del delito no está solamente, se reitera, en la perduración del estado antijurídico (como podría ocurrir en el caso de la bigamia), sino en algo más: el dominio, a través del mantenimiento de la acción, del hecho. En otras palabras: el lenguaje del código indica claramente que la permanencia del delito no cesa solamente cuando aparece la víctima de la privación de libertad, sino, y también, cuando no caben dudas en el sentido de que el agente a quien se imputa la conducta ya no la está llevando a cabo”. Escrito de apelación contra la sentencia *Oliviera, Bernardo y otros. Denuncia*, ficha 608/2003. Debe quedar claro que no hay cómputo de prescripción mientras dure la privación de la libertad o la desaparición física de una persona. Que no corra ningún plazo de prescripción incide, por un lado, en el inicio de una investigación penal, pues la no prescripción de la acción penal está referida a la potestad ilimitada en el tiempo de iniciar una investigación penal y, por otro lado, en la posibilidad ilimitada de aplicar una pena. Y estas dos posibilidades no derivan de la naturaleza del injusto penal (delitos permanentes o comunes), sino de la imprescriptibilidad del delito en cuestión. El plazo de prescripción comenzará a contar desde la liberación de la víctima privada injustamente de la libertad, y hasta tanto esto no acontezca la posibilidad de perseguir penalmente a su autor y de aplicarle una pena están latentes. Así las cosas, cualquier juez nacional está facultado para condenar a los excriminales de Estado, sus coautores y cómplices, por los delitos comunes existentes en el ordenamiento nacional al momento del comienzo de la ejecución de los hechos. En ese mismo sentido la sentencia rol n.º 3452 de 2006 de la Corte Suprema de Chile, considerando 25.º y siguientes.

30. En todos los procedimientos penales por crímenes cometidos durante la dictadura cívico-militar, los jueces no han contabilizado para la prescripción de los delitos el tiempo en que estuvo interrumpido el Estado de derecho, de modo que los plazos de prescripción se cuentan a partir del retorno de la democracia, el 1.3.1985.⁹⁶ El problema se ha presentado con los delitos de ejecución instantánea o que carecen de efectos antijurídicos permanentes,⁹⁷ porque ellos no tienen un período muy extenso de prescripción.⁹⁸ En vista de esto, a los efectos de poder imputar delitos comunes que no tienen estas características los jueces han recurrido al criterio de *peligrosidad*, que permite ampliar el período de prescripción (artículo 123 del Código Procesal Penal).⁹⁹

El problema para la seguridad jurídica viene dado por la diversidad de criterios utilizados para fundamentar el concepto de peligrosidad. Algunos jueces sostienen un *criterio subjetivo de peligrosidad* basado en la personalidad del delincuente,¹⁰⁰ mientras que los tribunales superiores han preferido un criterio objetivo, derivado de la gravedad ontológica de los delitos cometidos.¹⁰¹ Véase que este incremento del plazo de prescripción basado en la peligrosidad se condice con un sistema penal como el uruguayo, basado en la defensa social de los “buenos ciudadanos”. Sin embargo, los exterroristas de Estado en la actualidad no pueden ser considerados como autores peligrosos. Como he defendido en otro lugar, la úni-

Estos delitos son aquellos que en sus tipos penales prohíben los hechos y conductas de las modalidades hoy recogidas en el tipo de la desaparición forzada de personas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

⁹⁶ Cf. SCJ, sentencia 973, del 15.8.2003; sentencia 1501/2011, del 6.5.2011.

⁹⁷ Como, según mi opinión, es el caso del crimen de desaparición forzada de personas. Véase GALAIN PALERMO, Pablo: “Uruguay”, AMBOS (coord.): *Desaparición forzada...*, o. cit., pp. 151 ss., 163.

⁹⁸ Cf. artículo 117.1 CP (Del término de la prescripción de los delitos): “Los delitos prescriben: Hechos que se castigan con pena de penitenciaría: Si el máximo fijado por la ley es mayor de veinte años, hasta los treinta años, a los veinte años. Si el máximo es mayor de diez, hasta los veinte, a los quince años. Si el máximo es mayor de dos, hasta los diez, a los diez años. Hechos que se castigan con pena de inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos y derechos políticos, prisión o multa, a los cuatro años. Hechos que se castigan con inhabilitación especial para cargos, oficios públicos, profesiones académicas, comerciales o industriales, y suspensión de cargos u oficios públicos, a los dos años. Cuando hubiera comenzado a correr la prescripción del delito existiendo acusación o sentencia condenatoria no ejecutoriada, será la pena pedida o la impuesta en el fallo, en su caso, la que se tendrá en cuenta para la aplicación de las reglas que preceden [...]”.

⁹⁹ El artículo 123 Código Procedimiento Penal permite ampliar el período de prescripción en una tercera parte basado en el concepto de peligrosidad.

¹⁰⁰ Algunos jueces de primera instancia (JLP 11.º, sentencia 394, del 16.9.2005) mantienen un concepto actual de peligrosidad. Este concepto parece de difícil justificación frente a autores octogenarios, retirados de la actividad militar o policial, que son juzgados en un Estado de derecho que no puede tratarlos como si fueran *enemigos del sistema*.

¹⁰¹ Para algún tribunal de apelaciones la peligrosidad es objetiva y se deriva de la naturaleza del delito cometido y de su forma de realización. Cuando se trata de determinados delitos, como el homicidio muy especialmente agravado, el autor debe de ser en todo momento considerado peligroso. Véase TAP 2.º, sentencia 70, del 29.3.2006 (Balcaldi, Corujo y Gómez Tedeschi), *LJU*, caso 15303; TAP 1.º (Balbela, Tommasino y Bolani), en *Anuario de Derecho Penal*, tomo II, caso 211. Según la SCJ: “[...] se advierte que de acuerdo al material probatorio incorporado en obrados, ha quedado debidamente acreditada la intervención de los enjuiciados en la coordinación represiva, secuestro, tortura y veintiocho homicidios en calidad de muy especialmente agravados, de ciudadanos uruguayos, hechos gravísimos que reflejan en definitiva el alto grado de peligrosidad de los mismos, por lo que se impone, como lo entendió el Tribunal el incremento legal previsto en el art. 123 del C. Penal”. Véase la sentencia 1501/2011, del 6.5.2011.

ca vía posible para seguir aplicando este criterio viene dada por una *consideración objetiva de la peligrosidad*,¹⁰² derivada de la naturaleza del delito y de su forma de comisión, aunque esta interpretación del concepto de peligrosidad —en cierto modo— pueda considerarse como demasiado amplia y se pueda llegar a confundir con el concepto de gravedad del delito. Lo que está claro es que la jurisprudencia ha interpretado de un modo extensivo e integrador algunas normas del proceso penal con una finalidad punitiva.

31. Durante esta etapa también se ha reparado material¹⁰³ y simbólicamente a las víctimas.¹⁰⁴

32. El 19.10.2009 la SCJ modificó su postura con relación a la Ley de Caducidad (15.848) y declaró la inconstitucionalidad de sus artículos 1, 3 y 4, que en el ordenamiento jurídico uruguayo no tiene efectos *erga omnes*;¹⁰⁵ es decir, la declaración de inconstitucionalidad no deja sin efectos jurídicos a la ley, que solo es inaplicable en el caso concreto. El 29 de octubre de 2010 la Suprema Corte de Justicia dictó otro fallo en la causa *Organización de los Derechos Humanos*, en el que reiteró la jurisprudencia establecida en el caso *Sabalsagaray* mediante el mecanismo de “resolución anticipada”, de modo que ya puede ser considerada jurisprudencia constante de la SCJ. Según estas sentencias:

[...] la ley es inconstitucional porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías. Desde otra óptica, si se entiende que la ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

Las sentencias sostienen que la Ley de Caducidad transgrede el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar. También se dice que la Ley de Caducidad viola el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de

¹⁰² Véase GALAIN PALERMO, Pablo, “The Prosecution...”, o. cit., pp. 614 s.

¹⁰³ La ley 18596, del 18.9.2009, mandató: “Repárase integralmente a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985”.

¹⁰⁴ El 21.5.2009 el intendente de Montevideo declaró ciudadanos visitantes ilustres de la ciudad de Montevideo a once jóvenes uruguayos y argentinos víctimas de las dictaduras de ambos países.

¹⁰⁵ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela -Denuncia de excepción de inconstitucionalidad*, sentencia n.º 365, del 19.10.2009, prueba, folios 2325 a 2379.

los Tratados, según el cual un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Véase que desde un punto de vista jurídico (y práctico), como en Uruguay la declaración de inconstitucionalidad de una ley solo vale para el caso concreto en que ella se solicita, no sería necesario anular la Ley de Caducidad y bastaría con que cada solicitud de investigación penal fuera acompañada de una petición de declaración de inconstitucionalidad de esa ley, de modo que la justicia pudiera actuar en todos los casos sin necesidad de esperar una resolución específica del Poder Ejecutivo que libere el caso concreto del beneficio de la no investigación y persecución penal. Las sentencias de la SCJ sostienen que la Ley de Caducidad lesiona los artículos 4, 82 y 233 de la Constitución de la República (CU) y diversas normas del derecho internacional aprobadas por Uruguay.

33. El 25.10.2009 se realizó una segunda consulta popular, conjuntamente con las elecciones de autoridades nacionales, luego de recolectar más de doscientas cincuenta mil firmas. En esa oportunidad se sometió a plebiscito un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley de Caducidad. La propuesta alcanzó el 47,7% de los votos emitidos, por lo que la reforma no fue aprobada. Como se puede apreciar, una semana más tarde de la declaración de inconstitucionalidad por la SCJ (19.10.2009), por segunda vez la ciudadanía dio su respaldo a la Ley de Caducidad como solución política respecto a los crímenes del pasado.

34. Recientemente la CIDH, en el primer fallo de condena contra Uruguay, ha declarado nuevamente la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de modo que recomienda que la Ley de Caducidad (15.848) carezca de efectos jurídicos.¹⁰⁶ La CIDH no solo condena al Estado uruguayo por mantener vigente la ley, sino que da un paso más y determina la imputación penal que corresponde al caso en cuestión.¹⁰⁷ Además, niega

¹⁰⁶ Cf. CIDH, caso *Gelman contra Uruguay*, cit., § 195. “Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay”. *Ibidem*, § 232.

¹⁰⁷ “El proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, lo ha sido bajo la figura del homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con la que se hace posible que la causa sea declarada prescrita, por los tribunales nacionales. Es necesario reiterar que

todo valor a los pronunciamientos populares en favor de la Ley de Caducidad, generadores —como método de democracia directa— de responsabilidad del Estado uruguayo por cuanto dicha ley contradice el derecho internacional.¹⁰⁸

4.5. EL PROCESO DE TRANSICIÓN JURÍDICA EN LA ACTUALIDAD: UN PROBLEMA ABIERTO

35. Todo el proceso de transición uruguayo ha estado signado por el problema del posible impedimento de averiguación de la verdad y el castigo de los responsables por causa de la Ley de Caducidad (15.848), una especie de “amnistía encubierta” que jurídicamente configura una forma de impunidad material que se normativiza como *caducidad de la punición*, la cual en la práctica ha operado como la principal herramienta del proceso de justicia de transición uruguayo, haciendo depender el ejercicio de la justicia de la interpretación política del gobierno en ejercicio.

La Ley de Caducidad es jurídicamente reprochable porque no distinguió ontológicamente según la gravedad de los delitos, ni diferenció a los posibles beneficiarios según los criterios de la autoría y participación, ni según el bien jurídico lesionado, ni la naturaleza de los delitos cometidos (entre otros criterios de distinción), sino que abarcó en su “manto de impunidad” la totalidad de los crímenes cometidos por funcionarios militares o policiales durante la dictadura cívico-militar. Además, dejó fuera de su amparo a los civiles que participaron del gobierno de facto (que hoy se encuentran procesados con prisión como partícipes de delitos y crímenes cometidos por autores materiales y/o coautores beneficiados por la Ley de Caducidad), dando muestras de que esta ley viola principios fundamentales de justicia como es el de igualdad ante la ley.¹⁰⁹

este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno”. *Ibidem*, § 235 s.

¹⁰⁸ “El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia —recurso de referéndum (párrafo 2.º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)— en 1989 y —plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley— el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana”. *Ibidem*, § 238 s.

¹⁰⁹ Sobre las pautas para legitimar una amnistía, véase SCHÜNEMANN, Bernd: “Amnestie und Grundgesetz. Zur Verfassungswidrigkeit einer Amnestie in der Parteispendenaffäre”, en *ZRP* n.º 6, 1984, pp. 138 ss.

Por otra parte, la ley reconoce en “la lógica de los hechos” una fuente de derecho (en lugar de legitimar esta especie de “amnistía” en la potestad legislativa) y funda en la mera ontología la “caducidad de la pretensión punitiva del Estado”, considerando una fuente material de derecho no reconocida por la Constitución. Además, el Poder Ejecutivo opera como una cuestión previa al ejercicio de la función jurisdiccional, que es potestad exclusiva del Poder Judicial en un sistema constitucionalmente basado en la forma republicana de gobierno y en la separación de poderes.

Ahora bien, pese a todos estos inconvenientes jurídicos y a su contradicción con el orden nacional e internacional, la ley todavía constituye un mecanismo político que es utilizado según los intereses del gobierno de turno. En los tiempos que corren el problema de la Ley de Caducidad ya no se mide tanto política sino jurídicamente, lo que demuestra la oscilación, la tensión y los vaivenes entre la política y la justicia durante las sucesivas etapas del proceso de justicia de transición.

36. Podría sostenerse que la solución uruguaya a través de la Ley de Caducidad, más allá de su horrenda concepción jurídica, fue considerada un mecanismo válido de justicia de transición que tuvo cierta legitimidad democrática.¹¹⁰ Desde un principio el problema de esta ley ha sido su contrariedad con el orden normativo nacional, aunque tal contradicción fuera “subsana” jurídicamente por la SCJ con argumentos políticos que deben ser interpretados en el contexto de la justicia de transición. En el orden nacional, solo en los últimos años el máximo órgano judicial ha cambiado su criterio y declarado la contrariedad de la ley con la Constitución, y en ese sentido, la jurisprudencia constante de la SCJ viene sosteniendo la inconstitucionalidad de la ley, hecho significativo que hoy en día cuestiona o contradice la decisión mayoritaria del cuerpo electoral, que se mantiene incambiada a pesar de la nueva interpretación política del gobierno y de la nueva interpretación jurídica de la SCJ en relación con la Ley de Caducidad.

Desde un punto de vista jurídico nacional, la Ley de Caducidad no es válida para todos aquellos casos en que se requiera un pronunciamiento expreso de la SCJ sobre la inconstitucionalidad de la referida ley. Lo que está fuera de discusión es la contrariedad original de

¹¹⁰ Formalmente la Ley de Caducidad emana de un parlamento democrático con potestades para su formulación y porque materialmente fue validada dos veces por la voluntad popular a través de un referéndum (1989) y de un plebiscito (2009). El plebiscito pretendía modificar la Constitución, y entre las modificaciones sometidas a la voluntad popular se encontraba la posibilidad de declarar la nulidad de la ley e impedir que ella hubiera causado efectos jurídicos. El 25.10.2009 el 48% de la población habilitada para votar en las elecciones nacionales lo hizo en contra de mantener la ley vigente, cifra que no fue suficiente para que la ley quedara sin efecto. Véase, THIMMEL, S.; BRUNS, T.; EISENBÜRGER, G., y WEYDE, B. (eds.): *Uruguay. Ein Land in Bewegung*, Berlín: Assoziation A, 2010, pp. 141 ss. Sobre el tema de la exigencia democrática, véase MALLINDER: o. cit., pp. 226 s.

la Ley de Caducidad con el ordenamiento internacional al que Uruguay se encuentra ligado a través de la firma de numerosos tratados, y en los tiempos que corren todavía con mayor fuerza vinculante, en tanto Uruguay se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción de órganos jurisdiccionales supranacionales (CIDH, CPI).

La jurisprudencia constante de la SCJ en el orden interno y la sentencia de condena de la CIDH en el orden internacional han llevado al Parlamento a discutir una ley interpretativa que en los hechos declare que la Ley de Caducidad no produce efectos jurídicos.¹¹¹ La posible sanción de esta ley interpretativa suscitó una virulenta discusión en la Cámara de Senadores sobre el ejercicio de la soberanía en Uruguay¹¹² y sobre la inconveniencia y la imposibilidad de que medios indirectos de soberanía puedan desconocer pronunciamientos surgidos de formas de ejercicio directo de la soberanía.¹¹³ Finalmente el Parlamento respaldó la Ley de Caducidad, en una resolución que coincide con la voluntad de la mayoría de la ciudadanía que reside en Uruguay.¹¹⁴

¹¹¹ Según ha publicado la prensa, el proyecto de ley interpretativo sostiene: “[Artículo 3]: “En virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la presente ley: a) toda intervención judicial que haya sido interrumpida, suspendida y/o archivada por aplicación de la ley 15.848, continuará de oficio, por la mera solicitud del interesado o del Ministerio Público y no se podrá invocar la validez de dicha ley ni de actos administrativos que se hubieran dictado en su aplicación, con el fin de obstaculizar, impedir o archivar, o mantener suspendidas y/o archivadas, indagatorias o acciones penales. b) sin perjuicio de los delitos imprescriptibles, cuando se tratara de delitos de naturaleza prescriptibles, hayan o no sido incluidos en la caducidad establecida en el art. 1 de la Ley 15.848 del 22 de diciembre de 1986, no se computará en ningún caso para el término de prescripción, el comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la fecha de promulgación de la presente ley”, <http://www.larepublica.com.uy/politica/424709-proyecto-interpretativo-de-la-ley-de-caducidad-ingresa-hoy-al-parlamento>.”

La ley no puede ser anulada por el Parlamento porque esta posibilidad no está comprendida en el ordenamiento jurídico nacional. El Parlamento solo puede derogar una ley. En un plano formal o terminológico cabe distinguir entre anulación y derogación. La derogación de una ley tiene efecto a partir de su promulgación y rige para el futuro, mientras que la nulidad permitiría eliminar los efectos pasados de la ley. En esta discusión política sobre la derogación (o anulación) hay quienes sostienen que la derogación de la ley en este caso no cumple ninguna función, pues los efectos legales están agotados, y solo la nulidad absoluta puede tener efecto retroactivo y ella se daría solo ante la violación de normas de *jus cogens*. Desde un punto de vista jurídico la ley de amnistía ya ha provocado derechos adquiridos que no podrían ser desconocidos. Ahora bien, en caso de que la ley fuera anulada por el Parlamento, seguramente se alzarían contra ella solicitudes de inconstitucionalidad, en tanto que la cesantía de efectos de las leyes es una potestad exclusiva del Poder Judicial por intermedio de la SCJ (artículo 256 ss. y 239.1 CU) en el caso concreto en que ella se solicita (artículo 259 CU).

¹¹² El artículo 4 CU dice que la soberanía reside en la nación, y la doctrina mayoritaria interpreta que esta es la soberanía nacional y no popular. Parecería que por *nación* se interpreta la persona jurídica *Estado*, de la que, según dispone el artículo 82 CU, los poderes representativos son órganos que ejercen *indirectamente* la soberanía. Si analizamos las cuatro formas de reforma de la Constitución previstas en Uruguay, se verá que todas ellas requieren de la aprobación necesaria del cuerpo electoral por medio de un plebiscito de ratificación (artículo 331 CU). Véase RISSO, Martín: *Derecho constitucional*, tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, pp. 138 s.

¹¹³ Este tema divide actualmente a la bancada de gobierno, de modo que un sector ha propuesto someter la ley a una nueva consulta popular. Lo que se discute es si primero se aprueba la ley anulatoria o abrogatoria de la ley de “amnistía” y luego se la somete a referéndum o si, por el contrario, se la somete directamente a un tercer referéndum. Se ha dicho: “La idea sería derogar la Ley de Caducidad con los 2/3 de los votos de la Asamblea General Legislativa y en un plazo de un año, poner a consideración de la ciudadanía esta decisión parlamentaria mediante un referéndum” (véase <http://www.larepublica.com.uy/politica/429881-saravia-acepta-derogar-la-ley-y-referendum?nz=1>). Pero también se propone: “Toda ley que tenga relación con un asunto ya sometido a consulta popular requiere una nueva consulta popular, porque no podemos pasar por encima de la democracia” directa (http://www.elpais.com.uy/10/10/31/pnacio_525542.asp?utm_source=news-elp, ambos sitios visitados el 31.10.2010).

¹¹⁴ Según indica una encuesta dada a conocer en junio de 2011 por la consultora Cifra, la mayoría de la sociedad uruguaya (52%) no solo está de acuerdo con la ratificación de la ley por el Parlamento sino que incluso el 55% de los

En vista de este respaldo parlamentario a la ley en cuestión y para cumplir con la sentencia de condena de la CIDH, en los últimos días de junio de 2011 el Poder Ejecutivo emitió un decreto que revocó los actos administrativos de gobiernos democráticos anteriores que excluyeron a determinadas personas de una investigación penal en aplicación del artículo 3 de la Ley de Caducidad. De esta forma, se liberó al Poder Judicial para que determine en cada caso si corresponde o no retomar las causas ya clausuradas o iniciar las investigaciones penales solicitadas por las víctimas. El decreto presidencial se legitima en la sentencia de la CIDH en el caso *Gelman*, que condenó a Uruguay por violar la CADH y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) y exigió eliminar los obstáculos jurídicos para que puedan indagarse los hechos de la dictadura. Sin embargo, no queda claro en qué argumentos concretos se decreta la ilegitimidad de los actos administrativos anteriores que daban cumplimiento a la ley.

La discusión jurídica también ha abarcado la fuerza vinculante que tienen las sentencias de la CIDH en el ordenamiento jurídico nacional. En cuanto al mandato de la CIDH, algunos políticos con formación jurídica, entre ellos el expresidente Julio María Sanguinetti,¹¹⁵ han negado que esta sentencia tenga efectos vinculantes para el Estado uruguayo. Sin embargo, el gobierno encabezado por José Mujica entiende que Uruguay está obligado a dar cumplimiento a la sentencia de condena sobre la base de su pertenencia al sistema interamericano de derechos humanos y el reconocimiento de la jurisdicción de aquella Corte, que tiene la potestad de exigir la adecuación del ordenamiento positivo interno al texto de la CADH.

37. Desde un punto de vista teórico, a favor de dejar sin efectos jurídicos la Ley de Caducidad habla el principio de *interés de la justicia*, también recogido en el preámbulo del Estatuto de Roma, que exige un combate directo a la impunidad de los autores de crímenes de lesa humanidad. Este principio solo puede aplicarse a todas las solicitudes de investigación que realizó el Poder Judicial y fueron rechazadas por el Poder Ejecutivo a causa de la “caducidad de la pretensión punitiva” a partir de la recuperación de la democracia. En mi opinión, la *cosa juzgada* impediría reabrir las causas de sobreesimiento por sentencia judicial fundamentada en la que no se pudiera demostrar la apariencia (*cosa juzgada aparente*) o el

entrevistados cree que no deberían iniciarse nuevos juicios penales para imputar responsabilidad a los excriminales de Estado (<http://www.larepublica.com.uy/politica/460119-mayoria-a-favor-de-no-eliminar?nz=1>), visitado 1.7.2011).

¹¹⁵ Según Sanguinetti, Uruguay no reconoce ninguna supranacionalidad y, en consecuencia, fallos que discrepen con el orden constitucional no obligan a modificar el ordenamiento jurídico. Véase http://www.espectador.com/1v4_contenido.php?id=208797&csts=1.

fraude (*cosa juzgada fraudulenta*).¹¹⁶ Por otra parte, quedarían fuera de la prohibición del *ne bis in idem*, y podrían abrirse, todas aquellas investigaciones que nunca se hubieran iniciado.¹¹⁷ Lo que parece difícil de aceptar, desde un punto de vista jurídico (y también como cuestión de sentido común), es que la Ley de Caducidad haya carecido de efectos jurídicos desde su origen, como sostuvo durante la discusión parlamentaria aquella fracción perteneciente al partido de gobierno que proponía la *derogación* o *anulación* de la ley.

38. De este modo, la Ley de Caducidad como mecanismo político de justicia de transición continúa despertando pasiones encontradas en el seno de la sociedad y de la institucionalidad uruguaya. Esta ley, que ha sido declarada inconstitucional en varias sentencias pero que resultó dos veces ratificada por ejercicio de soberanía directa, no ha impedido la investigación y condena de los principales responsables de las violaciones de los derechos humanos, ni el conocimiento parcial de la verdad, ni la reparación de las víctimas. Todo ello es un indicador de que la ardua discusión que se llevó a cabo en el Parlamento y que todavía tiene lugar en la sociedad uruguaya parecería obedecer a una finalidad política que es más simbólica que práctica.¹¹⁸

Ahora bien, desde un punto de vista jurídico, a partir de la jurisprudencia constante de la SCJ que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad y, en particular, de la sentencia de condena de la CIDH que le exige a Uruguay derogar la Ley de Caducidad por constituir un escollo jurídico a la justicia penal, el tema ya escapa del ámbito político en tanto existe un mandato jurídico que el Estado uruguayo debe cumplir para no ser merecedor

¹¹⁶ Cf. CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, sentencia del 26.9.2006, § 154. Véase también ONU: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (UN Doc. A/conf.183/9, 17 de julio de 1998), artículo 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (S/Res/827, 1993), artículo 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (S/Res/955, 8 de noviembre de 1994), artículo 9. En Uruguay no se puede abrir un caso pasado en autoridad de cosa juzgada, a no ser que se den los presupuestos del recurso de revisión, que por designio legal solo opera en favor del condenado (artículo 283 Código Proceso Penal). Ahora bien, en opinión de Korzeniak: “[...] en lugar de encerrarnos en discusiones bizantinas sobre anular [la norma] mediante leyes interpretativas o plebiscitos cada denunciante debería pedir la inconstitucionalidad [...] El resultado sería el mismo: declarar inaplicable la Ley de Caducidad”. En este sentido, el exsenador afirmó que incluso existen “maneras de ingeniar” para obtener fallos de inconstitucionalidad en casos cuyas acciones fueron rechazadas en 1988. “Hay maneras de ingeniar para que el asunto vuelva a la Corte, como por ejemplo, un cambio de la persona activa [impulsora de la acción] o de la situación del hecho denunciado, con lo cual no sería un obstáculo la cosa juzgada” (<http://www.larepublica.com.uy/politica/430288-korzeniak-alienta-la-via-del-recurso-de-inconstitucionalidad-ante-la-scj>), visitado el 3.11.2010).

¹¹⁷ El principio de *ne bis in idem* indica que no puede iniciarse dos veces un juicio penal por los mismos hechos contra las mismas personas. En Uruguay la interpretación de este principio es restrictiva y no admite investigar a un sujeto dos veces por el mismo hecho.

¹¹⁸ La realidad indica que desde el punto de vista político la Ley de Caducidad es ahora solo un monumento testimonial en ruinas, y seguir ocupándose de ella sería como centrar la atención en el análisis de la funcionalidad práctica de una ventana que no tiene vidrios, al menos mientras el Poder Ejecutivo continúe con esta interpretación de la ley, liberando todos los casos denunciados del amparo de la “caducidad de la pretensión punitiva del Estado”.

de responsabilidad internacional. En materia de derechos humanos, para aquellos Estados parte del sistema interamericano que reconocen y se someten a la jurisdicción de la Corte, está claro que las resoluciones del orden interno no pueden obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contenidas en la CADH.

6.

CONCLUSIÓN

39. Durante las sucesivas etapas del proceso de justicia de transición uruguayo se aplicaron distintos mecanismos de intervención. La Ley de Caducidad y la *política de olvido* dominaron la primera etapa,¹¹⁹ luego se intentó por medio de la Comisión para la Paz una *política de reconciliación*, y en la actualidad se está aplicando una *política de persecución penal* por medio de juicios penales. Esta política de confrontación, que se lleva a cabo según el modelo de persecución penal y del discurso dominante del procedimiento penal, si bien cumple con muchos de los objetivos del valor *justicia*, no parece satisfacer los otros valores de la justicia de transición, como son el conocimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. El inquisitivo y vetusto sistema penal uruguayo no está capacitado para llevar a cabo ni el reconocimiento de los derechos de las víctimas ni el conocimiento de la verdad sobre cómo sucedieron los hechos.

En la justicia de transición, cuando se trata de reaccionar contra los crímenes anteriores y elaborar el pasado, la verdad es producto de un proceso de elaboración del que tienen que participar todos los relatos y ser oídas todas las voces, principalmente las de las víctimas.¹²⁰ En un proceso de transición el conocimiento de la verdad y la individualización de los responsables no tienen como obligatorio correlato la efectiva punición de los criminales,

¹¹⁹ No se puede desconocer la importancia de la Ley de Amnistía, n.º 15.737, y las sucesivas leyes de reparación de las víctimas; sin embargo, ni esta amnistía ni las reparaciones fueron el mecanismo de intervención que predominó hasta la creación de la Comisión para la Paz, que en este trabajo se ha identificado como el mojón que dio paso a la segunda etapa del proceso de justicia de transición en Uruguay.

¹²⁰ En profundidad sobre este tema, véase UPRIMNY, Rodrigo, y SAFFON, María: "Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica", http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=182. Sobre las dificultades de conocer la verdad por medio del proceso penal, véase GALAIN PALERMO, Pablo: "Relaciones entre el 'derecho a la verdad'...", o. cit. En cuanto a la casi inexistente participación de la víctima en el proceso penal uruguayo, véase GALAIN PALERMO, Pablo: "Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo", en *Revista do Ministério Público* (Portugal), abril-junio 2006, pp. 43-81, también accesible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_7350-544-1-30.pdf.

si bien frente a los crímenes más graves la intervención penal es necesaria¹²¹ para la consecución de fines preventivos (garantía de no repetición y reafirmación de la norma).¹²²

40. La persecución penal en Uruguay ha tenido que afrontar el problema de la caducidad de los plazos de prescripción y la prohibición de retroactividad de la ley (artículos 15 y 16 CP); por eso la justicia no ha condenado de forma definitiva (hasta este momento) por crímenes de lesa humanidad sino por aquellos delitos comunes tipificados en el ordenamiento nacional antes del comienzo de ejecución de los delitos.¹²³

41. Las etapas del proceso de transición uruguayo confirman que, cuando no ha habido justicia para los principales violadores de los derechos humanos, el transcurso del tiempo aumenta el sentimiento de injusticia en una sociedad, así como también aumenta la probabilidad de responder a tales violaciones de manera retributiva.¹²⁴ Véase que el *Strafverfolgungsmoedel* generalmente sigue una *política para el pasado (Vergangenheitspolitik)*, de orientación retributiva contra el autor,¹²⁵ aunque ella se fundamente discursivamente en la prevención y el respeto de los derechos humanos.

42. En la transición uruguaya, en ninguna de sus etapas los criminales de Estado han colaborado con el conocimiento de la verdad ni se ha producido una asunción pública y voluntaria de responsabilidad que pudiera ser interpretada o asimilada a los valores verdad, justicia y reparación. Los mecanismos de intervención utilizados en la transición uruguaya privilegiaron el “cambio en paz” y la estabilidad democrática en perjuicio de algunos derechos de las víctimas, como el derecho a saber o a recibir información (derecho a la verdad), el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la reparación, posiblemente como consecuencia

¹²¹ Así SANCINETTI, Marcelo, y FERRANTE, Marcelo: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 459 ss.; ESER y ARNOLD (eds.): o. cit., t. 3, 2002, pp. 403 ss.; FERNÁNDEZ: “Strafrecht in Reaktion...”, o. cit., pp. 546 ss.; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “El terrorismo de Estado como criminalidad organizada en Argentina”, en SIMON, J.-M., y GALAIN, P. (eds.): *Conflicto y sanción en América Latina: retaliación, mediación y punición (REMPEP)*, en vías de publicación; BERGALLI, Roberto: “Der Übergang vom Unrechtsregime zum Rechtsstaat: Vergessen oder Erinnerung? - Ein Vierteljahrhundert nach dem Ende der argentinischen Militärdiktatur” (trad. Burghardt), en MUÑOZ CONDE y VORMBAUM: o. cit., pp. 248 ss.

¹²² Véase CIDH, caso *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15.9.2005, serie C, n.º 134, § 216; caso *Diecinueve Comerciantes contra Colombia*, sentencia del 5.7.2004, serie C, n.º 109, § 175.

¹²³ La jurisprudencia uruguaya solo se ha referido indirectamente al derecho internacional, a pesar de que ha considerado como punto de partida la coordinación represiva de las dictaduras militares de la región en el marco del Plan Cóndor.

¹²⁴ Véase TEITEL, Ruti: “Transitional Historical Justice”, o. cit., pp. 219 s.

¹²⁵ La orientación retributiva también caracteriza a la justicia de los tribunales penales internacionales. Véase FINDLAY, Mark, y HENHAM, Ralph: *Beyond Punishment: Achieving International Criminal Justice*, Londres: Palgrave Macmillan, 2010, p. 181.

de la negociación con los dictadores (transición pactada) y para que la investigación penal no provocara reacciones que dividieran aún más a la sociedad.¹²⁶ De alguna forma, las víctimas del “terrorismo de Estado” fueron también las víctimas del proceso de transición. Las víctimas todavía no han sido reparadas adecuadamente¹²⁷ y continúan reclamando justicia y castigo a los culpables, quienes a su vez denuncian ser víctimas de un “derecho penal para enemigos”.¹²⁸

43. La transición uruguaya confirma la definición de justicia transicional que maneja la doctrina como una justicia que tiene directa vinculación con “*periods of political change*”;¹²⁹ no obstante, el proceso de transición uruguayo muestra que tal definición debe ser considerada de un modo más amplio que la transición de la dictadura a la democracia. La justicia de transición, cuando se trata de crímenes de Estado, no es solo una forma de justicia asociada a un particular período de cambio político, sino que ella varía con los cambios políticos o con el cambio de las políticas de gobierno con relación a la confrontación del pasado.¹³⁰ Limitar temporalmente la justicia de transición parece ser una tarea tan complicada como encontrar un punto final respecto a la elaboración del pasado.

44. La característica esencial del proceso uruguayo de transición, que lo vuelve tan particular, es que todas las etapas del proceso no solo han estado marcadas por formas de ejercicio indirecto de la soberanía, sino que las decisiones más importantes han sido refrendadas por instancias de soberanía directa. Este fenómeno se hace evidente con el referéndum de 1989 y el plebiscito de 2009, dos consultas populares precedidas de debate público para que el cuerpo electoral decidiera sobre la abrogación o confirmación de la Ley de Caducidad,

¹²⁶ Véase DUTHIE, Roger: “The Consequences of Transitional Justice in Particular Contexts”, LABAN HINTON, A. (ed.): *Transitional Justice. Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, Londres y Nueva Jersey: Rutgers University Press, 2010, p. 253.

¹²⁷ Sobre las reparaciones llevadas a cabo por el Estado uruguayo, véase GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, en AMBOS, MALARINO y ELSNER (eds.): *Justicia de transición*, o. cit., pp. 396 s., 400.

¹²⁸ Recientemente un grupo de militares nucleados en el Foro Libertad y Concordia denunciaron públicamente el “hostigamiento” al que dicen estar sometidos con los procesamientos y condenas penales de sus camaradas de armas. Estos militares exigen a los comandantes de las tres armas que “hagan oír su voz” en defensa de los procesados o de lo contrario harán sentir la suya “a extremos que no desearían llegar jamás”. Este comunicado con forma de amenaza se debe a “los atropellos que se están cometiendo en nombre de una forma de justicia que huele a venganza”. En realidad, el comunicado se realiza días antes de que comiencen por primera vez a comparecer ante los tribunales militares y policías acusados de practicar torturas a detenidos durante la dictadura. Véase *El País* de fecha 27.1.2011, <http://www.elpais.com.uy/11/01/27/pnacio_543550.asp?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=text-link&utm_content=Militares%20env%C3%ADan%20carta%20a%20comandantes:%20dicen%20que%20pueden%20resistir%20detenciones&utm_campaign=El%20Pa%C3%ADs%20al%20Mediod%C3%ADa>.

¹²⁹ Véase nota al pie 22.

¹³⁰ Véase GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, en AMBOS, MALARINO y ELSNER (eds.): *Justicia de transición*, o. cit., p. 413.

que resultaron favorables a la vigencia de la norma. Estas consultas populares dotan de un manto de legitimidad democrática formal y material a la transición uruguaya, cuya sociedad tuvo la libertad de decidir una forma concreta de elaborar el pasado. La sociedad uruguaya se ha decidido por una solución basada en la clemencia, aunque en algunos aspectos ella se puede haber confundido con el simple olvido.¹³¹

El problema que permanece latente es que para poder olvidar primero hay que saber lo que se quiere olvidar, y en ese sentido a la transición uruguaya le ha faltado una verdadera instancia de conocimiento de la verdad, que la Comisión para la Paz no pudo llevar a cabo. Este conocimiento se pretende lograr por medio de los procesos penales, que en realidad hasta el momento solo han servido para el castigo penal de los responsables y para terminar con la impunidad de algunos autores.¹³²

Pero el problema latente es aún más complejo que la decisión que puede adoptar la mayoría de la población entre recordar u olvidar los crímenes del pasado, porque hay áreas o materias que tienen que ver con los derechos más fundamentales de los individuos (considerados individual y colectivamente) y estos no pueden ser sometidos a (ni resueltos por) la voluntad popular. El problema se complejiza todavía más cuando estos derechos humanos (de las minorías) solo se pretenden *satisfacer* o *reparar* mediante una justicia penal que como punto de partida debe recurrir a una disminución (o violación) de las garantías básicas del sistema de justicia tradicional y desconocer determinados principios del sistema penal liberal, para adoptar criterios propios de esta justicia de transición que legitiman la disminución de garantías y la inobservancia de principios cuando se trata de reaccionar frente a violaciones de los derechos humanos cometidas en un régimen anterior.¹³³

45. La transición uruguaya ha otorgado gran relevancia a las formas de ejercicio de soberanía directa a través de consultas públicas, especialmente en torno a la derogación o el

¹³¹ Son ilustrativas las palabras de Christie en cuanto: “[...] we do not want amnesia, but the human history shows; we might in the end have no better final solution than forgiveness”. Véase CHRISTIE, Niels: “Peace or punishment?”, en GUILLIGAN, G., y PRATT, J. (eds.): *Crime, Truth and Justice. Official inquiry, discourse, knowledge*, Londres: Willan Publishing, 2004, p. 255.

¹³² En el proceso de justicia de transición en Uruguay no ha tenido lugar lo que VOLK denomina *proceso penal como comisión de la verdad*, es decir, el recurso al procedimiento para saber qué sucedió y no para la condena del indagado. Véase VOLK, Klaus: *La verdad sobre la verdad y otros estudios* (trad. Eugenio Sarabaryrouse), Buenos Aires: Ad Hoc, 2007, p. 164. Son paradigmáticos los juicios penales llevados a cabo en Argentina con el mero objetivo de “conocer la verdad”. Véase críticamente PASTOR, Daniel: “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en PASTOR, D. (dir.): *Neopunitivismo y neoquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, pp. 369 ss.

¹³³ Sobre el principio de legalidad según el derecho penal internacional, véase GALLANT, Kenneth: *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2009, pp. 30 ss.

mantenimiento de la Ley de Caducidad.¹³⁴ Esta solución local apoyada en el ejercicio más puro de la democracia y que se ha decantado a lo largo del tiempo por el mantenimiento de la Ley de Caducidad (que no constituye una amnistía general e irrestricta, sino que es un instrumento de justicia de transición que deja en manos del poder político de turno la decisión de investigar y castigar u olvidar), como mecanismo político de justicia de transición, desde un punto de vista jurídico, contradice el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

El caso uruguayo sirve para demostrar que, de algún modo, se presenta un conflicto entre la *efectiva solución local* (proveniente de la voluntad de la mayoría de la población) y la *debida solución global o internacional*, que finalmente predomina cuando se trata de la protección de los derechos humanos (y, en cierta forma, la protección de los derechos de las minorías).¹³⁵ El proceso de justicia de transición uruguayo evidencia que las soluciones locales (aunque obedezcan a la voluntad de las mayorías o sean producto de un régimen democrático) están sometidas al control de instancias supranacionales, siempre que el Estado (sus instituciones y su cuerpo electoral) no haya seguido parámetros determinados en algunas convenciones internacionales cuando se trata de reaccionar frente a las más graves violaciones de los derechos humanos.

La etapa actual en la que se encuentra el proceso de transición uruguayo parece aceptar, desde un punto de vista político, los lineamientos ofrecidos por la jurisprudencia constante de la CIDH¹³⁶ y, especialmente, en la primera sentencia contra Uruguay, en relación con la protección de los derechos humanos; mientras que, desde un punto de vista jurídico, existe una resistencia en la más alta instancia judicial a admitir en materia penal la aplicación de normas internacionales y/o una disminución en la consideración de las garantías y los principios que informan al sistema penal nacional.

¹³⁴ Véase GALAIN PALERMO, Pablo: "Transition through consultation: the Uruguayan Experience", en *Amnesties, Immunities and Prosecutions: International Perspectives on Truth Recovery*, Belfast: Queen's University Belfast, School of Law, 22.6.2009, <<http://www.law.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/Research/InstituteofCriminologyandCriminalJustice/Research/BeyondLegalism/filestore/Fileupload,158483,en.pdf>>.

¹³⁵ Sobre el tema SANTOS, Boaventura, y AVRITZER, Leonardo: "Opening Up the Canon of Democracy", en SANTOS, B. (comp.): *Democratizing Democracy. Beyond the Liberal Democratic Canon*, Londres-Nueva York: Verso, 2007, pp. lxxviii s. La doctrina es consciente del menoscabo de la "soberanía popular" y de las soluciones locales en relación con los tratados internacionales y el orden internacional que exige la persecución penal de los autores de crímenes contra los derechos humanos. Como sostiene Osiel: "En este punto, el derecho penal internacional puede ser percibido como una imposición externa, como una nueva forma de imperialismo: el llamado 'imperialismo de los derechos humanos'. Por otra parte, las obligaciones internacionales de esta naturaleza pueden resultar útiles más adelante para desafiar desde una perspectiva jurídica las leyes de amnistía y permitir que los criminales sean enjuiciados años más tarde, una vez que hayan perdido su poder". Véase OSIEL: o. cit., pp. 77 s.

¹³⁶ Véase la bibliografía constante del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, <<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/es/Forschung/lateinamerikanische-studiengruppe-zum-internationalen-strafrecht.html>> (última visita, 4.7.2011).

El proceso de transición uruguayo también permite observar que la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de los objetivos de la justicia de transición en cuanto a la consecución de los *valores* verdad, justicia y reparación ha conducido a una etapa en la que esto solo se puede realizar por medio de la justicia penal (modelo de persecución penal). De esta forma, el proceso de justicia de transición uruguayo ha dotado de mayor jerarquía al *objetivo* justicia en relación con la verdad y la reparación, así como, para llevar a cabo la tarea de hacer justicia, ha preferido el *mecanismo* justicia penal y renunciado a otros posibles mecanismos cuando se trata de reaccionar frente a los crímenes del pasado en el marco de la justicia de transición.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai: *El marco jurídico de la justicia de transición* (trad. Ezequiel Malarino), Bogotá: Temis, 2008.
- APPRATTO, María: *Del Club Naval a la Ley de Caducidad. Una salida condicionada para la redemocratización uruguaya. 1983-1986*, Montevideo: Monteverde, 2007.
- ARNOLD, Jörg: “Transitionsstrafrecht und Vergangheitspolitik”, BÖSE, M., y STERNBERG-LIEBEN, D. (eds.): *Grundlagen des Straf-und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 2009.
- AROCENA, Rodrigo: “Uruguay: zwischen Niedergang und neuen Wegen”, en *Ibero-Analysen*, Ibero-Amerikanischen Institut Berlin, n.o 13, noviembre de 2003.
- ATILES-OSORIA, José: “Reflexiones sobre la Justicia Transicional: para retomar las prácticas políticas y en búsqueda de otras epistemológicas”, ponencia presentada en las XX Jornada Jurídicas *Justicia transicional y justicia penal internacionales*, Universidad de Lérida, 26- 27 de octubre de 2009, en vías de publicación.
- BANDIERI, Luis: “Juicio al juicio absoluto. A propósito de “Juicio al mal absoluto” de Carlos Nino”, en www.ieeba.com.ar/colaboraciones2/Juicio%20al%20juicio.pdf.
- BARAHONA DE BRITO, Alexandra: *Human Rights and Democratisation in Latin America: Uruguay and Chile*, Nueva York: Oxford University Press, 1997.
- BERGALLI, Roberto: “Der Übergang vom Unrechtsregime zum Rechtsstaat: Vergessen oder Erinnerung? - Ein Vierteljahrhundert nach dem Ende der argentinischen Militärdiktatur” (trad. Burghardt), en MUÑOZ CONDE, F., y VORMBAUM, T. (eds.): *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Humboldt-Kolleg y Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 7-9 de febrero de 2008, Berlín: De Gruyter, 2010.
- CAETANO, Gerardo, y RILLA, José: *Breve historia de la dictadura*, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental, 2006.
- CALL, Charles: “Is transitional justice really just?”, en *Brown Journal of World Affairs*, Summer, otoño 2004, vol. XI, n.o 1.
- CARD, Claudia: “El paradigma de la atrocidad: una teoría del mal”, en DE GAMBOA, Camila (ed.): *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.
- CASESSE, Antonio: “Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR”, en *JICJ*, n.o 4, 2006.

- CHRISTIE, Niels: “Peace or punishment?”, en GUILLIGAN, G., y PRATT, J. (eds.): *Crime, Truth and Justice. Official inquiry, discourse, knowledge*, Londres: Willan Publishing, 2004.
- CUNNEEN, Chris, “Exploring the relationship between reparations, the gross violation of human rights, and restorative justice”, en SULLIVAN, Dennis, y TRIFFT, LARRY (eds.): *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, Londres y Nueva York: Routledge, 2006.
- CHAVES HONTOU, Gastón, y GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, en SIEBER, U.; SIMON, J.-M., y GALAIN, P. (eds.): *Los estratagas del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el sistema penal latinoamericano*, <<http://www.mpicc.de/ww/de/ext/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/fuehrungspersonenlateinamerika.htm>>, de próxima publicación.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla, 2007.
- DEMASI, C.; MARCHESI, A.; MARKARIAN, V.; RICO, Á., y YAFFÉ, J.: *La dictadura cívico-militar. Uruguay 1973-1985*, Montevideo: Ediciones Banda Oriental, 2009.
- DE SENARCLENS, Pierre: “El problema de la legitimidad del poder”, en SIJAU: *Coloquio sobre Uruguay y Paraguay. La transición del estado de excepción a la democracia*, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental, 1985.
- Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, United States Institute for Peace, 2009.
- DUTHIE, Roger: “The Consequences of Transitional Justice in Particular Contexts”, LABAN HINTON, A. (ed.): *Transitional Justice. Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, Londres y Nueva Jersey: Rutgers University Press, 2010.
- ESER, A.; ARNOLD, J., y KREICKER, H. (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Friburgo: Iuscrim, 2001.
- ESER, Albin, y ARNOLD, Jörg (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Friburgo: Internationales Kolloquium, 1999, Iuscrim, 2000.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo: “Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht in Uruguay”, ESER, A.; SIEBER, U., y ARNOLD, J. (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, tomo 11, Berlín: Duncker & Humblot, 2007.

- “Uruguay”, en ARNOLD, J., SIMON, J.-M., y WOISCHNIK, J. (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: UNAM, 2006.
- FINDLAY, Mark, y HENHAM, Ralph: *Beyond Punishment: Achieving International Criminal Justice*, Londres: Palgrave Macmillan, 2010.
- GALAIN PALERMO, Pablo: “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, en *International Criminal Law Review*, n.o 10, 2010.
- *Relaciones entre el “derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de próxima publicación.
- “Transition through consultation: the Uruguayan Experience”, en *Amnesties, Immunities and Prosecutions: International Perspectives on Truth Recovery*, Belfast: Queen’s University Belfast, School of Law, 22.6.2009, en <http://www.law.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/Research/InstituteofCriminologyandCriminalJustice/Research/BeyondLegalism/filestore/Filetoupload,158483,en.pdf>.
- “Uruguay”, en AMBOS, K. (coord.): *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis y GTZ, 2009.
- “Uruguay”, en AMBOS, K.; MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.): *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- “Uruguay”, AMBOS, K.; MALARINO, E., y WOISCHNIK, J. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- GALAIN PALERMO, Pablo, y ROMERO SÁNCHEZ, Angélica: “Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *“Universitas Vitae”. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Universidad Salamanca y CISE, 2007.
- GIL, Daniel: *El capitán por su boca muere o la piedad de Eros. Ensayo sobre la mentalidad de un torturador*, Montevideo: Trilce, 1999.
- GONZÁLEZ, José Luis, y GALAIN PALERMO, Pablo: “Uruguay”, en AMBOS, K.; MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

- HAILE, Dadietos: “Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia”, Lovaina: Leuven University Press, Centre for Advanced Legal Studies, 2000.
- HAYNER, Priscilla: “Fifteen Truth Commissions —1974 to 1994—: a comparative study”, KRITZ, N. J. (ed.): *Transitional Justice*, vol. I, Washington: US Institute of Peace Press, 1995.
- *Unspeakable Truths. Confronting state terror and atrocity*, Nueva York y Londres: Routledge, 2001.
- KAUFMANN, Arthur: “Reflexionen über Rechtsstaat, Demokratie, Toleranz”, en KÜHNE, H. H. (ed.): *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden: Nomos, 1995.
- KRITZ, Neil J.: *Transitional Justice*, vol. II, Washington: US Institute of Peace Press, 1995.
- LAMPE, Ernst-Joachim: “Injusto del sistema y sistemas de injusto” (trad. Gómez-Jara), en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima: Grijley, 2003.
- LESSA, Alfonso: *Estado de Guerra. De la gestión del golpe del 73 a la caída de Bordaberry*, Montevideo: Fin de Siglo, 2007.
- *La primera orden. Gregorio Álvarez, el militar y el dictador. Una historia de omnipotencia*, Montevideo: Sudamericana, 2009.
- LINZ, Juan, y STEPAN, Alfred: *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1996.
- La lucha contra el terrorismo 1960-1980. Nuestra Verdad*, Centro Militar, Centro de Oficiales Retirados de las FF.AA, Artemisa, Montevideo, 2007.
- MALLINDER, Louise: “Can amnesties and International justice be reconciled?”, en *International Journal of Transitional Justice (IJTJ)*, n.o 1, 2007.
- MARKEL, Dan: “The justice of amnesty? towards a theory of retributivism in recovering states”, en *University of Toronto Faculty of Law Review (UTORLJ)*, vol. 49, n.o 389, Toronto, 1999.
- McEvoy, Kieran, y MCGREGOR, Lorna (eds.): *Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change*, Oxford y Portland: Hart.
- OLÁSULO, Héctor, y GALAIN PALERMO, Pablo: “La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas”, en AMBOS, K.; MALARINO, E.,

- y ELSNER, G. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- OSIEL, Mark: “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en RETTBERG, A. (comp.): *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Uniandes, 2005.
- PASTOR, Daniel: “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en PASTOR, D. (dir.): *Neopunitivismo y neoquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “El terrorismo de Estado como criminalidad organizada en Argentina”, en SIMON, J.-M., y GALAIN, P. (eds.): *Conflicto y sanción en América Latina: retaliación, mediación y punición (REMEP)*, en vías de publicación.
- El proceso político. Las FF.AA. al Pueblo Oriental*, tomo II, Montevideo, 1978.
- RIAL, Juan: *El referéndum del 16 de abril de 1989 en Uruguay*, San José (Costa Rica): CAPEL-IIDH, 1989.
- RILLA, José: “Uruguay 1980. Transición y democracia plebiscitaria”, en http://www.nuso.org/upload/articulos/2611_1.pdf.
- RISSE FERRAND, Martín: *Derecho constitucional*, tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- ROSENCOF, Mauricio, y FERNÁNDEZ HUIDOBRO, Eleuterio: *Memorias del calabozo*, Navarra: Txalaparta, 1993.
- ROTH-ARRIAZA, Naomi: “The new landscape of transitional justice”, en ROTH-ARRIAZA, N., y MARIEZCURRENA, J. (eds.): *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- SANCINETTI, Marcelo, y FERRANTE, Marcelo: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- SANGUINETTI, Julio María: *La agonía de una democracia. Proceso de la caída de las instituciones en el Uruguay (1963-1973)*, Montevideo: Taurus, 2008.
- SCHARF, Michael: “The case for a permanent international truth commission”, en *DJCIL*, vol. 7, 1997.
- SCHÜNEMANN, Bernd: “Amnestie und Grundgesetz. Zur Verfassungswidrigkeit einer Amnestie in der Parteispendenaffäre”, en *ZRP*, n.o 6, 1984.
- SIMON, Jan-Michael: “Criminal Accountability and Reconciliation”, en ALBRECHT, H. J.; SIMON, J.-M.; REZAEI, H., y KIZA, E. (eds.): *Conflicts and conflict resolution in*

- Middle Eastern Societies- Between Tradition and Modernity*, Duncker&Humblot, Berlín, 2006.
- “Procesos de paz y la Corte Penal Internacional”, en GARCÍA RAMÍREZ, S. (coord.): *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México: UNAM, 2005.
- SOOKA, Yasmin: “Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability”, en ICRC, n.o 88, 2006.
- TEITEL, Ruti: “Editorial Note-Transitional Justice Globalized”, en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, 2008.
- “Transitional Historical Justice”, en MEYER, L. (ed.): *Justice in time. Responding to historical injustice*, Baden-Baden: Nomos, 2004.
- “Transitional Justice Genealogy”, en *HHRJ*, vol. 16, primavera del 2003, Cambridge (Massachusetts).
- THIMMEL, S.; BRUNS, T.; EISENBÜRGER, G., y WEYDE, B. (eds.): *Uruguay. Ein Land in Bewegung*, Berlín: Assoziation A, 2010.
- TOURAINÉ, Alain: “Efectos en las sociedades de los crímenes de lesa humanidad”, en *El principio de justicia universal*, Madrid: Colex, 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo, y SAFFON, María Paula: “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en RETTBERG, A. (comp.): *Entre el perdón y el piedad. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Uniandes, 2005.
- “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”, en http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=182.
- VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo: *La filosofía de los derechos humanos y la realidad de América Latina*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, 1989.
- VEST, Hans: *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2002.
- VALENTINI, Vico: *Giustizia penale transizionale e giustizia penale europea. Il protagonismo delle vittime e la rinuncia al diritto penale liberale*, en prensa.
- VOLK, Klaus: *La verdad sobre la verdad y otros estudios* (trad. Eugenio Sarraberyrouse), Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.
- WALDMANN, Peter: *Terrorismus und Bürgerkrieg. Der Staat in Bedrängnis*, Múnich: Gerling, 2003.

WERLE, Gerhard: “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?”, en MUÑOZ CONDE, F., y VORMBAUM, T. (eds.): *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Humboldt-Kolleg y Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 7-9 de febrero de 2008, Berlín: De Gruyter, 2010.

WESCHLER, Lawrence: *A Miracle, a Universe. Settling account with torturers*, Nueva York: Pantheon Books, 1990.

El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos

Implicaciones en el ordenamiento constitucional argentino*

Conventionality Control in the Inter-American System of Human Rights

IMPLICATIONS IN THE ARGENTINE CONSTITUTIONAL CODE OF LAWS

*Gastón Pereyra Zabala***

dr.gpereyra@gmail.com

RESUMEN. La doctrina del llamado *control de convencionalidad* tiene contornos imprecisos. Los dos ejes por los que circulan sus principales trazos son la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional. El objetivo del presente trabajo es discutir si en el ejercicio del control de convencionalidad la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para nuestros tribunales locales, en particular para la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. La solución a este interrogante pasa por la interpretación armónica del derecho, aplicando los grandes lineamientos doctrinarios en los cuales los consensos se han consagrado sin mayor dificultad y debate, y reconociendo que las cuestiones complejas merecen ante todo la aplicación de la regla de la normal prudencia, cuando menos hasta llegar a develar una doctrina perdurable con base en el principio de seguridad jurídica.

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Abogado y notario (Universidad Católica de Córdoba), diplomado en Derechos Humanos (IIDH, AUSJAL). Docente de la Universidad Católica de Córdoba y de la Universidad Empresarial Siglo 21.

PALABRAS CLAVE. Derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho internacional. Derecho constitucional. Convenios internacionales sobre derechos humanos. Argentina. Interpretación de la ley.

ABSTRACT. The doctrine of *conventionality control* has vague contours. The two central themes through which the main lines of conventionality control circulate are the internationality of constitutional law, and the constitutionality of international law. The aim of this paper is to discuss whether in the exercise of the conventionality control the interpretation of the American Convention on Human Rights by the Inter-American Court of Human Rights is binding on our local courts, particularly on the Argentine Supreme Court of Justice. The solution to this question is through the consistent interpretation of the law, applying the large doctrine guidelines where consensus have been set without any serious difficulties and debates, and acknowledging that complex issues deserve above all an implementation of the normal prudence rules, at least until revealing an enduring doctrine based on the principle of legal certainty.

KEYWORDS. Human Rights. Inter-american Court of Human Rights. International Law. Constitutional Law. International Conventions on Human Rights. Argentina. Interpretation of the Law.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** El control de convencionalidad. 2.1. Conceptualización. 2.2. Formulación. 2.3. Efectos vinculantes. **3.** El principio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.1. El caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*. 3.2. El caso *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. **4.** La postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. 4.1. El caso *Giroldi*. 4.2. El caso *Espósito*. 4.3. El caso *Mazzeo*. **5.** La posición actual de la Procuración General de la Nación. **6.** La opinión de la doctrina argentina. 6.1. Opinión que sostiene que la interpretación de la CADH por la CIDH es vinculante para nuestros tribunales. 6.2. Opinión que sostiene con reservas que la interpretación de la CADH por la CIDH es vinculante para nuestros tribunales. 6.3. Opinión que toma a la jurisprudencia de la CIDH solo como una pauta o guía, sin efecto vinculante. **7.** Conclusión.

1.

INTRODUCCIÓN

Hace poco más de un cuarto de siglo la República Argentina ingresó en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (en adelante, SIDH). Desde entonces hemos experimentado una evolución que tiene tres etapas principales:

- a. En 1984 se aprobó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La CADH, suscrita el 22.11.1969, fue aprobada en la Argentina por medio de la ley 23054 (*Boletín Oficial*, 27.3.1984) y ratificada el 14.8.1984.
- b. Ocho años después, en el caso *Ekmejdjian contra Sofovich*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), modificando su jurisprudencia anterior, estableció la subordinación del derecho interno argentino al derecho internacional, la cual (según esta sentencia) existía desde que la Argentina ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (por medio de la ley 19865, que entró en vigor para el país el 27 de enero de 1980).
- c. En 1994 la reforma constitucional, además de ratificar en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina la doctrina sentada en *Ekmejdjian*, estableció también que ciertos tratados sobre derechos humanos —entre ellos la CADH— “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”.

Fruto de este nuevo orden constitucional —integrado desde 1994 por un texto múltiple y abierto, susceptible de ser ampliado sin necesidad de convocar a una convención constituyente—, la Corte Suprema, primero en *Ekmejdjian* y luego en *Julio L. Mazzeo*, incorporó

la doctrina del llamado *control de convencionalidad*, al que alude la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) cuando resuelve casos contenciosos.

Por el momento, como todo instituto en desarrollo, este *control de convencionalidad* tiene contornos imprecisos. La Corte Suprema lo menciona en forma muy general, mientras que la doctrina se ha ocupado intensamente de él con el propósito de llenar este vacío.

El objetivo del presente trabajo es aportar algunas reflexiones a este debate y discutir específicamente si en el ejercicio del control de convencionalidad la interpretación de la CADH por la CIDH es vinculante para los tribunales argentinos, en particular para la Corte Suprema; en otras palabras, si la CIDH ejerce sobre la CSJN una suerte de *stare decisis* interamericano.

2.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Como no es posible controlar sin interpretar, fue preciso que el derecho constitucional elaborara a lo largo del tiempo los fundamentos, contenidos y alcances del control de constitucionalidad a través de la interpretación de la Constitución y desde la Constitución.

Esta teoría, que lleva instalada más de dos siglos, desde el *leading case Marbury v. Madison*, se yuxtapone con la del control de convencionalidad, cuyos contenidos se vienen delineando desde diferentes vertientes.

Podemos conceptualizar el *control de convencionalidad* como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Sin muchos rodeos, puede afirmarse:

[...] se trata del control de la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcances que le demos, puede ser tanto un simple e inofensivo juego de palabras, como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial.¹

Por un lado, desde larga data se ha intentado establecer algunas pautas sobre la obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no solo las convenciones internacionales de las cuales el Estado es parte, sino también las interpretaciones que de sus normas llevaron a cabo los órganos internacionales.

¹ BIANCHI, Alberto B.: “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, en *La Ley. Suplemento Derecho Constitucional 2010*, 23/9/2010, p. 426.

Desde el ámbito interno, nuestros tribunales, a partir de la causa *Ekmekdjian contra Sofovich*, reinstalaron la obligación de no invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Después de reformada la Constitución de la Nación Argentina en 1994, continúan las tendencias hacia lo que se ha denominado *internacionalización del derecho constitucional*.

Por otro lado, siguiendo a Albanese:

[...] el control de convencionalidad constituye la función esencial de los órganos internacionales competentes que, según expresan, no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención.²

Se menciona desde el campo internacional la *constitucionalización del derecho internacional*, en el sentido de construir un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos, posición que se viene manifestando desde hace aproximadamente dos décadas.

Estos son los dos principales trazos del control de convencionalidad: la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional.

2.2. FORMULACIÓN

La CIDH ha expuesto los lineamientos básicos del control de convencionalidad en varios casos.

Su definición más clara se encuentra en el voto razonado del magistrado Antônio CANÇADO TRINDADE en el caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, cuando dice:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...].³

En tanto, el juez GARCÍA RAMÍREZ enunció en su voto razonado:

[...] en la especie, al referirse a un control de convencionalidad la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la CADH, Pacto de San José de Costa Rica. Sin

² ALBANESE, Susana: "La Internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional", en ALBANESE, Susana (coord.): *Control de Convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008, pp. 15-16.

³ CIDH, *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 25/11/2003.

embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para este determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos. Si existe esta conexión clara y rotunda, los tribunales nacionales pueden llevar a cabo su propio control de convencionalidad. Este control de convencionalidad, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando estos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso en materia de juridicidad de los actos de autoridades, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus iuris* regional. Me parece que este control extenso se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Más tarde, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*, la CIDH expresó:

[...] los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben reconocer a fondo y aplicar debidamente no solo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como el de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana[...].⁴

2.3. EFECTOS VINCULANTES

Siempre que nos referimos al efecto vinculante de una sentencia respecto de otras que se producirán en el futuro, es preciso distinguir entre:

- a. las que se dictan en el mismo proceso respecto de las mismas partes, y
- b. las que tienen lugar en otros procesos con partes diferentes.

Esta distinción también es válida respecto de las decisiones de CIDH en asuntos contenciosos. En este caso corresponde distinguir si el Estado — integrado en el SIDH— ha sido parte en el proceso ante la CIDH o si no lo ha sido.

⁴ CIDH, *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 24/11/2006.

En relación con las primeras, no está en discusión que las sentencias de la CIDH son vinculantes o, mejor dicho, obligatorias para los Estados cuando estos son parte en el caso. Así lo dice expresamente el artículo 68.1 CADH:

Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Este es el efecto al cual la Corte hizo referencia —por ejemplo— en el caso *Miguel Ángel Espósito*, cuando dijo:

[...] la decisión (de la CIDH en el caso “Bulacio vs. Argentina” sobre el concepto de ‘secuela de juicio’ en los términos del artículo 67, párr. 4.º, del Código Penal) resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (artículo 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional [...].

Muy distinto es el efecto vinculante de las sentencias dictadas en aquellos casos en que el Estado —integrado en el SIDH— no ha sido parte. Ya no se trata aquí del efecto directo de una sentencia, sino del efecto vinculante del precedente, de su *holding* o *ratio decidendi*, el cual resulta asimilable al efecto que este tiene en los sistemas anglosajones bajo el principio del *stare decisis*.⁵

Sobre este particular la CADH nada dice, de modo tal que es preciso indagar cómo han interpretado este efecto la CIDH y la Corte Suprema argentina.

3.

EL PRINCIPIO ESTABLECIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dos casos paradigmáticos indican el rumbo hacia el que se orienta la CIDH en materia de ejercicio del control de convencionalidad por los tribunales nacionales: los casos *Almonacid Arellano y otros contra Chile* y *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*, que analizamos a continuación.

⁵ *Stare decisis et quia non movere*, ‘adherir a lo ya decidido y no modificar o alterar los puntos o cuestiones ya resueltos’.

3.1. EL CASO ALMONACID ARELLANO Y OTROS CONTRA CHILE

El 11.7.2005, la Comisión Interamericana presentó una demanda contra Chile ante la CIDH, a fin de que esta decidiera si el referido Estado había violado los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH en perjuicio de los familiares del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano.

Asimismo, la Comisión requirió al tribunal que declarara que el Estado había incumplido la obligación contenida en el artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

Los hechos expuestos en la demanda se referían a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la ley de amnistía adoptada en Chile en 1978, como así también a la presunta falta de reparación adecuada en favor de sus familiares.

Este trascendente pronunciamiento sostuvo que el crimen cometido contra Almonacid Arellano es un crimen de lesa humanidad, y que tales crímenes no pueden ser amnistiados.

En el caso *Almonacid Arellano*,⁶ la Corte en pleno sostuvo:

[...] es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un tratado como el Pacto de San José, sus jueces, como parte del aparato estatal, también están sometidos a ella.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH, intérprete último de la Convención.

3.2. EL CASO TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO CONTRA PERÚ

La doctrina sentada por la CIDH no tuvo sustanciales variantes en casos posteriores, sino hasta el caso *Trabajadores cesados del Congreso*.⁷ En dicho caso el alto cuerpo formuló algunas especificaciones:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En

⁶ CIDH, *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26/9/2006.

⁷ CIDH, *Trabajadores cesados del Congreso*, cit.

otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en el caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad de este tipo de acciones.

4.

LA POSTURA ADOPTADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte entendía que la interpretación de la CADH debía guiarse, además, por la jurisprudencia de la CIDH.

En esta etapa, entonces, la CSJN otorgó a la jurisprudencia de la CIDH la función de *guía*, término que, por cierto, sumó desconcierto en cuanto al valor vinculante de sus sentencias.

Pero lo que nos interesa aquí es situarnos en la postura adoptada luego de la reforma constitucional de 1994. Para ello nos referiremos a los casos *Girolidi*, *Espósito* y *Mazzeo*.

4.1. EL CASO GIROLDI

Con el caso *Giroldi*⁸ se inició la secuencia de pronunciamientos que fue definiendo en el ámbito nacional el marco conceptual del control de convencionalidad como porción específica del control de constitucionalidad.

Así, la Corte Suprema sostuvo:

[...] la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la CIDH.

A esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde en la medida de su jurisdicción aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que de lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.

⁸ CSJN, *Giroldi*, Horacio D. y otro, CSJN 04/07/1995, LL 1995-D-463.

Igualmente, en el caso *Bramajo* la CSJN avanzó en la individualización de los organismos internacionales de control al incluir expresamente dentro de la jurisprudencia internacional los informes de la Comisión IDH.

Esta tendencia tuvo su coto en 1998, en oportunidad de su pronunciamiento en el caso *Acosta*, que significó un franco retroceso en cuanto al reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de la CIDH.

Tal posición fue referenciada en el caso *Felicitti*, en el cual la CSJN asumió *per se* ser la intérprete final de los instrumentos internacionales.

4.2. EL CASO ESPÓSITO

En su nueva composición, la CSJN inició una nueva etapa en el reconocimiento de la jurisprudencia internacional con el caso *Espósito*,⁹ en el cual entendió en un recurso extraordinario contra la resolución de cámara que había confirmado la decisión de la jueza de primera instancia. Esta había declarado extinguida por prescripción la acción penal respecto de Miguel Espósito y lo sobreseyó definitivamente por el hecho cometido en perjuicio de Walter David Bulacio, por el que había sido acusado.

Teniendo en cuenta que los hechos ventilados en dicha causa habían sido conocidos por la CIDH, la cual había declarado la responsabilidad internacional del Estado argentino debido a la deficiente tramitación dada en el caso *Bulacio*, haciendo lugar al remedio federal interpuesto, la Corte consideró que no correspondía aplicar al caso las disposiciones comunes en materia de prescripción.

Esta sentencia originó un arduo debate en la doctrina penal local sobre la aplicación del instituto de la prescripción.

En la materia objeto de este trabajo, la CSJN ahuyentó cualquier duda:

[...] no puede soslayarse la circunstancia de que en el *sub lite* el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la CIDH en el caso *Bulacio contra Argentina*. La decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional.

⁹ CSJN, *Espósito, Miguel Ángel*, CSJN, 23/12/2004, LL 2005-B-161.

Sin embargo, lo anterior no impidió que la CSJN dejara sentada su posición sobre el tema de fondo:

[...] corresponde dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado.

Son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer recaer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar conforme al art. 18 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, se plantea la paradoja de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la CADH. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos en dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional.

Este criterio fue reafirmado en el caso *Simón*, donde el más alto tribunal argentino decretó la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad, conocidas como de Obediencia Debida y Punto Final.

4.3. EL CASO MAZZEO

La posición asumida por la CSJN en los casos citados precedentemente permitió vislumbrar un avance en la decisión adoptada en el caso *Mazzeo*.¹⁰

Esta causa introdujo el problema de la cosa juzgada, proponiendo una reinterpretación del alcance de las garantías en el proceso penal.

En efecto, aquí la CSJN dio un salto hacia la consolidación de la aceptación y el seguimiento de aquellas decisiones supranacionales, receptando en idénticos términos la postura de la CIDH en el caso *Almonacid Arellano*.

Aquí la Corte, refiriéndose a la inconstitucionalidad de los indultos por delitos de lesa humanidad, sentenció:

¹⁰ CSJN, *Mazzeo, Julio Lilio y otros. Recurso de casación e inconstitucionalidad*. CSJN, 13/07/2007, *Fallos*, 330, p. 3248.

[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH, intérprete último de la Convención Americana.

Los términos de este pronunciamiento dan acabada cuenta de cuán comprometida se encuentra la CSJN con la jurisprudencia internacional emanada de la CIDH.

Y es de destacar que la posición del más alto tribunal nacional se mantuvo en el reciente pronunciamiento en la causa *Videla*, de fecha 27.4.2010, en el cual la CSJN remitió a la aplicación de lo decidido en los casos *Simón y Mazzeo*.

5.

LA POSICIÓN ACTUAL DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN

Muy importante por su claridad y rigor analítico es el dictamen producido hace unos meses por la Procuración General de la Nación en el caso *Jorge E. Acosta*, que ha merecido un detenido análisis de María Angélica GELLI.¹¹

Este dictamen tiende a impedir que los tribunales argentinos extiendan automáticamente la jurisprudencia sentada por la CIDH en el caso *Bayarri contra Argentina*, donde se estableció que una prisión preventiva cuya duración excedió largamente los plazos establecidos por la ley 24390 (Adla, LIV-D, 4423) era violatoria del artículo 7.5 de la CADH.

Juan Carlos Bayarri, a quien en sede policial se le extrajo una confesión de sus presuntos delitos mediante tortura, fue sometido a proceso penal durante trece años (1991-2004), estuvo en prisión preventiva durante todo ese tiempo y finalmente fue absuelto. Durante la tramitación del juicio había requerido en varias oportunidades la excarcelación por aplicación de la ley 24390 y el tribunal interviniente le denegó todos los pedidos. La CIDH condenó a la República Argentina a indemnizarle los perjuicios sufridos.

Tal principio, de ser aplicado sin atenuantes, colisionaría con lo decidido por la Corte Suprema en el caso *Hernán Javier Bramajo* y tendría efectos en todas las causas en las que (como la de Jorge E. Acosta) el plazo máximo de la prisión preventiva establecido por la ley 24390 estuviera excedido (el plazo establecido por dicha ley es de dos años como máximo sin

¹¹ GELLI, María Angélica: "El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso 'Bayarri' en un dictamen de la Procuración General de la Nación", en *La Ley*, 1/6/2010, p. 1.

que haya sentencia definitiva, prorrogable por otro año más si el número de delitos imputados o la complejidad de la causa impiden el dictado de la sentencia en ese plazo).

En lo que aquí interesa específicamente, la postura de la Procuración está expresada en el punto V, donde se analizan los efectos de la interpretación de la CADH efectuada por la CIDH, desde el punto de vista del sistema del derecho interamericano y desde el punto de vista del derecho argentino.

Con fundamento en el derecho interamericano el dictamen sostiene:

- a. Las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, en los términos del artículo 68.1 de la CADH, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno.
- b. El término *decisión* contenido en el artículo 68.1 CADH alude a la parte dispositiva del fallo y no al fundamento jurídico de la sentencia.
- c. Las decisiones de la CIDH y su jurisprudencia no tienen efectos generales (*erga omnes*) sobre otros casos similares existentes en el mismo o en otro Estado.
- d. La eficacia general de la jurisprudencia de la CIDH no puede inferirse de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber: si las sentencias de la CIDH tienen valor general más allá de los términos estrictos del artículo 68.1 CADH.

En otras palabras, para no caer en una petición de principio, sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la CIDH que permitan concluir en la existencia del deber de seguir dicha jurisprudencia.

Con fundamento en el derecho argentino, el dictamen sostiene:

- a. El derecho argentino no ha establecido expresamente la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH más allá de lo dispuesto por el artículo 68 CADH.
- b. Podría pensarse que la doctrina de la Corte Suprema sentada en el caso *Giroldi* sostiene el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos interamericanos; sin embargo, 1) tal interpretación dotaría a las sentencias de la CIDH de una eficacia jurídica que en el derecho argentino ni siquiera tienen las sentencias de la Corte Suprema, y 2) se convertiría a la CIDH en intérprete supremo de

una porción del derecho constitucional argentino (la porción que corresponde a la CADH), en contra de lo dispuesto por los artículos 108 y 116 de la Constitución Nacional.

- c. No es plausible sostener que la reforma constitucional de 1994, a través de la cláusula “en las condiciones de su vigencia”, incorporada en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación, haya modificado los citados artículos 108 y 116, pues la ley 24309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no atribuyó a la Convención competencia para modificar las normas de la Constitución relativas a la organización y las atribuciones del Poder Judicial de la Nación. Por lo tanto, la Convención no podía alterar la competencia de los tribunales locales y la supremacía de la Corte Suprema en cuanto a la interpretación de todas y cada una de las normas constitucionales.
- d. Afirmar que la Corte Suprema ya no es el último intérprete en relación con una porción de las normas constitucionales (en el caso, las de la CADH) es insostenible porque conduce a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto (doctrina del caso *Fayt*, en *Fallos* 322-1616 y sus citas).
- e. Si la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del citado artículo 75, inciso 22, significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados allí, también forma parte de la Constitución la jurisprudencia de los órganos internacionales de control, cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos tendría como efecto en los hechos la modificación de la Constitución. Sin embargo, la convención constituyente de 1994 tampoco estaba habilitada para modificar el régimen de reforma constitucional del artículo 30 (que se encuentra en la primera parte de la Constitución, cuya modificación la ley 24309 había prohibido explícitamente), de modo tal que esta conclusión también conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto.
- f. El hecho de que la jurisprudencia de la CIDH deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales no significa su aplicación irreflexiva y automática. Ello implica el deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad de la jurisprudencia al caso concreto, de exponerla y discutirla razonadamente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se la sigue en el caso particular.
- g. Los tribunales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos

encargados del control de aquellos instrumentos internacionales que gozan de rango constitucional en el orden jurídico argentino, sin desconocer en dicha tarea, por supuesto, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno y la competencia misma asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos, competencia que, en última instancia, la carta fundamental ha atribuido a la Corte Suprema.

Dicho esto, el dictamen propone el razonamiento que los tribunales argentinos deberían emplear para aplicar la jurisprudencia de la CIDH. Este está dividido en cuatro pasos, a saber:

1. Verificar si existe jurisprudencia de la Corte y/o la Comisión Interamericana sobre la cuestión debatida en el proceso interno.
2. Determinar cuál es la doctrina o razón subyacente (*ratio decidendi*) que se desprende de la(s) sentencia(s) pertinente(s).
3. Examinar minuciosamente la aplicabilidad *prima facie* de esa doctrina al caso concreto.
4. Examinar si existen razones jurídicas, basadas en el ordenamiento constitucional, que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. A tal fin, el tribunal nacional debería discutir razonadamente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional argentino y, con base en ese análisis, decidir si, en el caso concreto, corresponde seguirla o no, proporcionando una debida fundamentación de la decisión tomada.

6.

LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA ARGENTINA

Veamos ahora cómo interpreta la doctrina argentina la fuerza de los precedentes de la CIDH cuando el Estado no ha sido parte.

Una rápida revista permite advertir la presencia de tres tendencias en nuestros autores:

- a. los que sostienen, sin formular reservas ni reparos, que la interpretación de la CADH por la CIDH es vinculante para nuestros tribunales;

- b. los que sostienen esa misma opinión pero con alguna reserva, y
- c. los que toman a la jurisprudencia de la CIDH solo como una pauta o guía, sin efecto vinculante.

6.1. OPINIÓN QUE SOSTIENE QUE LA INTERPRETACIÓN DE LA CADH POR LA CIDH ES VINCULANTE PARA NUESTROS TRIBUNALES

En el primer grupo (sin perjuicio de otros autores) encontramos a BIDART CAMPOS, ALBANESE, HITTERS, SAGÜÉS, GIL DOMÍNGUEZ, BAZÁN y PINTO.

Germán BIDART CAMPOS y Susana ALBANESE han sostenido:

[...] se debe aplicar la interpretación de las normas convencionales surgida de los órganos de control internacionales con aptitud de obrar, sin desnaturalizarla, porque ello forma parte de las obligaciones estatales asumidas al momento de ratificar los tratados; por otra parte, es la práctica seguida por los Estados en la materia.¹²

Juan Carlos HITTERS sigue este mismo criterio:

[...] coincidimos entonces con Germán Bidart Campos y con Susana Albanese en los vinculantes efectos que tienen para los jueces del derecho interno las opiniones y decisiones de los dos órganos interamericanos del Pacto de San José.¹³

Néstor Pedro SAGÜÉS, hace algunos años, dijo:

[...] pese a no ser vinculantes para los jueces locales las interpretaciones que hacen la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos humanos insertados en el Pacto de San José de Costa Rica, de todos modos nuestros magistrados: 1) deben tener como guía a tales pronunciamientos; 2) no pueden por ende desconocerlos, y 3) tienen que dar fundadas razones de peso para no aceptar a tales exégesis.

Luego, en opiniones más recientes, este autor ha incrementado el valor de los precedentes emanados de la CIDH y sostiene:

¹² BIDART CAMPOS, Germán J., y ALBANESE, Susana: "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II-357.

¹³ HITTERS, Juan Carlos: "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", en *La Ley*, 2008-E, 1169.

[...] la Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte Interamericana, y sin diferenciar entre interpretaciones vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos), o en opiniones consultivas. En otras palabras, el material normativo controlante está conformado por las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, más la exégesis que de ellas ha hecho la Corte Interamericana. De hecho, esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de este no ha variado.¹⁴

A esta opinión se agrega que, a juicio de SAGÜÉS, en los casos en los cuales la Argentina ha sido parte,

[...] el fallo de la Corte Interamericana puede dejar sin efecto una sentencia de la Corte Suprema, con lo cual esta ha perdido, en la materia de la mencionada Convención, carácter de suprema.

Finalmente, en su trabajo más reciente sobre la cuestión, SAGÜÉS, destacando cada vez más el valor de los fallos de la CIDH, afirma que “la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática”, y sostiene asimismo que, ante un eventual conflicto entre la Constitución y la CADH, siempre debe prevalecer esta última.¹⁵

Andrés GIL DOMÍNGUEZ explica la cuestión desde la llamada *regla de reconocimiento* y dice:

Cuando una regla de reconocimiento constitucional desde la supremacía de su Constitución “invita” a una fuente externa conformada por los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos respetando su lógica de funcionamiento, el espacio normativo que sirve como parámetro de validez de las normas inferiores es habitado por el control de constitucionalidad (proveniente de la fuente interna) y el control de convencionalidad (proveniente de la fuente externa).¹⁶

En la misma línea se orienta Víctor BAZÁN:

¹⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro: “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *LA LEY*, 2009-B, 761.

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, en *La Ley*, 11/8/2010, pp. 1-5.

¹⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: *Escritos de neoconstitucionalismo*, Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 116.

[...] la CIDH impone a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el control de convencionalidad de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis à vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no solo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquel. Realza, así, la operatividad de la pauta de interpretación conforme a la CADH como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos (incluso de oficio), dinámica en la que subyace la idea de retroalimentación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.¹⁷

Mónica PINTO, finalmente, en un trabajo publicado antes del caso *Mazzeo*, hizo una reseña pormenorizada de la jurisprudencia de la Corte hasta 2005 y, si bien no encontró en ella elementos para afirmar que el máximo tribunal hubiera (hasta ese momento) establecido la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, concluyó con una exhortación en tal sentido.

6.2. OPINIÓN QUE SOSTIENE CON RESERVAS QUE LA INTERPRETACIÓN DE LA CADH POR LA CIDH ES VINCULANTE PARA NUESTROS TRIBUNALES

En el segundo grupo de autores puede mencionarse a GELLI y TRAVIESO.

María Angélica GELLI sostiene:

[...] del fallo de la Corte Interamericana puede emerger doctrina en términos de precedentes para el futuro, en los casos en que la regla creada por el Tribunal Internacional tenga generalidad suficiente como para determinar los supuestos de hecho, eventualmente violatorios de derechos humanos según la protección acordada en los tratados.¹⁸

En coincidencia con esta afirmación, después de analizar el caso *Mazzeo*, esta autora ha dicho:

El criterio empleado por la Corte argentina en *Mazzeo* es, a mi modo de ver, demasiado rígido. Cuando un fallo de un tribunal regional se emplea como precedente por otro Estado parte, los jueces locales deberían examinar si el supuesto de hecho del precedente coincide en un todo con el del conflicto que deben resolver en el orden interno. Si existe alguna singularidad específica, a los tribunales locales se les ofrecen alternativas de interpretación y, entre estas, diversas opciones.¹⁹

¹⁷ BAZÁN, Víctor: “Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión”, en *La Ley*, 2009-E, 1240.

¹⁸ GELLI: o. cit.

¹⁹ GELLI, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina. Concordada y comentada*, 4.ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2008, t. II, p. 234.

Juan Antonio TRAVIESO también formula reservas, pero de otro orden. En su opinión, la jurisprudencia de la CIDH es obligatoria para los tribunales nacionales, y estos solo pueden apartarse de ella cuando resulte violatoria del artículo 27 de la Constitución Nacional.²⁰

6.3. OPINIÓN QUE TOMA A LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH SOLO COMO UNA PAUTA O GUÍA, SIN EFECTO VINCULANTE

Dentro del tercer grupo de autores (sin agotar la nómina) se encuentran BADENI, GOZAÍNI y MONCAYO, bien que entre ellos existen matices importantes.

Gregorio BADENI, que tiene una opinión crítica sobre la denominación *control de convencionalidad*, pues a su juicio este está comprendido dentro del control de constitucionalidad tradicional, sostiene:

[...] las sentencias de la Corte Interamericana no tienen efectos *erga omnes*, pues solo son obligatorias para los Estados que sean partes en la causa, aunque la doctrina hermenéutica que resulte de ellas debe ser debidamente considerada como guía de actuación por los restantes Estados.²¹

Oswaldo GOZAÍNI también entiende que “la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta”.²²

Guillermo MONCAYO, más cerca de la jurisdicción internacional, sostiene:

Nuestra Corte suprema no ha dejado de ser el intérprete final de la Constitución, pero en la interpretación y aplicación de las convenciones sobre derechos humanos, diversas instancias internacionales puede ser incitadas [sic] —y en realidad lo han sido— para procurar, bajo formas diversas, su efectiva observancia y defensa, una vez agotadas infructuosamente las vías internas.²³

²⁰ TRAVIESO, Juan Antonio: “Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas”, en ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto, 1997, pp. 127-145.

²¹ BADENI, Gregorio: “Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia”, en *La Ley*, 2009-E, 1018.

²² GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo: “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en ALBANESE, Susana (coord.): *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008, pp. 81-112.

²³ MONCAYO, Guillermo: “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto, 1997, pp. 89-104.

7.

CONCLUSIÓN

Desde la estructura establecida sobre la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, se advierte la exposición de temas arduos que en la práctica sobrepasan ampliamente el compendio de algunos principios básicos.

La garantía a la que aludimos, el control de convencionalidad, puede llegar a ofrecer dificultades en su aplicación cuando la interpretación dinámica y evolutiva de normas convencionales por los tribunales sea variada, y disgregada la opinión de sus miembros.

Cuando los fundamentos encontrados se trasladan especialmente a los graves conflictos del pasado que llegan a veces a destiempo al campo jurídico, “se presenta un camino brumoso, más perceptible y difícil para la búsqueda de la construcción de la internacionalización del derecho constitucional que para la constitucionalización del derecho internacional”.²⁴

Desde que la República Argentina se integró en el SIDH, ha quedado sujeta a la fuerza vinculante de los fallos de la CIDH solamente en aquellos casos en los cuales es parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la CADH.

En los restantes casos, es decir, en todos aquellos en los cuales Argentina no es parte, la jurisprudencia de la CIDH no tiene fuerza vinculante, ni para la Corte Suprema ni para los restantes tribunales argentinos.

Sin perjuicio de ello, estos tribunales al fallar deben *tener en cuenta*, deben hacer mérito y evaluar, según su sano criterio, si corresponde aplicar los precedentes emanados de la CIDH.

Tal vez porque concebimos que el crecimiento de un Estado requiere una franca apertura regional, en la que la consideración de las particularidades propias de cada nación conviva con los principios de tolerancia generales que posibiliten que los habitantes de cada Estado puedan ver reconocidos y ejercer libre pero responsablemente sus derechos y obligaciones.

Tal vez porque los espacios ganados en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos no admiten fronteras y nos permiten ir más allá de los límites territoriales nacionales.

Tal vez porque tenemos la firme convicción de que la suma de voluntades, la tolerancia y la adecuación al contexto histórico, social, político y religioso imperante va más allá

²⁴ ALBANESE: o. cit.

de la rígida letra de la norma positivizada, y es la única posibilidad de hacer perdurables los derechos reconocidos en ella.

Por todo ello, creemos que la solución, o al menos el punto de partida para llegar a buen puerto, pasa por la interpretación armónica del derecho.

Los jueces argentinos deben incorporar las convenciones, los tratados, la jurisprudencia supranacional y la de la propia Corte Suprema, como un ejercicio activo en la función de juzgar.

Según este criterio, estimo que el *control de convencionalidad*, ejercido de conformidad con los precedentes de la CIDH, constituye un complemento del control de constitucionalidad tradicional, al que puede acudir la Corte Suprema si entiende que tales precedentes resultan de aplicación.

Por eso quizás uno de los medios adecuados para la interpretación armónica del derecho vigente consista en aplicar los grandes lineamientos doctrinarios en los cuales los consensos se han consagrado sin mayor dificultad y debate.

Y en aquellas cuestiones imbricadas en las que alcanzar unanimidad parece una quimera, partamos de reconocer que tales situaciones merecen ante todo la aplicación de la regla de la normal prudencia, cuando menos hasta develar una doctrina perdurable basada en el principio de seguridad jurídica.

Solo en la universalización de una concepción que ampare los derechos más elementales del individuo, cualquiera sea su nacionalidad, creencia, ideología, religión o posición, podremos contribuir a garantizar el normal desarrollo de las relaciones interpersonales e interestatales, todo ello en el marco de un Estado de derecho que efectivice no solo la justicia y la equidad, sino también la seguridad jurídica.

Este principio no implica una inclinación a petrificar las interpretaciones de las cláusulas convencionales sino a garantizar el objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos. Se trata ni más ni menos que del respeto de la persona en todas sus dimensiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Susana: “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en ALBANESE, Susana (coord.): *Control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008.
- BADENI, Gregorio: “Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia”, en *La Ley*, 2009-E, 1018.
- BAZAN, Víctor: “Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión”, en *La Ley*, 2009-E, 1240.
- BIANCHI, Alberto B.: “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, en *La Ley. Suplemento Derecho Constitucional 2010*, 23 de setiembre de 2010, 2010-E, 426.
- BIDART CAMPOS, Germán J., y ALBANESE, Susana: “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II-357.
- GELLI, María A.: *Constitución de la Nación Argentina. Concordada y comentada*, 4.^a ed., Buenos Aires: La Ley, 2008.
- “El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso ‘Bayarri’ en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1 de junio de 2010.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: *Escritos de neoconstitucionalismo*, Buenos Aires: Ediar, 2010.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en ALBANESE, Susana (coord.): *Control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008.
- HITTERS, Juan Carlos: “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, en *La Ley*, 2008-E, 1169.
- MONCAYO, Guillermo: “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto, 1997.
- SAGÜÉS, Néstor P. “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *La Ley*, 2009-B, 761.
- “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, en *La Ley*, 11 de agosto de 2010.
- TRAVIESO, Juan A. “Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas”, en ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto, 1997.

La construcción retórica de la argumentación jurídica*

Rhetoric construction of legal argument

*Gerardo Ribeiro***

gerardoribeiro@hotmail.com

RESUMEN. La argumentación jurídica es un procedimiento retórico en el que el intérprete construye el sentido de la ley realizando acciones del lenguaje sobre el lenguaje autorreferente del enunciado legal y sobre el lenguaje de las varias versiones narrativas del hecho en juicio. La construcción retórica del sentido en el discurso argumentativo de las partes se ofrece en el juicio como el significado textual de la norma, como la aplicación estricta del enunciado legal. El presente artículo propone los recursos retóricos que hacen posible la construcción del sentido del discurso argumentativo en el juicio legal.

PALABRAS CLAVE. Argumentación jurídica. Retórica. Argumentación. Derecho.

ABSTRACT. The legal argument is a rhetorical procedure in which the interpreter constructs the meaning of the law by performing language actions on the self-referential language of the legal statement and on the language of the various narrative versions

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana (Ciudad de México), máster y doctor en Filosofía. Actualmente es profesor de tiempo completo de la Universidad de Guanajuato (México) y titular de la cátedra de Argumentación Jurídica en el Departamento de Derecho, Política y Gobierno de la misma universidad.

of the fact at trial. The rhetorical construction of the meaning in the argumentative discourse of the parties is submitted at trial as the exact meaning of the rule, and the strict implementation of the legal statement. This article proposes rhetorical resources that enable the construction of the meaning of the argumentative discourse in the lawsuit.

KEYWORDS. Legal Argument. Rhetoric. Argument. Law.

SUMARIO. **1.** Sentido y argumentación jurídica. **2.** La construcción del sentido del enunciado legal. **3.** La construcción del sentido lingüístico del enunciado legal. **4.** La construcción del sentido epistemológico del enunciado legal. **5.** La construcción del sentido ético del enunciado legal. **6.** La construcción del sentido como interpretación textual del enunciado legal.

1.

SENTIDO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La significación de un vocablo es la relación de presuposición que se establece entre el significante y el significado, siendo el significante el soporte gráfico y fónico y el significado las evocaciones posibles del signo lingüístico.

LEECH¹ define al significado como “todo lo que se comunica por medio del lenguaje”.

El sentido, *sentío*, desde el punto de vista etimológico,² significa tener tal o cual opinión en orden a una cosa, pensar, juzgar. El *sentido*, desde el punto de vista semántico, se define³ como el modo particular de entender una cosa o juicio que se hace sobre ella; a su vez, sentido es la significación cabal de una proposición o cláusula y, por último, sentido es cada una de las varias interpretaciones que puede admitir un escrito, cláusula o proposición. El sentido, desde una teoría semiológica⁴ de la literatura, es el conjunto de las connotaciones del mensaje. El sentido, desde la perspectiva filológica,⁵ es, en *sentido recto*, el significado literal de una palabra (un enjambre de abejas). Este sentido recto se opone al sentido figurado o traslaticio, en el que la significación se presenta como metafórica (un enjambre de pretendientes). En sentido usual se debe entender como el significado habitual de una palabra opuesto a significado ocasional de la misma palabra. Sentido concreto (regla de madera), por su parte, se opone a sentido abstracto (regla matemática). Sentido primitivo es el significado

¹ LEECH, Geoffrey: *Semántica*, Madrid: Alianza, 1985, p. 27 ss.

² DE MIGUEL, Raimundo: *Nuevo diccionario Latino-Español etimológico*, Madrid: Sáenz de Jubera, 1897 (edición facsimilar, Madrid: Visor, 2000).

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Madrid: Espasa Calpe, 1992.

⁴ MARCHESI, Angelo, y FORRADELLAS, Joaquín: *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*, Barcelona: Ariel, 2000.

⁵ LÁZARO CARRETER, Fernando: *Diccionario de términos filológicos*, Madrid: Gredos, 1987.

antiguo que con el uso del vocablo en el tiempo evoluciona dando paso a un nuevo significado o a nuevos significados, que así se vuelven nuevos significados en el sentido derivado.

El sentido⁶ se presenta para LUHMANN como “una determinada estrategia de conducta selectiva bajo la condición de una gran complejidad” y para HABERMAS el verdadero sentido de un texto depende “no del ocasional representado por el autor y su público original; al menos no se agota ahí. Pues viene siempre codeterminado por la situación histórica del intérprete y con ello por todo el proceso histórico objetivo”. FREGE, en los *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*,⁷ afirma que “la conexión regular entre el signo, su sentido, y su referente es de tal género que al signo le corresponde un sentido determinado y a este, a su vez, una referencia determinada, mientras que a una referencia (a un objeto) no le pertenece solo un signo. El mismo sentido tienen distintas expresiones en distintos lenguajes, por no hablar del mismo lenguaje”. Lo anterior no significa, según FREGE, que a un sentido le corresponda una referencia. La frase *el cuerpo celeste más distante de la Tierra* tiene un sentido, pero no necesariamente tiene una referencia. Así mismo, cuando se citan las palabras de otra persona, las palabras del hablante se refieren a las palabras del otro y estas palabras citadas tienen la referencia habitual (el objeto), mientras que las palabras del hablante son signos que se refieren a otros signos.

Por sentido de una palabra, según LYONS,⁸ debe entenderse el lugar que ella ocupa en un sistema de relaciones que ella misma contrae con otras palabras del vocabulario. Sentido es la relación que un lexema establece con otro lexema. A estas relaciones LYONS las define como relaciones léxico-semánticas y se establecen desde la sinonimia, la antonimia, la hiponimia y cualquier otra relación posible entre dos o más lexemas.

Por lo tanto, y esta reflexión es la que sustenta la definición de sentido que reivindico para la retórica de la argumentación jurídica, “desde el momento en que hay que definir el sentido en virtud de las relaciones que presentan entre sí los datos del vocabulario, esta noción no contiene presuposiciones acerca de la existencia de objetos y propiedades fuera del vocabulario de la lengua en cuestión”.⁹ El significado del vocablo está relacionado con su referente objetual, pero el sentido del vocablo es autorreferente dado que este es construido si y solo si tiene como referente otro vocablo. La estructura semántica del discurso es soportada por las relaciones léxico-semánticas que construyen el sentido en los sistemas léxicos. Así, en el enunciado legal no solo se establecen relaciones entre vocablos sino que estas relaciones

⁶ Citado por LEWANDOWSKI, Theodor: *Diccionario de lingüística*, Madrid: Cátedra, 1992.

⁷ FREGE, Gottlob: *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 86.

⁸ LYONS, John: *Introducción en la lingüística teórica*, Barcelona: Teide, 1977, p. 440.

⁹ *Ibidem*.

también son múltiples entre “el enunciado¹⁰ y sus partes y los aspectos y componentes característicos del ambiente, tanto culturales como físicos, y que forman parte del más amplio sistema de relaciones interpersonales que supone la existencia de las sociedades humanas”.

Si las palabras, afirma DERRIDA,¹¹ solo poseen sentido “en las relaciones de encadenamiento de diferencias, no puede justificarse su lenguaje, y la elección de los términos, sino en el interior de una tópica y de una estrategia históricas”. Esta estrategia histórica se presenta como justificaciones coyunturales derivadas de ciertos datos históricos consignados en los discursos de la época, como las exposiciones de motivo de las normas legales. El sentido se presenta como la huella de esos discursos contemporáneos en el *sentido* de la nueva textualidad. Se denomina *huella* porque la palabra *huella* hace referencia “por sí misma a un cierto número de discursos contemporáneos con cuya fuerza esperamos contar”. La intertextualidad entre los discursos (la huella de un discurso en el otro discurso al referirlo en la construcción del sentido por el intérprete) se presenta como el sentido.

Desde la perspectiva de la retórica de la argumentación jurídica que aquí se está proponiendo se debe entender que el *sentido* no es una condición inherente del signo lingüístico, sino que es el resultado del acto del oyente al interactuar (escuchar-leer) un vocablo en una situación (social, procesal, personal, etcétera) determinada. El sentido no es algo dado, sino un dándose, es decir, es un proceso de producción que realiza quien escucha el enunciado, es un proceso de producción retórica caracterizado por la acción del intérprete que relaciona los signos y los integra de manera interesada, personal y prejuiciosa dado que, al decir de DUCROT,¹² “la lengua, independientemente de los empleos de que puede ser objeto, se presenta fundamentalmente como el lugar del debate y la confrontación de las subjetividades”.

El sentido no se encuentra en el vocablo, sino que es la acción de la interpretación por excelencia. Leer-escuchar no significa reconocer grafías y sonidos, como interpretar no significa atribuir significados, leer-escuchar entendido como el acto de argumentar es crear el sentido de un conjunto de signos que solo poseen significados porque “nunca la imagen quiere decir esto o aquello. Más bien sucede lo contrario, según se ha visto: la imagen dice esto y aquello al mismo tiempo. Y aun: esto es aquello”.¹³ En este mismo orden de razonamiento se debe entender la afirmación de RICOEUR¹⁴ de que el “sentido de una oración es, por decirlo así, ‘externo’ a la oración a la que puede ser transferido; esta exterioridad del

¹⁰ ROBINS, R. H.: *Lingüística general*, Madrid: Gredos, 1976, p. 53.

¹¹ DERRIDA, Jacques: *De la gramatología*, México: Siglo XXI, 1978, p. 91.

¹² DUCROT, Oswald: *El decir y lo dicho. Polifonía de la enunciación*, Barcelona: Paidós, 1986, p. 33.

¹³ PAZ, Octavio: *El arco y la lira*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 190.

¹⁴ RICOEUR, Paul: *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*, México: Siglo XXI, UIA, 1995, p. 30.

discurso hacia sí mismo —que es sinónimo de la autotranscendencia del acontecimiento en su significado— abre el discurso al otro”.

Cada uno de los vocablos que integran las oraciones del discurso tiene diversos significados que se encuentran consignados en el lexicón como los significados reconocidos. Este conjunto enorme y diverso de significados conforma el universo semántico que se caracteriza por ser plural, diverso e incoherente. El universo semántico solo adquiere coherencia y propone un significado unívoco cuando el lector construye el sentido de la urdimbre textual. Este sentido construido sobre el sistema sintáctico no puede ser descrito sino de manera parcial dado que, al decir de GREIMAS,¹⁵ “el universo semántico es divisible en micro universos, cuyas manifestaciones corresponden a corpus de descripción limitadas”. El sentido es lo que no se dijo en el enunciado. Y no se dijo por la incapacidad formal que tiene el lenguaje de expresar de manera unívoca el mundo referencial. El sentido, entonces, es una acción retórica productiva que realiza el intérprete.

El sentido no se encuentra en las palabras, sino que se construye *entre* las palabras. Al decir de HUSSERL,¹⁶ “los signos, en el sentido de indicaciones (señales, notas, distintivos, etcétera) no expresan nada, a no ser que, además, de la función indicativa, cumplan una función significativa”. A esta función significativa la denomino sentido. Para mí, el sentido es la conciencia que tiene el hablante de la incapacidad expresiva del lenguaje. El sentido, por lo anterior, es la construcción y apropiación personal que el oyente hace del significado de un vocablo o de un enunciado. Esta apropiación personal es un acto productivo: debe el intérprete construir un discurso paralelo al discurso del hablante. Ese discurso paralelo es el sentido que se ofrece, siempre, a modo de argumentación. El sentido no es un acto para entender, sino que es un acto para argumentar.

Cada uno de los vocablos de una oración posee un conjunto de significados, lo que imposibilita, por lo tanto, una significación unívoca, y la oración solo se ofrece al lector en su función connotativa porque, como dice RICOEUR,¹⁷ “la narración no se limita a hacer uso de nuestra familiaridad con la red conceptual de la acción. Ella añade los rasgos discursivos, que la distinguen de una simple secuencia de frases de acción”. El universo semántico de cada vocablo conformado por los significados posibles presenta una primera lectura desde el orden sintáctico propuesto por el autor. Pero la red de significaciones posibles se puede ordenar desde los diversos intereses del oyente, construyendo así el sentido del enunciado.

¹⁵ GREIMAS, A. J.: *Semántica estructural. Investigación metodológica*, Madrid: Gredos, 1987, p. 183.

¹⁶ HUSSERL, Edmund: *Investigaciones lógicas*, tomo 1, Madrid: Alianza, 1999, p. 23.

¹⁷ RICOEUR, Paul: *Tiempo y narración*, México, Siglo XXI, 1998, p. 118.

El sentido del enunciado legal creado por el intérprete se coloca entre las palabras, entre los significados, y los relaciona a unos con otros sí y a unos con otros no, de una manera determinada por sus intereses procesales y la condición histórica, construyendo el sentido del enunciado en relación con la intención de comunicabilidad del hablante. El intérprete desmiembra los miembros de la oración y reconstruye las relaciones entre los significados bajo sus propios intereses en una acción de des(membrar)-construcción al mismo tiempo. La construcción del sentido es un acto formal que consiste en desmembrar la oración y construir el sentido reconstruyendo las relaciones entre los significados de los vocablos. Esta acción es una función realizada por el intérprete, pero también es una función que cumplen los enunciados por su condición histórica —huella—, al tiempo que coyuntural, en la que se presentan conformando así la urdimbre textual de la expresividad.

Desde la teoría poética de Octavio PAZ¹⁸ se puede observar esta misma concepción, cuando el poeta afirma que “en realidad, todo poema es colectivo. En su creación interviene, tanto o más que la voluntad activa o pasiva del poeta, el lenguaje mismo de su época, no como palabra ya consumada sino en formación: como un querer decir del lenguaje mismo. Después, lo quiera o no el poeta, la prueba de la existencia de su poema es el lector o el oyente, verdadero depositario de la obra, que al leerla la recrea y le otorga su final significación”.

2.

LA CONSTRUCCIÓN DEL SENTIDO DEL ENUNCIADO LEGAL

El enunciado normativo es una oración obligatoria con funciones disciplinarias dentro de la comunidad. La estructura gramatical de la norma jurídica es la misma de cualquier oración; así, el sujeto es a quién se regula, el verbo es la conducta prohibida o permitida y el predicado son las diversas condiciones que describen y acotan al sujeto y al verbo.

Esta condición lingüística del enunciado normativo revela todas las características del lenguaje: ambigüedad, polisemia, connotación, arbitrariedad, etcétera. Los problemas de la norma son los problemas del lenguaje; esto quiere decir que la norma se encuentra asediada por las características del lenguaje y que solo la construcción del sentido por el intérprete hace posible comprender el nivel normativo de la ley.

¹⁸ PAZ: o. cit., p. 278.

El enunciado normativo, la oración disciplinadora, se encuentra vacía, no establece nada, no ordena nada, no prohíbe nada y no autoriza nada, porque ella no es más que un conjunto de vocablos que solo poseen significados posibles. Es la relación entre los significados posibles, desde el interés procesal del intérprete, lo que permite construir el sentido y, por ende, argumentar una autorización o una prohibición.

Este proceso de construcción del sentido del enunciado normativo se realiza en lo que denomino las tres dimensiones constitutivas de todo enunciado jurídico, a saber: la dimensión lingüística, la dimensión epistemológica y la dimensión ética. Estas tres dimensiones constitutivas del enunciado normativo son espacios formales que no tienen un sentido dado de antemano al presentarse ante el intérprete, aunque la pretensión del legislador es expresar una idea determinada de esos espacios en la redacción de la ley. Es el intérprete con sus intereses procesales el que construye el sentido del enunciado, por lo que estos espacios son un *dándose*, son una construcción del lenguaje sobre el lenguaje, son la construcción del discurso jurídico por excelencia. Este *dándose* del enunciado legal es una condición que se hace posible por medio de una acción denominada *argumentar*, por medio de la cual se construye el sentido del enunciado legal.

El sentido del enunciado legal siempre se debe construir porque:

- a. El enunciado legal¹⁹ tiene como materialidad al lenguaje. El conjunto de vocablos que constituyen la oración normativa poseen un conjunto de significados cada uno de ellos, por lo que es insostenible una aplicación textual de la oración normativa. Es condición *sine qua non* de la argumentación interrelacionar, desde la intención procesal, los significados posibles de cada vocablo a efecto de construir un sentido normativo, a efecto, pues, de construir la norma jurídica. Si no hay construcción del sentido del enunciado legal no hay norma jurídica,²⁰ solo habrá posibles significados coherentes pero no necesariamente relacionados con el caso en concreto.
- b. El enunciado legal se caracteriza por ser general y abstracto, por lo que todo acto de aplicación requerirá la construcción del sentido a efecto de aplicarlo al caso concreto. Este acto de aplicación es un procedimiento argumentativo que consiste en construir el sentido del enunciado legal a efecto de volverlo particular

¹⁹ Por *enunciado legal* entiendo el texto de la ley emitida por el poder legislativo o por el poder ejecutivo en su facultad reglamentaria.

²⁰ Entiendo por *norma jurídica* lo establecido en el enunciado legal. Lo prohibido o lo permitido no se encuentra en la textualidad de la ley, sino que es el resultado del acto argumentativo.

y concreto y así ser una norma particular. El paso entre el enunciado legal general y abstracto y la norma individualizada particular y concreta se produce por medio de una acción retórica denominada *argumentar*. Solo es posible aplicar el enunciado legal al caso concreto si se construye el sentido de la ley.

3.

LA CONSTRUCCIÓN DEL SENTIDO LINGÜÍSTICO DEL ENUNCIADO LEGAL

La construcción del sentido lingüístico se realiza con el lenguaje sobre el lenguaje dado que el discurso jurídico es lenguaje (lenguaje disciplinador), nada más que lenguaje. Por lo tanto, los problemas de interpretación de la ley son, en primera instancia, problemas de significación lingüística. Lo inherente al enunciado legal es el lenguaje y su problemática formal. De ahí que las perspectivas económicas, políticas, morales y sociales sean modos de presentarse la función semántica de la materialidad del lenguaje. Los problemas de significación del enunciado legal devienen, también, de la propia estructura de la oración, ya sea del vocablo en sí o de la organización oracional. La argumentación jurídica, por lo tanto, es un procedimiento retórico, es decir, son acciones del lenguaje (recursos retóricos y funciones textuales) sobre el lenguaje autorreferencial (de la ley y la jurisprudencia) que les permiten a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados y funcionarios públicos) reivindicar sus intereses políticos, económicos, sociales y morales en la disputa por la aplicación de la ley. La argumentación jurídica eficaz es posible porque el intérprete construye el sentido de la ley.

La “incapacidad significativa” de la ley no es causa del hablante (el legislador), sino que es una característica del lenguaje: solo construyendo el sentido de la oración se le devuelve a esta la capacidad significativa, pero esta capacidad de reconstrucción significativa es una facultad del intérprete. Quien le devuelve la capacidad significativa al lenguaje es el hablante al construir el sentido de los enunciados. Así entonces, solo es posible establecer un horizonte de comprensión del enunciado normativo si entendemos el movimiento de comprensión que va desde los significados posibles del vocablo y de la estructura sintáctica del enunciado legal a la construcción del sentido por el intérprete jurídico. Solo desde este movimiento que va de la estructura de la oración a la construcción del sentido por el intérprete se puede comprender la norma jurídica, entendiendo por norma jurídica el resultado de la acción constructiva que realiza el operador jurídico sobre el enunciado textual de la ley. Esta tarea

se manifiesta en el discurso jurídico del intérprete, que consiste en construir el sentido del enunciado legal al argumentar con el lenguaje del intérprete teniendo como referente es el lenguaje —discurso— del enunciado legal y el lenguaje —discurso— de los hechos.

La anterior afirmación es válida por dos razones: la primera, al decir de RORTY,²¹ “el mundo no habla. Solo nosotros lo hacemos. El mundo, una vez que nos hemos ajustado al programa de un lenguaje, puede hacer que sostengamos determinadas creencias. Pero no puede proponernos un lenguaje para que nosotros lo hablemos”. Por lo tanto, la argumentación jurídica es discursiva y tiene como referentes otros discursos, el discurso de la ley y el discurso de los hechos. Sostenemos determinadas creencias porque hemos aprendido un lenguaje para poder hacerlo, y esas creencias no son inherentes al mundo sino inherentes al lenguaje.

La segunda razón son las características del signo lingüístico y las características del lenguaje legal: son indeterminados en su nivel semántico; por lo tanto, la determinación del contenido del lenguaje de la proposición legal solo es posible construirse discursivamente.

Así, para DE SAUSSURE,²² el signo lingüístico:

[...] une no una cosa y un nombre, sino un concepto y una imagen acústica. Esta última no es el sonido material, cosa puramente física, sino la psíquica de ese sonido, la representación que de él nos da el testimonio de nuestros sentidos; esa representación es sensorial, y si se nos ocurre llamarla “material” es solo en este sentido y por oposición al otro término de la asociación, el concepto, generalmente más abstracto. [...] Nosotros proponemos conservar la palabra signo para designar la totalidad, y reemplazar concepto e imagen acústica respectivamente por significado y significante.

Para Tzvetan TODOROV,²³ el signo lingüístico es “una entidad que: 1) puede hacerse sensible y, 2) para un grupo definido de usuarios *señala una ausencia en sí misma*. La parte del signo que puede hacerse sensible se llama, para De Saussure, *significante*; la parte ausente, *significado*, y la relación que mantienen ambos, *significación*”. Otra afirmación importante de TODOROV²⁴ que caracteriza al signo lingüístico es que el “signo es siempre institucional: en este sentido solo existe para un determinado número de usuarios. [...] Pero fuera de una sociedad, por reducida que sea, los signos no existen. [...] Solo una comunidad de usuarios puede instituirlo como signo”.

²¹ RORTY, Richard: *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona: Paidós, 1996, p. 26.

²² DE SAUSSURE, Ferdinand: *Curso de lingüística general*, México: Nueva Universidad, 1982, p. 102.

²³ TODOROV, Tzvetan, y DUCROT, Oswald: *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, México: Siglo XXI, 1998, p. 121.

²⁴ *Ibídem*, p. 122.

El significante es el soporte material (figuras) y fónico (sonidos) del signo lingüístico, mientras que el significado es la evocación que el signo hace del objeto nombrado. La concepción referencial del lenguaje en la que se asocia el significado con el objeto es insostenible, dado que no hay una relación *per se* entre el nombre y el objeto designado porque lo que caracteriza al signo lingüístico es, entre otras características, ser arbitrario. La arbitrariedad establece una relación consensual entre el nombre y su referente; por lo tanto, toda relación posterior entre el nombre y el referente deberá ser entendida como una evocación a esa relación arbitraria. Pero lo arbitrario no debe ser entendido en un sentido ramplón; debe ser entendido que la secuencia de grafías y sonidos que construyen un signo es arbitraria y que la relación que esa secuencia arbitraria tiene con un objeto determinado es, también, arbitraria pero fundamentalmente es contingente. Así, solo es posible designar a un objeto cuando se construye el sentido del vocablo en el contexto del discurso. Por ejemplo, decir *pásame el gato* puede significar varias cosas pero ninguna de ellas es una relación *per se* con el referente. El significado del signo gato evoca: un animal, un mecanismo para elevar la carrocería de un auto o despectivamente a un trabajador, pero el significado nunca nombra un objeto. La arbitrariedad y la contingencia del signo ya en su creación, ya en su aplicación referencial nos permiten designar como evocaciones posibles a los significados de los signos.

Si existiera un significado determinado entonces no habría interpretación, dado que el significado referencial designaría, sin lugar a dudas, su referente, pero dado que es insostenible esta posición, salvo por ignorancia, entonces todo acto de enunciación siempre es un acto de interpretación: se trata de construir el sentido particular de las evocaciones generales del lenguaje. El concepto de evocación que propongo como una característica sustancial del lenguaje es lo que hace posible la existencia del acto de argumentar, que significa, en este caso, construir retóricamente el sentido tanto de la premisa legal (el discurso de la ley) como de la premisa fáctica (las versiones discursivas de los hechos).

Construyo, propongo y argumento el concepto de *evocación* en detrimento del concepto de significado referencial a la luz de este razonamiento. La evocación es el sentido construido sobre un lenguaje legal que tiene características formales que hacen posible estas acciones retóricas.

Características del lenguaje legal:

1. La arbitrariedad. El lenguaje legal es arbitrario en su relación con la realidad. El enunciado legal no es una descripción necesaria, ni una descripción inherente a la realidad, sino que es una construcción interpretativa que realiza el legislador. No hay, pues, relación

inmanente entre enunciado legal y el mundo fáctico reglado porque la ley es una interpretación de la realidad que triunfó en la votación legislativa y no la realidad misma.

2. La inmutabilidad. El enunciado legal es inmutable por virtud de un mandato legal. La ley es vigente (inmutable) por mandato de ley y deja de ser vigente (mutable) también por mandato de ley. La inmutabilidad de la proposición legal está condicionada a la ritualidad de la ley y no a su legitimidad, como ocurre contrariamente con el signo lingüístico. La inmutabilidad del signo depende de la convención social y de la necesidad de comunicación, mientras que la inmutabilidad de la ley depende del mandato legal.

3. La mutabilidad. La proposición legal es mutable por varias razones, a saber:

- a. Ritualidad de la ley: la proposición legal es mutable por virtud de las adiciones y reformas a la ley.
- b. Característica dialógica: el enunciado legal es mutable por razones coyunturales que se ponen en juego en el diálogo legislativo.
- c. Característica interpretativa: la ley es mutable por virtud de las diversas interpretaciones que las partes del procedimiento judicial realizan desde sus intereses procesales.

4. La ambigüedad. Se presenta en dos sentidos, a saber: *ambigüedad sintáctica* y *ambigüedad semántica*.

La *ambigüedad semántica* se presenta porque el vocablo contiene un conjunto de significados que es posible que sean atribuidos a uno o varios objetos o situaciones y cada uno de ellos pertenece por igual al vocablo. Así mismo, hay ambigüedad semántica en el uso del vocablo cuando el contexto discursivo acepta tanto los significados denotativos como los connotativos para comprender la oración. El universo significativo de un vocablo se constituye por los significados propios como por el contexto en que está inserto. Por lo tanto, es ambigua la elección del conjunto de significados del vocablo como es ambiguo el contexto en que ese vocablo se encuentra, lo que trae como resultado que una proposición jurídica ambigua expresa dos o más normas²⁵ posibles de aplicación.

La *ambigüedad sintáctica* se manifiesta en el orden sintáctico de la oración expresado en sujeto-verbo-predicado (complementos). La inconsistencia en el orden sintáctico de la oración

²⁵ Entiendo por norma la conducta prohibida, instituida o autorizada por el enunciado legal y que es el resultado de la interpretación que realiza el operador jurídico.

trae aparejada la ambigüedad semántica de la oración. La inconsistencia sintáctica se manifiesta dado que los vocablos no tienen una definición sintáctica *per se*, sino que pueden, y generalmente es así, cumplir funciones gramaticales dentro de la oración. Así, el vocablo *peligroso* se presenta como un adjetivo, pero el mismo vocablo puede cumplir las funciones de predicado.

5. Escisión semántica. Toda lengua tiene un repertorio lexical construido desde la oposición y, por lo tanto, expresa un mundo siempre dicotómico. A cada afirmación le corresponde una oposición, así tenemos las series: frío/caliente, lento/rápido, concreto/abstracto, etcétera. El enunciado normativo establece prohibiciones o permisiones desde los grados establecidos por la serie: frío, tibio, caliente. Sin embargo la serie escindida es incapaz de expresar valores precisos, por lo que la norma requiere de interpretación para precisar el modo de presentarse la graduación de lo permitido o lo prohibido.

6. Indeterminación. El enunciado legal se expresa en una oración; por lo tanto, lo que se quiere reglar solo es posible hacerlo desde el repertorio de hábitos gramaticales, sintácticos y semánticos de la lengua. Sin embargo, el cumplimiento con estos repertorios no asegura la significación precisa dado que los vocablos son indeterminados sintáctica y semánticamente. Por lo tanto, el sujeto desde el punto de vista sintáctico puede estar presente, pero es indeterminado ante el sujeto semántico que se quiere normar. En el orden sintáctico puede estar presente el verbo, pero la conducta punible puede estar nombrada de manera indeterminada, como normalmente ocurre. *Privar de la vida a otro* es una conducta prohibida en el código penal y es una conducta lingüísticamente indeterminada dado que la pregunta que no hacemos es: ¿se priva de la vida a otro cuando hay ausencia de todos los signos vitales o es suficiente con la ausencia de uno solo de los signos vitales para configurarse el delito de homicidio? Así mismo, lo que se dice del sujeto normado es el predicado, y es el predicado el que establece las agravantes o las excepciones de la proposición jurídica, y ellas pueden también presentarse de manera indeterminada.

4.

LA CONSTRUCCIÓN DEL SENTIDO EPISTEMOLÓGICO DEL ENUNCIADO LEGAL

4.1. LA IDEA DE CONOCIMIENTO EN EL ENUNCIADO LEGAL

La idea de saber es un espacio del enunciado normativo que se construye desde los intereses y deseos procesales del intérprete como límites. Si existen varias concepciones acerca del saber, la pregunta es ¿desde cuál pretensión del saber habla el legislador? Argumentando desde una posición epistémica diversa a la reivindicada por la ley se modifica el sentido normativo del enunciado legal y por ende la comprensión del hecho en disputa modifica la responsabilidad de las partes. El enunciado normativo al nombrar al hombre y su relación con la naturaleza tiene concepciones epistemológicas que se expresan en el enunciado legal. Argumentando otra concepción epistémica se modifica y, por lo tanto, se crea otro sentido normativo.

La concepción de saber del legislador se expresa en el enunciado normativo, pero también la idea del saber es reivindicada por las partes y por el juez. Si hay coherencia entre la idea de saber de la triada procesal y la idea de saber del legislador, este espacio del enunciado normativo será “llenado” con ideas comunes, pero si una de las partes reivindica una idea diversa del saber, todo el sistema normativo aplicable al caso en concreto se pone en crisis.

Este espacio del saber como constituyente del enunciado normativo es fundamental dado que puede ser “llenado” con una idea desde la pretensión de la certidumbre o una idea desde el reconocimiento de la incertidumbre. El texto legal puede reivindicar la idea de que se puede conocer la realidad porque ella existe como tal y es independiente de mí o puede también reivindicar la idea de que el conocimiento es válido en tanto constituye una vía de acceso a la realidad tal como es. Esta confianza en la certidumbre del saber está sustentada, afirma PRIGOGINE,²⁶ en la física tradicional, “que vinculaba conocimiento completo y certidumbre, que en ciertas condiciones iniciales apropiadas garantizaban la previsibilidad del futuro y la posibilidad de retro-decir el pasado”. La certidumbre del saber radica en la reiteración de las condiciones de la prueba: dadas estas condiciones se puede predecir el futuro o corregir el pasado. Sin embargo, la incorporación del concepto de inestabilidad (o cambio) modifica totalmente la significación y las leyes de la naturaleza cobran nueva significación.

²⁶ PRIGOGINE, Ilya: *El fin de las certidumbres*, Santiago de Chile: Andrés Bello, 1996, pp. 12-13.

El concepto de inestabilidad permite pasar del concepto de certidumbre al concepto de posibilidad. Al respecto afirma Prigogine²⁷ que “tanto en dinámica clásica como en física cuántica las leyes fundamentales ahora expresan posibilidades, no certidumbres. No solo poseemos leyes sino acontecimientos que no son deducibles de las leyes pero actualizan sus posibilidades”.

Por lo tanto, y en función del razonamiento anterior, un enunciado legal, aislado de la realidad, puede tener una significación textual, pero ese mismo enunciado puesto en relación con un caso en concreto adquiere un nuevo significado. La incorporación del caso concreto como concepto de inestabilidad es lo que permite pasar de una idea de certeza en la interpretación del enunciado normativo a la idea de posibilidad en la construcción del argumento. Ya no tenemos la certidumbre del sentido normativo propio del enunciado, sino que debemos construir el sentido de la norma en relación con el caso y, por lo tanto, la argumentación niega la certidumbre de una interpretación *per se* y demuestra la existencia de probables interpretaciones del enunciado según el caso concreto.

Clemente DE LA TORRE afirma que si a una persona le preguntamos si la naturaleza existe o, más concretamente, si ese árbol que está frente a él existe, si es verdad que ese objeto existe, no dudará en afirmar su existencia. Puedo tocar el árbol, verlo, sentirlo, olerlo, degustarlo, hasta oírlo puedo. La verdad se presenta desde la legitimación de los sentidos. Todos los argumentos que se nos proporcionan se refieren a los datos que la cosa informa a nuestros sentidos. Esto, lo único que prueba, es que existen los sentidos y que ellos nos proporcionan información. “Pero [...] ‘ver’ algo solo me asegura que existen físicas en mí que me aportan datos sensoriales. Lo que veo es la refracción de la luz, pero eso no me asegura la existencia del árbol; la única existencia que puedo afirmar, por esta vía, es la de los datos sensoriales”.²⁸

Con el mismo ejemplo del árbol, el profesor IBÁÑEZ²⁹ describe el saber desde la concepción lingüística:

Veamos, es una obviedad y una trivialidad decir que si no hubiera seres humanos tampoco habría conceptos. El árbol es también un concepto, un concepto que es además variable según las culturas y es mediante ese concepto y mediante sus usos, como construimos “el-árbol-para-nosotros”. El árbol es una realidad lingüísticamente mediada, el lenguaje y los conceptos que se elaboran en su seno son “formativos” del objeto y es en este sentido como podemos decir que el árbol no es independiente de nosotros. Pero esto no significa que podamos construir el árbol de forma

²⁷ Ibídem, p. 13.

²⁸ DE LA TORRE, Alberto Clemente: *Física cuántica para filósofos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 34.

²⁹ IBÁÑEZ, Tomás: *Municiones para disidentes. Realidad-verdad-política*, Barcelona: Gedisa, 2001, p. 50.

arbitraria, aunque solo sea porque, por una parte, nuestros conceptos son extensiones de nuestras operaciones y por lo tanto de nuestras propias características.

Pero para el profesor IBÁÑEZ³⁰ “lo que se trata de argumentar aquí no es que la realidad *para nosotros* está siempre lingüísticamente mediada, sino, literalmente, que no hay árboles en la realidad”. Y no hay árboles si nosotros pudiéramos “reducirnos” al tamaño de una partícula, por lo que pasaríamos por dentro del árbol como si pasáramos al lado-abajo-arriba-cerca-lejos del árbol. El árbol solo sería un campo de fuerzas. El problema fundamental aquí no es la cuestión de la realidad empírica, “no es la cuestión de la realidad tal y como la percibimos, sino la cuestión de la realidad ontológica, de la realidad tal y como se supone que existe con independencia de nosotros. [...] En este sentido, la realidad es, por supuesto, ‘tal y como es’ pero solo porque nosotros somos ‘tal y como somos’. Si cambiamos, también cambia la realidad. [...] La realidad es lo que resulta construido por nuestra existencia, y depende por lo tanto de esta”.

La realidad, y el saber sobre esa realidad, es una construcción discursiva condicionada por las prácticas sociales, culturales, religiosas, discursivas comunitarias y, fundamentalmente, por las nominaciones que hacemos de los objetos, por lo que la interpretación del enunciado normativo no tiene *una* interpretación sino tantas como sea posible argumentar desde los diversos modos de ser de la comunidad.

Por otra parte, la certeza del saber supondría la existencia de un estándar de validación y corrección que fuera independiente del saber construido por el hombre, porque no hay ninguna vía de acceso a la realidad que no pase por la construcción del conocimiento de la realidad. Frente a este problema RORTY³¹ afirma que “solo las descripciones del mundo pueden ser verdaderas o falsas”. El objeto es indiferente ante las descripciones que se hacen de él. A las descripciones del objeto las denominamos saber y su validación no se encuentra en el objeto sino en otro discurso legitimador y creado por el mismo hombre: un discurso descriptivo se legitima en un discurso paradigmático.

El hombre nombra al objeto y le atribuye características, posteriormente las describe, las enumera, las agrupa y las divide y a ese acto descriptivo le llama saber. La definición estándar de PLATÓN en *Teétetos* reivindica al saber como una creencia que es verdadera. Para mí, el saber jurídico no es una creencia verdadera o falsa sino que es un discurso retórico, es decir, una argumentación del lenguaje sobre el lenguaje (legal y fáctico) que es aceptado por

³⁰ Ibídem, pp. 51 ss.

³¹ RORTY: o. cit., p. 25.

el auditorio al que va dirigido. La racionalidad jurídica, por lo tanto, es una construcción discursiva.

4.2. LA IDEA DE REALIDAD EN EL ENUNCIADO LEGAL

Si hay una construcción discursiva de la realidad, también hay una construcción social de la realidad.

La ley es siempre una respuesta a la realidad fáctica, es verdad. Sin embargo, la ley es una interpretación que el legislador hace de la realidad y la realidad es una interpretación del legislador que predominó sobre otras posibles interpretaciones. Por lo tanto, ni hay una única realidad ni existe una única respuesta legislativa. El enunciado legal, la ley, es una interpretación de una interpretación.

Si el conocimiento³² es una construcción discursiva, la realidad también es una construcción discursiva, como ya he planteado, pero también es una construcción social. Las instituciones sociales son concepciones humanas que pueden ser modificadas discrecionalmente por los propios hombres, pero en el momento en que se objetivan los significados —se institucionalizan por virtud de la ley— estos se vuelven cosas que pueden ser legitimadas y a su vez dar paso a nuevas significaciones.

BERGER y LUCKMANN³³ afirman que la función de la legitimación “es lograr que las objetivaciones de ‘primer orden’ ya institucionalizadas lleguen a ser objetivamente disponibles y subjetivamente plausibles”. Las significaciones sociales deberán estar disponibles para su aprehensión conceptual desde lo personalmente aceptable y su reproducción a las nuevas generaciones se hará desde las explicaciones y las justificaciones. La legitimación trata de “explicar” “el orden institucional atribuyendo validez cognoscitiva a sus significados objetivados”. No se trata entonces de plantear la significación en orden de jerarquía de lo mejor a lo peor, porque ello sería colocar la legitimación del saber y de las instituciones en término de valores, sino en que se trata de legitimar la significación en atención al conocimiento que explica por qué las cosas son como son. Este proceso de legitimación de las significaciones sociales también se presenta en los universos simbólicos que, según BERGER y LUCKMANN,³⁴

³² El conocimiento es una descripción discursiva de un objeto creado al ser nombrado. Tanto la descripción como la designación tienen como parámetro de validación la aceptación de ese predicado por una o varias comunidades epistémicas. La materialidad es la existencia atómica del mundo (del cual nosotros formamos parte junto a otros átomos), mientras que la realidad es el modo en que las relaciones sociales se presentan entre sí y con la naturaleza.

³³ BERGER, Peter, y LUCKMANN, Thomas: *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires: Amorrortu, 1995, p. 120.

³⁴ *Ibíd.*, p. 124.

se conciben como la matriz de “todos los significados objetivados socialmente y subjetivamente reales; toda la sociedad histórica y la biografía de un individuo se ven como hechos que ocurren dentro de ese universo”. El universo simbólico, entendido como procesos de significación, le explica al sujeto sus acciones pero también le permite entender la realidad en la que vive cotidianamente ya que la ordena y la jerarquiza. El sujeto *está* en el mundo porque *asume* las discursividades de su comunidad y las asume ya sea aceptándolas o negándolas; lo que importa es que el sujeto esté en el “movimiento” de la comunidad, esté dentro de ella; lo anterior quiere decir que el sujeto dialogue con los significados comunitarios y dialogar es, en este caso, construir un discurso que tiene como referencia otro discurso. El discurso personal solo se refiere al discurso comunitario; fuera de ese referente el discurso es insostenible, solo lo sostienen las significaciones comunitarias como referentes formales. Asumir el lenguaje de una comunidad es asumir el modo de entender la realidad de esa comunidad y eso significa asumir una identidad, interiorizar un modo de ser ante el mundo. Dialogar entonces es más peligroso que una batalla. En la batalla se niega o se afirma, la destrucción del otro permite mantener la identidad. En el diálogo, por su parte, el único resultado posible es el que las partes se influyan unas a otras, el que las partes necesariamente deban compartir interpretaciones. El diálogo con los discursos comunitario; solo tiene un final posible: la pertinencia del discurso personal a las interpretaciones comunitarias. Con BERGER y LUCKMANN³⁵ podemos resumir que “la sociedad, la identidad y la realidad se cristalizan subjetivamente en el mismo proceso de internalización. Esta cristalización se corresponde con la internalización del lenguaje”.

Con la aprehensión del lenguaje se logra, según BERGER y LUKMANN,³⁶ la socialización primaria y secundaria del individuo. En la socialización primaria se relaciona al individuo con otros significantes dados. Estas significaciones son aprendidas y asumidas sin ningún asomo de duda ya que le permiten al niño saber que “todo está bien”. Sin embargo, la socialización secundaria es aquella que le permite al individuo internalizar “submundos” institucionales o basados en instituciones. Esta socialización secundaria consiste en la adquisición de conocimientos particulares acerca de los “roles” en la división del trabajo y por lo tanto esto trae aparejada la asunción subjetiva de campos semánticos que estructuran interpretaciones y comportamientos rutinarios dentro de un área institucional, tales como la comprensión tácita de ciertos fenómenos y su posterior evaluación de estos campos semánticos. En la socialización secundaria estos “submundos” internalizados generalmente son realidades parciales que se contrastan con el

³⁵ *Ibíd.*, p. 169.

³⁶ *Ibíd.*, pp. 172 ss.

“mundo de base” que se adquirió en la socialización primaria. En suma, la socialización secundaria —desde la perspectiva retórica— consiste en la adquisición de vocabularios específicos acerca de esos “roles” del trabajo; por ello, ser abogado significa, fundamentalmente, aprender, usar, entender y reproducir el lenguaje de los abogados.

La realidad, entonces, es una construcción discursiva dialógica en donde se aprenden discursos que son una serie de interpretaciones heredadas y luego desde el discurso personal (las interpretaciones subjetivas) se dialoga con otros discursos (las interpretaciones institucionales). Este es un procedimiento dialógico permanente que permite³⁷ “desarrollar procedimientos de mantenimiento de la realidad para salvaguardar cierto grado de simetría entre la realidad objetiva y la subjetiva”. Este procedimiento permanente de diálogo que construye la realidad procesal —lo “realmente” ocurrido porque fue aceptado— es la construcción retórica de la argumentación jurídica que realiza el intérprete jurídico.

5.

LA CONSTRUCCIÓN DEL SENTIDO ÉTICO DEL ENUNCIADO LEGAL

El enunciado normativo es legal cuando su creación se realizó cumpliendo con la ritualidad procesal establecida en la Constitución y es legítimo cuando es acatado voluntariamente por la mayoría de la comunidad a la que está dirigido. Este acatamiento voluntario de la ley tiene tres vertientes: 1) se acata la ley porque se participó en su creación (Rousseau); 2) se acata la ley porque es una respuesta racional que soluciona un problema social, económico, político, etcétera, y 3) se acata la ley porque ella es pertinente a la moral de la comunidad.

La dimensión ética del enunciado normativo es el componente que valida no solamente el cumplimiento voluntario de la ley, sino fundamentalmente la pertinencia de la ley con el discurso comunitario. La ley es el discurso disciplinador por excelencia que a través de la internalización primaria y secundaria le proporcionan identidad al sujeto. La ley es la expresión coactiva de la moral comunitaria. Dado que la ley no describe hechos (ya que estos no son algo dado) sino que la ley es una argumentación (ya que los hechos son interpretaciones legislativas), la dimensión moral de la ley y la interpretación de los hechos están asociadas indisolublemente. La interpretación de los hechos es siempre una interpretación desde la moral del intérprete. Para los positivistas la ley tiene su propia racionalidad, que es independiente de la moral, y esta

³⁷ *Ibíd.*, p. 184

diferenciación debe ser clara porque si no se estaría amenazando la legitimidad del derecho. Sin embargo, no hay interpretaciones objetivas; nunca la ley da cuenta de los hechos, sino que siempre el intérprete argumenta desde sus valores. Por lo tanto, la premisa positivista que diferencia entre la ley positiva y la ley moral es insostenible: la ley, en su esfera de legitimación, siempre expresa la moral del intérprete legislativo.

En este razonamiento tomo como premisa inicial la tesis de Habermas³⁸ al respecto, que establece que solo desde una racionalidad procedimental que se encuentre imbuida de contenido moral la legalidad podría extraer su propia legitimidad. Esta racionalidad procedimental es la argumentación moral que permite la formación racional de la voluntad ya que:

[...] quien quiere argumentar seriamente ha de empezar asumiendo (y estribando en) las suposiciones idealizadoras que comporta una forma de comunicación tan exigente como es el discurso práctico. Pues todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que es lícito ejercer es la que ejercen los mejores argumentos.

La dimensión moral del enunciado normativo es una construcción argumentativa de su legitimidad, y la idea de moral es también una construcción argumentativa del discurso jurídico. Así, podemos partir de dos premisas básicas: o la moral es algo dado de una vez y para siempre o la moral es un ejercicio de responsabilidad comunitaria. Así, desde la perspectiva de Apel,³⁹ podemos caracterizar una moral de las costumbres “en la que todas las normas son casi evidentes para todos los individuos y una ética del discurso entendida como la cooperación solidaria de los individuos ya en la fundamentación de las normas morales y jurídicas susceptibles de consenso, tal como es posible, principalmente, por medio del discurso argumentativo”.

Si los postulados legales son evidentes moralmente, entonces la responsabilidad del legislador comienza y acaba con reconocerlos y plasmarlos en la textualidad de la ley. Sin embargo, si la moral es un discurso que se debe fundamentar y argumentar, entonces la tarea del legislador y la del intérprete consiste, al decir de Apel,⁴⁰ en “asumir la responsabilidad solidaria por las consecuencias y subconsecuencias a escala mundial de las actividades colectivas de los hombres”. En la moral de las costumbres la ley es el receptáculo de valores que trascienden a la comunidad, mientras que en la ética discursiva es la comunidad la que asume la

³⁸ HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 1998, p. 536.

³⁹ APEL, Karl-Otto: *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona: Paidós, 1995, p. 148.

⁴⁰ *Ibidem*.

responsabilidad de su destino, por lo que la ley es pura argumentación moral. Si la ley es una interpretación de otra interpretación (los hechos valorados), entonces la mediación entre las interpretaciones sociales y la construcción del enunciado legal está mediada por la moral del intérprete. La legitimidad de la ley deriva de la pertinencia que existe entre el enunciado legal y la moral de la comunidad y la interpretación es un acto eminentemente argumentativo. Esta argumentación se realiza desde los marcos referenciales del intérprete definidos por Taylor⁴¹ como aquello por virtud de lo cual “encontramos el sentido espiritual de nuestras vidas. Carecer de un marco referencial es sumirse en una vida sin sentido espiritual. Por eso la búsqueda es siempre una búsqueda de sentido”. Luego, Taylor⁴² agrega que “pensar, sentir y juzgar dentro de dichos marcos es funcionar con la sensación de que alguna acción o modo de vida o modo de sentir es incomparablemente mejor que otros que tenemos más a mano”.

Sin embargo, yo no considero que ese modo de vida que es “incomparablemente mejor” sea fruto de mi individualidad; por el contrario, creo que lo incomparablemente mejor es un discurso colectivo con el que me identifico: yo soy porque soy *en* ese discurso de la comunidad.

Así, al decir de MCINTYRE:⁴³

Soy hijo o hija de alguien, primo o tío de alguien más, ciudadano de esta o aquella ciudad, miembro de este o aquel gremio o profesión; pertenezco a este clan, esta tribu, esta nación. De ahí que lo que sea bueno para mí deba ser bueno para quien habite esos papeles. Como tal, heredo del pasado de mi familia, mi ciudad, mi tribu, mi nación, una variedad de deberes, herencias, expectativas correctas y obligaciones. Ellas constituyen los datos previos de mi vida, mi punto de partida moral. Confieren en parte a mi vida su propia particularidad moral.

Con esto quiero decir que la interpretación de la legitimidad de la ley, es decir, de su dimensión moral, es una construcción argumentativa desde mis marcos referenciales que no son personales, creados, inventados por mí como un rasgo de mi personalidad y mi identidad particular (el individualismo es un prejuicio mercantil del arte y de la moda) sino que son los valores que mi comunidad reivindica y me permiten contestar a la pregunta de quién soy.

Construyo el argumento de la legitimidad de la ley desde el discurso moral de mi comunidad a la que pertenezco, mientras que el discurso de la legalidad de la ley lo construyo

⁴¹ TAYLOR, Charles: *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona: Paidós, 2006, p. 39.

⁴² *Ibíd.*, p. 42.

⁴³ MCINTYRE, Alasdair: *Tras la virtud*, Barcelona: Crítica, 2004, p. 271.

desde la coherencia (o incoherencia) del enunciado normativo con el corpus jurídico y los principios generales del derecho.

6.

CONSTRUCCIÓN DE SENTIDO COMO INTERPRETACIÓN TEXTUAL

Sin embargo, construir el sentido legal de la ley no significa que estemos *imaginando* de manera delirante sobre la ley, ni significa, por el contrario, que no estemos haciendo *interpretaciones literales* basadas en las palabras de ley, porque debe decirse que es la elección de significados reconocidos por las partes del juicio como *comunes*, *inherentes* o *proprios* del vocablo a lo que debemos llamar *interpretación textual*, transformando así lo que es una elección de sentido procesalmente prejuiciosa y subjetiva de los significados del vocablo de la ley como algo *estricto*. No porque lo sea, sino porque así lo reconocen (lo aceptan) las partes coyunturalmente o algunas de las partes, como la autoridad administrativa o el sistema judicial. La aceptación de las evocaciones semánticas por la autoridad o el tribunal se expresa en el reconocimiento de que ese *sentido* creado por la parte corresponde al sentido *común* y, por lo tanto, se lo reconoce como aplicación estricta. Es decir, el concepto de *aplicación estricta de la textualidad de ley*, de significado *común* y *literal* es contractual, es acordado, es construido por las partes y no es un significado *per se* del vocablo. Estas interpretaciones o estas elecciones de significados podrán, claro está, ser modificadas ya sea por una nueva jurisprudencia o una nueva elección de significados denominados, ahora por la nueva elección, como *comunes*. Las interpretaciones de las interpretaciones —denominadas aplicación estricta de la ley— se desarrollan *históricamente* por coyunturas contingentes, es decir, por la aceptación o la negación que el auditorio jurídico (jueces, litigantes, doctrinarios, etcétera) hace de los nuevos sentidos creados, construidos retóricamente y ofrecidos en el juicio.

Interpretación estricta de la textualidad de la ley no es opuesto a construcción retórica del sentido de la ley, dado que construir un discurso argumentativo en el juicio que sea persuasivo, esto es, que demuestre que el sentido construido por uno de los abogados o el juez es el significado *común* de la norma legal, es el significado *textual*, *inherente* en esa coyuntura histórica determinada y, por ende, que la construcción del sentido que realizó el abogado o el juez de la ley aplicable al caso concreto es, en realidad, la aplicación estricta de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- APEL, Karl-Otto: *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona: Paidós, 1995.
- BERGER, Peter, y LUCKMANN, Thomas: *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires; Amorrortu, 1995.
- DE LA TORRE, Alberto Clemente: *Física cuántica para filósofos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- DE MIGUEL, Raimundo: *Nuevo diccionario latino-español etimológico*, Madrid: Sáenz de Jubera, 1897 (edición facsimilar, Madrid: Visor, 2000).
- DERRIDA, Jacques: *De la gramatología*, México: Siglo XXI, 1978.
- DE SAUSSURE, Ferdinand: *Curso de lingüística general*, México: Nueva Universidad, 1982.
- DUCROT, Oswald: *El decir y lo dicho. Polifonía de la enunciación*, Barcelona: Paidós, 1986.
- FREGE, Gottlob: *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid: Tecnos, 1998.
- GREIMAS, A. J.: *Semántica estructural. Investigación metodológica*, Madrid: Gredos, 1987.
- HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 1998.
- HUSSERL, Edmund: *Investigaciones lógicas*, tomo 1, Madrid: Alianza, 1999.
- IBÁÑEZ, Tomás: *Municiones para disidentes. Realidad-verdad-política*, Barcelona: Gedisa, 2001.
- LÁZARO CARRETER, Fernando: *Diccionario de términos filológicos*, Madrid: Gredos, 1987.
- LEECH, Geoffrey: *Semántica*, Madrid: Alianza, 1985.
- LEWANDOWSKI, Theodor: *Diccionario de lingüística*, Madrid: Cátedra, 1992.
- LYONS, John: *Introducción en la lingüística teórica*, Barcelona: Teide, 1977.
- MARCHESE, Angelo, y FORRADELLAS, Joaquín: *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*, Barcelona: Ariel, 2000.
- MCINTYRE, Alasdair: *Tras la virtud*, Barcelona: Crítica, 2004.
- PAZ, Octavio: *El arco y la lira*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- PRIGOGINE, Ilya: *El fin de las certidumbres*, Santiago de Chile: Andrés Bello, 1996.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, Madrid: Espasa Calpe, 1992.
- RICOEUR, Paul: *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*, México: Siglo XXI y UIA, 1995.
- RICOEUR, Paul: *Tiempo y narración*, México: Siglo XXI, 1998.
- ROBINS, R. H.: *Lingüística general*, Madrid: Gredos, 1976.
- RORTY, Richard: *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona: Paidós, 1996.

TAYLOR, Charles: *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona: Paidós, 2006.

TODOROV, Tzvetan, y DUCROT, Oswald: *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, México: Siglo XXI, 1998.

Ley de Patentes de Rodados: ¿avance o retroceso?*

Law of Vehicle License: ¿progress or setback?

*Graciela Ruocco***

ruocco@adinet.com.uy

RESUMEN. El artículo 1.º de la ley n.º 18456 (Vehículos Automotores. Normas sobre su Empadronamiento) se autocalifica como norma interpretativa del texto constitucional que establece la potestad de los gobiernos departamentales de decretar y administrar los recursos establecidos en el artículo 297 de la Constitución y la limita “geográficamente por los hechos generadores ocurridos en su propia jurisdicción”. El presente trabajo pretende desentrañar si la referida disposición tiene naturaleza interpretativa o si, por el contrario, establece una limitación a la potestad tributaria departamental que no surge del texto constitucional, y por tanto conduce a una verdadera lesión a la autonomía departamental. Pretendemos con ello llamar la atención sobre el papel de la Suprema Corte de Justicia como juez constitucional, tanto en lo que se relaciona con la acción por lesión de autonomía (artículo 283) como en lo referido a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (artículos 256 ss.). Detrás de estos conflictos, por más organizacionales que puedan parecer, hay en el fondo un tema de derechos humanos.

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Profesora titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

PALABRAS CLAVE. Transporte automotor. Derecho tributario. Derecho municipal. Decretos tributarios. Gobierno Departamental. Derecho constitucional. Principio de autonomía departamental.

ABSTRACT. Article No. 1 of Law No. 18.456 (Motor Vehicles. Registration Rules), is self-nominated as an interpretive rule of the Constitution which establishes the authority of the Departmental Governments to enact and administer the remedies provided for in art. 297 of the Constitution and limits this authority “geographically by the operative events occurred in their own jurisdiction”. Through this paper we intend to unravel whether the above mention provision may be interpreted, or if instead it imposes a limitation on the departmental taxing authority, which is not derived from the Constitution, and therefore leads to a real damage in departmental autonomy. We intend to draw attention on the role of the Supreme Court of Justice as a Constitutional Court, as related to an action for damage on autonomy (art. 283) and in reference to the declaration of unconstitutionality of departmental laws and decrees enforced as laws in their jurisdiction (arts. 256 et seq). Behind these conflicts, as organizational as they may seem, there is in essence an issue of human rights.

KEYWORDS. Motor vehicles Transportation. Tax Law. Municipal Law. Tax Decrees. Departmental Government. Constitutional Law. Principle of Departmental Autonomy.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** Interpretación de la Constitución. **3.** La ley n.º 18456. Objeciones de constitucionalidad. 3.1. Ley Interpretativa y competencia del Gobierno Departamental. 3.2. Hecho generador del impuesto. 3.3. El *interés general* invocado. 3.4. Delegación legislativa. 3.5. Declaración de nulidad. 3.6. Retroactividad. 3.6. La potestad reglamentaria departamental. 3.7. Lesión de autonomía departamental. 3.8. La filosofía jurídico-política de la Carta. **4.** Contrariedad de la ley respecto de los decretos departamentales que regulan la materia. **5.** Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1.º de la ley n.º 18456 (Vehículos Automotores. Normas sobre su Empadronamiento) se autocalifica como norma interpretativa del texto constitucional que establece la potestad de los gobiernos departamentales de decretar y administrar los recursos establecidos en el artículo 297 de la Constitución y la limita “geográficamente por los hechos generadores ocurridos en su propia jurisdicción”.

El presente trabajo pretende desentrañar si la referida disposición tiene naturaleza interpretativa o si, por el contrario, establece una limitación a la potestad tributaria departamental que no surge del texto constitucional y, por tanto, conduce a una verdadera lesión a la autonomía departamental.

A tales efectos abordaremos el estudio de la norma constitucional que otorga la potestad tributaria al Gobierno Departamental y su alcance, y la interpretaremos a la luz de su finalidad, con el objeto de determinar si las diversas disposiciones de la denominada *Ley de Patentes* se ajustan a ellos: texto y finalidad.

En esa tarea interpretativa tendremos especialmente en cuenta la importancia jurídico-política que nuestra Constitución asigna a lo departamental, a lo local, especialmente a partir de la reforma constitucional vigente desde 1997.

De ahí la relación que advertimos entre el tema que nos hemos propuesto, que en principio aparece como vinculado exclusivamente a lo orgánico y competencial, y los derechos de los individuos.

En tal sentido DURÁN MARTÍNEZ, refiriéndose a la importancia y el interés por lo local, señala:

Ese fenómeno se produce en busca de una mejor calidad de vida, en ejercicio del derecho a vivir, lo que coloca el tema en el ámbito de los derechos humanos, más precisamente derechos humanos de la tercera generación.

Lo expuesto lleva a llamar la atención sobre el papel de la Suprema Corte de Justicia como Juez Constitucional, tanto en lo que se relaciona con la acción por lesión de autonomía (art. 283) como en lo referido a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (arts. 256 y ss). *Detrás de estos conflictos, por más organizacionales que puedan parecer, hay en el fondo un tema de derechos humanos.*

Solo teniendo en cuenta este aspecto puede lograr sentencias acordes a la Constitución.

Toda la normativa infravalente debe interpretarse desde la Constitución, o mejor dicho, desde los derechos humanos. Aunque a decir verdad, en constituciones como la uruguaya —y en la mayoría de las modernas— los derechos humanos son recibidos en la Constitución, con lo que la expresión *desde la Constitución* comprende también los derechos humanos.

Eso hace que el juez constitucional, al ser custodio de la Constitución, es en verdad el gran custodio de los derechos humanos. Eso hace en nuestro medio que la Suprema Corte de Justicia deba tener *especial cuidado al juzgar asuntos en que esté en juego la autonomía departamental o municipal, y también determinar con acierto cuáles son los actos jurídicos que pueden limitar los derechos humanos.*¹

El reconocimiento de esos valores —dice RISSO FERRAND— en un texto constitucional (es el caso de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo, entre otros), sumados a los principios tradicionales (legalidad, reserva legal, publicidad, seguridad jurídica, etcétera), unos y otros fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, tiene una incuestionable y decisiva importancia en la hora de interpretar y aplicar la Constitución, pero también respecto a la elaboración, interpretación y aplicación del resto del ordenamiento jurídico. Esto no es otra cosa que la interpretación y aplicación *desde* la Constitución. La dimensión axiológica de la Constitución, pues, en tanto código de valores y principios que se proyectan a todo el ordenamiento jurídico, adquiere singular importancia en nuestros días y es un elemento básico al proceder a la hermenéutica jurídica.²

El autor nos recuerda la sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 174/02, de la que surge claramente:

Cada Constitución consagra una determinada fórmula política que en sí significa un estilo de vida, una concepción de la sociedad y del Estado y una filosofía de lo que debe ser el manejo del aparato político... Esta fórmula política... debe tenerse presente de manera relevante en la interpretación constitucional pues ella apunta por un lado al reforzamiento del sistema y por otro a su supervivencia en el futuro (cita de GARCÍA BELAUNDE en la sentencia).

¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: "La descentralización territorial en el Uruguay", en *La organización política del territorio en América y España*, Buenos Aires: Lajouane, 2008, pp. 321-322 (cursivas añadidas).

² RISSO FERRAND, Martín: *Derecho constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 25.

El “valor constitucional” es un bien a considerar en la tarea interpretativa que importa muchas veces un balanceo entre bienes constitucionales, para lo que el intérprete necesita introducir una valoración global de la sociedad y el régimen institucional vigente.³

2.

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Siguiendo a RISSO FERRAND, encararemos la tarea interpretativa que exige nuestro estudio, transitando las etapas por él descritas:

[...] el intérprete deberá frente a un caso concreto:

(a) determinar el ordenamiento jurídico aplicable, y dentro del mismo, la o las normas aplicables (esto plantea problemas de aplicación geográfica y temporal del ordenamiento);

(b) analizar la regularidad jurídica de la norma con relación al resto del ordenamiento jurídico (lo que implica el control del perfeccionamiento, de la validez y de la eficacia de la norma);

(c) resolver eventuales contradicciones, reales o aparentes, que puedan existir en el sistema de normas en análisis; y

(d) por supuesto, determinar el contenido de la o las normas y sus consecuencia respecto al caso en estudio.⁴

La individualización de la(s) norma(s) es sin duda —dice el autor— el primer paso de una tarea de interpretación jurídica y por ella no puede entenderse la mera individualización formal, sino que implica el análisis y la determinación de la(s) norma(s) referida(s) a un caso concreto que es el que interesa resolver.

La Ley de Patentes es una norma perfecta porque ha completado su procedimiento de elaboración y presenta todos sus elementos intrínsecos, estructurales y funcionales; es válida por cuanto puede afirmarse la regularidad de dichos requisitos intrínsecos, y es eficaz dado que ha cumplido los requisitos extrínsecos del caso, publicación, etcétera.

Es en cuanto a su contenido y vigencia que pueden plantearse objeciones de constitucionalidad, en la medida en que regula materia atribuida al Gobierno Departamental y además está prevista su retroactividad, esto es, su aplicación a hechos acaecidos antes de su dictado.⁵

Asimismo, será imprescindible que se superen eventuales contradicciones que surjan dentro del ordenamiento jurídico respecto a un caso determinado, utilizando básicamente

³ *Ibíd.*, pp. 71-72.

⁴ *Ibíd.*, p. 43.

⁵ *Ibíd.*, pp. 47-49.

los principios de jerarquía, temporalidad y competencia.⁶ Estas reglas resultan trascendentes en nuestro estudio debido a que por ley nacional se ha ingresado en una materia que la Constitución ha atribuido al Gobierno Departamental.

ESTEVA GALICCHIO, recordando a JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, plantea el problema de si las reglas legales ordinarias en materia de interpretación de la ley son o no de aplicación obligatoria tratándose de interpretación constitucional. Le parece evidente que las reglas sobre hermenéutica contenidas en el Código Civil no son de aplicación obligatoria para la interpretación constitucional, porque reglas obligatorias sobre interpretación no pueden contenerse nunca en una norma de categoría inferior a aquella que deba ser interpretada.⁷

Sin embargo, señala que sería exagerado decir que las reglas del título preliminar del Código Civil no deben ser estimadas por el intérprete. Su autoridad para el intérprete derivará de su propio contenido lógico o de su valor científico.

[...] por su índole de principios son en general aplicables a la interpretación de cualquier tipo normativo y desde luego a las normas constitucionales.⁸

En lo relativo a la regla de respeto del tenor literal del texto (artículo 17 del Código Civil), destacó que existe una razón fundada para que el intérprete no se separe del texto literal de la Constitución excepto cuando ello resulte muy especialmente indicado.⁹

Continúa ESTEVA GALICCHIO recordando a JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y afirma que la regla del artículo 20 sobre interpretación armónica debe ser recibida con toda su amplitud siempre que se considere exclusivamente la armonía que debe existir entre todos los preceptos constitucionales.¹⁰

Entre las reglas relativas a la técnica de interpretación concluye:

[...] la primera debe ser el respeto por el texto literal [...] sobre la base de entenderlo armonizando el tenor de cada una de las disposiciones con el conjunto de las otras disposiciones constitucionales [...] en cuanto el tenor sea claro, aplicarlo rigurosamente.

La claridad que debe requerirse no es la claridad gramatical, sino la claridad jurídica.

⁶ *Ibíd.*, p. 51.

⁷ *Ibíd.*; KORZENIAK, J.: *Primer Curso de Derecho Público. Derecho constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 68.

⁸ *Ibíd.*, p. 68.

⁹ ESTEVA GALICCHIO, Eduardo: "La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya", tomo VII de homenaje a Héctor Fix-Zamudio (UNAM), <http://www.bibliojuridica.org>; RISSO FERRAND: o. cit., p. 62.

¹⁰ ESTEVA GALICCHIO: o. cit.; RISSO FERRAND: o. cit., p. 63.

Un texto puede ser gramaticalmente claro y resultar jurídicamente absurdo. La tarea de interpretación del derecho es una tarea para juristas y no para gramáticos.¹¹

Asimismo, RISSO FERRAND nos alerta acerca de la importancia de la atención a la finalidad de las normas, recordando al tercero de los ARÉCHAGA, que formuló las bases del método de interpretación lógico-sistemático-teleológico. Además del *deber ser* de las normas, el derecho aparece en el mundo del *ser* como una realidad esencial, indisolublemente ligada a la idea de un fin. Si es de esencia que las normas se orientan a la realización de un fin, va implícito que la labor del intérprete ha de orientarse en vista del fin propuesto y que por tanto, cuando al examinar un precepto del sistema jurídico se le presenten como posibles varias soluciones interpretativas distintas, el criterio para elegir entre ellas le estará dado por la consideración de cuál de los criterios interpretativos se ajusta mejor a la realización del fin que la norma trata de realizar.¹²

En el caso resulta de singular importancia determinar la finalidad de la norma constitucional que atribuye la potestad tributaria al Gobierno Departamental en materia de impuestos a los vehículos de transporte y la finalidad de la ley nacional cuando regula el hecho generador de dicho impuesto.

ESTEVA GALLICCHIO suele distinguir tres momentos en la interpretación constitucional: a) el momento textual, obviamente referido al análisis del texto de la(s) disposición(es) a interpretar; b) el momento contextual, que refiere a la interpretación armónica con las restantes disposiciones constitucionales, y c) el momento teleológico referido al análisis del fin perseguido por las normas.¹³

En la tarea interpretativa que exige nuestro estudio, también tendremos en cuenta las reglas que al respecto recuerdan ESTEVA GALLICCHIO y RISSO FERRAND, siguiendo a SAGÜÉS, relativas a la consideración *pro homine* y *pro libertatis*. BIDART CAMPOS lo llama *integridad maximizadora* del sistema interamericano, basado en el artículo 29 de la Convención Interamericana. Nos obliga a considerar a cada persona y a todas las personas protegidas, en el caso los habitantes de la nación, propietarios de vehículos automotores, a quienes debe reconocerse en principio la libertad de circulación y de empadronamiento de los vehículos según su conveniencia.

¹¹ ESTEVA GALLICCHIO: o. cit.; RISSO FERRAND: o. cit., p. 69.

¹² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: *La Constitución Nacional*, p. 135, citado por RISSO FERRAND: o. cit., p. 60.

¹³ ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo: *Lecciones de Derecho Constitucional 2.º*, tomo VI, Montevideo, 1982, y *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VII, n.º 38, p. 203; cf. RISSO FERRAND: o. cit., p. 65; cf. sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 174/02.

En cuanto a las reglas interpretativas referentes a las autoridades, en la medida en que el tema en examen involucra las competencias de los gobiernos departamentales y del legislador nacional, no podrá dejar de considerarse que los órganos públicos no ejercen poderes propios sino delegados por la nación; que no hay competencia para órgano público sin texto que la establezca y que toda competencia es atribuida con una triple limitación: en razón de materia, de forma y de fines; que estos poderes, porque son delegados, no pueden ser a su vez delegados.¹⁴

Asimismo, otra regla que habremos de considerar es la que refiere a la no retroactividad *in pejus* (en perjuicio, normas más desfavorables) de las disposiciones limitadoras o restrictivas de los derechos.

Finalmente, el postulado interpretativo de proporcionalidad resultará trascendente a la hora de analizar la restricción que la ley impone a la libertad de los habitantes de empadronar su vehículo, en tanto se trata de una técnica aplicable a la intervención del legislador en el ámbito de los derechos. Los criterios provienen del Tribunal Constitucional alemán, acogidos por el Tribunal Constitucional español. Opera como un parámetro de control: con el objeto de optimizar un bien colectivo (interés general) en tanto el legislador restringe un derecho fundamental. Para su aplicación es necesario que se efectúe un análisis en tres escalones: a) *adecuación de medios a fines*; si la respuesta es negativa, se acabó el análisis; b) el segundo escalón es el análisis de la *necesidad*, tanto *material* (esto es, el contenido de la restricción) como *personal* (es decir, tiene que estar dirigido al menor número de personas posible), *temporal* (que la restricción perdure el menor tiempo posible) y *espacial* (el área más reducida de alcance); c) el tercer escalón es la proporcionalidad propiamente dicha o, en sentido estricto, la *ponderación*. En síntesis, idoneidad del fin, necesidad y proporcionalidad.

¹⁴ Cf. ESTEVA GALLICCHIO: o. cit.

3.

LA LEY N.º 18456.

OBJECIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

3.1. LEY INTERPRETATIVA Y COMPETENCIA DEL GOBIERNO DEPARTAMENTAL

El artículo 1.º de la ley n.º 18456, al amparo del numeral 20 del artículo 85 de la Constitución (potestad interpretativa de la Asamblea General), limita geográficamente la potestad de los gobiernos departamentales de decretar y administrar los recursos establecidos en el artículo 297 de la Constitución, “por los hechos generadores ocurridos en su propia jurisdicción”.

Corresponde previamente realizar una precisión con respecto al invocado amparo al numeral 20 del artículo 85 de la Carta.

Las normas constitucionales pueden ser interpretadas por leyes, pero en los sistemas de Constitución rígida la interpretación hecha mediante ley no es una interpretación auténtica. La interpretación auténtica es aquella formulada por una norma de igual jerarquía jurídica que la norma interpretada. Pero cuando una ley formula una interpretación de una norma constitucional, está aclarando el sentido de una norma de mayor fuerza jurídica. Esa interpretación, por estar contenida en una ley, tendrá la eficacia normativa que tienen todas las leyes, que se puede denominar *generalmente obligatoria*, “[...] pero no será auténtica y podrá dejarse de aplicar si fuere contraria a la Constitución, o si fuere una interpretación incorrecta de la Constitución”.¹⁵

Nos adelantamos a afirmar que precisamente es lo que ocurre en el caso, en que, a pesar de que la ley se *autocalificó* como interpretativa, puede declararse su inconstitucionalidad conforme la salvedad que surge de la parte final del citado numeral 20 (“[...] sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con los artículos 256 a 261”),¹⁶ si se advierte que su contenido violenta la Constitución.

Al respecto, RISSO FERRAND invoca la jurisprudencia de la Suprema Corte en las ocasiones en que entendió que, pese a la calificación formal, la norma no era de tipo interpretativo, ya que no se podía sostener que existiera una duda interpretativa razonable

¹⁵ KORZENIAK: o. cit., p. 66; cf. RISSO FERRAND: o. cit., p. 54; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: o. cit., p. 141 ss.; ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo: “La interpretación constitucional...”, o. cit.

¹⁶ Cf. RISSO FERRAND: o. cit., p. 54.

respecto a la norma interpretada, y concluyó por tanto que la norma no era interpretativa sino modificativa del ordenamiento jurídico anterior. Realizado esto y prescindiendo de la calificación formal, la Corte continuó con el análisis de la constitucionalidad de la norma.¹⁷

Entrando, ahora sí, al examen de la constitucionalidad de la disposición contenida en el referido artículo 1.º de la ley n.º 18456, recordemos que el artículo 297 de la Constitución establece que “serán fuente de recursos de los gobiernos departamentales, *decretados y administrados* por estos” los siguientes:¹⁸

En lo que nos interesa a los efectos de nuestro estudio: los impuestos a que refiere el numeral 6.º, entre los que se encuentran los impuestos “*a los vehículos de transporte*”.

La inclusión de los impuestos sobre los vehículos de transporte, entre otros, como fuente de recursos del departamento, concuerda con lo dispuesto en el artículo 273, numeral 3.º, de la Constitución, según el cual las juntas departamentales son competentes para “crear o fijar, a proposición del Intendente, impuestos [...]”. Es en esta norma donde la doctrina ubica la consagración de la potestad tributaria departamental.¹⁹

A los efectos de analizar la distribución de la potestad tributaria entre el Estado central y los gobiernos departamentales, y su alcance, resulta necesario desentrañar el sentido de las expresiones contenidas en el acápite del artículo 297 de la Carta.

En efecto, debemos interpretar qué significa “decretados y administrados”. La Suprema Corte de Justicia ha sostenido: “La expresión *decretados* [...] utilizada en el proemio del artículo 297 debe ser entendida en el sentido de creación, modificación o supresión del tributo —o sea en lo relativo al derecho tributario material—, y la expresión *administrados* ha de ser interpretada en el sentido de lo que se entiende como derecho tributario formal”, y concluye que en el término *decretados* “*la competencia que la Constitución otorga a los Gobiernos Departamentales, se refiere exclusivamente al Derecho tributario sustantivo, es decir el relativo a la creación o existencia de los tributos*”.^{20 21}

¹⁷ RISSO FERRAND: o. cit., p. 55.

¹⁸ Cursivas añadidas.

¹⁹ MARTINS, Daniel H.: *El Gobierno y la administración de los departamentos*, tomo II, 2.ª ed., Montevideo, 2006, p. 57; DELPIAZZO, Carlos: *Derecho administrativo uruguayo*, México: Porrúa, 2005, p. 106; DELPIAZZO, Carlos: *Autoridades departamentales y municipales*, Montevideo: AMF, 2010, pp. 24 y 49; CAGNONI, José A.: *El derecho constitucional uruguayo*, Montevideo, 2.ª ed., 2006, p. 325; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: *Derecho Público*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 3.ª ed., 2009, p. 379.

²⁰ Sentencia de la SCJ n.º 234/984, de 29/8/ 84 citada en el *Código de Derecho Tributario* anotado y comentado por Valdés Costa y otros, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 5.ª ed., p. 135 (cursivas añadidas)

²¹ Dice Rodríguez Villalba: “[...] en forma unánime la doctrina se ha pronunciado hasta ahora, considerando que todo lo que no fuere ‘punitivo o jurisdiccional’ sería de competencia de los gobiernos departamentales, por lo cual estos podrían disciplinar el derecho material, el formal y aun el infraccional —en la hipótesis que no estuviere comprendido en la referencia a la materia punitiva”. RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo: *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 66.

Recientemente se ha interpuesto ante la Suprema Corte de Justicia demanda por lesión de autonomía departamental, derivada precisamente de las previsiones de la ley en estudio.

En ella, MARTINS, citando a RODRÍGUEZ VILLALBA, sostiene como argumento a favor de la posición que sustenta, de lesión de autonomía:

En el ámbito nacional, y a los efectos de excluir del referéndum contra las leyes las que establezcan tributos, de conformidad a lo que expresa el art. 79 de la Constitución, la ley 16.017, de 20 de enero de 1989, interpretó que: “*Establecer tributos es crear nuevos hechos generadores que determinan el nacimiento de obligaciones tributarias inexistentes hasta la entrada en vigencia de la ley de que se trata (arts. 14 y 24 del Código Tributario)*”. Se trata de una ley nacional que interpreta la Constitución, concretamente sobre qué es crear tributos, expresión coincidente con la aplicada por el art. 297 en la referencia a “decretar”. Reconocida la fidelidad de la interpretación debe asignarse ese mismo contenido a la potestad tributaria departamental, además de las facultades de administración (Rodríguez Villalba, Ob. Cit., pág. 74).²²

En el ámbito departamental, los decretos de la Junta Departamental en materia de los tributos “decretados y administrados por estos” crean obligaciones tributarias que deben cumplir los contribuyentes cuando se verifica el hecho generador que aquellos determinan.

En el derecho tributario, la intervención en la propiedad de los particulares en que se traducen los impuestos se consideró siempre tan intensa que se exigió la garantía de la ley formal o de los decretos con fuerza de ley cuando la Constitución expresamente lo autoriza (artículos 273, numeral 3.º, y 297, numeral 6.º).

La sentencia de la Suprema Corte n.º 234/984 nos ilustra acerca del contenido que debe exhibir la norma creadora del tributo; o, dicho con otras palabras, declara que la norma creadora del tributo es la que regula el hecho generador. En consecuencia, la creación misma del tributo supone la definición del hecho generador de la relación tributaria.²³

La ley tributaria material “[...] es la que crea el tributo, establece el hecho generador en todos sus aspectos y los elementos cuantificantes de la obligación tributaria”.²⁴ De manera que la creación del tributo no puede separarse de la regulación del hecho generador, dado que este es el presupuesto para configurar el tributo.

²² “Demanda por lesión de autonomía presentada ante la Suprema Corte de Justicia”, en <www.coloniatotal.com.uy>.

²³ Cf. artículo 4.º del Modelo de Código Tributario para América Latina.

²⁴ MAZZ, Addy: *Curso de Derecho Financiero y Finanzas*, tomo 1, vol. 2, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, p. 102.

Por tanto, debe ser establecido por la ley material, esto es, el acto jurídico emanado de quien tiene potestad tributaria, que en este caso es el acto emanado de la Junta Departamental, que es la que tiene la competencia de fijar tributos (artículo 273/3 y 297/6).

En consecuencia, su acaecimiento origina la existencia de la obligación (artículo 24 del Código Tributario), y consecuentemente es el Gobierno Departamental, a través de su órgano legislativo, el que debe determinar el hecho generador, porque es este el que configura el tributo.

Cabe cuestionarse si lo dispuesto por el artículo 1.º y siguientes de la ley n.º 18456 es realmente una interpretación de la Constitución o si, por el contrario, se extralimita, contradiciendo su texto y finalidad y por tanto dejando de ser una ley que pretende desentrañar el sentido de la norma constitucional, para traducirse en una modificación ilegítima.

A este respecto, cabe señalar que la *interpretación* que la norma legal contiene respecto del acápite del artículo 297 (“decretar recursos”) contradice el concepto mismo de *decretar* que surge del contexto de la Carta. El verbo *decretar*, en el ámbito departamental, se reserva para el acto emanado de la Junta Departamental (artículo 260) y debe ser interpretado en el sentido de crear o disponer.²⁵

El artículo 297 de la Constitución establece cuál es la materia tributaria departamental, que por tanto queda excluida de la materia local (límite a la ley que debe establecer la materia departamental y municipal —artículo 262 inciso 3.º—). Esa limitación de origen constitucional se impone también respecto de la materia que pueda ser objeto de la ley nacional.

La doctrina es conteste en afirmar que la enumeración contenida en la citada disposición es taxativa. El numeral 6.º refiere, en lo que nos importa, a los impuestos a los vehículos de transporte y es allí donde encuentra su origen la tributación conocida como *patente de rodados*.

Este artículo, cuando ha querido que la ley se ocupe de regular algo que es materia municipal, como en el caso de la contribución inmobiliaria rural, lo ha previsto expresamente. Es claro, pues, que el resto de las materias que son exclusivamente de tributación departamental no pueden ser reguladas por la ley.

²⁵ Al respecto dice Risso Ferrand: “Ocurre que a veces la Carta permite demostrar que una determinada expresión está siendo utilizada en un sentido más o menos preciso y no siempre coincidente con su acepción técnica ni con su sentido natural y obvio. En esas hipótesis el intérprete deberá tomar el significado constitucional de estas expresiones sin perjuicio de su acepción técnica”. RISSO FERRAND, o. cit., p. 63.

3.2. HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO

El artículo 2.º de la ley en examen establece que “el hecho generador del tributo a los vehículos de transporte” se configurará “*en el domicilio permanente del titular del vehículo [...] o en la jurisdicción donde circulan, en caso de tener actividades laborales o intereses económicos [...] o donde más tiempo permanezca en el país [...] o donde radique la base de sus actividades o de sus intereses económicos*”, y le encomienda al Poder Ejecutivo establecer en la reglamentación los parámetros de tiempo y condiciones que determinarán la habitualidad de la circulación.

Entendemos que tales previsiones sobre el hecho generador del tributo a los vehículos de transporte invaden la competencia legislativa que la Constitución consagró en forma exclusiva en favor de los gobiernos departamentales. En efecto, la atribución de potestad tributaria en la materia implica el reconocimiento de la facultad de crear impuestos que afecten los vehículos de transporte, lo que incluye la potestad de establecer el hecho generador del impuesto.

El aspecto del hecho generador que el legislador tributario toma en cuenta para calificarlo es su idoneidad o aptitud para servir de punto de referencia, de medida, de indicación demostrativa de la capacidad contributiva o económica del sujeto pasivo de la obligación. No se puede distinguir, entre los elementos necesarios para el surgimiento del tributo, la causalidad jurídica existente entre ellos y el efecto jurídico: todos ellos son necesarios y relevantes y por tanto todos ellos deben ser regulados por quien tiene asignada la potestad tributaria: la Junta Departamental.

El aspecto material u objetivo del tributo constituye la descripción de los aspectos sustanciales del hecho o conjunto de hechos que le sirven de soporte, y su estructura es la base para clasificar las especies tributarias. Por tanto, no se conciben regulados por el legislador nacional cuando la atribución de la potestad tributaria es al Gobierno Departamental.

Los hechos permanentes que consisten en situaciones o estados con permanencia —por ejemplo, ser soltero o *tener un domicilio en determinado lugar*— no tienen ninguna relación con el tiempo; la situación comienza en un momento y puede dejar de existir en cualquier otro.²⁶ En estos, como en los periódicos, el elemento temporal tiene que ser definido por el órgano que tiene la potestad tributaria (el legislador nacional en lo nacional y el legislador departamental en lo departamental), “que deberá expresar cuándo se considera acaecido el hecho”.²⁷ En la medida en que la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo

²⁶ Cf. MAZZ: o. cit., p. 130.

²⁷ *Ibídem.*

se realiza a través del hecho generador, ello debe estar establecido en la norma creadora del tributo.

En los artículos 3.º y 4.º de la Ley de Patentes se establecen obligaciones que deben cumplir los sujetos pasivos del referido tributo, lo que también evidencia la invasión de la competencia constitucional de los gobiernos departamentales de determinar los diversos aspectos de la obligación tributaria, en ejercicio de la función legislativa departamental. Tal lo que sucede cuando obliga a los contribuyentes a presentar declaraciones juradas y certificado notarial, o cuando les impone el deber de reempadronar.

La disposición contenida en el artículo 5.º de la ley, que establece que al Gobierno Departamental que le corresponde expedir la matrícula o patente es el determinado en el artículo 2.º de la misma norma, resulta igualmente lesiva de la potestad del Gobierno Departamental de establecer los elementos que determinan el hecho generador del impuesto a los vehículos.

3.3. EL INTERÉS GENERAL INVOCADO

En el artículo 2.º se menciona “el interés general” como fundamento de la regulación por ley del hecho generador del tributo a los vehículos de transporte y se faculta al Poder Ejecutivo para que reglamente “los parámetros de tiempo y condiciones de la habitualidad de la circulación”.

Es cierto que nuestra Constitución en determinadas circunstancias habilita la limitación de derechos o facultades por ley por razones de interés general (artículo 7.º). No obstante, no admite que “en función del interés general” puedan modificarse las competencias de los gobiernos departamentales.

Como bien dice RISSO FERRAND,²⁸ el interés general no es una etiqueta que pueda invocarse por el legislador en cualquier situación, y en este caso la invocación es improcedente por cuanto el legislador no puede modificar la Constitución ni las facultades por ella atribuidas porque no existe previsión que lo habilite.

3.4. DELEGACIÓN LEGISLATIVA

Por su parte, resulta igualmente inconstitucional la atribución al Poder Ejecutivo para que determine los parámetros de tiempo y condiciones de habitualidad de la circulación

²⁸ RISSO FERRAND, o. cit.

para la configuración del hecho generador. En efecto, en la elaboración del hecho generador tributario en sus aspectos objetivo, subjetivo, temporal y espacial, el legislador debe actuar teniendo en cuenta los requerimientos del principio de seguridad. Todos estos elementos deben aparecer delineados en la ley con precisión.

Por aplicación del principio de legalidad, ninguno de estos aspectos puede quedar librado al poder administrador, salvo disposición constitucional expresa que admita la delegación de competencias. Cuando esta no esté prevista y estructurada por la norma jurídica fundamental, su atribución al Poder Ejecutivo viola el principio de legalidad y de seguridad.²⁹

No pueden dejarse librados al Poder Ejecutivo aspectos fundamentales del tributo, como el nacimiento mismo de la obligación tributaria.³⁰

3.5. DECLARACIÓN DE NULIDAD

El artículo 7.º de la ley n.º 18456 autoriza a declarar nulo “todo empadronamiento de vehículo realizado por un Gobierno Departamental en ejercicio de sus competencias, pero que viole en forma grave los preceptos de esta ley”.

No se desprende de su texto a quién confiere la aludida facultad. Lo que sí es claro es que faculta al interesado para que solicite la nulidad del empadronamiento que considere otorgado en violación de la ley. No obstante, debe advertirse que el citado empadronamiento fue realizado en cumplimiento de un decreto con fuerza de ley en su jurisdicción, de acuerdo con una potestad exclusiva del Gobierno Departamental.

3.6. RETROACTIVIDAD

Los artículos 8.º y el 9.º de la ley establecen que sus disposiciones se aplican con retroactividad a los vehículos que se hayan empadronado o reempadronado a partir del 1.º de enero de 2008, cuando la ley fue publicada en enero de 2009, y fija un plazo para reempadronar y sanciones para los propietarios de los vehículos que no lo hagan. Todo ello invade la competencia de los gobiernos departamentales, viola la libertad de circulación (porque el retiro del vehículo o las chapas no puede ser resuelto por cualquier gobierno departamental sin mediar orden judicial) y lesiona el principio de seguridad jurídica respecto

²⁹ Cf. Tribunal Constitucional alemán, sentencia BVerfGE 8274 (Ley sobre Precios), Primera Sala, 12 de diciembre de 1958, en SCHWABE, Jürgen (comp.): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 477-478.

³⁰ MAZZ: o. cit., p. 111.

del que los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos, según el artículo 7.º de la Constitución. En efecto, la certeza de la norma implica su claridad y su vigencia hacia el futuro.

El concepto de seguridad fue consagrado en la Revolución Francesa, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 2.º ya expresaba:

El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

La seguridad jurídica como valor jurídico significa sobre todo seguridad de los derechos fundamentales y está ligada esencialmente a la libertad. Se torna un valor fundamental del Estado de derecho, ya que la certeza, la legalidad y la objetividad en las relaciones jurídicas aseguran la previsibilidad en la acción del Estado.³¹ El valor *seguridad* se vincula con los principios de legalidad, irretroactividad, etc. Por tanto, hacer aplicables las disposiciones de la ley a empadronamientos ocurridos antes de su vigencia atenta contra tales valores y principios.

SAINZ DE BUJANDA lo considera uno de los bienes jurídicos amparados explícitamente por el constitucionalismo moderno en sus dos aspectos: certidumbre del derecho y eliminación de la arbitrariedad.³²

Dichos principios, sea que se consideren preexistentes a la ordenación constitucional o que se consideren parte de dicho orden en virtud del artículo 72 de la Carta, constituyen verdaderas reglas de derecho cuya violación puede ser juzgada por el órgano competente para efectuar el control de constitucionalidad de una ley.

La seguridad, entre los otros derechos mencionados en el artículo 7.º de la Constitución, es un derecho del hombre por su calidad de tal, y lo que la Carta consagra es la protección en el goce de ese derecho (derecho de segundo grado, dice CASSINELLI). De manera que los derechos primarios o de primer grado no pueden ser objeto de privación nunca, porque son preexistentes, no resultan de una atribución por el orden jurídico, y si los individuos fueran privados de ellos, la Constitución reconoce el derecho de reclamar la protección en su goce.

La protección de la confianza es una aplicación del principio de seguridad jurídica desde la perspectiva del individuo, de sus derechos y demás relaciones jurídicas, según el

³¹ Cf. *ibídem*, pp. 89-90.

³² SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Hacienda y derecho*, tomo IV, p. 293, citado por MAZZ: o. cit., p. 90. Pérez de Ayala y González destacan en el principio de seguridad un aspecto positivo: la certeza, y uno negativo: la eliminación de la arbitrariedad. Ambos suponen la actuación de la ley, en el primer caso, como vehículo generador de certeza, y en el segundo, como mecanismo de defensa frente a posibles arbitrariedades de los órganos del Estado. PÉREZ DE AYALA, José L., y GONZÁLEZ, Eusebio: *Derecho tributario*, tomo I, Salamanca: Plaza Universitaria, 4.ª ed., 1994, pp. 29 ss.

cual estos deben poder confiar en que a su actuación, así como a la de las entidades públicas que inciden en sus derechos, posiciones y relaciones jurídicas, se ligan efectos jurídicos duraderos, previstos o calculados con base en esas mismas normas. La irretroactividad, que procura la certeza del tratamiento normativo de los hechos ya consumados, de los derechos adquiridos, es un principio que asegura tranquilidad a los ciudadanos y permite planificar acciones futuras.³³

La protección de la confianza presupone la seguridad jurídica del derecho objetivo, o sea, de las normas jurídicas en cuanto patrones o criterios de actuación de los individuos y de las entidades públicas. Esta se expresa en la estabilidad o seguridad jurídica *ex post*, que supone que los patrones de actuación de los particulares no pueden ser modificados por las autoridades públicas, y la previsibilidad *ex ante* de los ciudadanos en relación con los efectos jurídicos de los actos públicos. El derecho surge para lograr ese objetivo, y la seguridad puede identificarse como la razón determinante del nacimiento del derecho; este surge para atender una necesidad ineludible de la vida en sociedad. El hombre debe saber cómo se comportarán los restantes hombres, qué pueden hacer él y los otros, cómo se desarrollará su vida de relación en todos los sentidos; requiere certeza en las relaciones sociales y la seguridad de que la regla se cumplirá.³⁴

La certeza no puede interpretarse como absoluta inmovilidad, sino que la norma debe evolucionar y modificarse de acuerdo con las necesidades del medio y de la realidad social: todo ello porque no puede dejar de lado los requerimientos de cambio y la satisfacción de nuevos objetivos. Pero esa necesidad de cambio y evolución, precisamente, puede justificar una regulación para el futuro, no para el pasado.

La certidumbre respecto de lo que cada individuo tiene obligación de pagar es cuestión de vital importancia para eliminar la arbitrariedad. La transparencia tributaria significa que las leyes tributarias en sentido lato se estructuren de manera que presenten técnica y jurídicamente el máximo posible de inteligibilidad y sus disposiciones sean tan claras y precisas que excluyan toda duda sobre los derechos y deberes de los contribuyentes. La previsibilidad del gravamen tributario se interpreta como la posibilidad de calcular la obligación tributaria que le sea imputable en virtud de normas ya vigentes, con exactitud o certeza sobre el hecho en sí, el momento del nacimiento de la obligación, su cuantía, plazo de pago, etcétera.³⁵

³³ MAZZ: o. cit., p. 94.

³⁴ *Ibidem.* p. 95. Cf. Recasens Siches cuando expresa: "Y es al conjunto de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable, que surge el Derecho. Esta es su motivación primaria, su más honda raíz en la vida humana. Certeza y seguridad constituyen el sentido formal de la función del Derecho". RECASENS SICHES, Luis: *Tratado general de filosofía del derecho*, México, 1959, p. 221.

³⁵ MAZZ: o. cit., p. 99.

El Código Tributario en su artículo 8 establece que la ley tributaria material se aplicará a los hechos generadores ocurridos durante su vigencia, lo que implica determinar el parámetro temporal de la verificación del hecho generador. Para ello el propio artículo establece las normas generales que serán de aplicación.

En la Constitución uruguaya no existe norma que consagre el principio de irretroactividad de la norma tributaria material, “pero si la seguridad jurídica es la certeza, la previsibilidad, la sanción de normas tributarias que van a regir situaciones ocurridas en el pasado es violatoria de este principio”. La vigencia de este principio en materia tributaria es clara porque de lo contrario se estarían captando capacidades contributivas pasadas.³⁶

TIPKE señala que la posición jurídico-tributaria del contribuyente no puede tornarse más desfavorable retroactivamente, por motivos de certeza del derecho y de tutela de la confianza. La jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal alemana ha decidido que las leyes que instituyen un tributo en forma retroactiva o acentúan su incidencia son ilegítimas porque contrastan con la tutela de la confianza en el ordenamiento jurídico tributario vigente.³⁷

La Corte Constitucional alemana considera que de los principios constitucionales de certeza del derecho, protección de la confianza y del principio del Estado de derecho surge la prohibición de la eficacia retroactiva de las leyes tributarias. Para ese tribunal, todas las normas que operan contra la protección de la confianza en el ordenamiento jurídico son ilegítimas; los contribuyentes deben tener las condiciones necesarias para planificar sus comportamientos durante un largo tiempo.

Las leyes gravosas que comprenden circunstancias de hecho consumadas en el pasado son incompatibles con el mandato del Estado de Derecho al que pertenece —como elemento esencial— la seguridad jurídica, la cual a su vez se traduce para los ciudadanos, en primerísimo lugar, en la protección de la confianza.³⁸

Esta jurisprudencia coincide con un sector importante de la doctrina tributarista que fundamenta la irretroactividad de la norma tributaria material en el principio de certeza

³⁶ *Ibíd.*, p. 102.

³⁷ TIPKE, Klaus: “La retroactividad en el derecho tributario”, en AMATUCCI, Andrea (dir.): *Trattato di diritto tributario*, tomo I, Padua: CEDAM, 1994, pp. 437 ss., citado por MAZZ: o. cit., p. 103.

³⁸ Sentencia n.º 26/61: “El ciudadano verá lesionada su confianza cuando el legislador vincule a hechos anteriormente consumados unas consecuencias jurídicas que resulten más desfavorables que aquellas con las que el ciudadano podía contar al tomar sus decisiones: Para el ciudadano seguridad jurídica significa, primaria y fundamentalmente, protección de su confianza. Por consiguiente el Tribunal ha estimado la posibilidad de que un empeoramiento de carácter retroactivo de las posiciones jurídicas del ciudadano suponga una violación del principio de seguridad jurídica”. Véase, asimismo, la sentencia BVerfGE 30, 367 (Ley Federal sobre Indemnizaciones. Sentencia de la Segunda Sala, 23 de marzo de 1971, en SCHWABE: o. cit., p. 496.

(GRIZITTI, PEIRANO FACIO, VALDÉS COSTA y MAZZ). La aplicación de la norma tributaria a situaciones ya cumplidas ataca la seguridad; viola el principio que debe respetarse en la etapa de creación de la norma tributaria, pero también en la de su aplicación.³⁹

Por su parte, también la jurisprudencia nacional es firme en considerar inconstitucionales las normas tributarias retroactivas por afectar principios constitucionales como la legalidad o la seguridad.⁴⁰

El principio de legalidad del impuesto determina que la relación tributaria, en todos sus elementos, queda fijada en términos invariables conforme a las normas vigentes al tiempo de verificarse el hecho imponible. La Constitución ampara los derechos adquiridos al proteger el derecho de propiedad.

En las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario realizadas en Perú en 1993 se adoptaron diversas recomendaciones, entre las que cabe mencionar la *certeza* como condición indispensable para la seguridad jurídica, y esta “como requisito esencial para la plena realización de la persona y para el desarrollo de la actividad económica; la legalidad, jerarquía e irretroactividad para evitar la incertidumbre en los contribuyentes; la no delegación salvo que se fijen los parámetros a los que debe ceñirse el Poder Ejecutivo”.⁴¹

En la Jornadas de Brasil de 2000 en el tema “Derechos humanos y tributación” la recomendación 6 expresó:

La seguridad de los derechos individuales del sujeto pasivo u obligado tributario es un valor fundamental del Estado democrático de Derecho manifestándose entre otros por medio de la legalidad, tutela jurisdiccional e irretroactividad de la ley tributaria.⁴²

Asimismo, la previsión legal que determina la retroactividad de su aplicación respecto de hechos ocurridos antes de su vigencia, a partir del 1.º de enero de 2008, es violatoria del principio de igualdad, por cuanto perjudica únicamente a los que empadronaron o reempadronaron luego de esa fecha, y no alcanza por ejemplo a quien lo hizo el 31 de diciembre. Estas categorizaciones solo son legítimas en la medida en que resulten respaldadas por alguno de los criterios tradicionalmente utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para justificar tratos diferenciados: razonabilidad, finalidad legítima y racionalidad.⁴³

³⁹ MAZZ: o. cit., p. 104.

⁴⁰ *Revista de Derecho Tributario*, tomo XIII, n.º 73, 1986, p. 281.

⁴¹ Cf. MAZZ: o. cit., p. 107.

⁴² *Ibidem*. p. 109

⁴³ Cf. VALDÉS COSTA, Ramón: *Instituciones de derecho tributario*, Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 371; AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo: *Derecho legislativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 72.

Como emanación de la igualdad ante las cargas públicas la norma tributaria no puede hacer discriminaciones perjudicando o beneficiando a determinadas personas o grupos.⁴⁴

3.6. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEPARTAMENTAL

El inciso 2.º del artículo 8.º de la ley en examen configura una clara inconstitucionalidad, que se traduce también en la violación de la autonomía departamental al ordenar:

[...] las Intendencias a través de su reglamentación deberán facilitar dentro de este plazo, las gestiones tendientes a la regularización de las situaciones planteadas por los contribuyentes y no aplicarán sanción alguna por este motivo durante dicho plazo.

En efecto, es al intendente a quien compete valorar la oportunidad del dictado de los reglamentos y resoluciones para cumplir los decretos de la Junta Departamental, por lo que tal disposición legal invade la competencia atribuida al intendente por el artículo 275 numeral 3.º. Asimismo lesiona la competencia del Gobierno Departamental de establecer multas (artículo 297, numeral 10).

3.7. LESIÓN DE AUTONOMÍA DEPARTAMENTAL

Bajo el título de “Caracteres de nuestra autonomía departamental”, CAGNONI señala:

[La expresión *autonomía departamental*] califica una forma de Estado; nuestra organización departamental justifica que se pueda calificar a nuestro Estado como Estado unitario con amplia descentralización (que en verdad es autonomía; [...] al ser gobiernos tienen capacidad política sus órganos principales para definir ciertas directivas o impulsos que orientan sus actividades [...] [y] poseen potestad tributaria y potestad expropiatoria).⁴⁵

Formalmente la función legislativa departamental se expresa mediante el dictado de “decretos con fuerza de ley en su jurisdicción, artículo 260, actos regla o actos conteniendo reglas de Derecho, que formalmente proceden de la Junta Departamental y son promulgados por el Intendente [...]”.⁴⁶

Entre la materia departamental relativa a la obtención de recursos financieros, CAGNONI distingue *la gestionada exclusivamente por el Gobierno Departamental mediante*

⁴⁴ REAL, Alberto Ramón: *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1965, p. 31.

⁴⁵ CAGNONI: o. cit., p. 325.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 234.

el ejercicio de sus órganos de las funciones legislativa y administrativa, y aquella cuya gestión depende o está condicionada o limitada por la actuación de órganos ajenos al Gobierno Departamental.

Incluye en el primer bloque, entre otros, los recursos tributarios, previstos en el artículo 297, numerales 1.º, 2.º y 6.º: impuestos sobre la propiedad inmobiliaria urbana y suburbana, a los baldíos, a la edificación inapropiada, *a los vehículos de transporte*.⁴⁷

Los condicionamientos a la autonomía departamental son taxativos y no admiten extensión de las limitaciones más allá de los casos y formas fijadas.

La Constitución en muchos aspectos se remite a la Ley, pero en este caso no. Al respecto cabe señalar, precisamente, que la Ley puede dictar normas especiales aplicables en temas taxativamente establecidos, como es el caso de normas generales sobre funcionarios (artículo 64) o condiciones para la creación de otros órganos departamentales (artículo 288) y la emisión de deuda (artículo 301).

De la atenta lectura del artículo 297, cabe hacer notar que los únicos supuestos de regulación por la ley nacional figuran en el numeral 1.º, cuando le confiere la potestad de fijar los impuestos sobre la propiedad inmueble rural, excepto los adicionales; en el numeral 3.º, cuando refiere a los impuestos creados por ley con destino a los Gobiernos Departamentales, etcétera. En el numeral 6.º, que es el que nos interesa, la única referencia a la ley se relaciona con los impuestos a los espectáculos públicos, a los que la ley puede dar un destino especial.

De manera que la ley nacional no tiene competencia alguna en materia de fijación del impuesto a los vehículos de transporte, corrientemente denominado *patente de rodados*.

La competencia legal establecida en el artículo 262, inciso 3.º, le permite a la ley nacional establecer la materia departamental y local para distribuir las competencias de los órganos, pero no la habilita a reservar para sí materia que tiene un concreto y preciso interés para el departamento en contra de una norma constitucional expresa (artículo 273/3).

La materia tributaria departamental no se define con un criterio negativo (materia no excluida por no haber sido asignada a otros órganos nacionales), sino en aplicación de un criterio positivo, es decir, materia incluida por disposición expresa de la Constitución.⁴⁸ artículo 273/3 y 297/6 en lo que nos interesa.

La Suprema Corte de Justicia ha dicho que la competencia departamental en nuestro régimen institucional está limitada a la regulación de asuntos que tengan un concreto y preciso interés para esa particular región.

⁴⁷ *Ibidem.* p. 336.

⁴⁸ Cf. DELPIAZZO: *Derecho administrativo...*, o. cit., p. 105.

3.8. LA FILOSOFÍA JURÍDICO-POLÍTICA DE LA CARTA

La inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en la ley en examen deriva, a nuestro juicio, asimismo, de su contrariedad con la filosofía jurídico-política de nuestra Carta, contenida en la parte dogmática de la norma fundamental.

Parte dogmática de la Constitución es la que exterioriza, concreta o instrumenta una idea política preconcebida; frecuentemente se describe como compuesta de una declaración de derechos individuales y de otro grupo normativo que se refiere a los órganos del Gobierno. Comprende —dice RISSO FERRAND— la declaración de derechos, obligaciones y garantías de los habitantes y *los principios filosófico-políticos que informan la Constitución*.⁴⁹

Entre las normas dogmáticas se incluyen normas de singular trascendencia, claves de una Constitución, como son, por ejemplo, y en lo que nos interesa, las que definen la doctrina política de una nación. La doctrina especializada ha acudido a la enumeración de una serie de temas típicos de la parte dogmática, entre los que suelen incluirse las normas que “proclaman básicamente el sistema político adoptado y la afiliación a los fundamentos doctrinarios que lo inspiran”.⁵⁰

Nadie puede dudar de que las normas que consagran la descentralización territorial contienen definiciones básicas, en las que se asienta la organización estatal, y por tanto se constituyen en clave —al decir de KORZENIAK— para la interpretación de las demás disposiciones constitucionales, jugando el rol de principios generales de derecho constitucional. A ellos sin lugar a duda alguna debe atenerse la ley. Al respecto dice KORZENIAK:

[...] ese mismo carácter les confiere principalmente importancia cuando se trata de decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley.⁵¹

Precisamente el artículo 50, que figura en la parte dogmática de nuestra Constitución, establece que el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general, reaccionando contra la centralización de Montevideo y procurando el desarrollo del interior del país.⁵²

Dice DURÁN MARTÍNEZ, citando a ESTEVA GALLICCHIO, que este artículo contiene una directiva política dirigida al Estado, persona pública mayor, a fin de que impulse

⁴⁹ RISSO FERRAND, o. cit., p. 24.

⁵⁰ KORZENIAK: p. 154.

⁵¹ *Ibídem*, p. 155

⁵² Cf. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Los gobiernos departamentales en la perspectiva de la reforma constitucional” (1997), en *Estudios de Derecho Público*, vol. I, Montevideo, 2004, pp. 300-301; ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo: “Las políticas de descentralización (arts. 50, 230, 298 n.º 2 y D. T. y E. X.)”, en *Reforma Constitucional. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, UCU, Serie Congresos y Conferencias, n.º 16, p. 114.

políticas de descentralización con el objeto de promover el desarrollo regional (refiriéndolo a lo interno)⁵³ y el bienestar general.⁵⁴

El Estado legislador debe respetar la orientación que proviene de la citada norma y no actuar en el sentido contrario, desconociendo la potestad tributaria consagrada en la Constitución a favor de los gobiernos departamentales. El desarrollo regional referido en la disposición es comprensivo, en términos de CAGNONI, de “lo económico, lo social, lo cultural y, en fin, todo lo que concierna a las condiciones de vida, en sentido amplio, de los habitantes del Estado”.⁵⁵

Asimismo cabe señalar que la consagración de la autonomía departamental, y en particular, en lo que nos interesa, de la potestad tributaria en materia de creación de impuestos a los vehículos de transporte, cumple una finalidad de interés de la comunidad local. Al respecto dice DURÁN MARTÍNEZ:

[...] la ausencia de un régimen federal no es impedimento para la existencia de un régimen respetuoso de lo local [...]. Uruguay [...] es un Estado unitario [...] Pero [...] *la descentralización territorial existente es impuesta en atención a los derechos humanos y en definitiva por la dignidad de la persona humana; es una realidad sociopolítica de envergadura que, en los últimos tiempos ha provocado una revalorización de lo local [...]*.⁵⁶

El Estado legislador no puede desconocer esa realidad; debe promover el *bienestar general*, concepto jurídico indeterminado que, al decir de ESTEVA GALLICCHIO:

[...] no se trata indispensablemente del bienestar de todos los habitantes de la República, sino del buen vivir de aquellos comprendidos dentro de la categoría delineada por esa concreta política de descentralización que debe ser respetuosa del principio de igualdad.⁵⁷

Estas políticas de descentralización —dice ESTEVA GALLICCHIO— pueden ser todas las que no requieran una reforma constitucional “por *afectar la organización y competencia constitucional de personas jurídicas públicas estatales o la competencia constitucional de sus órganos*”.⁵⁸

⁵³ *Ibidem*, p. 113.

⁵⁴ DURÁN MARTÍNEZ: “Los gobiernos departamentales...”, o. cit., p. 300.

⁵⁵ CAGNONI, José A.: “El régimen autonómico departamental en la Constitución reformada”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 14, p. 150.

⁵⁶ DURÁN MARTÍNEZ: “La descentralización...”, o. cit., p. 281.

⁵⁷ ESTEVA GALLICCHIO: “Las políticas...”, o. cit., p. 114.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 115; cf. DURÁN MARTÍNEZ: “La descentralización...”, o. cit., p. 301.

El sistema constitucional solo puede captarse acabadamente si se conocen y respetan las normas escritas de la Constitución y si estas se interpretan de acuerdo con su finalidad, la que debe descubrirse, según señalamos en el capítulo respectivo, en el propio texto, en su contexto normativo y en la realidad sociopolítica a la que sirve (es el concepto de *Constitución invisible* o de *Constitución viviente* a que refieren RISSO FERRAND⁵⁹ y KORZENIAK,⁶⁰ entre otros).

Es generalmente admitido que las normas de una Constitución deben interpretarse en función de los principios político-filosóficos que la inspiran primordialmente,⁶¹ sin violentar la letra. Y nadie puede dudar de que el reconocimiento de las autonomías forma parte de tales principios en la Constitución vigente.

La aplicación del criterio teleológico supone atender la finalidad específica de las normas constitucionales, cual es “la difusión y consagración de un cierto ideal político o filosófico-jurídico”.⁶² La aplicación de este método conduce a convertir el derecho constitucional, más que en una ciencia, en una doctrina o corriente política. La Constitución para ser considerada verdadera debe consagrar determinada posición ideológica.

Según KORZENIAK esta posición se origina especialmente en la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Nuestro primer catedrático de Derecho Constitucional, Carlos María RAMÍREZ, veía al derecho constitucional como un instrumento de afirmación ideológica, un arma para la defensa de la libertad.

El método valorativo o finalista de interpretación de la Constitución presta una preferente atención a la filosofía política de las constituciones, y la filosofía política de nuestra Constitución, en lo que nos interesa, es la jusnaturalista y autónoma. Dice DURÁN MARTÍNEZ:

La descentralización, tanto por servicios como territorial, apareció por primera vez en nuestro país en la Constitución de 1918 para asegurar la libertad.⁶³

Con esta reforma constitucional se procuró recoger la realidad sociopolítica que vivía el país y salvaguardar las libertades políticas.⁶⁴ Descentralización territorial que, luego de vaivenes, se ha fortalecido con la reforma constitucional de 1997.⁶⁵

⁵⁹ RISSO FERRAND, Martín: *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010, p. 92.

⁶⁰ KORZENIAK: o. cit., p. 65.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 66.

⁶² *Ibíd.*, p. 78.

⁶³ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *Vivir es combatir*, Montevideo, 2004, p. 199, con cita a Martín C. MARTÍNEZ en su clásico libro *Ante la nueva Constitución*.

⁶⁴ DURÁN MARTÍNEZ: “Los gobiernos departamentales...”, o. cit., p. 292.

⁶⁵ Cf. GROS ESPIELL, Héctor: “Materia departamental y materia municipal”, en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Montevideo: UCU y Amalio M. Fernández, 2000, p. 262.

De manera que una ley nacional que regula materia que la Constitución asignó a los gobiernos departamentales, en razón del citado principio autonómico, invade dicha competencia.

4.

CONTRARIEDAD DE LA LEY RESPECTO DE LOS DECRETOS DEPARTAMENTALES QUE REGULAN LA MATERIA

En la terminología de KORZENIAK,⁶⁶ las normas dinamizantes regulan la aptitud de obrar de los órganos y poderes estatales, es decir, sus competencias. Dentro de esta categoría normativa, distingue dos subtipos: reglas delimitantes y reglas atributivas, a partir del distinguo modernamente admitido entre dos elementos que integran la competencia de los órganos y personas públicos: la materia y los poderes jurídicos. La materia está constituida por el conjunto de temas o asuntos que integran la aptitud de obrar de cada órgano; los poderes jurídicos, en cambio, son los medios que están habilitados para utilizar en el cumplimiento de esos cometidos.

La doctrina es pacífica en cuanto a que los órganos y las personas estatales no están habilitados para actuar en materias (cometidos) que no les han sido expresamente indicadas por las normas respectivas, conclusión que es frecuente titular “el principio de la especialidad”.

Por su parte, para el cumplimiento de los cometidos expresos que se les han conferido, los órganos pueden utilizar todas las vías y medios jurídicos que sean racionales y necesarios, aunque no hayan sido específicamente indicados por las normas que regulan su competencia; siempre, desde luego, que se trate de vías y medios que pertenezcan al tipo de función jurídica (legislativa, administrativa, jurisdiccional, etcétera) que están habilitados para desarrollar; todo lo que se conoce como *principio de los poderes implícitos*.

En las normas propiamente orgánicas está implicado un mandato: el de hacer todo lo posible para que ellas se cumplan y el de no hacer nada que pueda ir en contra de su cumplimiento; y en las normas atributivas de competencia está claramente implícito el mandato

⁶⁶ KORZENIAK: o. cit., p. 158.

de respetar esa competencia y tener como válidas y obligatorias las decisiones regularmente emanadas de los órganos a los cuales ella fue asignada.⁶⁷

El principio de competencia resulta clave a la hora de definir la constitucionalidad de una ley que regule el hecho generador de un tributo cuya creación ha sido reservada en forma expresa por la Constitución a favor del órgano legislativo departamental.

DURÁN MARTÍNEZ cita a ESTEVA GALICCHIO cuando expresa:

Los decretos legislativos departamentales que establecen determinados tributos se fundamentan en expresas provisiones constitucionales que atribuyen la potestad a los órganos de las personas jurídicas Gobiernos Departamentales (Constitución, arts. 273, ord. 3, 275, ord. 4, 297 etc.). Esto significa que la Carta ha distribuido la potestad tributaria entre las personas jurídicas del Estado y Gobiernos Departamentales, por lo que si los órganos de los Gobiernos Departamentales actúan dentro de los límites competenciales constitucionales establecidos, los actos que expidan serán en principio compatibles con la Constitución.⁶⁸

Más allá de lo opinable del mismo valor y fuerza que reconoce a los decretos departamentales con relación al valor y fuerza de la ley, LANZIANO afirma:

[...] en la materia privativa de los Gobiernos Departamentales, al parlamento le está vedado legítimamente sancionar leyes [...].⁶⁹

DURÁN MARTÍNEZ sostiene que este es un tema de derecho positivo

Si la Constitución excluye determinada materia del ámbito de la ley, hay que aceptarlo.⁷⁰

Cuando analiza las limitaciones de la ley a la hora de determinar la materia departamental y municipal (artículo 262 en su nueva redacción luego de la reforma constitucional de 1996), el autor sostiene:

[...] esa ley no tiene absoluta discrecionalidad pues debe respetar el contenido sustantivo de la materia nacional, departamental y municipal.

Y entre tales contenidos sustantivos refiere a las competencias de las autoridades centrales del departamento,

⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 158-159.

⁶⁸ DURÁN MARTÍNEZ: "La descentralización...", o. cit., p. 310.

⁶⁹ LANZIANO, Washington: *Construcciones de edificios paralizadas. Sus problemas y posibles soluciones*, Montevideo, 2005, p. 12.

⁷⁰ DURÁN MARTÍNEZ: "La descentralización...", o. cit., p. 315.

[...] resultantes directamente de la Constitución, por la expresa referencia que el nuevo texto efectúa a los artículos 273 y 275 de la Carta. [...] y si es desconocido por la ley hace que ella sea inconstitucional.⁷¹

Así, el citado profesor plantea exactamente el caso que nos ocupa de la siguiente forma:

Caso 4. Se dicta una ley en materia que la Constitución asigna expresa o implícitamente, pero en forma clara, al Gobierno Departamental (en el caso, la asignación es expresa: art. 273/3). No interesa si hay o no en el caso decreto departamental previamente dictado (en el caso, lo hay). La ley es inconstitucional.⁷²

De manera que la ley no podría distribuir esa competencia en forma distinta de la forma que surge de la Carta, cuyo artículo 273, numeral 3, confiere la potestad tributaria en materia de vehículos a la Junta Departamental. El aludido límite con el que se enfrenta el legislador a la hora de distribuir la materia departamental y municipal se le impone también al contenido de la propia ley formal, que tampoco podrá regular aspectos de competencia de la Junta Departamental de origen constitucional. De lo contrario, la misma consecuencia jurídica se impone: la inconstitucionalidad de la ley.

5.

CONCLUSIONES

El Poder Legislativo nacional no tiene competencia, en razón de materia, para legislar respecto de tributos departamentales, salvo disposición expresa de la Carta, que no existe.

La ley tributaria material comprende el establecimiento del hecho previsto hipotéticamente en la norma (hecho generador). Solo se debe, solo surge el tributo cuando se da el presupuesto de hecho o hecho imponible.

El artículo 8 del Código Tributario, en cuanto establece que las leyes tributarias *materiales* se aplicarán a los hechos generadores ocurridos durante su vigencia, determina la trascendencia que el hecho generador tiene con relación a la potestad tributaria.

⁷¹ *Ibidem*, p. 317.

⁷² *Ibidem*, p. 320.

De manera que el reconocimiento de potestad tributaria a los gobiernos departamentales quedaría vacío de contenido si fuera legítimo que el hecho generador del tributo a los vehículos de transporte pudiera ser fijado por el legislador nacional. El hecho generador, de ahí su nombre, da nacimiento a la obligación tributaria, confiriendo sustantividad teórica al elemento fáctico que la genera para explicar a partir de él toda la problemática de la obligación tributaria. Puede decirse que su determinación es, pues, de la esencia de la norma creadora del tributo y ella es de competencia del Gobierno Departamental.

Es el presupuesto legal del tributo y por tanto es de designio del legislador departamental. El hecho generador es un hecho jurídico al que la ley tributaria material atribuye la consecuencia de determinar el surgimiento de la obligación tributaria concreta y por tanto no puede ser determinado por quien no tiene la potestad tributaria.

La totalidad de las normas contenidas en una Constitución escrita integran un sistema de garantías instituido a favor de los administrados. No solamente las que reconocen sus derechos fundamentales e instituyen medios jurídicos para su defensa, sino aun las que organizan los centros de poder y disciplinan su funcionamiento

De ahí que se imponga un severo sometimiento por parte del intérprete al tenor literal de sus disposiciones.

Nada es más peligroso en los sistemas democráticos que crear en el pueblo la ilusión de que se le confieren poderes de decisión en determinadas materias, para volver luego ineficaz ese poder por medios más o menos alambicados. Tal lo que sucedería en el caso de que, luego de plebiscitado un texto constitucional por la vía de interpretaciones que se apartan de su claro texto se pretendiera que allí “donde se dice ‘dice’ no dice ‘dice’”.⁷³

No siendo racionalmente posible interpretar la Constitución en la forma en que lo ha hecho la ley n.º 18456, y desde que esta norma cercena la potestad tributaria de los gobiernos departamentales, configura una lesión gravísima a la autonomía financiera de estos, amén de las otras inconstitucionalidades que se dejan expuestas.

⁷³ ESTEVA GALICCHIO: “La interpretación...”, o. cit.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo: *Derecho legislativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- CAGNONI, José A.: *El derecho constitucional uruguayo*, 2.^a ed., Montevideo. 2006.
- “El régimen autonómico departamental en la Constitución reformada”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 14.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: *Derecho público*, 3.^a ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- DELPIAZZO, Carlos: *Derecho administrativo uruguayo*, México: Porrúa, 2005.
- *Autoridades departamentales y municipales*, Montevideo: AMF, 2010.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “La descentralización territorial en el Uruguay”, en *La organización política del territorio en América y España*, Buenos Aires: Lajouane, 2008.
- “Los Gobiernos Departamentales en la perspectiva de la reforma constitucional de 1997”, en *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
- *Vivir es combatir*, Montevideo, 2004.
- ESTEVA GALICCHIO, Eduardo: *La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya*, tomo VII de homenaje a Fix Zamudio (UNAM), en <http://www.bibliojuridica.org>.
- *Lecciones de Derecho Constitucional 2.º*, tomo VI, Montevideo, 1982.
- “Las políticas de descentralización (arts. 50, 230, 298 N.º 2 y D. T. y E X)”, en *Reforma Constitucional. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, Serie Congresos y Conferencias n.º 16.
- GROS ESPIELL, Héctor: “Materia departamental y materia municipal”, en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay y Amalio M. Fernández, 2000.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: *La Constitución Nacional*, tomo I, Montevideo: Cámara de Senadores, 1988.
- KORZENIAK, José: *Primer Curso de Derecho Público. Derecho constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- LANZIANO, Washington: *Construcciones de edificios paralizadas. Sus problemas y posibles soluciones*, Montevideo, 2005.
- MARTINS, Daniel H.: *El gobierno y la administración de los departamentos*, tomo II, 2.^a ed., Montevideo, 2006.

- MAZZ, Addy: *Curso de derecho financiero y finanzas*, tomo 1, vol. 2, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.
- Modelo de Código Tributario para América Latina*, OEA-BID, 1970.
- PÉREZ DE AYALA, José L., y GONZÁLEZ, Eusebio: *Derecho tributario*, Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, tomo I, 4.^a ed., 1994.
- REAL, Alberto Ramón, *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1965.
- Revista de Derecho Tributario*, tomo XIII, n.º 73, 1986.
- RISSO FERRAND, Martín: *Derecho constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010.
- RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo: *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Hacienda y derecho*, tomo IV, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- VALDÉS COSTA, Ramón: *Instituciones de derecho tributario*, Buenos Aires: Depalma, 1992.

JURISPRUDENCIA

- “Demanda por lesión de autonomía presentada ante la Suprema Corte de Justicia”, en www.coloniatotal.com.uy.
- Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 174/02.
- Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 234/984, de 29/8/84, citada en *Código de Derecho Tributario* anotado y comentado por Ramón Valdés Costa y otros, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 5.^a ed., p. 135.
- Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencia BVerfGE 30, 367 (Ley Federal sobre Indemnizaciones), Segunda Sala, 23 de marzo de 1971, en SCHWABE, Jürgen (comp.): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencia BVerfGE 8274 (Ley sobre Precios), Primera Sala, 12 de diciembre de 1958, en SCHWABE, Jürgen (comp.): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

**ÍNDICES DE LOS PRIMEROS
CINCO NÚMEROS
DE LA *REVISTA DE DERECHO***

**Index of the five first issues of the
*Journal of Law***

N.º 1, 2006

PRESENTACIÓN

DOCTRINA

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Paulo de Barros Carvalho

LA MIXTURA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
ARGENTINO

Walter F. Carnota

EL ELEMENTO ESTATUTARIO DEL SECRETO
COMO INSTRUMENTO DE EFECTIVA REALIZACIÓN
DE LAS GARANTÍAS

Rául Cervini

CRIMINALIDAD ECONÓMICA Y TERRORISMO

Cecilia Dómine

DERECHOS HUMANOS Y PARTICIPACIÓN SOCIAL
EN EL MARCO DE LA MULTICULTURALIDAD

Xavier Etxeberria

EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA FILIACIÓN
Y LOS DERECHOS HUMANOS: EL DIÁLOGO DE LAS FUENTES

Cecilia Fresnedo

REGULACIÓN LEGAL DE LA DENOMINADA
FAMILIA ENSAMBLADA

Beatriz Ramos

ALGUNAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL URUGUAYO
LUEGO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

Mabel Rivero

RECENSIÓN

TEORÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO NATURAL DE FRANCISCO PUY

Carlos Musetti

DOCUMENTO

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA
SENTENCIA N° 135 DEL 13 DE JULIO DE 2006

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

N.º 2, 2007

DOCTRINA

LAS RESTRICCIONES AL VELO ISLÁMICO:
NEUTRALIDAD ESTATAL Y DERECHOS HUMANOS

Jesús M. Casal

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL TRIBUTARIO
EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DERECHO

Raúl Cervini

LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO
DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS: UNA PERSPECTIVA
LATINOAMERICANA

Carlos de Cores

LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD
DEL ACTO ADMINISTRATIVO:
UN MITO INNECESARIO Y PERNICIOSO

Augusto Durán Martínez

LOS DESAFÍOS DE LA SENTENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO
ALMONACID ARELLANO

Humberto Nogueira Alcalá

EL CONCEPTO DE *DESCONSTITUCIONALIZACIÓN*

Véstor Pedro Sagüés

ORDENANZA DEL 23 DE ENERO DE 2007 DE LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA SOBRE LA SOLICITUD DE URUGUAY DE ADOPCIÓN
DE MEDIDAS CAUTELARES POR LOS CORTES DE RUTA

ORDENANZA DEL 23 DE ENERO DE 2007 DE LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA SOBRE LA SOLICITUD DE URUGUAY DE ADOPCIÓN
DE MEDIDAS CAUTELARES POR LOS CORTES DE RUTA

SENTENCIA DEL 26 DE SETIEMBRE DE 2006 DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE

LAUDO DEL 6 DE SETIEMBRE DE 2006 DEL TRIBUNAL ARBITRAL
“AD HOC” DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER
DE LA CONTROVERSI A PRESENTADA POR LA
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPÚBLICA ARGENTINA
SOBRE “OMISIÓN DEL ESTADO ARGENTINO EN ADOPTAR MEDIDAS
APROPIADAS PARA PREVENIR Y/O HACER CESAR LOS IMPEDIMENTOS
A LA LIBRE CIRCULACIÓN DERIVADOS DE LOS CORTES EN
TERRITORIO ARGENTINO DE VÍAS DE ACCESO A LOS
PUENTES INTERNACIONALES GRAL. SAN MARTÍN Y GRAL. ARTIGAS
QUE UNEN LA REPÚBLICA ARGENTINA CON LA
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY”

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

N.º 3, 2008

DOCTRINA

DERECHO PENAL ECONÓMICO. PERSPECTIVA INTEGRADA

Raúl Cervini

LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO URUGUAYO

Carlos E. Delpiazzo

LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL

DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA

Francisco Fernández Segado

ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

DEL ESTADO LEGISLADOR Y SU APLICACIÓN AL CASO CHILENO

J. Ignacio Núñez Leiva

LIBERALIDADES Y DONACIONES

Mabel Rivero

NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA EN EL URUGUAY.

UN ESTUDIO NORMOPOLÍTICO

Pablo Sandonato de León

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

N.º 4, 2009

DOCTRINA

LÍMITES ENTRE EL AHORRO FISCAL Y LA DEFRAUDACIÓN PUNIBLE:
LAS ACTUACIONES EN *FRAUDE* A LA LEY TRIBUTARIA

Silvina Bacigalupo

LA INTERPRETACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA

Paulo de Barros Carvalho

NUEVAS FORMAS DE RELACIONAMIENTO PÚBLICO-PRIVADO
EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS COMETIDOS DEL ESTADO

Augusto Durán Martínez

A TRADIÇÃO E A LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO
DE POSSIBILIDADE À PERSPECTIVA UNIVERSAL E MULTICULTURAL
DOS DIREITOS HUMANOS: CONSTRUINDO ESPAÇOS PARA A SUA
PROTEÇÃO

Wilson Engelmann

EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS
POR EL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

Francisco Fernández Segado

DERECHOS SOCIALES, CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
E INTEGRACIÓN EUROPEA

Silvio Gambino

PRINCIPIOS APLICABLES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Mabel Rivero de Arhancet, Beatriz Ramos Cabanellas

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO

DOCTRINA

A VUELTAS CON LA DISCRECIONALIDAD
ADMINISTRATIVA

Grethel Arias Gayoso

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO
Y LA INEXCUSABLE VIGENCIA
DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD
DE LA PERSONA HUMANA

Raúl Cervini

EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Augusto Durán Martínez

DIGNIDAD DE LA PERSONA,
DERECHOS FUNDAMENTALES
Y BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS:
UNA APROXIMACIÓN
DESDE CHILE Y AMÉRICA LATINA

Humberto Nogueira Alcalá

RETÓRICA Y RACIONALIDAD JURÍDICA

Gerardo Ribeiro

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD
EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DEL URUGUAY

Martín Riso Ferrand

TENSIONES ENTRE
LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

Mabel Rivera de Arhancet

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO

INFORMACIÓN



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 de Redacción.
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 de Redacción 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 de Redacción por la Secretaría de Redacción de la *Revista*, y deberán atenerse a las siguientes pautas:
 - 3.1. Serán entregados en medio magnético y una copia impresa. La copia impresa debe estar a doble espacio, en papel formato A4 y letra cuerpo 12. En caso de nota de jurisprudencia, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada.
 - 3.2. Las notas de jurisprudencia no podrán exceder en su extensión las treinta (30) páginas.
 - 3.3. Los artículos en su presentación deben incluir: a) un resumen (*abstract*) en el idioma original del trabajo, con una extensión máxima de 20 líneas y mínima de 8; b) un sumario del trabajo, y c) en la parte final del artículo, referencias 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. Al pie de la primera página (con asterisco) se deben indicar la institución a la cual pertenece el autor y sus grados académicos.
- 3.5. Las citas deben presentarse de la manera siguiente:
 - Apellidos del autor en letras versalitas (“versales”).
 - Título de la obra en cursiva.
 - Volumen o tomo.
 - Editorial
 - Lugar y fecha de publicación.
 - Número de página de la cita o de la primera y última página del trabajo consultado.

Si se trata de un artículo de una publicación periódica o colectiva, el título irá entre comillas y el título de la revista o publicación periódica o colectiva en cursiva.

Ejemplos:

RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, Editorial...,
Montevideo, 2002, p. ...

RODRÍGUEZ PEÑA, María, “El Pacto de San José de Costa Rica”, en
Revista..., año ..., n.º ..., Editorial ..., Montevideo, 2002, p. ...

- 3.6. Las referencias de las citas se consignan a pie de página y su enumeración debe ser continua.
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 evaluador.** Solo podrán ser evaluadores 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 de Redacción.
6. **Lista de evaluadores.** El Consejo de Redacción elaborará y actualizará regularmente una lista de evaluadores, que se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).
7. **Proceso de evaluación.** Una vez recibido el artículo, el Consejo de Redacción designará al menos dos evaluadores de la lista, considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad de los evaluadores. Cada evaluador 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

evaluador formula observaciones, se le podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas. En casos excepcionales, en que el Consejo de Redacción lo juzgue conveniente, podrá solicitar una tercera evaluación de un mismo artículo.

El Consejo de Redacción podrá, en casos especiales, recurrir a un evaluador 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 de Redacción procurará eliminar del trabajo que se remite al evaluador 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 de Redacción con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo de Redacción 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.** Los autores autorizan que, luego de la edición de la revista, los trabajos sean incluidos 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 de Redacción.
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 trabajos a la revista deberán acompañarlos con 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 Consejos Asesores, uno integrado por destacados profesores y juristas nacionales y otro por profesores extranjeros. Ambos Consejos serán designados por el Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho*.

El Consejo Asesor Nacional será convocado a una reunión anual en la que se analizará(n) y evaluará(n) el(los) número(s) de la *Revista* aparecido(s) en el año anterior a la reunión.

Los miembros del Consejo Asesor Internacional recibirán un ejemplar de cada número de la *Revista* que se edite, y se les solicitará una evaluación por escrito anual.

15. **Publicación.** El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).

Montevideo, 6 de setiembre 2010.



Regulations of Revista de Derecho (Law Journal)

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

1. **Objective.** The Law Journal of Universidad Católica del Uruguay is an annual publication, regardless of the special editions the Editorial Board may decide to publish.
2. **Structure.** The Journal consists of three sections: (a) a permanent section containing arbitrated unpublished doctrinal works; (b) a section containing reviews; and (c) a third section which varies, where the Editorial Board may decide to include jurisprudence or documents of academic interest.
3. **Reception of articles.** Articles shall be received within the deadlines annually established by the Editorial Board through the Journal's Editorial Department, and they shall observe the following guidelines:
 - 3.1. Authors shall submit a hard copy of their articles as well as an electronic version. Written copies shall be printed double space, on A4 paper, in font size 12. Jurisprudence articles shall be accompanied by comments on the ruling.
 - 3.2. Jurisprudence articles shall not exceed thirty (30) pages.
 - 3.3. Articles shall include the following in their introduction: a) an abstract no longer than 20 lines and no shorter than 8 lines written in the same language as the article; b) a summary of the work and c) at the end of the article there shall be a reference of the bibliography in alphabetical order, according to the author's first last name, observing the regulations for the presentation of bibliographic quotes.
 - 3.4. The institution the author belongs to, as well as his/her academic rank shall appear in the footnote of the first page (marked with an asterisk).
 - 3.5. Quotes shall appear as follows:
 - Author's last name in capital letters.

- Title of the work in italics. Volume or book. Publishing house.
- Place and date of publication.
- Page number of the quote or numbers of the first and last pages of the bibliography.

Should the article belong to a regular or collective publication, its title shall appear in italics and the name of the journal or regular or collective publication shall appear in between quotation marks.

Example:

- A) RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, Publishing House..., Montevideo, 2002, page ...
- B) RODRÍGUEZ PEÑA, María, “El Pacto de San José de Costa Rica”, in ... *Journal*, Year..., Nr..., Publishing House..., Montevideo, 2002, page ...

- 3.6. References to quotes shall appear in footnotes, and they shall bear continuous numbers.
4. **Articles’ assessment.** A decision of the School’s Board dated March 2005 establishes an objective system in order to assess works as an essential requirement for the publication of any academic article.
 5. **Assessors’ Capacity.** Only Head Professors in the corresponding fields and well known experts appointed by the Editorial Board for such purposes shall be entitled to act as assessors.
 6. **Assessor’s List.** The Editorial Board shall create and regularly update a list of assessors, which shall be published on the web page of Universidad Católica del Uruguay. (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>)
 7. **Assessment Process.** Once the article is received the Editorial Board shall appoint at least two assessors from the list, considering the object of the work to be assessed and the assessor’s expertise. Assessors shall present their assessment report in writing within a period of thirty days, declaring if the quality of the work merits its publication in this Journal. If the assessor makes observations, the author may be granted some time in order to remedy them. Under special circumstances, when the Editorial Board deems fit, it may request a third assessment of the same article.
In certain special cases, the Editorial Board may refer to an assessor not included on the list, provided he is a proved expert on the field.
 8. **Confidentiality Principle.** The assessment process shall be carried out under strict confidentiality, backed up by an anonymous revision process.

For this purpose, the Editorial Board will try to withdraw the data that may help identify the article's author from the article submitted to the assessor. Likewise, in the event the article's author requests to see the assessment, the author will not be notified of the name of the assessor.

9. **Publication.** The Editorial Board shall decide the inclusion of any academic work based on the assessments carried out by the experts on the different fields. Likewise, the Editorial Board shall decide the numbers where those works which were positively assessed shall be published.
10. **Responsibility.** Opinions brought up by authors in their articles shall not necessarily reflect the opinion of the School of Law of Universidad Católica del Uruguay. The content of each article will be the exclusive responsibility of the author.
11. **On-line Publication.** After the edition of the journal is made, authors authorize their articles to be included in the publication's section of Universidad Católica del Uruguay's web page or in national or foreign data bases which have either free or restricted access, at the Editorial Board's discretion.
12. **Issues.** Once the journal is published, each one of the authors shall have the right to receive twenty (20) offprints of his/her article. This shall be the only kind of payment authors shall receive on account of their published articles or included in data bases.
13. **Approval of the present regulations.** The articles submitted by authors for their publication in the Journal shall be accompanied by a letter signed by them, where they declare their acceptance of the present regulations.
14. **Boards.** The Journal shall have two Assessing Boards, one of them formed by outstanding professors and legal experts, and the other one formed by foreign professors. Both Boards shall be appointed by the Journal's Editorial Board.
The National Assessing Board shall be summoned to an annual meeting in order to study and assess the Journal's issue/s published in the year before the meeting.
Members of the International Assessing Board shall receive an issue of each one of the publications and they shall be asked for an annual written assessment.
15. **Publication.** The present regulations shall be published on the web page of Universidad Católica del Uruguay. <http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

Montevideo, September 6 2010.

