

Revista de Derecho

Publicación arbitrada de la
Universidad Católica del Uruguay

REVISTA DE DERECHO

PUBLICACIÓN ARBITRADA

DE LA

UNIVERSIDAD CATÓLICA

DEL URUGUAY

03

2008

CONSEJO DE REDACCIÓN

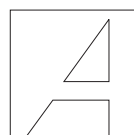
Juan Carlos Peirano

Martín Risso Ferrand

Eugenio Xavier de Mello

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Gabriela Aguirre Grompone



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevideo

De esta edición:

© 2008 UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY
8 de Octubre 2738 - CP 11600, Montevideo
Teléfono 487 2717 - Fax 487 0323
Internet: <http://www.ucu.edu.uy> - Correo electrónico: secinfor@ucu.edu.uy

© 2008 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.: (#598-2) 902 0943/ -3974 - Fax: (#598-2) 908 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Diseño de tapa: Taller de Comunicación

Corrección: M. Dutto y S. Aliano

Paginado, impreso y encuadernado en Mastergraf s.r.l.
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 345.545 - Comisión del Papel
Edición amparada por el Decreto 218/96

ISSN 1510-3714

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

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 (5982) 487 2717* - Fax (5982) 487 5225. E-mail: fderecho@ucu.edu.uy

Todos los derechos reservados.

AUTORIDADES INSTITUCIONALES

MONS. DR. NICOLÁS COTUGNO FANIZZI SDB
Gran Canciller

P. JUAN JOSÉ MOSCA SJ
Vice Gran Canciller

P. ANTONIO OCAÑA SJ
Rector

DR. JOSÉ AROCENA
Vicerrector Académico

ING. JOHN MILES
Vicerrector de Desarrollo

CR. AUGUSTO BAYLEY
Vicerrector Administrativo

P. EDUARDO CASAROTTI SJ
Vicerrector del Medio Universitario

DRA. SUSANA MONREAL
Secretaria General de la Universidad Católica del Uruguay

FACULTAD DE DERECHO

DR. MARTÍN RISSO FERRAND
Decano

DRA. MARÍA JOSÉ BRIZ
Secretaria Académica

DRA. GABRIELA AGUIRRE GROMPONE
Coordinadora de Investigaciones y Publicaciones

DRA. MARIELLA SAETTONE
Coordinadora de Diplomados en Derechos Humanos

DR. HORACIO DE BRUM
Coordinador de Actividades Extracurriculares

ESC. JULIA SIRI
Coordinadora de Notariado

DR. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Director del Área Académica de Derecho Administrativo

DR. CARLOS DE CORES
Director del Área Académica de Derecho Civil

DRA. TERESITA RODRÍGUEZ MASCARDI
Directora del Área Académica de Derecho Comercial y Bancario

DR. DANIEL OCHS (INTERINO)
Director del Área Académica de Derecho Constitucional

DR. RAÚL CERVINI
Director del Área Académica de Derecho Penal

DR. WALTER GUERRA
Director del Área Académica de Derecho Procesal

REVISTA DE DERECHO CONSEJO ASESOR NACIONAL

Alejandro Abal
Juan Blengio
Juan Pablo Cajarville
Horacio Cassinelli Muñoz
Raúl Cervini
Carlos de Cores
Carlos Delpiazzo
Augusto Durán
Ronald Herbert
Ángel Landoni
Carlos Musetti
Didier Operti
Amadeo Ottati
Mabel Rivero
Óscar Sarlo
Leslie Van Rompaey

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

Luis Aguiar de Luque (España)
Luis Fernando Álvarez (Colombia)
Silvina Bacigalupo (España)
Jesús María Casal (Venezuela)
José Luis Cea Egaña (Chile)
Paulo de Barros Carvalho (Brasil)
Raúl A. Etcheverry (Argentina)
Luis Fernández de la Gándara (España)
Francisco Fernández Segado (España)
Silvio Gambino (Italia)
Giuseppe Gandolfi (Italia)
Domingo García Belaunde (Perú)
Rafael Illescas Ortiz (España)
Marc Lacoursière (Canadá)
Pierre Lemieux (Canadá)
Luca Mezzetti (Italia)
Iñigo A. Navarro Mendizábal (España)
Carlos Antonio Nedel (Brasil)
Mariano Negrón (Puerto Rico)
Humberto Nogueira Alcalá (Chile)
Loretta Ortiz (México)
Julio C. Otaegui (Argentina)
Milagros Otero Parga (España)
Néstor Sagüés (Argentina)
Jean Stoufflet (Francia)
Alberto Tarsitano (Argentina)
Arnoldo Wald (Brasil)
Jan Woischnik (Alemania)

ÍNDICE

DOCTRINA

DERECHO PENAL ECONÓMICO. PERSPECTIVA INTEGRADA	
<i>Raúl Cervini</i>	11
LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO URUGUAYO	
<i>Carlos E. Delpiazso</i>	59
LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA	
<i>Francisco Fernández Segado</i>	85
ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR Y SU APLICACIÓN AL CASO CHILENO	
<i>J. Ignacio Núñez Leiva</i>	135
LIBERALIDADES Y DONACIONES	
<i>Mabel Rivero</i>	155
NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA EN EL URUGUAY. UN ESTUDIO NORMOPOLÍTICO	
<i>Pablo Sandonato de León</i>	175

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY	249
---	-----

DOCTRINA

Derecho penal económico. Perspectiva integrada*

*Raúl Cervini***

RESUMEN. En el contexto de las tradicionales posturas —restrictiva, amplia y tentativas eclécticas de carácter crítico—, respecto del concepto de derecho penal económico, el autor procura lograr una aproximación conceptual integrada a esta rama sofisticada del derecho penal. Esa postura integrada no surge como mero resultado de la síntesis de las referidas visiones tradicionales, sino que se compone, también, de otras variables de particular importancia, a saber: las condiciones ópticas de la estructura social, una visión antropocéntrica social, la reivindicación de la necesidad de un bien jurídico muy preciso y determinable en su ofensividad, y el reclamo a la legitimidad democrática de esta categoría normativa. Todo ello se anuda a una realidad concreta que trasunta un comportamiento ilícito u objetivamente abusivo respecto del normal funcionamiento de los mecanismos o resortes de la economía. A partir de estas ideas podrá lograrse una secuencia racional y minimalista entre los conceptos de derecho penal económico, derecho penal macroeconómico y derecho penal de la empresa, además de una metodología común de aproximación y tipificación de estos fenómenos, y un más fluido ejercicio de las garantías del Estado democrático social de derecho.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 7 de marzo de 2008. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 15 de mayo de 2008, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrático de Derecho Penal y Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de la República. Secretario General para América Latina y Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del International Center of Economical Penal Studies (ICEPS).

ABSTRACT. Regarding the concept of economic criminal law, within the context of traditional positions – the restrictive one, the open one and the eclectic critical approaches, the author aims at a conceptual approach integrated into this sophisticated area of criminal law. This integrated attitude does not arise as the mere result of the synthesis of the abovementioned traditional positions, but it is made up of other significant variables, to wit: the ontic conditions of social structure, a social anthropocentric vision, the vindication of a need for a very precise legally protected right and determining in its offensiveness, and the claim for the democratic legitimacy of this regulatory category. All of this is combined with a concrete reality which summarizes an illicit behavior or objectively abusive with respect to the normal functioning of the economy's mechanisms or resources. Based on these ideas, a rational and minimalist sequence between the concepts of economic criminal law, macroeconomic criminal law and business criminal law may be attained, in addition to a common methodology to typify and bring these phenomena closer together and a more fluent exercise of the guarantees of a social democratic rule of law.

SUMARIO. **1.** Conceptos preliminares. Derecho penal económico y derecho penal de la empresa. Evolución del papel del bien jurídico en el derecho penal económico. **2.** El acercamiento conceptual al bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. La bipolaridad conceptual. **3.** Las corrientes restrictivas de corte clásico atadas a la matriz de un bien jurídico determinado y determinable. **4.** Las corrientes amplias influidas por aportes pragmáticos y elucubraciones de tipo criminológico. **5.** Evolución y crisis del concepto material de derecho penal económico. **6.** El desarrollo posterior. **7.** Problemas y cuestionamientos derivados de la concepción amplia del derecho penal económico. **8.** El necesario referente estructural de la objetividad jurídica en los delitos contra el orden económico. **9.** Otros referentes sociales y jurídicos del bien jurídico. **10.** A modo de conclusión. Concepto integrado del derecho penal económico que vincula la realidad estructural con un bien jurídico determinado y los principios del Estado democrático de social de derecho. Aproximación conceptual.

1.

CONCEPTOS PRELIMINARES

1. (Vinculación entre concepto y bien jurídico). Se debe empezar por consignar que concepto y bien jurídico en el derecho penal económico son temas que, estructural y funcionalmente, se encuentran estrechamente vinculados. La postura que se adopte sobre uno de ellos incidirá en el otro. Es posible identificar o delimitar al derecho penal económico a partir de la identificación del bien jurídico que esta supuesta rama del derecho penal busca tutelar. Sin embargo, históricamente la tarea de precisar ese bien jurídico ha revelado y sigue exhibiendo enormes dificultades.

En una primera instancia, se ha definido al derecho penal económico como aquella rama del derecho penal cuya función es la protección del orden económico dirigido o intervenido directamente por el Estado. Esta posición no solo confunde el concepto de orden económico con una determinada forma de intervención estatal en la economía,¹ sino que reduce exageradamente los límites del derecho penal económico a las infracciones fiscales, monetarias, de contrabando y a las que afectan la determinación y formación de los precios, y lo aísla de aquellos casos en que el Estado renuncia a intervenir en el ámbito de la economía.²

¹ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Principios policriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal español de 1994”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 11, RT, San Pablo, pp. 11 y 12.

² Un claro ejemplo de esto es la ley uruguaya de Ilícitos Económicos n.º 14095, que pretende tutelar penalmente la política económica en materia de comercio exterior y control de divisas, mediante tipos penales en blanco. Una vez abandonada esa política económica, la normativa, pese a su formal vigencia, sufrirá una descriminalización de facto.

Adicionalmente, tiene como consecuencia la construcción de una concepción de derecho penal económico como un derecho penal de emergencia, utilizado para reforzar políticas estatales, cuyo origen puede rastrearse en los Estados totalitarios y, en particular, en épocas de emergencia nacional. Esta concepción, como se verá más adelante, sin perjuicio de sus variadas vertientes, desemboca en un concepto de derecho penal económico extremadamente restringido.

Al lado de este concepto restrictivo, se ha desarrollado una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores: el evidente predominio de la economía de mercado y la decadencia del dirigismo estatal, entre otros. Esta corriente lleva a una expansión de los contenidos del derecho penal económico, tanto en la legislación extracódigo como en el ámbito del derecho codificado, y ello *desatendiendo toda prudencia, coherencia sistemática y mínima afinidad con los principios dogmáticos de la ciencia penal*.

2. (Trascendencia sobre el ámbito comprensivo del concepto). Es posible reconocer todo un ámbito de tutela del orden económico, independiente de la política intervencionista o no del Estado, que engloba los fraudes a los consumidores, las grandes estafas, las grandes quiebras, la utilización de información privilegiada en el mercado de capitales, etcétera.³ Ello ha hecho necesaria una tarea dirigida a identificar un concepto más amplio de bien jurídico para enmarcar el ámbito del derecho penal económico de modo compatible con las garantías de un Estado democrático.⁴

El problema pasa por delimitar ese bien jurídico, delimitación imprescindible para la seguridad jurídica, que a su vez proporcionará los márgenes legitimantes de esta nueva disciplina o rama del derecho penal (derecho penal económico), sin que con ello se pretenda propugnar su autonomía científica respecto de este, en tanto dicha autonomía no se limite a la metodología de acercamiento al sector especial de actividad involucrado y no se traduzca en admitir, como reglas, técnicas de imputación y tipificación contradictorias con el derecho penal convencional de corte garantizador.⁵

³ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, o. cit., p. 9.

⁴ En este sentido se han pronunciado Eberhard SCHMIDT, Klaus TIEDEMANN y Kurt LINDEMANN en diversas obras.

⁵ YACOBUCCI, Guillermo, "La responsabilidad al interno de la empresa. La designación de funciones", en *III Corso Internazionale de Diritto Penale de Salerno*, en <<http://www.austral.edu.ar/web/derecho>>, realiza una muy ilustrativa introducción conceptual sobre el tema: "En los últimos años el derecho penal económico ha alcanzado una gran autonomía científica. Esto quiere decir que no solo ha tomado cierta distancia de los principios y contenidos particulares del derecho mercantil, financiero o bancario, sino que, además, dentro mismo del derecho penal, es posible hablar de aspectos propios y diferenciados del derecho punitivo aplicado a la economía. En el pensamiento penal alemán, Klaus TIEDEMANN se refiere al derecho penal económico como aquel que se aplica a los ilícitos que surgen en la actividad de intervención y regulación estatal dentro de la vida económica. Su finalidad es la protección de bienes supraindividuales y, para ello, se vale de normas que se aplican en la producción, fabricación y distribución de bienes y servicios. El derecho

3. (El debate actual sobre estos temas críticos). El debate actual de esta ciencia demuestra que todos estos elementos pasan por una verdadera y compleja encrucijada dogmática, y ello se da en casi todos los aspectos.

La invocación de un supuesto orden económico como manera de etiquetar al bien jurídico tutelado lleva a una definición que siempre ha padecido de cierta falta de precisión conceptual debido, precisamente, a sus pretensiones de amplitud. La mención de un *orden económico* en sentido amplio, que sirva como bien jurídico autónomo, junto con una definición de límites tan imprecisos, amplía el objeto del derecho penal económico hasta casi confundirlo con el derecho penal convencional o de seguridad pública. Porque bien puede considerarse, por ejemplo, que desde que la propiedad o el patrimonio son pilares fundamentales del orden económico capitalista, entran dentro del derecho penal económico los hurtos, estafas y robos, conductas que solo lesionan el patrimonio.⁶

Por otro lado, esa amplitud genera el riesgo de crear delitos que en los hechos no tutelan ningún bien jurídico. Tan desmesurada extensión no es sino la lógica consecuencia de acudir a fórmulas demasiado amplias y sin precisión conceptual, como orden económico o “intereses estatales en la existencia y conservación del orden económico establecido por el Estado”.⁷ Parece obvio que un hurto, una quiebra o una simple estafa pueden lesionar la propiedad, el patrimonio de los acreedores o de un tercero sin que por ello se vea afectada la economía en su conjunto. De hecho, hay cientos de estos delitos al año y el orden económico resulta totalmente ajeno a ellos.

4. (El aporte insuficiente del desarrollo del concepto de bien jurídico supraindividual). Recuerda TIEDEMANN que un criterio racional impone, preliminarmente, distinguir los bienes jurídicos individuales de los bienes jurídicos supraindividuales.⁸ Este criterio de la

penal se mueve entonces con cierta independencia del orden económico y se vale de conceptos que se distinguen de aquellos que dominan el derecho penal común [...] Klaus VOLK, por su parte, explica que ‘probabilmente non è possibile costruire un concetto di criminalità economica che abbracci tutti i settori, abbia limiti ben delineati e sia allo stesso tempo ricco di contenuti’. A su entender, esto vale especialmente para las opiniones que pretenden individualizar el objeto del derecho penal económico en el aseguramiento de la fiducia general y abstracta en el sistema económico, pues, según su criterio, esto no resulta algo específico del campo penal económico [...] En la doctrina española, Miguel BAJO FERNÁNDEZ enseña que, en sentido estricto, se denomina *derecho penal económico* al conjunto de normas penales que protegen el orden económico. Este orden económico es entendido como la regulación jurídica de la participación estatal en la economía. En buena medida, el derecho penal económico es una parte de la regulación jurídica de la actividad del mercado [...] Por eso, buscando un concepto comprensivo de todos estos aspectos, Carlos PÉREZ DEL VALLE define a los delitos económicos como aquellos comportamientos descritos en las leyes, que lesionan la confianza en el orden económico vigente, en general, o en alguna de sus instituciones, en particular, afectando el sistema de mercado”.

⁶ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, o. cit., p. 9.

⁷ Definición de Eberhard SCHMIDT en *Das neue westdeutsche wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, L.C Moler, 1950, pp. 20 y ss.

⁸ Cf. TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993, p. 31.

supraindividualidad no difiere mayormente de aquel que habla de bienes jurídicos colectivos de carácter económico⁹ e identifica como tales, por ejemplo, al crédito público, los intereses de los consumidores, de los ahorristas, etcétera. Como bien dice PEÑA CABRERA, se trata de bienes jurídicos sin pasado histórico,¹⁰ pero no por ello inexistentes, aunque sean menos visibles que la vida, la propiedad o el honor. No es posible entonces desconocer la existencia de bienes como el crédito, el consumo, el sistema financiero o el mercado de capitales. La distinción estará dada cuando la acción disvaliosa sea capaz, potencial o efectivamente, de lesionar bienes jurídicos de otros, distintos al acreedor específico o al titular del derecho patrimonial afectado.

Para un importante y significativo sector de la doctrina, ello desemboca en sostener que tipos penales clásicos, como la estafa o la apropiación indebida, pueden perfectamente tener incidencia en bienes jurídicos colectivos de carácter económico.¹¹ Así, se puede reconocer, en la existencia de ese tipo de bienes jurídicos supraindividuales, un concepto delimitador del ámbito de acción del derecho penal económico y, por lo tanto, la aptitud de los tipos penales clásicos para catalogarlos como pluriofensivos, ya que la acción típica concreta posee la potencialidad como para afectar esos bienes jurídicos de naturaleza colectiva. Pero, como se verá, estas variables delimitadoras no serán de por sí suficientes. Solo si se acude a diversas variables de diferente naturaleza, pero complementarias en atención a su finalidad de garantía, se podrá intentar una definición jurídicamente tangible del contorno del bien jurídico (determinado o, al menos, determinable) y del propio concepto de derecho penal económico.

5. (Perspectiva integrada). Todos estos acercamientos preliminares son insuficientes si no se comprende que el concepto y alcance del derecho penal económico democrático presupone, necesariamente, una perspectiva integrada, cimentada en las condiciones ópticas de la estructura social, en el reconocimiento de una esencia antropológica que trasunte un contenido de protección a la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo, como destinataria final de normas que protejan un bien jurídico determinable en su ofensividad. Todo ello sustentado en una participación democrática acorde al Estado democrático social de derecho. Esto es: aquel que trasunta un cuadro de garantías suficientes frente a toda eventual pretensión punitiva exorbitante del Estado.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, o. cit., p. 10.

¹⁰ PEÑA CABRERA, Raúl, "El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal peruano)", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 9, RT, San Pablo, p. 44.

¹¹ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, o. cit., p. 10.

Se descarta toda referencia a *condiciones concretas de la estructura social* y se coloca, en su lugar, la expresión *condiciones ópticas de la estructura social*. La razón de ello es clarificar una postura que no es autopiética o funcionalista, sino básicamente ontologicista. La concepción apunta no solo a una determinación, que bien puede ser meramente normativa, sino a la verdadera realidad subyacente y consecuenial a dicha estructura. En todo caso, esa dirección prevalente ontologicista debe estar relacionada con una perspectiva normativista complementaria, que no caiga en la tentación de sumergirse en la mera *doxa*, o sea, el conocimiento aparente de la realidad sensible que tan sabiamente ha distinguido PLATÓN de la *episteme*, o sea, del conocimiento de la verdadera realidad, de las ideas y valores tangibles que hacen a la realización del Estado democrático social de derecho y sus garantías.

2.

EL ACERCAMIENTO CONCEPTUAL AL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL ECONÓMICO. LA BIPOLARIDAD CONCEPTUAL

1. (Planteo). En teoría, resulta factible formular un acercamiento *neutral* al bien jurídico protegido, con un alcance geográfico e histórico universal, pues toda comunidad política tiene un orden económico, y las normas de derecho penal económico cumplen siempre la función similar de incriminar comportamientos que lo lesionan o ponen en peligro. Pero cuando se consideran los objetivos de política criminal que se persiguen, los contenidos y alcances de las legislaciones, estas difieren sustancialmente y la posibilidad de lograr un cierto consenso sobre el objeto material del derecho penal económico o socioeconómico se pierde con facilidad.¹² Estas dificultades trascienden al momento de concretar conceptualmente el cerne de esas valoraciones positivas que se dan en una determinada relación social conflictiva.¹³ Este cuadro, de por sí complejo, se ha enrarecido bastante en los últimos tiempos.

Se pregunta: ¿qué pueden tener en común la sociedad clásica o moderna con la llamada sociedad de riesgos? ¿Qué pueden tener en común el clásico derecho penal económico de la economía dirigista con el actual derecho penal económico del ciberespacio financiero?

¹² Cf. JESCHECK: “El derecho penal económico alemán”, *Cuadernos de los Institutos*, Universidad Nacional de Córdoba, n.º 74, Córdoba, 1963, pp. 69 y ss.

¹³ MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Tectoto SL, Barcelona, 1996, pp. 133 y ss.

¿Cómo pueden relacionarse, en términos de seguridad jurídica, un modelo de ordenamiento jurídico penal de los riesgos sociales económicos de tipo reactivo, con un modelo de control preventivo caracterizado por una estrategia proactiva promocional-funcionalista, que se indica como indispensable panacea para el conflicto de la sociedad posindustrial?

Las respuestas serán complejas, pero, indudablemente, como se trata de derecho penal, el punto de necesario encuentro debe estar en las garantías de los ciudadanos y en ese mínimo aceptable de certeza-seguridad jurídica que exige un sistema democrático de gobierno. Será finalmente posible lograr un cierto entendimiento técnico-jurídico sobre el concepto y el alcance del derecho penal socioeconómico, en la medida en que se compartan esos valores y se ponga el razonamiento jurídico al servicio de ellos.

2. Se toma nota de estas realidades y, a modo necesariamente introductorio, se comienza por exponer algunos ejemplos típicos de las más importantes vertientes conceptuales sobre el tema: la restrictiva, de cuño dogmático clásico, y la corriente amplia, en cuya conformación han incidido también factores pragmáticos, mutabilidad de los mecanismos económicos y elaboraciones criminológicas. En párrafos posteriores se abordarán algunos aspectos sobre el debate actual, a saber: la evolución y crisis del concepto material, los problemas y cuestionamientos derivados de la interpretación amplia del derecho penal económico, el necesario referente estructural de la objetividad jurídica tratada y unas reflexiones complementarias sobre el bien jurídico, seguidas de otras tantas sugerencias finales. Todo ello con la advertencia, desde ya, de sus inevitables connotaciones ideológicas.

En todo caso, corresponde advertir que esta construcción teórica, para ser comprendida íntegramente, debe verse acompañada, necesariamente, de una propuesta metodológica que parta del análisis dinámico de los mecanismos económicos, para posibilitar el conocimiento de sus entrañas operativas. Si estos se conocen en detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga, en forma estricta, la estructura funcional que se pretende reprimir. Cuando el objeto no ha sido suficientemente definido, los medios serán necesariamente ambiguos. Por el contrario, la nitidez del objeto llevará a la nitidez de los medios y, por lo general, a la eficacia normativa y a la seguridad jurídica. Igualmente, esta propuesta teórica, conforme al paradigma de coherencia sistémica, debe trascender en el campo de la imputación.

3.

LAS CORRIENTES RESTRICTIVAS DE CORTE CLÁSICO ATADAS A LA MATRIZ DE UN BIEN JURÍDICO DETERMINADO Y DETERMINABLE

1. Es probable que la más escueta y clara definición del fin político criminal que persiguen las normas clásicas de derecho penal económico en los países desarrollados de Occidente se deba a Eberhard SCHMIDT, y puede verse en la noción de delito económico dada en la ya citada ley para la Simplificación del Derecho Penal Económico en el Campo de la Economía, dictada en 1949 en la República Federal de Alemania, según la cual una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico.¹⁴

Desde esa óptica, el bien jurídico protegido por los delitos económicos es la tutela del orden económico existente, es decir, el estatuto jurídico de la economía de mercado, cuyos ejemplos más representativos son las normas de represión del monopolio, las prácticas restrictivas y las demás acciones que afectan la libre concurrencia.¹⁵ Una perspectiva economicista de la óptica restrictiva la otorga WERGET, quien define al delito económico como la infracción que lesiona o pone en peligro la actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía.¹⁶

2. En la misma orientación, pero un poco más extensa y neutra, va la definición de OTTO, para quien son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes, que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico. En consecuencia, el derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos que lesionan o ponen en peligro la actividad reguladora (*lato sensu*) del Estado en la economía y a las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.¹⁷

¹⁴ Cf. RICHI, *Derecho penal económico comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 319.

¹⁵ Cf. JESCHECK, o. cit., pp. 69 y ss.; TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, p. 25.

¹⁶ WERGET, Samuel, "El concepto de delito económico para las ciencias penales", en *Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala*, Editorial Galkir, 1972, p. 34.

¹⁷ OTTO, H., "Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand", en *Strafrecht-isdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln, Carl H. Verlag, 1971, p. 72.

3. Similar posición se encuentra en BURELLI,¹⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ,¹⁹ RODRÍGUEZ MURILLO²⁰ y también, con ciertas particularidades, en la obra de BACIGALUPO.²¹ Estos autores asumen el criterio restringido a partir de la Constitución Económica española y de un consenso mínimo en torno a las legislaciones penales europeas. Sin embargo, todos ellos, en alguna medida, admiten la posibilidad de incorporar a esa parcela del derecho penal nuevas formas de criminalidad acordes a los comportamientos propios de una sociedad moderna o de *riesgos*.

El citado BACIGALUPO, siguiendo en principio los criterios de OTTO, señala:

Son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico. Por tanto, el derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.

Acto seguido, el autor hace una salvedad que lo aparta parcialmente de la línea de OTTO: una visión absolutamente restrictiva de la criminalidad económica no es totalmente satisfactoria. Agrega que el desarrollo de la sociedad posindustrial se manifiesta en dos vertientes: por un lado, en los riesgos de la modernización que delimitan los contornos de la llamada *sociedad de riesgos* y, por otro, los problemas que advierte cuando se sitúan en el centro de atención las contradicciones inmanentes entre la modernidad y la contramodernidad en el plano de la sociedad industrial. Cita un fermental pensamiento de BECK:²²

Mientras que en la sociedad industrial la lógica de la producción en masa domina a la lógica de la producción de riesgos, en la sociedad de riesgos se invierte esta relación.

Bacigalupo asume esa complejidad y concluye que en la consideración de la criminalidad económica no puede quedar excluida la influencia de la planificación económica en un sistema de libre mercado, aunque de ello no hay que extraer solo la consecuencia de un fomento de la desviación.

Textualmente:

¹⁸ BURELLI, Paolo, *Diritto penale dell' economia*, Tesitore, Nápoles, 1976, p. 12.

¹⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, "Sobre la tipificación del delito contable en el derecho español", en MAZUELOS COELHO, Julio (comp.), *Derecho penal económico y de la empresa: concepto sistema y política criminal*, 1.ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1996, pp. 10 y ss.

²⁰ RODRÍGUEZ MURILLO, Gonzalo, "El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la Administración desleal", en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (director), *La Administración desleal*, 1.ª ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 17-18.

²¹ BACIGALUPO, Enrique (director), *Derecho penal económico*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

²² BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Hoben, 1986, p. 34, cit. por BACIGALUPO, o. cit.

[...] es cierto que la burocratización del sistema económico estimula comportamientos delictivos en dos sentidos diferentes: por un lado, mediante las regulaciones de deberes económicos respecto al Estado (evasión de impuestos, fraudes de subvenciones, infracciones propias de la economía “sumergida”; por otro, mediante la sanción de actividades irregulares en ámbitos de la actividad económica en los que se produce una intervención estatal (corrupción de funcionarios que tienen deberes relacionados con la intervención económica en la vida económica). Sin embargo, también es evidente que la intervención estatal en la vida económica representa un sistema de control destinado a la protección del bien común en evitación de otros riesgos que la sociedad considera no soportables, de tal modo que es correcto pensar que el peligro de corrupción del propio sistema de control no hace soportables los perjuicios que se derivarían de su supresión.²³

4.

LAS CORRIENTES AMPLIAS INFLUIDAS POR APORTES PRAGMÁTICOS Y ELUCUBRACIONES DE TIPO CRIMINOLÓGICO

1. Se verá más adelante que esta otra perspectiva supuso originalmente un doble propósito: en primer lugar, entender el orden económico u orden público económico como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, y, en segundo lugar, colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer término, y en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado.

2. Sobre tales supuestos el derecho penal económico ha sido definido, en una primera época, por BAJO FERNÁNDEZ como el conjunto de infracciones que, en primer lugar, afectan a un bien jurídico patrimonial individual y, en segundo lugar, lesionan o ponen en peligro la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.²⁴ O sea que, en la década del setenta, el maestro español sostiene una posición claramente amplia. Posteriormente, en publicaciones realizadas a partir de los últimos años de la década del ochenta, optará por abordar la problemática del contenido del derecho penal económico

²³ BACIGALUPO, Enrique, o. cit., p. 32.

²⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, 1.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 32.

desde un punto de vista restringido, y considerar que el derecho penal económico está constituido por el “conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico”.²⁵ A esta altura admite que el orden económico en sentido amplio no puede ser considerado como bien jurídico, ni de forma directa ni en sentido técnico.²⁶ Agrega, en otra obra, que los delitos económicos solo son aquellos comportamientos que afectan a la regulación jurídica de la intervención estatal en materia económica, lo que lleva a considerar exclusivamente como delitos económicos: los delitos monetarios, el contrabando y los ilícitos tributarios.²⁷

3. En un contexto técnico más complejo y en una posición inalterada hasta la fecha, TIEDEMANN señala que el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada, que afecta un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual).²⁸ En su concepción, el derecho penal económico se caracteriza por estar dirigido —aunque no exclusivamente— a la protección de intereses sociales de orden colectivo.

El mismo autor reconoce que su posición ha generado, entre otras críticas, la afirmación de que la protección de bienes jurídicos supraindividuales supone el favorecimiento de la tendencia expansiva del derecho penal a través, por ejemplo, de la creación de tipos de peligro abstracto. Los puntos de partida de esta idea resultan, como es evidente, muy discutibles: los valores sociales supraindividuales tienen, “en el ordenamiento económico actual, un lugar legítimo, reconocido por el derecho económico desde hace mucho tiempo”.²⁹

4. Desde esta óptica, al mismo tiempo de lesionarse un bien jurídico individual (patrimonio), se lesiona uno supraindividual (orden económico). Así, por ejemplo, se sostiene que al castigarse penalmente las quiebras fraudulentas se están protegiendo, al mismo tiempo, los intereses puntuales de los acreedores y deudores y el propio sistema crediticio como expresión del orden económico. Esta es precisamente la *sumatoria* de bienes jurídicos afectados que admite hoy día parte de la doctrina más recibida y resulta fuertemente criticada por otro sector igualmente significativo, ya que son consecuencias inevitables de esta

²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, PÉREZ MANZANO, Margarita, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 562 y ss.

²⁶ *Ibíd.*, p. 565.

²⁷ *Ibíd.*, pp. 394 y ss.

²⁸ TIEDEMANN, Klaus, “Derecho penal económico: introducción y panorama”, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Manuel ABANTO VÁZQUEZ, 1.ª ed., Idemsa, Lima, 2000, pp. 16 y ss.

²⁹ *Ibíd.*, pp. 21-22.

concepción extensiva las evidentes dificultades para delimitar materialmente esta rama del derecho penal, como también para precisar el propio concepto de lo que debe entenderse por delito económico.

Los argumentos críticos son muy variados y de diferente agresividad, hasta el punto de que algunos autores contemporáneos con visión pragmática llegan a cuestionarse la razonabilidad misma del debate, en el entendido de que este contiene aspectos técnicos insalvables.

5.

EVOLUCIÓN Y CRISIS DEL CONCEPTO MATERIAL DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. La delimitación de un criterio *material* para definir un delito económico necesariamente gira en torno al concepto de bien jurídico-penal, entendido como un interés social protegido por la norma (significación social). Precisamente, como se ha adelantado, la necesidad de establecer con la mayor precisión posible ese interés es una tarea cuya complejidad provoca que algunos renuncien a ella. KAISER llega a predicar que el gran número de normas penales aplicables y la distinta gravedad de los hechos involucrados obligan a admitir que lo único que tiene sentido es utilizar un concepto *pragmático* del delito económico.³⁰

2. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado hasta la década del ochenta, dentro de la doctrina penal ha sido dominante el punto de vista que busca la delimitación del delito económico, que utiliza como pauta del agrupamiento el bien jurídico protegido, por considerar que es el único que permite evitar ambigüedades y contradicciones y posibilita conclusiones homogéneas.³¹ En ese lapso, se han desarrollado diferentes vertientes de objetivación jurídica, muchas de ellas de funcionamiento no excluyente, es decir, complementario a otras concepciones de contenido más puntual, entre ellas:

³⁰ KAISER, "La lucha contra la criminalidad económica. Análisis de la situación en la República Federal de Alemania", *Rev. INGLAS Derecho*, vol. 6, n.º1, Miami, Florida, 1996, pp.102 y ss. Con ciertos matices, es la misma postura que sostiene MIGAL DE BUEN, Daniel, "El bien jurídico en el derecho económico y social", en *Revista de Sociología Jurídica de México*, t. II, n.º 3, Editorial Sabán, México DF, 1999, p. 45.

³¹ Cf. LAMP, Ernst-Joachim, "La protección jurídico-penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código Penal español de 1983", en *La reforma penal: delitos socioeconómicos*, Edición de Barbero Santos, Universidad de Madrid, 1985 pp. 363 y ss.

2.1. Una corriente que centra en la economía en su conjunto el objeto de protección. LINDEMANN, por ejemplo, sostiene que derecho penal económico es el elenco de conductas punibles que se dirigen contra el conjunto total de la economía o contra ramas o instituciones fundamentalmente importantes de ese conjunto. El mismo orden que se expone se recoge en algunas opiniones sustentadas durante el Congreso de Roma de 1953, referidas a las “normas para asegurar la economía en su totalidad, independientemente del fin de la política económica”. Puede considerarse dentro de esta línea el sistema del Código italiano de 1930, prioritariamente orientado a proteger la economía pública ante atentados directos a bienes y servicios, o la regularidad de los factores de la economía, como la industria, el comercio y el trabajo.

2.2. Otra concepción atiende al fenómeno de la planificación y centra en ella la objetividad. Aquí, en posiciones extremas, se ha llegado al absurdo de sostener que la planificación es un concepto aplicable exclusivamente a los regímenes de tipo socialista (ejemplo: AFTALION) y que, en consecuencia, solo en ellos es posible analizar autónomamente la materia. Fuera de estas posturas, hoy en día la mayoría entiende a la planificación como un concepto abstracto, neutro o relativizado.

2.3. Existen también variantes que atienden a las nociones de libertad económica (JESCHECK) o de iniciativa privada (LUDJER), con lo que, indirectamente, circunscriben el derecho penal económico al funcionamiento de las reglas del mercado.

2.4. Finalmente, se encuentra la concepción más difundida hasta los años ochenta y aún de gran recibo. Esta trabaja el bien jurídico de los delitos económicos basada en ideas originalmente expuestas por el influyente publicista RIPERT sobre un orden público jurídico-económico. Este concepto, si bien vinculado en su matriz original a la idea de intervencionismo estatal, ha sido independizado conceptualmente y hoy se lo hace funcionar con cierta comodidad dentro de los parámetros de la era del mercado. En un espectro de por sí indicativo de las múltiples variantes y posibilidades de esta vertiente, diferentes autores hacen referencia a que el bien jurídico tutelado es el orden público económico,³² el orden económico,³³ el orden económico nacional,³⁴ el orden socioeconómico justo,³⁵ el orden público

³² AFTALION, “El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico”, en *Revista de Ciencias Penales*, t. XXV, n.º 2, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1966, p. 86. NOVOA MONREAL, *Cuestiones de derecho penal y criminología*, Editorial Veritas, Santiago de Chile, 1987, p. 193.

³³ MIRANDA GALLINO, *Delitos contra el orden económico*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.

³⁴ BERGALLI, “Las líneas de política criminal y los métodos y medios del derecho penal económico en la República Argentina”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 2, Buenos Aires, 1973, p. 194.

³⁵ MARTOS NÚÑEZ, J. A., *Derecho penal económico*, Edit. Montecorvo, Madrid 1987, pp. 123-124. Este autor entiende que el derecho penal económico “es el conjunto de norma jurídico-penales que protegen el sistema económico-constitucional [...] Por sistema económico-constitucional ha de entenderse el conjunto de instituciones y mecanismos

económico social,³⁶ el régimen económico público,³⁷ el orden público del mercado,³⁸ la *policy* económica del Estado³⁹ y el normal funcionamiento de los mecanismos económicos,⁴⁰ vertiente que permite compatibilizar las corrientes amplias con las garantías derivadas de un adecuado conocimiento del objeto; etcétera.

3. A esta altura corresponde subrayar dos aspectos: a) de esta matriz nace la concepción caracterizada como amplia; b) a lo largo de todo este proceso resulta definitivo el advertir que los bienes jurídicos que protegen los delitos económicos son colectivos o, si se prefiere, *supraindividuales*,⁴¹ lo que supone distinguirlos de los que tutelan bienes individuales y, más concretamente, de los delitos patrimoniales. Sobre esa base, en principio, son considerados ajenos al derecho penal económico delitos como la estafa, la apropiación indebida, el soborno, la usura, el hurto, el daño o los delitos de quiebra.⁴²

En consonancia con esta apreciación supraindividual, MUÑOZ CONDE señala que el orden económico en sentido estricto u orden público económico se debe distinguir claramente del orden socioeconómico. El primero, destaca el autor, se vincula exclusivamente a la actividad del Estado como director e interventor de la economía. Se refiere a la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía y a la tutela de los intereses patrimoniales individuales; el segundo trasciende su esfera de protección, fundamentalmente a los intereses colectivos supraindividuales.⁴³

Característica de este estadio de la doctrina es la tradicional definición de TIEDEMANN, quien señala que el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que

de producción, distribución, consumo y conservación de bienes y servicios que fundamentan el orden socioeconómico justo, objetivo esencial del Estado social y democrático de derecho”.

³⁶ COUSIÑO, “Delito socioeconómico”, en *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales, t. XXI, n.º 1, Santiago de Chile, 1962, p. 47. VALENCA, Carlos Luis, “El derecho penal socioeconómico latinoamericano”, en *Revista ILRS*, n.º 12, San José, CR, 1985, p. 67.

³⁷ Cf. MEZGER, “Derecho penal”, en *Libro de estudio. Parte especial*, Buenos Aires, (VM) 1959, p. 390.

³⁸ RIGHI, “Derecho penal económico”, en *Estudios de derecho económico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. I, UNAM, México, 1980, pp. 110 y ss.

³⁹ HULGER, Wilson, “Sobre los conceptos de bien jurídico y policy en el Estado moderno”, en *Documento Morton Banking Institute*, MD-680/2000, Nueva York, 2000, p. 35.

⁴⁰ SEVERIN, Louis W., “Economía y derecho penal”, en *Law and Criminology Review*, vol. 2, n.º 4, Austin, 1970, pp. 67 y ss. En el mismo sentido, *The economic crime and its profits*, o. cit., p. 72.

⁴¹ Cf. TIEDEMANN, “El concepto de delito económico”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, n.º 8, Buenos Aires, 1975, p. 465. RIGHI: “Derecho penal económico”, o. cit., pp. 110 y ss.

⁴² Cf. *ibídem*, pp. 468 y ss.

⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco: “Delincuencia económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor al profesor Klaus TIEDEMANN*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 267.

afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual).⁴⁴

4. Por consiguiente, hasta la década de los ochenta, el derecho penal económico presentó una fisonomía que, en forma generalizada, supone la adopción de una conceptualización bidimensional:

4.1. Un *concepto restringido* vinculado a una noción de las mismas características del delito económico, que es consecuencia de precisiones relacionadas con la teoría del bien jurídico, de lo que surgen al menos tres grandes consecuencias: a) el cometido del derecho penal económico queda acotado, en principio, a la tutela de intereses individuales de los particulares o, en su caso, del Estado, pero no alcanza a la protección de los intereses colectivos o supraindividuales; b) se considera que la disciplina solo comprende las normas jurídico penales que protegen el orden económico; y c) por orden económico se entiende, generalmente, la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía. Por consiguiente, desde esa perspectiva restringida, el derecho penal económico es el sector jurídico que refuerza, con conminaciones penales, la dirección y el control estatal de la economía.⁴⁵

4.2. Con el anterior convive un *concepto amplio* en el que inciden dos factores: a) una visión *pragmática* del delito económico, que agrupa los distintos tipos penales con *significación* económica;⁴⁶ y b) un desarrollo proveniente de la investigación criminológica, cuya visión del *white collar crime* prescinde de la noción de bien jurídico y centra su preocupación en las características del autor.

Esta visión amplia presenta las siguientes características: a) el derecho penal económico es definido como el conjunto de normas jurídico-penales destinadas a proteger el *orden económico*, entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; b) es una concepción *extensiva* que coloca como objeto de protección, en primer lugar, a los intereses patrimoniales cuyo titular puede ser el Estado o los particulares; c) subsidiariamente, en segundo término, se atiende a la tutela de bienes colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado.⁴⁷

⁴⁴ TIEDEMANN, Klaus: "El concepto de delito", o. cit., p. 465

⁴⁵ Cf. LAMPE, Ernst-Joachim, o. cit., p. 367. TIEDEMANN, "El concepto de delito ...", o. cit., p. 465 y "Poder económico...", o. cit., p. 12. RIGHI, *Derecho penal económico comparado*, Madrid, 1991, pp. 318 y ss. NOVOA MONREAL, o. cit., p. 193. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, o. cit., p. 42. MARTOS NÚÑEZ, o. cit., p. 128.

⁴⁶ Expresiva de ese punto de vista fue la segunda ley alemana contra la Delincuencia Económica de 1986, cuyo § 263.a incrimina la defraudación mediante computadoras.

⁴⁷ Cf. BAJO FERNÁNDEZ, o. cit., p. 43 y, del mismo autor, "Los delitos societarios en el nuevo Código Penal español de 1995", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, IX, n.º 3, CEDAM, Padua, 1996, p. 738. MARTOS NÚÑEZ, o. cit., p. 129. BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Ciencia penal y criminología*, Madrid, 1985, p. 180.

Es de resaltar que para otros autores resulta prioritaria la protección de los intereses colectivos; precisamente, dice MANCUSO que su tutela define la autonomía conceptual de la corriente amplia, al tiempo que evidencia sus ventajas pragmáticas. Al respecto formula dos aclaraciones:

- a) De la afirmación de que el delito económico ampara, básica y prioritariamente, bienes supraindividuales, no se debe concluir que no pueda, además, quedar protegido el interés jurídico de un particular. Así, por ejemplo, las normas de defensa de la competencia, que naturalmente están orientadas a proteger la libre concurrencia en una economía de mercado (bien jurídico supraindividual), amparan también intereses individuales de los consumidores y de los competidores del autor de la infracción. Lo que se afirma es que en el derecho penal socioeconómico la norma penal trasciende la protección de esos bienes particulares, y el bien colectivo ocupa el primer lugar por ser el que otorga fundamento propio a la prohibición.
- b) Por otra parte, algunos de los clásicos tipos patrimoniales que tutelan fundamentalmente bienes individuales pueden asumir modalidades trascendentes que permiten su caracterización como delitos económicos. Así, por ejemplo, el daño cuando se presenta bajo formas de sabotaje económico.⁴⁸ Entre otros, BACRIE critica duramente esta concepción alternativa.⁴⁹

Por su parte, Carlos MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ⁵⁰ también resalta que, junto con la concepción estricta o restrictiva del derecho penal económico, se reconoce un concepto amplio caracterizado por incluir, ante todo, las infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico, que si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátense de intereses generales, intereses de amplios sectores o grupos de personas.

⁴⁸ MANCUSO, Elio, "Concepto y alcances del bien jurídico en los delitos socioeconómicos", *Revista Ciencias Penales*, VI, n.º 5, Editorial Teruel, Bogotá, 1994, p. 34.

⁴⁹ BACRIE, Stephane, "El debate sobre el bien jurídico en el derecho penal de los negocios" (versión ampliada), en *Revista del Instituto de París*, vol. 11, p. 4, abril de 1998, p. 97, crítica a esta posición señalando que construye una categoría totalmente ajena al natural fundamento antropológico que debe presidir todas las ramas del derecho penal. Prioriza demasiado los intereses de la comunidad situados en primer plano y por ello la incriminación no toma en cuenta la esfera privada del individuo, su patrimonio e intereses subjetivos, los cuales solo reciben, en el mejor de los casos, una protección incidental.

⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 33.

Dentro del concepto amplio de delitos económicos llegan a incluirse también aquellas infracciones que, aun afectando en primera línea a bienes jurídicos puramente individuales, comportan un abuso de medidas e instrumentos de la vida económica.

4.3. Pese a existir un notable consenso en torno a la aludida bipolaridad entre la concepción restrictiva y la concepción amplia, en ocasiones se utilizan las nociones amplia y estricta de delitos económicos con un significado diferente al que se acaba de expresar. Así, para un relevante especialista como BOTTKÉ,⁵¹ el derecho penal económico en sentido amplio abarca la comisión de delitos pertenecientes a la órbita del *derecho penal clásico*, en cuanto a que se ejecute en el ámbito de la empresa o de los negocios. Este sector no plantearía, obviamente, especiales problemas de legitimidad a la hora de criminalizar comportamientos, dado que se articularía sobre la vulneración de bienes jurídicos también *clásicos*, como, verbigracia, el patrimonio o la seguridad en sentido estricto engloban todos aquellos delitos que afectan la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador penal en la Constitución.

Sin embargo, este entendimiento minoritario de la doble caracterización del derecho penal económico no va a ser acogido en lo que sigue, por las razones que se explicitarán más adelante. En este momento basta con dejar constancia de la toma de posición en cuanto a la fijación de los conceptos y, en todo caso, con añadir que la bipartición de BOTTKÉ comporta calificar como derecho penal económico en sentido amplio una materia cuya individualización únicamente resulta procedente a partir de un criterio exclusivamente criminológico, pero que debe quedar siempre al margen de nuestro objeto de estudio con arreglo al criterio rector del bien jurídico. Por otro lado, propone el citado autor una noción harto simplificada del derecho penal en sentido estricto, en la que no se establece ningún criterio selectivo ulterior y en la que, consecuentemente, habría que incluir figuras delictivas ontológicamente muy diversas, que no suscitan, todas ellas, idénticos problemas de legitimidad de la intervención del derecho penal.

⁵¹ BOTTKÉ, *Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto*, L.H. Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 637 y ss.

6.

EL DESARROLLO POSTERIOR

1. Cuando se observa el panorama del derecho penal económico en la actualidad, resulta evidente que prevalece la adhesión a una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores, entre ellos: el evidente predominio de la economía de mercado, la decadencia del *dirigismo* estatal, la necesidad pragmática de contar con una categoría aglutinante de las más variadas agresiones sociales y, también, como consecuencia de una creciente tendencia a postergar los rigores sistemáticos que ofrece la dogmática.

Como adelanto al desarrollo del tema, se puede expresar que las críticas que sobrevienen a esta concepción amplia impondrán el reconocimiento del referente estructural, de un contenido personalista y una legitimación democrática, y ello llevará al concepto integrado de derecho penal económico que propugnamos.

Si se vuelve a la concepción amplia en su estado *puro*, resulta que al reparar en el conjunto de áreas involucradas se advierte que, como consecuencia de la referida noción amplia, son considerados delitos económicos: a) los delitos fiscales; b) los fraudes de subvenciones; c) los delitos cometidos en el seno de instituciones bancarias, financieras y cambiarias; d) los delitos vinculados al funcionamiento de empresas privadas de seguros; e) los delitos contra la regularidad del trabajo y la seguridad social; f) las quiebras, concursos y concordatos de tipo fraudulento; g) los balances falsos; h) la competencia desleal; i) los hechos punibles vinculados con el comercio exterior; j) los daños al ecosistema; etcétera.

Lo expuesto hasta aquí permite extraer al menos tres conclusiones: a) la primera es que se advierte una expansión de los *contenidos* del derecho penal económico; b) la segunda es que esa expansión se da tanto en la legislación extracódigo como en el ámbito del derecho codificado; c) la tercera constatación es que este acelerado proceso expansivo carece de toda prudencia, coherencia sistemática, mínima afinidad con los principios dogmáticos de la ciencia penal, exhibe una deliberada desnaturalización del concepto de bien jurídico y conlleva otras consecuencias dogmáticas y prácticas negativas.

Afirma el publicista BACRIE que la concepción amplia tiene un claro desarraigo democrático, pues desvanece su fundamento antropológico, se desentiende de las notas de garantía que trasuntan los bienes jurídicos determinados, tiende a la dispersión normativa y termina por desvincularse de la realidad económica que pretende abarcar.⁵²

⁵² BACRIE, Stéphane, "El debate sobre el bien jurídico en el derecho natural de los negocios" (versión original), en *Revista del Instituto Latinoamericano de París*, vol. 11, abril 1992, pp. 82 y ss.

2. Si se toma el ejemplo de Alemania, VOLK señala que se advierte una agresiva evolución, que lejos de clarificar el panorama del derecho penal económico lo enrarece al nivel de flagrante dispersión conceptual y jurídica.⁵³ Así, puede percibirse que, en un primer momento, se aprueban en Alemania variadas leyes de reforma, orientadas a cubrir supuestas lagunas de punibilidad, como ocurre en 1976, cuando la primera ley Contra la Criminalidad Económica incorpora tipos para reprimir la obtención fraudulenta de subvenciones y créditos, como también delitos de quiebra. Diez años después, la misma finalidad tendrá la segunda ley Contra la Criminalidad Económica, fundamentalmente destinada a castigar la manipulación fraudulenta de computadoras. Luego, un nuevo salto cualitativo supondrá la incorporación al Código Penal de un catálogo especial de competencias judiciales para un conjunto de conductas más o menos vinculadas con el concepto medular de *delitos económicos*, reforma que concreta otra ampliación significativa, cuyo único fundamento es de orden procesal. Finalmente, se adoptará otro criterio expansivo de tipo operativo-funcional que reconoce su origen en la investigación criminológica, y que consiste en considerar delito económico al cometido que utiliza una empresa, realizado en su beneficio o en su ámbito.

3. Igual situación se vive con la anodina y frecuentemente simbólica aglomeración de tipos diversos que ostenta el actual derecho penal económico de Italia,⁵⁴ en la pasmosa dispersión de Droit Penal des Affaires de Francia,⁵⁵ el más conocido desarrollo espasmódico de la legislación española,⁵⁶ etcétera.

Como consecuencia de este proceso, ocurrido tanto en el ámbito doctrinario como en el derecho positivo contemporáneo, la noción amplia o elástica de delito económico se ve crecientemente cuestionada en múltiples y variados aspectos, algunos de los cuales se esbozarán rápidamente.

⁵³ VOLK, Klaus, "Diritto penale dell'economia", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, XI, n.º 2-3, CEDAM, Padua, 1998, pp. 479 y ss.

⁵⁴ Confirman, entre otros: LO MONTE, Elio, "Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, XI, n.º 2-3, CEDAM, Padua, 1998, pp. 323 y ss. MANNA, Adelmo, "Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, X, n.º 3, CEDAM, Padua, 1997, pp. 665 y ss. MAUGERI, Anna Maria, "La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, IX, n.º 3, CEDAM, Padua, 1996, pp. 817 y ss. PALIERO, Carlo Enrico, "Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, IX, n.º 4, CEDAM, Padua, 1996, pp. 1173 y ss.

⁵⁵ Cf. BACRIE, Stephane, o. cit., p. 99.

⁵⁶ Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Los delitos societarios...", o. cit., pp. 738 y ss. SALIERO ALONSO, Carmen, "Reflexiones en torno a la tutela penal del ambiente. Especial consideración de los delitos contra la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal español", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, XI, n.º 2-3, CEDAM, Padua, 1998, pp. 367 y ss. BARBERO SANTOS, Marino, "Introducción general a los delitos socioeconómicos. Los delitos societarios", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, X, n.º 3, CEDAM, Padua, 1997, pp. 605 y ss.

7.

**PROBLEMAS Y CUESTIONAMIENTOS
DERIVADOS DE LA CONCEPCIÓN AMPLIA
DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO**

1. A modo de recapitulación: se ha señalado que el concepto de delito económico originario y clásico, derivado de las concepciones atadas a la matriz del bien jurídico genera la denominada teoría *restringida*. De acuerdo con este punto de vista, el contenido de la disciplina en sentido *estricto* comprende las normas jurídico-penales destinadas a proteger el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía.⁵⁷ Ese criterio de delimitación se corresponde con una noción también restringida del derecho económico, asimilable al conjunto de normas vinculadas al derecho de la economía dirigida por el Estado.

Por consiguiente, siempre en sentido estricto, el delito económico es apreciado como la infracción que lesiona o pone en peligro esa actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. Ese ha sido también el punto de vista más aceptado en el contexto legislativo y científico de la época, por considerarse el único concepto que resulta a la vez garantizador y de utilidad, ya que es comprensivo tanto de las hipótesis de tutela, en los casos de intervención anticrisis, como de las de promoción del desarrollo, e incluye los supuestos de protección de la economía de mercado y la tutela de instrumentos de asignación forzosa de recursos. En realidad, se suele olvidar que, pese a que se trata de una noción restringida, permite cierto juego conceptual, y considerar delitos económicos tanto al monopolio que afecta la libre concurrencia como a los supuestos de lesión a medidas estatales que impiden el acceso a un mercado a determinadas personas, como sucede, por ejemplo, con inversores extranjeros. Es el caso de la legislación francesa y belga.⁵⁸

2. Como consecuencia de criterios pragmáticos atados al desarrollo de nuevos mecanismos y operativas económicos especialmente susceptibles de desviación y, fundamentalmente, a los aportes de la investigación criminológica, se desarrolla, paralelamente, una noción del delito económico en un sentido amplio. Desde esta perspectiva, el derecho penal económico

⁵⁷ Cf. BAJO FERNÁNDEZ: “Derecho penal económico aplicado...”, o. cit., p. 37. MARTOS NUÑEZ, o. cit., p. 128.

⁵⁸ BACRIE, Stephan, o. cit., p. 103.

es definido como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Esta perspectiva supone colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar y, en segundo lugar, la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado; por ejemplo, el sistema crediticio, operaciones de pago sin dinero efectivo o el mercado de capitales.⁵⁹ Ya se ha señalado, además, que las consecuencias inevitables de esta concepción extensiva son las evidentes dificultades para delimitar el ámbito de la disciplina, como también para precisar la noción de lo que debe entenderse por delito económico, el que es definido como la infracción que afecta a un bien jurídico patrimonial individual y lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En teoría, se adjudica a esta concepción la virtud de armonizar los objetivos de las investigaciones criminológicas sobre criminalidad de cuello blanco con los contenidos del derecho penal económico,⁶⁰ pero la imprecisión conceptual que la orienta genera confusión y hace perder todo contacto con el rigor dogmático penal.⁶¹ También, como se verá más adelante, desgaja el objeto analizado de su estructura y lo desvincula de las prioridades de garantía paradigmáticas del Estado democrático social de derecho (contenido personalista y legitimación democrática).

3. El primer cuestionamiento retoma los puntos de vista originados en FEUERBACH y posteriormente desarrollados por GOLDSCHMIDT, quienes distinguen entre: a) los *delitos*, reconocidos por su esencia como lesiones de derechos subjetivos y, por lo mismo, portadores de un verdadero injusto criminal; y b) las *infracciones*, apreciadas como modalidades de comportamiento reprimidas por razones vinculadas a la seguridad y el orden público, meras contravenciones administrativas que no pertenecen al derecho penal criminal.

En la medida en que la pena penal solo es legítima en función de la noción de bien jurídico, entendido como la condición jurídicamente garantizada de libre desarrollo de un individuo en sociedad, y dado que el objeto de tutela del derecho penal económico es el funcionamiento de subsistemas económicos, se considera que debe ser un derecho de infracciones administrativas y no un derecho criminal. Esta perspectiva crítica, si bien admite la existencia de bienes jurídicos *supraindividuales*, lo que niega es la posibilidad de que estos

⁵⁹ BAJO FERNÁNDEZ, “El derecho penal económico aplicado...”, o. cit., p. 40.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁶¹ Cf. LO MONTE, Elio, o. cit., pp. 323 y ss.

sean objeto de tutela del derecho penal económico; su fuero natural debe encontrarse en el ámbito de las infracciones administrativas.⁶²

4. Otra perspectiva crítica parte de la base de que solo cabe reconocer la existencia de un bien jurídico cuando es empíricamente demostrable que puede ser dañado. Se sostiene que una política criminal de base empírica exige demostrar que existe una inequívoca relación de causalidad entre el comportamiento individual y el referido daño supraindividual, por lo que la cualidad de una acción de ser lesiva depende de que esté casualmente vinculada a la clara afectación de un bien jurídico determinado.

En tal sentido, se observa que si bien hay delitos individuales en los cuales el daño patrimonial es efectivamente acompañado de gran dañosidad social, también hay otros ilícitos individuales de gravedad en los cuales el daño patrimonial no trasciende al plano de los bienes jurídicos supraindividuales y otros casos en los cuales, lejos de estar colocado en primer plano el daño patrimonial, este puede inclusive no existir y ser muy claro el daño colectivo.

RIGHI⁶³ aporta el siguiente ejemplo: cuando se abre una línea especial de crédito para fomentar una determinada actividad económica o cubrir una necesidad social, el comportamiento puede consistir en obtener un crédito mediante ardid. En esos casos, se lesionan los intereses colectivos vinculados a los objetivos de política económica o social involucrados, y puede no haber lesión individual ni perjuicio patrimonial cuando, por ejemplo, el autor paga el crédito en los plazos pactados.

5. También se ha señalado, con singular agudeza crítica por parte del publicista Esteban RIGHI, que desde el punto de vista ontológico la afirmación de que un delito económico en sentido amplio lesiona en primer lugar intereses individuales entra en contradicción con su enunciada vocación supraindividual final, es decir, con la exigencia de que lo afectado por los delitos económicos deben ser prioritariamente bienes jurídicos supraindividuales.⁶⁴ Entre esos tipos orientados a tutelar preferentemente intereses supraindividuales, se suelen mencionar las infracciones previstas con motivo de la formación de carteles. Otro ejemplo de esa contradicción se manifiesta en la tutela penal del medio ambiente. Los delitos ecológicos giran en torno a la idea de protección del medio ambiente natural, y sus objetos de tutela son definidos en la conservación del suelo y la flora, el mantenimiento de la pureza de las

⁶² Cf. OEHLER, Dietrich, "Tendenze e controtendenze nel diritto penale dell'economia", en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, IX, n.º 3, CEDAM, Padua, 1996, pp. 128 y ss.

⁶³ RIGHI, Esteban, *El derecho penal económico comparado...*, o. cit., p. 322.

⁶⁴ Cf. RIGHI, *ibídem*, p. 323. Otra opinión en TIEDEMANN, "El concepto de delito económico", o. cit., p. 469.

aguas, la eliminación de basuras, la protección contra gases perjudiciales, la eliminación o reducción de los efectos nocivos de la radiactividad y los desperdicios químicos y la protección contra los ruidos.⁶⁵ La definición de bien jurídico protegido es claramente indicativa de que se orienta a proteger intereses de la comunidad en su conjunto.⁶⁶

RODRÍGUEZ RAMOS reconoce que, si bien no puede negarse que con la protección del medio ambiente pueden verse tutelados mediatamente bienes tradicionales como la vida o la propiedad, esos bienes jurídicos añejos no agotan ni son el inmediato y principal objeto de protección de las normas aludidas, pues lo que primariamente se ampara es el derecho de *todos*, del colectivo, a un entorno de vida adecuado.⁶⁷ Los delitos ecológicos normalmente se engloban dentro de la categoría derecho penal económico, pero no por efecto del desarrollo de una noción amplia de este. Lo integran más por su significación social que por coherencia conceptual o sistemática.⁶⁸ Sin embargo, aun empíricamente, se verá que los delitos ecológicos tienen estrecha vinculación con el derecho penal de la empresa; como regla son cometidos mediante la utilización de corporaciones y constituyen verdaderas conductas disvaliosas hacia el exterior de la empresa.

6. Otra vertiente crítica expresa que un concepto tan heterogéneo y elástico del derecho penal económico denuncia o pone en evidencia más la impotencia que la versatilidad de dicho concepto. En esta tesitura, BERISTAIN señala que la mejor demostración de que ese concepto laxo provoca una insalvable imprecisión, como para impedir acotar el contenido del derecho penal económico, está dada por la enmarañada y dispar enumeración de tipos que algunas formulaciones, sin mayor rigor o coherencia, agrupan dentro de esta categoría.⁶⁹ En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ expresa que esta seudocategoría es en un todo

⁶⁵ Cf. BACIGALUPO y STAMPA BRAUN, "La reforma del derecho penal económico español", *Revista Jurídica de Cataluña-Extra. El proyecto de Código Penal*, 1980, p. 102.

⁶⁶ Cf. RODRÍGUEZ RAMOS, "Aproximación a la política criminal desde la protección penal del medio ambiente", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, AIDP, Madrid-Plasencia, 1977, p. 281. "Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (arts. 323 a 325 del Proyecto)", en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 473. "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", en *Estudios penales y criminológicos*, V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, p. 307.

⁶⁷ Cf. RODRÍGUEZ RAMOS, o. cit., p. 281.

⁶⁸ Cf. RIGHI: *Derecho penal económico comparado*, o. cit., p. 324.

⁶⁹ Cf. BERISTAIN, *Ciencia penal y criminología*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 181. El autor enumera, como ejemplo, hechos punibles: las normas referidas al medio ambiente, las insolvencias punibles, las formaciones de carteles, las infracciones en el campo de la informática (manipulación de datos o robo, violación de secretos), la falsificación de balances de una empresa, la violación del deber de tener una contabilidad, las competencias desleales, los abusos de crédito, las estafas, los fraudes en perjuicio de los acreedores (por ejemplo: quiebras e infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial), los fraudes al consumidor, la falsificación de las mercancías, la presentación engañosa, el abuso de la inexperiencia del consumidor, infracciones en aduanas, infracciones bancarias o bursátiles, manipulación abusiva del mercado bursátil, las infracciones de las normas de seguridad e higiene laboral, las infracciones contra las sociedades mercantiles, el envío al extranjero de grandes cantidades de dinero procedentes de delitos (*bold-ups*), los boicots empresariales, las receptaciones, las malversaciones de caudales públicos, los cohechos, las apropiaciones indebidas, las falsedades

equiparable a un “cajón de sastre”. Señala que se suele adjudicar al derecho penal económico todo aquel disvalor socialmente grave que no se puede ubicar fácilmente dentro de los bienes jurídicos tradicionales.⁷⁰

Posteriormente, se remite a la clasificación que de los delitos económicos ofrece un conocido especialista, ZIRPINS, para comprobar que se está ante un campo sin lindes definidas y en el que se comprenden hechos absolutamente dispares.⁷¹ Agrega que estos intentos de clasificación evidencian que el concepto amplio de delito económico es, desde el punto de vista de la dogmática pura, algo inadmisibles, desde el momento en que se incluyen en él acciones de muy diverso contenido, que lesionan bienes jurídicos de muy diversa naturaleza, sin que sea posible reconducirlos a una misma categoría conceptual por la simple circunstancia de que *eventualmente* puedan lesionar el orden económico. Si es así, hay que acabar por reconocer que prácticamente todos los delitos pueden ser, en principio, delitos económicos. El suicidio inducido de un banquero, el asesinato de un empresario, la difamación de una firma social, etcétera, pueden perturbar también gravemente el orden económico, entendido en sentido lato. En ausencia de toda técnica sistemática, inducción al suicidio, asesinato, injurias, pueden llegar a ser considerados también delitos económicos.

La agrupación y consiguiente sistematización de los delitos se debe llevar a cabo en atención a su contenido sustancial, y este se determina, a su vez, en función del bien jurídico determinado que, en abstracto y por definición, resulta necesariamente ofendido por la correspondiente figura delictiva y no en función de los intereses que, a través de su concreta e histórica realización, puedan resultar eventualmente lesionados. La inclusión bajo la rúbrica de derecho penal económico o socioeconómico de delitos de tan dispar contenido como la estafa, la prevaricación, el contrabando, el tráfico ilícito de alimentos y medicamentos, etcétera, no supone, desde el punto de vista dogmático, ningún avance, sino un claro retroceso,⁷² porque se está tomando como punto de referencia para la clasificación una característica que, por su condición de eventual, no permite definir esencialmente los correspondientes delitos, hasta el extremo de que los hechos que se consideran como delitos económicos en sentido amplio pueden resultar, en definitiva, en algún caso concreto, beneficiosos y no perjudiciales

de documentos, los fraudes acerca de la situación comercial de la empresa y de sus fondos financieros, los abusos de situaciones económicas por parte de empresas multinacionales y la creación de sociedades ficticias.

⁷⁰ BAJO FERNÁNDEZ, *El derecho penal económico aplicado...*, o. cit., p. 42.

⁷¹ ZIRPINS distingue seis grandes grupos de delitos económicos: 1) la estafa; 2) delitos contra el principio de confianza, como malversación, prevaricación, cohecho y otras formas de corrupción de funcionarios; 3) delitos contra la libertad de competencia; 4) delitos fiscales y de contrabando; 5) delitos de insolvencia; y, 6) otros delitos como agio arrendatario, receptación, tráfico de alimentos y medicamentos no incluidos en los apartados anteriores. Ver BAJO FERNÁNDEZ, *ibídem*, p. 131.

⁷² BALESTRINO, U.G., *I problemi generali dei reati societari*, Casa Editrice Puglia S.P.A., Milano, 1978, pp. 12 y ss.

para el orden económico. Por ejemplo, una apropiación indebida o un cohecho pueden evitar una quiebra, que provocaría graves perturbaciones económicas de orden nacional.

7. Pese a los esfuerzos hasta ahora realizados, no se ha conseguido un concepto de delito económico con perfiles unitarios, y para muchos autores es probable que no pueda obtenerse nunca, entre otras razones porque, como observa LÓPEZ-REY, un concepto claro de lo económico es difícil y, en el mejor de los casos, tiene un carácter descriptivo-enumerativo que nunca podrá estimarse como completo.⁷³ A lo que otros añaden, con indiscutible acierto, la circunstancia de que cada sistema económico genera su propia delincuencia económica; por ello, lo que se considera delito en una economía dirigida no lo es en una economía de libre mercado, y a la inversa.⁷⁴ Sobre este aspecto, que constituye una de las críticas más fermentales al concepto amplio, se volverá con más detalle en el apartado siguiente.

Por otro lado, también se reconoce que la noción de *delincuencia económica* ha cumplido y cumple importantes funciones desde el punto de vista criminológico, de política criminal y en lo que hace a la percepción del tema en el ámbito de los tribunales y del mismo colectivo social involucrado. El concepto amplio de delito económico parece, en cambio, técnicamente inviable desde la perspectiva dogmática. Esta realidad, dice BAJO FERNÁNDEZ, no debe preocupar demasiado; hay que aprender a vivir con ella, porque, en cualquier caso, no se debe dejar prender por la cuestión dogmático-sistemática. Agrega que muy probablemente lo más importante a esta hora no sea determinar si este o aquel hecho deben considerarse o no como delitos contra el orden económico y si este puede o no considerarse, desde el punto de vista dogmático, como un específico bien jurídico, sino si para el buen desarrollo de la vida económica es necesario o no que un determinado hecho se configure como delito.⁷⁵ Otros autores —denuncia MOCCIA— abordan el tema en forma más radical y sostienen que se debe otorgar primacía a la cuestión político-criminal sobre la relativa sistematización y coherencia dogmática de los llamados delitos económicos.⁷⁶

Afortunadamente, aún quedan otros publicistas que, por diversos caminos, no se resignan y continúan aferrados a las seguridades y garantías que otorga un bien jurídico determinado o determinable, que creen en la posibilidad de una adecuada definición conceptual,

⁷³ LÓPEZ-REY, M., *Criminología*, t. I, Aguilar, Madrid, 1975, p. 144.

⁷⁴ Cf. RUIZ VADILLO, E., “Los delitos contra el orden socioeconómico”, en *Anuario de la Escuela Judicial*, n.º XIII, 1981, pp. 224-225.

⁷⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., o. cit., p. 51.

⁷⁶ En esa línea, SIEBER, Ulrich, “Responsabilità penali per la circolazione di datti nelle reati internazionali di computer. Le nuove sfide di internet”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, X, n.º 3, CEDAM, Padua, 1997, pp. 743 y ss.

propia del verdadero Estado de derecho.⁷⁷ En tal sentido, SEVERIN señala que la tendencia al pragmatismo, tan fuertemente arraigada en el llamado nuevo realismo de la doctrina criminal norteamericana, conlleva un inevitable apartamiento de las garantías sustantivas y adjetivas, en el cada día más vasto y difuso campo derecho penal económico. Se soslayan temas centrales, como su inevitable vinculación estructural con el funcionamiento del mundo económico-financiero y la necesidad de revisión metodológica, traducida en la imprescindible profundización conceptual y operativa de los mecanismos o resortes superiores de la economía involucrados.

Agrega, y es compartible, que solo a través de una renovación metodológica que lleve al adecuado conocimiento técnico-operativo de aquellos institutos a priori cuestionados y en vías de criminalizar se posibilitará la más eficaz cobertura jurídica de su abordaje, tanto en el plano de la prevención como en la legislación, la aplicación de la ley y la efectiva realización de las garantías constitucionales de los sujetos eventualmente concernidos por la actuación penal.⁷⁸

En definitiva, se trata de visualizar aquellas variables sociales y jurídicas que permitan una adecuada determinación de bien jurídico y, por vía de consecuencia también, un acertamiento técnico-jurídico del propio derecho penal económico.

8.

EL NECESARIO REFERENTE ESTRUCTURAL DE LA OBJETIVIDAD JURÍDICA EN LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

1. En la actualidad, un número creciente de autores creen que el delito económico y consecuentemente la criminalidad económica no pueden entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se producen. Los delitos económicos, como en general todos los delitos (convencionales o no convencionales), son productos sociales o, más exactamente, subproductos estructurales, ya que obedecen a los condicionamientos concretos que se observan en una determinada sociedad en un momento histórico. Cada estructura social genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad. Luego, la

⁷⁷ Cf. obra de Sergio MOCCIA, Luigi FERRAJOLI, Marzia FERRAIOLI y otros autores del garantismo italiano. Especialmente, corresponde destacar MOCCIA, Sergio, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, y fundamentalmente la extraordinaria obra del mismo autor *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Editorial B de F Ltda., Montevideo, 2003.

⁷⁸ SEVERIN, Louis W., o. cit., p. 59.

conducta constitutiva de delito económico estará funcional-operativamente condicionada por la estructura socioeconómica concreta de un lugar y un momento determinados. Precisamente, en el ámbito de la doctrina penal se está aludiendo inequívocamente a la estructura económica cuando se señala que la infracción lesiona el orden público económico, pero se introduce el error de creer que este orden público económico es similar en todos los países. Ello no es así, e incluso comparte la nota de la mutabilidad y, consecuentemente, puede ir cambiando en matices dentro de cada país.

2. Se ha sostenido que, sin perjuicio de sus otras funciones (límite del *jus puniendi*, teleología, crítica), el bien jurídico cumple también una función sistemática inmanente al sistema penal y una función legitimadora trascendente al sistema penal.⁷⁹ Desde una perspectiva sistemática y considerando que los bienes jurídicos reflejan relaciones sociales concretas protegidas por la norma penal en un sistema social determinado, se han clasificado jerárquicamente en dos grandes grupos: los que tienen relación con las bases de existencia del sistema social y los que están en relación con el funcionamiento del sistema social.⁸⁰ Sobre este tipo de clasificación cabe tener discrepancias de tipo dogmático, pero hay que reconocer que la línea argumental expuesta por el autor tiende, finalmente, a enfatizar y clarificar la naturaleza estructural del derecho penal en su conjunto.⁸¹

Los bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema social son, a juicio de BUSTOS RAMÍREZ, aquellos sin los cuales el sistema social concreto, en este caso el que garantiza el Estado social y democrático de derecho previsto en la Constitución, no podría existir; como la vida, la libertad, la salud individual, el patrimonio. Para el citado autor, los bienes jurídicos conexos al funcionamiento del sistema tienen por objeto asegurar su correcto funcionamiento y equilibrar los desajustes que pudieran producirse en el sistema social al darse situaciones sociales conflictivas. Legitiman la intervención coercitiva del Estado no ya para proteger un bien jurídico que está en la base de existencia del sistema social, sino

⁷⁹ HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, 2.^a ed., Conosur, Santiago de Chile, 1992, pp.12 y ss.

⁸⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984; adicionalmente: "Control social y sistema penal", *PPU*, Barcelona, 1987, p. 129.

⁸¹ Este tipo de clasificación no es ajustada desde un enfoque normativista atemperado, pues los llamados *bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema social* son previos al propio sistema social, inherentes a la persona humana y reconocidos por el orden normativo, y se crean, a partir de ello, relaciones de disponibilidad normativamente tuteladas y protegidas en distintos grados, algunas de ellas por intermedio de la ley penal. Por ello, el propio concepto de bien jurídico penalmente tutelado siempre estará referido al buen funcionamiento del sistema social, puesto que busca tutelar dichas relaciones de disponibilidad ante situaciones sociales de gran conflictividad, pero cabe aclarar: no se trata en ningún caso de la mera tutela de la función por sí misma.

para asegurar las condiciones indispensables para que esas relaciones sociales básicas (vida, libertad, salud individual, patrimonio) puedan producirse.

A partir de ello, enfatiza que los bienes jurídicos no pueden entenderse sino en conexión con un sistema social determinado y agrega más: el derecho penal es el derecho coercitivo de ese sistema social y protege relaciones sociales concretas dentro de ese sistema social, que no es otro que el del Estado social y democrático de derecho. A su juicio corresponde hablar de bienes jurídicos microsociales y de bienes jurídicos macrosociales. Estos últimos bienes jurídicos están al servicio de los bienes jurídicos microsociales. Se trata de proteger las condiciones mínimas para que las relaciones microsociales (vida, libertad, salud individual, patrimonio) puedan desarrollarse. Así, el medio ambiente está al servicio de la vida y la salud individual. Si el Estado no interviene para castigar al que contamina el aire y el agua o destruye y explota abusivamente los recursos naturales, las relaciones microsociales, que están representadas por los bienes jurídicos vida y salud individual, no podrán realizarse o podrán verse seriamente perturbadas en su realización.

Esta concepción permite cerrar algunos aspectos críticos antes señalados: visiblemente el orden público socioeconómico es un concepto que no es nada pacífico.⁸² Dicha noción está ligada a las condiciones concretas de cada país y de cada época con sus particulares, diversos y a veces antagonicos enfoques ideológicos. Así, por ejemplo, no es lo mismo el orden económico en un período de emergencia bélico, como ha sucedido en Europa después de la primera guerra mundial, en el que se dictan agresivas medidas económicas para prevenir la especulación y asegurar el abastecimiento, que en un período de cierta normalidad, como el actual, en que se confía en la fuerza autorreguladora del mercado.

3. Lo expuesto permite reforzar la idea de que en el proceso de selección de las conductas socialmente disvaliosas en el ámbito económico no puede prescindirse de las condiciones concretas de la estructura social y de la forma concreta en que se dan las relaciones económicas en dicha estructura social. Esto, de por sí, representa una invaluable limitación al *jus puniendi*. Así, no puede prescindirse de la forma de Estado y del grado de su intervención en los procesos económicos y sociales, pues estos condicionan las relaciones individuales. En consecuencia, no puede hablarse de orden público socioeconómico en abstracto, sino solo en relación con una determinada estructura social que impondrá su propia racionalidad y

⁸² Con motivo del proyecto de 1980, un sector de la doctrina (STAMPA-BACIGALUPO, 1980, 5) ha criticado que el aludido proyecto, al reunir los delitos económicos bajo el epígrafe “Delitos contra el orden socioeconómico”, alude a un bien jurídico que, por difuso, es inaceptable; a lo que se contesta (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1981, 707) que el epígrafe quiere expresar “simplemente una categoría sistemática de referencia”.

marco de legitimidad. De allí que tampoco se pueda hablar de delito económico como una categoría atemporal, ontológica, sino solo en relación con una estructura social concreta que lo define en un momento histórico determinado.

El orden público económico, protegido por las disposiciones penales socioeconómicas, varía con el sistema imperante. En particular, el Estado democrático social de derecho configura un escenario político en el que, si bien se contempla un modelo socioeconómico que reconoce, sin perjuicio de su función social, la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, también otorgan al Estado ciertos derechos-deberes, facultades interventoras de carácter económico y social para alcanzar la plena libertad, justicia e igualdad. Este paradigma es precisamente el que legitima la intervención del Estado.

4. De acuerdo con estos principios constitucionales, el llamado orden socioeconómico es del interés y está al servicio de todos los ciudadanos; en esto radica su contenido personalista microsocioal. Así, por ejemplo, la difusión de una noticia falsa con la intención de alterar los precios de un producto debe entenderse e interpretarse como una intervención intolerable desde una posición de poder en el funcionamiento del mercado, lo que, en último término, perjudica a los consumidores. Ese obstáculo que impide la realización de la libre competencia y la formación del justo precio viene, en último término, a afectar también al patrimonio del consumidor. La protección de la libre competencia como factor específico del orden socioeconómico implica, en última instancia, la protección de un bien jurídico macrosocioal. La lesión de este bien jurídico macrosocioal, en este caso la libre competencia, produce distorsiones en el funcionamiento del sistema, ya que obstaculiza la libre circulación de las mercancías. Pero esta lesión del bien jurídico macrosocioal, en la medida en que está referida al funcionamiento del sistema, también perjudicará el patrimonio de uno de los sujetos de la relación económica de mercado.

En consecuencia, en la medida en que la lesión del bien jurídico macrosocioal implique obstáculos para su desarrollo, hay también una lesión de un bien jurídico microsocioal que es condición de existencia del orden socioeconómico reconocido por la Constitución de todo Estado social democrático de derecho. Por eso, en la protección de una relación macrosocioal, en este caso el libre mercado, se están protegiendo también las condiciones para que pueda desarrollarse una relación microsocioal que, como se ha dicho, es el patrimonio del consumidor.⁸³ Como se ve, el orden socioeconómico conlleva intervención estatal dentro de

⁸³ Como plantea BUSTOS RAMÍREZ (1987), en la protección de los bienes jurídicos macrosociales hay una protección teleológica de bienes jurídicos microsociales.

la relación social para impedir las disfunciones que la injerencia de poderes distintos al del Estado pudiera producir.

5. En síntesis, el sistema crediticio, el sistema monetario, el proceso de ingresos y egresos del Estado y la libre competencia son relaciones macrosociales. La lesión a estos bienes jurídicos macrosociales denuncia una disfunción del sistema y da contenido material al injusto económico. Su perturbación pone en peligro el funcionamiento del modelo económico constitucional. Pero su protección también implica, en último término, la protección de las relaciones microsociales que se realizan en el circuito económico. Proteger el sistema crediticio y castigar las quiebras o insolvencias fraudulentas implica también la protección del patrimonio del acreedor. Hay una necesaria relación teleológica entre el bien jurídico macrosocial, relativo al funcionamiento del sistema, y el bien jurídico microsociales, que es, a la vez, condición de existencia del sistema y limitante de sus eventuales excesos.

9.

OTROS REFERENTES SOCIALES Y JURÍDICOS DEL BIEN JURÍDICO

1. Las dificultades que se han denunciado para lograr un racional equilibrio entre concepto y bien jurídico vienen dadas, en parte, por la complejidad de intereses afectados, que plantean problemas de identificación y concreción de los bienes. Se ha entendido que la función propulsora, no meramente conservadora, que el Estado reivindica hoy impone una nueva configuración dinámica del concepto de bien jurídico, que no se agota en la cristalización de situaciones y relaciones existentes, sino que, como sugiere PEDRAZZI, abarca los objetivos estatales de justicia social.⁸⁴ En todo caso, el carácter promocional que se pretende asignar al derecho penal implica el riesgo de un intervencionismo gravemente restrictivo de derechos individuales, en pos de programas económicos que, en una sociedad conflictiva o, cuando menos, plural, no pueden gozar de unánime aceptación.

⁸⁴ PEDRAZZI, C., "El bien jurídico en los delitos económicos", en *La reforma penal, delitos socioeconómicos*, edición colectiva coordinada por Marino BARBERO SANTOS, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1985, p. 287.

Así, por ejemplo, HASSEMER subraya que el paso de la tutela penal de bienes a la tutela penal de funciones pone en peligro el papel crítico-garantista del bien jurídico. Los denominados *grossflächige Rechtsgüter*, por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no podrían erigirse en criterio definidor ni delimitador del poder punitivo y, menos aún, en los delitos de peligro, sobre todo abstractos, que, nominalmente orientados a la defensa de bienes jurídicos, les son en realidad excesivamente ajenos.⁸⁵ El interés de quien concede subvenciones en que sean utilizadas debidamente o el interés en conservar un ambiente —ejemplos propuestos por HASSEMER—, por evidente que sea su relevancia, no son fácilmente caracterizables como bienes jurídicos, sino como objetivos de carácter político, social o económico, y su tutela, más que de auténticos bienes, lo es de funciones.⁸⁶

2. MARINUCCI recuerda que los últimos años están siendo testigos de programas de criminalización y descriminalización tendientes a proporcionar tutela penal al catálogo de bienes, derechos e intereses de relevancia constitucional, y, en concreción de tal tendencia, se viene aceptando la necesidad de acentuar la presión penal en un sector que, aun con excepciones, había sido inmune a ella: el de los bienes jurídicos de carácter social, de tipo colectivo, supraindividual o difuso (todas estas denominaciones se empleans sin precisar, la mayoría de las veces, las señas de identidad de cada uno de estos conceptos).⁸⁷

Se trata de una alternativa político-criminal frente a la que, en principio, pueden oponerse pocas objeciones. Pero sí parece imperioso examinar si las técnicas penales tradicionales pueden seguir funcionando en el sentido propuesto por LISZT: como barrera infranqueable de la política criminal, o si, por el contrario, se ha de recurrir, para hacer frente de modo eficaz a la nueva situación, a un adelantamiento funcional de la intervención penal. Sobre el peligro de que este recurso ignore principios garantizadores ya consolidados se alzan autorizadas voces doctrinales. En concreto, se ha denunciado el olvido del bien jurídico como ineludible punto de referencia material. Este, cualquiera que sea la función que teóricamente se le asigne —con la excepción de su negación como subproducto del liberalismo y del positivismo por la doctrina penal nacionalsocialista—, ha venido cumpliendo una innegable función de garantía que hoy no puede dejarse de lado.⁸⁸

⁸⁵ HASSEMER, W., “Umweltschutz durch Strafrecht”, en *Neue Kriminalpolitik*, 1988, p. 47 y ss.

⁸⁶ HASSEMER, W., “Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici”, en *Dei delitti e delle pene*, 1, 1984, pp. 109 y ss.

⁸⁷ Cf. MARINUCCI, G., “Politica criminale e riforma del Codice Penale”, en *Democrazia e diritto*, Milan, 1975, p. 61.

⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”, en *RFUDC*, 11, 1986, monográfico estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p. 150.

Hay que admitir también, honestamente, con PADOVANI, que en ocasiones, cuando se habla de bienes jurídicos de amplio espectro, se convive con una hipocresía, ya que más que a bienes jurídicos propiamente dichos se alude a “metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y a las modalidades normativas establecidas para resolverlo o atemperarlo”.⁸⁹ Pero entre el modelo brindado por un derecho penal promocional que responda a las más genuinas aspiraciones del pragmatismo funcionalista y otro constreñido por los contornos que han definido al derecho penal liberal, entre el conductismo economicista y el absentismo autocomplaciente, hay quienes intentan posibilidades intermedias. Es necesario y posible mantener las garantías naturales al bien jurídico de inspiración democrática, y admitimos, excepcionalmente, una muy prudente ampliación, en la medida en que mantenga su reconocibilidad, es decir, en tanto y en cuanto no se vea desdibujado. Sobre este aspecto se volverá en el punto 5 de esta sección.

3. La cuestión que queda sobre el tapete es la de fijar criterios que determinen los casos en que tales situaciones instrumentales puedan acceder a la condición de bien jurídico penalmente tutelado. Y para resolverla surge, entre otras, la propuesta de BUSTOS, que distingue entre los bienes jurídicos que constituyen las bases y condiciones de subsistencia del sistema—directamente vinculados a la persona y de carácter microsocioal— y los relacionados con el funcionamiento del sistema, que aseguran materialmente las bases y condiciones de aquellos. Entre estos últimos cabe, a su vez, diferenciar bienes jurídicos institucionales, referidos a instituciones básicas para el funcionamiento del sistema; colectivos dirigidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico; y de control, orientados a la protección del aparato estatal para que este pueda cumplir sus funciones.⁹⁰

Debe señalarse que FIANDACA, dentro de la doctrina italiana, recrea el mismo esquema, pero distingue entre bienes individuales y bienes institucionales o colectivos.⁹¹ Esta clasificación tiene interés sobre todo porque jerarquiza los bienes jurídicos, ya que los referidos al funcionamiento del sistema son complementarios de los que constituyen sus bases y condiciones, y están teleológicamente preordenados a su defensa. La conclusión a extraer de ello es doble: a) el catálogo de bienes jurídicos no se agota en los tradicionales de impronta fundamentalmente individualista; b) el carácter funcionalmente subordinado de los

⁸⁹ PADUANI, T., “La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni”, en *Dei delitti e delle pene*, 1, 1984, p. 116.

⁹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., “Los bienes jurídicos colectivos...”, o. cit., p. 161.

⁹¹ FIANDACA, G., “La tipizzazione del pericolo”, en *Dei delitti e delle pene*, 3, 1984, p. 454.

colectivos veta, con buena lógica, el recurso a técnicas de tutela más incisivas y contundentes que las empleadas en la defensa de los que constituyen la base del sistema.

4. Finalmente, dedicados al estudio crítico del bien jurídico protegido en los delitos económicos y siguiendo el pensamiento de GRASSO, se ve que la tutela de los intereses individuales afectados puede acometerse, y eventualmente agravarse, si se acude a uno de estos expedientes:⁹² 1) castigar los ataques que supongan la lesión de estos; 2) en procedimiento paralelo al de las *injuncions* del modelo anglosajón, se puede confiar a la Administración la tarea de determinar cuál es, en caso concreto de conflicto de intereses, el prevalente, con reserva de la sanción penal para las conductas violadoras de la resolución administrativa; 3) dotar de sustantividad y autonomía a las *situaciones instrumentales*, de modo que los ataques a estas constituyan auténticos delitos de lesión; 4) adelantar la intervención penal al momento de creación del peligro para aquellos intereses individuales, con lo que la problemática se desplaza a los índices definidores de ese peligro, todos ellos reconducibles, si no se quiere renunciar a un referente material, a las diversas modalidades de ataque a la situación marco.

De todas estas opciones se encuentran ejemplos en derecho penal económico. De la primera —la vía más tradicional y garantizadora pero, a la vez y teóricamente, menos eficaz, ya que implica ignorar el marco que asegura la existencia del bien en cuestión— son muestra ciertos delitos que afectan a bienes jurídicos cuya titularidad individual es indiscutida (piénsese en los derechos patrimoniales del acreedor damnificado por el alzamiento). En cuanto a la segunda, presenta indudables ventajas, puestas de relieve por la práctica anglosajona fundamentalmente, pero también conocida en otras áreas, como puede ser el caso italiano. Este sistema parte de la constatación de situaciones conflictivas en las que no se decide la prevalencia de un interés sobre el otro a través del binomio *juez aplicador-ley que jerarquiza los intereses*, sino que se hace que la ley renuncie a establecer prioridades absolutas y se confía la definición de las condiciones de conciliabilidad a la Administración, que de este modo es llamada a *gestionar* el conflicto, y que se añade al binomio ley-juez. Es lo que ocurre cuando se castiga el ejercicio de una industria contaminante de las aguas sin haber obtenido la preceptiva licencia o sin observar las limitaciones impuestas por esta. No se incrimina así, a priori, una determinada solución del conflicto, sino la solución adoptada al margen de los procedimientos establecidos.

⁹² GRASSO, G., “L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati de attentato”, en *RIDPP*, 3, 1986, p. 727.

Es obvio que atribuir a órganos de alta calificación técnica la función de formular prescripciones dirigidas a un destinatario determinado y la consiguiente conminación, por parte del legislador, de sanción penal en caso de violación permiten profundizar en las peculiaridades de cada situación, y facilitan así una mayor eficacia, pero los riesgos que con este proceder se corren no son menos evidentes, ya que si la decisión sobre bienes e intereses en conflicto, consecuente con la valoración respectiva de estos, la ha de realizar la autoridad administrativa, que por esta vía decide sobre la imposición o no de penas, se puede convertir al derecho penal en apéndice de las decisiones administrativas. Aquí la corrección debe venir de la mano del principio de lesividad, que obliga al legislador a evitar la criminalización de injustos meramente formales y al intérprete a la construcción teórica de cada tipo de manera de integrar la afectación, actual o potencial, pero en todo caso constatada, al bien jurídico.

La tercera de las posibles opciones —la consideración de la *situación instrumental* como auténtico bien jurídico, aunque de naturaleza subsidiaria, por cuanto, de acuerdo con BUSTOS, su protección está tendencialmente dirigida a asegurar los bienes jurídicos que constituyen las bases y condiciones de subsistencia del sistema—, no queda, tampoco, a salvo de objeciones. No puede, en efecto, construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables bienes jurídicos individuales.

En definitiva, todo derecho penal de inspiración democrática responde a una esencia antropológica. Se puede pensar que esos bienes colectivos trascienden la mera acumulación de los individuales y conforman una entidad comprensiva de todos ellos, aunque distinta y superior; pero solo en contadas ocasiones esa nueva entidad, por su abstracción, será un bien jurídico en sentido estricto. Más bien constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales. Finalmente, la cuarta opción coloca en el camino especialmente crítico del adelantamiento de la protección de bienes jurídicos mediante la creación de tipos de peligro abstracto. Esta práctica concreta normalmente una invasión ilegítima a la esfera de libertad de las personas.

5. Cuando se tratan aspectos metodológicos referidos al derecho penal económico y macroeconómico se ha adelantado que, cuanto más abstracto, ambiguo, difuso o nebuloso se conciba el bien jurídico, más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada, en sí misma, generadora de peligro. También se ha señalado que, en los últimos tiempos, se impone la tendencia no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximarlos, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción,

le hace perder la necesaria nitidez. Es decir que se dan dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos socialmente relevantes: anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional) o emplear el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción (criterio más reciente).

Esto lleva, de modo inexorable, a borrar la nitidez de contornos del bien jurídico y pone en cuestionamiento, por vía indirecta, los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un derecho penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada, hasta el punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Solo existe una única vía de tipificar los delitos de peligro y esta supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción, y solamente por esta, que el bien jurídico puede y debe protegerse. Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su reconocibilidad. Este es, o debe ser, el límite, y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección. Se trata de una tarea compleja, pero no imposible. En muchos casos se logrará la anhelada concreción suficiente del objeto de tutela, en otros casos se percibirá que la conducta que se pretende punir carece de bien jurídico y, por consiguiente, no se justifica de modo alguno su inclusión típica en un Estado que pretenda considerarse como democrático y de derecho.

10.

A MODO DE CONCLUSIÓN PROVISORIA. CONCEPTO INTEGRADO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO QUE VINCULA LA REALIDAD ESTRUCTURAL CON UN BIEN JURÍDICO DETERMINADO Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DERECHO. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1. El derecho penal del orden socioeconómico, al que se alude hoy día en la doctrina más moderna e incluso en el título XIII del actual Código Penal de España, dista mucho de ser un concepto claro, concreto y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo.⁹³ Sin embargo, pese a esas inocultables dificultades, parece necesario dar un contenido a ese mentado orden socioeconómico, ya que existen una serie de delitos, bien tradicionales, bien de nueva creación, que solo pueden comprenderse desde la perspectiva de su incidencia en un orden socioeconómico superior al puramente patrimonial individual, del que indudablemente derivan, pero con el que no coinciden en forma exacta.

2. Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, sino para controlar y corregir sus excesos, evitar que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte y, en todo caso, redistribuir la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes, etcétera). Lo que desde el punto de vista de una economía inspirada en el liberalismo capitalista del *laissez faire, laissez passer*, se ha considerado como una anomalía o una cuestión excepcional, hoy es algo absolutamente normal e incluso consustancial a la propia economía de mercado, que debe estar también al servicio de objetivos sociales.

Esta concepción estricta del orden económico no parece hoy día suficiente como para abarcar una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos, que exceden el ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales. Valgan de

⁹³ Cf. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 423.

ejemplo los fraudes a los consumidores, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles y las alteraciones de los precios en el mercado. También los delitos patrimoniales clásicos, cuando producen un grave perjuicio a intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y las quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica, merecen una consideración distinta a la que tradicionalmente se les ha dado.

Para agrupar todos estos hechos se empezó a hablar, en la década de los setenta, primero en el ámbito doctrinal y luego en el legislativo, de un derecho penal económico *lato sensu*, al que sirve de base o de bien jurídico común un orden económico en sentido amplio, entendido como *la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*.

3. La misma amplitud de este concepto de orden económico le hace perder al “nuevo” derecho penal económico en precisión conceptual todo lo que ha ganado en importancia cuantitativa. Las críticas a esta concepción amplia del derecho penal económico cubren sus más variados aspectos. Entre otras cosas, parece evidente que no puede intentarse, a priori y sin el recurso a otras categorías, un concepto de derecho penal socioeconómico de alcance universal. Acá se retoma todo lo dicho respecto de los componentes de un concepto integrado; incluso el necesario referente estructural de la objetividad jurídica y, como consecuencia, del propio concepto de derecho penal socioeconómico. Tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socioeconómico.

Es imprescindible que estos hechos sean calificados por una efectiva trascendencia colectiva, es decir, deben ser casos en los que, además del bien jurídico patrimonial, se lesione o ponga en peligro, en forma concreta, la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, de modo tal que un colectivo determinado se vea ciertamente afectado. Pese a la multiplicidad de críticas certeras, no puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular, de manera específica, la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en intereses económicos colectivos o socioeconómicos, en todo caso más amplios que los puramente patrimoniales, o de tipificar algunos hechos críticos, denotativos de abusos en el manejo de los mecanismos o resortes básicos de la economía, que difícilmente se encuentran en el catálogo de delitos ya existentes. Ello no puede hacerse por vía del acertijo, sino que debe realizarse a partir de la identificación de un bien jurídico determinado y con una tipificación adecuada y muy precisa, ajustada a un conocimiento, también adecuado, de los mecanismos económicos involucrados.

4. Lo último expresado lleva, otra vez, al fermental tema del bien jurídico, e impone reflexiones complementarias. Juárez TAVARES,⁹⁴ maestro brasileño formado con HASSEMER en la Escuela de Fráncfort, relanza su concepción desde una perspectiva normativa más garantista. Sostiene que, en el plano general, el bien jurídico ha suscitado innumerables posiciones. El principal enfoque que envuelve las discrepancias reside en saber si ese concepto es una producción del derecho o recibe de este únicamente su reconocimiento, como dato prejurídico.

Estos debates redoblan su importancia al momento de considerar la discutida objetividad jurídica de los delitos socioeconómicos. También en este campo la conducta prohibida debe ser encarada como realidad suficientemente concreta y tangible, no como simple relación causal, neutra y formal, de modo que tanto la prohibición como la determinación de conductas solo tienen sentido si buscan impedir una lesión concreta de un bien jurídico suficientemente determinado.⁹⁵ El problema radica en que una visión unilateral sobre el bien jurídico no podrá reflejar nunca la cuestión en toda su dimensión.

Es compartible el planteo de TAVARES sobre que el bien jurídico tiene un sustrato de realidad natural, no porque resulte de un supuesto derecho natural, sino porque se produce en el contexto de una relación social concreta, con todas las contradicciones que esa realidad encierra. Esa relación concreta genera necesidades que, a su vez, conducen a la elaboración de medios para satisfacerlas. Pero aunque se reconozca el origen natural del bien jurídico, su protección jurídica no se hace directamente, sino a través de un proceso mediatizado de interacción simbólica, en el cual quien hace las leyes y asume la protección del bien jurídico, aunque actúa en interés de los grupos o partidos a los que pertenece, se basa en la invocación del interés general.⁹⁶

El concepto de bien jurídico pasa hoy por una transformación, en el sentido de su comprensión, con base en su contenido personalista⁹⁷ y en su legitimación democrática.⁹⁸ Esto implica un doble control material: que el Estado no puede prohibir cualquier conducta, sino solamente aquella que implique una lesión o peligro de lesión a bienes jurídicos, tomados como valores concretos que hacen posible la protección de la persona humana

⁹⁴ TAVARES, Juárez, "Límites dogmáticos de la cooperación penal internacional", en *Curso de Cooperación Judicial Penal Internacional*, Carlos Alvarez ed., Montevideo, 1994, p.123.

⁹⁵ Para visión profunda del concepto de bien jurídico y su problemática, HASSEMER, Winfried, "Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansatz zu einer praxisorientierten Rechtslehre", Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1973, pp. 65 y ss.

⁹⁶ POULANZAS, Nicos, *Poder político e classes sociais*, Sao Paulo, Martins Fontes, 1977, p. 224.

⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español...*, o. cit., p. 64.

⁹⁸ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 111.

individualmente considerada o como integrante de un colectivo suficientemente definido; que aseguren su participación en el proceso democrático, sin referencia alguna a un deber general de obediencia. Desde este punto de vista, también los tipos penales socioeconómicos constituidos sobre la base de la protección del bien jurídico deben reflejar la realidad de cada sociedad y relaciones sociales concretas, nacidas de la conflictividad y no de meras imágenes causales. En estos aspectos también se coincide sustancialmente con la perspectiva que, sobre el alcance del bien jurídico en el contexto del sistema del delito, propone, con extrema profundidad, el tratadista Gonzalo FERNÁNDEZ en su más reciente obra.⁹⁹

Debido a la influencia del positivismo, que ha vinculado no solo a los aplicadores de las leyes, sino también a los legisladores, durante mucho tiempo se ha pensado que el proceso de formalización ejercido por el derecho sobre las conductas o la protección de bienes jurídicos se ha hecho a través de una selección formal, en la cual lo que interesa es la descripción de una acción causal que configura, por consiguiente, un tipo neutro, tanto valorativa como ideológicamente, y da la impresión de que el derecho penal sobrepasa las realidades estructurales y las contradicciones sociales. El mismo finalismo de WELZEL, que no piensa la acción desde el punto de vista de la conflictividad social, ya percibe la fragilidad y la dificultad conceptual de una idea puramente causal de acción y propone una sumisión del legislador y del aplicador de la ley a la estructura óptica de esa acción. Como bien resalta ZAFFARONI, la exigencia de esa fidelidad al contenido óptico de la acción constituye una construcción altamente positiva para limitar de modo técnico y efectivo el arbitrio del poder de punir.¹⁰⁰

La construcción de un tipo penal socioeconómico, por lo tanto, no puede seguir un procedimiento puramente causal. El legislador, para considerar una conducta como prohibida, debe tener en cuenta su realidad estructural social, su conflictividad, lo que implica la consideración del disvalor que ella tiene en sí misma y en su manifestación (disvalor del acto) y en la producción de sus efectos (disvalor del resultado). La prohibición de acciones solo tiene sentido, evidentemente, si esas acciones pueden provocar una lesión o un peligro concreto de lesión a un bien jurídico.

La prohibición tiene como presupuesto, por consiguiente, que la acción que se quiere prohibir implique un lesionar o poner en peligro valores concretos referidos como bienes jurídicos. También, y muy especialmente, en el campo de la delincuencia socioeconómica solo los delitos íntimamente referidos a bienes jurídicos pueden acarrear la ejecución de actos de coacción. El bien jurídico debe tener papel preponderante en la consolidación de los

⁹⁹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema de delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Editorial B de F Ltda., Montevideo, 2004, pp 40 y ss.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1990, p. 154.

principios de identidad y especialidad de la materia, e imponer, en primer término al legislador y luego al Poder Judicial, una interpretación limitadora del *jus puniendi*.

5. La distinción entre delito contra el patrimonio y delito contra el orden socioeconómico tiene, hasta la fecha, en la mayor parte de los publicistas, un valor sistemático y apoyatura jurídica muy relativos y materialmente escasos. Como dicen LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, cuando comentan la debatida tramitación del Código Penal español de 1995:

No parece que nos encontremos ante una concepción precisa de lo que deba entenderse como orden socioeconómico como bien jurídico protegido penalmente, sino, más propiamente, ante el reconocimiento de una cierta vinculación entre la protección del patrimonio y la de otros intereses económicos colectivos que se ven implicados en determinadas lesiones patrimoniales.

Precisamente, el mayor o menor grado de esa vinculación dependerá del rigor empleado en el manejo de las categorías sociológicas conceptuales y metodológicas anteriormente expresadas. El debate no puede resolverse en términos excluyentes. Son compartibles las consideraciones dogmáticas que sobre el bien jurídico realiza el profesor TAVARES y, desde el ángulo metodológico aplicado al derecho penal económico-financiero, acompañamos el pensamiento de SEVERIN. En tal sentido, la objetividad jurídica en estos delitos está estrictamente vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de los mecanismos e instrumentos superiores de la economía. Todo ello en el contexto de cada realidad concreta y los parámetros garantistas del Estado democrático de derecho.

6. Como sostiene TAVARES, el concepto de bien jurídico pasa hoy por una transformación en el sentido de su comprensión con base en su contenido personalista y en su legitimación democrática, no en una mera tutela de la función por sí misma. La verdadera razón de ser del bien jurídico dentro de la teoría del delito es la limitación del *jus puniendi*, de forma tal que solamente cuando se pueda determinar la existencia de una lesividad respecto del mentado bien jurídico es que podrá determinarse el juicio de tipicidad. Agrega, además, que tal proceso no significa situar los bienes jurídicos dentro de un esquema puramente axiológico, sino hacerlos derivar del orden jurídico democrático.¹⁰¹

Dada la inexorable vinculación entre el bien jurídico y el tipo penal, es tarea compleja, pero no imposible, intentar la construcción de tipos penales socioeconómicos legitimados democráticamente que se muestren eficaces en el contexto de una realidad social concreta

101 TAVARES, Juárez, *Bien jurídico y función en derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires. Año 2004, pp. 63 y ss.

y en función de las necesidades de hombres también concretos. Todo ello previo adecuado conocimiento de aquello que se pretende punir.

Si se procede con tal cautela, las nuevas tipificaciones podrán ser acompañadas por una determinación suficientemente precisa, o al menos reconocible, de su inherente objetividad jurídica, sin forzar el alcance de las acciones ni desdibujar artificiosamente la necesaria nitidez del pretendido bien jurídico. Todo este proceso de afinamiento jurídico con vocación garantista presupone una lectura abierta y democrática de la realidad y sus contradicciones, así como de una metodología especializada e idónea como para abordar los sofisticados procesos funcional-operativos que crean los nuevos conflictos de la actualidad. Evidentemente, cuando el objeto de tutela no se encuentra suficientemente definido o reconocible, los medios jurídicos son vagos. Contrariamente, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y, con ello, por lo general, a la eficacia normativa y a la seguridad jurídica.

Las consideraciones precedentes demuestran que es posible trabajar a partir de un concepto integrado y democrático del derecho penal económico, y compatibilizar un concepto de base amplia, pero estructuralmente referenciado y consecuentemente acotado, con la protección de un bien jurídico de contornos precisos, una legislación con vocación antropológica destinada a la protección del individuo o de un colectivo delimitado, y el componente de inexorable legitimidad democrática que impone la participación de todos en el proceso de gestación e implementación del control social punitivo en el Estado democrático social de derecho.

En mérito a ello es posible ensayar una primera aproximación conceptual integrada, según la cual *el delito económico es una modalidad de desviación estructural tipificada penalmente, es decir que se inscribe en el fragmento de situaciones jurídicas alzadas por la norma de conducta contenida en el tipo penal objetivo, mediando un proceso de legitimidad democrática y exacta determinación del bien jurídico penalmente tutelado, con el fin de proteger a las personas concretas y su entorno humano. Esta modalidad se traduce en la realización por un agente económico de un comportamiento ilícito u objetivamente abusivo respecto del normal funcionamiento de las leyes y/o mecanismos ordinarios de la economía, que afecta un interés patrimonial individual y/o pone en peligro el equilibrio del orden económico de un colectivo determinado. De tal guisa es que en los delitos económicos convencionales el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vincula preponderantemente al funcionamiento de los mecanismos económicos cerrados. Y, en lo que a las formas de extra- o macrocriminalidad económica respecta, el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vinculará al normal funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos.*

Todo ello sin dejar de tener presente que los conceptos de derecho penal económico y macroeconómico (extracriminalidad económica) están íntimamente vinculados;¹⁰² ambos funcionan en una unidad indisoluble, con determinados criterios metodológicos que centran el acierto de la tipicidad en el conocimiento adecuado del sofisticado objeto a regular, y toda esta estructura conceptual conlleva, a su vez, ineludibles consecuencias restrictivas en el campo de la imputación penal.¹⁰³

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALION, E., “El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico”, en *Revista de Ciencias Penales*, t. XXV, n.º 2, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1966.
- BACIGALUPO, E., y STAMPA BRAUN, J. M., “La reforma del derecho penal económico español”, en *Revista Jurídica de Cataluña-Extra. El proyecto de Código Penal*, 1980.
- BACIGALUPO, Enrique (director), *Derecho penal económico*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- BACRIE, Stephane, “El debate sobre el bien jurídico en el derecho penal de los negocios” (versión ampliada), en *Revista del Instituto de París*, vol. 11, p. 4, abril de 1998.
- “El debate sobre el bien jurídico en el derecho penal de los negocios” (versión original), en *Revista del Instituto Latinoamericano de París*, vol. 11, abril de 1992.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, Margarita; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

¹⁰² SEVERIN, Louis W., *Recent developments in relation to economic crimes*, Ladelt Editors, Austin, 1991, pp. 42 y ss. En el mismo sentido se pronuncia el autor en su artículo “The economic crime and its profits”, en *Law and Criminology Review*, vol. 12, n.º 3, School of Law, University of Texas at Austin, Austin, 1993, pp. 63 y ss. EL profesor norteamericano SEVERIN, quien reúne la doble condición de abogado criminalista y economista, reflexiona en el sentido de que la macro o extracriminalidad económica contemporánea (como él prefiere llamarla a fin de evitar equívocos) configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural, aquella vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, los que no necesariamente se vinculan a la llamada economía de mercado, a saber: los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios), los de transformación del capital en renta y de la renta en capital (mecanismos financieros y bursátiles), los de la circulación y aplicación de activos y, finalmente, los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los *commodities*, carteles, abusos al consumidor, etcétera)

¹⁰³ Sobre el tema CERVINI, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel, *Derecho penal de la empresa. Desde una visión garantista*, Editorial BDF, Buenos Aires, 2005, cap. 1.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Los delitos societarios en el nuevo Código Penal español de 1995”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, IX, n.º 3, CEDAM, Padua, 1996.
- BALESTRINO, U. G., *I problemi generali dei reati societari*, Casa Editrice Puglia, Milán, 1978.
- BARBERO SANTOS, Marino, “Introducción general a los delitos socioeconómicos. Los delitos societarios”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, X, n.º 3, CEDAM, Padua, 1997.
- BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Fráncfort, 1986.
- BERGALLI, R., “Las líneas de política criminal y los métodos y medios del derecho penal económico en la República Argentina”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 2, Buenos Aires, 1973.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Ciencia penal y criminología*, Madrid, 1985.
- BERISTAIN, A., *Ciencia penal y criminología*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- BOTTKE, W., *Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto*, L. H. Tiedemann, Madrid, 1995.
- BURELLI, Paolo, *Diritto penale dell’ economia*, Tesitore, Nápoles, 1976.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984; adicionalmente: “Control social y sistema penal”, *PPU*, Barcelona, 1987.
- “Los bienes jurídicos colectivos. Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932”, en *RFDUC*, n.º 11, 1986.
- CERVINI, Raúl, y ADRIASOLA, Gabriel, *Derecho penal de la empresa. Desde una visión garantista*, Editorial BDF, Buenos Aires, 2005.
- COUSIÑO, “Delito socioeconómico”, en *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales, t. XXI, n.º 1, Santiago de Chile, 1962.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema de delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Editorial B de F, Montevideo, 2004.
- FIANDACA, G., “La tipizzazione del pericolo”, en *Dei delitti e delle pene*, 3, 1984.
- FORTUNA, E., *Manuale di diritto penale dell’economia*, CEDAM, Padua, 1988.
- GRASSO, G., “L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati de attentato”, en *RIDPP*, 3, 1986.
- HASSEMER, W., “Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici”, en *Dei delitti e delle pene*, 1, 1984.

- “Umweltschutz durch Strafrecht”, en *Neue Kriminalpolitik*, 1988.
- HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- HASSEMER, Winfried, “Theorie und Soziologie des Verbrechens, Anzätze zu einer praxisorientierten Rechtsguslehre”, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1973.
- HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, 2.^a ed., Conosur, Santiago de Chile, 1992.
- HULGER, Wilson, “Sobre los conceptos de bien jurídico y *policy* en el Estado moderno”, en *Documento Morton Banking Institute*, MD-680/2000, Nueva York, 2000.
- JESCHECK, “El derecho penal económico alemán”, *Cuadernos de los Institutos*, Universidad Nacional de Córdoba, n.º 74, Córdoba, 1963.
- KAISER, G., “La lucha contra la criminalidad económica. Análisis de la situación en la República Federal de Alemania”, en *Rev. INGLAS Derecho*, vol. 6, n.º 1, Miami, Florida, 1996.
- LAMP, Ernst-Joachim, “La protección jurídico-penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código Penal español de 1983”, en *La reforma penal: delitos socioeconómicos*, Edición de Barbero Santos, Universidad de Madrid, 1985.
- LO MONTE, Elio, “Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, XI, n.º 2-3, CEDAM, Padova, 1998.
- LÓPEZ-REY, M., *Criminología*, t. I, Editorial Aguilar, Madrid, 1975.
- MANCUSO, Elio, “Concepto y alcances del bien jurídico en los delitos socioeconómicos”, *Revista Ciencias Penales*, VI, n.º 5, Editorial Teruel, Bogotá, 1994.
- MANNA, Adelmo, “Le tecniche penalistiche di tutela dell’ambiente”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, X, n.º 3, CEDAM, Padua, 1997.
- MARINUCCI, G., “Politica criminale e riforma del Codice Penale”, en *Democrazia e diritto*, Milán, 1975.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A., *Derecho penal económico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987.
- MAUGERI, Anna Maria, “La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, IX, n.º 3, CEDAM, Padua, 1996.
- MAZUELOS COELHO, Julio (comp.), *Derecho penal económico y de la empresa: concepto sistema y política criminal*, Editorial San Marcos, Lima, 1996.

- MEZGER, “Derecho penal”, en *Libro de estudio. Parte especial*, Buenos Aires, 1959.
- MIGAL DE BUEN, Daniel, “El bien jurídico en el derecho económico y social”, en *Revista de Sociología Jurídica de México*, t. II, n.º 3, Editorial Saban, México DF, 1999.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Tectoto, Barcelona, 1996, p. 133.
- MIRANDA GALLINO, *Delitos contra el orden económico*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- MOCCIA, Sergio, *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Editorial B de F, Montevideo, 2003.
- *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal español de 1994”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 11, RT, San Pablo.
- “Delincuencia económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Hacia un derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NOVOA MONREAL, *Cuestiones de derecho penal y criminología*, Editorial Veritas, Santiago de Chile, 1987.
- OEHLER, Dietrich, “Tendenze e controtendenze nel diritto penale dell’economia”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, IX, n.º 3, CEDAM, Padua, 1996.
- OTTO, H., “Reschtsgutsbegriff und Deliktstatbestand”, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln, Carl H. Verlag, 1971.
- PADOVANI, T., “La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni”, en *Dei delitti e delle pene*, 1, 1984
- PALIERO, Carlo Enrico, “Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, IX, n.º 4, CEDAM, Padua, 1996.
- PEDRAZZI, C., “El bien jurídico en los delitos económicos”, en *La reforma penal, delitos socio-económicos*, edición colectiva coordinada por Marino BARBERO SANTOS, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1985.
- PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal peruano)”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 9, RT, San Pablo.

- POULANZAS, Nicos, *Poder político e classes sociais*, São Paulo, Martins Fontes, 1977.
- REYNA ALFARO, Luis M., “Manual de derecho penal económico”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2002.
- RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.
- “Derecho penal económico”, en *Estudios de derecho económico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. I, UNAM, México, 1980.
- RODRÍGUEZ MURILLO, Gonzalo “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la Administración desleal”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (director), *La Administración desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, “Aproximación a la política criminal desde la protección penal del medio ambiente”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, AIDP, Madrid-Plasencia, 1977.
- RUIZ VADILLO, E., “Los delitos contra el orden socioeconómico”, en *Anuario de la Escuela Judicial*, n.º XIII, 1981.
- SALIERO ALONSO, Carmen, “Reflexiones en torno a la tutela penal del ambiente. Especial consideración de los delitos contra la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal español”, en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, XI, n.º 2- 3, CEDAM, Padua, 1998.
- SCHMIDT, Eberhard, *Das neue westdeutsche wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, L. C. Moler, 1950.
- SEVERIN, Louis W., *Recent developments in relation to economic crimes*, Ladelt Editors, Austin, 1991.
- “Economía y derecho penal”, en *Law and Criminology Review*, vol. 2, n.º 4, Austin, 1970.
- “The economic crime and its profits”, en *Law and Criminology Review*, vol. 12, n.º 3, School of Law, University of Texas at Austin, Austin, 1993.
- SIEBER, Ulrich, “Responsabilità penale per la circolazione di datti nelle reati internazionali di computer. Le nuove sfide di internet”, en *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, X, n.º 3, CEDAM, Padua, 1997.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “Sobre la tipificación del delito contable en el derecho español”.
- TAVARES, Juárez: “Los principios democráticos del derecho penal”, conferencia dictada en el ámbito del grupo de trabajo coordinado por la Dra. Ofelia Grezzi, Montevideo, mayo de 1992.

- *Bien jurídico y función en derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- “Límites dogmáticos de la cooperación penal internacional”, en *Curso de cooperación judicial penal internacional*, Carlos Álvarez, Montevideo, 1994.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Derecho penal de la empresa”, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985.
- “Concepto y principios del derecho penal económico”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 248, Madrid, 1981.
- “Derecho penal económico: introducción y panorama”, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Manuel ABANTO VÁZQUEZ, 1.ª ed., Idemsa, Lima, 2000.
- “El concepto de delito económico”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, n.º 8, Buenos Aires, 1975.
- *Lecciones de derecho penal económico*, Editorial PPU, Barcelona, 1993.
- VALENCA, Carlos Luis, “El derecho penal socioeconómico latinoamericano”, en *Revista ILRS*, n.º 12, San José, CR, 1985.
- VOLK, Klaus, “Diritto penale ed economia”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, XI, n.º 2-3, CEDAM, Padua, 1998.
- WERGET, Samuel, “El concepto de delito económico para las ciencias penales”, en *Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala*, Editorial Galkir, Guatemala, 1972.
- YACOBUCCI, Guillermo, “La responsabilidad al interno de la empresa. La designación de funciones”, en *III Corso Internazionale de Diritto Penale de Salerno*, en <<http://www.austral.edu.ar/web/derecho>>
- ZAFFARONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1990.

La responsabilidad en el derecho público uruguayo*

*Carlos E. Delpiazzo***

RESUMEN. El trabajo tiene por objeto enfatizar que en un Estado de derecho no puede haber reductos de irresponsabilidad estatal. Para demostrarlo, se describe el régimen constitucional de responsabilidad de los organismos estatales y de sus funcionarios; se pone de manifiesto que el alcance de la responsabilidad se extiende a todas las funciones (administrativa, legislativa, jurisdiccional y aun constituyente), que comprende a toda causa (tanto al hacer como al omitir) y a toda actividad estatal (sea ilícita o aun lícita), tanto directa como indirecta (cumplida a través de terceros). Para que dicha responsabilidad, sin exclusiones, sea verdadera, se requieren, como supuestos imprescindibles, la plena vigencia de la tutela jurisdiccional efectiva y la consideración unitaria de la responsabilidad (como un instituto del derecho todo que no admite parcelamientos y divorcio de enfoques).

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 7 de marzo de 2008. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 15 de mayo de 2008, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo y de Informática Jurídica, y Director del Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE) y Profesor de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-latinoamericanos, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

ABSTRACT. This paper aims at emphasizing that there cannot be redoubts of state's lack of liability in a rule of law. To show this, the author describes the constitutional regime for the liability of state organizations and their employees. He clearly shows that the scope of liability reaches all functions (administrative, legislative, jurisdictional and constituent, inclusively), comprises any cause (both when doing or omitting to do) and any state activity (either illicit or licit), both direct and indirect (carried out by third parties). The full force and effect of judicial guardianship and the consideration of liability as a unit (as a principle of law in full which does not accept any parcelling nor separation of approaches) are required as essential hypotheses so that said liability without exclusions is true.

SUMARIO. **1.** Introducción. Afirmación de la responsabilidad como principio. **2.** Panorama nacional. 2.1. Evolución. 2.2. Régimen de la responsabilidad estatal. 2.3. Régimen de la responsabilidad de los funcionarios. **3.** Alcance de la responsabilidad. 3.1. Responsabilidad por todas las funciones. 3.2. Responsabilidad por toda causa. 3.3. Responsabilidad por toda actividad. 3.4. Responsabilidad directa e indirecta. **4.** Dos cuestiones a tener en cuenta. 4.1. Tutela jurisdiccional efectiva. 4.2. Unicidad de la responsabilidad. **5.** Conclusión. Solo si se vitaliza la justicia, se hace efectiva la responsabilidad estatal.

1.

INTRODUCCIÓN

La afirmación de la responsabilidad étática como principio general de derecho está impuesta por el hecho de que el Estado y todos sus órganos, funciones, cometidos y medios (materiales y humanos) están al servicio de la persona humana y sus derechos fundamentales, y tienen por finalidad la consecución del bien común. En consecuencia, cualquier ámbito de irresponsabilidad, por más pequeño y excepcional que sea, violenta el Estado de derecho, implica una desigualdad y genera un agravio, que debe ser reparado total e integralmente. Todo daño, cualquiera sea el órgano estatal que lo provoque, significa un detrimento de la esfera jurídica de alguien, es decir, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión en lo suyo, que debe ser reparada a quien la ha sufrido, por aquel que la ha causado.¹

Por eso, es propio del derecho público bregar para hacer verdad la responsabilidad étática en todos los planos, ya que, como enseña Eduardo SOTO KLOSS,² lo he destacado antes³ y lo recalca Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO,⁴ *quien dice derecho, dice*

¹ Carlos E. DELPIAZZO, “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, en *Rev. Iberoamericana de Administración Pública*, INAP, Madrid, 2003, n.º 10, pp. 31 y ss. “Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz*, UNAM, México, 2005, vol. *Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, pp. 227 y ss. y “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Mariano R. Brito*, FCU, Montevideo, 2007.

² Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho administrativo*, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. II, pp. 285 y ss.

³ Carlos E. DELPIAZZO, “Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado actual”, en *Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho*, Buenos Aires, 30 de marzo de 2000, año XXXVIII, n.º 9975, pp. 17 y ss.; “Responsabilidad del Estado para con los ciudadanos de América Latina”, en *Rev. de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, 2007, n.º 28.

⁴ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de derecho administrativo*, Porrúa-UNAM, México, 2006, p. 851.

responsabilidad y, por lo tanto, no pueden existir sujetos irresponsables ni reductos de irresponsabilidad. Desde esa óptica, cabe analizar el panorama nacional en la materia y los alcances prácticos de la responsabilidad estatal.

2.

PANORAMA NACIONAL

Para comprender adecuadamente el régimen vigente en el Uruguay en materia de responsabilidad, es preciso reseñar sintéticamente cómo ha variado su encuadre constitucional y cómo se ha regulado la responsabilidad de los organismos estatales y de sus funcionarios.

2.1. EVOLUCIÓN

La evolución constitucional uruguaya permite distinguir tres períodos.⁵ Bajo la vigencia de las Constituciones de 1830 y 1917 nada se establece al respecto, por lo que la responsabilidad del Estado se hace valer jurisprudencialmente a partir del artículo 21 del Código Civil, que considera personas jurídicas “y, por consiguiente, capaces de derechos y obligaciones civiles”, entre otros, al Estado y los municipios.⁶

En la reforma constitucional de 1934 se produce una significativa modificación, al establecerse la responsabilidad primaria de los funcionarios y subsidiaria del Estado, cuya aplicación planteará serias dificultades interpretativas.⁷ Dice el artículo 24:

Será civilmente responsable cualquier funcionario que, en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes que el cargo le impone, cause perjuicio a un tercero [inciso 1.º].

Y agrega:

Responderán subsidiariamente el Estado, los Municipios, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, o el órgano público de que dependa el funcionario, quienes serán parte necesaria

⁵ Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1963, t. I, pp. 636 y ss.; Julio A. PRAT, *Derecho administrativo*, Acali, Montevideo, t. 4, vol. 2, p. 56 y ss.; Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho administrativo uruguayo*, Porrúa-UNAM, México, 2005, pp. 399 y ss.

⁶ Juan José AMÉZAGA, *Culpa aquiliana*, Montevideo, 1914, pp. 140 y ss.

⁷ Aparicio MÉNDEZ, “Relaciones entre la responsabilidad del Estado y del funcionario”, en *La Justicia Uruguaya*, t. I, pp. 122 y ss.; “Sobre responsabilidad del Estado”, en *Rev. de Derecho Público y Privado*, t. 14, pp. 337 y ss.

en los juicios que se promuevan al efecto, y tendrán el derecho de repetir contra aquel lo que hubieren pagado en caso de condenación [inciso 2.º].

En la reforma constitucional de 1952, en texto que se mantiene incambiado en la Carta vigente, se invierte la solución: se consagra la responsabilidad estatal directa.⁸ De acuerdo con el nuevo artículo 24:

El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección.

2.2. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Si bien la norma refiere a todas las entidades estatales, podrían plantearse dudas sobre el alcance de la referencia de la norma transcrita a “la ejecución de los servicios públicos”.

Sin embargo, existe consenso acerca de que dicha expresión está usada en un sentido amplio, que hace aplicable el precepto a todos los daños ocasionados por sujetos de derecho público en el ejercicio de la función administrativa,⁹ sin perjuicio de opiniones en el sentido de que cubriría, también, la responsabilidad derivada del ejercicio de la función jurisdiccional¹⁰ o aun toda la actividad estatal.¹¹

En consecuencia, la responsabilidad de “todo órgano del Estado” frente al damnificado es directa y lo obliga a indemnizar pecuniariamente, tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionen perjuicio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la ley n.º 11925 del 27 de marzo de 1953, extendido al universo de las entidades estatales por el artículo 22 de la ley n.º 16226 del 29 de octubre de 1991:

Todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, caducarán a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles.

⁸ Daniel Hugo MARTINS, “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguayo”, en *Rev. de Derecho Público y Privado*, t. 30, pp. 196 y ss.; y en *Constitución y Administración*, Montevideo, 1993, pp. 199 y ss.

⁹ Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado...*, o. cit., t. I, p. 658; Daniel Hugo MARTINS, “La responsabilidad de la Administración...”, o. cit., p. 263; Sergio DEUS, “Responsabilidad civil del Estado”, en *La Justicia Uruguaya*, t. XCIV, sección “Doctrina”, p. 35; Julio A. PRAT, *Derecho administrativo*, o. cit., t. 4, vol. 2, p. 60; y José KORZENIAK, *Curso de derecho constitucional 2.º*, FCU, Montevideo, 1971, vol. 2, pp. 11 y ss.

¹⁰ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución del Uruguay de 1952*, CED, Montevideo, 1966), t. II, p. 314; Mariano R. BRITO, “Responsabilidad por actividad jurisdiccional”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1984, pp. 123 y ss.; Martín J. RISSO FERRAND, *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, 2.ª ed. actualizada, FCU, Montevideo, 1998, pp. 78 y ss.

¹¹ Horacio CASSINELLI MUÑOZ, “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. CV, sección “Doctrina”, p. 321.

Cabe observar que la norma constitucional bajo examen establece el principio general de la responsabilidad de los entes estatales, pero no determina cuándo surge dicha responsabilidad, es decir, cuál es el criterio de imputación que debe seguirse. Con un *enfoque subjetivo*, se exige, para que nazca la responsabilidad estatal, que exista culpa o dolo, o se acude al concepto francés de falta de servicio, que reclama que este no ha funcionado, ha funcionado tarde o ha funcionado defectuosamente.¹²

Por el contrario, desde una *perspectiva objetiva* se afirma que la responsabilidad del Estado no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso, sino en el daño causado. Para esta concepción, una vez comprobado que un particular ha sufrido un daño derivado de la acción u omisión estatal, se procede a su reparación sin que sea necesario analizar cómo fue la conducta que ocasionó ese daño.¹³ Va en ello la consideración de algunos autores de que el artículo 24 de la Constitución, por su texto y contexto (ubicación dentro de la sección II, “Derechos, deberes y garantías”), establece un derecho subjetivo perfecto que, por lo tanto, no puede ser limitado por ley ni por vía interpretativa.¹⁴

En sentido contrario a dicha tendencia doctrinaria, la jurisprudencia de nuestros tribunales se orienta a favor del criterio subjetivo, que se ha fundado frecuentemente en la legislación civil.¹⁵

No obstante, según se ha destacado:¹⁶

En varias sentencias se reconoce la existencia de una presunción de culpa, lo que invierte la carga probatoria, apartándose de la doctrina que se afilia a los criterios subjetivos y beneficiando, sin

¹² Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado...*, o. cit., t. I, pp. 660 y ss.; Daniel Hugo MARTINS, “La responsabilidad de la Administración...”, o. cit., pp. 267 y ss.; José KORZENIAK, o. cit., pp. 17 y ss.

¹³ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución...*, o. cit., t. II, p. 314; Sergio DEUS, “Responsabilidad civil del Estado”, o. cit., pp. 31 y ss.; Jorge PEIRANO FACIO, “Responsabilidad del Estado”, en *Anales del Foro*, t. II, n.º 109-120, pp. 72 y ss.; Julio A. PRAT, *Derecho Administrativo*, o. cit., t. 4, vol. 2, p. 71; Mariano R. BRITO, “Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo, 1996, pp. 129 y ss.; Horacio CASSINELLI MUÑOZ, “Informe...”, o. cit., pp. 323 y 324; Martín J. RISSO FERRAND, “Responsabilidad del Estado...”, o. cit., pp. 38 y ss.; Graciela BERRO, “Responsabilidad objetiva del Estado”, en *Rev. de Derecho Público*, año 1992, n.º 2, pp. 89 y ss.; Cristina VÁZQUEZ, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista”, en *Rev. de Derecho Público*, año 1995, n.º 7, pp. 32 y ss.

¹⁴ Horacio CASSINELLI MUÑOZ, “Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional”, en *Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1990, n.º 13, p. 190; Martín RISSO FERRAND y Alberto PÉREZ PÉREZ, intervenciones en *Segundo Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, ed. Universidad, Montevideo, 1995, pp. 122 y 123.

¹⁵ Lorenzo SÁNCHEZ CARNELLI, *Responsabilidad del Estado*, Nueva Jurídica, Montevideo, s/f, pp. 31 y ss.; Carlos DE CORES, “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXII, pp. 399 y ss.; Alicia CASTRO, “Algunos comentarios sobre la jurisprudencia contencioso administrativa de reparación patrimonial”, en *Cuarto Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Nueva Jurídica, Montevideo, 1998, pp. 86 y ss.; Susana BELLO, “Fundamento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por acto legislativo y jurisdiccional”, en *Rev. de Derecho Público*, año 1995, n.º 8, pp. 53 y ss.; Mariano R. BRITO, “Responsabilidad extracontractual...”, o. cit., pp. 130 y ss.

¹⁶ Martín J. RISSO FERRAND, “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional”, o. cit., pp. 33 y ss. y 165 y ss.

duda, al damnificado, en una posición que parece acercarse más a las nuevas tendencias que dejan en un segundo plano la conducta del causante del daño para analizar, especialmente, la situación de la víctima. Pero esto no es otra cosa que un matiz, ya que sin duda siguen utilizándose en nuestra jurisprudencia los criterios subjetivos, aunque ya no considerando a los de carácter objetivo como inadmisibles.

Además, se advierte una expansión de la noción de daño resarcible, a la vez que una presunción del nexo causal que traslada a la Administración obligada la prueba de descargo,¹⁷ e incluso se ha llegado a descartar el nexo causal.¹⁸

2.3. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

Tras proclamar, en el artículo 24, que las entidades estatales “serán civilmente responsables del daño causado a terceros”, el artículo 25 de la Constitución establece:

Quando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano correspondiente podrá repetir, contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.¹⁹

A partir de la lectura conjunta de ambas disposiciones, se ha interpretado que la responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la entidad estatal de la que se trate y no es posible accionar directamente contra el funcionario, salvo en caso de actos personalísimos.²⁰ Significa que, una vez hecha efectiva la responsabilidad de la entidad estatal correspondiente, será esta la única legitimada para hacer valer la responsabilidad del funcionario, por vía de repetición, basada en un criterio definidamente subjetivo: se debe haber obrado con *culpa grave o dolo*; se excluyen la culpa simple, la mera negligencia o el error excusable.

Sin embargo, recientemente se ha postulado, en forma aislada y sin respaldo jurisprudencial hasta el momento, que el damnificado particular puede optar por demandar directamente al funcionario y no al Estado, o por demandar a ambos.²¹ Dicha posición se funda en que del texto constitucional no puede inferirse una suerte de inmunidad de los funcionarios,

¹⁷ Alicia CASTRO, o. cit., pp. 104 y ss. y 105 y ss.

¹⁸ Felipe ROTONDO TORNARÍA, “Responsabilidad del Estado: criterio jurídico de imputación”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VII, pp. 117 y 118.

¹⁹ Carlos E. DELPIAZZO, “Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos”, en *Rev. de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, 2000, año 1, n.º 3, pp. 39 y ss.

²⁰ Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, o. cit., t. I, pp. 659 y 668; Daniel Hugo MARTINS, “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguayo”, o. cit., pp. 277 y ss.; Julio A. PRAT, *Derecho administrativo*, o. cit., t. 4, vol. 2, p. 65; Sergio DEUS, “Responsabilidad civil del Estado”, o. cit., pp. 35 y 36; Felipe ROTONDO TORNARÍA, “Responsabilidad del funcionario”, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo, 1996, pp. 470 y ss.

²¹ Martín J. RISSO FERRAND, “Responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, o. cit., pp. 17 y ss.; *Derecho constitucional*, Ingranusi, Montevideo, 1998, t. III, p. 51.

sino que la eventual responsabilidad directa de los funcionarios frente a terceros es una cuestión no regulada por la Constitución.

Para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario,²² el decreto del Poder Ejecutivo n.º 395/006, del 23 de octubre de 2006, establece que:

Una vez cancelada la obligación [resultante de la sentencia de condena al Estado], la Unidad Ejecutora iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado [artículo 8.º].

Sustanciada la investigación con vista al funcionario o funcionarios responsables, se ordenará, en su caso, la promoción de la acción de repetición, mediante acto administrativo del Poder Ejecutivo (artículo 9.º).

Sin perjuicio de lo antedicho, el artículo 211, literal *c* de la Constitución comete al Tribunal de Cuentas dictaminar “en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad” al examinar las rendiciones de cuentas y gestiones de todas las entidades estatales.²³ Asimismo, el artículo 213 alude a “las responsabilidades y garantías a que quedarán sujetos los funcionarios públicos que intervienen en la gestión del patrimonio del Estado”, como materia a incluir en la ley de Contabilidad y Administración Financiera. Consecuentemente, el *Texto ordenado* de esta²⁴ dedica el título VI (artículos 119 y siguientes) al tema de la responsabilidad funcional, e incluye la patrimonial.

Más allá de tales disposiciones parciales, la solución de principio es que se compromete directamente la responsabilidad patrimonial del funcionario toda vez que se cause un daño al patrimonio de la entidad estatal.²⁵ En tal sentido, en materia financiero-contable, el mencionado *Texto ordenado de la ley de contabilidad y administración financiera* (TOCAF) prevé que “la responsabilidad alcanza, mancomunada y solidariamente, a todos los que resuelvan, dispongan, ejecuten o intervengan en la formación de actos u ocurrencia de hechos” que se aparten de la normativa aplicable (artículo 121), y el jerarca respectivo debe promover el procedimiento de investigación que corresponda (artículo 122), al cabo del cual, si no existieran responsabilidades, se archivará el expediente.

²² Daniel Hugo MARTINS, “La responsabilidad civil de los funcionarios...”, o. cit., pp. 146 y ss.

²³ Carlos E. DELPIAZZO, *Tribunal de Cuentas*, AMF, Montevideo, 1982, p. 76.

²⁴ Carlos E. DELPIAZZO, *Texto ordenado de contabilidad y administración financiera*, 5.ª ed. actualizada, FCU, Montevideo, 2006, pp. 74 y ss.

²⁵ Daniel Hugo MARTINS, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños causados a la Administración”, en *Tercer Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, ed. Universidad, Montevideo, 1997, pp. 155 y ss.; Felipe ROTONDO TORNARÍA, “Responsabilidad del funcionario...”, o. cit., pp. 474 y 475.

En cambio (artículo 129), si se configura responsabilidad, pero no hay perjuicio para el erario, se dispondrán las medidas disciplinarias adecuadas; y si se configura responsabilidad y perjuicio, se adoptarán medidas disciplinarias y se promoverá acción judicial de reparación.

Dice al final el artículo 129:

A los efectos de la acción civil el testimonio de la resolución administrativa y en coincidencia con el dictamen del Tribunal de Cuentas, constituirá presunción simple de la entidad del perjuicio a reclamar.

Cabe agregar que “el cese de funciones no exime de responsabilidad civil al ex funcionario” (artículo 126) y que “las responsabilidades específicas en materia financiero-contable y las civiles emergentes [...] prescriben a los diez años a contar de la fecha del acto o hecho que diera origen a las mismas” (artículo 127).

3.

ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD

Si quien dice derecho dice responsabilidad, debe reputarse que la obligación de responder (en el más amplio sentido) es un principio general de derecho —regla de derecho que forma parte del haz de la juridicidad, constitutivo del bloque de la legalidad—, conforme al cual todo órgano del Estado debe restituir lo suyo a quien le ocasione un daño que la víctima no está obligada a soportar y que, por ende, no solo le ocasiona un menoscabo, sino que implica una desigualdad ante las cargas públicas.

Dicha obligación genérica de responder opera siempre, cualquiera sea la función jurídica de que se trate, la causa motivante, la índole de la actividad y el tipo de intervención de que se trate. A cada uno de estos cuatro aspectos se dedicarán las reflexiones siguientes.

3.1. RESPONSABILIDAD POR TODAS LAS FUNCIONES

La generalidad de la responsabilidad del Estado conduce a afirmar, en primer lugar, que este debe responder no solo por su actividad administrativa, sino también por la legislativa, jurisdiccional y constituyente. En distintos estadios de la evolución jurídica, se ha ido reconociendo la responsabilidad estatal derivada del ejercicio de cada una de las funciones éticas.²⁶

²⁶ Enrique SAYAGÜES LASO, *Tratado de derecho...*, o. cit., t. I, pp. 599 y ss.; Mariano R. BRITO, “Responsabilidad extracontractual del Estado...”, o. cit., pp. 133 y ss.; Lorenzo SÁNCHEZ CARNELLI, *Responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, legislativa y jurisdiccional*, FCU, Montevideo, 2005.

En cuanto a la *responsabilidad derivada del ejercicio de la función administrativa*, una vez admitida, los debates doctrinarios y jurisprudenciales se centran en la cuestión del criterio de imputación,²⁷ su relación con la responsabilidad de los funcionarios²⁸ y su alcance. Sobre este último aspecto se volverá más adelante, en aras de proclamar su generalidad, para referir a la responsabilidad causada tanto por actos como por hechos y omisiones, así como a la generada en el obrar lícito o ilícito propio o de los terceros a los cuales la Administración confía el desenvolvimiento de cometidos que le son propios, que le han atribuido por el ordenamiento.

Respecto a la *responsabilidad derivada del ejercicio de la función legislativa*, se plantea la cuestión de su vinculación o dependencia con la inconstitucionalidad de la ley. Así, se sostiene que la responsabilidad del Estado por acto legislativo debe ser de interpretación estricta y rigurosa, ya que sus fundamentos reposan en normas constitucionales, de modo que la ley que no es inconstitucional no puede violar derechos.²⁹

Sin embargo, dicha postura no coincide con la opinión mayoritaria, en el sentido de que la aplicación de normas legales constitucionales es susceptible de causar daños resarcibles a los particulares afectados por ellas, y que es indiferente que la ley sea o no conforme a la Constitución; basta que ocasione un perjuicio injusto, directo, cierto, grave, de carácter extraordinario, directamente dirigido a un grupo pequeño de situaciones jurídicas, distintas en su tratamiento al resto de las situaciones jurídicas.³⁰

²⁷ Carlos E. DELPIAZZO, “Acerca de la imputación...”, o. cit., pp. 17 y ss.; *Derecho administrativo uruguayo*, o. cit., pp. 401 y ss.; “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, o. cit., p. 35 y ss.; “Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”, o. cit., pp. 227 y ss.

²⁸ Carlos E. DELPIAZZO, “Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos”, o. cit., pp. 39 y ss., “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, o. cit., pp. 36 y ss. Julio A. PRAT, *Derecho administrativo*, o. cit., t. 4, vol. 2, p. 65; Felipe ROTONDO TORNARÍA, “Responsabilidad del funcionario”, o. cit., pp. 470 y ss.; Martín J. RISSO FERRAND, “Responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, o. cit., pp. 17 y ss.; Daniel Hugo MARTINS, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños causados a la Administración”, o. cit., pp. 146 y ss.

²⁹ Zolá DÍAZ PELUFFO, “El problema de la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 52, pp. 274 y ss., “Declaración de inconstitucionalidad y responsabilidad por acto legislativo”, en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 64, pp. 82 y ss.; Julio César ESPÍNOLA, “Inconstitucionalidad de las leyes y responsabilidad por acto legislativo”, en *Jurisprudencia de Abadie Santos*, Montevideo, 1941, t. 63, pp. 792 y ss.; Julio A. PRAT, *Derecho administrativo*, o. cit., t. 4, vol. 2, pp. 89 y ss., “Responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1984, pp. 56 y 57.

³⁰ Rodolfo SAYAGUÉS LASO, “La responsabilidad del Estado por actos legislativos”, en *Rev. de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1914, t. I, pp. 514 y ss.; Alberto Ramón REAL, *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguayaya*, Montevideo, 1965, p. 37; Juan José de AMÉZAGA, opinión en *El Banco de Seguros del Estado*, Montevideo, 1916, pp. 162 y ss.; José Aníbal CAGNONI, “Responsabilidad por acto legislativo”, en *Primer Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, ed. Universidad, Montevideo, 1993, pp. 66 y 67; Ricardo BENGEOA VILLAMIL, “Estudio sobre sentencias en casos de responsabilidad de Estado por acto legislativo: RAVE”, en *La Justicia Uruguayaya*, t. 105, sección “Doctrina”, pp. 45 y ss.

En relación con la *responsabilidad derivada del ejercicio de la función jurisdiccional*, sin perjuicio de sus particularidades,³¹ no puede perderse de vista que se trata de una especie de responsabilidad estatal que no puede desligarse del género al que pertenece.

Como bien se ha destacado:³²

El principio de legalidad exige el reconocimiento de la responsabilidad de todo aquel que causa un daño, sean estos magistrados, funcionarios judiciales o el Estado en cualquier ámbito de su actividad.

Finalmente, la de más reciente reconocimiento y menor grado de aceptación todavía es la *responsabilidad derivada del ejercicio de la función constituyente*. En efecto, el reconocimiento de que los derechos fundamentales no dependen del Estado, porque son inherentes a la dignidad de la persona humana, opera como un límite del poder constituyente, de modo que puede generarse responsabilidad en caso de exceso.

Según se ha postulado con acierto:

El fundamento de la responsabilidad, más allá de los argumentos coadyuvantes que pueden formularse, encuentra dos fuentes básicas: a) el propio concepto de Estado de derecho, ya que es imposible admitir su existencia si no se admite la consecuencia última, que no es otra que la responsabilidad, y b) el principio de igualdad ante las cargas públicas conforme al cual: i) si la actividad del Estado necesariamente es en beneficio de toda la colectividad y respetuosa de los derechos humanos, ii) si es sabido [y debe asumirse] que la actividad del Estado ocasiona daños a algunos, producto de su actividad lícita o ilícita, iii) los daños ocasionados deberán ser reparados a los efectos de restablecer la igualdad lesionada y distribuir los costos entre toda la colectividad. La responsabilidad es de principio. Lo anterior, incuestionablemente aplicable a los poderes constituidos y, en general, a todas las entidades estatales, es enteramente trasladable a los casos de ejercicio del poder constituyente. Ningún elemento permite diferenciar este caso del anterior.³³

En consecuencia, ninguna duda puede haber acerca de que se deben indemnizar los daños ocasionados en el ejercicio de la función constituyente, tanto originaria como derivada, sea que la norma constitucional sea inválida o ajustada a derecho, en términos similares a los señalados con respecto a la responsabilidad estatal por los daños causados por la ley, sea esta ajustada o no a la Constitución.

³¹ Alberto Ramón REAL, “Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales en el Uruguay”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 77, sección “Doctrina”; Mariano R. BRITO, “Responsabilidad por actividad jurisdiccional”, o. cit., pp. 123 y ss.; Martín J. RISSO FERRAND, “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional”, o. cit.

³² Guido Santiago TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 172.

³³ Martín RISSO FERRAND, “Responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del poder constituyente”, en *Rev. de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, 2005, n.º VII, pp. 49 y ss., especialmente pp. 76 y 77.

3.2. RESPONSABILIDAD POR TODA CAUSA

En segundo lugar, el Estado debe responder no solo por sus acciones, sino también por sus omisiones³⁴ o inactividad.³⁵

Sobre ello, si bien desde hace muchos años se admite ampliamente la responsabilidad ética por los *daños derivados de su hacer*, la *responsabilidad omisiva* es de reconocimiento más reciente y a veces limitado.

Sin embargo, desde la consideración de la responsabilidad estatal como principio general, es insoslayable afirmarla con su más amplio alcance y, consecuentemente, bregar por la articulación de medios procesales adecuados para hacerla valer en todo caso.³⁶

Ello es así porque, como bien se ha destacado con respecto a la función administrativa,³⁷ “la inactividad de la Administración, cualquiera que sea su contenido, constituye una evidente manifestación de ilegalidad, desde que el ordenamiento jurídico no solo habilita, sino que, además, exige que la Administración ejerza sus potestades y competencias. Esta ilegalidad por omisión es, además, susceptible de lesionar la esfera jurídica de los particulares; de allí que, tanto objetiva como subjetivamente, la tutela jurisdiccional frente a la inactividad resulte imperante”.

Por eso, no puede sino compartirse la afirmación de que la competencia, más que un conjunto de poderes jurídicos atribuidos por el ordenamiento para el cumplimiento de determinados fines, constituye un elenco de deberes a ser cumplidos, de modo que la expresión que mejor describe su situación es la de deber-poder y no la de poder-deber.³⁸ Siendo así, tanto el incumplimiento de las obligaciones formales como sustantivas de hacer o dar que el ordenamiento jurídico impone a cualquier órgano público apareja responsabilidad.

3.3. RESPONSABILIDAD POR TODA ACTIVIDAD

En tercer lugar, el Estado es responsable tanto por su obrar ilícito como lícito, ya que la antijuridicidad no es, a su respecto, la única fuente de responsabilidad. En efecto, aun cuando el ejercicio de las competencias estatales no es generalmente causa de indemnización

³⁴ Guillermo MUÑOZ, “Responsabilidad del Estado por omisión”, en *Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, ed. Ciencias de la Administración, Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, pp. 89 y ss.; Jorge Luis SALOMONI, “La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina”, en *La responsabilidad del Estado frente a terceros*, Guayaquil, 2005, pp. 73 y ss.

³⁵ Alejandro NIETO, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo”, en *Documentación administrativa*, Madrid, 1986, n.º 208, pp. 229 y ss.; Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

³⁶ Daniela UROSA MAGGI, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, FUNEDA, Caracas, 2003, pp. 181 y ss.; Horacio D. CREO BAY, *Amparo por mora de la Administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 6 y ss.

³⁷ Daniela UROSA MAGGI, “Tutela judicial frente...”, o. cit., p. 62.

³⁸ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de derecho administrativo*, o. cit., pp. 37 y ss.

para los particulares, al poseer el Estado la potestad de sacrificar derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de bien común, puede comprometer su responsabilidad sin que la contrariedad a la regla de derecho sea un presupuesto de ella.³⁹

Por eso, bien ha destacado nuestra mejor doctrina⁴⁰ y ha reconocido la jurisprudencia:⁴¹ “a veces existe la obligación de indemnizar sin que pueda imputarse a la Administración ilegalidad alguna”.

[Tal] es el caso de medidas adoptadas en aras del bienestar general, dictadas legítimamente, pero que ocasionan, a uno a varios particulares, un perjuicio excepcional y que nada justifica que este o estos lo soporten o lo sufran, cuando es toda la comunidad que se beneficia de dichas medidas.⁴²

Evidentemente, el fundamento de la responsabilidad estatal en uno y otro caso es diferente. En el caso de la *responsabilidad por acto o hecho ilícito*, el fundamento de la responsabilidad se asienta en el principio de juridicidad, el cual delimita el marco en el que el Estado puede y debe actuar. Cuando un acto o hecho de la Administración vulnera la regla de derecho, nace la obligación de reparar los daños producidos por el actuar antijurídico.

En cambio, en el caso de la *responsabilidad por el quehacer lícito*, dado que no se vulnera el marco de actuación estatal ni se deja de cumplir con ningún deber de la Administración, de ninguna forma puede decirse que se viola el principio de juridicidad. Por eso, el fundamento de la responsabilidad en tal caso se encuentra, en forma genérica, en el principio de igualdad y, más específicamente, en el principio de igualdad de los administrados ante las cargas públicas.⁴³

Este principio impone al Estado la obligación de tratamiento igualitario de los habitantes, de modo que cuando un acto o hecho suyo genera un daño se rompe la igualdad de trato, ya que algunos particulares se ven forzados a soportar cargas que otros no deben soportar.⁴⁴ Cada vez que se menoscabe la esfera propia de determinadas personas, surge en estas, con base en el principio de igualdad (artículos 8, 72 y 332 de la Constitución), un crédito indemnizatorio contra el Estado, de tal modo que aquel menoscabo resultante de la satisfacción de un interés general no pese sobre sus ocasionales damnificados directos, sino

³⁹ Julio Rodolfo COMADIRA, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año II, 003, n.º 3, p. 9 y *Derecho administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, 2.ª ed., pp. 362 y 363. Julio Rodolfo COMADIRA y Héctor Jorge ESCOLA, *Derecho administrativo argentino*, Porrúa-UNAM, México, 2006, pp. 1020 y ss.

⁴⁰ Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, o. cit., t. I, p. 615.

⁴¹ Lorenzo SÁNCHEZ CARNELLI, *Responsabilidad del Estado por su actividad...*, o. cit., pp. 53 ss.

⁴² Julio A. PRAT, *Derecho administrativo*, o. cit., t. 4, vol. 2, p. 71.

⁴³ Augusto DURÁN MARTÍNEZ, “Responsabilidad por hecho lícito de la Administración”, en *Casos de Derecho Administrativo*, Ingranusi, Montevideo, 1999, vol. I, p. 195.

que se distribuya, según la justicia distributiva que corresponde al derecho público, entre la generalidad de los habitantes.⁴⁴

La circunstancia de que el acto o hecho de la Administración sea lícito no modifica esta situación. El principio de igualdad ante las cargas públicas se ve vulnerado cualquiera sea la naturaleza del acto o hecho que genere el daño.

La afirmación de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita no debe confundirse con la responsabilidad objetiva. La distinción entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva se realiza con base en el criterio de imputación,⁴⁵ mientras que la diferenciación entre responsabilidad por acto o hecho lícito o ilícito se sustenta en sus diversos fundamentos,⁴⁶ por lo que puede existir responsabilidad del Estado por actividad lícita o ilícita tanto de fuente objetiva como subjetiva.

Significa que el Estado debe responder siempre por los daños generados, tanto por su actividad ilícita como lícita, en virtud de los principios de legalidad e igualdad ante las cargas públicas, respectivamente.

3.4. RESPONSABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA

En cuarto lugar, el Estado debe responder no solo *por su actuación*, sino también *por la de terceros* que participan en el desenvolvimiento de sus cometidos.⁴⁷

Evidentemente, la transferencia de la prestación de un cometido estatal a uno o más particulares genera un entramado de relaciones jurídicas diversas, propias de lo que se ha llamado el *triángulo Administración-gestor-usuario*.⁴⁸ Cuando esa transferencia refiere a la ejecución del cometido y no a su titularidad —fenómeno que ha sido designado como *delegación transestructural de cometidos*—,⁴⁹ cabe examinar por separado, por sus proyecciones sobre las responsabilidades involucradas, las que se traban entre el prestatario del cometido y los terceros (especialmente los usuarios), entre la Administración concedente y dicho prestatario, y entre los particulares y la Administración titular del cometido de que se trate.

⁴⁴ Horacio CASSINELLI MUÑOZ, Informe publicado en *La Justicia Uruguaya*, t. 105, sección “Jurisprudencia”, caso n.º 12133, p. 323.

⁴⁵ Carlos E. DELPIAZZO, “Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado actual”, o. cit., pp. 17 y ss.; “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, o. cit., pp. 31 y ss. y “Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”, o. cit., pp. 227 y ss.

⁴⁶ Augusto DURÁN MARTÍNEZ, “Responsabilidad por hecho lícito de la Administración”, o. cit., pp. 197 y ss.

⁴⁷ Carlos E. DELPIAZZO, “Responsabilidades del Estado y de los concesionarios de servicios públicos”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VII, pp. 56 y 57.

⁴⁸ Juan Miguel DE LA CUETARA, “Tres postulados para el nuevo marco jurídico de los servicios públicos”, en AA. VV., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 134.

⁴⁹ Rodolfo Carlos BARRA, *Principios de derecho administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, pp. 246 y ss. y “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”, en *Rev. de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1991, año 3, n.º 6, pp. 31 y ss.

Este tercer tipo de relaciones enfrenta a la cuestión de si la Administración puede ser llamada a responsabilidad por los particulares, en virtud del daño ocasionado por el concesionario del servicio público o prestatario del servicio de que se trate. Sobre esto la doctrina administrativista tradicional afirma que la responsabilidad de la Administración no se extiende a los actos o los hechos de los concesionarios de servicios públicos o de sus empleados, porque si bien el Estado ejerce sobre los concesionarios poderes de vigilancia y contralor, no tiene ni la gestión ni la dirección del servicio; a lo sumo determina, con carácter general, lo que no presupone dirección, las reglas de actuación a que deberán ajustarse.⁵⁰

Sin embargo, a la luz de los modernos procesos de transferencia a particulares de actividades propias de las entidades estatales, es razonable pensar que “va a poder sostenerse, con buen fundamento, que el Estado también será responsable de los daños que se causan en la ejecución de esos servicios que no están confiados a su gestión, pero sí bajo su dirección”.⁵¹

Una vez admitido que la Administración pueda ser llamada a responsabilidad por la actuación de los particulares en el desempeño de los cometidos estatales a ellos confiados, es posible que pueda distinguirse más de un ámbito al respecto, ya que no solo la Administración concedente, sino también los nuevos órganos reguladores a los que se atribuyen competencias tutelares de los derechos e intereses de los usuarios, pueden ser generadores de responsabilidad.

No tendría sentido excluir de responsabilidad al Estado cuando la actividad prestacional que causa el daño ha sido puesta por él en manos del concesionario.⁵²

Todo lo antedicho resulta corroborable si se subraya el rol de la Administración concedente como garante del servicio del que se trate,⁵³ en cuyo caso su consecuente responsabilidad es inexcusable. Carece de sentido que la Administración responda por su propia actividad cuando la realiza directamente y, en cambio, no lo haga cuando actúa a través de un concesionario.⁵⁴

En efecto, como ya se ha destacado antes, el servicio concedido sigue siendo de la Administración concedente, por lo que esta “no puede desinteresarse de él, en tanto este sigue siendo un cometido de ella”.⁵⁵ Esto es así porque las actividades para cuya ejecución

⁵⁰ Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, o. cit., t. I, p. 660; Daniel Hugo MARTINS, “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguayo”, o. cit., p. 282.

⁵¹ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre reforma del Estado y derecho administrativo*, ed. Universidad, Montevideo, 1996, p. 22.

⁵² Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de derecho administrativo*, o. cit., pp. 671 y ss.

⁵³ Juan Miguel DE LA CUETARA, “Tres postulados...”, o. cit., pp. 158 y ss.

⁵⁴ Luis MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, t. II, p. 407.

⁵⁵ Carlos E. DELPIAZZO, *Manual de contratación administrativa*, Montevideo, 1993, t. II, p. 88; y *Contratación administrativa*, UM, Montevideo, 1999, reedición 2004, p. 404.

la ley autoriza a la Administración a contratar a particulares siguen siendo actividades del Estado; lo que cambia es el medio a través del cual se ejecutan, pero siguen siendo cometidos estatales.⁵⁶

4.

DOS CUESTIONES A TENER EN CUENTA

Cuanto viene de decirse queda incompleto si no se hace una somera referencia a dos cuestiones vitales para que la responsabilidad estatal sea verdadera en su más amplio espectro de posibilidades, a saber: la plena vigencia de la tutela jurisdiccional efectiva y la consideración unitaria de la responsabilidad (como instituto del derecho todo) y de sus fundamentos (criterios de imputación).

4.1. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

En primer lugar, el sometimiento real del Estado al derecho no se conforma con la pura afirmación doctrinaria y aun normativa, sino que requiere eficacia en términos de garantías concretas de técnica jurídica.⁵⁷

En efecto:

La vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse eficazmente el sometimiento de la Administración al sistema normativo.⁵⁸

De lo contrario, dicho principio “quedaría en simple declaración programática”.⁵⁹ Desde el *punto de vista objetivo*, la justiciabilidad del Estado⁶⁰ significa que:

Cualquier acto o conducta, positiva o negativa, de la Administración y de sus agentes, puede ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos judiciales, a instancia de cualquier per-

⁵⁶ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Sobre reforma del Estado y derecho administrativo”, o. cit., p. 18.

⁵⁷ Carlos E. DELPIAZZO, “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, o. cit.; y “Responsabilidad del Estado para con los ciudadanos de América Latina”, o. cit.

⁵⁸ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2005, t. I, pp. 86 y 87.

⁵⁹ Luciano PAREJO ALFONSO y otros, *Manual de derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1996, vol. 1, 4.ª ed., p. 68.

⁶⁰ Jorge SARMIENTO GARCÍA, *Los principios en el derecho administrativo*, Dike, Mendoza, 2000, pp. 163 y ss.

sona o entidad (pública o privada) a quienes dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses.⁶¹

Desde el *punto de vista subjetivo*, la referida justiciabilidad del Estado se traduce en la “tutela jurisdiccional de la posición jurídica del administrado”,⁶² entendida como:

El derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.⁶³

Tal derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos, y en los tres deben ser efectivos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y la obtención de solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, en la plena efectividad de sus pronunciamientos.⁶⁴

4.2. UNICIDAD DE LA RESPONSABILIDAD

En nuestro país, según ha quedado dicho, existe un *divorcio entre la doctrina y la jurisprudencia nacionales* acerca de cuándo surge la responsabilidad estatal, es decir, si ella obedece a fundamentos de tipo subjetivo o de tipo objetivo, ya que los criterios de imputación “no son otra cosa que criterios particulares que consagran el fundamento de la responsabilidad”.⁶⁵

Mientras la doctrina mayoritaria del derecho público se inclina por la responsabilidad objetiva de las entidades estatales, la jurisprudencia de los tribunales se orienta, prácticamente sin fisuras, en el sentido de la responsabilidad subjetiva y acude, frecuentemente, a la aplicación de la legislación civil.

Frente a tal realidad, es preciso rescatar que:

Prácticamente no hay figuras jurídicas propias ni del derecho público ni del derecho privado: la responsabilidad, la propiedad, el contrato, los bienes, etcétera, son instituciones que permanecen inmutables, más allá de la disciplina a la cual se apliquen [...] Se trata de instituciones del derecho que trascienden las distintas parcelas científicas en que puede dividirse el análisis del derecho y se convierten en verdaderos institutos propios de la teoría general, susceptibles, por lo tanto, de ser analizados desde distintos ángulos o perspectivas.⁶⁶

⁶¹ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, o. cit., t. I, pp. 88.

⁶² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, t. II, pp. 569 y ss.

⁶³ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 33.

⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 57 y ss.

⁶⁵ Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1981, t. XIX, p. 16.

⁶⁶ Carlos E. DELPIAZZO, *Manual de contratación administrativa*, 3.ª ed. actualizada, ed. Universidad, Montevideo, 1996, t. I, p. 19 y *Contratación administrativa*, o. cit., p. 10.

Si se parte de la *unicidad de la responsabilidad* como instituto del derecho todo, parece prudente tomar en cuenta la enseñanza que, *desde el derecho privado*, indica que no es posible pretender dar una solución monista al problema de la responsabilidad patrimonial del Estado,⁶⁷ y *desde el derecho público* actual se previene:

Ningún sistema de responsabilidad extracontractual del Estado ha asumido, en forma coherente, un modelo de responsabilidad objetiva.⁶⁸

Incluso la doctrina administrativista española moderna proclama:

El principio objetivo de la responsabilidad de la Administración pública, tal y como está planteado [...] entraña problemas de entendimiento con los tiempos que vivimos. El Estado social y democrático de derecho no se compadece con este superblindaje, superdefensa que tienen los funcionarios frente a los ciudadanos, como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva y universal de la Administración pública.⁶⁹

No es lógico que los tribunales se inunden de demandas:

Por los más sutiles e incluso nimios temas y que se pretenda vincular alguna vaga e imprecisa relación de causalidad para imputar, a la Administración, daños reales o no tan reales, que la misma sociedad [...] ciegue cualquier línea de responsabilidad personal para hacerla derivar y endosarla siempre al anónimo Estado.⁷⁰

Al respecto, es interesante tener en cuenta el periplo intelectual del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, seguido a través de sus prólogos a dos obras destacadas, separados entre sí por algo más de treinta años. En 1970, el eminente maestro se agravia de lo que entiende como “una insensibilidad general”, más que una insuficiencia normativa para que los particulares hagan valer la responsabilidad administrativa:

Las pretensiones de indemnización suelen naufragar, como sabe cualquier práctico del derecho, en el rigor insólito (insólito porque para siempre en beneficio de los dañadores y responsables) que los jueces exigen para la prueba de la causalidad del daño y, finalmente y de manera especial, de su extensión concreta y en la virtual negación de las indemnizaciones alzadas o estimativas, que son, no obstante, las procedentes quizá en la mayor parte de los casos.

Y pregunta:

⁶⁷ Carlos DE CORES, “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado”, o. cit., p. 401.

⁶⁸ Raúl LETELIER WARTENBERG, “Un estudio de los efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Rev. Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, 2001, n.º 17, p. 141.

⁶⁹ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año II 2003, n.º 4, pp. 29 y ss.

⁷⁰ Luis Martín REBOLLO, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, en *Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 16.

¿Es que la impunidad por los daños causados a los súbditos será un precio obligado para que la Administración pueda funcionar, un precio, pues, de la vida social?⁷¹

Luego de treinta y dos años, en 2002, manifestaría su “juicio positivo en favor de una rectificación del sistema” de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual, a su juicio, es disfuncional e insatisfactorio ya que entre quienes lo promueven —él es uno— “nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización”.

Contrariamente, enfatiza en la tipificación de:

Tres causas específicas de imputación: primera, la realización directa y legítima del daño por la Administración [...] Segunda causa de imputación: la actuación ilícita de la Administración [...] Y finalmente, en tercer lugar, los casos de riesgo creado por la Administración, que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo a que la Administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos. Solo en este último supuesto podría hablarse de la imputación de una responsabilidad objetiva.⁷²

Por eso, parece lógico limitar la responsabilidad objetiva a supuestos excepcionales, hacer del funcionamiento anormal de los servicios estatales la regla general de la responsabilidad y delimitar estándares normativos de diligencia que permitan conferir al sistema la necesaria flexibilidad en los casos concretos.⁷³

Es que, como bien se ha destacado, el moderno régimen de la responsabilidad “desemboca finalmente en un sistema policéntrico”⁷⁴ y “pasa a ser múltiple, ya que resulta compuesto por diversos criterios de imputación, cada uno dotado de su propia y específica razón justificante y, también, con un propio y específico campo de aplicación”.⁷⁵

⁷¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a Jesús LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, 1.ª ed., Tecnos, Madrid, 1970, pp. 9 y 18.

⁷² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a Oriol MIR PUIG PELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.

⁷³ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, o. cit., pp. 34 y 35.

⁷⁴ Jorge GAMARRA, *Responsabilidad contractual*, FCU, Montevideo, 1997, t. II, p. 341.

⁷⁵ Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1981, t. XIX, p. 42.

5. CONCLUSIÓN

La lógica conclusión que deriva de cuanto viene de decirse es la necesidad de vitalizar la tutela jurisdiccional efectiva, como imprescindible instrumento de control estatal y, por ende, de verificación de los distintos supuestos de responsabilidad en que se pueda incurrir.

Frente a dicho aserto, se erige hoy como un enemigo de cuidado la denominada *huida del derecho administrativo* como garante de la plena vigencia del Estado de derecho.

Como gráficamente se ha expresado:

Con la apasionada fuga del derecho administrativo, los prebendados del poder persiguen el mejor y más fácil logro de sus intereses, para lo cual tratan de huir de los procedimientos administrativos de control del gasto, de selección de contratistas y funcionarios, y de la fiscalización judicial, en un manifiesto retroceso, del logro histórico, de control judicial pleno de los actos de la Administración, en una loca carrera por echarse en brazos del juez civil o laboral invocando principios de eficacia.⁷⁶

Por lo tanto, es preciso luchar por la *vuelta al derecho administrativo*,⁷⁷ de modo que la actuación pública toda, sin exclusiones, encuentre como límite infranqueable el respeto a los derechos fundamentales y al principio de juridicidad. De ese modo, a través de una tutela jurisdiccional efectiva, podrá neutralizarse todo reducto de irresponsabilidad estatal.

⁷⁶ Juan Cruz ALLI ARANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 192 y 193.

⁷⁷ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "La vuelta al derecho administrativo. A vueltas con lo privado y lo público", en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año IV, 2005, n.º 7, pp. 89 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004.
- AMÉZAGA, Juan José, *Culpa aquiliana*, Montevideo, 1914.
- “Opinión”, en *El Banco de Seguros del Estado*, Montevideo, 1916, pp. 162 y ss.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, Porrúa-UNAM, México, 2006.
- BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980.
- “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”, en *Rev. de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1991, año 3, n.º 6, pp. 31 y ss.
- BELLO, Susana, “Fundamento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por acto legislativo y jurisdiccional”, en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 1995, n.º 8, pp. 53 y ss.
- BENGOA VILLAMIL, Ricardo, “Estudio sobre sentencias en casos de responsabilidad de Estado por acto legislativo: RAVE”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 105, sección “Doctrina”, pp. 45 y ss.
- BERRO, Graciela, “Responsabilidad objetiva del Estado”, en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 1992, n.º 2, pp. 89 y ss.
- BRITO, Mariano R., “Responsabilidad por actividad jurisdiccional”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1984, pp. 123 y ss.
- “Responsabilidad extracontractual del Estado: administrativa, legislativa y jurisdiccional”, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo, 1996, pp. 129 y ss.
- CAGNONI, José Aníbal, “Responsabilidad por acto legislativo”, en *Primer Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, ed. Universidad, Montevideo, 1993, pp. 66 y ss.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre reforma del Estado y derecho administrativo*, ed. Universidad, Montevideo, 1996.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. CV, sección “Doctrina”, pp. 321 y ss.
- “Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional”, en *Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1990, n.º 13, pp. 190 y ss.
- Informe publicado en *La Justicia Uruguaya*, t. 105, sección “Jurisprudencia”, caso n.º 12133, pp. 323 y ss.

- CASTRO, Alicia, “Algunos comentarios sobre la jurisprudencia contencioso administrativa de reparación patrimonial”, en *Cuarto Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Nueva Jurídica, Montevideo, 1998, pp. 86 y ss.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año II, 2003, n.º 3, pp. 9 y ss.
- *Derecho administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, 2.ª ed.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, y ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, Porrúa, UNAM, México, 2006.
- CREO BAY, Horacio D., *Amparo por mora de la Administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- DE CORES, Carlos, “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXII, pp. 399 y ss.
- DE LA CUETARA, Juan Miguel, “Tres postulados para el nuevo marco jurídico de los servicios públicos”, en AA. VV., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 134.
- DELPIAZZO, Carlos E., *Tribunal de Cuentas*, AMF, Montevideo, 1982.
- *Manual de contratación administrativa*, IEEM-Pronade, Montevideo, 1993, t. II.
- *Contratación administrativa*, UM, Montevideo, 1999, reedición 2004.
- “Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado actual”, en Suplemento de *Derecho administrativo* de *Rev. El Derecho*, Buenos Aires, 30 de marzo de 2000, año XXXVIII, n.º 9975, pp. 17 y ss.
- “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, en *Rev. Iberoamericana de Administración Pública*, INAP, Madrid, 2003, n.º 10, pp. 31 y ss.
- “Responsabilidades del Estado y de los concesionarios de servicios públicos”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VII, pp. 56 y ss.
- “Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos”, en *Rev. de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, 2000, año 1, n.º 3, pp. 39 y ss.
- *Derecho administrativo uruguayo*, Porrúa-UNAM, México, 2005.
- “Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, UNAM, México, 2005, vol. “Responsabilidad, contratos y servicios públicos”, pp. 227 y ss.
- *Texto ordenado de contabilidad y administración financiera*, 5.ª ed. actualizada, FCU, Montevideo, 2006.

- “Responsabilidad del Estado para con los ciudadanos de América Latina”, en *Rev. de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, 2007, n.º 28.
- “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Mariano R. Brito*, FCU, Montevideo, 2007, pp. 967 y ss.
- DEUS, Sergio, “Responsabilidad civil del Estado”, en *La Justicia Uruguaya*, t. XCIV, sección “Doctrina”, pp. 35 y ss.
- DÍAZ PELUFFO, Zolá, “El problema de la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 52, pp. 274 y ss.
- “Declaración de inconstitucionalidad y responsabilidad por acto legislativo”, en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 64, pp. 82 y ss.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Responsabilidad por hecho lícito de la Administración”, en *Casos de derecho administrativo*, Ingranusi, Montevideo, 1999, vol. I, pp. 195 y ss.
- ESPÍNOLA, Julio César, “Inconstitucionalidad de las leyes y responsabilidad por acto legislativo”, en *Jurisprudencia de Abadie Santos*, Montevideo, 1941, t. 63, pp. 792 y ss.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1981, t. XIX.
- *Responsabilidad contractual*, FCU, Montevideo, 1997, t. II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, t. II.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, prólogo a Jesús LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, 1.ª ed., Tecnos, Madrid, 1970, pp. 9 y ss.
- Prólogo a Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución Uruguaya de 1952*, CED, Montevideo, 1966, t. II.
- KORZENIAK, José, *Curso de derecho constitucional 2.º*, FCU, Montevideo, 1971, vol. II.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl, “Un estudio de los efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Rev. Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, 2001, n.º 17, pp. 141 y ss.
- MARTINS, Daniel Hugo, “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, en *Rev. de Derecho Público y Privado*, t. 30, pp. 196 y ss.; y en *Constitución y Administración*, Montevideo, 1993, pp. 199 y ss.

- “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños causados a la Administración”, en *Tercer Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, ed. Universidad, Montevideo, 1997, pp. 155 y ss.
- MÉNDEZ, Aparicio, “Relaciones entre la responsabilidad del Estado y del funcionario”, en *La Justicia Uruguaya*, t. I, sección “Doctrina”, pp. 122 y ss.
- “Sobre responsabilidad del Estado”, en *Rev. de Derecho Público y Privado*, t. 14, pp. 337 y ss.
- MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de derecho administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, t. II.
- MUÑOZ, Guillermo, “Responsabilidad del Estado por omisión”, en *Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, ed. Ciencias de la Administración, Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, pp. 89 y ss.
- NIETO, Alejandro, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo”, en *Documentación Administrativa*, Madrid, 1986, n.º 208, pp. 229 y ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, y otros, *Manual de derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1996, vol. 1, 4.ª ed.
- PEIRANO FACIO, Jorge, “Responsabilidad del Estado”, en *Anales del Foro*, t. II, n.º 109-120, pp. 72 y ss.
- PRAT, Julio A., *Derecho administrativo*, Acali, Montevideo, 1978, t. 4, vol. 2.
- “Responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1984, pp. 56 y ss.
- REAL, Alberto Ramón, *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1965.
- “Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales en el Uruguay”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 77, sección “Doctrina”, pp. 25 y ss.
- REBOLLO, Luis Martín, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, en *Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pp. 16 y ss.
- RISSO FERRAND, Martín J., intervención en *Segundo Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, ed. Universidad, Montevideo, 1995, pp. 122 y 123.
- *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, 2.ª ed. actualizada, FCU, Montevideo, 1998, pp. 78 y ss.
- *Derecho constitucional*, Ingranusi, Montevideo, 1998, t. III.

- “Responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del poder constituyente”, en *Rev. de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, 2005, n.º VII, pp. 49 y ss.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año II, 2003, n.º 4, pp. 29 y ss.
- “La vuelta al derecho administrativo. A vueltas con lo privado y lo público”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año IV, 2005, n.º 7, pp. 89 y ss.
- ROTONDO TORNARÍA, Felipe, “Responsabilidad del funcionario”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo, 1996, pp. 470 y ss.
- “Responsabilidad del Estado: criterio jurídico de imputación”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VII, pp. 117 y ss.
- SALOMONI, Jorge Luis, “La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina”, en *La responsabilidad del Estado frente a terceros*, Guayaquil, 2005, pp. 73 y ss.
- SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo, *Responsabilidad del Estado*, Nueva Jurídica, Montevideo, s/f, pp. 31 y ss.
- *Responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, legislativa y jurisdiccional*, FCU, Montevideo, 2005.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2005, t. I.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el derecho administrativo*, Dike, Mendoza, 2000.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1963.
- SAYAGUÉS LASO, Rodolfo, “La responsabilidad del Estado por actos legislativos”, en *Rev. de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1914, t. I, pp. 514 y ss.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo*, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. II.
- TAWIL, Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- U ROSA MAGGI, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, FUNEDA, Caracas, 2003.
- VÁZQUEZ, Cristina, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista”, en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 1995, n.º 7, pp. 32 y ss.

La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España*

*Francisco Fernández Segado***

RESUMEN. El autor realiza un pormenorizado análisis de las razones que conducen a la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que se efectiviza por ley orgánica n.º 6/2007, de 24 de mayo de 2007. Parte de las causas de hecho: aumento significativo del número de amparos que trastoca el funcionamiento del Tribunal, hiperlitigiosidad, entre otras, y de elementos ajenos al Tribunal, como la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2004. Analiza las modificaciones y distingue: 1) la objetivación del recurso de amparo; 2) la inversión del trámite de admisión; 3) la formalización de la inadmisión; 4) el principio de desconcentración y la habilitación a las secciones para la resolución de los recursos de amparo. La reforma deriva, en buena parte, de problemas comunes en materia de recursos de amparo fuera de España; por eso, el estudio de la experiencia de dicho país y la reforma legislativa aprobada resultan de interés fuera del ámbito específico del derecho español.

ABSTRACT. The author analyzes in detail the reasons which lead to the reform of the Organic Law of the Constitutional Court (LOTIC), in effect pursuant to organic law nr. 6/2007 of May 24, 2007. Some factual information: significant increase in the number

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 7 de marzo de 2008. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 15 de mayo de 2008, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

of injunctions altering the functioning of the Court, hyperlitigation and elements which are not within the scope of the Court, such as the judgment of First Instance rendered by the Supreme Court on January 23, 2004. This paper analyzes the modifications and distinguishes: a) the objectification of the injunction; b) the inversion of the filing proceeding; c) the formalization of the rejection; d) the principle of deconcentration and the authorization obtained by the different divisions to solve injunctions. The reform derives mainly from common problems in terms of injunctions outside Spain. For this reason, the study of the experience said country has had and the legislative reform approved are of great interest outside the specific framework of Spanish law.

SUMARIO. 1. La razón de ser y el iter de la reforma de la LOTC. 2. Las modificaciones del régimen jurídico-procesal del amparo. 2.1. La objetivación del recurso de amparo. 2.2. La inversión del trámite de admisión. 2.3. La inadmisión del recurso. 2.4. El principio de desconcentración y la habilitación a las secciones para la resolución de los recursos de amparo.

1.

LA RAZÓN DE SER Y EL *ITER* DE LA REFORMA DE LA LOTC

La ley orgánica n.º 6/2007, de 24 de mayo, modifica, por sexta vez,¹ la ley orgánica n.º 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Las razones desencadenantes de esta nueva reforma son bien conocidas: el crecimiento desbocado del número de recursos de amparo² trastoca gravemente el funcionamiento interno del Tribunal, hasta el extremo de que, como se reconoce en el punto II de la exposición de motivos del texto legal, los recursos de amparo ocupan casi todo el tiempo y los medios personales y materiales del Tribunal.

Esta hipertrofia del recurso genera indeseables efectos no solo sobre la resolución de los amparos, que llegan resueltos hasta con cinco años de retraso al que en ocasiones ha sido tildado de “tribunal de los derechos fundamentales” —con lo que ello entraña de denegación de justicia, pues, como bien sostiene GONZÁLEZ PÉREZ,³ una justicia tardíamente

¹ Las cinco anteriores han sido reformadas por las leyes orgánicas n.º 8/1984, de 26 de diciembre; n.º 4/1985, de 7 de junio; n.º 6/1988, de 9 de junio; n.º 7/1999, de 21 de abril, y n.º 1/2000, de 7 de enero.

² Los datos numéricos hablan por sí solos: en 1980 se formalizaron ante el Tribunal 218 recursos de amparo; tan solo una década más tarde, ese número se multiplicará por trece y alcanzará los 2.896 recursos, y un decenio después, en el año 2000, esa última cifra se duplicará con creces, hasta llegar a los 6.762 recursos de amparo. Transcurridos cinco años (en 2005), los amparos presentados se aproximarán a los diez mil (9.476 en total), y solo en el primer trimestre del año 2006 se recibirán en el Tribunal 3.700 recursos, muchos de ellos relacionados con los problemas de la inmigración, por lo que hay que pensar que esta tendencia a un brutal crecimiento no hará sino aumentar.

³ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: “La reforma del Tribunal Constitucional”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año LVIII, n.º 83 (curso académico 2005-2006), Madrid, 2006, pp. 335 y ss.; en concreto, p. 341.

administrada no es justicia—, sino también sobre el normal ejercicio de las restantes competencias del Tribunal, lo que resulta particularmente pernicioso para el control normativo.

La salvaguarda de la primacía normativa de la ley fundamental y, entre otros, el principio de seguridad jurídica se ven gravemente afectados por el retraso de cinco, seis, siete y a veces más años con que el garante de la Constitución resuelve los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. La interpretación constitucional, se ha dicho con toda razón,⁴ se convierte entonces en *historia del derecho*, y el debate procesal entre los sujetos queda inexorablemente envejecido, descolgado del tiempo y de las circunstancias sobrevenidas en el momento del enjuiciamiento.

Algo análogo puede sostenerse acerca del impacto que el fenómeno descrito presenta sobre la tardía resolución de los conflictos de competencias que enfrentan al Estado y a las comunidades autónomas, o a estas entre sí, al margen del pernicioso efecto de parálisis de la actuación administrativa que tal retraso encadena.

La plena comprensión de la situación generada por la imparable inflación de los recursos de amparo exige atender otro dato: el extraordinariamente elevado porcentaje de recursos de amparo que resultan inadmitidos (más del 97%), inadmisión que, masivamente, se produce mediante providencia, al amparo de las nuevas previsiones establecidas por el artículo 50 de la LOTC, luego de la reforma de 1988.

Dicho de otro modo, el porcentaje de demandas en que se otorga el amparo reclamado es ínfimo (inferior al 3%), lo que revela de modo palmario que la hiperlitigiosidad del amparo constitucional no responde a una violación real de derechos, sino a un desmedido y manifiesto abuso de este instrumento procesal, nunca concebido como una vía ordinaria de reparación de las violaciones de derechos fundamentales —como el artículo 53.2 de la Constitución deja bastante claro—, pues la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas puede ser recabada por los ciudadanos (por utilizar los términos no excesivamente afortunados del propio artículo 53.2): “ante los tribunales ordinarios” y, “en su caso”, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional.

No se entrará en la habitual polémica interpretativa acerca del significado de la expresión *en su caso*, sino que cabe limitarse a decir que, como admite buena parte de la doctrina, no puede hablarse de un indiscriminado derecho de acceso a la jurisdicción constitucional de amparo. El derecho a la tutela judicial efectiva de los propios derechos e intereses legítimos se reconoce respecto de los jueces y tribunales, esto es, en relación con los órganos integrantes

⁴ Javier GARCÍA ROCA: “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional”. Texto mecanografiado que ha proporcionado su autor, p. 34.

del Poder Judicial o, si se prefiere, de la jurisdicción ordinaria, pero no respecto del Tribunal Constitucional, que es único en su orden y queda al margen de la jurisdicción ordinaria.

Ello quiere decir que no resulta conculcado ningún derecho cuando a un recurrente le es inadmitido su recurso de amparo por alguna de las causas legalmente determinadas, y que estas pueden ser más o menos amplias en función de la opción decisoria que en cada momento siga el legislador, que no dispone de límites en su capacidad configuradora de tales causas y puede llegar a establecer, si así lo entendiera oportuno, un verdadero *writ of certiorari*.

Se debe ser consciente de que quizá se haya arraigado una cierta conciencia social en torno a la existencia de un derecho a la jurisdicción constitucional de amparo, que presupondría una vinculación inescindible entre la supuesta violación de un derecho fundamental del que se es titular y la legitimación, no solo para accionar constitucionalmente en vía de amparo, sino también para obtener una respuesta sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal Constitucional, una vez cumplidos los requisitos procesales de la demanda.

En el fondo de todo ello late una concepción subjetiva del instrumento procesal que nos ocupa, que el propio Tribunal, durante bastantes años, se ha encargado de asentar y potenciar. Pero que ello sea así durante años no significa que deba serlo siempre, esto es, que esa maximización del interés subjetivo deba prevalecer irreversiblemente sobre la opción opuesta, de objetivación del amparo en atención al interés general, pues ningún sustento constitucional tiene esa visión esencialmente subjetiva del amparo.

La progresiva parálisis del Tribunal y la inflación sin límite del número de amparos, resultante de la utilización abusiva del recurso, son razones de suficiente entidad como para que el legislador busque, con base en una visión objetiva del recurso de amparo, alterar el mecanismo de admisión y flexibilizar, aún más de lo que ya hizo en 1988, el trámite de admisión.

La preocupación ante la problemática anudada a esta hiperplasia del amparo, como acaba de recordarse, está lejos de ser nueva. El fracaso del fin pretendido —agilizar el trámite procesal de inadmisión en este tipo de recursos— por la reforma del artículo 50 de la LOTC, llevada a cabo por la ley orgánica n.º 6/1988, del 9 de junio, será constatado pocos años después.

En el coloquio internacional celebrado en Madrid en octubre de 1994, con motivo de los quince años de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, el problema se planteó con toda claridad. Los datos numéricos hablan por sí solos⁵ y, al abordar la problemática

⁵ Basta con extraer de los cuadros estadísticos manejados en este coloquio el siguiente dato comparativo: de los 29.814 asuntos ingresados en el Tribunal Constitucional desde el 15 de julio de 1980 hasta el 31 de diciembre de

subyacente al recurso de amparo, RUBIO LLORENTE adujo⁶ que ni el Tribunal Constitucional español ni ningún otro Tribunal Constitucional ni, más ampliamente, ningún Tribunal Supremo puede funcionar si no dispone de un medio que le permita decretar la inadmisión de las demandas, no solo por defectos de forma, sino también por motivos de fondo.

La gran cuestión no es sino la relativa a la inadmisión por motivos de fondo y a la libertad del Tribunal para acordarla; dicho con más precisión: la de si para resolver sobre la inadmisión el Tribunal ha de atender solo a la existencia o inexistencia (aparentes) de una violación de los derechos protegidos, o puede tomar en consideración también otras circunstancias, tales como la gravedad real de los daños originados por la violación o la mayor o menor generalidad (o frecuencia) de ese género de violaciones.

La conclusión de las precedentes reflexiones entraña una inequívoca demanda de reforma de la LOTC: solo mediante esa facultad de seleccionar los asuntos de los que ha de ocuparse, podrá el Tribunal llevar a cabo, con esperanzas de éxito, la función que solo él está en condiciones de desempeñar: hacer compatible la supremacía de la Constitución con el imperio de la ley.⁷

En atención a todo lo expuesto, no es de extrañar que, en la última década del pasado siglo se sucedieran en el propio Tribunal diversas iniciativas más o menos informales encaminadas a articular posibles vías de solución del problema. Así, en la presidencia de RODRÍGUEZ BEREIJO (1995-1998), en el seno del Tribunal se creó una comisión que redactaría un borrador de reforma de la LOTC, en mayo de 1998.⁸

En el ámbito de las formaciones políticas, el PP y el PSOE, en el Pacto para la Reforma de la Justicia suscrito en el año 2001, acordaron llevar a cabo la reforma de la LOTC, lo que no se concretó, finalmente, en la Legislatura 2000-2004 (VII Legislatura).

La increíble sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2004, de la que se ha hecho eco detenidamente en otro lugar,⁹ supone un fuerte aldabonazo sobre las fuerzas políticas y sobre el propio mundo jurídico, ante el tosco, brutal e inconstitucional atentado que se lleva a cabo contra la posición institucional del Tribunal

1994, 28.106 (esto es, más del 94 por 100 del total de asuntos) han sido recursos de amparo. Cf. al respecto, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y otros: *La jurisdicción constitucional en España. La ley orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional/CEC, Madrid, 1995. Apéndice estadístico sobre la actividad del Tribunal Constitucional, en pp. 293 y ss.

⁶ Francisco RUBIO LLORENTE: "El recurso de amparo constitucional", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y otros, *La jurisdicción constitucional en España...*, o. cit., pp. 125 y ss.; en concreto, pp. 170-171.

⁷ *Ibíd.*, pp. 172-173.

⁸ Puede verse en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 2.º semestre de 1999, pp. 415 y ss.

⁹ Cf. al respecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: "La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero de 2004", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 129, julio/septiembre 2005, pp. 193 y ss.

Constitucional y, como es obvio, contra la independencia y el estatuto jurídico de sus miembros.

La sentencia en cuestión es la chispa que desencadena, al fin, el proceso conducente a una reforma de la ley orgánica reguladora del más alto Tribunal. Así las cosas, el Ministerio de Justicia elabora un anteproyecto (agosto de 2005), objeto de un crítico informe del Consejo General del Poder Judicial (octubre de 2005), que con algunas modificaciones se aprueba como proyecto de ley orgánica por el Consejo de Ministros el 11 de noviembre de 2005, y es presentado en el Congreso de los Diputados el día 18 de ese mismo mes, calificado el día 22 y, finalmente, publicado el 25 de noviembre.¹⁰

2.

LAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL DEL AMPARO

Como se ha señalado, es el recurso de amparo constitucional el instrumento procesal más afectado por la reforma. Diez de los diecisiete artículos¹¹ que integran el título III del texto legal (“Del recurso de amparo constitucional”) fueron modificados y, al margen de este dato puramente cuantitativo, el recurso fue objeto de un cambio de perspectiva de enorme relevancia, con arreglo al cual el elemento objetivo pasó a dominar, por encima de la antigua visión subjetiva con la que el recurso de amparo ha sido concebido desde los primeros años de vida del Tribunal.

Puede leerse en el punto III de la exposición de motivos de la ley orgánica n.º 6/2007:

Las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución.

¹⁰ Puede verse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (en adelante BOCG), Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, n.º 60-1, 25 de noviembre de 2005, pp. 1-11.

¹¹ No se contabiliza, obviamente, el artículo 45 del texto inicial de la LOTC, derogado por la ley orgánica 8/1984, del 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia.

La nueva configuración de la que habla la exposición de motivos se pretende conseguir a través de los siguientes rasgos nucleares: 1) La objetivación del recurso de amparo. 2) La inversión del trámite de admisión. 3) La formalización de la inadmisión. 4) La habilitación a las secciones para la resolución del recurso. 5) La reforma del trámite de la cuestión interna de inconstitucionalidad. A estos cinco aspectos centrales de la reforma del régimen jurídico-procesal del amparo hay que añadir algunas otras modificaciones que se procederá a examinar. Será necesario detenerse, sucesivamente, en cada una de las cuestiones mencionadas.

2.1. LA OBJETIVACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

I. La desnaturalización del recurso de amparo constitucional en España es resultado de la visión de este instituto procesal como un instrumento adicional a sumar a los diferentes instrumentos procesales de tutela de los derechos fundamentales, es decir, lejos de visualizarse como un mecanismo extraordinario de protección al que solo se puede acudir en casos muy específicos, de auténtica y grave lesión de bienes constitucionales, se concibe como una instancia más, la última en el plano interno, en el procedimiento de tutela de los derechos.

Toda persona que entienda que sus derechos fundamentales o libertades públicas son supuestamente objeto de violación se puede considerar legitimada para acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional y para lograr de este un pronunciamiento sobre el fondo de su asunto. De este uso indiscriminado del amparo a su abuso media un paso.

El propio Tribunal Constitucional, con su doctrina bien proclive, en un primer momento, a esta concepción, y con su interpretación hiperexpansiva de los derechos adjetivos del artículo 24 de la Constitución, hace todo lo posible por facilitar el paso anteriormente mencionado. Los datos numéricos no hacen sino corroborar el auténtico abuso que se viene haciendo de este instituto procesal constitucional.

La reforma legal propiciada por la ley orgánica n.º 6/2007 da un giro radical en la concepción del amparo, giro que puede compendiarse en la idea de la objetivación, con arreglo a la cual no basta que el recurrente cumpla con los requisitos procesales legalmente previstos para la presentación de un recurso de amparo; no basta tampoco que aquel alegue y acredite la lesión de sus derechos fundamentales, ni siquiera la gravedad de esa lesión, pues, según la reforma introducida en diversos preceptos del texto legal —de modo muy particular en los artículos 49.1 y 50.1.b—, es necesario algo más: que el recurrente justifique la especial trascendencia constitucional del recurso, ya que para que la sección, mediante acuerdo

unánime de sus tres miembros, o la sala, mediante decisión mayoritaria, puedan decidir la admisión de un recurso de amparo, al margen de que se cumplan los distintos requisitos legalmente exigidos por los artículos 41 a 46 y 49 de la LOTC, será preciso que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, en razón de su *especial trascendencia constitucional*.

De todo ello se desprende con nitidez meridiana el enorme cambio que introduce la ley en la concepción del amparo. Ya no es suficiente la existencia de una lesión evidente de derechos constitucionalmente protegidos a través de esta vía, sino que es exigible mucho más: la especial trascendencia constitucional del recurso. El amparo deja de ser, en rigor, un instrumento dirigido a la reparación en sede constitucional de las lesiones de derechos sufridas por los recurrentes, para convertirse en un mecanismo más de defensa objetiva de la constitucionalidad del sistema, esto es, en un mecanismo de garantía de la primacía normativa de la Constitución.

La opción por la objetivación es inequívoca y rotunda. Buena prueba de ello se encuentra en la comparación del nuevo diseño del amparo constitucional con el Verfassungsklage alemán, que si bien requiere también para su admisión a trámite (artículo 93.a de la ley del Tribunal Constitucional Federal —BVerfGG—, texto de 1951, tras las modificaciones introducidas en él por las leyes de 11 de agosto de 1993 y 16 de julio de 1998) que el recurso tenga un significado jurídico-constitucional fundamental (apartado 2.º, punto a), a modo de salvedad frente al principio de objetivación se prevé, asimismo, la admisión a trámite de un recurso de esta naturaleza “cuando resulte para el recurrente un perjuicio especialmente grave a causa de la negativa a conocer sobre el fondo”.

La ley orgánica n.º 6/2007 va, pues, mucho más lejos que la legislación alemana en lo que a la objetivación de este recurso se refiere, pues no deja resquicio alguno al elemento subjetivo, por lo menos en atención a la literalidad de los preceptos que inciden en la admisión de un recurso de amparo constitucional. Tampoco admite la cautela que, como recuerda CRUZ VILLALÓN,¹² se incluye en los trabajos elaborados en el interior del propio Tribunal Constitucional con vistas a una hipotética reforma de la LOTC, en el sentido de que el contenido de la demanda no reciba una respuesta de fondo en la jurisdicción ordinaria.

Vale la pena recordar, en un breve inciso, que en el borrador de reforma de la LOTC, elaborado en mayo de 1998 en el seno del Tribunal Constitucional, se propone, como texto

¹² Pedro CRUZ VILLALÓN: “Acotaciones al proyecto de reforma de la justicia constitucional”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 76.

alternativo al del artículo 50 entonces en vigor, uno sustancialmente semejante al finalmente adoptado por el legislador en la reforma de 2007. Sin embargo, este abre cierto “portillo” a la vertiente subjetiva del amparo, al prever, entre los supuestos desencadenantes de una decisión de admisión, no solo que:

El contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo del mismo por parte del Tribunal Constitucional [...] en razón de su trascendencia constitucional.

Sino, también:

En atención a la gravedad del perjuicio causado al recurrente por la alegada vulneración del derecho fundamental [fórmula de clara inspiración alemana].

[O] cuando la alegación de vulneración del mismo [del derecho fundamental], no siendo manifiestamente infundada, no haya tenido ocasión de ser planteada previamente ante la jurisdicción ordinaria.

Como fácilmente se puede apreciar, el legislador es mucho más restrictivo que el Tribunal Constitucional a la hora de contemplar las circunstancias que pueden posibilitar la admisión a trámite de un recurso de amparo.

En definitiva, el principio de objetivación es pleno y no encuentra en la reforma de la LOTC ninguna excepción que entreabra la puerta al elemento subjetivo, lo que no significa que una interpretación flexible de alguno de los criterios o parámetros que el nuevo artículo 50.1.b de la LOTC enuncia a los efectos de que el Tribunal aprecie la “especial trascendencia constitucional” de un recurso de amparo no pueda propiciar cierta atención —siquiera sea en casos que se presenten como excepcionalmente graves— al elemento subjetivo, cuestión sobre la que se volverá más adelante.¹³

De todo lo expuesto se puede concluir y subrayar que el principio de la objetivación, rasgo nuclear del nuevo amparo constitucional, encuentra su gozne en un concepto jurídico indeterminado como es el de la *especial trascendencia constitucional*.

¹³ Al logro del reconocimiento de un cierto resquicio al elemento subjetivo se ha orientado la enmienda n.º 27, formulada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV). En ella, se propone la adición de un nuevo inciso en la letra *b* del apartado primero del artículo 50 LOTC, el cual quedará con la siguiente redacción: Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, bien en razón del perjuicio particularmente grave que se le ocasione al demandante con la denegación de una decisión sobre el fondo, bien en razón de su especial trascendencia constitucional [...]. La enmienda se justifica en consideración a que en el texto del proyecto no se hace mención a causas de corte subjetivo, ya que en la modificación del artículo 50 se acude a un sistema de admisión discrecional en razón de la relevancia constitucional. A juicio del Grupo que ha suscrito la enmienda, falta equilibrar las dos dimensiones del amparo (la objetiva y la subjetiva) en el texto proyectado, puesto que no nos parece adecuado olvidar esta segunda cualidad del amparo que tutela, también, las vulneraciones que por la entidad del perjuicio que causan al reclamante deben ser admitidas.

II. El concepto de *especial trascendencia constitucional* aparece en dos momentos claves del proceso. El primero de ellos es el de la presentación de la demanda. El artículo 49.1 de la LOTC es modificado para adicionarle un inciso final en el que se alude a este concepto.

A tenor del texto resultante:

El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán, con claridad y concisión, los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.

Este nuevo requisito de la demanda no deja de plantear problemas. El primero de ellos es que en un período de tiempo breve como el que se prevé para la interposición del recurso de amparo, mínimamente ampliado por la reforma del artículo 44.2 de la LOTC —fijado en treinta días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial—, no va a resultar fácil sustentarlo en la demanda con un mínimo de rigor. Excesiva parece, asimismo, esta exigencia para un buen número de abogados, por lo general poco expertos en derecho constitucional, aunque es cierto que este déficit tiene una fácil solución: profundizar más en el conocimiento de esta disciplina, bastante postergada tanto en el foro como en la magistratura.

Al respecto, el diputado popular Astarloa HUARTE-MENDICOA, por las mismas razones (“el hecho de que el actual turno de oficio no asegura la especialización en derecho constitucional [...] unido a un plazo breve para argumentar la trascendencia constitucional”), aduce ante la Comisión Constitucional del Congreso la merma de garantías del procedimiento de amparo, también denunciada por el informe de la Fiscalía General del Estado en torno al anteproyecto de ley, que podría “generar una seria indefensión de cara a los recurrentes”.¹⁴

En la misma dirección, la indeterminación del concepto de *especial trascendencia constitucional* no facilita las cosas. Su inconcreción no termina de desaparecer con la fijación, por el artículo 50.1.b de la LOTC, de tres criterios a los que se debe atender para apreciar la *especial trascendencia constitucional* de un recurso de amparo. La dificultad se acentúa notablemente en los primeros tiempos de vigencia de la reforma, pues en esta primera etapa el Tribunal no tendrá oportunidad de pronunciarse y de esta forma fijar, mínimamente al menos, lo que entiende por tal concepto.

¹⁴ DSCD, Comisiones, VIII Leg., n.º 769, del 5 de marzo de 2007, p. 13.

En sintonía con la carga de imprecisión aneja al concepto en cuestión, se entiende la petición formulada por la enmienda n.º 5, firmada por la diputada del Grupo Parlamentario Mixto Lasagabaster OLAZÁBAL, que propone suprimir el inciso final añadido al artículo 49.1 de la LOTC por el texto del proyecto de ley, sobre la base de que:

El término [más bien hay que decir el concepto o la expresión] utilizado como requisito para la formalización de la demanda [...] se antoja de una gran inseguridad jurídica. La trascendencia constitucional para el solicitante de amparo [se añade en la motivación de la enmienda] siempre estará más que justificada.

En último término, se plantea que:

La aparición en nuestro ordenamiento jurídico de la expresión “interés casacional” para limitar la admisión a trámite de los recursos casacionales, ha generado, en la práctica, situaciones de auténtico desconcierto, que, con toda seguridad, se trasladarán al recurso de amparo con la adición, como requisito de la demanda, de la “especial trascendencia constitucional”.

Un sector de la doctrina se manifiesta crítico con el recurso al susodicho concepto. Así, ORTIZ ÚRCULO se pronuncia, en concordancia con alguno de los argumentos aducidos, en apoyo de la enmienda n.º 5. Para el mencionado autor la justificación de la *especial trascendencia constitucional* del recurso de amparo por la parte demandante, como requisito para que dicho recurso sea admitido a trámite, merece algún comentario, porque si la parte demandante estima que un derecho fundamental le es lesionado y la vía judicial está agotada, ¿qué más ha de ponderar para justificar que su demanda tiene trascendencia constitucional?¹⁵

A su vez, GARCÍA MANZANO aduce que, si la reforma que propicia la ley se orienta a una disminución del número de recursos de amparo y a una más expeditiva decisión sobre su inadmisión *a limine*, no parece que la fórmula introducida en el inciso final del artículo 49.1 conduzca con eficacia a dichos propósitos. La exigencia de que la demanda justifique *la especial trascendencia constitucional del recurso*, a juicio de quien ha sido magistrado constitucional,¹⁶ desvía el problema de fondo hacia el terreno de un requisito formal, pues los demandantes de amparo incorporarán a su escrito un apartado en el que invocarán y alegarán que concurre, en su caso, dicha especial trascendencia.

¹⁵ Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO: “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 106.

¹⁶ Pablo GARCÍA MANZANO: “Respuestas a la encuesta”, o. cit., p. 102.

La exigencia del inciso final del artículo 49.1 de la LOTC de que en la demanda se justifique la *especial trascendencia constitucional* del recurso, como requisito para que pueda ser admitida a trámite, encierra el peligro de convertirse en puro formalismo, con efectos que pueden llegar a ser contraproducentes, pues si la sección o, en su caso, la sala se limitan, en aras de la brevedad del trámite, a atender a la apariencia de esa *especial trascendencia constitucional* en función de los términos de la fundamentación esbozada en la demanda, puede acontecer que una demanda que tenga especial relevancia constitucional sea rechazada *a limine*, de resultas de la deficiente fundamentación de tal trascendencia constitucional, lo que va frontalmente en contra de la pretendida objetivación del amparo.

A su vez, si la sección o, en su caso, la sala proceden a verificar, en atención a todos los extremos del caso, si este presenta una *especial trascendencia constitucional*, y no cabe duda de que así deben de actuar, entonces, ¿qué sentido tiene exigir al demandante que justifique la existencia de tal trascendencia constitucional? Ninguno. Incluso, con la exigencia de tal fundamentación lo único que quizá pueda conseguirse es trivializar lo que constituye el auténtico presupuesto esencial para la admisión a trámite de la demanda, pues, como ya se ha dicho, esa exigencia es el gozne sobre el que gira la objetivación del recurso de amparo.

Según los inconvenientes expuestos, se puede explicar que, en el borrador de reforma de la LOTC, elaborado en el seno del Tribunal Constitucional en mayo de 1998, pese a acuñarse, en el texto propuesto para el artículo 50.1, el concepto de *trascendencia constitucional*, no se proponga introducir ninguna reforma en el artículo 49, y no se exija, por lo mismo, al demandante de amparo que justifique la trascendencia constitucional de su recurso.

En cualquier caso, una exigencia del principio de objetivación es que las secciones o las salas admitan a trámite aquellos recursos en los que hay una apariencia de trascendencia constitucional, al margen de que esta no se infiera de una hipotética mal fundamentada demanda. Lo contrario no dejaría de ser un formalismo enervante.

III. El segundo momento en que aparece la idea objetivadora de la *especial trascendencia constitucional* es el del trámite de admisión del recurso, pues, sin entrar ahora en el notabilísimo cambio que presupone la inversión del trámite de admisión, es cierto que el nuevo texto del artículo 50.1.b de la LOTC exige, para que pueda mediar una decisión de admisión a trámite, “que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, en razón de su especial trascendencia constitucional”, que se apreciará en atención a su importancia: a) para la interpretación de la Constitución, b) para su aplicación o

para su general eficacia, y c) para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

En atención a estos tres criterios ofrecidos por el legislador, para que el Tribunal Constitucional pueda apreciar si el recurso presenta esa *especial trascendencia constitucional*, se puede señalar, ante todo, que a través de ellos el legislador no hace otra cosa que profundizar en la vertiente objetiva que ahora se da al amparo. Es verdad que no falta quien, como GARCÍA TORRES,¹⁷ entienda que la redacción dada al artículo 50.1.b de la LOTC por la ley orgánica n.º 6/2007 es tan escasamente constrictiva como la del anterior artículo 50.1.c,¹⁸ aunque intuye que su interpretación irá encaminada a incrementar la *objetivación*.

No se puede establecer un parangón entre los textos de los dos preceptos citados, pues aunque la dicción del anterior artículo 50.1.c se entienda en el sentido de una exigencia de contenido constitucional de la demanda, la ley matiza esa exigencia al aludir a que la demanda ha de carecer *manifiestamente* de tal contenido.

El uso del adverbio *manifiestamente* pone de relieve una diferencia de grado significativa. Para que la demanda pueda ser inadmitida no basta con que carezca de contenido constitucional, sino que es preciso que tal carencia sea manifiesta. A todo ello hay que añadir, como recuerda la doctrina,¹⁹ que la aplicación que el Tribunal Constitucional ha hecho del artículo 50.1.c del texto anterior de la LOTC, convirtió este precepto, en la práctica, en un juicio anticipado sobre el fondo del asunto, que lo lleva a decidir mediante providencia y no a través de sentencia, en torno a la inexistencia de vulneración de un derecho fundamental en el caso concreto.

Los tres parámetros del artículo 50.1.b de la LOTC no terminan de arrojar luz suficiente para desentrañar con claridad lo que ha de entenderse por *especial trascendencia constitucional*, concepto que se tilda de ambiguo y al que se buscan interpretaciones diversas, lo que no es sino la resultante de su carácter notablemente abierto, que, sin embargo, aún queda algo distante del procedimiento del *certiorari*.

No faltan consideraciones muy críticas en torno a los peligros anexos a la excesiva amplitud del concepto. Así, González Pérez aduce que, en la realidad, la apreciación de la

¹⁷ Jesús GARCÍA TORRES: "Respuestas a la encuesta", o. cit., p. 103.

¹⁸ Recordemos que, con anterioridad a la reforma de 2007, el artículo 50.1.c de la LOTC ha habilitado a la Sección, por unanimidad de sus miembros, a acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional.

¹⁹ Enric FOSSAS ESPADALER: El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 1, 2006, p. 181.

especial trascendencia constitucional: “queda al criterio de la mayoría de los magistrados de la Sección —y, quizá en la práctica, en muchos casos al del letrado del Tribunal correspondiente— decidir sobre la inadmisión”. Si tenemos en cuenta —añade el citado autor²⁰— que, “hasta la fecha, el Tribunal no ha sido muy respetuoso con el principio de igualdad y ha jugado un papel importante la personalidad del demandante a la hora de decidir los amparos, podemos imaginarnos cómo va a apreciarse la ‘trascendencia constitucional’ para pronunciarse sobre la admisibilidad del amparo”.

En el debate previo a la aprobación de la reforma se ha reclamado la conveniencia de hacer un esfuerzo para precisar mejor el supuesto de admisión por *trascendencia constitucional*.²¹ No es una reivindicación carente de fundamento, según algunas de las posiciones explicitadas por la propia doctrina antes de que la reforma sea aprobada. Algunos ejemplos pueden corroborarlo. LÓPEZ GARRIDO entiende²² que:

[Con la especial trascendencia constitucional] se trata de garantizar que el Tribunal Constitucional no haya de decidir acerca de recursos de amparo que no cuenten con la suficiente fundamentación o base jurídico-constitucional.

En similar dirección, CUESTA MARTÍNEZ²³ aduce:

[Con la reforma] se pretende que los recursos de amparo se fundamenten con una mayor precisión en la invocación del derecho vulnerado, en la que se justifique la trascendencia constitucional del recurso.

Según estas reflexiones, parece que ni siquiera los diputados de la mayoría parlamentaria socialista (y, además, relevantes diputados) se han enterado muy bien del significado del concepto y de lo que entraña la objetivación del amparo, pues las explicaciones de los dos diputados no reflejan, ni de lejos, el fin perseguido con la exigencia de una *especial trascendencia constitucional* del recurso.

Es evidente que la objetivación del amparo nada tiene que ver con la pretensión de una mejor fundamentación de las demandas, aunque sería loable que, de resultas de la objetivación, se derive tal mejoría. Incluso, como ya se ha dicho, si la *especial trascendencia constitucional* no es convenientemente justificada, pese a presentar objetivamente el caso

²⁰ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: Encuesta sobre la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 18, 2.º semestre de 2006, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 25.

²¹ Ignacio BORRAJO INIESTA: “Respuestas a la encuesta”, en *La reforma de la justicia...*, o. cit., p. 96.

²² Diego LÓPEZ GARRIDO: “Respuestas a la encuesta”, o. cit., p. 104.

²³ Álvaro CUESTA MARTÍNEZ: “Respuestas a la encuesta”, o. cit., p. 100.

²⁴ CACHERO ÁLVAREZ, a su vez, establece una analogía entre la *especial trascendencia constitucional* y el concepto introducido en el año 2001 del *interés casacional*, obviamente en relación con el recurso de casación. Héctor CACHERO ÁLVAREZ: La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, en *Otrosi*, n.º 83, 2007, pp. 12 y ss.; en concreto, p. 14.

sujeto al Tribunal dicha trascendencia, en pura lógica objetiva, el recurso ha de ser admitido a trámite. Dicho de otro modo, con la exigencia de relevancia constitucional no se pretende mejorar la fundamentación de los recursos de los demandantes de amparo.²⁴

Las dudas que se advierten son, por otro lado, inherentes a la propia filosofía objetivadora del recurso, pues lo que con la reforma se pretende, en último término, es dar un amplio margen de libertad al Tribunal Constitucional, para que pueda limitarse a conocer de aquellos recursos que, con independencia de la mayor o menor verosimilitud de violación de un derecho, en el caso concreto que de ellos se desprenda, presenten una proyección o relevancia general, y propicien, de esta forma, que el Tribunal pueda determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Ello parece oponerse frontalmente a una delimitación puntual y precisa de los supuestos en los que un recurso presenta *especial trascendencia constitucional*.²⁵ Los tres parámetros contemplados por el artículo 50.1.b de la LOTC suministran al Tribunal un instrumental suficiente como para que, según cada caso, pueda decidir si el recurso debe o no ser admitido a trámite.

Es obvio que estos parámetros otorgan al Tribunal un amplio margen decisorio o, si se prefiere, una notable discrecionalidad para decidir, pero ello va implícito en la propia concepción objetiva del amparo por la que opta el legislador. Incluso, en sintonía con el carácter abierto del concepto y en coherencia con el plus de apertura que entraña el segundo de los parámetros acogidos por el artículo 50.1.b de la LOTC (importancia del recurso para la aplicación y general eficacia de la Constitución), el Tribunal puede encontrar en ese parámetro un resquicio para que, aunque sea en una pequeña medida, pueda entrar en juego el elemento subjetivo. Llegados aquí, se analizarán los tres parámetros.

A) Los parámetros primero y tercero se hallan estrechamente conectados. Ello resulta evidente si se advierte que la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales no es sino la resultante de interpretar aquella parte de la Constitución que consagra tales derechos. Por tanto, bien puede decirse que, mientras el primer parámetro atiende a la

²⁵ Es obvio que no faltan quienes creen justamente lo contrario. Así, ORTIZ ÚRCULO aduce que el Tribunal Constitucional debe ser ejemplo de seguridad jurídica para todos y es evidente que la inaprensible expresión utilizada por los artículos 49 y 50 no constituye el mejor instrumento para conseguir aquello. En sintonía con ello, el propio autor se muestra partidario de que la *especial trascendencia constitucional* quede mejor definida y con mayor claridad a como lo ha quedado en el artículo 50.1.b del anteproyecto (que, a la postre, se convertirá en el texto definitivo de la ley), o, alternativamente, de que la reforma se inclinara decididamente por otras soluciones, como la de limitar los derechos fundamentales susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional, o adoptar medidas sobre la aptitud exigible a los letrados para que puedan intervenir en el recurso de amparo, o sobre las multas a imponerles cuando sus recursos fueran inadmitidos. Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO, o. cit., pp. 106-107.

interpretación de la Constitución en general, el tercero fija su atención en la interpretación de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales.

El carácter objetivo de uno y otro criterio alcanza su máximo umbral. Desde esta perspectiva, puede aducirse que un recurso de amparo presentará *especial trascendencia constitucional* cuando posibilite un pronunciamiento de alcance general del Tribunal Constitucional, a través del cual este cumpla con su rol de *intérprete supremo de la Constitución*, en general, y de los derechos fundamentales, en particular.

Desde esta óptica, CRUZ VILLALÓN entiende²⁶ que el recurso será admitido a trámite por lo que importe desde la perspectiva del avance en el conocimiento y significado de los derechos fundamentales, en su conjunto o individualmente considerados. A su vez, GARCÍA TORRES, con una visión prospectiva, señala²⁷ que es probable que el nuevo artículo 50.1.b de la LOTC sea administrado en el sentido de incrementar la *objetivación* del amparo, y vigorice la tendencia a convertir la violación del derecho individual en simple ocasión pedagógica, cuando no en pretexto para fijar doctrina.

B) El segundo de los parámetros a los que debe atender el Tribunal se separa de los dos precedentes, ante todo, porque ya no atiende a la interpretación constitucional, sino a la aplicación y eficacia de la norma suprema. Ello, desde luego, nos sigue situando ante un criterio objetivo, pero que, como está abierto a situaciones subjetivas en las que apreciar la eficacia, la vigencia real de la Constitución ya está ofreciendo un resquicio a elementos subjetivos.²⁸

El tema no es baladí, pues una de las críticas más extendidas que suscita la reforma es la de que la objetivación del recurso de amparo desvirtúa, de manera manifiesta y clara, su profundo sentido de protección individualizada, concreta y reparadora de las restricciones a las libertades y los derechos fundamentales que cada ciudadano considera que ha sufrido.

Debido a que el nuevo texto del artículo 50 responde más bien a la idea de una defensa abstracta de la norma constitucional, TRILLO TORRES²⁹ lo considera incompatible con la noción social, política y jurídica del recurso de amparo. Muy similar es la postura de GARRORENA, para quien en el lenguaje mismo de la Constitución la palabra *amparo* no es

²⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN: "Acotaciones al proyecto de reforma...", o. cit., p. 76.

²⁷ Jesús GARCÍA TORRES, o. cit., p. 103.

²⁸ Análoga posición mantiene CRUZ VILLALÓN, que también reconduce a este criterio los amparos de reiteración de doctrina. Pedro CRUZ VILLALÓN: "Acotaciones al proyecto de reforma...", o. cit., pp. 76-77.

²⁹ Ramón TRILLO TORRES, en "Respuestas a la encuesta", en *La reforma de la justicia...*, o. cit., p. 114.

³⁰ Ángel GARRORENA MORALES, en "Encuesta sobre la reforma de la LOTC, o. cit., p. 46.

³¹ José Luis CASCAJO CASTRO, en "Respuestas a la encuesta", en *La reforma de la justicia...*, o. cit., p. 97.

gratuita: apunta a hacer pensar intuitiva y necesariamente en la protección subjetiva de los derechos constitucionales.³⁰

No faltan quienes se preguntan si el legislador no se ha dejado llevar por un exceso de objetivación en la configuración del recurso de amparo,³¹ e incluso, entre quienes se muestran decididamente partidarios de la objetivación, algunos reivindican la recepción de algún criterio subjetivo. Así, para ESPÍN:

En el nuevo texto se hecha [sic] en falta quizás [...] una referencia a la admisión por algún criterio esencialmente subjetivo, entendida la expresión en el sentido de que la ratio de la admisión se funde en la trascendencia del recurso para los intereses del recurrente, pese a su posible carencia de interés constitucional objetivo.³²

En sintonía con ello, el propio autor manifiesta su esperanza en que la práctica del Tribunal introduzca esta perspectiva subjetiva, a partir de una interpretación flexible de alguno de los criterios.³³ En esta misma dirección, Lucas MURILLO³⁴ entiende que la noción de *especial trascendencia constitucional*, pese a su carácter esencialmente objetivo, no es necesariamente incompatible con el propósito de evitar a una persona los graves perjuicios derivados de una actuación administrativa o judicial en vulneración de sus derechos fundamentales.³⁵

Las tomas de posición precedentes muestran que un sector de la doctrina, incluso partidario de la objetivación, cree que se debe abrir un portillo a lo subjetivo. Dicho de otro modo, la objetivación del amparo no debería impedir de raíz que, en un momento dado, no pudiera admitirse un recurso en atención a un criterio subjetivo. Ello no quiere decir que el concepto de *especial trascendencia constitucional* pueda ser interpretado tan flexiblemente como para que todo quepa en él. Pero el parámetro de la aplicación y general eficacia de la Constitución puede permitir al Tribunal, llegado el caso, admitir a trámite un recurso de amparo que, por ejemplo, impida que el recurrente sufra un daño especialmente grave en sus derechos fundamentales.

³² Eduardo ESPÍN TEMPLADO: “Comentarios al anteproyecto...”, en *La reforma de la justicia constitucional*, o. cit., p. 31.

³³ *Ibidem*, pp. 30-31.

³⁴ Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en “Encuesta sobre la reforma de la LOTC, o. cit., pp. 56-57.

³⁵ Por aludir a algún otro autor, se puede recordar que también MENDIZÁBAL se inclina en esta dirección: La trascendencia constitucional pudiera ir acompañada del impacto o preocupación social en un determinado momento o la extensión de sus efectos. Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, en “Respuestas a la encuesta”, en *La reforma...*, o. cit., p. 105. A su vez, OUBIÑA cree que se echarán en falta referencias al criterio subjetivo; por ejemplo, vulneraciones especialmente importantes para el litigante o incluso un criterio cuantitativo. Sabela OUBIÑA BARBOLLA, en “Respuestas a la encuesta”, o. cit., p. 109.

Ello no significa, ni mucho menos, que se defienda la vieja fórmula del príncipe de Lampedusa de que todo cambie para que todo siga igual. Y para que la inercia no termine por invalidar el propósito de la reforma, será inexcusable un sensible cambio en los métodos de trabajo y en la mentalidad de los magistrados constitucionales, pues, como ha dicho CRUZ VILLALÓN,³⁶ los jueces encuentran más satisfacción y mayor gratificación personal en dar una respuesta a las alegaciones de vulneración de derechos o libertades, en cuanto jueces del caso concreto, que en resolver los procesos abstractos planteados por los poderes públicos, especialmente cuando se trata de litigios territoriales.

Es lógico que sea así y que el magistrado constitucional se sienta primigeniamente protector de los derechos, pero no bastan las solas palabras de la ley para llevar a buen puerto la reforma. Es necesario un cambio de mentalidad de los integrantes del Tribunal para que la reforma pueda llegar a ser realmente operativa. Pero esta operatividad es perfectamente compatible con que el Tribunal no cierre herméticamente el paso al criterio subjetivo.

Con la objetivación del recurso de amparo queda claro que este es un instrumento extraordinario de garantía de los derechos, lo que en modo alguno viola, por inexistente, un supuesto derecho a la jurisdicción constitucional reconocido por la Constitución.³⁷ Ahora bien, este radical cambio de orientación del amparo constitucional sí exige un funcionamiento adecuado del amparo judicial que contempla el artículo 53.2 de la Constitución cuando se refiere a la tutela de las libertades y derechos que menciona ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

Ello, no cabe duda, requiere ir mucho más allá de lo que ha ido la ley orgánica n.º 6/2007, que se ha limitado, en este punto, a reformar el incidente de nulidad de actuaciones. Desde este punto de vista, parece perfectamente razonable lo propugnado en la enmienda n.º 80 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en la que se postula adicionar una nueva disposición final, segunda, al texto legal que acoja un mandato al Gobierno para la elaboración de un proyecto de ley (a remitir a las Cortes Generales) de desarrollo (para todos los órdenes jurisdiccionales) del amparo judicial, previsto por el artículo 53.2 de la Constitución, que fije la función que ha de corresponder al Tribunal Supremo en dicho amparo y armonice con el recurso de amparo constitucional.

³⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN: La réforme de la justice constitutionnelle espagnole, en *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 729.

³⁷ En sentido contrario se manifiesta José ALMAGRO NOSETTE, en "Respuestas a la encuesta", en *La reforma de la justicia...*, o. cit., p. 95.

³⁸ Pedro CRUZ VILLALÓN: "o. cit.", p. 721 y ss.; en concreto p. 730.

Con ello no solo se contribuiría a perfeccionar el sistema de garantías en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sino también a propiciar vías a través de las cuales encauzar esa cultura constitucional ciudadana que quizá no se resigne fácilmente a lo que CRUZ VILLALÓN ha tildado³⁸ de *aristocratización* del amparo.

2.2. LA INVERSIÓN DEL TRÁMITE DE ADMISIÓN

I. Uno de los aspectos más novedosos de la reforma del recurso de amparo es el cambio de la configuración del trámite de admisión. En la exposición de motivos de la ley se subraya de modo particular esta innovación, que en síntesis —frente al sistema anterior del artículo 50.1 de la LOTC de causas o supuestos de inadmisión tasados, cuya existencia desencadenaba la inadmisión del recurso— implica que la reforma invierte el juicio de admisibilidad, que pasa a contemplarse en positivo.

El recurrente está obligado a alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal, en razón de su especial trascendencia constitucional, lo que se traduce en que el órgano competente del Tribunal (en principio la sección) pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. En la exposición de motivos de la ley orgánica n.º 6/2007 se da por supuesto que esta modificación agilizará el procedimiento.

Si se establece una comparación entre las dos versiones del artículo 50.1 de la LOTC, la previa a la reforma y la posterior a esta, las diferencias pueden sistematizarse del siguiente modo:

- a) En primer término, mientras en su redacción anterior se preveía que la sección, por el acuerdo unánime de sus miembros, podía decidir la inadmisión del recurso, ahora se dispone que “el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite”, a cuyo efecto la sección, por unanimidad de sus miembros, acordará la admisión del recurso, mediante providencia, en todo o en parte, cuando ello sea pertinente. La reforma se decanta, pues, por una selección en positivo.
- b) En segundo lugar, en la redacción precedente del artículo 50.1 la providencia de inadmisión requería, como se acaba de señalar, del acuerdo unánime de los tres miembros de la sección. Sin tal unanimidad, la propia sección podía acordar, mediante auto, la inadmisión, para lo que se requería tan solo al efecto la previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no podía exceder de diez días (artículo 50.3 de la LOTC en su versión anterior)

Tras la reforma, el artículo 50.2 de la LOTC prescribe que cuando la admisión a trámite, incluso si obtuvo la mayoría, no alcance la unanimidad, la sección “trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución”.

- c) En tercer término, en el texto previo a la reforma la inadmisión del recurso era la consecuencia obligada de la concurrencia de alguno de los supuestos de inadmisión contemplados por los apartados *a* a *d* del artículo 50.1. Tras la reforma, el párrafo primero del artículo 50.1, de modo taxativo, prescribe que solo podrá acordarse la admisión cuando concurren todos los requisitos que se determinan en los apartados *a* y *b*, requisitos de entre los que, como ya se ha señalado, el más novedoso y significativo es el de la especial trascendencia constitucional del recurso.

En las diferencias expuestas se encuentran algunos aspectos bien significativos de la nueva filosofía inspiradora del trámite de admisión. Cabe referirse a dos de ellos. En primer término, mientras en el texto anterior se dispuso que “la Sección [...] podrá acordar [...] la inadmisión del recurso cuando concorra alguno de los siguientes supuestos”, tras la reforma la redacción cambia significativamente, pues se habla de que “la Sección [...] acordará [...] la admisión [...] del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos”.

En las citas textuales se visualiza una diferencia clara: mientras en la versión anterior se dejaba a la sección un cierto margen de discernimiento para admitir —acorde con la idea un tanto subyacente, por lo menos durante los primeros años del Tribunal, de que el devenir normal del recurso de amparo culmina en un pronunciamiento sobre el fondo de este por parte del Tribunal—, en la nueva redacción late una inequívoca visión restrictiva, que el adverbio *solamente* pone de relieve con claridad.

Ello no quiere decir que la capacidad decisoria del Tribunal se vea limitada; todo lo contrario, pero ese incremento de su potestad discrecional es fruto de la indeterminación del concepto sobre el que gira la objetivación del amparo, *la especial trascendencia constitucional del recurso*. Este concepto otorga al Tribunal un amplísimo margen de discernimiento, pero sobre el Tribunal pesa un mandato más o menos implícito del legislador, un mandato inequívocamente restrictivo de la admisión a trámite, que el adverbio *solamente*, como se ha dicho, deja traslucir con toda nitidez.

De cuanto se acaba de señalar se desprende que el texto legal deja ahora muy claro que la admisión a trámite es algo más bien excepcional, en sintonía con el carácter extraordinario del amparo constitucional y, por lo mismo, la sección viene compelida a no

admitir a trámite un recurso más que *solamente* cuando concurran todos los requisitos que la propia norma enuncia. Como se acaba de decir, esa compulsión ejercida sobre el Tribunal encuentra el contrapunto en la indeterminación del concepto clave para la admisión, lo que automáticamente deja en manos del Tribunal una amplísima capacidad interpretativa y decisoria, pero el espíritu restrictivo del legislador no puede menos que ejercer un cierto peso sobre el Tribunal.

Un segundo aspecto significativo de este espíritu restrictivo se encuentra en las diferentes soluciones acogidas por la ley, antes y después de la reforma, en relación con el supuesto de que la sección no alcance el acuerdo de la totalidad de sus miembros, a fin de poder adoptar una decisión unánime.

En la anterior redacción del artículo 50.3 de la LOTC es la propia sección la que, por mayoría, es habilitada para inadmitir el recurso, pero también para admitirlo. Esta es la divergencia más relevante respecto del supuesto de existencia de unanimidad: la exigencia ahora de un auto, esto es, de una decisión motivada, al margen de la necesidad de un trámite de audiencia previa, tanto del solicitante de amparo como del Ministerio Fiscal.

Tras la reforma, el artículo 50.2 de la LOTC (equivalente al anterior artículo 50.3) prevé que, al no alcanzar la unanimidad, si la admisión a trámite obtiene mayoría en la sección, esta trasladará la decisión a la sala respectiva para su resolución. La divergencia no deja de ser significativa: según el texto anterior a la reforma, la sección, por la mayoría de sus miembros, se halla facultada para inadmitir o admitir un amparo. Tras la reforma, la sección, ni siquiera aunque medie una mayoría favorable a la admisión, se halla habilitada para admitir a trámite el recurso; lo único que en tal caso está a su alcance es trasladar la decisión a la sala, lo que evidentemente escenifica las cautelas legales en orden a la admisión a trámite de un recurso de amparo.

II. Al margen del trámite de admisión, la reforma establece una suerte de trámite previo o de preadmisión, al que alude el artículo 49.4 de la LOTC:

De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden [en los que se contemplan: el contenido que debe tener la demanda, que incluye ahora, como se ha visto, la justificación de la *especial trascendencia constitucional del recurso*; los documentos que la deben acompañar, y las copias de la demanda y de los documentos presentados que se deben anexar], las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de diez días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso.

Este trámite de preadmisión ya está contemplado, de algún modo, en el artículo 50.5 del texto anterior de la ley, que se refiere al supuesto de que en la demanda de amparo concurran

uno o varios defectos de naturaleza subsanable. En ese caso la sección procede, según los términos previstos en el artículo 85.2 de la LOTC, a notificar al recurrente los motivos de inadmisión con objeto de que, dentro del plazo de diez días, se puedan subsanar los defectos advertidos. Si no se produce tal subsanación en dicho plazo, la sección, de acuerdo con el artículo 50.5, acordará la inadmisión mediante providencia irrecurrible.

Esta misma determinación, con mejor técnica legislativa, es trasladada al artículo 50.4 (parcialmente equivalente al anterior artículo 85.2). Si se tiene en cuenta que la tramitación a la que se acaba de hacer referencia ya es una práctica en el funcionamiento de las Secretarías de Justicia,³⁹ se puede llegar a la conclusión de que la modificación introducida por el artículo 49.4 de la LOTC, loable en cualquier caso, no hace sino normativizar una pauta ya existente de actuación de las Secretarías de Justicia.

III. Un amplio sector de la doctrina ha valorado esta innovación, que fue reivindicada en el Congreso celebrado por la Asociación de Constitucionalistas de España en el año 2003, en el que, como se recoge en las conclusiones,⁴⁰ se coincidió en la conveniencia de habilitar legalmente al Tribunal para seleccionar los casos importantes o lo inevitable, dada la seria entidad del perjuicio, en definitiva, para seleccionar en positivo.

De igual forma, como ya se ha dicho, el borrador de reforma de la LOTC, elaborado en mayo de 1998 en el seno del Tribunal Constitucional, también se inclinaba por la inversión del trámite de admisión, y abandonaba el procedimiento basado en la inadmisión de aquellas demandas de amparo que presentan defectos formales o materiales, con la consiguiente admisión a trámite de las restantes.

Esta inversión del trámite de admisión se considera que permite un mayor margen de acción al Tribunal Constitucional para evaluar la trascendencia constitucional de la demanda y, a la postre, determinar o seleccionar qué demandas de amparo merecen ser objeto de enjuiciamiento en cuanto al fondo,⁴¹ a la par que propicia que la resolución sobre la admisión se haga con más agilidad.⁴²

Con una visión prospectiva, se adelanta⁴³ que la experiencia práctica de los órganos judiciales colegiados lleva a pensar que, por regla general, las secciones se esforzarán por

³⁹ Enric FOSSAS ESPADALER: El proyecto de reforma de la ley orgánica..., o. cit., p. 182.

⁴⁰ Cf. Javier GARCÍA ROCA: "La cifra del amparo constitucional y su reforma", en Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 273 y ss.; en concreto, p. 283.

⁴¹ Marc CARRILLO, en "Encuesta sobre la reforma de la LOTC, o. cit., p. 39.

⁴² Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en "Encuesta sobre la reforma de la LOTC, o. cit., p. 49.

⁴³ Eduardo ESPÍN TEMPLADO: "Comentarios al anteproyecto..., o. cit., p. 32.

llegar a la unanimidad para admitir, o a la decisión de inadmitir por mayoría o por unanimidad, y resultarán más bien escasos los supuestos en los que la decisión mayoritaria de admitir sea deferida a la sala.

No faltan, sin embargo, opiniones menos optimistas, e incluso harto críticas. Para Díez-PICAZO,⁴⁴ aunque la transformación del trámite de admisión, a primera vista, se trata de un endurecimiento de las condiciones de admisión, “no es seguro que, más allá de las palabras, esto suponga un cambio radical con respecto a la situación actual”. Obviamente, este autor escribió antes de la entrada en vigor de la ley.

No muy optimista se muestra, asimismo, FERNÁNDEZ FARRERES,⁴⁵ para quien la solución ideada mejora muy poco, por no decir nada, la difícil situación en la que se encuentra el Tribunal, como consecuencia del número de amparos que le llegan. A juicio de este autor, seguramente ni siquiera un sistema de admisión discrecional de los recursos, que dé entrada a la técnica del *certiorari*, solventará el problema, y ello porque, según FERNÁNDEZ FARRERES, el problema no se centra en el retraso en resolver los amparos, sino en el tiempo que al Tribunal le lleva la resolución. En la medida en que la motivación interna deba existir, que las demandas se tengan que leer y analizar, y los magistrados tengan que debatir sobre si presentan o no dimensión constitucional, poco, o incluso nada, cambiará la situación en que se encuentra la justicia constitucional española.

Esta última posición se orienta en la dirección de quienes creen que solo si se limita la entrada de las demandas de amparo podrá solventarse el problema de fondo, restricción que en bastantes casos⁴⁶ se trata de viabilizar a través de la pretensión de limitar los derechos susceptibles de amparo y, en particular, los derechos adjetivos del artículo 24 de la Constitución; tesis que no compartimos en absoluto.⁴⁷

⁴⁴ Luis María Díez-PICAZO, en “Encuesta sobre reforma...”, o. cit., pp. 40-41.

⁴⁵ Germán FERNÁNDEZ FARRERES: Comentario al anteproyecto de la ley orgánica de modificación de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005, en la obra *La reforma de la justicia constitucional*, o. cit. pp. 35 y ss; en concreto 53-54.

⁴⁶ Así, por ejemplo, Angel GARRORENA MORALES, en “Encuesta sobre la reforma de la LOTC, o. cit., pp. 54-55, y en similar dirección, Luis María Díez-PICAZO, o. cit., pp. 51-52.

⁴⁷ En análoga posición, LUCAS MURILLO se manifiesta en el sentido de que el proyecto de ley acierta al no excluir del recurso de amparo ninguno de los derechos fundamentales. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: “Sobre tribunales y derechos”, en *Revista de Jurisprudencia*, El Derecho Editores, año II, n.º 2, abril 2006, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 4. También GARCÍA ROCA se muestra contrario a las propuestas consistentes en reenviar, en bloque o en parte, los amparos del artículo 24 de la Constitución, por vulneración o infracción de las garantías procesales, a los Tribunales Superiores de Justicia o al Tribunal Supremo. Javier GARCÍA ROCA: La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional, o. cit., p. 34.

IV. Cabe referirse, de modo muy sumario, a dos últimas cuestiones. La primera es la previsión del párrafo primero del artículo 50, acerca de la posibilidad de admisión del recurso en todo o en parte. Dicho de otro modo, la norma contempla la posibilidad de una admisión parcial. Concordamos por entero con MENDIZÁBAL ALLENDE⁴⁸ cuando señala que no ve con claridad que la admisión del recurso pueda ser parcial, y considera más lógico que, una vez admitido, sea el órgano del Tribunal que conozca del recurso el que diga qué motivos acoge y cuáles no, pues no en vano le corresponde la plenitud jurisdiccional en el momento de dictar sentencia.

La segunda cuestión tiene que ver con la conveniencia de una separación entre quien adopta la decisión de admisión de un recurso y quien juzga dicho recurso. CRUZ VILLALÓN se ha referido a ello⁴⁹ y llama la atención sobre la “contaminación” que, por débil que sea, se produce cuando quien va a examinar el fondo de un amparo ya ha tomado posición respecto de su relevancia constitucional, a efectos de su admisión a trámite. Como bien razona el autor, en términos ideales, la facultad de selección debe hallarse separada de la función jurisdiccional propiamente dicha, lo que puede conseguirse mediante un cruce entre las dos salas, de manera que cada sala resuelva sobre los asuntos cuya *especial trascendencia constitucional* han apreciado las secciones de la otra, o de la propia sala. La cuestión no es baladí, y de ella se hace eco, asimismo, el diputado popular Astarloa HUARTE-MENDICOA.⁵⁰

La ley ha optado por la posición contraria, pues el nuevo texto del artículo 50, interpretado sistemáticamente por los artículos 51 y 52, parece dar por supuesto que será la sala a la que pertenezca la sección que acuerde la admisión la que habrá de conocer del recurso. El problema se acentúa cuando la decisión de admisión a trámite, de conformidad con el artículo 50.2 de la LOTC, es adoptada por la propia sala que más tarde va a pronunciarse sobre el fondo del asunto, tras haber decidido que el recurso tiene *especial trascendencia constitucional*.

⁴⁸ Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, o. cit., p. 105.

⁴⁹ Pedro CRUZ VILLALÓN: “Acotaciones al proyecto de reforma...”, o. cit., pp. 76-77.

⁵⁰ DSCD, Comisiones, VIII Leg., n.º 769, de 5 de marzo de 2007, p. 13.

2.3. LA INADMISIÓN DEL RECURSO

I. La inadmisión del recurso puede ser acordada por decisión unánime o por decisión mayoritaria de la sección, o por decisión de la sala cuando, de resultas de un acuerdo mayoritario (no unánime) de admisión por parte de la sección, le sea deferido, de conformidad con el artículo 50.2 de la LOTC, el recurso a fin de que adopte la decisión definitiva en torno a su admisión o inadmisión.

La cuestión más problemática se suscita al hilo de las previsiones del artículo 50.3 de la LOTC:

Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna.

Para valorar en su justa medida esta previsión conviene recordar lo establecido por la LOTC con anterioridad a su reforma. En su texto inicial de 1979, el párrafo primero del artículo 50.1 es muy claro al determinar que la sala, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no exceda de diez días, puede acordar, motivadamente, la inadmisibilidad del recurso. Puesto en conexión tal precepto con el artículo 86.1 de la LOTC, sobre que “las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento, renuncia y caducidad adoptarán la forma de auto”, la conclusión es inequívoca: la inadmisibilidad liminar de un recurso de amparo debe acordarse por la sala mediante auto motivado.

La ley orgánica n.º 6/1988 del 9 de junio, que reforma los artículos 50 y 86 de la LOTC, de la que nos hemos ocupado en otra parte,⁵¹ ha incidido precisamente sobre este punto, a fin de agilizar el trámite de inadmisión de estos recursos. Y a tal fin habilita a la sección, por decisión unánime de sus miembros, a acordar, mediante providencia, la inadmisión de los recursos de amparo cuando se presente alguno de los supuestos previstos por el propio artículo 50.1.

Tal providencia indica el supuesto (de los cuatro supuestos desencadenantes de la inadmisión a que se refiere el artículo 50.1) en el que se encuentra el recurso, esto es, el supuesto de inadmisión en el que incurre, que se debe notificar al demandante y al Ministerio

⁵¹ Cf. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *Q*recurso de amparo en España*Q*, en Héctor FIX-ZAMUDIO y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, UNAM, Editorial Porrúa, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006, pp. 789 y ss.

Fiscal, sin caber contra ella más que un recurso de súplica a cargo del Ministerio Fiscal en el plazo de tres días, recurso que se resolverá mediante auto. Si no existe unanimidad acerca de la inadmisión, sino un acuerdo mayoritario de la sección, esta, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de diez días, puede acordar la inadmisión a través de un auto.

La praxis del Tribunal ha conducido, como regla general, a la motivación de las providencias de inadmisión, en muchos casos de modo muy breve, en otros no tanto, y la providencia ha venido fundamentada en forma análoga a si se tratara de un auto, aunque algún autor,⁵² debido al tenor dado a los artículos 50.1 y 86.1⁵³ por la ley orgánica n.º 6/1988, se plantea como problema hermenéutico si la providencia de inadmisión no requiere de motivación o si, por el contrario, excepcionalmente debe ser motivada. A nuestro modo de ver, tal problema es inexistente.

La reforma de 1988 dejaba inequívocamente claro que la providencia de inadmisión acordada por la sección no exigía motivación alguna. Y a ello no obstaba en lo más mínimo el artículo 86.1 de la LOTC, que no hacía sino corroborar esa interpretación, al prever que toda resolución que no fuera motivada adoptaba la forma de providencia. Que el Tribunal, a posteriori, motivara las providencias de inadmisión era fruto de su mera discrecionalidad, pero no la resultante de una exigencia legal.

En el proyecto de ley enviado al Congreso en noviembre de 2005, quizá como reacción a esta práctica del Tribunal de motivar las providencias, un tanto contradictoria con la finalidad perseguida por la reforma de 1988, se dio una redacción al artículo 50.3 que es casi idéntica a la antes transcrita, esto es, a la que a la postre sería definitiva.

Difería, sin embargo, en un matiz relevante: en la exigencia de que las providencias de inadmisión se circunscribieran a especificar el requisito incumplido: “Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, se limitarán a especificar el requisito incumplido”. La norma acogía claramente un mandato imperativo, al exigir al órgano que adoptaba una providencia de este tipo que se limitara a especificar qué requisito (de los contemplados por el artículo 50.1 y por los preceptos a los que este se remite) había sido incumplido.

⁵² Eduardo ESPÍN TEMPLADO: o. cit., pp. 32-34.

⁵³ A tenor de la redacción dada al artículo 86.1 LOTC por la ley orgánica n.º 6/1988, precepto que, dicho sea al margen, no será objeto de reforma por la ley orgánica n.º 6/2007 (que sí modificará, por el contrario, el apartado segundo del artículo 86, y adicionará, asimismo, un nuevo apartado tercero): La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido.

Dos enmiendas coincidían, por lo menos en la finalidad perseguida, en la conveniencia de modificar la previsión mencionada. La enmienda n.º 61 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso postulaba la supresión de la frase “se limitarán a especificar el requisito incumplido”. A su vez, la enmienda n.º 27 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), propugnaba el siguiente texto alternativo:

Las providencias de inadmisión adoptadas por las Secciones o las Salas, deberán ser sucintamente motivadas, especificando el requisito incumplido y se notificarán [...].

Finalmente, el informe de la Ponencia dio al artículo 50.3 la redacción que a la postre sería definitiva, y asumió, muy posiblemente, la finalidad latente en las dos mencionadas enmiendas. En lo que hace al punto que nos ocupa, sustituyó las palabras “se limitarán a especificar” por “especificarán”, lo que aproximó el texto final al del anterior artículo 50.2, que, como ya indicamos, tras la reforma de 1988 dispondría que la providencia de inadmisión “indicará el supuesto (de inadmisión) en el que se encuentra el recurso”.

II. La redacción dada al artículo 50.3 de la LOTC por la ley orgánica n.º 6/2007 ha suscitado como principal cuestión problemática, tanto en sede parlamentaria como por parte de la doctrina, la de la mera exigencia de una providencia para la decisión de inadmisión a trámite de un recurso de amparo, con lo que ello entraña, en principio, de carencia de motivación, lo que se hace extensivo tanto a la decisión de inadmisión adoptada por la sección como a la acordada por la sala.

Con anterioridad se ha aludido a cómo en la enmienda n.º 27 del Grupo Parlamentario Vasco, aun con la conservación de la forma de providencia para las decisiones de inadmisión, se postulaba que tales providencias debían ser sucintamente motivadas.

De modo más rotundo, en la también mencionada enmienda n.º 61, el Grupo Popular en el Congreso propugnaba la sustitución de la providencia por el auto, pues en tal enmienda no solo se requería la supresión de la frase “se limitarán a especificar [...]”, sino que también se postulaba la sustitución en todos los casos (de los tres primeros apartados del artículo 50) de la referencia a “providencia” o “providencias”, por “auto motivado” o “autos”, cambio que se justificaba en la consideración de que “no puede privarse de la garantía de la motivación individualizada, cuya falta hace además inverosímil el recurso de súplica”.

Adicionalmente, se ponía de relieve:

La desaparición de los autos de inadmisión no tiene por qué comportar aligeramiento del trámite, dado que hay que estudiar la demanda, comprobar los requisitos y deliberar como en la actualidad. Lo único que se cambiaría realmente es la garantía de motivación.

Vale la pena puntualizar, frente a lo que se aduce en esta última enmienda, que la reforma no hace desaparecer los autos de inadmisión, pues, como se ha visto, es la reforma de la LOTC llevada a cabo en 1988 la que propicia ese cambio y se convierte, a partir de ello, en regla general (según los datos porcentuales ya referidos) la inadmisión mediante providencia, regla que solo quiebra en aquellos supuestos en los que la sección acuerde la inadmisión no por acuerdo unánime, sino tan solo mayoritario, en cuyo caso la inadmisión liminar se acuerda mediante auto.

En su intervención ante la Comisión Constitucional del Congreso, el diputado popular Astarloa HUARTE-MENDICOA insistió en la gravedad de “la innecesariedad de que el Tribunal Constitucional motive suficientemente las razones por las cuales acepta o no, admite o no un amparo, sobre la base de la consideración de si ese amparo tiene o no relevancia constitucional”. Añadió más adelante: “Estoy hablando de algo que nos va a situar ante una posición, digamos, pintoresca, y es que esa providencia es recurrible —y lo dice la ley—, puede recurrirla el Ministerio Fiscal, que tendrá que recurrir sin conocer los motivos por los cuales el Tribunal Constitucional ha tomado la decisión de admitir o inadmitir”.⁵⁴

En un momento posterior, el propio diputado adujo:

Lo que nosotros decimos es que si el Tribunal Constitucional decide si algo tiene o no relevancia constitucional sin explicarle a nadie cuál es su criterio sobre cuándo una cosa tiene relevancia constitucional y cuándo no, ni siquiera al fiscal que tendrá que recurrirlo, si lo estima oportuno, es una pésima solución jurídico-constitucional para esta materia [...].⁵⁵

El Grupo Parlamentario Popular en el Senado insistió en esta posición, y en su enmienda n.º 29 reiteró la necesidad de que las decisiones de inadmisión adoptaran la forma de auto, y se introdujera como novedad la propuesta de que los autos de inadmisión pudieran ser recurridos en súplica, no solo por el Ministerio Fiscal, sino también por la parte demandante. En el pleno de la alta Cámara, el senador popular GUTIÉRREZ GONZÁLEZ adujo que lo que estaba realmente en juego con la existencia o no de fundamentación en la decisión de inadmisión a trámite era el artículo 24 de la Constitución.⁵⁶

⁵⁴ DSCD, Comisiones, VIII Leg., n.º 769, de 5 de marzo de 2007, p. 13.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁶ DSS, Pleno, VIII Leg., n.º 121, 9 de mayo de 2007, p. 7443.

La doctrina que se ha pronunciado en torno a esta cuestión se manifiesta dividida, aunque sea mayor el número de autores que se muestran acordes con la redacción dada al nuevo artículo 50.3 de la LOTC. Así, GARCÍA ROCA no solo considera cabal la solución, sino que, a la vista del texto del proyecto (que, como se ha dicho, acoge un cierto mandato al Tribunal para que se limite a especificar el requisito incumplido en la providencia de inadmisión), muestra su esperanza en que el Tribunal Constitucional, por un exceso de prudencia, no devaluará la eficacia de la reforma, “como hizo en 1988 al inventarse unas providencias motivadas, sin tradición alguna en nuestro ordenamiento, que la ley no contemplaba y que, precisamente por eso, llamó providencias”.⁵⁷

También MENDIZÁBAL ALLENDE juzga correcto el regreso al concepto de *providencia* tradicional en el derecho español, que elude los razonamientos jurídicos. Su motivación escueta en el caso de la inadmisión no puede ser otra que la falta de uno o varios de los requisitos para la viabilidad.⁵⁸ En igual sentido, para DÍEZ-PICAZO, en la medida en que la inadmisión sea motivada, cualquier reforma del trámite de admisión no resuelve el problema de la avalancha de amparos.⁵⁹

Matizada es la crítica de ORTIZ ÚRCULO, quien, tras considerar que la resolución de todas las inadmisiones por providencia parece que simplificará la tramitación y la celeridad de este proceso constitucional, se pregunta: ¿Cómo se especificará el requisito incumplido? ¿Se limitará el Tribunal a citar el artículo infringido o explicará, aunque sea sucintamente, cómo se ha producido la infracción? ¿Se explicará por qué carece el recurso de especial trascendencia constitucional o bastará con indicar la carencia de esta circunstancia?

Del contenido de esas providencias —dice finalmente ORTIZ ÚRCULO— dependerá la mayor o menor dificultad para el Ministerio Fiscal en la interposición del recurso de súplica, pues siempre es más complicado recurrir a algo que no está fundamentado que a aquello que contiene algún argumento.⁶⁰

Más crítico se muestra CRESPO BARQUERO,⁶¹ para quien en materia de garantías la reforma del trámite de admisión del amparo ofrece motivo para la duda, en lo que se refiere a la “imperativa eliminación de la motivación de la providencia de inadmisión” (el autor refiere su comentario al texto del anteproyecto).

Más adelante razona:

⁵⁷ Javier GARCÍA ROCA: “Encuesta sobre la reforma de la LOTC, o. cit., p. 43.

⁵⁸ Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, o. cit., pp. 105-106.

⁵⁹ Luis María DÍEZ-PICAZO: o. cit., p. 41.

⁶⁰ Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO: “Respuestas a la encuesta”, en *La reforma de la justicia...*, o. cit., p. 107.

⁶¹ Pedro CRESPO BARQUERO: “Respuestas a la encuesta”, en *La reforma de la justicia constitucional*, p. 107.

Me pregunto si la eliminación absoluta y obligada de cualquier clase de motivación individualizada, que, inevitablemente, reduce el nivel de calidad de la respuesta que obtiene el justiciable, se compensa con alguna ventaja proporcionalmente suficiente. Entiendo que no o, por lo menos, que no está claro en el texto de la norma.

Para CRUZ VILLALÓN,⁶² que la inadmisibilidad no sea motivada dificulta una doctrina sobre la admisibilidad. En otro momento, el propio autor señala:

Un manque de déclaration de recevabilité par défaut de spéciale transcendance constitutionnelle devrait être... du moins, mieux expliqué que par la déclaration d'une évidente absence de tout fondement à l'allégation de vulnération d'un certain droit ou liberté.⁶³

Llegados aquí, cabe hacer algunas reflexiones propias. Ante todo, parece por entero lógico que la reforma mantenga la forma de providencia para las decisiones de inadmisión de los recursos de amparo, por lo menos cuando estas son adoptadas por acuerdo unánime, o incluso mayoritario, de los miembros de una sección. Sería un absoluto contrasentido que una reforma que pretende dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente, para que el Tribunal pueda cumplir con los objetivos que constitucionalmente se le asignan, dé un paso atrás respecto a la reforma de 1988 y retorne a la exigencia del texto inicial de la LOTC de inadmitir mediante auto motivado.

Por otro lado, en modo alguno creemos que la falta de motivación de una providencia de inadmisión pueda lesionar derechos del recurrente de amparo ex artículo 24 de la Constitución. El artículo 24 de la Constitución se refiere al acceso a los jueces y tribunales, esto es, a los órganos del Poder Judicial del Estado, de los que queda al margen el Tribunal Constitucional, y el artículo 53.2 de la Constitución posibilita una objetivación del amparo, con lo que ello entraña respecto de esta cuestión.

Dicho lo que antecede, se puede afirmar que, aun siendo partidarios de una fórmula semejante a la del *certiorari*, parece razonable entender que, aunque se pueda y quizá se deba llegar a ello con el paso del tiempo, tal proceso evolutivo debe atravesar sus etapas. Posiblemente, una de esas etapas implique que el Tribunal defina una doctrina en torno a lo que se entiende por *especial trascendencia constitucional*. A través de ella es posible que paulatinamente se pueda ir logrando desincentivar a posibles recurrentes de amparo.

Que la forma de la decisión de inadmisión sea una providencia y que sea deseable que el Tribunal no desnaturalice tal previsión, a través de la habitual fundamentación de

⁶² Pedro CRUZ VILLALÓN: La réforme de la justice constitutionnelle..., o. cit., p. 727.

⁶³ Ibídem, p. 728.

aquella, como ha sucedido tras la reforma de 1988, no obsta que, por lo menos en un primer momento, pueda proceder a motivar de modo sucinto sus decisiones, para poder fijar una más que conveniente doctrina sobre lo que el Tribunal interpreta por *especial trascendencia constitucional*. Establecida tal doctrina, habrá que entender que al Tribunal le bastará, en la generalidad de los casos, con *especificar el requisito incumplido*, según la doctrina ya fijada.

En coherencia con ello, parece que una fórmula imperativa como la utilizada por el artículo 50.3 del texto del proyecto (“las providencias [...] se limitarán [...]”) es por entero rechazable. En el propio concepto de *providencia* late la inexistencia de fundamentación, por lo que no se ve la necesidad de compeler imperativamente al Tribunal a que no lleve a cabo ningún tipo de motivación.

Como se dijo, del artículo 50.3 se ha “limado” tan drástica exigencia, pues la dicción final de este (“las providencias [...] especificarán [...]”) no impide algún tipo de motivación. De hecho, la semejanza de esta determinación con la dicción del texto anterior del artículo 50.2 de la LOTC (“la providencia [...] que indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso [...]”) es manifiesta, y ya se ha dicho que esta última previsión no ha impedido una cierta motivación de las providencias de inadmisión en los años siguientes a 1988.

La reforma de 2007 no deja de encerrar notables contradicciones y, respecto a lo que ahora interesa, una de ellas se encuentra en el tenor de la disposición transitoria tercera:

La admisión e inadmisión de los recursos de amparo, cuya demanda se haya interpuesto antes de la vigencia de esta ley orgánica, se regirá por la normativa anterior. No obstante, la providencia de inadmisión se limitará a expresar el supuesto en el que se encuentre el recurso.

Es evidente que esta redacción casa a la perfección con la del artículo 50.3 del texto del proyecto de ley, pero también es claro que parece no encajar con el tenor del mismo precepto del texto definitivo de la ley. Es cierto que la incongruencia puede encontrar una razón de ser: dado que estos recursos se rigen por la normativa anterior, su inadmisión nada tendrá que ver con la falta de *especial trascendencia constitucional*, sino con unos supuestos de inadmisión sobre los que existe sobrada jurisprudencia, lo que exonera al Tribunal de tener que detenerse en una doctrina ya muy consolidada.

Cabe una última reflexión. Si nada hay que objetar acerca de la exigencia de simple providencia cuando es la sección la que decide la inadmisión, pues es obvio que —aunque el artículo 50.1 de la LOTC contemple en positivo el trámite de admisión—, si por unanimidad o por mayoría la sección entiende inadmisibile el recurso, ese acuerdo se plasmará en una providencia de inadmisión, contemplada de modo específico por el artículo 50.3 de la LOTC.

Parece, por el contrario, por lo menos discutible que valga asimismo la providencia para las decisiones de inadmisión que tengan su origen en una sala.

La intervención de una sala en estos supuestos encuentra su razón de ser en que la admisión a trámite obtenga un acuerdo mayoritario en la sección, es decir, que dos de los tres magistrados integrantes de la sección se inclinen por admitir a trámite el recurso, lo que como mínimo presupone que existan algunos argumentos de peso en favor de la admisibilidad. Por ello, aun cuando la fórmula no deje de encerrar una cierta contradicción con el espíritu de la reforma, a efectos de una mayor garantía el artículo 50.2 dispone el traslado de la decisión a la sala respectiva. En este supuesto habría sido conveniente que la sala diera la forma de auto motivado al pertinente acuerdo de inadmisión.

Como ha quedado reflejado en algunos de los juicios expuestos, la falta de motivación de las decisiones de inadmisión no deja de plantear problemas para que el Ministerio Fiscal tenga posibilidades reales de discernir si una providencia de inadmisión debe ser recurrida en súplica. Que este recurso sea algo muy poco frecuente, como revela la experiencia, en nada disminuye la disfuncionalidad advertida. En cuanto a la propuesta de que la providencia de inadmisión pueda ser recurrida también por la parte demandante, no parece en absoluto de recibo.

III. Un último punto objetado por algún sector de la doctrina es el relativo a la avocación a la sala de la decisión de admisión a trámite a que se refiere el artículo 50.2 de la LOTC, esto es, en el supuesto de obtener la mayoría pero no alcanzar la unanimidad en la sección.

CRESPO BARQUERO, aunque admite que tal fórmula supone un incremento de las garantías y un refuerzo de la unidad de criterio en materia de admisibilidad, aduce que no presenta un aspecto aparentemente contradictorio con lo que ha sido una de las prioridades de la reforma, esto es, la búsqueda de una mayor agilidad en la actividad del Tribunal, al descargar de trabajo sus formaciones más completas (pleno y salas) hacia las más reducidas (salas y secciones).⁶⁴

Al mencionado autor no le falta razón, pues con esta avocación se sobrecarga el trabajo de las salas. La avocación que se trata no responde tanto a una finalidad garantista, de incremento de las garantías, sino más bien a la pretensión de establecer un filtro más dificultoso de traspasar para la admisión de los recursos de amparo. Pero, razonablemente, hay que presuponer que en un supuesto como el contemplado por el artículo 50.2 de la LOTC, en el que la admisión a trámite ha obtenido el apoyo de dos de los tres miembros de la sección,

⁶⁴ Pedro CRESPO BARQUERO: o. cit., p. 98.

la sala ha de realizar un examen detenido del recurso, pues en principio habría que entender que tal recurso presenta una apariencia de trascendencia constitucional.

Ello casa mal con la agilidad que el legislador pretende dar al trámite de admisión. Además, en un caso como este se acentúan algunos de los aspectos problemáticos a los que se ha aludido en líneas previas: la contaminación que puede suponer el ejercicio de esta facultad de selección llevada a cabo por la sala, en relación con su función juzgadora ulterior, en el caso, como es obvio, de que el recurso sea admitido a trámite. De igual forma, no parece lógico que en un supuesto así la sala pueda decidir la inadmisión mediante una mera providencia.

Objeciones al margen, no puede dejar de reconocerse que la innovación es menos radical de lo que puede parecer, y ello debido a que la práctica del Tribunal muestra que, al igual que es el pleno el que viene interviniendo a la hora de decidir sobre la admisión de asuntos de su competencia, también las salas han comenzado a intervenir en relación con la admisión a trámite de algunos recursos de amparo.

Estas intervenciones de uno y otro órgano del Tribunal tenían plena cobertura legal ya antes de la reforma: el pleno, con base en la facultad de avocación que le reconocía el artículo 10.k del texto anterior de la LOTC (hoy, el artículo 10.1.n de la propia ley); las salas, con apoyo en el artículo 11.2 de la LOTC, que no ha sido objeto de reforma:

También conocerán las Salas de aquellas cuestiones que, habiendo sido atribuidas al conocimiento de las Secciones, entiendan que por su importancia deba resolver la propia Sala.

En atención a esta práctica del Tribunal Constitucional, FERNÁNDEZ FARRERES afirma⁶⁵ que la reforma, en este punto, consagra legislativamente los criterios que ha adoptado el propio Tribunal.

La reforma llevada a cabo por la ley orgánica n.º 6/2007, además de en las previsiones ya comentadas, tiene su reflejo en el artículo 8 de la LOTC, que en relación con la cuestión que ahora importa, la admisión a trámite, ve modificado su apartado primero, que queda redactado como sigue:

Para el despacho ordinario y la decisión “o propuesta, según proceda”, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de “procesos constitucionales”, el Pleno y las Salas constituirán Secciones compuestas por el respectivo presidente, o quien lo sustituya, y dos magistrados.

Las reformas quedan recogidas en las expresiones señaladas entre comillas, y es significativa la introducción de la frase “o propuesta, según proceda”, lo que deja inequívocamente

⁶⁵ Germán FERNÁNDEZ FARRERES: o. cit., p. 40.

claro que no en todos los asuntos asumirán las secciones la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de un “proceso constitucional”, expresión esta última que sustituirá a la anteriormente utilizada de “los recursos”. En la misma dirección, al contemplar la previsión del artículo 8.1, el inciso primero del nuevo artículo 8.2 dispone:

Se dará cuenta al Pleno de las propuestas de admisión o inadmisión en asuntos de su competencia.

Con una perspectiva radicalmente antitética y absolutamente ilógica e inconsistente, VIVER PI-SUNYER⁶⁶ ha criticado el modelo de atribuir a las secciones la decisión de admisión, seguido por la ley de reforma. Quien fue vicepresidente del Tribunal, debido al extraordinario relieve que, a su juicio, adquiere en este modelo la decisión de admisión, cree que esta tarea, con el filtro previo de las secciones o de las salas, debe corresponder al pleno.

Resulta evidente el sinsentido de que el pleno admita un recurso para que después se pronuncie, sobre el fondo de este, una sala o una sección. Todo ello al margen de la carga de trabajo adicional que supondría para el órgano respecto del cual, a través del principio de desconcentración, el legislador pretende descargar de trabajo.

Pensar en que el pleno pueda cumplir esa función con un mínimo de rigor y dedicar a ella un día cada seis meses, como argumenta VIVER, parece una propuesta de ciencia ficción. En una dirección semejante, aunque no tan extrema, BORRAJO se muestra a favor de que la admisión del recurso de amparo quede confiada a las salas, y que deban limitarse las secciones a la inadmisión,⁶⁷ lo que entrañará que ni siquiera por acuerdo unánime de sus miembros la sección pueda admitir a trámite un recurso de amparo.

IV. Cabe hacerse eco de una última cuestión, abordada más o menos tangencialmente por un amplio sector de la doctrina. ¿Puede hablarse de que la fórmula con la que la ley resuelve la decisión de admisión es equiparable a un *certiorari*? Un buen número de autores concuerda en que la fórmula legal abre un camino que puede concluir en el *certiorari*.⁶⁸

⁶⁶ Carles VIVER PI-SUNYER: “Respuestas a la encuesta”, en *La reforma de la justicia...*, o. cit., p. 114.

⁶⁷ Ignacio BORRAJO INIESTA: o. cit., p. 96.

⁶⁸ Crespo ve evidente que el artículo 50.1.b de la LOTC, auténtica piedra de toque de la reforma, abre camino siempre a salvo de la aplicación que pueda hacer el propio Tribunal hacia el *certiorari*. Pedro CRESPO BARQUERO, en “Respuestas a la encuesta”, o. cit., p. 99. También VIVER considera que las modificaciones introducidas en la regulación de la admisión del recurso de amparo permiten avanzar aunque no lo consagren hacia un modelo de *certiorari*, que tarde o temprano va a tener que adoptarse. Carles VIVER PI-SUNYER, en “Respuestas a la encuesta”, o. cit., p. 114. Asimismo, ESPÍN ve, con la solución adoptada por el anteproyecto (que básicamente ha quedado reflejada en la ley), un evidente intento de aproximar la regulación española a la concepción anglosajona de condicionar el conocimiento de un recurso a la obtención de un *certiorari*. Eduardo ESPÍN TEMPLADO: “Comentarios al anteproyecto...”, o. cit., p. 29.

Para otros autores,⁶⁹ la introducción del requisito de la *especial trascendencia constitucional* de la demanda de amparo supone la incorporación a la jurisdicción constitucional de una regla de actuación próxima al *writ of certiorari*. Incluso se ha llegado a decir, con algún fundamento, según entiende FERNÁNDEZ FARRERES,⁷⁰ que el *certiorari* ha existido, de hecho, con anterioridad a la reforma de 2007, ya que la realidad es que el Tribunal ha venido resolviendo el trámite de admisión con un amplísimo margen de decisión.

Que *de facto* la cláusula atinente a la carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la demanda, del artículo 50.1.c del texto anterior de la LOTC, posibilite un amplísimo margen decisorio del Tribunal respecto al trámite de admisión del amparo, como también que ese margen se vea claramente incrementado tras la reforma, como resultado de la exigencia de *especial trascendencia constitucional*, puede aproximar la actuación del Tribunal Constitucional a la propia de un órgano jurisdiccional ubicado en un sistema procesal que cuente con el *writ of certiorari*, pero, en rigor, ello no permite hablar de que tal sistema ha sido implantado entre nosotros.

El artículo 50.1.b de la LOTC, en su nueva versión, facilita al Tribunal unos parámetros, todo lo amplios que se quiera, aunque no por ello dejan de ser criterios a los que el Tribunal debe atender para apreciar si el recurso de amparo cuya admisión a trámite se pretende presenta esa *especial trascendencia constitucional*, y si ello es así, la discrecionalidad tiene límites.

No cabe duda de que con la reforma se ha dado un paso muy significativo en la dirección del modelo propio del *certiorari*, al que podrá llegarse en un futuro más o menos próximo, sobre todo si la nueva reforma del amparo, como muchos sostienen, no da el resultado pretendido. Llegar al *certiorari* es una aspiración razonable, que particularmente cabe hacer propia, y que no encuentra obstáculos significativos, ni mucho menos insalvables, pese a que, como es de sobra conocido, el *writ of certiorari* sea una fórmula surgida y arraigada en sistemas jurídicos de *common law*.⁷¹

⁶⁹ Marc CARRILLO, en "Encuesta sobre la reforma de la LOTC, o. cit., p. 38. CASCAJO considera, a su vez que, desde una perspectiva realista, la fórmula permitirá al Tribunal Constitucional contar con un equivalente al *writ of certiorari*. José Luis CASCAJO CASTRO, o. cit., p. 97.

⁷⁰ Se refiere FERNÁNDEZ FARRERES a Juan Luis REQUEJO PAGÉS, quien en el debate siguiente a la exposición de su ponencia sobre El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma, Fundación Alternativas, Madrid, 2005, manifiesta (p. 41): Para desconuelo de sus críticos, he de decir que el *certiorari* ya existe. El Tribunal admite lo que quiere, porque todo lo que el Tribunal inadmite por el artículo 50.1.c LOTC obviamente, del texto previo a la reforma (carencia manifiesta de contenido) no son más que desestimaciones anticipadas, de suerte que ese artículo opera como la válvula que le permite inadmitir lo que no interesa. Germán FERNÁNDEZ FARRERES: o. cit., p. 55 y p. 55, nota 17.

⁷¹ Sobre el *writ of certiorari* en los Estados Unidos, Cf. el capítulo II de nuestro libro, de próxima publicación, *La justicia constitucional: Estados Unidos, Francia, Europa, América Latina, España*, Editorial Dykinson, capítulo relativo a La obsolescencia de la bipolaridad. Modelo americano-modelo europeo kelseniano como criterio analítico del control de constitucionalidad, punto 3, E), a).

2.4. EL PRINCIPIO DE DESCONCENTRACIÓN Y LA HABILITACIÓN A LAS SECCIONES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO

I. La habilitación a las secciones para la resolución de los recursos de amparo es destacada en la exposición de motivos del proyecto de ley como una de las más relevantes modificaciones introducidas por el texto del proyecto en relación con el amparo.

Sin embargo, en puridad, no es una innovación estrictamente circunscrita al recurso de amparo, sino que puede ser considerada una manifestación más del principio general de desconcentración que en el texto del proyecto se contempla respecto de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad —artículo 10.1.a y b—, así como respecto de los conflictos constitucionales de competencia, de las impugnaciones previstas en el artículo 161.2 de la Constitución y de los conflictos en defensa de la autonomía local —artículo 10.2 en conexión con los apartados *d*, *e* y *f* del artículo 10.1.

En el trámite de admisión, con la limitación que después se dirá en los recursos de inconstitucionalidad, el pleno puede atribuir a las salas el conocimiento del recurso. A su vez, el artículo 8.3 del texto del proyecto contempla también la posibilidad de que corresponda a las secciones el conocimiento y resolución de aquellos *asuntos de amparo* que la sala correspondiente ha definido.

Si el artículo 10.1.b del texto del proyecto ha establecido una limitación para el ejercicio de esta facultad del pleno de deferir a las salas el conocimiento de recursos de inconstitucionalidad —la desconcentración solo es posible en los recursos de mera aplicación de doctrina y requiere que el pleno señale a la sala la doctrina constitucional de aplicación—, el artículo 8.3 no fija límite alguno a efectos del conocimiento y resolución por las secciones de los recursos de amparo.

Tampoco lo hace el artículo 48:

El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional y, en su caso, a las Secciones.

Que permanece inalterado, ni el artículo 52.2, que, en armonía con las anteriores previsiones, dispone:

Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación.

Esta última previsión sí sufre una importante modificación.

Con el principio de desconcentración se pretende agilizar la resolución de los diversos asuntos que conoce el Tribunal. Sin embargo, este principio no deja de ofrecer flancos problemáticos. Como ha dicho CRUZ VILLALÓN,⁷² en términos ideales, la mejor jurisdicción constitucional es la que solo resuelve el pleno. La propia relevancia de las cuestiones que le son sometidas debe llevar a que todos sus integrantes participen en todas sus decisiones. Por ello, este principio suscita un notable debate respecto al *iter* legislativo del proyecto. Sobre este punto se expondrá a continuación.

II. El Grupo Parlamentario Popular se muestra absolutamente contrario a la posibilidad de delegar la resolución del amparo en las secciones, por considerarlo incompatible con el nuevo diseño del recurso, sustentado en la exigencia de relevancia constitucional. En esta dirección, el Grupo Popular presenta tres enmiendas (las n.ºs 51, 60 y 62) encaminadas, respectivamente, a la supresión del artículo 8.3, a la supresión de la reforma del artículo 48 (que en su redacción inicial encomienda a las salas el conocimiento de los recursos de amparo constitucional) y a la supresión de la modificación de los apartados segundo y tercero del artículo 52.

En el texto de su informe, la ponencia hace constar que acepta, por mayoría, una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Socialista, a la que se ha aludido en varias oportunidades, formulada, entre otras, respecto de la enmienda n.º 62 del Grupo Popular.

Ello se traduce en la introducción de una relevante modificación en el texto del artículo 52.2, que queda redactado así:

Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones.

La desconcentración en el caso del recurso de amparo queda, así, armonizada con la prevista para los recursos de inconstitucionalidad, respecto de los cuales cabría la atribución de su conocimiento por el pleno a las salas, cuando se trate de un recurso de mera aplicación de doctrina.

El texto del informe, en aplicación de la pauta de concentrar el alcance de la reforma en unos puntos muy concretos, prescinde de la modificación de los artículos 8 y 48 inicialmente contemplada por el proyecto. Si el mantenimiento inalterado del primero de ellos no

⁷² Pedro CRUZ VILLALÓN: "Acotaciones al proyecto de reforma...", o. cit., p. 71.

plantea problema alguno, no se puede decir lo mismo de la no modificación del segundo, cuyo tenor es claramente incongruente con la previsión de otros preceptos objeto de reforma, particularmente con el tenor del artículo 52.2.

En su intervención ante la Comisión Constitucional del Congreso, el diputado popular ASTARLOA HUARTE-MENDICOA incluye el reconocimiento de la capacidad decisoria de las secciones —“que es incompatible con la exigencia de la determinación de relevancia constitucional para la admisión o inadmisión del amparo”— entre las modificaciones que entrañan una merma de garantías en el propio procedimiento de amparo.⁷³

Frente a ello, BATET LAMAÑA, del Grupo Socialista, en su intervención ante la Comisión, destaca el importante matiz introducido en el artículo 52.2, “que da mayor seguridad en la coherencia y uniformidad de la jurisprudencia”,⁷⁴ para, a continuación, dar cuenta de la presentación de otra enmienda transaccional, en este caso la n.º 51 del Grupo Popular, que afectará al artículo 8, que, en lo que a los recursos de amparo atañe, en su apartado tercero se limitará a añadir al texto original del proyecto el inciso final: “En los términos previstos en esta ley”.

Asimismo, la diputada socialista informa de la presentación de tres votos particulares, uno de ellos referido al artículo 48, al que, lisa y llanamente, para paliar la incongruencia precedentemente reseñada, se volverá a dar la redacción que tenía en el texto originario del proyecto de ley.

Conviene añadir que en el texto del informe de la ponencia se adiciona una disposición transitoria primera, que ya no sufrirá alteración alguna:

La posibilidad de que el Pleno defiera a las Salas o estas a las Secciones el conocimiento y la resolución de asuntos que, en principio, corresponden a aquellas, prevista en la nueva redacción de los artículos 8.2, 10.1.b, 10.2 y 52.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se podrá aplicar a los procesos constitucionales iniciados antes de la vigencia de la presente ley orgánica.

Esto quiere decir que, si en lo relacionado con la admisión e inadmisión de los recursos de amparo cuya demanda se había interpuesto antes de la entrada en vigor de la ley orgánica n.º 6/2007 regiría el principio de irretroactividad y se aplicaría la normativa anterior, en lo relacionado con el principio de desconcentración se optaría por el principio de retroactividad y se aplicaría la nueva normativa a los procesos constitucionales iniciados antes de la entrada en vigor de la ley de reforma.

⁷³ DSCD, Comisiones, VIII Leg., n.º 769, de 5 de marzo de 2007, p. 13.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 18.

En la alta Cámara, el Grupo Parlamentario Popular presentó un ramillete de enmiendas (enmiendas n.ºs 22, 28, 30, 31, 32 y 33), todas ellas orientadas a suprimir la competencia de las secciones para la resolución de los recursos de amparo. En su intervención ante la Comisión Constitucional del Senado, SALAMANCA MURGUIALDAY, del Grupo Parlamentario Popular, en su defensa de la propuesta de veto presentada por su Grupo, abundó en “lo innecesario de la delegación a las Secciones para resolver sobre los recursos de amparo”.

Añadiría:

Entendemos que perdemos calidad en el ejercicio y desarrollo de la Constitución, no porque no confiemos en los magistrados integrantes de la Sección, sino porque el diseño constitucional lo es sobre el Pleno y las Salas, y entendemos que ello no debe ser modificado.⁷⁵

Como revelan estas líneas, la controversia en torno a este punto se limitó a las dos fuerzas políticas principales del arco parlamentario.

III. El principio de desconcentración, aun cuando se llegue a admitir que la agilización de los distintos procesos constitucionales⁷⁶ puede tener un efecto operativo en la finalidad general perseguida por la ley, no deja de presentar serias objeciones, más si se consideran las determinaciones legales.

La primera de ellas es que carece de toda justificación que, mientras la posibilidad de que el pleno defiera a las salas el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes queda limitada a los de mera aplicación de doctrina —artículo 10.1.b—, la misma habilitación a las salas para el conocimiento de las cuestiones de inconstitucionalidad no se sujete a limitación alguna —artículo 10.1.c.

Ningún fundamento razonable avala esta diferenciación establecida entre los dos procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, y de ella se desprende una cierta falta de valoración de las cuestiones de inconstitucionalidad, lo que, dicho sea de paso, va en contra de la pauta tendencial que nos muestra, en el derecho comparado, un progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley, esto es, al margen de su aplicación (que ilustraría el recurso de inconstitucionalidad), hacia el control con ocasión de la aplicación de la ley (que simbolizaría la cuestión de inconstitucionalidad).

⁷⁵ DSS, Comisión Constitucional, VIII Leg., n.º 461, de 7 de mayo de 2007, p. 2.

⁷⁶ CRUZ VILLALÓN considera que este principio permitirá, eventualmente, reducir los asuntos pendientes ante el Tribunal Constitucional bien que con el coste de reducción de la legitimidad de las decisiones así adoptadas. Pedro CRUZ VILLALÓN: “La réforme de la justice constitutionnelle espagnole”, o. cit., p. 729.

Ese rasgo tendencial, a su vez, se conecta íntimamente con el cada vez mayor protagonismo de una jurisdicción constitucional de la libertad (de la que también se puede hablar al margen del recurso de amparo, del *Verfassungsbeschwerde* o de otros instrumentos procesales similares), en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, la centralidad que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo.

Una segunda objeción se relaciona con la posibilidad legalmente establecida para deferir a las salas, sin límite alguno, el conocimiento de los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, o de los de estas entre sí. No parece que este asunto pueda ser deferido, o por lo menos, no debe serlo.

Otra objeción tiene que ver con la posibilidad de deferir a las secciones el conocimiento de aquellos recursos de amparo para cuya resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal. Se trata de una medida reivindicada desde tiempo atrás por el propio Tribunal Constitucional, que es contemplada en el borrador de reforma de la LOTC que se elabora dentro del propio Tribunal en mayo de 1998.

En la propuesta de reforma del artículo 8 de la LOTC, al margen de alguna otra modificación, se adiciona un último inciso al precepto:

Podrá corresponder también a las Secciones el conocimiento y resolución de aquellos recursos de amparo que la Sala les defiera.

Es verdad, asimismo, que tal solución es igualmente asumida por la *BVerfGG*, cuyo artículo 93.c habilita a la sección (*die Kammer*) para estimar el *Verfassungsbeschwerde* cuando esté manifiestamente fundado, porque el Tribunal ya ha decidido la cuestión de derecho constitucional. La desconcentración en relación con el amparo constitucional presenta algunas contradicciones y ciertos problemas potenciales.

Una contradicción evidente es que no encaja con la limitadísima admisión a trámite de amparos que late en el espíritu del texto legal, pues solo aquellos que tengan especial trascendencia constitucional pueden ser admitidos.

Otra muestra de esta filosofía restrictiva es que la sección no pueda admitir un recurso por mayoría; solo lo puede hacer mediante acuerdo unánime de sus tres miembros, y la sala es la que decide en caso de acuerdo mayoritario favorable de la sección, lo que plantea otra posibilidad contradictoria: una vez admitido a trámite un recurso por la sala, tras no lograr en la sección un acuerdo unánime en pro de la admisión, sino tan solo mayoritario, la sala puede deferirlo a la sección para su resolución.

Además de todo ello, si el amparo solo se admite en el supuesto de que presente una especial trascendencia constitucional, esa relevancia debe ser razón suficiente para que del amparo conozcan tan solo las salas. Las secciones solo pueden conocer del fondo del amparo cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada, pero esto, a su vez, plantea otra cuestión que parece rayar en lo contradictorio: ¿cabe compaginar la *especial trascendencia constitucional* exigida a los amparos con estos amparos de mera reiteración de doctrina?⁷⁷

No es fácil armonizar lo primero con lo segundo, aunque no puede obviarse la posibilidad de que la doctrina reiterada del Tribunal sea ignorada por órganos de la jurisdicción ordinaria, con la subsiguiente violación de derechos fundamentales. No cabe duda de que en estos casos el Tribunal debe admitir el amparo. Tampoco ofrece dudas que en tales supuestos la trascendencia constitucional pueda apreciarse a través del parámetro de la importancia del recurso para la aplicación de la Constitución.

No obstante, no deja de ser preocupante que este criterio de apreciación de la relevancia constitucional del asunto pueda llegar a convertirse en un auténtico cajón de sastre en el que todo quepa, pues si así fuera, se podría desvirtuar la filosofía objetivadora del amparo que preside la reforma legal. Con lo que se acaba de señalar, pueden apreciarse las potenciales contradicciones que encierra la nueva regulación del amparo o, por lo menos, una parte de tal normación, que ahora ocupa la atención.

Otro problema potencial que plantea el principio de desconcentración aplicado al amparo constitucional es el de las posibles contradicciones jurisprudenciales a las que podría dar lugar. En otro momento, en el que se ha abordado el estudio de los *overruling* de la jurisprudencia constitucional española, hemos hecho eco de algunas flagrantes contradicciones jurisprudenciales entre las dos salas del Tribunal.⁷⁸

Elevar a siete el número de órganos legitimados para resolver los recursos de amparo admitidos a trámite —el pleno, que puede avocar para sí el conocimiento de cualquier asunto que sea competencia del Tribunal, aunque no le esté expresamente encomendado por el artículo 10.1, en virtud de lo dispuesto por el apartado *n* de ese mismo precepto; las

⁷⁷ GARRORENA es muy rotundo —excesivamente rotundo a nuestro juicio— al efecto cuando expone que la mera aplicación de doctrina no parece que sea ni siquiera imaginable en un procedimiento en el que la clave para que el recurso sea admitido y siga su trámite es, precisamente, que tal doctrina no existe y que el Tribunal tiene que sentarla. Ángel GARRORENA MORALES, o. cit., p. 48. Esta interpretación no tiene en cuenta que entre los parámetros que el artículo 50.1.b de la LOTC ofrece para la apreciación de la relevancia constitucional, no solo encontramos el de la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales o, más ampliamente, el de la interpretación de la Constitución.

⁷⁸ Cf. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: “Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, n.º 3, 2006, pp. 27 y ss.; en concreto, pp. 38-44 y 57-70.

dos salas y, en fin, las cuatro secciones—, cuando, además, la filosofía del texto indica que el Tribunal debe resolver un escasísimo número de recursos de amparo y todos ellos de *especial trascendencia constitucional*, no solo es una gruesa incongruencia, sino una apelación a una jurisprudencia contradictoria. Aunque la cautela introducida por la ponencia, de que no quepa deferir más que aquellos recursos en que sea aplicable doctrina consolidada, limita el peligro expuesto, no lo soslaya de raíz.

Además, cuatro secciones de tres miembros pueden llegar a tener una composición con sensibilidades dominantes contrapuestas y ello puede facilitar una jurisprudencia contradictoria. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la ley de reforma no adopta, en esta cuestión, la cautela que establece para el supuesto de que el pleno defiera a una sala el conocimiento de un recurso de inconstitucionalidad, en cuyo caso, el pleno, a tenor del artículo 10.1.b de la LOTC, “deberá señalar la doctrina constitucional de aplicación”. En teoría, ello se traduce en una mayor capacidad decisoria de las secciones, llegado el caso de resolver estos recursos de amparo.

Al margen de todo lo anterior, no cabe descartar, como aduce FERNÁNDEZ FARRERES,⁷⁹ que con esta fórmula ni siquiera pueda lograrse resolver con mayor rapidez los recursos de amparo. La sala debe dedicar un tiempo al examen del recurso y de las respectivas alegaciones, al objeto de ver si, efectivamente, se trata de un recurso que solo plantea un problema de mera aplicación de doctrina consolidada.

Parece indiscutible que las idas y venidas del recurso son el mejor método retardatorio de su resolución. Si se piensa en la hipótesis a la que ya se ha aludido líneas atrás, la fórmula ingenjada por el legislador parece kafkiana: la sección que conozca de un recurso de amparo puede decidir su admisión a trámite tan solo por mayoría; ello supondrá, de modo automático, que el recurso pase a la sala; esta, a su vez, puede admitirlo a trámite y, una vez presentadas las alegaciones, optar por deferir su resolución a una de sus secciones (¿a la misma que ya ha conocido del recurso en el trámite de admisión?); el recurso pasará a la sección, que en teoría lo resolverá y aplicará la doctrina consolidada que la sala ha considerado existente, que quizá no sea compartida por la mayoría de los miembros de la sección.

Además, como la ley nada señala respecto a que la sala deba precisar a la sección cuál es la doctrina consolidada, es posible especular con el supuesto de que la sección pueda decidir al margen de tal hipotética doctrina. Antes de que se dicte la sentencia por la sección, ¿cabe pensar en una posible avocación por la sala con el fin de garantizar la aplicación de esa

⁷⁹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES: o. cit., p. 53.

doctrina consolidada? Hay que ser consciente de que se han expuesto circunstancias colindantes con un caso límite, pero no se piense que se ha descrito un caso de ciencia ficción, por lo menos con la ley en la mano.

IV. La doctrina se muestra claramente dividida en torno a esta cuestión. Algunos autores se decantan con nitidez en favor de la atribución a las secciones de la facultad de resolver ciertos recursos de amparo. Tal es el caso de ESPÍN, quien, al referirse al anteproyecto —que, al igual que el proyecto, no prevé ninguna limitación frente a esta posibilidad de deferir a las secciones el conocimiento de los amparos—, valora la atribución de competencia a las secciones como una medida digna de alabar, para señalar, más adelante, que la atribución de la resolución de todos los asuntos reiterativos a las secciones eleva la capacidad de resolver un mayor número de casos y es una medida que no produce efectos nocivos, como la aparición de líneas interpretativas divergentes.⁸⁰

También DíEZ-PICAZO se muestra a favor y aduce, entre otras consideraciones, que se debe tener en cuenta que la mayoría de los amparos no plantean problemas nuevos, por lo que su atribución a las secciones no pondría en peligro la unidad de la jurisprudencia constitucional.⁸¹

LUCAS MURILLO no ve contradicción ni merma de protección en la posibilidad de la sala de deferir a la sección la resolución del recurso, una vez presentadas las alegaciones previstas en el apartado segundo del artículo 52, al tratarse de una facultad que puede ejercer la sala cuando ya dispone de todos los elementos necesarios para apreciar el alcance de un determinado recurso.⁸² También GARCÍA MANZANO expresa su juicio favorable a la medida, aunque matiza que esta “quizá debiera constreñirse”, para excluir de ella determinadas materias o asuntos, como pueden ser, *ad exemplum*, los amparos del artículo 42 de la LOTC y los promovidos por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.⁸³

ORTIZ ÚRCULO, aunque reconoce que la medida puede contribuir a dar mayor agilidad al Tribunal Constitucional, sugiere que esta tiene el inconveniente de diversificar los criterios jurisprudenciales, por lo que considera conveniente limitarla expresamente a los supuestos de repetición de doctrina con trascendencia constitucional por ello menor.⁸⁴

⁸⁰ Eduardo ESPÍN TEMPLADO: o. cit., pp. 24-25.

⁸¹ Luis María DíEZ-PICAZO: “Encuesta sobre la reforma de la LOTC”, o. cit., p. 40.

⁸² Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: o. cit., p. 49.

⁸³ Pablo GARCÍA MANZANO: “Respuestas a la encuesta”, en *La reforma de la justicia constitucional*, o. cit., p. 102.

⁸⁴ Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO: O. CIT., p. 106.

Como se puede apreciar, el común denominador de la mayoría de las opiniones favorables es la conveniencia de reducir el posible conocimiento de este tipo de recursos por las secciones a aquellos amparos en que se trate de una mera reiteración de doctrina, lo que, a la postre, será recepcionado por el texto definitivo del artículo 52.2 de la LOTC. No deja de ser significativo que casi nadie sostenga una posibilidad de desconcentración de los amparos en las secciones sin límite alguno.

No falta, sin embargo, un buen número de autores que se muestran contrarios a esta fórmula. Así, GARCÍA ROCA razona que, si realmente se admite una cincuentena de casos al año en los que se pretende crear derecho, interpretar *ex novo* la Constitución, resultará un poco contradictoria esta posibilidad y podrá devenir ociosa.⁸⁵ Además, aduce el mismo autor,⁸⁶ incrementar mucho el número de las salas y secciones enjuiciadores supone asumir el claro riesgo de las contradicciones dentro de una jurisdicción única. Un precio que no merece la pena pagar, pues trastoca el estatus de intérprete supremo de la Constitución.

GARRORENA muestra su rechazo y extrañeza ante esta fórmula, pues enmaraña y complica con desplazamientos innecesarios de uno a otro nivel —hasta tres—, en los que el Tribunal Constitucional puede dictar sentencia, a la vez que, con ello, aumenta preocupantemente la presencia de aquellos niveles en los que solo interviene una parte de los jueces constitucionales.

Además, habilita a las secciones para un cometido que es muy dudoso que les deba corresponder, y eleva a seis (más bien diríamos que a siete, lo que aún es peor) el número de órganos implicados en la tarea de resolver el recurso de amparo, lo que amplía en mucho el riesgo de que surja una jurisprudencia divergente entre ellos. Aunque dicho riesgo pueda minimizarse si el Tribunal introduce la práctica —el proyecto nada establece— de que las salas tan solo defieran a las secciones los asuntos que sean de mera aplicación de doctrina, ello no impide que las salas tengan que invertir un tiempo nada menor en resolver si efectivamente el supuesto de que se trate es de tal condición y cuál es esa doctrina previamente consolidada a la que las secciones deben atenerse.⁸⁷

Para GARCÍA TORRES la cifra de recursos de amparo que el Tribunal sentencia anualmente (unos dos centenares) no justifica que se defiera la decisión de estos recursos a las secciones, aunque sin duda este arbitrio permitirá a pleno y salas disponer de más tiempo.

⁸⁵ avier GARCÍA ROCA: “Encuesta sobre la reforma de la LOTC”, o. cit., pp. 43-44.

⁸⁶ Javier GARCÍA ROCA: “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional”, o. cit., pp. 33-34.

⁸⁷ Ángel GARRORENA MORALES: “Encuesta sobre la reforma de la LOTC”, o. cit., pp. 47-48.

Puesto que pueden existir hasta siete colegios decisores de recursos de amparo, el riesgo de dispersión doctrinal es apreciable y el anteproyecto —al que se refiere este autor en su análisis— debe establecer algún sistema para corregirlo (así, por ejemplo, legitimación del fiscal para interponer un recurso para unificación doctrinal ante el pleno).⁸⁸

BORRAJO también se manifiesta rotundamente contrario: “Las Secciones no deberían pronunciar sentencias nunca”. La existencia de dos salas ya ha dado lugar a divergencias doctrinales, afortunadamente menores; pero con cuatro o más secciones que dicten sentencias, la finalidad esencial del Tribunal (mantener una interpretación uniforme de la Constitución) se verá seriamente dañada. La experiencia del Tribunal Supremo —añade BORRAJO— es elocuente.⁸⁹

Finalmente, para VIVER los inconvenientes de la desconcentración son mayores que las ventajas y, además y sobre todo, este autor cree que no es necesaria si se avanza hacia los treinta o cuarenta amparos al año.⁹⁰

En atención a este amplio elenco de razonamientos contrarios a la habilitación a las secciones para la resolución de los recursos de amparo, no puede haber muchas dudas acerca de la heterogeneidad y diversa enjundia de los argumentos que pueden oponerse frente a esta modalidad de desconcentración.

La hipotética ventaja es única: agilizar la resolución de los amparos e incidir, a través de ello, positivamente en el más eficaz ejercicio por el Tribunal de sus restantes competencias. Si esta única e hipotética ventaja entraña notables contradicciones y serios peligros, entre ellos el muy grave de afectación de la unidad de doctrina, algo realmente inexcusable para que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su rol de “intérprete supremo de la Constitución”, la conclusión es clara e inequívoca: se está ante una desafortunada, si es que no perversa, reforma legal.

Para finalizar, cabe recordar que la posibilidad de que las salas defieran a las secciones el conocimiento y la resolución de los recursos de amparo en los términos previstos por el artículo 52.2 de la LOTC se puede aplicar, tal y como determina la disposición transitoria primera de la ley orgánica n.º 6/2007, a los procesos constitucionales iniciados antes de la vigencia de la mencionada ley orgánica. Se opta, pues, por el principio de retroactividad en lo que atañe al principio de desconcentración.

⁸⁸ Jesús GARCÍA TORRES: “Respuestas a la encuesta”, en *La reforma de la justicia...*, o. cit., p. 103.

⁸⁹ Ignacio BORRAJO INIESTA: o. cit., p. 96.

⁹⁰ Carles Viver PI-SUNYER: o. cit., p. 115.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- CACHERO ÁLVAREZ, Héctor, “La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Otrosí*, n.º 83, 2007.
- CARRILLO, Marc, “Encuesta sobre la reforma de la LOTC”.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- CRESPO BARQUERO, Pedro, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Acotaciones al proyecto de reforma de la justicia constitucional”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- “La réforme de la justice constitutionnelle espagnole”, en *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- CUESTA MARTÍNEZ, Álvaro, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, “Encuesta sobre la reforma de la LOTC”.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, “Comentarios al anteproyecto...”, en *La reforma de la justicia constitucional*.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Comentario al anteproyecto de la ley orgánica de modificación de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005”, en la obra *La reforma de la justicia constitucional*.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero de 2004”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 129, julio-septiembre 2005.
- “El recurso de amparo en España”, en Héctor FIX-ZAMUDIO y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, UNAM, Editorial Porrúa, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006.
- “Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, n.º 3, 2006.
- FOSSAS ESPADALER, Enric, “El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 1, 2006.
- GARCÍA MANZANO, Pablo, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional”. Texto mecanografiado que ha proporcionado su autor.
- “La cifra del amparo constitucional y su reforma”, en Pablo PÉREZ TREMPs (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCÍA TORRES, Jesús, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- GARRORENA MORALES, Ángel, “Encuesta sobre la reforma de la LOTC”.

- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Encuesta sobre la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 18, 2.º semestre 2006.
- “La reforma del Tribunal Constitucional”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año LVIII, n.º 83 (curso académico 2005-2006), Madrid, 2006.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Encuesta sobre la reforma de la LOTC”.
- “Sobre tribunales y derechos”, en *Revista de Jurisprudencia*, El Derecho Editores, año II, n.º 2, abril 2006,
- ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- OUBIÑA BARBOLLA, Sabela, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y otros, *La jurisdicción constitucional en España*.
- RUBIO LORENTE, Francisco: “El recurso de amparo constitucional”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y otros, *La jurisdicción constitucional en España*.
- TRILLO TORRES, Ramón, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- VIVER PI-SUNYER, Carles, “Respuestas a la encuesta”, en Eduardo ESPÍN TEMPLADO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Pedro CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su aplicación al caso chileno*


*J. Ignacio Núñez Leiva***

RESUMEN. La doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador tiene su origen en la jurisprudencia francesa. Desde el conocido Arrêt de La Fleurette, distintos ordenamientos jurídicos han acogido dicha figura. Los sistemas jurídicos de Francia y España han ejercido una notable influencia en su símil chileno. El presente artículo aborda algunos elementos representativos de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador en los sistemas europeos ya mencionados, especialmente en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, y buscará encontrar similitudes con el caso chileno.

ABSTRACT. The civil liability doctrine of the State legislative has its origin in French jurisprudence. Several legal systems have included said concept since the times of the renowned Arrêt de La Fleurette. The legal systems of France and Spain have exerted considerable influence on a Chilean simile. This article deals with some representative elements of the liability theory of State legislative in the European systems already mentioned, specially in the doctrine and legal framework, and looks for similarities with the Chilean case.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 7 de marzo de 2008. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 15 de mayo de 2008, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Metodologías de Investigación e Intervención Social, Universidad Alberto Hurtado. Cursa sus estudios de posgrado en el Programa de Magíster en Derecho Público, con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde ha sido reconocido con la beca a ex alumnos destacados de dicha casa de estudios. Docente en las Universidades Alberto Hurtado, Andrés Bello, San Sebastián y de las Américas.



SUMARIO. **1.** Prolegómenos. **2.** Prevenciones. **3.** Plan de análisis. **4.** Panorama en la jurisprudencia y doctrina francesas. **5.** Panorama de la jurisprudencia y doctrina españolas. **6.** Panorama en la jurisprudencia y en la doctrina chilenas. **7.** Conclusiones. **8.** Bibliografía.

1.

PROLEGÓMENOS

La consolidación del Estado de derecho, a la vez que pone de manifiesto los grandes logros de la ciencia del derecho, particularmente del derecho público, muestra sus desafíos y tareas pendientes. En este contexto, a la luz de la tendencia internacional¹ y del curso adoptado por el derecho interno, uno de los temas que surge es el de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el legislador. Asunto sin duda significativo para diversas esferas del derecho público, por el impacto que su aceptación produce.

Se trata de un tema relevante para la teoría constitucional, pues implica la concreción y aplicación de los principios integrantes del Estado constitucional de derecho, se funda en la teoría de los derechos humanos, abre una nueva perspectiva en la relación de pesos y contrapesos en un Estado con separación de funciones, concreta la concepción servicial del Estado, abre un nuevo flanco en las relaciones entre legisladores y juzgadores, incrementa el plexo de garantías a los derechos fundamentales, redefine las competencias de los órganos de Estado e impacta incluso en el sistema de

¹ En Latinoamérica, algunos autores como Martín Risso Ferrand sostienen la concurrencia incluso de responsabilidad patrimonial por el ejercicio de la función constituyente. Se recomienda revisar “Responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del poder constituyente”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º 7, año 2005, p. 49.

fuentes del derecho, pues asigna nuevos efectos a diferentes normas fundadas, entre muchos otros significados y consecuencias.

Todo ello porque, en la actualidad, debido al perfil del Estado constitucional, social y democrático de derecho:

La Constitución se erige como un “orden fundamental de valores”, los que constituyen la base hermenéutica esencial para su interpretación y para la del resto del ordenamiento jurídico derivado. El valor fundamental de la Constitución es, por cierto, la dignidad consustancial a todo ser humano y, a la vez, fundamento de todo el edificio de los derechos fundamentales, ya no solamente entendidos como derechos subjetivos inherentes a su titular, sino como base de todo el ordenamiento jurídico positivo, como bien lo explica el profesor Francisco FERNÁNDEZ SEGADO [...] Esta idea de la Constitución como un orden fundamental de valores lleva a sostener que el contenido de la misma se compone tanto de valores como de principios y reglas, que deben ser observados por todos los órganos del Estado, incluyendo al legislador a la hora de cumplir con sus propias labores.²

De allí su importancia para la teoría y el derecho constitucionales.

Este tema ha sido profusamente tratado y discutido en otras latitudes. De todas ellas se destacan, tempranamente, Francia y, recientemente, España; ambas por la solidez y claridad de la argumentación presentada. Coincide con ello la innegable influencia que dichos sistemas tienen en el ordenamiento jurídico, legal y constitucional de Chile.

Esto motiva a efectuar una breve revisión de los fundamentos que, en ambos ordenamientos, han sido presentados para levantar la tesis de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Todo con la intención de verificar si es posible sostener idénticas o similares justificaciones en Chile, partiendo de la hipótesis de que aquello es efectivo.

2.

PREVENCIONES

Antes de iniciar el análisis es necesario efectuar algunas prevenciones. Dada la complejidad del tema, en esta oportunidad se opta por circunscribir el estudio únicamente a la procedencia del deber del Estado de indemnizar a las personas por los daños producidos por

² PEÑA TORRES, Marisol, “Inconstitucionalidad de la ley y responsabilidad del Estado legislador”, exposición realizada el 24 de agosto de 2007 en el IX Seminario de Actualidad Jurídica Chilena, organizado por el Centro de Estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, inédita.

la actividad del legislador. Se eluden los aspectos vinculados al tema que tienen relación con la competencia y el procedimiento para conocer de dichas reclamaciones, los daños indemnizables, la extensión de las reparaciones, si ella es procedente en todos los casos o solamente ante leyes declaradas inconstitucionales y, en general, todo aspecto diferente del ya aludido.

3.

PLAN DE ANÁLISIS

A continuación, para cumplir con el objetivo propuesto en este trabajo, se revisará, en primer lugar, el panorama general del tema en la jurisprudencia y la doctrina francesas, luego, de la jurisprudencia y la doctrina españolas, para continuar con el panorama presentado en el ordenamiento jurídico chileno y finalizar con la reseña de las conclusiones.

4.

PANORAMA EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA FRANCESAS

La doctrina internacional señala que los antecedentes más remotos de formulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador se encuentran en la jurisprudencia francesa, y que ella ha configurado tal construcción incluso antes que la doctrina.

En Francia, ya en 1835, se conocía de un caso en que un ciudadano reclamaba una indemnización por los daños que había significado a su patrimonio el cierre de su fábrica, originado por una prohibición legal de fabricación y venta de sucedáneos del tabaco, dictada con la finalidad de proteger el monopolio de dicho producto. En aquella oportunidad, según cuenta un fallo pronunciado por el Consejo de Estado francés, con fecha 11 de enero de 1938, se optó por la negativa a declarar que el Estado respondería patrimonialmente por el hecho del legislador.

Se argumentó que la ley, al ser una norma general, no afectaba situaciones jurídicas de personas determinadas, sino que su aplicación beneficiaba o perjudicaba a todos por igual. Ello significa que no produciría un daño *especial* a algunos individuos y, por tanto, el Estado no tendría el deber de indemnizar aquel daño. La especialidad aquí aludida, como explica VEDEL, se refiere a que el perjuicio alegado ha de estar individualizado o ser individualizable, es decir, que no afecte a la totalidad de los individuos destinatarios de la norma, pues solo en aquel caso se lo entenderá como anormal y antijurídico.³

En la misma oportunidad, el Consejo de Estado francés sostuvo la tesis, mantenida hasta ahora en algunos sistemas, que admite como procedente una indemnización por los eventuales perjuicios producidos por una ley, si la misma norma concede tal posibilidad.

En 1938, en el conocido Arrêt de La Fleurette, por primera vez el Consejo de Estado francés estimó procedente una indemnización a cargo del Estado, para resarcir de los perjuicios producidos a un ciudadano por una ley de 1934 que disponía:

Está prohibido fabricar, promover, poner en venta o vender, importar, exportar o traficar:
1. bajo la denominación de crema, seguida o no de un calificativo, o bajo una denominación de fantasía cualquiera, un producto que presente el aspecto de la crema, destinado a los mismos usos, no proveniente en forma exclusiva de la leche, la agregación o adición de materias grasas distintas a esta, especialmente prohibida.⁴

La aplicación de la referida ley obligó a la sociedad La Fleurette a abandonar la fabricación de su producto denominado Granadine, el cual, al no estar compuesto en un 100% por leche, se encontraba entre los productos prohibidos.

En tal oportunidad el mencionado tribunal acogió la pretensión del actor por considerar: que la actividad desarrollada por la sociedad reclamante era lícita, no reprobable ni dañina; que de la historia de la ley no podía extraerse ninguna intención del legislador de someter al actor a alguna carga distinta a las que normalmente asume cada persona; y que la carga impuesta por la ley es en beneficio de la sociedad toda y, por lo tanto, debe ser soportada, también, por la colectividad, no por una sola persona.⁵ Sin embargo, con esta tesis era necesario que el demandante probara, ante el silencio de la ley, que el legislador no había pretendido excluir el derecho a indemnización.⁶

³ VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, traducción a la 6.ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Aguilar, Madrid, 1980. p. 323.

⁴ CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución política de 1980*, Editorial Jurídica, Santiago, 1982, p. 101.

⁵ *Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 219.

⁶ CHECA GONZÁLEZ, Clemente, "La responsabilidad patrimonial de la Administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley", en *Revista Ius et Praxis*, año 10, n.º 1, 2004, p. 50.

Esta tesis fue nuevamente aplicada en el fallo *Caucheteux et Desmont*, de 21 de enero de 1944, en el cual se reconoció el derecho a ser indemnizada por el hecho del Estado legislador a una fábrica de glucosa que había cerrado a causa de una ley de 1934, destinada a proteger a los productores de cereales, que reducía el porcentaje de productos diferentes a la malta, la cebada y el lúpulo dentro del proceso de elaboración de la cerveza.

Fue en 1963, en el caso conocido como el *Arrêt Boveró*, cuando el Consejo de Estado reconoció de forma más amplia la responsabilidad patrimonial legislativa. Desplazó el centro de gravedad de la consideración de la responsabilidad del Estado como una modalidad de régimen especial de responsabilidad, a ser considerada como una responsabilidad pública de derecho común o *responsabilité sans faute*, al fundarse sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas. La doctrina mantuvo que la producción de un daño por un acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, salvo que el legislador excluya expresamente tal derecho.⁷

Al decir de la doctrina, los tres fallos citados obedecen a que la medida legislativa impone un sacrificio de intereses particulares a favor de la protección de otros intereses particulares, razón por la cual la no referencia tácita o expresa del legislador respecto a la indemnización obliga al Estado a pagar.⁸

A partir de ello, también es posible señalar que —al menos en sus formulaciones tempranas— la doctrina, sentada por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, reposa sobre los siguientes elementos:⁹

- La fuente de la responsabilidad, en todos los casos, está constituida por leyes formales y no reglamentos o actos de ejecución de la ley.
- La responsabilidad patrimonial surge a partir de la intervención limitativa o ablativa de derechos.
- Se concede la reparación patrimonial si es imposible establecer que el legislador ha querido excluir la posibilidad de indemnización, en el caso de la ley cuya aplicación produce el daño.
- En caso de silencio del legislador acerca del régimen de indemnización producto de la afectación de derechos, se presume el derecho a indemnización.

⁷ *Ibidem.*

⁸ DE LUIS y LORENZO J. F., *Artículo 24 de la Constitución y Poder Legislativo. Consideraciones sobre la responsabilidad de la Administración del Estado por la actividad del Poder Legislativo*, t. XVI. 1989, p. 641.

⁹ Las conclusiones que se enuncian se extraen, conjuntamente, de las obras de RIVERO, Jean, *Derecho administrativo*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1984. p. 343 y ZUÑIGA, Francisco, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 40.

- El particular no tiene derecho a solicitar indemnización si la actividad afectada por la aplicación de la ley es contraria a derecho.
- Los particulares no están obligados a soportar, por sí solos, cargas que van en beneficio de toda la sociedad.
- Es irrelevante que no existan disposiciones constitucionales que establezcan al Estado como pasible de responsabilidad patrimonial por actos del legislador.¹⁰

Estas conclusiones son plenamente coincidentes con lo que propone DUGUIT en su obra *Las transformaciones del derecho (público y privado)*:

Si la realización de una actividad colectiva [...] ocasiona un perjuicio a un grupo o a un individuo, el patrimonio afectado al fin colectivo es el que debe soportar la carga del perjuicio [...] resulta de esto que si la organización y el funcionamiento de un servicio ocasiona a un grupo o a un individuo cargas excepcionales, un perjuicio particular, el patrimonio afectado a este servicio público debe soportar la reparación del perjuicio, con la condición, sin embargo, de que haya una relación causa-efecto entre la organización o el funcionamiento del servicio y el perjuicio.¹¹

Visto así, el Estado es asegurador de lo que se llama frecuentemente *riesgo social*, es decir, el riesgo resultante de su actividad prestadora y social, que se traduce en la intervención del Estado. La responsabilidad del Estado siempre se funda en dicha idea, aun cuando medie culpa de sus agentes. El Estado es responsable, no porque actúe con culpa, sino porque asegura a los administrados contra todo riesgo social, contra todo daño proveniente de su intervención, sea esta regular o irreprochable, sea acompañada de culpa o negligencia de sus agentes.¹²

Esta noción es coincidente con la tendencia a comprender al Estado como un *servicio público* —en lugar de un *conjunto de potestades*—, que conduce a configurar un sistema de responsabilidad patrimonial, objetivo y directo de la Administración, al sustituirse (con los límites que luego se indicarán) el sistema de imputación por culpa que ha mantenido el derecho civil por un principio de imputación objetiva. Se acoge, pues, la tesis sustentada por el Tribunal de Conflictos francés, el cual, desde su famoso Arrêt Blanco, del 8 de febrero 1873, ha mantenido la singularidad de la responsabilidad administrativa respecto a la responsabilidad extracontractual entre particulares, regulada en las normas de derecho civil.

¹⁰ Esta conclusión es del autor.

¹¹ DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, traducción de Posada y Jaén, Editorial Heliastra, Buenos Aires, 1975.

¹² DUGUIT, León, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, pp. 469-470, citado por ZÚÑIGA, Francisco, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 34.

Los precedentes señalados han sido confirmados por la jurisprudencia francesa en causas posteriores, extendiéndose incluso a daños originados por tratados internacionales, como ocurrió en los Arrêts C. Générale d'Énergie Radioélectrique, de 30 de marzo de 1966, y Burgat, de 29 de octubre de 1976.

5.

PANORAMA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA ESPAÑOLAS

La situación en España está directamente determinada a partir de tres normas: el artículo 9.3 de la Constitución, que contiene el principio de responsabilidad de los poderes públicos; el artículo 106.2 del mismo cuerpo, que establece el derecho de los particulares a ser indemnizados, en los términos establecidos por la ley, por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; y el artículo 139.9 de la ley n.º 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), el cual dispone que las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

Para CHECA GONZÁLEZ, los preceptos de la LRJ-PAC que disciplinan este tema son aplicables, con carácter general, a todos los supuestos de indemnización de los daños producidos por los poderes y órganos públicos, salvo, únicamente, que exista una regulación especial, como, por ejemplo, ocurre en el supuesto de responsabilidad por actuaciones judiciales. El apartado 4 del artículo 139 de dicha ley señala que la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la ley orgánica del Poder Judicial.

El mismo autor sostiene que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado descansa sobre el principio de la objetividad, tesis sustentada por el Tribunal Supremo, desde 1943, en numerosos pronunciamientos. También es mantenida por el Consejo de Estado en múltiples dictámenes recaídos sobre esta materia, en los que se ha puesto de relieve: que

la culpa ha dejado de ser el fundamento del sistema de responsabilidad, que se ha convertido, simplemente, en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la Administración y que ha sido reemplazada por las necesidades de establecer, de modo obligatorio y para dar lugar a reparaciones patrimoniales, una relación de causalidad entre el acto del órgano de Estado y el daño producido, la calidad de avaluable del daño y la posibilidad de que este sea individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

Dicha doctrina es recogida en diversas sentencias que, por medio de la interpretación del ordenamiento legal, según los principios constitucionales y la superación de las teorías de la ley-pantalla, la invocan. Aplican el artículo 139.9 de la LRJ-PAC, sin prestar atención a si el acto legislativo reclamado recoge o no expresamente la procedencia de una indemnización, y ponen en su lugar especial atención a si el daño consiste en un sacrificio especial e imprevisible para alguna persona, y si vulnera los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y de equilibrio en las prestaciones.¹³

Esto es duramente criticado por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien sostiene que el Tribunal Supremo está reconociendo, con una notable liberalidad, la posibilidad de obtener indemnizaciones por los perjuicios que pueden derivarse para los particulares de la aplicación de ciertas leyes, tanto del Estado como autonómicas. Expresa que del principio de responsabilidad del Estado, contenido en el artículo 9 de la Constitución española, no es posible extraer una figura de responsabilidad patrimonial del Estado, y que los tribunales contencioso-administrativos carecen de competencia para pronunciar sentencias de condena contra el legislador.¹⁴

En el mismo sentido se expresan las doctrinas que JIMÉNEZ LECHUGA caracteriza como las teorías negativas de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, las cuales sostienen:

Si el poder constituyente hubiese querido responsabilizar al poder legislativo ordinario por hechos o actos derivados de la aplicación de las leyes, hubiese debido incorporar, lógicamente, tal responsabilidad a los preceptos constitucionales en los que los regula (título III), exactamente como lo hizo para los otros poderes del Estado (Corona, Gobierno, Administración y Tribunales), en sus

¹³ Ilustrativo, en este sentido, es un fallo del Tribunal Supremo de abril de 1997, en el que se declara que la omisión de previsión legal expresa sobre la materia de responsabilidad no impide la correspondiente indemnización, siempre que se demuestre que la norma procedente del Poder Legislativo supone, para sus concretos destinatarios, un sacrificio patrimonial de carácter especial.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Madrid, Civitas, 2007.

títulos respectivos. En consecuencia, si pudiendo y debiendo haber hablado, calló, es porque tal responsabilidad quiso excluir: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*.¹⁵

Muestra de aquellas sentencias son, por ejemplo, las del Tribunal Supremo del 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 6 de julio de 1999, referidas a la indemnización a que se tiene derecho por la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios, derivada del Tratado de Adhesión de España a la Unión Europea; o las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1998 y 9 de octubre de 1998, en las que también se accede a la petición de indemnización solicitada por los perjuicios ocasionados por haber implantado un impuesto por la ley del Parlamento de Canarias n.º 5/1986, del 28 julio, del impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo, que las empresas afectadas no podrán repercutir, en cuanto a los *stocks* que tienen en sus depósitos en el momento de aplicarse la nueva imposición, dado que los precios de venta al público serán fijados administrativamente y, al rebajarlos, resultarán inferiores a la suma del precio de compra y el nuevo impuesto autonómico.

Incluso en sentencias que han denegado la demanda de indemnización, los argumentos empleados por el sentenciador no se dirigen a negar de plano la procedencia de la responsabilidad patrimonial del legislador, sino que rechazan la demanda por no configurarse los supuestos o elementos esenciales para originar la obligación de resarcir.

Tal es el caso, entre otros, de la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los daños y perjuicios padecidos por los agentes de aduanas como consecuencia de la entrada en vigor del Acta Única Europea, cuya firma es autorizada por acuerdo del Consejo de Ministros del 14 febrero 1986, y ratificada por la ley orgánica n.º 4/1986 del 26 noviembre. Al alegarse que las decisiones estatales españolas originan a aquéllos perjuicios en concepto de indemnizaciones abonadas a trabajadores, no amortización de inversiones, pérdida de instalaciones y clientes, daño moral y profesional, pérdida de trabajo y lucro cesante, en las sentencias del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1998, 6 de julio de 1999 y 15 de julio de 1999 se declara que no se dan las circunstancias determinantes de la concurrencia de un sacrificio particular de derechos o intereses legítimos suficiente para dar lugar a la exigencia de responsabilidad patrimonial derivada de la actuación del Gobierno.

¹⁵ JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco, *La Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Una visión de conjunto*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Santiago, 1999, p. 69

Habida cuenta de lo dicho, se puede señalar que la doctrina sentada por la jurisprudencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador se construye a partir de los siguientes elementos:

- Se reconoce la responsabilidad patrimonial por hecho normativo del legislativo, sin la existencia de una norma constitucional expresa que la disponga; se basa en la disposición general de responsabilidad del Estado, del artículo 9.3 y en la directa aplicación de la Constitución.
- Se interpretan las disposiciones legales, especialmente el artículo 139.9 de la LRJ-PAC, de forma que permite conceder la reparación patrimonial incluso en aquellos casos en que la ley no la prevé.
- Se establece que procede la indemnización cuando se trata de daños que los particulares no están jurídicamente obligados a soportar y no se trata de actos expropiatorios.
- La indemnización procede cuando, por actos del legislador, el particular ve afectados sus derechos y ello importa un sacrificio especial, con infracción a los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

6.

PANORAMA EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA CHILENAS

Corresponde ahora, según el plan de análisis, revisar el panorama que presenta el tema en Chile. Como primera aproximación, se puede decir que no existen antecedentes jurisprudenciales que aborden en propiedad la materia. En efecto, cuatro sentencias son citadas por la doctrina tradicional como ejemplos de eventuales indicios de la aplicación de esta teoría en Chile. Se trata de los conocidos casos *Comunidad Galletué con Fisco de Chile*, *Sociedad Agrícola y Forestal Casagrande Ltda. con Fisco de Chile*, *Sociedad Agrícola Lolco Ltda. con Fisco de Chile* y, recientemente, *Sociedad Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile*.

Si bien las tres primeras sentencias condenan al Estado Fisco a pagar una compensación económica, lo hacen a causa de hechos del Estado normador en ejercicio de la potestad

decretal,¹⁶ mas no por actos del legislador.¹⁷ Lo cual, si bien constituye un importante avance en la superación de la vieja y preconstitucional doctrina del *ius eminens* (con su formulación anglosajona: *the king can do not wrong*), no es coincidente con las características que presenta la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que supone que el acto dañoso es de un órgano diferente a la Administración.

Además, como se ha señalado en páginas anteriores, una de las objeciones que tempranamente se formulan a la responsabilidad del Estado legislador es que sus actos propios, las leyes, tienen carácter general y, por lo tanto, no pueden producir un daño especial, objeción que desde hace tiempo ha sido superada respecto de la potestad decretal.

Solamente el cuarto caso, *Sociedad Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile*, aborda la situación de perjuicios provocados por la aplicación de una ley, pero no desde una perspectiva reparatoria de la intervención ablatoria del legislador, sino a partir de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas preconstitucionales,¹⁸ el alcance del concepto de función social de la propiedad, el límite a las regulaciones del dominio y el concepto de *regulatory takings*.¹⁹

Respecto de la doctrina, es posible sostener que en esta materia se encuentra dividida. AYLWIN AZOCAR es partidario de la tesis que sostiene la irresponsabilidad del Estado legislador, salvo que una ley expresamente acuerde lo contrario a favor de los afectados, por su entrada en vigencia o aplicación.²⁰ CALDERA DELGADO, por su parte, es de la idea de que basta la existencia de un perjuicio que constituya un atropello a un derecho fundamental para que dicha ley sea, además de inconstitucional, la causa de una indemnización reparatoria.²¹

Sin embargo, pese a la inexistencia de antecedentes jurisprudenciales y la división de la doctrina —que reproduce exactamente los mismos argumentos de la doctrina y la jurisprudencia citados en los puntos anteriores—, de la revisión de la Constitución chilena se puede concluir que en Chile se reproducen las condiciones y los elementos que en Francia y España fundan la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

¹⁶ Tal conclusión es compartida por ZÚNIGA, Francisco, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 114, quien, sin embargo, cita aquellos fallos como “Jurisprudencia acerca de la responsabilidad del Estado legislador”.

¹⁷ A pesar de ello, estos fallos, en su parte considerativa, contienen sendos razonamientos que señalan que la responsabilidad del Estado se extiende al hecho del legislador, en tanto lesione o perjudique garantías o derechos fundamentales que la Constitución asegura.

¹⁸ ZÚNIGA, Francisco, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, p. 130.

¹⁹ FERMANDOIS, Arturo, “Inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en *Sentencias destacadas 2004*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2005, p. 19.

²⁰ AYLWIN AZOCAR, Patricio, *Derecho administrativo*, Editorial Universitaria, vol. 11, 1960, p. 19

²¹ CALDERA DELGADO, Hugo, o. cit., p. 51.

En efecto, tales características parten de la base misma de la noción de Estado constitucional de derecho. Así, JELLINEK señala que el fundamento actual de la responsabilidad del Estado en sus diversas facetas no es otro que el Estado de derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger a los gobernados en sus derechos. Un Estado de derecho “irresponsable” es una contradicción en sus propios términos. Estado de derecho y responsabilidad son términos correlativos.²² Y es la propia Constitución chilena, norma suprema y directamente aplicable,²³ conforme a su artículo 6, la que consagra la base institucional de responsabilidad del Estado.

Ello se ve reforzado, pues:

En la actualidad, la fuerza normativa directa de la Constitución, sin necesidad de la mediación de la ley, es indiscutida. Entre nosotros está claramente consignada en el artículo 6.º, inciso 2.º, de la Carta Fundamental, que establece lo que el Tribunal Constitucional ha denominado el principio de ‘vinculación directa de la Constitución’. A partir de ello, puede sostenerse que ya no es posible que existan disposiciones programáticas en nuestro Código Político, pues aunque la ley ordenada por él no se dicte, impera directamente la Constitución. Pero ello, sin duda, no deja a salvo la responsabilidad del Estado legislador.²⁴

Al igual que en Francia, y según la teoría de DUGUIT, para el ordenamiento jurídico chileno el Estado se encuentra sustancialmente determinado por el principio de *servicialidad*, su orientación al bien común y el deber de respetar plenamente, incluso en aquellas materias, los derechos y garantías que la Constitución establece (artículo 1, inciso 4, CPR).

Para cumplir con dichas tareas, el Estado dispone de un grupo considerable de potestades frente a las personas, las cuales han de someterse a los principios de legalidad objetiva y subjetiva que exige el pleno imperio de los derechos fundamentales y el respeto por la dignidad humana.²⁵ Estos principios se encuentran asociados al principio general de responsabilidad del Estado que, al igual que en el caso español, presenta una formulación genérica en las bases de la institucionalidad y sendas consagraciones específicas en su faz patrimonial, en los artículos 19, número 7, literal 1, y 38, inciso 2.º, sin que dichas referencias específicas

²² JELLINEK, George, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970. p. 591.

²³ “La posición clásica sostenida, todavía en 1979, por Georges VEDEL y Pierre DEVOLVÉ, según la cual, en algunos casos, los principios constitucionales no pueden aplicarse independientemente de la ley, mientras que estos principios podrían aplicarse independientemente de la Constitución, ya no es válida hoy en día. Todas las normas constitucionales son de aplicación directa y no necesitan la ley para hacerse operacionales”. FAVOREU, Luis, “La constitucionalización del derecho”, *Rev. Derecho* (Valdivia), vol.12, n.º 1, Valdivia, agosto de 2001, p. 26.

²⁴ PEÑA TORRES, Marisol, o. cit.

²⁵ En este punto la *Constitución chilena es incluso más rigurosa* que los ordenamientos comparados a los cuales se alude, pues el papel central que juega el concepto ‘dignidad humana’ en el diseño constitucional nacional robustece significativamente aquellos argumentos que fundan el derecho a reparación por hecho del legislador en la igualdad ante las cargas públicas, pues la dignidad de la persona humana repudia la afectación inmune de los derechos fundamentales de una persona, incluso en aquellos casos en que produzca un beneficio para la sociedad.

tengan la virtud de restringir únicamente a dichos supuestos el deber de reparación patrimonial del Estado frente a sus intervenciones ablativas de derechos.

En efecto, dichas disposiciones, en lugar de ser consideradas como las únicas fuentes de responsabilidad patrimonial del Estado Fisco por actos de poderes del Estado, han de ser dimensionadas como disposiciones que concretan, perfilan y disciplinan la procedencia y el alcance de la responsabilidad por hechos del juzgador y administrador, en los casos que tales disposiciones mencionan, pero sin que ello signifique, en caso alguno, la negación de otras formas de responsabilidad patrimonial del Estado. Tal como ocurre en España con los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución.

Vale entonces, también para el caso chileno, lo que sobre este punto anota JIMÉNEZ LECHUGA:

Si la propia Constitución se fundamenta a sí misma sobre una serie de *valores superiores*, en función de los que debe ser interpretada y aplicada, y dos de esos valores superiores son, precisamente, la justicia y la igualdad (artículos 1.1, 9.2, 10 y 14), sería ir gravemente contra su espíritu, aunque se respetara su letra, hacer prevalecer normas, interpretaciones o soluciones que contradigan o menoscaben la efectividad de aquellos valores.²⁶

Tampoco es menester, entonces, que la responsabilidad patrimonial de alguna de las ramas del Estado sea objeto de desarrollo legislativo para hacerse concreta, pues la fuerza directa de la Constitución es incompatible con la idea de la *ley-pantalla*.²⁷

Por otra parte, el dogma de la infalibilidad y plenitud de la soberanía, o *fetichismo de la ley*,²⁸ en el caso chileno se encuentra plenamente superado.²⁹ Se sabe que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto por los derechos esenciales que emanan de la

²⁶ JIMÉNEZ LECHUGA Francisco, o. cit., p. 69.

²⁷ La idea de la *ley-pantalla*, tan bien descrita por el profesor francés Louis FAVOREU, también ha ido desapareciendo. Según esa tesis, la ley es una forma de regulación imprescindible, de modo que la Constitución no podrá aplicarse si no se dictan las respectivas normas legales que deben concretar una determinada institución. Bajo el imperio de la Constitución de 1925, así ocurre con la institución de las asambleas provinciales, con los tribunales contencioso-administrativos y con la acción de indemnización por error judicial. A su turno, la tesis de la *ley-pantalla* también ha influido en que algunos importantes órganos del Estado, como la Contraloría General de la República, afirmen la juridicidad de disposiciones reglamentarias, sobre la base de la ley que las ampara, aunque esta sea derechamente contraria a la Constitución. PEÑA TORRES, o. cit.

²⁸ Como escribió BACHOF, si por siglos los derechos esenciales han sido lo que la ley ha determinado, aunque exista una Constitución, ahora la ley es tal y vale solo en la medida que regula el ejercicio de aquellos derechos, y respeta en los términos proclamados y asegurados en la Carta Fundamental. De modo que, hasta hoy al menos, el modelo weberiano de la dominación racional sobre la base de la legalidad formal va quedando superado. BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1983, p. 44.

²⁹ El Código Político es, cada día más, comprendido como un sistema de valores, articulado con la forma de derecho positivo. Es decir, se reconoce que las Constituciones sistematizan bienes jurídico-políticos que representan el ideal de un derecho superior a la legalidad vigente, mejor que esta y trascendente a ella. CEA EGAÑA, José Luis, "La justicia constitucional y el tribunal de la Constitución en Chile", *Rev. derecho*, (Valdivia), vol.12, n.º 1, Valdivia, agosto de 2001, p. 109.

naturaleza humana, sin distinción, pero guardan especial relevancia, en este caso, los derechos a la igualdad ante la autoridad, la ley, los tributos y las cargas públicas, y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Es conocido también que la actividad legislativa está a un doble control³⁰ de su adecuación a la Constitución.³¹

Por último, y como esto es aplicable tanto al caso chileno como al español y francés, el carácter general de la ley —cuando efectivamente se trata de leyes generales—, ratificado en el caso chileno por el artículo 63, n.º 20, y empleado en la jurisprudencia temprana de los tribunales franceses para negar la procedencia de la reparación patrimonial de los perjuicios eventualmente ocasionados por esta fuente del derecho, no aparece como obstáculo si se coincide con la distinción que sugiere FRIEDRICH entre la ley como *decisión general* de la voluntad soberana y su aplicación a un caso concreto por un juez que la convierte en *decisión específica*, que es la causa inmediata del perjuicio sufrido por el individuo y que, por tanto, traslada dicha afectación desde la generalidad de los destinatarios de la norma, situación en la cual no habría infracción al principio de la igual repartición de las cargas públicas, hasta un destinatario específico.³²

³⁰ “El cambio en la relación con la ley y, con ello, una transformación en el sentido político de la función judicial se percibe al tener en cuenta que la sujeción a la ley, bajo el esquema de organización del poder propio del Estado liberal de derecho, exigía del juez una asunción acrítica de los contenidos legales, al estarle vedado cuestionar la validez de las normas que aplicaba, de este modo, se garantizaba la primacía del Legislativo sobre los demás poderes, en tanto sus actos eran jurídicamente incontrovertibles. Sin embargo, las circunstancias que explican la crisis del Estado liberal y llevan a reforzar el valor de la Constitución conducen a modificar la relación entre el juez, ley y Constitución; de ser un gendarme de la ley, el juez pasa a ser el encargado de recrear el derecho al momento de su aplicación al caso concreto, ensamblando múltiples piezas jurídicas, no siempre compatibles entre sí, para construir una respuesta que resulte admisible dentro del marco de posibilidades permitidas por la Constitución. Ello ha conducido a incorporar el examen de la validez de las leyes en el momento de la decisión judicial, como herramienta necesaria para buscar soluciones jurídicas constitucionalmente admisibles”. CEA EGAÑA, o. cit, p. 111.

³¹ En el caso francés, la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador se ha desarrollado incluso antes de la existencia de un control de constitucionalidad de las leyes.

³² FRIEDRICH, Carl, *Gobierno constitucional y democracia, teoría y practica en Europa y América*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 367.

7.

CONCLUSIONES

La aplicación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en Francia, surge a partir de la intervención legislativa ablatoria de derechos de las personas, cuando la actividad afectada o el ejercicio del derecho conculcado no es contrario al ordenamiento jurídico, sin necesidad de que la ley disponga tal posibilidad, a partir de la idea de que nadie está obligado a soportar cargas que van en beneficio de toda la comunidad sin resarcimiento alguno, y sin que exista vinculación con alguna disposición constitucional que la disponga.

En Francia, la aplicación de esta teoría se ha consolidado en el tiempo y ha llegado incluso a aplicarse a daños producidos por la adopción de acuerdos internacionales. La aplicación de la misma teoría en España tiene base constitucional. Sin embargo, esta disposición, que no hace alusión expresamente al legislador como pasible de responsabilidad patrimonial, ha sido interpretada como fuente de responsabilidad patrimonial para todos los poderes del Estado, sin necesidad de requerir desarrollo legislativo.

En España existe una ley que ordena la materia, la cual establece ciertos requisitos, como la determinación por la misma ley de la procedencia de una indemnización. Sin embargo, la jurisprudencia ha obviado tal requerimiento y ha concedido indemnizaciones incluso ante el silencio del legislador.

En ambos casos, el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado no requiere culpa. En Chile no existen precedentes jurisprudenciales que aborden propiamente la materia. Por su parte, la doctrina se encuentra aún dividida.

Las condiciones que en Francia y España fundan la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador concurren también en Chile: existen una Constitución reconocida como norma suprema y directamente vinculante, un Estado constitucional de derecho, un principio que ordena la servicialidad del Estado, una cláusula constitucional de responsabilidad general del Estado, consagraciones específicas de la responsabilidad patrimonial del Estado referidas a las funciones administrativas y jurisdiccionales que no tienen el efecto de restringir únicamente a dichos supuestos el deber de reparación patrimonial del Estado frente a sus intervenciones ablatorias de derechos, y el dogma de la infalibilidad y plenitud de la soberanía en el caso chileno se encuentra plenamente superado en virtud de los controles de constitucionalidad a que se someten los proyectos de ley y las leyes vigentes.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que se confirma la hipótesis señalada al comienzo de esta monografía: que es posible encontrar en el sistema jurídico chileno los mismos elementos que permiten la fundamentación de la teoría de la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador en España y Francia.

BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN AZOCAR, Patricio, *Derecho administrativo*, Editorial Universitaria, vol. 11, 1960.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1983.
- CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución política de 1980*, Editorial Jurídica, Santiago, 1982.
- CEA EGAÑA, José Luis, “La justicia constitucional y el tribunal de la Constitución en Chile”, en *Rev. Derecho* (Valdivia), vol. 12, n.º 1, Valdivia, agosto de 2001.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente, “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, en *Revista Ius et Praxis*, año 10, n.º 1, 2004.
- DE LUIS y LORENZO J. F., *Artículo 24 de la Constitución y Poder Legislativo. Consideraciones sobre la responsabilidad de la Administración del Estado por la actividad del Poder Legislativo*, t. XVI, 1989.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, traducción de Posada y Jaén, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975.
- FAVOREU, Luis, “La constitucionalización del derecho”, en *Rev. Derecho* (Valdivia), vol. 12, n.º 1, Valdivia, agosto de 2001.
- FERMANDOIS, Arturo, “Inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en *Sentencias destacadas 2004*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2005.
- FRIEDRICH, Carl, *Gobierno constitucional y democracia, teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Civitas, Madrid, 2007.
- Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- JELLINEK, George, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970.
- JIMÉNEZ LECHUGA Francisco, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Una visión de conjunto*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.

- PEÑA TORRES, Marisol, “Inconstitucionalidad de la ley y responsabilidad del Estado Legislador”, exposición realizada el 24 de agosto de 2007 en el IX Seminario de Actualidad Jurídica Chilena, organizado por el Centro de Estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, inédita.
- RISSO FERRAND, Martín, “Responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del poder constituyente”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º 7, año 2005.
- RIVERO, Jean, *Derecho administrativo*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1984.
- VEDEL, Gerorges, *Derecho administrativo*, traducción de la 6.ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Aguilar, Madrid, 1980.
- ZÚÑIGA, Francisco, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

Liberalidades y donaciones*

Mabel Rivero **

RESUMEN. En este trabajo se estudian las liberalidades y donaciones en general, para posteriormente identificar diferentes liberalidades que se manifiestan sin cumplir con los requisitos establecidos por el legislador. Se pone especial énfasis en lo referido a las liberalidades en el ámbito del derecho de familia y del derecho sucesorio. Se trata de desentrañar la aplicabilidad de las normas cuando las donaciones son realizadas a terceras personas o a uno o varios herederos forzosos.

ABSTRACT. This article studies the liberality and gifts in general, and it later identifies the different types of liberality which occur without complying with the established requirements of the lawmaker. Special emphasis is laid on liberality within the framework of family law and law of succession. It is an attempt to untangle the applicability of the regulations when gifts are made to third parties or to one or more forced heirs.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Donaciones. 3. Donaciones indirectas. 4. Derecho de familia. 5. Derecho sucesorio. 6. Colación sucesoria y en sociedad conyugal. 7. Donaciones por causa de matrimonio para después de la muerte del donante.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 7 de marzo de 2008. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 15 de mayo de 2008, 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 de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, y de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

1.

INTRODUCCIÓN

Al tratar el tema *liberalidades*, en lo primero que se piensa es en la donación, que aparece definida en el Código Civil, y referida a la donación entre vivos, como el contrato por el cual el donante, que ejerce un acto de liberalidad, se desprende irrevocablemente del objeto donado en favor del donatario que lo acepta.

La donación en cuanto negocio jurídico y en lo referido a su validez debe cumplir con las exigencias del artículo 1261, es decir, que quien la hace debe ser una persona capaz cuya voluntad esté exenta de vicios, debe estar identificado su objeto, y su causa radicará en la mera liberalidad del donante bienhechor, como surge del artículo 1287 del Código Civil, al referirse a los contratos a título gratuito. El donante debe, además, ser persona con capacidad de disponer de sus bienes.

En lo que respecta a la capacidad del donatario, son aplicables las normas referidas al derecho sucesorio, lo que lleva a que MESSINEO¹ se refiera a esa dualidad entre contrato y sucesiones y la identifique como conmixtión de disciplinas jurídicas

Quiere decir que, si se aplica la norma (a pesar de que la doctrina expresa que ello es un reflejo de disposiciones que se remontan al pasado), que es posible donar algo al *nascituris* y, como se trata de un contrato, este deberá celebrarse entre el donante y el representante legal del concebido, donación que estará sujeta a la condición de que el concebido nazca

¹ MESSINEO: *Derecho civil y comercial*, t.V, Ediciones Jurídicas Europa América, EJE, Buenos Aires.

vivo y viable (en interpretación que consideramos adecuada a la lectura del artículo 835 del Código Civil, luego de la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia). Hay similitud, pues, entre lo dispuesto por el codificador respecto a la capacidad del donatario y respecto a la capacidad en materia sucesoria, pero con la peculiaridad de que no se trata de un acto unilateral, como sucede en el caso del testamento, sino de un contrato.

Al respecto, el artículo 627 del Código Civil español dispone, específicamente, que las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiere verificado ya su nacimiento.

2.

DONACIONES

A la hora de descifrar la verdadera naturaleza del negocio jurídico en cuestión, *la donación*, la liberalidad es un elemento fundamental y puede aparecer exteriorizada no solamente al celebrarse un contrato de donación, sino que se puede encontrar en otros actos jurídicos que no revisten forma contractual.

En el diccionario jurídico Escriche la liberalidad aparece identificada como cualquier dádiva o beneficio que se hace a otro; se menciona el pago de una deuda por otra persona distinta del deudor. También aparece en la redacción actual del artículo 893 del Código Civil francés (ley del 23 de junio de 2006), que identifica a la liberalidad como el acto por el cual una persona dispone, a título gratuito, de todo o parte de sus bienes o sus derechos en beneficio de otra persona.

3.

DONACIONES INDIRECTAS

Esas liberalidades, que no aparecen revestidas de las formalidades que exige el legislador al tratar las donaciones, han sido denominadas por la doctrina como *donaciones indirectas*, algunas, y otras como *donaciones disfrazadas*, como se observa en PLANIOL.²

² PLANIOL, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil*, Troisième librairie générale de droit & jurisprudence.

Se podrían rechazar estas denominaciones en la medida en que tales actos no se ajustan, en su aspecto formal, a las exigencias del legislador, es decir, no aparecen revestidas por un ropaje contractual, pero el elemento identificatorio entre unos y otros es, en realidad, la existencia de una liberalidad, o sea, que no se obtiene un provecho del acto. Dicha liberalidad aparece tanto en el contrato de donación como cuando este no se celebra pero existe la voluntad de una persona de beneficiar a otra.

Esto se puede ver claramente cuando, al tratar la colación, el legislador la prevé tanto para el caso en el que el causante hubiera efectuado en vida una donación en favor de un heredero forzoso, como para el caso en el que hubiera pagado una deuda de este, lo que en doctrina se identifica como donación indirecta. El fundamento de la colación es el igualar los derechos de los herederos.

También el caso en el que una persona renuncia a un derecho puede entrañar una liberalidad, pero será necesario estudiar cada situación en concreto, ya que tal renuncia puede hacerse sin el propósito de beneficiar a alguien en particular, sino derivar de un acto de voluntad totalmente ajeno a tal finalidad.

En doctrina se ha señalado la dificultad existente para poder distinguir entre determinados actos en los que aparecen elementos comunes, pero que es necesario analizar para identificar su naturaleza.

Así, se señala que la donación es un contrato y requiere, por lo tanto, que el donante transfiera irrevocablemente la propiedad de un bien (o, más bien, prometa transferir la propiedad, ya que esta opera como consecuencia de la tradición) a una persona llamada *donatario*, que es quien lo acepta. En doctrina se hace notar que la redacción del codificador en cuanto a la irrevocabilidad es una aplicación del principio francés *donner et retenir ne vaut*.

Se puede transferir la propiedad de un bien, pero también se puede constituir un derecho en favor de un tercero, como es el caso en que se dona el usufructo de un bien. El elemento caracterizante, más allá de que implica un enriquecimiento del donatario y un empobrecimiento del donante, es que ello sucede espontáneamente, como dice MESSINEO, por un acto de liberalidad. No se trata, por ejemplo, de cumplir una obligación previamente asumida por el donante.

(Esto no impide que, en algunos casos, el donante grave con una obligación al donatario, en cuyo caso el gravamen no puede exceder a lo donado, o que la donación obedezca a un reconocimiento hacia el donatario, como surge en el caso de las donaciones remuneratorias; ambas aceptadas por el codificador en el artículo 1615).

A su vez, el artículo 1249 del Código Civil, al referirse a los contratos gratuitos, los describe como aquellos que tienen por objeto la utilidad de una de las partes, a la vez que la otra sufre el gravamen, y el artículo 1287 señala que la causa en los contratos gratuitos se encuentra en la mera liberalidad del bienhechor.

De los textos parece asimilarse el concepto *gratuidad* con el de *liberalidad*, pero, en definitiva, es el propósito de una persona de beneficiar a la otra el elemento a tener en cuenta cuando se analiza la naturaleza jurídica de distintos actos o negocios jurídicos en los que aparece tal propósito.

Para identificar dicho negocio como donación, se requiere que esté revestido con un ropaje contractual, en el cual haya una conexión de voluntades del donante y del donatario, uno en dar y el otro en recibir, sin perjuicio de aquellas normas específicas que menciona el codificador cuando dispone que, al tratarse de donaciones por causa de matrimonio, estas no pueden ser atacadas ni anuladas por falta de aceptación expresa (artículo 1664).

El negocio en sí mismo debe entrañar un enriquecimiento de uno y el correlativo empobrecimiento del otro, pero ello derivado del propósito de beneficiar al otro. Se entiende, por ejemplo, que en el caso del comodato no puede verse una donación, ya que no hay correlativos empobrecimientos y enriquecimientos, punto que, sin embargo, lleva a la reflexión, ya que quien confiere el comodato se priva de las ganancias que podría obtener del bien.

Las distintas situaciones que han dado lugar a que se hable de *donaciones indirectas* (denominación que ha sido criticada, ya que no están revestidas del ropaje legal exigido para tal negocio jurídico, por lo que se ha preferido la denominación de *liberalidades anómalas*), pueden resultar no solo de actos jurídicos, sino también de hechos. La doctrina señala, por ejemplo, el caso de edificar o plantar en suelo ajeno si no se reclama por ello.

Esas donaciones indirectas o liberalidades anómalas, según se las llame, pueden resultar también de actos jurídicos que aparentan una finalidad pero encierran un propósito diverso. Al respecto MESSINEO señala que hay actos o negocios que tienen una causa típicamente diversa y divergente del espíritu de liberalidad, o sea, una causa onerosa y un contenido diverso de la donación, pero, sin embargo, determinan, aunque sea indirectamente, y también ulteriormente, un efecto de liberalidad y de correspondiente empobrecimiento del patrimonio de quien da.

El autor expresa que no existe una figura general y abstracta de donación indirecta, que pueda encarnarse en un tipo de acto o negocio que tenga, por sí, causa onerosa; existen figuras singulares de actos o negocios, cada uno de los cuales es un acto o negocio directo, y la donación indirecta no puede subsistir más que por intermedio de una de dichas figuras.

Así, en el Código Civil italiano se encuentran normas como el artículo 809, que se refiere a la aplicación de las normas sobre donación a otras liberalidades (estipulación para tercero, renta vitalicia a favor de tercero, seguro a favor de tercero) que no revistan las formas de la donación tal como están tipificadas en el artículo 769 (figura contractual). Se encuentra también el artículo 770, que se refiere a las donaciones remuneratorias y en su último inciso dispone que no son donaciones las liberalidades que se suelen hacer por servicios o de acuerdo con los usos.

En el Código uruguayo sucede algo similar; por ejemplo, en el caso de la donación por causa de matrimonio para después de la muerte del donante, que en el artículo 1652 exonera de la prohibición de enajenar, a título gratuito, los bienes comprendidos en aquella, los pequeños valores hechos para recompensa de servicios o por otras justas consideraciones. Fuera de casos especialmente referidos, la doctrina debe acudir a desentrañar, en cada caso concreto, la naturaleza jurídica del acto, y ello sin perjuicio de tener en cuenta que el artículo 412 del Código Civil, al referirse a las prohibiciones del tutor, admite las cortas dádivas remuneratorias o presentes de uso, lo que recoge un criterio similar al referido en el Código Civil italiano o a los otros casos mencionados.

PLANIOL, además de referirse a las donaciones indirectas, identifica las disimuladas o disfrazadas. Se refiere a aquellos casos en los cuales la donación está oculta detrás de la pantalla conformada por otro negocio jurídico, lo que puede dar lugar a la simulación.

4.

DERECHO DE FAMILIA

En derecho de familia existen una serie de normas que prohíben realizar donaciones, como es el caso de la prohibición de realizar donaciones entre los cónyuges, salvo los regalos módicos que es usual hacerse en ocasiones de regocijo familiar, como dispone el artículo 1657 del Código Civil, que sí las permite previamente al matrimonio, según surge del artículo 1656.

La prohibición de hacer donaciones entre los cónyuges (fundada, entre otras causas, por la indebida influencia de un esposo sobre el otro, o sobre la inmutabilidad del régimen matrimonial) lleva a que el legislador prohíba, en el artículo 1660, la donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges a los hijos de diverso matrimonio

que tenga el otro cónyuge, o a las personas de quienes este sea heredero presuntivo al tiempo de la donación.

En el Código Civil argentino se encuentra una norma similar en el artículo 1807. Luego de la vigencia de la ley n.º 18246, referida al concubinato, hay otra norma, el artículo 7, que dispone que luego de producido el reconocimiento judicial del concubinato existen entre los concubinos las mismas prohibiciones contractuales que entre los cónyuges.

En la medida en que siempre han dicho los legisladores que reconocen la diferencia entre concubinato y matrimonio, tal vez el fundamento sea el referido a la indebida influencia de un concubino sobre el otro, pero de acuerdo con lo dispuesto en la ley referida no serían observables las donaciones entre concubinos antes del mencionado reconocimiento judicial del concubinato, para lo cual se requiere que hayan transcurrido cinco años de concubinato.

La doctrina ha discutido si cuando un cónyuge repudia una herencia a la que es llamado conjuntamente con el otro, o en el caso en que uno de ellos sea llamado a la herencia como consecuencia de dicho repudio, este repudio —que puede verse como una liberalidad en favor del otro— no encierra una donación indirecta. Aceptarlo sería admitir que se logre, por una vía oblicua, aquello que es prohibido a los esposos.

Es necesario estudiar los motivos que llevan a tal repudio, para discernir si, en tal caso, se está frente a una donación indirecta o si es otro el motivo que lleva a tal repudio, pues puede suceder que el repudiante pretenda escapar a las complejidades y cargas derivadas de su calidad de heredero aceptante de la herencia.

En lo referido a los padres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos, no hay una norma explícita como en el caso de la tutela, en la que, a texto expreso (artículo 412.5), se prohíbe al tutor disponer de los bienes de su pupilo a título gratuito, a no ser a vía de socorro, en pequeñas cantidades, a sus parientes necesitados, o cortas dádivas remuneratorias o presentes de uso, norma que incluye tanto las donaciones como las liberalidades.

Respecto a los padres, si bien no hay una norma explícita como la referida a los tutores, el artículo 271 prohíbe enajenar los bienes raíces de los hijos en terminología que permite aceptar que no puede hacerlo ni a título oneroso ni a título gratuito, si no es por causa de necesidad o utilidad evidente de los hijos, sin autorización judicial y con intervención del Ministerio Público.

Tanto el artículo 412 como el 271 del Código Civil prohíben a padres y tutores la remisión voluntaria de los derechos de los hijos, lo que puede entenderse que encubre también una donación indirecta en favor de un tercero deudor.

En definitiva, tanto para el caso del progenitor como del tutor, lo que el codificador pretende es que los respectivos actos de administración no afecten el patrimonio de los hijos o de los pupilos, el que no puede sufrir gravamen como contrapartida del beneficio que se asigne a un tercero.

En lo referido a la sociedad conyugal, cabe recordar que el legislador prevé como bienes propios de ambos cónyuges aquellos derivados de donaciones, y cabe preguntarse si tienen tal naturaleza los beneficios derivados de distintas liberalidades, aunque no estén revestidas de naturaleza contractual.

De acuerdo con las normas reguladoras de los bienes en materia de sociedad conyugal, la regla es que lo que se obtiene a título oneroso es de naturaleza ganancial y, por lo tanto, lo que deriva de actos o negocios no revestidos con ropaje contractual, pero identificados por el beneficio a favor de cualquiera de los esposos, conformará uno o más bienes propios.

También en lo referido a la sociedad conyugal el codificador permite que cada cónyuge pueda, con los bienes gananciales que administra, hacer módicas donaciones para objetos de piedad o beneficencia (artículo 1972).

Esta norma lleva a reflexionar si es posible aplicar la prohibición que se desprende de ella, no en lo referido a las donaciones en cuanto tales, sino a lo que la doctrina llama *donaciones indirectas*, o *donaciones no contractuales*, como las denomina MESSINEO.

En tal caso, lo que el legislador ha pretendido es que no se puedan realizar actos o negocios sin la correspondiente contrapartida, ya que ello puede afectar los derechos del otro cónyuge (o de acreedores, sin perjuicio de la posibilidad de estos de recurrir a la acción pauliana) y, por lo tanto, puede entenderse aplicable la prohibición a liberalidades que no respondan a las exigencias del legislador en el artículo 1972 del Código Civil.

Si, por otra parte, se estudian las normas que regulan la subrogación en materia de sociedad conyugal (artículo 1937 y siguientes del Código Civil), cuando el legislador dispone que para la subrogación de cosas por valores se requiere que estén previstas en la capitulación matrimonial o en la donación, en tal caso y habida cuenta de la excepcionalidad de la norma relativa a subrogación en materia de sociedad conyugal, se debe requerir que el destino del bien surja de una donación y no de una mera liberalidad en favor de uno de los esposos.

Esta interpretación es una consecuencia de la excepcionalidad de las normas relativas a subrogación en sede de sociedad conyugal, y la destinación del bien con naturaleza de propio debe surgir del estricto cumplimiento de las normas legales que, específicamente, requieren que derive de la capitulación matrimonial o de la donación y que se cumpla con las formalidades que exige el codificador.

5.

DERECHO SUCESORIO

5.1. REDUCCIÓN DE DONACIONES Y COLACIÓN

En materia sucesoria, las donaciones adquieren una relevancia muy especial, en la medida en que los derechos de los legitimarios permiten que se puedan reducir las donaciones que afectan sus legítimas, y también en la medida en que el legislador las ha tenido en cuenta para, en principio, permitir la colación cuando el causante ha hecho donaciones *a sus legitimarios* con la finalidad de mantener la igualdad entre ellos, sin perjuicio de aceptar la voluntad del causante que exima de colacionar a su legitimario donatario, siempre que no afecte la legítima de los restantes.

Son dos situaciones distintas las previstas en materia sucesoria en lo referido a las donaciones; el legislador emplea siempre el término *donaciones* cuando tiene en cuenta la protección de los legitimarios frente a *los actos a título gratuito a favor de terceros* realizados por su causante.

Por ello, y en la medida en que en el ordenamiento jurídico uruguayo existe una protección desmesurada de las legítimas, ya que se puede afectar por legitimarios nacidos muchísimos años después de la donación (cuando el donante ni pensaba en la posibilidad de tener hijos), aquellas donaciones perfectamente adecuadas a la capacidad patrimonial del donante en el momento de hacerlas.

Al respecto, cabe mencionar que el artículo 1832 del Código Civil de la República Argentina dispone que la reducción de las donaciones solo puede ser demandada por los herederos forzosos existentes en la época de la donación; empero, si existen descendientes que tengan derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación. Esta norma acota el derecho de los herederos que pretendan reducir la donación hecha por el causante.

La protección desmedida que el ordenamiento jurídico uruguayo otorga a los legitimarios lleva, en la práctica, a que el donatario pueda verse afectado por la acción de reducción de su donación; por ello, no es inusual que esta se oculte bajo una aparente compraventa. También puede tener dificultades para enajenar un bien que le ha sido donado, ya que el adquirente temerá que el bien que adquiere pueda ser afectado por una posible reducción de la donación.

El bien como tal no dejará de pertenecerle al donatario, pues la acción de reducción permite la reclamación *del valor* de lo donado, no del bien donado; pero el donatario corre el riesgo, si carece de dinero para satisfacer el derecho del legitimario reclamante, de ver afectado el bien en sí mismo.

En el derecho francés, el artículo 924.1 del Código Civil prevé, en redacción derivada de la ley n.º 728 del 23 de junio de 2006, la posibilidad de que el gratificado pueda ejecutar la reducción en naturaleza cuando el bien donado le pertenece aún y está libre de cargas que lo graven a la fecha de la liberalidad, así como de toda ocupación. El artículo le confiere un plazo para ello.

En el ordenamiento jurídico uruguayo, el criterio seguido por el legislador es que las reducciones se hacen siempre en valor, como surge del artículo 1112 del Código Civil, a diferencia de lo previsto para esas situaciones tanto en el derecho italiano como en el francés. El artículo 924.4 del Código francés prevé la posibilidad de accionar contra los terceros detentadores de inmuebles adquiridos al donatario insolvente, y admite la acción de reducción o de reivindicación del bien, aun si se trata de muebles (en el caso de no poder accionar para reivindicar la cosa en posesión de un tercero).

El artículo 563 del Código Civil italiano también prevé la acción reivindicatoria en el caso de que el donatario enajene a terceros el inmueble, o aun bienes muebles, por respeto a los derechos de los terceros de buena fe. El Código citado prevé, además, la posibilidad de que el tercero adquirente pueda escapar a la restitución en naturaleza, si paga el equivalente.

La situación de los donatarios no ofrece seguridad ni a ellos ni a quienes de ellos adquieren. Por eso, en tales casos se deben interpretar las normas que llevan a la reducción de las donaciones en su sentido natural y obvio, o sea, que debe tratarse del contrato de donación y no de liberalidades. No se encuentra una norma como el artículo 809 del Código italiano, que a texto expreso dice que las liberalidades, aun resultantes de actos diversos a aquellos previstos en el artículo 769 (que define la donación), están sujetas a las mismas normas que regulan la revocación de las donaciones por ingratitud o por sobrevenir hijos, y asimismo aquellas sobre reducción de las donaciones para integrar la cuota debida a los legitimarios.

Esto sin perjuicio de tener en cuenta que, si existe simulación en el negocio jurídico que sirve de pantalla a la donación, debe aceptarse la posibilidad de la reducción de esta, disfrazada, como dice PLANIOL.

También cabe mencionar el Código argentino, que en el artículo 3602 dispone que al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones, pero en el artículo 1791 expresa que no son donaciones: la renuncia de una hipoteca o la fianza de una deuda no pagada; la omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella; el dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario. Sin que la mención sea exhaustiva, cabe destacar que el codificador se refiere a situaciones que la doctrina ha mencionado como donaciones indirectas o liberalidades anómalas.

Sin embargo, al tratar la colación (sucesoria) el codificador uruguayo prevé la obligación de colacionar no solamente las donaciones, sino también las liberalidades, como puede entenderse del artículo 1105 del Código Civil, que dispone que se debe colacionar lo que se empleó para el pago de las deudas de un heredero forzoso o para proporcionarle los medios de establecerse. Esto lleva a preguntarse si también deben colacionarse otras liberalidades que no consistan en el pago de las deudas del legitimario, o en lo que se ha dispensado al legitimario para permitirle establecerse.

Como regla general, debe recordarse que los padres no están obligados a proporcionar a sus hijos los medios para establecerse, como surge del artículo 116 del Código Civil, pero están obligados a servirles alimentos cuando son menores de edad o, si son mayores, cuando el hijo no está en condiciones de bastarse por sí mismo, como surge de las normas legales al respecto y de los principios reguladores de las obligaciones alimentarias.

En materia de colación, ello surge de lo dispuesto en los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, que en definitiva distinguen lo que es cumplimiento de las obligaciones alimentarias (no colacionables) de lo que se gaste en preparar al hijo para ejercer una profesión o una carrera liberal que requiera título habilitante (lo que sería colacionable). Esto, al día de hoy, se debe trasladar a los distintos medios educativos y a las distintas carreras profesionales.

La respuesta a aquella pregunta planteada debe buscarse al tratar el fundamento de la colación, que aparece como la voluntad del legislador de mantener la igualdad entre los legitimarios. Ello permite entender como colacionables los beneficios derivados de otros actos distintos a los previstos específicamente en los artículos 1100 y siguientes del Código Civil.

Las liberalidades colacionables no podrán ser, a nuestro entender, aquellas que consistan en regalos módicos en ocasiones de regocijo familiar (como a texto expreso las permite el legislador entre esposos), ni aquellas liberalidades de uso y costumbre que menciona el codificador italiano al tratar las donaciones en general y que aparecen permitidas en el Código uruguayo.

A texto expreso, el legislador dispensa de la colación los gastos de alimentos, educación y aprendizaje, los ordinarios de equipos o de bodas y los regalos de costumbre. Más allá de esto, el codificador, en el referido artículo 1107, dispone la colación de los gastos que los padres han hecho para dar a sus hijos la carrera del foro, de las armas, del estado eclesiástico u otra que prepare para ejercer una profesión liberal que requiera título o para el ejercicio de las artes liberales. Todo ello sin perjuicio de que los padres puedan dispensar la colación de tales gastos, como termina por decir el artículo referido.

Por todo esto, fuera de los casos que especialmente ha previsto como colacionables el codificador, en la medida en que la liberalidad no sea de las exentas expresamente y habida cuenta del propósito del codificador de mantener la igualdad entre los legitimarios, también deben colacionarse aquellas liberalidades que marquen diferencias entre los legitimarios.

Por supuesto que no se debe olvidar que el causante puede dispensar de la colación a los legitimarios, pero, siempre que no se pronuncie al respecto, toma vigor el propósito del codificador de mantener tal igualdad con la finalidad de evitar conflictos entre ellos.

Lo que implica la colación es aceptar que, cuando el causante beneficia con donaciones o liberalidades a un legitimario, ello debe entenderse como un adelanto de la herencia, a los efectos de que los distintos legitimarios vean satisfechos con igualdad sus derechos de tales.

Del articulado referido a colación surge que el donante puede eximir de colacionar al legitimario al que beneficia, pero que si no lo hace, el beneficiado dejará de recibir, al hacerse la partición de los bienes, las sumas que ha recibido por la donación o liberalidad hecha por el causante. En resumen, se entiende que ha recibido un adelanto de lo que le corresponde en calidad de legitimario.

Si el donante expresa su voluntad de que el legitimario no colacione lo recibido, la igualdad prevista por el codificador se desdibuja, pero, de todos modos, lo recibido no puede exceder la parte de libre disposición, pues, de ser así, ello traería como consecuencia el perjuicio del o de los otros legitimarios.

Cabe recordar que el codificador confiere una respuesta distinta a la disposición testamentaria por la cual el causante confiere un legado a su legitimario.

Si bien en materia de donaciones o liberalidades derivadas de actos entre vivos la regla es la imputación de lo recibido a lo que corresponda al beneficiado como legítima, en el caso de los legados la regla es la acumulación, salvo que el testador disponga lo contrario, o sea, que también deba imputarse a la legítima el valor de lo legado, como señala el codificador en el artículo 1102.

La situación de los legitimarios en materia sucesoria, vinculada a las donaciones hechas por el causante, lleva a las siguientes situaciones:

I) Si el causante hace donaciones directas *a terceras personas*, o incluso donaciones simuladas, ello debe llevar a la posibilidad de reducirlas, en la medida en que, calculado el acervo imaginario (artículo 889 del Código Civil) y sumado el monto de la donación (calculada en unidades reajustables, como surge de la ley n.º 16603) al acervo líquido, resulte afectada la porción legitimaria.

La finalidad de calcular el acervo imaginario, como dice VAZ FERREIRA,³ es determinar si la porción legitimaria es afectada. De ser así, los legitimarios podrán deducir la acción de reducción de estas, dentro del plazo de cuatro años, a contar desde la apertura legal de la sucesión, como dispone el artículo 1643 del Código Civil.

Si, en la hipótesis en que debe reducirse la donación a un tercero, el causante ha testado a favor de terceros y por cualquier monto, evidentemente será necesario dejar sin efecto la disposición testamentaria, como indica el artículo 890 del Código Civil, y accionar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1006 del Código Civil (acción de reforma del testamento).

Por ejemplo, el causante deja 400 y ha donado 800 a un tercero. El acervo imaginario ascenderá a 1.200, de los cuales la porción legitimaria, si sobrevivieran solamente dos hijos, ascenderá a 800, lo cual significará reducir la disposición testamentaria en 400, para, de esa manera, obtener los 800 referidos.

II) En otra hipótesis en la que el acervo líquido ascienda a 400 y la donación a 200, el acervo imaginario ascenderá a 600, sobre el cual se calculará la porción legitimaria, que ascenderá a 400 si los herederos son dos hijos.

Si en igual situación el causante ha testado y ha dispuesto 50 en favor de un tercero, en la medida en que el cálculo de la porción legitimaria sobre el acervo imaginario demuestra que la donación es inatacable, se debe respetar el derecho del causante a disponer libremente de sus bienes.

Comprobado que no se afecta la porción legitimaria, debe procederse a comprobar si, de acuerdo con los bienes que efectivamente dejó, el causante podía disponer por testamento, pues, como dice VAZ FERREIRA, *el acervo imaginario tiene por finalidad determinar si la porción legitimaria ha sido afectada*, y en este caso no lo ha sido.

En tal caso, debe calcularse la porción legitimaria (2/3) sobre el acervo líquido (400), lo que resulta 266,66, en tanto tal porción y la libre disposición ascenderá a 133,33. Esta

³ VAZ FERREIRA, Eduardo: *Tratado de las sucesiones*, t. 2.º, Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo.

forma de calcular respetaría los derechos de los donatarios, el de los legitimarios y el del instituido testamentariamente.

De lo contrario, si se sigue aceptando que la porción legitimaria se calcula sobre el acervo imaginario, aun cuando por ello no resulten perjudicados los legitimarios, la libre disposición desaparece, pues los 400 que hay corresponderán a los herederos forzosos y el tercero no recibirá nada.

Al hacerlo no se incumple con lo dispuesto en el artículo 890, que prevé el mecanismo para reducir, conjuntamente, las disposiciones testamentarias y las donaciones, como surge de su lectura y como aconseja la comprensión de un texto que, interpretado de otra forma, atacaría la libertad del causante de disponer por testamento cuando, en definitiva, tampoco ha lesionado el derecho de los legitimarios con sus donaciones.

Otro tema complejo, vinculado a las donaciones y a la colación, es el referido a determinar si los terceros sucesores del causante a título universal pueden verse afectados por las donaciones o liberalidades que este ha hecho a sus legitimarios.

De los textos legales surge que la colación vincula las relaciones de los legitimarios entre sí, y VAZ FERREIRA⁴ entiende, siguiendo a POLACCO, que luego de cumplirse con las disposiciones de la ley en lo referido a la libre disposición (que no debe calcularse sobre el acervo imaginario), es entre los herederos forzosos que debe conformarse el acervo imaginario, a los efectos de determinar la colación.

El ejemplo de VAZ FERREIRA es el siguiente: al causante lo heredan el padre y la madre (legítimos) y la esposa (sin derecho a porción conyugal), y ha donado a la madre 50.000, y deja bienes por 100.000. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1026 del Código Civil, corresponderá la mitad, o sea 50.000, a la esposa como heredera, y a los 50.000 que quedan, luego de calculada la parte de la esposa, se sumarán imaginariamente los 50.000 que el causante ha donado a su legitimaria, de lo que resulta un acervo de 100.000 (50.000 más el monto de la donación), y corresponderán 50.000 al no donatario y 50.000 al otro ascendiente donatario que deberá colacionar y, por lo tanto, no recibirá nada.

Estamos de acuerdo con la posición de VAZ FERREIRA, pues de formarse el acervo imaginario sobre la totalidad de los bienes efectivamente dejados por el causante, la libre disposición también estaría afectada por ello, y debe recordarse que la colación vincula exclusivamente a los legitimarios.

⁴ VAZ FERREIRA, Eduardo: *Tratado de las sucesiones*, t. 6.º, vol. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

En relación con el tema donaciones, cabe señalar las diferencias existentes en el caso de aquellas que se hacen durante la vigencia de la sociedad conyugal y las que, fuera de tal situación, el causante hace a uno o varios de sus legitimarios, pues en ambos casos procede la colación, pero las consecuencias son distintas.

6.

COLACIÓN SUCESORIA Y EN SOCIEDAD CONYUGAL

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2003 del Código Civil y respecto de la sociedad conyugal, deben colacionarse las donaciones o las enajenaciones ilegales o fraudulentas hechas por los esposos. El artículo mencionado agrega que se exceptúan los casos en que proceda la colación real.

Si la colación es ideal o imaginaria, deberán seguirse las reglas que en materia de *colación sucesoria* exige el codificador (ya que no existe norma especial para el caso de la colación en materia de sociedad conyugal), que ha dispuesto, en el artículo 1110, que se contará al colacionante, por parte de su haber, el importe de lo que tiene recibido; o sea, aceptará que *ya ha recibido* un adelanto de lo que le corresponde.

Si se trata de donaciones de bienes hechas durante la vigencia de la sociedad conyugal (que no sean las módicas permitidas a que hace referencia el artículo 1972), debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2003 del Código Civil, que dice que el inventario comprenderá numéricamente se traerán a colación, determinadas en unidades reajustables, las cantidades que han sido satisfechas por la sociedad, sean rebajables del capital de la mujer y del marido. También se traerá a colación, en unidades reajustables, el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas, con arreglo al artículo 1974. Se exceptúan los casos en que proceda la colación real.

Esta norma, que especialmente admite la colación real, deriva de la redacción dada por la ley n.º 16603. Se acepta ahora, a texto expreso, la posición previa de VAZ FERREIRA, en el sentido de admitir la posibilidad de la colación real.

Si se tratara de colación real, el bien deberá integrar la masa partible y, por lo tanto, estará sujeto a las reclamaciones de los acreedores sociales. No será aplicable lo dispuesto en

el artículo 1110, referido a la colación, que es aplicable a la colación ideal, pues dicho artículo indica que se contará al colacionante, por parte de su haber, lo que ya tiene recibido.

La donación en cuanto negocio jurídico puede padecer de una posible anulación o será inoponible al otro cónyuge, según se acepta actualmente, pero el bien en sí mismo permanece sujeto a la partición, cuando se trata de colación real, en la medida en que integra la masa.

Si se trata de colación sucesoria, esta puede ser solamente ideal o imaginaria, como surge del artículo 889 del Código Civil, y la donación permanece inmovible en la medida en que no afecte las legítimas de los coherederos.

Que lo colacionado permanezca en el haber del heredero legitimario donatario puede traer como consecuencia que lo recibido por donación no esté afectado al pago de las deudas hereditarias, que solo pueden reclamarse sobre los bienes hereditarios, con el consiguiente perjuicio para los acreedores del causante.

Si se acepta, como dice VAZ FERREIRA, que la colación vincula solo a los legitimarios, ello puede ser un argumento para entender que los acreedores hereditarios no pueden ver afectados sus créditos por el hecho de que el legitimario donatario deba colacionar lo ya recibido, sin tener derecho a parte alguna de los bienes hereditarios en caso de no haber excedente en su favor.

En tal caso, y debido a que los acreedores hereditarios pueden accionar contra el cúmulo hereditario y oponerse a la partición, como lo dispone el artículo 1168 del Código Civil, podrán hacer efectivos sus créditos sobre la totalidad de los bienes existentes de la herencia.

Como los coherederos, a su vez, se verán afectados por los acreedores hereditarios, lo que podrán hacer será accionar contra el legitimario donatario, al verse perjudicados porque se ha pagado una deuda que, en realidad, ha debido afectar lo recibido por el coheredero donatario.

Otra solución al caso sería que los acreedores del causante accionaran contra este, en aplicación de la acción pauliana (artículo 1196 del Código Civil), cuando efectúa la donación a su legitimario.

Las donaciones colacionables hechas *durante la vigencia de la sociedad conyugal* pueden dar lugar a la colación real o imaginaria, pero cuando se trata de colación sucesoria, esta debe ser, indefectiblemente, colación imaginaria.

Así, si uno de los esposos hace una donación de las no permitidas de acuerdo con los textos legales, o sea, las que no implican donaciones místicas para objetos de piedad o

beneficiencia, como dispone el artículo 1972 del Código Civil, al procederse a la partición de los bienes que conforman la masa ganancial indivisa, luego de la disolución de la sociedad conyugal, deberá colacionarse lo donado, ya sea traer la cosa a la masa o colacionar su valor. En la primera situación no se está frente al procedimiento de la colación. De todas formas, la reclamación de la colación la hará, en principio, un cónyuge frente al otro.

Si se trata de la donación que un cónyuge hace a un hijo y se disuelve la sociedad conyugal por divorcio, por ejemplo, el cónyuge del donante podrá pretender la colación que ilegalmente se ha hecho al hijo de ambos o al hijo del donante.

Si la disolución de la sociedad conyugal opera por muerte del donante, de todos modos debe liquidarse la sociedad conyugal y, de acuerdo con lo que se ha dicho, tendrá lugar la colación, que podrá ser real o imaginaria, y la liquidación y partición operarán entre el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido.

Si la colación es imaginaria (se habla de partición en el caso de sociedad conyugal), se acepta que los herederos del donante reciban de menos lo que de menos recibiría el donante que ha procedido ilegalmente, y el cónyuge vivo recibirá, entonces, más de lo que recibirán los herederos.

Lo que correspondería por liquidación de la sociedad conyugal al fallecido integrará la masa sucesoria, pero debe tenerse en cuenta que al hijo donatario sus hermanos coherederos pueden pedirle que colacione la donación que ha recibido del progenitor fallecido, y ello significa que recibirá menos que sus coherederos. Se acepta, por parte de la doctrina, que colacione el 50% de lo donado, en la medida en que su progenitor ha donado un bien ganancial.

Si el donante casado ha donado a su hijo un bien por 20.000 y a su muerte los bienes gananciales ascienden a 80.000, el cónyuge supérstite tendrá derecho a 50.000 y los herederos recibirán, de la partición, bienes por 30.000, como resultado de la liquidación y partición del fondo líquido ganancial (tiene lugar la colación), y el cónyuge supérstite los 50.000 correspondientes.

Esos 30.000, unidos a los bienes propios que ha dejado el causante, que se suponen por valor de 50.000, ascenderán a 80.000. Si fueren cuatro los hijos del causante, corresponderán 20.000 a cada uno, pero como ha habido una donación por 20.000 a un hijo, el acervo imaginario ascenderá a 100.000, y el hijo donatario deberá colacionar lo donado. Si se entiende que debe colacionar la totalidad, el donatario recibirá 5.000 y sus hermanos recibirán 25.000 cada uno. Se totalizarán así los 80.000, que es lo que realmente ha dejado el causante.

Si la colación en la partición de la sociedad conyugal es real o en natura, el bien que se trae a la masa ganancial es partido, y al liquidarse la sucesión el hijo donatario no deberá colacionar nada, ya que no conservará el bien donado.

7.

DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO PARA DESPUÉS DE LA MUERTE DEL DONANTE

Finalmente y vinculado al tema donaciones, cabe recordar que el codificador, con la finalidad de favorecer al matrimonio, admite excepcionalmente, en el artículo 1651, que se pueda donar todo el patrimonio después de la muerte del donante, cuando dicha donación se haga en atención al matrimonio del donatario.

La doctrina no está de acuerdo sobre la naturaleza jurídica de tal negocio. GAMARRA⁵ admite que este se trata de un acto entre vivos, ya que surte efectos desde su realización, pues impide al donante el disponer de los bienes a título gratuito, pero no a título oneroso; mientras que, para VAZ FERREIRA, en la medida en que los bienes se adquieren a la muerte del donante, ello lleva a admitir que se está frente a una disposición de naturaleza sucesoria.

La naturaleza híbrida de dicho contrato no permite mantener una posición que no ofrezca reparos, la que dependerá de determinar si lo esencial surge del contrato en cuanto tal o si surge de sus consecuencias.

Lo fundamental radica en el negocio jurídico en sí mismo, que es un contrato por el cual se dispone de todos los bienes para después de la muerte del donante y que surte efectos luego de realizado y durante la vida de este, ya que no puede disponer de los bienes a título gratuito, pero sí a título oneroso.

Ello puede llevar a que, a la muerte del donante, el donatario nada reciba en la medida en que el donante ha enajenado todos los bienes a título oneroso. Esto es lo que puede llevar a aceptar que se está frente a un acto entre vivos.

⁵ GAMARRA Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VI, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

BIBLIOGRAFÍA

- BONNECASE, J., *Elementos de derecho civil*, t. II y III, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla.
- FERRERO, Augusto, *Tratado de derecho de sucesiones*, Editorial Grijley, Lima.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VI y XIII, vol. 6, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- MANRESA, Código Civil español, t. VII, Reus, Madrid.
- MESSINEO, Francesco, *Derecho civil y comercial*, t. V, EJE, Buenos Aires.
- LARROUMET, Christian, *Droit civil*, t. 3, Ed. Economica, París, 1998.
- LUCCHINI, Emanuele, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, año XIII, n.º 3, mayo-junio 1997.
- PLANIOL, M., *Droit civil*, t. 3, Librairie générale de droit civil et jurisprudence, París.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, t. 2.º, Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo.
- *Tratado de las sucesiones*, t. 6.º, vol. II Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

Nacionalidad y extranjería en el Uruguay. Un estudio normopolítico*

*Pablo Sandonato de León***

RESUMEN. El estudio consiste en un análisis de la normativa nacional en materia de nacionalidad, ciudadanía y extranjería en los niveles constitucional, legal y reglamentario, sobre la base de una triple visión: histórica, político-legislativa y jurídica. Busca ofrecer una respuesta a los diversos cambios legislativos operados en la materia en el último siglo. Se analizan, por tanto, las diversas normas, en sus respectivas jerarquías y tiempos. El estudio consta de tres partes, precedidas de una introducción. La primera parte se refiere a la nacionalidad y la ciudadanía (sus tipos y formas de adquisición, pérdida y suspensión). Se ofrece un panorama de la doctrina nacional en la materia, y su relación con las normas y principios del derecho internacional aplicables. La segunda parte es relativa a la extranjería, y se consideran los regímenes históricos en el siglo XIX y XX, en lo relativo a la entrada y la inadmisibilidad de los extranjeros. La tercera parte está dedicada al régimen migratorio actual (ley n.º 18250), y considera la norma tanto formal como materialmente (principios generales, ámbito de aplicación, derechos y obligaciones de los extranjeras, categorías migratorias, ingreso, salida y expulsión, organismos competentes en materia migratoria y sus atribuciones, así como los delitos migratorios). Por último, la parte tercera ofrece las consideraciones, finales.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 7 de marzo de 2008. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 15 de mayo de 2008, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*.

** Profesor Asistente de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Responsable de proyecto Relaciones Internacionales y Extensión de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Recibe correspondencia en: Universidad Católica del Uruguay, Facultad de Derecho, Avenida 8 de Octubre 2738, CP 11800, Montevideo, Uruguay. Correo electrónico: sandonato@adinet.com.uy.

ABSTRACT. The study consists of an analysis of the national regulations in terms of nationality, citizenship and foreignness at the constitutional, legal and regulatory levels, based on a triple vision: historical, legislative-political and legal. This article gives an answer to the several legislative changes regarding this issue carried out during the last century. For this reason, it analyzes the different regulations in their corresponding hierarchy and time. The study comprises three parts preceded by an introduction. The first part refers to nationality and citizenship (the different types and ways of acquiring the same, loss and suspension). It offers an overview of the national doctrine with respect to the issue, and its relation with the applicable regulations and principles of international law. The second part, regarding foreignness, considers the historical regimes of the 19th and 20th centuries, with respect to the entry and non admission of foreigners. The third part is aimed at the current immigration system (Act n° 18250) and it considers the regulation from the formal and material point of view (general principles, application framework, rights and obligations of foreigners, immigration categories, entry, exit and expulsion, competent organizations in terms of immigration and their functions, as well as immigration offences). The third part sets out the final considerations.

SUMARIO. **1.** Nacionalidad y ciudadanía en el Uruguay. 1.1. Nacionales y ciudadanos naturales del Uruguay. 1.2. Nacionales y ciudadanos legales del Uruguay. 1.3. Suspensión y pérdida de la ciudadanía. **2.** Extranjería en el Uruguay. 2.1. El régimen histórico de la migración en el Uruguay. 2.2. El régimen presente de la migración en el Uruguay. **3.** Consideraciones finales. **4.** Bibliografía.

1.

NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA EN EL URUGUAY

La nacionalidad no tiene un tratamiento expreso y orgánico en la Constitución uruguaya vigente. Por el contrario, la ciudadanía¹ sí es objeto de un tratamiento expreso y orgánico, lo que la Carta hace en los capítulos I, IV y V de su sección III. Esto es así desde 1830, fecha de la primera Constitución, cuando ya se confundían los conceptos de nacionalidad y ciudadanía.²

Ambos temas fueron objeto de conveniente reglamentación, por ley n.º 16021 del 13 de abril de 1989, publicada en el *Diario Oficial* el 27 de abril de 1989,³ ley que, curiosamente, porta el *nomen iuris* de *nacionalidad uruguaya*.

El primer artículo del Capítulo I de la Sección III de la Constitución es el 73, que recoge la clásica distinción en materia de ciudadanía y establece que “los ciudadanos de la República Oriental del Uruguay son naturales o legales”.

¹ Por una posición que identifique los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, *v.* Alberto PÉREZ PÉREZ, “Los ciudadanos legales no son extranjeros”, en *La Justicia Uruguaya*, t. CXI, pp. 297-308.

² Cf.: Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución nacional*, t. I, p. 398. Montevideo, 1988 et Ruben CORREA FREITAS, *Derecho constitucional contemporáneo*, p. 219. Montevideo, 1993.

³ Esta y todas las leyes a que se hace referencia son consultables en el Registro Nacional de Leyes y Decretos de la República Oriental del Uruguay. Las enumeradas a partir de la 9500 están, además, disponibles en <<http://www.parlamento.gub.uy>>.

1.1. NACIONALES Y CIUDADANOS NATURALES DEL URUGUAY

El artículo 74 de la Constitución oriental establece quiénes son ciudadanos naturales del Uruguay, y lo son:

- todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República;
- los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de:
 - avecindarse en el país, e
 - inscribirse en el Registro Cívico.

Es claro, entonces, que el Uruguay recoge los dos criterios tradicionales del *jus soli* y del *jus sanguinis*. Sin embargo, ha de tenerse presente que, según el derecho internacional, estos son criterios atributivos de la nacionalidad. El derecho internacional deja librados a la discreción de cada Estado los procedimientos para atribuir su ciudadanía.

El constituyente patrio, en ejercicio de esa delegación hecha por el derecho internacional, adopta los mismos criterios atributivos de nacionalidad para atribuir la ciudadanía uruguaya. De esta manera, las personas nacidas en cualquier punto del territorio del Uruguay son, *ipso facto*, nacionales y ciudadanos del Uruguay. Este ha sido el criterio seguido por la ley reglamentaria, la que, en su artículo 1.º, establece:

Tienen la calidad de nacionales de la República Oriental del Uruguay los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República.

Surge, por tanto, que para el derecho uruguayo es desconocida la práctica de restringir el *jus soli* en la conjugación con el *jus sanguinis*. Es decir que siempre quien nazca en territorio uruguayo será uruguayo, sean sus padres uruguayos o extranjeros.

Respecto al término *territorio*, empleado reiteradamente por la Constitución y la ley, parece más apropiado hablar de *territorio u otros espacios sometidos a la jurisdicción del Estado*, porque no es de extrañar que se verifique un nacimiento en un buque o aeronave de bandera uruguaya mientras se encuentre en alta mar o en su espacio suprayacente. Técnicamente, y a menos que alguien se atreva todavía a sostener la extraterritorialidad, no se trata de territorio uruguayo, como tampoco las premisas diplomáticas ni la residencia de nuestros diplomáticos en el extranjero.

El Estado ejerce, sin embargo, su jurisdicción sobre dichos medios, por lo que, a fin de evitar una eventual hipótesis de *apatridia*, pero, justamente, en virtud de ese poder que el

Estado ejerce de manera exclusiva y excluyente sobre su buque o aeronave de guerra, podría atribuirse la nacionalidad a los allí nacidos. Hipótesis que también puede resultar útil para los colegas del derecho internacional privado, en caso de muerte de una persona, a efectos de determinar la ley y el juez competentes para entender en la sucesión, o en casos de negocios o hechos jurídicos, para regular sus consecuencias o la de los delitos o cuasidelitos civiles.

El régimen de nacionalidad y ciudadanía se disocia si la persona nace en el extranjero. En este caso, el individuo tendrá la nacionalidad del Uruguay⁴ y también derecho a la ciudadanía del Uruguay, que por aplicación del criterio del *jus sanguinis* será la ciudadanía natural. Para devenir ciudadano del Uruguay, el criterio adoptado por el constituyente para el hijo de padre o madre oriental nacido en el extranjero es un tanto más restrictivo. En efecto, se exigen tres requisitos:

- a. que sea hijo de padre o madre orientales,
- b. que se avecinde en el país, y
- c. que se inscriba en el Registro Cívico.

El criterio del *jus sanguinis* para la atribución de la nacionalidad y de la ciudadanía, la hipótesis que se está viendo, queda limitado a la nacionalidad y a la primera generación. Es decir, los hijos de nacionales del Uruguay (por ser hijos de un oriental) no transmiten la ciudadanía a sus hijos.⁵ La ley guarda silencio sobre la atribución de la nacionalidad, por lo que, en aplicación de la máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, estas personas nunca podrán devenir ciudadanos naturales del Uruguay, pero sí poseer su nacionalidad.

Respecto a los requisitos mencionados en el párrafo precedente para que un nacional del Uruguay devenga ciudadano natural, en primer lugar, surge del texto constitucional que los requisitos deben darse todos. No puede llegar a ser ciudadano uruguayo quien se avecinde en el país y pretenda inscribirse en el Registro Cívico si no es hijo de padre o madre orientales, así como tampoco puede llegar a ser uruguayo el hijo de padre o madre orientales que se avecinde en el país pero no se inscriba en el Registro Cívico.

En segundo lugar, hay que aclarar el concepto de *avecindarse* en el país. A este respecto, la lengua enseña que *avecindarse* es establecerse en alguna población en calidad

⁴ El artículo 2 de la ley establece que “tienen igualmente dicha nacionalidad, sea cual fuere el lugar de su nacimiento, los hijos de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior”, es decir, de los hombres y mujeres nacidos en el Uruguay.

⁵ El artículo 3 de la ley establece que “los hijos de las personas a quienes, por el artículo 2.º de esta ley, se les otorga la calidad de nacionales, nacidos fuera del territorio nacional, no tendrán, en ningún caso, la calidad de ciudadanos naturales”.

de vecino. Sin embargo, la interpretación de un precepto normativo en el Uruguay debe hacerse según un método preciso establecido por el legislador. Según ordena Código Civil, “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu” (artículo 17). De este modo, debería entenderse por acercamiento el sentido textual del término, tal como, por ejemplo, lo acepta la Real Academia Española.

Sin embargo, este procedimiento no es aplicable en el caso, puesto que, como se ha dicho *supra*, las disposiciones constitucionales sobre el tema que nos ocupa fueron objeto de reglamentación legal recién en el año 1989. Si se recurre, una vez más, al procedimiento interpretativo previsto por el Código Civil, se aprecia que en su artículo 18 establece que:

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

El lector avezado se habrá percatado de que la aplicación de dicho procedimiento interpretativo incurre en lo que puede llamarse un *vicio de inconciliabilidad*, pues pretende aplicar una norma legal a una jerárquicamente superior y, a la vez, interpretar esta por una jerárquicamente inferior. En otras palabras, interpretar la Constitución por medio de un procedimiento previsto en la ley, para la ley.

El problema se complica aún más, ya que la Carta guarda silencio en lo relativo al procedimiento interpretativo de sus disposiciones. ¿Cómo interpretar, entonces, el término *avercinarse* de la Constitución? La respuesta la da la doctrina, que opera como medio auxiliar.

La doctrina constitucionalista uruguaya afirma, conformemente, que el procedimiento interpretativo previsto en el Código Civil constituye un verdadero principio general de derecho, por lo que resulta aplicable en todo el ordenamiento jurídico oriental, sea materia civil, administrativa u otra, con jerarquía legal o constitucional. Esto, salvo cuando se prevea un procedimiento interpretativo específico. En otras palabras, se puede decir que el procedimiento, aunque con fuerza legal, posee valor normativo y condiciona la conducta del intérprete.

El concepto *avercinamiento* es definido, expresamente para esta materia, por el legislador, por lo que debe ser este el criterio que prime. El artículo 4 de la ley que se comenta establece que por tal debe entenderse:

La realización de actos que pongan de manifiesto, de manera inequívoca, la voluntad de la persona en ese sentido.

Como se aprecia, la definición no es del todo feliz, pues es un tanto elíptica o, como dirían los lingüistas, tautológica. El lapsus es, en cierto modo, subsanado, pues el mismo artículo ofrece la enunciación de algunos casos de avecindamiento tales como, por ejemplo:

- a. La permanencia en el país por lapso superior a un año.
- b. El arrendamiento, la promesa de adquirir o la adquisición de una finca para habitar en ella.
- c. La instalación de un comercio o industria.
- d. El emplearse en la actividad pública o privada.
- e. Cualquier otro acto similar demostrativo del propósito mencionado.

De esta manera, puede solicitar la ciudadanía uruguaya el hijo de padre o madre orientales, cualquiera sea el lugar de su nacimiento, que permanezca en el país por lapso superior a un año y se inscriba en el Registro Cívico, o el que arriende, prometa adquirir o adquiera una finca para habitar en ella. *Ceteris paribus* lo previsto en los literales *c*, *d* y *e supra* mencionados.

En todo caso, lo que importa es que la persona manifieste, de manera inequívoca, su voluntad de establecerse en el Uruguay, puesto que esta es la *ratio* de los literales. Por ejemplo, si se supone el caso de una pareja de orientales que retorna al Uruguay con sus dos hijos, uno mayor de 18 años y el otro menor de edad, pero ambos nacidos en el extranjero, de acuerdo con el derecho constitucional uruguayo la situación de los hijos es la siguiente: para el que es mayor de edad, límite que en el Uruguay son los 18 años, basta con demostrar su avecindamiento y que se inscriba en el Registro Cívico Nacional para adquirir la ciudadanía uruguaya, pues era ya nacional del Uruguay. En el caso de su hermano, que aún es menor de edad, el avecindamiento de sus padres, por aplicación de los principios de la patria potestad, opera efectos extensivos a su hijo; sin embargo, como es menor, no puede ser inscripto en el Registro Cívico Nacional, por lo que no adquiere la ciudadanía hasta que cumpla los 18 años. Este es el caso en el que la persona queda más desprotegida, porque otro niño nacido en territorio uruguayo es ciudadano, aunque no pueda ejercer los derechos políticos hasta la mayoría de edad, ya que tiene la ciudadanía suspendida, como dice la Constitución en su artículo 80 numeral 3.º.

En cambio, por un defecto legislativo, se crea el absurdo de que el niño hijo de padre y madre orientales, nacido en el extranjero y avecindado, no es ciudadano, ni siquiera con la ciudadanía suspendida, hasta que cumpla la mayoría de edad y se pueda inscribir en el Registro Cívico Nacional.

Cabe mencionar que el artículo 5.º, y último de la parte dispositiva de la ley asigna competencia a la Corte Electoral⁶ para el contralor del avcindamiento, la reglamentación de la materia y la expedición del certificado de avcindamiento.

Otro aspecto a considerar, y no meramente terminológico, es el del gentilicio a aplicar a los ciudadanos del Uruguay. Es decir, si el término *uruguayo* es sinónimo del término *oriental*. Al respecto corresponde aclarar, en primer lugar, que se admiten dos gentilicios, el de *uruguayo* y el de *oriental*. El primero es el más conocido, tal vez por guardar identidad con el adjetivo, y es el que se usa en el ámbito internacional.

El segundo tiene una reminiscencia histórica en la denominación que, durante el Reino de Indias y durante el proceso independentista, tenían las tierras que actualmente constituyen el territorio del Uruguay. En aquella época, se hablaba de la Banda Oriental del río Uruguay, por ser una franja de tierra que se ubica al este (al oriente) del río Uruguay. Este gentilicio tiene, como puede inferirse, una connotación ligada al concepto de nación.

En este punto, cabe coincidir con el profesor Eduardo ESTEVA GALLICCHIO,⁷ quien ha estudiado el tema con detenimiento. El texto constitucional dice:

Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República. *Son también* ciudadanos naturales los hijos de padre o madre *orientales*, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento.⁸

Es decir, que para la Constitución los *orientales* son los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio nacional.

Sin embargo, no hay que equiparar el concepto de *oriental* con el de *ciudadano natural*, ya que en el artículo 6 de la ley n.º 16021, que lleva el título “Nacionalidad uruguayo”, se aprecia que los nietos nacidos en el extranjero de ciudadanos también nacidos en el extranjero “no tendrán, en ningún caso, la calidad de ciudadanos naturales” del Uruguay.

⁶ La Corte Electoral es el órgano encargado de conocer en todo lo relacionado con los actos y procedimientos electorales, ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre los órganos electorales y decidir, en última instancia, sobre todas las apelaciones y reclamos que se produzcan, y ser juez de las elecciones de todos los cargos electivos, de los actos del plebiscito y referéndum (artículo 322 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay). Se integra por nueve miembros titulares y sus respectivos suplentes, designados por la Asamblea General (que ejerce el Poder Legislativo del Estado), en reunión de ambas Cámaras, por dos tercios de votos entre ciudadanos que, por su posición en la escena política, sean garantía de imparcialidad (artículo 324). Sus miembros poseen incompatibilidad para cargos electivos.

⁷ Eduardo ESTEVA GALLICCHIO, “Los nacionales de la República Oriental del Uruguay según la ley 16021”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. V, n.º 30, pp. 620-625. Cf. Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “Significación del vocablo ‘uruguayo’”, en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, t. 55, n.º 1-2, pp. 41-42, donde modifica su posición anterior de *La Constitución nacional*, t. I, p.401.

⁸ El resaltado es del autor.

Es decir, que el hijo del nacional *jure soli* que a su vez, adquiere la nacionalidad *jure sanguinis* no la transmite a su descendencia. Se puede concluir, por lo tanto, que los orientales son los ciudadanos *jure soli* (“*son también* ciudadanos naturales los hijos de padre o madre *orientales*”), ya que la Constitución y la ley refieren a los *orientales* como los hombres y mujeres nacidos en el territorio. Los hijos de padre o madre orientales, cualquiera sea el lugar de su nacimiento, serán *uruguayos*.

En este sentido, afirma ESTEVA GALLICCHIO:

Estrictamente, solo corresponde denominar *orientales* al nacional de la República que lo es por el criterio del *jus soli* (artículo 1 de la ley), y practicar el distingo y llamar *uruguayo* al nacional, según el criterio *jus sanguinis* (artículo 2). De aceptarse esta solución, aunque ambos sustantivos, ‘oriental’ y ‘uruguayo’, continuarán en el lenguaje corriente y serán connotativos de nacionalidad, cada uno designará, específicamente, una especie dentro del género de los hombres y mujeres que tienen [...] la nacionalidad de la República Oriental del Uruguay.⁹

1.2. NACIONALES Y CIUDADANOS LEGALES DEL URUGUAY

El artículo 75 de la Constitución uruguaya establece tres hipótesis en virtud de las cuales un extranjero tiene derecho a solicitar la ciudadanía legal en el Uruguay. En este sentido, es interesante destacar que el acápite del artículo dice, textualmente: “Tienen derecho a la ciudadanía legal: [...]”. Es interesante, porque la norma constitucional elimina toda posibilidad de arbitrio por parte de la autoridad administrativa y consagra un verdadero derecho subjetivo al extranjero que cumpla con los requisitos que la Carta establece.

En el régimen previsto para obtener la ciudadanía legal en el Uruguay, que es bastante benévolo y sigue una tendencia común en un país de histórica tradición inmigratoria, hay dos aspectos comunes. Uno es evitar la inmigración que pueda ser perjudicial a la sociedad. Por ejemplo, por tratarse de malvivientes que puedan afectar el sentir moral de la sociedad, traficantes, vagabundos, etcétera. Otro es el espíritu de radicación que debe demostrar el extranjero, razón por la que la Carta exige un capital, propiedad u oficio. Cabe ver cada una de las hipótesis.

a) Los hombres y las mujeres extranjeros de buena conducta, con familia constituida en la República que, poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan tres años de residencia habitual en la República.

La norma apunta a contemplar la situación del extranjero, normalmente inmigrante, llegado a estas tierras sin familia y que la constituye en el Uruguay. La referencia a la familia es loable por congruencia, pues el constituyente uruguayo ha afirmado:

⁹ Eduardo ESTEVA GALLICCHIO, o. cit., p. 624.

La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.¹⁰

La norma exige tres requisitos que debe poseer, necesariamente, el extranjero. Debe tratarse de una persona:

1. de buena conducta, lo que deberá acreditar mediante certificado respectivo;
2. que posea en el país algún:
 - capital o
 - propiedad (aunque la norma no lo indica, se sobrentiende que debe ser inmueble), u
 - oficio (ciencia, arte o industria);
3. con tres años de residencia habitual en el país.

En atención al texto constitucional, no es compatible la opinión de RISSO FERRAND, quien entiende que un extranjero viudo o divorciado radicado en el Uruguay junto con sus hijos, cumplidos los restantes requisitos, puede hacer solicitud de la ciudadanía legal.¹¹ Este extranjero sí podrá solicitar la ciudadanía cuando cumpla no los tres, sino los cinco años que demanda el literal que se verá a continuación.

Es loable la solución adoptada por el constituyente patrio, que en este caso exige un plazo de solo tres años (contra cinco del literal *b*), ya que con ello evita la segregación del extranjero y fomenta su rápida integración en la sociedad.

b) Los hombres y las mujeres extranjeros de buena conducta, sin familia constituida en la República, que tengan alguna de las cualidades del inciso anterior y cinco años de residencia habitual en el país.

Esta norma, que es simétrica a la anterior, apunta a contemplar la situación del extranjero que llega a estas tierras y no constituye familia en el Uruguay, o bien llega al país con su familia ya constituida. La norma prevé los mismos requisitos que la anteriormente citada, y extiende el plazo, que de tres años pasa a ser de cinco años, justamente para, en cierta medida, compensar la falta de constitución de familia en el país y demandar un mayor arraigo.

Para estas dos hipótesis, la Constitución prevé, además, que los derechos inherentes a la ciudadanía legal (tales como el *jus honorii* y el *jus suffragii*, *inter alios*) solo podrán ser ejercidos después de tres años de obtenida la carta de ciudadanía por el neouruguayo. De esta

¹⁰ Artículo 40.

¹¹ Martín RISSO FERRAND, *Derecho constitucional*, Montevideo, 2005, p. 761.

manera, la Carta establece un requisito ulterior, aunque más no sea de tipo temporal, para la completa asimilación jurídica de los extranjeros.

También tienen derecho a la ciudadanía legal:

c) Los hombres y las mujeres extranjeros que obtengan gracia especial de la Asamblea General por servicios notables o méritos relevantes.

Es claro que esto sea así, es decir, que un órgano que ejerce la soberanía pueda actuar de esta manera, pues los propios ciudadanos conforman la soberanía de la nación,¹² la que es ejercida indirectamente por los poderes representativos del Estado,¹³ uno de los cuales es ejercido por la Asamblea General.¹⁴ Sin embargo, es pertinente recordar, según Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, que:

Los ciudadanos no son el único ingrediente con el cual se contruye la Nación. Del propio texto constitucional resulta que hay “nacionales” que no son ciudadanos.¹⁵

En lo que respecta al fondo del asunto, la facultad prevista en este numeral es ejercida en circunstancias que no se exagera si se califican como muy excepcionales. En 176 años de vida independiente del Uruguay, se han concedido solo 8 ciudadanía por esta causal, la última de ellas en 1985.¹⁶ No está claro si la ciudadanía conferida por esta causal debe

¹² Artículo 77. “Todo ciudadano es miembro de la soberanía de la Nación; como tal es elector y elegible[...]”.

¹³ Artículo 82. “La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma”.

¹⁴ Artículo 83. “El Poder Legislativo será ejercido por la Asamblea General.”

¹⁵ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit., p. 406.

¹⁶ Estas son: 1.º: Ley n.º 4, de 18 de enero de 1831, al señor don Francisco García Salazar, súbdito español, concedida a petición de parte para que se le dispensaran los siete meses que le faltaban para completar el período requerido para obtener la ciudadanía legal por el trámite ordinario, alegó para ello su condición de profesor de medicina y cirugía. 2.º: Ley n.º 5, de 18 de enero de 1831, al señor don José Lope Merino, súbdito español, concedida a petición de parte para que se le dispensaran los dieciocho meses que le faltaban para completar el período requerido para obtener la ciudadanía legal por el trámite ordinario. 3.º: Ley n.º 30, de 22 de mayo de 1832, al señor don Luis Castañaga, aparentemente súbdito español, concedida a petición de parte, por los servicios de importancia a favor del país, así en la guerra de la Independencia como en la del Brasil. 4.º: Ley n.º 922, de 11 de febrero de 1868, al señor doctor don Tristán Narvaja, ciudadano argentino, es la primera concesión de oficio hecha por la Asamblea General. Creo importante transcribir el primer considerando de la ley, que expresa: “Considerando que el ciudadano argentino Dr. don Tristán Narvaja, abogado del foro oriental, casado y domiciliado en el país hace muchos años, ha sido autor de importantes reformas en la legislación que el Gobierno ha adoptado; que por nombramiento del Gobierno integró la comisión encargada de examinar el Código de Comercio y que, por último, se debe a su estudio y laboriosidad el proyecto de Código Civil, que discutido y aprobado por una comisión de jurisperitos, ha sido promulgado por el Gobierno”. El proyecto de Código Civil preparado por el Dr. Narvaja, promulgado por el Gobierno provisorio del Estado oriental, el día 23 de enero de 1868, todavía está vigente en el Uruguay. 5.º: Ley n.º 3475, de 7 de junio de 1909, al señor don Prudencio de Murguiondo, quien habiéndose desempeñado durante largos años como Cónsul y luego Cónsul General del Uruguay en los Estados Unidos de América, presentó solicitud de ciudadanía legal a las autoridades judiciales, las que la negaron al no cumplir, el señor Murguiondo, con las previsiones constitucionales (v. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, año 15, n.º 16, Montevideo, 1909). La Asamblea General, en ejercicio de sus facultades, así la acordó “por los méritos relevantes acreditados en el desempeño de su carrera consular”. 6.º: Ley n.º 4328 de 12 de mayo de 1913, al señor Dr. don Ángel José Gómez, súbdito español, concedida a petición de parte, quien alegó sus condiciones de “abogado, contador y comerciales” y de Vicecónsul de Uruguay en Cádiz, con veintidós años de servicios prestados “gratuitamente al país”. 7.º: Ley de 27 de febrero de 1926,

ser objeto de ley o si basta una resolución de la Asamblea General, pero cabe coincidir con el profesor Eduardo ESTEVA GALLICCHIO en que, como se trata de un acto emanado de la reunión de ambas Cámaras, es decir, la Asamblea General, el acto puede revestir la forma de resolución.¹⁷

También se debe recordar que la Carta prevé que los derechos inherentes a la ciudadanía legal no pueden ser ejercidos sino “hasta tres años después del otorgamiento de la” carta de ciudadanía. Esta disposición no se aplica, sin embargo, a la concesión graciosa hecha por la Asamblea General.

Todo esto se refiere a la ciudadanía legal. En el Uruguay no existe naturalización.¹⁸

1.3. SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA CIUDADANÍA

El capítulo IV de la sección III de la Constitución regula las causales de pérdida y suspensión de la ciudadanía.

1.3.1. La suspensión de la ciudadanía

Está regulada en el artículo 80 de la Constitución y, como el término lo indica, las causales que se verán no comportan la pérdida de la calidad de ciudadano, sino el cese temporal, la suspensión de los derechos derivados de la situación jurídica subjetiva de ciudadanía. En contra de las enseñanzas del profesor Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA,¹⁹ se puede decir que la suspensión de la ciudadanía alcanza también al ejercicio de los deberes derivados de ella, y no solo de los derechos.

Por otra parte, creo oportuno mencionar que, con excepción de los numerales 6.º y 7.º, el acápite del artículo no aclara si las causales están dirigidas a los ciudadanos naturales, a los legales o a ambos. Sin embargo, si se sigue a los antiguos, para quienes *ubi lex non distinguit*

a los cuatro héroes del *Plus Ultra*, señores don Ramón Franco, don Julio Ruiz de Alda, don Juan Manuel Durán y don Pablo Rada por su “hazaña civil” al cruzar el océano Atlántico. 8º Resolución de la Asamblea General de 14 de octubre de 1985 al señor Senador don Anselmo Sule. Sule (1934-2002) ha sido senador en Chile cuando sobrevino el golpe militar del general Augusto Pinochet. En determinado momento, mientras el Senador Sule se encuentra fuera de Chile, realiza ciertas declaraciones y crítica los excesos del gasto militar en Chile, a lo que el régimen pinochetista responderá con el retiro de la ciudadanía chilena. Sule pasará a ser un apátrida y a viajar con un título de identidad de Naciones Unidas. Durante el régimen militar en el Uruguay, Sule realiza reiteradas críticas al régimen *de facto* del Uruguay y propicia el conocimiento del llamado caso Uruguay. A los siete meses de regresada la democracia al Uruguay, un grupo de parlamentarios propone la concesión de la ciudadanía legal al senador Sule. La votación, que el mismo Sule presenciara, junto con otros legisladores chilenos desde las bancadas del hemiciclo legislativo, será por unanimidad. A partir de entonces, Sule deja de ser apátrida y comienza a viajar con pasaporte uruguayo (v. Eduardo ESTEVA GALLICCHIO, “Extranjeros que obtuvieron de la Asamblea General la gracia especial por servicios notables o méritos relevantes, generadora del derecho a la ciudadanía legal”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. VI, n.º 36, pp. 412-434. El relato del caso Sule, puede consultarse en las páginas 416-434.

¹⁷ Eduardo ESTEVA GALLICCHIO, o. cit., 412-435.

¹⁸ Cf. Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit., p. 413; Alberto PÉREZ PÉREZ, o. cit., t. CXI, p. 297.

¹⁹ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit., p. 429.

nec nos distinguere debemus, se entiende que las causales son de aplicación tanto para los ciudadanos naturales como para los legales, salvo texto expreso en contrario.

La ciudadanía se suspende:

1.º Por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente.

Es decir, la imposibilidad del ejercicio de la capacidad física o mental, al extremo de condicionar la conformación de la voluntad. Por ejemplo, y aunque en principio parezca un tanto radical, se puede creer, al igual que JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, que la ceguera podría encuadrarse en esta causal.

Como el voto es secreto, el ciego no puede determinar por sí mismo la papeleta que desea, por lo que la ceguera es una ineptitud física que impide obrar libremente.²⁰ Lo mismo vale para patologías de orden psicológico, como las psicosis: esquizofrenia o paranoias agudas, por las que la persona pierde el contacto con la realidad.

2.º Por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaría.

Esta causal es algo estricta, pues bajo el régimen jurídico procesal penal uruguayo ello equivale a no exigir la plena prueba de la comisión de un delito y, en consecuencia, la condición de legalmente penado o condenado. Para la Carta es suficiente la semiplena prueba de la comisión de un ilícito penal, es decir, la condición de legalmente procesado en causa penal, para suspender la ciudadanía. En este tema se debe recordar que, cuando el Uruguay ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, hizo reserva del artículo 23, en razón de la previsión de este numeral.

En lo que respecta a la pena de penitenciaría, es un tema netamente terminológico. En el régimen jurídico penal uruguayo las penas privativas de la libertad pueden ser de dos tipos: de prisión o de penitenciaría. Las primeras son las menores de dos años y las segundas, las mayores de dos años. La diferencia se justifica, ya que las primeras son excarcelables y las segundas no.

3.º Por no haber cumplido dieciocho años de edad.

En términos prácticos, esto implica que, desde el nacimiento hasta que cumpla dieciocho años, la persona tiene suspendida su ciudadanía. No puede votar, no puede ser llamado a las armas ni tampoco a los empleos públicos.

4.º Por sentencia que imponga pena de destierro, prisión, penitenciaría o inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos durante el tiempo de la condena.

²⁰ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit., p. 434.

Como se aprecia, el numeral viene de larga data en la Carta, pues la pena de destierro hace largos años que está abolida en el Uruguay por ley n.º 14068. Del resto, es interesante cotejar este numeral con el anterior, pues mientras en el caso de los delitos comunes basta el procesamiento para la suspensión de la ciudadanía, en el caso de los delitos políticos la ciudadanía solo se suspende al haber condena. La solución es loable, ya que contribuye a garantizar la más amplia libertad de expresión y oposición en el plano político y, a su vez, observar las normas del orden público nacional.

5.º Por el ejercicio habitual de actividades moralmente deshonrosas, que determinará la ley sancionada de acuerdo con el numeral 7.º del artículo 77.

Se trataría de una ley sancionada por mayoría de dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara, pero, según reporta el profesor RISSO FERRAND, no se ha sancionado ninguna ley al amparo de esta prescripción, por lo que, en la práctica, es inoperante,²¹ al menos por el momento.

En todo caso, para que la actividad moralmente deshonrosa sea causal de suspensión de la ciudadanía, la ley deberá prever a esta como ejercida en forma habitual. También habría que extender esta facultad que otorga el constituyente a los reos de narcotráfico, reducción a la esclavitud, tráfico de personas, pornografía, pedofilia y otros delitos igualmente bestiales y repugnantes a la conciencia humana.

6.º Por formar parte de organizaciones sociales o políticas que, por medio de la violencia o de propaganda que incitase a la violencia, tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad. Se consideran tales, a los efectos de esta disposición, las contenidas en las secciones I y II de la presente Constitución.

Las secciones I y II refieren, respectivamente a la nación y su soberanía, y a los derechos, deberes y garantías. El numeral prevé la suspensión de la ciudadanía para quienes cometan esta clase de delitos. No se justifica que la causal sea solo aplicable a los ciudadanos legales, porque, una vez ciudadanos, no debe hacerse distinción entre ciudadanos naturales y legales. Además, tanto y tan fuertemente pueden atentar contra las bases fundamentales de la nacionalidad los ciudadanos legales como los naturales. Incluso no es extraño que sean justamente los primeros los más respetuosos del orden del nuevo medio en el que se insertan.

7.º Por la falta superviniente de buena conducta exigida en el artículo 75.

²¹ Martín RISSO FERRAND, o. cit., p. 760.

El artículo 75 exige la buena conducta para los extranjeros que deseen obtener la ciudadanía legal. La causal prevista en este numeral, que junto con la anterior se aplica solo a los ciudadanos legales, establece una injustificada distinción entre los ciudadanos.²²

1.3.2. Pérdida de la ciudadanía

La pérdida de la ciudadanía está regulada en un solo artículo, el 81, el que se ubica en el capítulo V de la sección III de la Carta. El artículo establece que:

La nacionalidad no se pierde ni aun por naturalizarse en otro país, bastando, simplemente, para recuperar el ejercicio de los derechos de ciudadanía, avecindarse en la República e inscribirse en el Registro Cívico. La ciudadanía legal se pierde por cualquier otra forma de naturalización ulterior.

Respecto de la pérdida de la ciudadanía, hay que hacer una serie de precisiones. En primer lugar, el artículo no es del todo feliz en cuanto a técnica legislativa, ya que el acápite habla de nacionalidad y de ciudadanía, y el párrafo segundo lo hace de la ciudadanía legal. Habría sido más prolijo regular en un párrafo la pérdida de la ciudadanía y en otro la de la nacionalidad y, a su vez, cada uno con una disposición específica, según se trate de causales aplicables para los ciudadanos naturales o para los legales; o bien, en uno la pérdida de la ciudadanía, natural y legal, y en otro la de la nacionalidad.

Lo que establece el artículo es que los nacionales del Uruguay no pierden nunca su nacionalidad y que, en caso de naturalizarse en tercer Estado, pierden *el ejercicio de los derechos de ciudadanía*, es decir, se les suspende la ciudadanía. Esta disposición merece algunas críticas de orden sustantivo. En primer lugar, la doctrina es unánime en interpretar la disposición en el sentido de que la nacionalidad oriental no se pierde nunca, es decir que es irrevocable;²³ no puede ni siquiera renunciar a ella el propio interesado, lo que constituye un acto jurídico inválido y, por tanto, carente de efectos jurídicos.

Esta es una interpretación amplísima del texto de la norma que dice *no se pierde* (se volverá inmediatamente sobre este punto). Además, esta interpretación, dada por la doctrina nacional, contraría un derecho humano fundamental, que es el derecho a cambiar de

²² Sin perjuicio de ciertos cargos que, incluso a un nivel comparado, no pueden sino ser desempeñados por ciudadanos naturales, como el de presidente de la República.

²³ Cf. EDUARDO ESTEVA GALLICCHIO, *Derecho constitucional II*, t. VI, *Lecciones de Derecho Positivo Vigente*, p. 103, s/d; Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit., pp. 402 y 411; Martín RISSO FERRAND, o. cit., pp. 756, 760. Montevideo, 2005.

nacionalidad, reconocido por un significativo número de instrumentos internacionales²⁴ y de legislaciones nacionales.²⁵

El corolario de la interpretación dada hasta ahora es la injustificada restricción de un derecho fundamental y la creación, además, de una situación discriminatoria respecto de los ciudadanos legales, que sí pueden renunciar a la ciudadanía. ¿Por qué los naturalizados pueden renunciar y los naturales no? En otras palabras, y según la doctrina hasta ahora mayoritaria, todo uruguayo que adquiera una tercera nacionalidad mantiene siempre, a los ojos de la legislación uruguaya, la nacionalidad uruguaya, pero se le suspende la ciudadanía.

Cabe detenerse un momento más en este punto que es importante, en especial en lo relativo al derecho humano a cambiar de nacionalidad. Tal y como se interpreta hoy, esta disposición constituye una violación del derecho fundamental a cambiar de nacionalidad. Es oportuno interpretar correctamente los vocablos utilizados: se habla de *pérdida* en el texto constitucional y de derecho a *cambiar* de nacionalidad en los instrumentos internacionales.

Cuando la Carta menciona la *pérdida*, se refiere a la pérdida como una sanción; lo que pasa es que la doctrina interpreta la expresión en sentido amplio, amplísimo, y entiende que no solo no se pierde por efecto de una sanción, sino que tampoco se puede renunciar a ella, lo que es un error, pues la pérdida es un acto involuntario. Nadie pierde algo por un acto

²⁴ Diversos instrumentos internacionales reconocen el derecho a cambiar de nacionalidad, independientemente de su fuerza vinculante o no. A saber: la 1.^a Conferencia Europea sobre Nacionalidad: Trend and developments in national and international law on nationality, celebrada en Estrasburgo, 18-19 de octubre de 1999; la 2.^a Conferencia Europea sobre Nacionalidad: Changes to national and international law on nationality at the beginning of the new millennium, celebrada en Estrasburgo, 8-9 de octubre de 2001; el Report Conditions for the Acquisition and Loss of Nationality, adoptado por el Comité de Expertos en Nacionalidad del Consejo de Europa, documento CJ-NA (2002). Documentos consultables en <<http://www.coe.int>> En este sentido, la Convención Europea sobre la Nacionalidad, en vigor desde el 1.^o de marzo de 2000, en Estrasburgo, en su artículo 8, establece: "Perte de la nationalité à l'initiative de l'individu. 1. Chaque Etat Partie doit permettre la renonciation à sa nationalité, à condition que les personnes concernées ne deviennent pas apatrides. 2. Cependant, un Etat Partie peut prévoir dans son droit interne que seuls les ressortissants qui résident habituellement à l'étranger peuvent renoncer à sa nationalité". Asimismo, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, artículo 15: "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969, artículo 20: Derecho a la nacionalidad: "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla". La Convención sobre Nacionalidad, firmada en el ámbito de la Unión Panamericana en Montevideo, en 1933, artículo 1: "La naturalización ante las autoridades competentes de cualesquiera de los Estados signatarios implica la pérdida de la nacionalidad originaria"; a la que nuestra delegación hace reserva de este artículo "por no armonizar este con principios de la legislación interna uruguaya". También, el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre nacionalidad de las personas físicas con relación a la sucesión de Estados, aprobado en su 51.^{er} sesión de 1999, artículo 9: "Renunciation of the nationality of another State as a condition for attribution of nationality when a person concerned who is qualified to acquire the nationality of a successor State has the nationality of another State concerned, the former State may make the attribution of its nationality dependent on the renunciation by such person of the nationality of the latter State. However, such requirement shall not be applied in a manner which would result in rendering the person concerned stateless, even if only temporarily".

²⁵ A mero ejemplo, el artículo 22, numerales 1 y 2 de la ley belga de nacionalidad.

propio, pues, si es así, lo estaría escondiendo o destruyendo. Por ello es que *perder* se define como “dejar de tener aquello que se posea, sea por *culpa* o por *desgracia* del poseedor”.²⁶

En lo que se refiere a la expresión *derecho a cambiar de nacionalidad*, esta merece similares consideraciones: es un derecho humano el cambiar de nacionalidad. *Cambiar* debe ser interpretado no como derecho a adquirir una nueva nacionalidad y mantener la anterior, porque ello sería, justamente, derecho a adquirir una nueva nacionalidad, sino derecho a obtener una nueva y dejar de tener la anterior. Una vez más, el razonamiento se condice con el sentido natural y obvio del texto, pues la lengua confirma que *cambiar* es: “dejar *una cosa* o situación *para tomar otra*”, “convertir o *mudar algo* en *otra cosa*, frecuentemente su contraria”, incluso más: “dar o *tomar algo por otra cosa que se considera del mismo o análogo valor*”.²⁷

Por otra parte, es correcto que no se reconozca la desnacionalización como un derecho del Estado, es decir, que el Estado pueda quitar la nacionalidad en determinadas circunstancias, pues ello equivaldría, en un plano estrictamente lógico, a permitirle beneficiarse de un acto propio: el Estado tiene la obligación de recibir a sus nacionales, pero no, como no desea recibir a cierta o ciertas personas, a retirar la nacionalidad.

En síntesis, la interpretación correcta es, en lo que refiere a la ciudadanía, que esta se suspende cuando efectivamente opera una naturalización por vía del vecindamiento en tercer país. En materia de nacionalidad, la interpretación correcta es que a ningún nacional del Uruguay se le aplicará una pena privativa de la nacionalidad, pero que cualquier nacional del Uruguay podrá renunciarla, siempre que así lo quiera y manifieste con un acto expreso y, mejor aún, escrito.

En segundo lugar, el espíritu de la norma se refiere a la hipótesis de la persona que se naturaliza en tercer Estado y abandona el territorio nacional; por eso se requiere que, para recuperar los derechos de ciudadanía, la persona deba “avecindarse en la República”. Por el contrario, hoy son muchos los uruguayos que poseen doble nacionalidad, por ser hijos o nietos de emigrantes.

El 93,2% de la población del Uruguay es de la llamada *raza blanca*, según el Instituto Nacional de Estadística.²⁸ Como señalan OTEIZA y PELLEGRINO:

²⁶ “Perder” en: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., Madrid, 2005.

²⁷ “Cambiar”, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, o. cit. El resaltado es del autor.

²⁸ La expresión es la utilizada por el Instituto Nacional de Estadística del Uruguay, según el cual, la población del Uruguay se compone en un 93,2% de personas de raza blanca, 5,9% de raza negra, 0,4% de indígena y 0,4% de raza amarilla. Estos datos, así como un estudio pormenorizado de los aspectos sociales, demográficos, culturales y económicos, pueden ser consultados en la Encuesta Continua de Hogares. Módulo Razas. Principales resultados. Disponible en: <http://www.ine.gub.uy/biblioteca/raza/MODULO_RAZA.pdf>

The massiveness of immigration, by comparison with local populations, that was received in about a hundred years was a common major factor in the constitution and the nature of Argentine and Uruguayan national societies as they are at present.²⁹

Todos aquellos uruguayos que adquieren doble nacionalidad no abandonan el territorio nacional, sino que adquieren una segunda nacionalidad, o bien desde el momento de su nacimiento o bien luego; pero se trata, siempre, de ciudadanos naturales de terceros países, principalmente, españoles e italianos, y en menor medida franceses, ingleses y alemanes.

Ninguno de ellos pierde, por tal motivo, los derechos de la ciudadanía uruguaya, ya que el Uruguay acepta la doble nacionalidad. Por ello, la norma se dirige a los uruguayos que se avecindan en tercer país, con lo cual se les suspende la ciudadanía, nunca la nacionalidad. Es lo mismo que lo ya visto con respecto a los hijos de padre o madre uruguayos nacidos en el extranjero. Ellos son nacionales uruguayos, mas para adquirir la ciudadanía (natural) solo tienen que avecindarse al Uruguay e inscribirse en el Registro Cívico.

En lo que respecta al párrafo segundo, la norma podría ser burlada con relativa facilidad, ya que si la finalidad es evitar que un extranjero tenga otra nacionalidad, además de la propia, y la ciudadanía uruguaya, a esta persona le bastaría con naturalizarse primero en los otros países de su interés y luego en Uruguay; con ello sus naturalizaciones no serían ulteriores y podría conservar todas. En todo caso, y como la Carta patria confunde la nacionalidad y la ciudadanía, el verdadero objetivo de esta es evitar la doble ciudadanía legal del ciudadano legal, valga de redundancia.

Por último, como se sabe, uno de los derechos de la ciudadanía es el sufragio. No se admite que un extranjero pueda votar en elecciones nacionales. En este sentido, el Uruguay es una excepción, hasta donde sé, única en el mundo, porque admite el voto de los extranjeros. Es lo que la doctrina uruguaya denomina *electores no ciudadanos* y que Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA bautiza, de manera más gráfica, como *órgano monstruoso*.³⁰ En el Uruguay pueden ser electores no ciudadanos los hombres y mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que posean algún capital en giro o propiedad en el país o profesen alguna ciencia, arte o industria y tengan residencia habitual de quince años en el Uruguay.³¹

²⁹ Enrique OTEIZA, Adela PELLEGRINO, "Globalisation, Migration and Human Rights in Argentina and Uruguay (The River Plate South American Countries)", en *Mondialisation, migration et droits de l'homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté. Globalization, migration and Human Rights: a new paradigm for research and citizenship*, (Maire-Claire Caloz-Tscopp et Pierre Dasen ed.), vol. I, pp. 415, 418, Bruselas, 2007.

³⁰ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit., p. 426.

³¹ Artículo 78. "Tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por los

La norma tiene su origen inmediato en la tercera Constitución, que data del año 1934. Sin embargo, la primera Constitución, la de 1830, admitía el voto de los extranjeros en las elecciones municipales, ya que “para los comicios municipales, interesa más la calidad de vecino que la calidad de ciudadano”.³² Después de algunas idas y venidas, en el Parlamento y en la Comisión de Reforma Constitucional, la Constitución de 1934 terminó por extender el derecho a las elecciones nacionales.

2.

EXTRANJERÍA EN EL URUGUAY

2.1. EL RÉGIMEN HISTÓRICO DE LA MIGRACIÓN EN EL URUGUAY

2.1.1. El régimen histórico en el siglo XIX e inicios del siglo XX

Desde sus inicios en la vida independiente, el Uruguay ha adoptado una actitud de amplia receptividad y de promoción³³ de la inmigración. El Uruguay nació a la vida independiente en el año 1830, con aproximadamente unos 74.000 habitantes,³⁴ para un territorio de casi 178.000 km², que es el mismo que posee en la actualidad.

Las autoridades de la época tenían la muy apremiante necesidad de poblar el país, sobre todo la campaña, para fomento del progreso, lo cual es evidente y comprensible. Desde 1830 hasta 1880, aproximadamente, Uruguay vivió el común período de revoluciones, guerras civiles y gobiernos militares, y se estabilizó a fines de siglo XIX. Fue en este período cuando se adoptó una política de neto corte inmigratorio, basada en la inmigración productiva que generaría mano de obra para el país.

El 10 de junio de 1890, el Poder Legislativo aprobó el proyecto Inmigración, Ley para su Fomento, que lleva el número 2096 y que fue el primer instrumento jurídico

menos, en la República. La prueba de la residencia se fundará indispensablemente en instrumento público o privado de fecha comprobada, y si la justificación fuera satisfactoria para la autoridad encargada de juzgarla, el extranjero quedará habilitado para el ejercicio del voto desde que se inscriba en el Registro Cívico, autorizado por la certificación que, a los efectos, le extenderá aquella misma autoridad”.

³² Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit., p. 426.

³³ Enrique OTEIZA, Adela PELLEGRINO, o. cit., p. 415.

³⁴ Juan José ARTEAGA, *Uruguay. Breve historia contemporánea*, p. 66, FCE, México, 2000.

aprobado en la materia. La ley estableció una política inmigratoria por medio del servicio diplomático y consular de la República.

Preveía que los agentes consulares operara como:

[Artículo 1.º] Agentes de información y propaganda, [a los efectos de fomentar la inmigración al Uruguay] dando a conocer sus condiciones geográficas, económicas y sociales, las ventajas generales que ofrece al inmigrante y los favores que le asegura para su transporte, desembarco, alojamiento y manutención, en los primeros días de su llegada, y colocación lucrativa en el país. [artículo 2.º, numeral 2].

La ley establecía que los agentes consulares “no podrán cobrar ni recibir, so pena de destitución, ninguna clase de retribución particular por los servicios que les impone esta ley o le sean en adelante encomendados con arreglo a ella por el PE (Poder Ejecutivo) o por los ministros diplomáticos de la República” (artículo 3.º). Definía como inmigrante (artículo 6.º):

A todo extranjero honesto y apto para el trabajo, que se traslade a la República Oriental del Uruguay, en buque de vapor o de vela, con pasaje de segunda o tercera clase y con ánimo de fijar en ella su residencia.

Se beneficiaba de un régimen verdaderamente generoso pues podían: introducir, libres de todo impuesto, sus prendas de uso, vestidos, muebles de servicio doméstico, instrumentos de labranza y herramientas o útiles de su oficio; y desembarcar gratuitamente todo su equipaje.

Si el inmigrante, además, se apersonaba ante el Consulado del Uruguay con jurisdicción en su lugar de residencia y manifestaba, ante dicha autoridad su voluntad de inmigrar, el Estado uruguayo costeaba los boletos de pasaje anticipado y les pagaba el alojamiento y sustento gratuito durante los primeros ocho días posteriores a su llegada.

A dicho fin “la Asamblea General, al votar el presupuesto general de gastos, fijará, anualmente, una suma destinada al anticipo de pasajes” (artículo 11), que, después, el inmigrante reembolsaría al Estado “por cuotas semestrales de veinte por ciento de amortización y al interés correspondiente a un seis por ciento anual” (artículo 12).

Siempre en la misma línea de una inmigración productiva, la ley prohibía a los capitanes de los buques conductores de inmigrantes recibir a bordo, en calidad de inmigrantes, a: “enfermos de mal contagioso ni mendigos ni individuos que, por vicio orgánico o por defecto físico, sean absolutamente inhábiles para el trabajo, ni personas mayores de sesenta años”, a menos que viajaran como miembros de una familia. Es claro que el capitán no podía embarcarlos como inmigrantes, en el concepto que daba la ley, pero ello no le prohibía embarcarlos como pasajeros.

Es interesante recordar algunas otras disposiciones de esta ley. El artículo 24, por ejemplo, establecía:

Los inmigrantes destinados a puertos orientales tendrán a bordo las mismas condiciones de alojamiento higiénico, manutención y tratamiento dispensados a los inmigrantes que se dirijan a otros puertos del Río de la Plata.

También es interesante el artículo 29, porque mandaba a los capitanes a:

Colocar, en paraje visible de a bordo, un cuadro que contenga el texto de esta ley, en diversos idiomas.

Para ello:

El Poder Ejecutivo mandará traducir esta ley en francés, italiano, inglés, alemán y sueco, y la hará imprimir en español y en esas otras lenguas, de tal forma que cada ejemplar pueda colocarse en cuadro, en parajes visibles de los buques, de las estaciones de los ferrocarriles y de las agencias de información y propaganda, cuidando de que estos impresos tengan la mayor circulación dentro y fuera de la República [artículo 40].

La ley creaba la figura del inspector de desembarco, quien:

Dirigirá personalmente el desembarco oficial y gratuito [...] procurando que se haga con toda comodidad para las personas y el orden conveniente para los equipajes [artículo 32].

Y los acompañaría:

Hasta que estén instalados en el Hotel de Inmigrantes y en posesión de sus respectivos equipajes, cuidando de que, hasta ese momento, nadie les exija ni les pida retribución o recompensa por los servicios que reciben [artículo 33].

Incluso:

En caso de enfermedad grave de los inmigrantes, contraída durante el viaje o su permanencia en el Hotel de Inmigrantes, los gastos de alojamiento, manutención y asistencia médica en el establecimiento que corresponda, serán siempre de cuenta del Estado, aun cuando haya vencido el plazo acordado [artículo 35].

La Dirección de Inmigración y Agricultura operaba también como agencia de trabajo; llevaba un registro de los pedidos de artesanos, labradores o jornaleros (artículo 37, numeral 1.º). La Dirección:

En ningún caso, cobrará comisión o retribución por los servicios que preste a patrones o inmigrantes [artículo 38].

Se prevía, incluso, que:

Si para la colocación del inmigrante recién llegado fuese menester trasladarlo de Montevideo a otro punto de la República, la traslación se hará por cuenta del Estado [artículo 39].

El régimen previsto en la ley era sumamente benévolo en términos laborales, habitacionales y económicos, pero, sobre todo, era una ley muy humana, porque atendía a la dignidad inalienable de la persona, en especial, en circunstancias que pueden resultar tan traumatizantes como una inmigración.

El 10 de diciembre de 1894, el Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Fomento de entonces, dictó un decreto de Inmigración Inútil, su Reglamentación. Este decreto, que llevaba ese título un tanto fuerte, consideraba:

[Por abuso de la ley n.º 2094, hay] afluencia de inmigración inútil, que [...] solo sirve para aumentar el número de competidores al favor de la asistencia pública, cuando no el de los pequeños delincuentes.

Por ello, declaraba inmigrantes de rechazo a los contenidos en el artículo 26 de la ley n.º 2094, junto con los asiáticos, africanos “y los individuos generalmente conocidos con el nombre de zíngaros o bohemios” (artículo 2.º). Esta disposición, que hoy puede rechinar, debe ser interpretada según un criterio intertemporal, ya que por aquella época estas poblaciones tenían una connotación despectiva por su falta de afecto al trabajo y por la difícil integración en la sociedad.

La consecuencia de ser calificadas como inmigrantes de rechazo era que estas personas no podían ser desembarcadas en los puertos uruguayos. Este decreto sería modificado por otro de 18 de febrero de 1915, que no merece comentario en este caso, por ser, más que nada, de orden administrativo.

2.1.2. El régimen al promediar el siglo pasado

En 1932, se aprobó la ley n.º 8868. Esta ley, que es un verdadero adfesio jurídico y que además contraría principios y normas del derecho internacional y nacional, establecía, en los artículos 1.º y 3.º, que no se admitió la entrada o se decretaba la expulsión del país, del “extranjero, aunque posea carta de ciudadanía nacional”, que:

- a. haya sido condenado por delitos del fuero común cometidos fuera del Uruguay, pero castigados por leyes de la República, y
- b. los maleantes y vagos, los toxicómanos y ebrios consuetudinarios. Los expulsados de cualquier país en virtud de leyes de seguridad pública...

Hasta aquí no se percibe mayor oposición salvo por el tema, no menor por cierto, de la no admisión o expulsión del territorio nacional de ciudadanos propios. El resto de la ley se ocupa de establecer el procedimiento de no admisión o expulsión del “extranjero, aunque posea carta de ciudadanía nacional”. Pero el tema que me merece mayor rechazo es la *solución espartana* del artículo 9, que modifica el 26 de la ley n.º 2094. Según el nuevo texto:

No serán admitidos y serán enviados a la localidad de su procedencia los inmigrantes que se encuentren en las siguientes condiciones:

- 1.º Los que, por defectos físicos o vicios orgánicos congénitos o adquiridos, no mantengan íntegra su capacidad general de trabajo. Podrá, no obstante, observarse una tolerancia de veinte por ciento (20%), tomando por base la legislación de accidentes del trabajo.
- 2.º Los que sufran enfermedades mentales.
- 3.º Los que padezcan enfermedades crónicas de los centros nerviosos.
- 4.º Los epilépticos.
- 5.º Los que padezcan enfermedades agudas o crónicas infectocontagiosas, sin perjuicio de lo que, sobre los mismos, disponen las leyes y reglamentos sanitarios.
- 6.º Los toxicómanos y ebrios consuetudinarios.
- 7.º Los que padezcan enfermedades orgánicas del corazón.
- 8.º Los mendigos.
- 9.º Todas aquellas personas cuyo estado de salud los imposibilite permanentemente para dedicarse a tareas que requieran esfuerzos físicos.

Si bien algunas de estas causales pueden justificarse bajo ciertos extremos, como por ejemplo, en el caso de enfermedades crónicas infectocontagiosas, el artículo adopta, en la mayoría de los casos, una posición excesivamente utilitarista y poco humana.

Esta ley se reglamentó por tres decretos del Poder Ejecutivo del 15, 16 y 17 de septiembre de 1932, que establecían, en términos generales, que estas personas eran inmigrantes de rechazo y, por lo tanto, no solo no podían desembarcar en territorio uruguayo, sino tampoco ser recibidas a bordo de los buques como inmigrantes.

Las disposiciones relativas a la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio uruguayo fueron revisadas en la ley n.º 9604 del 13 de octubre de 1936, que recibió el sobrenombre de *ley de indeseables*. Esta ley sistematizó las disposiciones emanadas en los años anteriores, pero extendió la calificación de no admisibles a territorio uruguayo a los extranjeros que:

No posean un certificado consular expedido por cónsul de carrera en el sitio de su residencia habitual [artículo 1.º, literal c].

También declaró no admisibles a quienes:

No tengan una industria, profesión, arte o recursos que les permitan, conjuntamente con sus familiares, vivir en el país por sus propios medios, sin constituir una carga social. Se exceptúa la inmigración por cupos y los turistas cuya entrada al país se rija por leyes especiales [artículo 1.º, literal d].

Esta ley fue reglamentada por decreto de 29 del diciembre de 1939, que estableció el procedimiento a seguir por las autoridades nacionales a fin de no admitir el ingreso de estas personas. Otro decreto del 23 de diciembre de 1937 tuvo la bondad de unificar el creciente caudal de normas. También hubo otro decreto de 25 de octubre de 1938, pero que no tiene mayor importancia, ya que solo estableció algunas modificaciones del régimen relacionado con el pasaje en tránsito de viajeros de ultramar.

Por un decreto del 12 de junio de 1940, se acordó que para que los ciudadanos argentinos o naturalizados ingresara a territorio nacional, bastaría la libreta de enrolamiento o la cédula de identidad nacional. Así, se derogó el requisito del pasaporte y del visado consular. Lo interesante es que, en aplicación de la solidaridad americana, el artículo 1.º, inciso 3.º del decreto establecía:

Iguales requisitos se aplicarán a los ciudadanos americanos cuyos países den el mismo trato a los orientales.

El 1.º de agosto del mismo año, otro decreto extendió el mismo régimen a los ciudadanos brasileños. A partir del 22 de marzo de 1944, el Poder Ejecutivo estableció que:

Las empresas de [...] transporte colectivo internacional, no podrán introducir al territorio de la República, en carácter de permanente o temporario, a ningún pasajero que no justifique poseer la documentación que exigen las disposiciones nacionales para ingresar al país o una autorización especial del Ministerio del Interior [artículo 1.º].

Estableció, también, una serie de sanciones para las empresas infractoras.

Los puntos habilitados para el tránsito internacional de entrada y salida de personas serán determinados por el decreto del 25 de marzo de 1944: 11 para la frontera Uruguay-Brasil y 23 para la costa del litoral del río Uruguay y Río de la Plata, Uruguay-Argentina.

El certificado de entrada y permanencia, que autorizaba el desplazamiento de los extranjeros por el territorio nacional mientras las autoridades conservaban su documento de identidad, fue establecido por decreto del 7 de febrero de 1945. La norma debe interpretarse a la luz de los tiempos, pues, en similar sentido, se debe recordar que era práctica que los diplomáticos extranjeros depositara sus pasaportes en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado

receptor, y que la *devolución de pasaportes* se entendiera como una invitación del Estado receptor a que el diplomático lo abandonara.

Toda la materia inmigratoria fue objeto de modificación y sistematización por decreto del 28 de febrero de 1947, que luego sufriría una modificación, en el año 2001, y finalmente su derogación, como se verá. El decreto establece que los extranjeros que entren al territorio nacional lo pueden hacer por dos títulos: en carácter de permanentes o temporarios (artículo 2.º).

2.1.2.1. La entrada en carácter de permanente a territorio uruguayo

Se considera que el ingreso es en carácter de *permanente* cuando “tiene el propósito de establecerse en forma definitiva en el país” (artículo 3.º) y se exhibe el “permiso de entrada”. Este debe ser gestionado por el extranjero, aspirante a residente legal, ante la autoridad consular uruguayana competente en su país de origen o residencia.

Para hacer la solicitud se requiere (artículo 6.º):

- un certificado expedido por la autoridad competente del país de origen del extranjero, o de su residencia permanente, en su caso, que acredite fehacientemente que el interesado:
 - a. no ha sido condenado en su país de origen o en otro cualquiera por delitos del fuero común;
 - b. no es maleante, vago, toxicómano, ebrio consuetudinario y no ha sido expulsado de otro país en virtud de leyes de seguridad pública;
 - c. no explota la prostitución de otra persona.
- un certificado expedido por el cónsul uruguayo de carrera, en su lugar de residencia, donde conste expresamente la desvinculación del interesado con toda especie de organismos sociales o políticos que por medio de la violencia atenten contra el régimen institucional democrático-republicano, tendiendo con ello a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad;
- un certificado, título o documento hábil expedido por autoridad competente del país de origen del extranjero o del de residencia, en su caso, que acredite que el interesado:
 - a. tiene industria, profesión, arte u oficio que le permita vivir en la República con sus familiares, por medios propios, sin constituir una carga social; o que,
 - b. posee recursos en condiciones y cantidad suficientes.

- un certificado expedido por la autoridad competente del país de origen del extranjero, o del de su residencia, que acredite que el interesado se encuentra en condiciones de abandonar libremente el país y de volver a él en caso de no admitirse su entrada al territorio de la República;³⁵
- certificados expedidos por la autoridad sanitaria competente del país de origen o del de su residencia que acrediten que el interesado:
 - a. no posee defecto físico o vicios orgánicos congénitos o adquiridos que no mantengan íntegra su capacidad general para el trabajo,
 - b. no padece enfermedad crónica de los centros nerviosos,
 - c. no es epiléptico,
 - d. no padece enfermedades agudas o crónicas infectocontagiosas,
 - e. no padece enfermedades orgánicas del corazón,
 - f. no posee un estado de salud que lo imposibilite permanentemente para dedicarse a tareas que requieran esfuerzos físicos,
 - g. no es leproso,
 - h. ha sido vacunado contra la viruela y la difteria.

Los literales *a* a *f* no se requieren para el aspirante que posea recursos en condiciones y cantidad suficientes. El permiso de entrada también puede ser tramitado en el Uruguay para miembros de la familia que se encuentran en el exterior (artículos 10 y 12).

La decisión de concesión o negación del permiso de entrada es competencia del Ministerio del Interior, el que considera las resultancias del expediente y las opiniones de otros organismos del Estado que crea conveniente recabar, a fin de determinar la conveniencia de la entrada, tanto desde el punto de vista de los antecedentes del interesado como de la necesidad que exista para el interés nacional, en razón de la industria, profesión, arte u oficio que aquel posea. Resuelta afirmativamente, la decisión es comunicada a la autoridad consular la que, por mandato del Ministerio del Interior, expide el permiso de entrada, previa visación del pasaporte del interesado³⁶ (artículos 15 y 16).

³⁵ El régimen puede presentar alguna diferencia según la nacionalidad del solicitante. Así, por ejemplo, los ciudadanos estadounidenses deben concurrir a la Oficina de Interpol a fin de que se les tomen sus huellas dactilares para pedido de antecedentes; los ciudadanos brasileños, por ejemplo, deben presentar un certificado expedido por la Policía Federal.

³⁶ Son muy pocos los países cuyos nacionales requieren visa consular para ingresar a territorio uruguayo con pasaporte común, a octubre 2007, estos son: Albania, Armenia, China, Egipto, Guyana, India, Marruecos y Rusia. En algunos casos, en cambio, los pasaportes oficiales y diplomáticos requieren visa cuando los pasaportes comunes no la requieren. Es el caso de los de: Andorra, Australia, Canadá, Estados Unidos de América, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Seychelles y Sudáfrica. Fuente: Dirección Nacional de Migraciones, Ministerio del Interior, República Oriental del Uruguay. <<http://www.dni.minterior.gub.uy>>.

Iniciado el trámite, y cuando en el expediente obre la constancia de buena conducta, la normativa autoriza al extranjero a hacer solicitud de una cédula de identidad provisoria, que es igual a la de los ciudadanos orientales, con la observación de la dicción *residente en trámite*. Una vez finalizado el procedimiento y si con resultado positivo, el extranjero podrá solicitar una nueva cédula de identidad, la que portará la dicción de *residente legal*.

2.1.2.2. La entrada en carácter de temporario a territorio uruguayo

El ingreso se considera *temporario*:

Cuando, no teniendo el propósito de establecerse en el país en forma definitiva, su permanencia en él es menor de tres meses, siempre que dé cumplimiento a [una serie de requisitos, artículo 3.º].

El procedimiento para la obtención de la residencia legal temporaria se aplica a partir de una estancia mayor de 180 días, ya que por un plazo anterior es de aplicación el régimen general de turismo. El trámite es muy sencillo y funciona sobre la base de la apertura a la inmigración productiva para el país. Por ello, el extranjero deberá acreditar la posesión de la actividad que motive su intención de residir temporalmente en el país.

El decreto que se ha comentado prevé una serie de categorías, en una de las cuales el extranjero deberá ingresar a territorio oriental.³⁷ Se prevé, además, una serie particular de requisitos según cada categoría. A saber:

Categoría 1: la integran científicos, investigadores, docentes, profesionales, académicos, técnicos y personal especializado contratado por entes públicos o privados o empresas nacionales o extranjeras, establecidas o que desarrollen actividades en el país, para efectuar trabajos de su especialidad.

Acreditan su calidad con un certificado de su actividad emitido por el ente o empresa donde desarrollarán su actividad, firmado por persona autorizada, con indicación del monto del sueldo mensual y del plazo de duración de la actividad. En caso de tratarse de una empresa no pública, deben presentar, además, un certificado notarial de existencia de la empresa en cuestión, en el que conste la personería jurídica de derecho nacional, la vigencia en plazo de esta, su objeto, el domicilio constituido en el país, las constancias de

³⁷ Se excluyen de este régimen a los funcionarios diplomáticos y consulares de países extranjeros, los miembros de su familia y personas a su servicio, a las personas que vienen a la República en misión oficial de sus respectivos Gobiernos y a los miembros oficiales de congresos o conferencias internacionales.

inscripción en los organismos de previsión social e impositivo, y las personas autorizadas a firmar en su nombre.

Categoría 2: la integran empresarios, directores, gerentes y personal administrativo de empresas nacionales o extranjeras, trasladados desde el exterior para cubrir cargos específicos en dichas empresas. Acreditan su calidad con un certificado de su actividad emitido por la empresa, el que debe ir firmado por persona autorizada, con indicación del monto del sueldo mensual. Deben presentar, además, un certificado notarial de existencia de la empresa en las condiciones indicadas *supra*.

Categoría 3: son los estudiantes que cursan, como alumnos regulares, estudios secundarios, terciarios o de posgrado en establecimientos oficiales o privados reconocidos oficialmente. Acreditan su calidad con un certificado expedido por la institución educativa, el que deben acompañar de certificación notarial de existencia de la institución, si se trata de una institución privada. El certificado expedido por la institución educativa debe especificar la duración total de la carrera o los estudios que cursará el peticionante. El estudiante debe certificar, además, contar con medios de vida que le permitirán su manutención mientras duren los estudios.

Categoría 4: la integran periodistas, deportistas y artistas contratados por empresas o entidades establecidas en el país para realizar actividades propias de su profesión. Acreditan su condición con un certificado expedido por la empresa en el que conste la vinculación y el plazo estipulado que tienen con ella, el que debe ser firmado por persona autorizada, con indicación del monto de sueldo mensual. Debe ir acompañado del ya mencionado certificado notarial de existencia de la empresa y las constancias de inscripción en la seguridad social y en la Dirección General Impositiva del Ministerio de Economía y Finanzas.

Categoría 5: son los becarios. Deben probar su calidad de tales, la duración y cobertura de la beca, mediante una comunicación escrita de la institución oficial involucrada en la beca, una nota del consulado extranjero o una nota emitida por la organización, la que debe ir acompañada por la constancia notarial de existencia de esa organización.

Categoría 6: la integran religiosos pertenecientes a iglesias, órdenes o congregaciones reconocidas en el país, que ingresen al Uruguay a fin de desarrollar actividades propias de su culto, docentes o asistenciales. Acreditan su condición por medio de un certificado expedido por la congregación o iglesia a la que pertenecen, en el que se establezcan las actividades que desarrollará en el país, así como la duración de su misión. Se le deben adjuntar la certificación notarial de personería jurídica y demás datos de la iglesia.

Categoría 7: es una categoría residual que incluye a los cónyuges, hijos menores y padres de las personas mencionadas precedentemente. Acreditan su parentesco con las partidas de casamiento o de nacimiento, debidamente traducidas y legalizadas.

El decreto también prevé una serie de *requisitos varios* que el agente consular deberá cumplir, a fin de verificar que no existe impedimento legal o reglamentario alguno para el viaje, y luego procederá a visar consularmente el documento de viaje del extranjero. No es necesario entrar en los particulares de este procedimiento, porque no son relevantes en este caso. Además, muchos ya no son aplicables, ya que, en aplicación de la regla de la reciprocidad, en la mayoría de los casos los extranjeros no necesitan visto consular para ingresar temporalmente al Uruguay.

El *plazo de permanencia* es de tres meses para los pasajeros de las categorías A a F, de un mes para los de la categoría G y el término de permanencia del respectivo medio de transporte para los de las categorías H e I. Plazos que pueden ser prorrogados a solicitud de parte interesada.

2.1.2.3. Causales de inadmisibilidad en carácter permanente

Es posible, sin embargo, que el extranjero, “aunque posea carta de ciudadanía legal” (sic), no sea admitido, si se encuadra en alguna de las causales de inadmisión. Estas causales son, en general, las previamente mencionadas y que el decreto recoge. Es decir:

- a. Los condenados por delitos del fuero común castigados por leyes de la República y cometidos en el país de origen o en otros cualesquiera, y siempre que no corra, una vez cumplida la condena, un término superior a la mitad del fijado para la prescripción de la pena correspondiente. Salvo los delitos políticos, los complejos conexos con delitos políticos, siempre que en su ejecución no se empleen medios o respondan a móviles que a juicio de la autoridad judicial competente impliquen, en el Uruguay, un carácter especial de peligrosidad; y los delitos cometidos por funcionarios públicos que solo sean castigados por las leyes de la República, con inhabilitación o suspensión en el cargo; delitos de imprenta; de injurias y calumnias; y delitos culposos.
- b. Los maleantes y vagos, los toxicómanos y ebrios consuetudinarios. Los expulsados de cualquier país en virtud de leyes de seguridad pública o en virtud de decreto administrativo autorizado por la ley de la nación (con excepción de aquellos cuya expulsión responda a motivos políticos) y cuando, a juicio de la

- autoridad judicial competente, el expulsado ofrezca, en el Uruguay, un carácter especial de peligrosidad.
- c. Los que explotan la prostitución de otras personas y contribuyen a ello en cualquier forma, con ánimo de lucro, aunque medie el consentimiento de la víctima.
 - d. Los que no posean el certificado consular político social en el que conste expresamente la desvinculación del interesado con toda especie de organismos sociales o políticos que, por medio de la violencia, atenten contra el régimen institucional democrático-republicano y tiendan con ello a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad.
 - e. Los que no posean el certificado, título o documento hábil que acredite posesión de industria, profesión, arte, oficio o recursos en condiciones y cantidad suficientes.
 - f. Los que, por defectos físicos o vicios orgánicos congénitos o adquiridos, no mantengan íntegra su capacidad general de trabajo.³⁸
 - g. Los que sufran enfermedades mentales.
 - h. Los que padezcan enfermedades crónicas de los centros nerviosos.
 - i. Los epilépticos.
 - j. Los que padezcan enfermedades agudas o crónicas infectocontagiosas.
 - k. Los que padezcan enfermedades orgánicas del corazón.
 - l. Los mendigos.
 - m. Todas aquellas personas cuyo estado de salud las imposibilite permanentemente para dedicarse a tareas que requieran esfuerzos físicos.
 - n. Los leprosos.
 - o. Los que no han sido vacunados contra la viruela y la difteria.
 - p. Los que no posean el correspondiente permiso de entrada.
 - q. Los que no posean pasaporte expedido por autoridad extranjera competente, debidamente visado por la autoridad consular uruguaya que corresponda.
 - r. Los que entren al territorio nacional por puntos no habilitados.

2.1.2.4. Causales de inadmisibilidad en carácter de temporario

La normativa prevé que no se admitirá la entrada en carácter de temporario a los extranjeros, “aunque posean carta de ciudadanía legal”, que:

³⁸ Se puede observar una tolerancia de 20%, según establece el decreto.

- a. padezcan enfermedades agudas o crónicas infectocontagiosas;
- b. no posean pasaporte expedido por la autoridad competente y debidamente visado por la autoridad consular uruguaya que corresponda; y
- c. entren al territorio nacional por puntos no habilitados.

Una serie de disposiciones varias regulan la entrada y fiscalización, y establecen diversos puntos de entrada y salida del territorio nacional, para la frontera uruguayo-brasileña y para la costa litoral del río Uruguay y del Río de la Plata.

Se regulan, también, la visita de inmigración y la posibilidad de desembarco condicional, así como la situación jurídica de los pasajeros clandestinos, ausentes o rechazados por otros países. Una serie de artículos, específicamente identificados, regulan la expulsión de los extranjeros y prevén un procedimiento administrativo en este sentido.

Por último, el decreto establece una serie de regímenes especiales de entrada, por una parte, de nacionales o naturalizados de países americanos en general y, por otra parte, de nacionales o naturalizados argentinos o paraguayos, de nacionales brasileños residentes en su país y de nacionales chilenos. Algo similar se prevé para los extranjeros residentes en Argentina, Chile y Paraguay.

Entre las últimas modificaciones hechas al régimen de entrada al país de extranjeros está el decreto ley n.º 14878, que modifica y agrega una disposición al literal *c* del artículo 19 de la ley n.º 9604. Esta declara como no admisibles a las personas vinculadas con cualquier organismo social o político que, por medio de la violencia o de la propaganda que incite a ella, tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad. Disposición que hace una clara referencia a los movimientos subversivos y terroristas.

El plazo mínimo de estancia temporaria en el Uruguay es de 180 días, y el plazo máximo de permanencia autorizado en el Uruguay es distinto según cada categoría. Para las categorías 1, 2, 4 y 6, el plazo máximo es de hasta dos años, el que puede renovarse por igual período, hasta un máximo de cuatro años. Los incluidos en la categoría 3 pueden permanecer hasta un año, y pueden renovar el permiso por períodos iguales, hasta un máximo que no exceda en más de dos años. Para los incluidos en la categoría 5, el plazo de permanencia es de hasta un año, el cual puede renovarse por períodos iguales al autorizado, y hasta que dure la beca. En el caso de los beneficiarios de la categoría 7, su plazo de permanencia será igual al del pariente que motivó su solicitud.

La solicitud de renovación debe incluir una actualización de la certificación de vinculación con la empresa o institución, y un certificado de buena conducta expedido por la policía nacional. En todo caso, deben acompañar su solicitud con:

- un carné de salud expedido, a dichos efectos, en el Uruguay;
- la constancia de ingreso al Uruguay (tarjeta de turista), con indicación de la fecha exacta de su ingreso;
- certificado de buena conducta, expedido en el país donde ha vivido los últimos cinco años, debidamente legalizado y traducido;
- documento de identidad con el que ha ingresado al país.

Como se aprecia, el régimen es sumamente benévolo y no discriminatorio, basado en la inmigración productiva. Tan benévolo que no se requiere ni siquiera que el peticionante hable castellano, y se le permite concurrir a la instancia asistido de intérprete. Asimismo, se busca evitar el ingreso de personas con antecedentes contrarios al orden público o que puedan afectar la moralidad o seguridad social. En este sentido, además de los requisitos mencionados, la Dirección Nacional de Migraciones, que es el órgano competente en esta materia, dependiente del Ministerio del Interior, tiene la facultad de recabar las opiniones de otros organismos del Estado que crea oportunas, antes de resolver la petición.

Por otra parte, cabe recordar que, como todo acto administrativo, la Dirección Nacional de Migración puede revocar, mediante resolución fundada, el permiso de residencia temporaria.

La última modificación introducida en el régimen de extranjería es el decreto 441/001, del 13 de noviembre de 2001, por el cual el Poder Ejecutivo crea una nueva categoría de extranjeros que deseen ingresar al territorio de la República. Hoy, además de las dos categorías de *permanente* y *temporario*, en virtud de este decreto se cuenta con la categoría de *residente temporario* (artículo 1).

Se considera residente temporario al extranjero que ingrese con la intención de residir temporalmente en el país, mientras duren las actividades que han dado lugar a su admisión. Estas personas deben ser:

1. Científicos, investigadores, docentes, profesionales, académicos, técnicos y personal especializado contratado por entes públicos o privados, empresas nacionales o extranjeras establecidas, o que desarrollen actividades en el país para efectuar trabajos de su especialidad.
2. Empresarios, directores, gerentes y personal administrativo de empresas nacionales o extranjeras, trasladados desde el exterior para cubrir cargos específicos de dichas empresas.
3. Estudiantes que ingresen al país para cursar, como alumnos regulares, estudios secundarios, terciarios o de posgrado en establecimientos oficiales o privados reconocidos oficialmente.

4. Periodistas, deportistas y artistas contratados por empresas o entidades establecidas en el país para realizar actividades propias de su profesión.
5. Becarios.
6. Religiosos pertenecientes a iglesias, órdenes o congregaciones reconocidas en el país, que vengan a desarrollar actividades propias de su culto, docentes o asistenciales.
7. Cónyuge, hijos menores y padres de las personas mencionadas en los apartados anteriores.

Finalmente, además de estos casos, la norma prevé una suerte de válvula de escape, porque establece que el Ministerio del Interior, por resolución fundada, puede conceder autorizaciones a personas que no queden comprendidas en los apartados anteriores.

En todos los casos, las personas deben acreditar, ante la Dirección Nacional de Migraciones, poseer la actividad que da origen a su admisión, carné de salud expedido en el Uruguay y certificado de buena conducta expedido por las autoridades policiales del país donde han residido en los últimos cinco años, debidamente legalizado y traducido, si corresponde.

El plazo de permanencia autorizado es, en general, de dos años, renovable, por igual período, hasta cuatro años. En el caso de los estudiantes que ingresen al país para cursar, como alumnos regulares, estudios secundarios, terciarios o de posgrado en establecimientos oficiales o privados reconocidos oficialmente, el plazo es de un año, renovable por igual período. En el caso de los becarios el plazo es de un año, renovable mientras dure la beca. En el caso de cónyuges, hijos menores y padres, el plazo es el mismo del pariente cuya presencia en el país ha motivado su solicitud.

2.2. EL RÉGIMEN PRESENTE DE LA MIGRACIÓN EN EL URUGUAY

2.2.1. El régimen actual (ley n.º 18250)

El régimen actual de la migración en el Uruguay está dado por la ley n.º 18250, del 6 de enero de 2008; publicada en el *Diario Oficial* del 17 de enero de 2008, con el nombre de *Migración, Normas*.

Previo al análisis de la ley corresponde realizar algunas consideraciones preliminares en este tema por demás delicado.

2.2.2. Consideraciones previas

1.º La expulsión de los extranjeros es un derecho del Estado territorial.³⁹ Este derecho de expulsión no es, sin embargo, un derecho absoluto,⁴⁰ sino que está sujeto a ciertas reglas y principios de derecho internacional de fuente consuetudinaria y convencional y, según el caso, de jerarquía imperativa, como el principio de la no discriminación.⁴¹ Hay un *estándar mínimo* de derechos que deben ser respetados,⁴² como el ya mencionado derecho de la no discriminación, el derecho inalienable de toda persona al respeto a su dignidad,⁴³ de la unidad familiar y la no devolución en caso de peligro a la vida o integridad, entre otros.

Por el contrario, la inobservancia de un estándar mínimo de protección de la persona humana en la expulsión constituye una violación del derecho internacional⁴⁴ que, como tal, entraña la responsabilidad internacional del Estado expulsor.

2.º El Estado territorial puede y debe determinar las causales y condiciones en las cuales ejercerá este derecho de expulsión, las que deberán estar en armonía con el estándar mínimo de protección a la persona humana. Es claro que el Estado tiene un margen de apreciación, aunque limitado, para regular cuándo y cómo expulsar a un extranjero. Sin embargo, el ejercicio del derecho de expulsión es, como el de todo derecho, discrecional; es decir que, ante dos circunstancias que presenten similitudes notorias, el Estado territorial podrá en un caso decretar la expulsión y en otro no, respetando el principio de no discriminación, para lo cual deberá ponderar las circunstancias del bien común y del interés general en tomar una u otra decisión. Decidida la expulsión, esta deberá producirse de la manera menos dañina para el extranjero.⁴⁵

³⁹ *Inter alios* Gaspar BLUNTSCHLI, *Le Droit International Codifié*, artículo 383, París, 1870; Guy S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons Between States*, pp. 21 et 310. Oxford, 1978; Shigeru ODA, “El individuo en el derecho internacional”, en *Manual de derecho internacional público*, Max. Sørensen ed., pp. 462 et 482, Ciudad de México, 2000; et Hersch LAUTERPACHT, *Oppenheim’s International Law, A Treatise* vol. I, p. 691, 8.ª ed., Londres, 1955; Sir Robert JENNINGS et Sir Arthur WATTS, *Oppenheim’s International Law*, vol. II, p. 940, 9.ª ed., Essex, 1992.

⁴⁰ Gaspar BLUNTSCHLI, o. cit., art. cit.; Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, p. 523, Oxford, 2002; Shigeru ODA: o. cit., p. 462; Alfred VERDROSS, *Derecho internacional público*, p. 295, Madrid, 1972.

⁴¹ Guy S. GOODWIN-GILL, o. cit., p. 21

⁴² Manuel DIEZ DE VELASCO VALLEJO: *Instituciones de derecho internacional público*, p. 517. Madrid, 2001; José A. PASTOR RIDRUEJO: *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, pp. 225-227, Madrid, 2003; Alfred VERDROSS, o. cit., p. 296. Implícitamente: Shigeru ODA: o. cit., p. 462; Benedetto COFORTI, *Diritto Internazionale*, p. 234, Nápoles, 2002. V. también: Slivenko v. Letonia [GC] n.º 48321/99. Sentencia de 9 de octubre de 2003, párrafo 113. Corte Europea de Derechos Humanos 2002-II.

⁴³ Sobre este tema véase, en la doctrina nacional, Mariana BLENGIO VALDÉS, *El derecho al reconocimiento de la dignidad humana*, Montevideo, 2007.

⁴⁴ Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: “Deberes internacionales de los Estados respecto de los extranjeros”, en AA. VV., *Derecho internacional público*, obra dirigida por Eduardo Jiménez de Aréchaga, pp. 25 ss., Montevideo, 1991.

⁴⁵ Asuntos Boffolo y Oliva: Comisión Mixta de Reclamaciones Italo-venezolana; en *United Nations Report of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 528-538 et 600-609, respectivamente.

3.º Es lícito, para el Estado de cuya nacionalidad sea el expulsado, pedir cuentas al expulsor sobre las razones y pruebas de la decisión. Cuanto más tiempo tenga el extranjero residiendo un país, es decir, más avecindado esté, más riesgo existe para el Estado expulsor de causar un perjuicio al nacional, por ejemplo, por daño personal o por pérdida del valor de inmuebles, y por tanto tendrá que reparar al extranjero si este directamente o su Estado en su nombre así lo reclaman.

Es claro que la circunstancia no es la misma para un extranjero residente legalmente durante cuarenta años, con familia constituida y bienes varios en el Estado expulsor, que la de un extranjero detenido en el puesto de policía de frontera. Por ello, la consideración de las causales y condiciones debe, siempre, depender de las circunstancias del caso.

2.2.3. Aspectos formales

La ley se divide en dieciséis capítulos. El capítulo I consta de un artículo único, que establece los “Principios generales” en materia de migración. El capítulo II consta de cinco artículos y establece el ámbito de aplicación. El capítulo III regula los derechos y obligaciones de las personas extranjeras; el IV, su trabajo en el país; el V, los organismos competentes en materia migratoria y sus atribuciones; el VI, las categorías migratorias; el VII, el control de ingreso y egreso; el VIII, el desembarco condicional; el IX, los impedimentos a la permanencia y a la residencia, donde se establecen, en dos secciones, las causales de rechazo al ingreso y de denegatoria de la residencia. El capítulo X prevé la cancelación de la residencia y de la permanencia, así como los roles del Ministerio del Interior en la materia. El capítulo XI está dedicado al control de la salida; el XII, a las empresas de transporte internacional; el XIII, a las sanciones administrativas y a las exoneraciones; y el XIV, a los uruguayos en el exterior. El capítulo XV, que se titula “De los delitos”, tipifica el tráfico y trata de personas y sus agravantes. En fin, el Capítulo XVI contiene algunas disposiciones especiales.

2.2.4. Aspectos materiales

En términos materiales, el aspecto más relevante de la ley es la determinación de un marco normativo unificado en materia migratoria. Se derogan⁴⁶ las leyes 2096, 8868 y 9604, que previamente se han comentado. La nueva norma no constituye una disposición de *tabula rasa*, sino que, en líneas generales, se encuadra dentro de la política migratoria tradicional del Uruguay.

⁴⁶ Artículo 84 de la ley 18250.

2.2.4.1. Principios generales

El capítulo I de la ley lleva el *nomen iuris* “Principios generales”. Esta expresión puede ser interpretada de dos maneras: como principios generales rectores de la ley o como principios generales del derecho en la materia. Sea como sea, el único artículo del capítulo I, más que principios, contiene una lista de derechos subjetivos enunciados bajo la forma de principios. El propio artículo así lo dice:

El Estado uruguayo *reconoce como derecho* inalienable de las personas migrantes y sus familiares, sin perjuicio de su situación migratoria, *el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, (el derecho) al debido proceso* y acceso a la justicia, así como *(el derecho) a la igualdad de derechos* con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.⁴⁷

Es claramente un enunciado de derechos y no de principios generales, cualquiera sea el sentido que a la expresión se le dé. El principio general, sin perjuicio de su valor normativo, es un concepto, un enunciado general con función integradora⁴⁸ e interpretativa en el orden jurídico.⁴⁹

En segundo lugar, es cierto que algunos derechos pueden elevarse a la jerarquía de principio general y, por tanto, transitar cualitativamente de la condición de objeto de derecho a fuente de derecho. De la enunciación de principios practicada por el artículo —reunificación, debido proceso e igualdad—, parecería que solo el derecho a la igualdad de trato sin distinción, si se lo equipara a la no discriminación, puede ser elevado a la categoría de principio general.⁵⁰ La determinación de estos exige un estudio inductivo de la generalidad de las legislaciones nacionales y de las normas internacionales.

Por las razones expuestas, cabe considerar que la expresión *principios generales* debe ser entendida en el sentido de *principios generales de la ley*, dado que su función será vicaria al aplicador de la norma. En todo caso, el mérito del artículo consiste en reconocer un conjunto de derechos fundamentales como derechos naturales (“inalienables”) de la persona humana en condición de migrante.

⁴⁷ El resaltado es del autor.

⁴⁸ Sir Robert JENNINGS et Sir Arthur WATTS, o. cit., pp. 39-40.

⁴⁹ Michel VIRALLY, “Le rôle des ‘principes’ dans le développement du droit international”, en *Le droit international en devenir : essais écrits au fil des ans*, pp. 195-197, Paris, 1990.

⁵⁰ Sobre la no discriminación como principio general en materia migratoria: Guy S. GOODWIN-GILL, o. cit., p. 75.

2.2.4.2. *Ámbito de aplicación*

El ámbito de aplicación de la ley puede ser analizado desde los cuatro puntos de vista clásicos.

ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL. La ley regula la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de las personas al territorio nacional. El artículo 2.º destaca que las situaciones previstas por la ley también “se regirán por las disposiciones de la Constitución, de la presente ley y de la reglamentación que a sus efectos se dicte”.

La referencia es anodina e improcedente. Anodina independientemente de la filosofía kelseniana, pues la Constitución es la fuente normativa última del ordenamiento jurídico nacional y elemento contextual en toda interpretación. Es improcedente, pues la Constitución política de un Estado no está llamada a regular ni la admisión, ni el ingreso, ni la permanencia, ni el egreso de los extranjeros. Es decir, aunque la ley nada diga en ese sentido, nada cambia.

ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL. La ley se aplica al *migrante*, que su texto define como:

Toda persona extranjera que ingrese al territorio con ánimo de residir y establecerse en él, en forma permanente o temporaria.

La expresión no es del todo clara, pues la redacción parece exigir la residencia y el establecimiento, independientemente de que sea permanente o temporal. La doble exigencia parece innecesaria, porque quien se establece ya está residiendo. Por otro lado, si por *residir* se entiende el trámite administrativo de la *residencia*, la doble exigencia parece igualmente innecesaria, porque para ello ya tiene que estar establecido, como lo demuestra la propia ley.⁵¹

El artículo 5.º establece, como excepción al régimen de la ley, la situación de las personas con estatuto diplomático o paradiplomático. En realidad, en estos casos no se trata específicamente de una excepción, es decir, de una no aplicación de la norma, sino de una exclusión, o sea, de una no inclusión en la categoría prevista por ella, dado que, en función del derecho internacional, esta categoría de personas goza de la libertad de ingreso, tránsito y residencia. Se confirma porque el artículo 6.º de la ley establece que, en estos casos, las autoridades migratorias se limitarán a *controlar la documentación*.

⁵¹ El artículo 32 establece que “se considera residente permanente a la persona extranjera que ingresa al país con el ánimo de establecerse definitivamente y que reúna las condiciones legales para ello”.

El artículo contiene siete numerales de casos exceptuados, seis de los cuales son relativos al personal con estatuto diplomático, consular e internacional. La última excepción es una cláusula de salvaguardia que autoriza la excepción (en este caso sí una verdadera excepción) a “quienes, por circunstancias especiales y fundadas, determine el Poder Ejecutivo”.

El texto de la ley en el artículo 5.º adopta un giro que, según el caso, resulta innecesario, indebido o inexplicable. Innecesario: es el caso de los numerales 1⁵² y 6⁵³ que prevén la misma circunstancia, pero diferencian si el personal se encuentra acreditado o en tránsito, una distinción no sustancial. También es innecesaria la constante referencia al “personal extranjero”, pues el personal de nacionalidad oriental no se encuentra dentro del objeto reglado por la norma.

En otro orden de cosas, el artículo 4.º establece que el Estado “garantizará a las personas migrantes los derechos y privilegios que acuerden las leyes de la República y los instrumentos internacionales ratificados por el país”.

El texto es, por una parte, innecesario, pues no por esa expresión se obliga el Estado respecto de los referidos derechos, sino por la firma y posterior ratificación.

El texto es, además, laxo, porque parece establecer una obligación de resultado (“garantizará”) en beneficio de los extranjeros migrantes, extremo que puede generar una situación de privilegio con respecto a los nacionales, en el entendido de que, en el campo de los derechos llamados de tercera generación, el Estado no se obliga a un resultado —garantizar el trabajo o la vivienda a todos—, sino a adoptar las medidas necesarias para ello. En fin, la referencia a privilegios parece por demás improcedente.

El privilegio es “una exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia”.⁵⁴

Asimismo, el numeral 5⁵⁵ se refiere a los familiares y al personal de servicio extranjero de las personas que viajen en misión oficial, y del personal diplomático, consular y acreditado ante el Uruguay y, en el segundo caso, también ante organizaciones internacionales, con sede en el Uruguay, que gocen de inmunidades y privilegios diplomáticos. Una vez más, la referencia a la condición de *extranjero* es innecesaria, por la razón mencionada *supra*.⁵⁶ En segundo lugar, la exclusión del personal de servicio del régimen migratorio parece

⁵² Artículo 5.º: “Quedan exceptuados del régimen de ingreso, permanencia y salida del país establecidos por la presente ley: 1) El personal diplomático y consular de países extranjeros acreditados en la República”.

⁵³ “El personal diplomático y consular de países extranjeros y de organismos internacionales, en tránsito por el territorio nacional”.

⁵⁴ “Privilegio”, en Real Academia Española, o. cit.

⁵⁵ “Los familiares y el personal de servicio extranjero de las personas precedentemente mencionadas en los numerales 1 y 3 de este artículo, que gocen de inmunidades y privilegios diplomáticos”.

⁵⁶ *Supra*, p. 53.

injustificada, pues este “Gozará de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones, de exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios”, así como de las disposiciones de la seguridad social,⁵⁷ careciendo de todo otro beneficio. La disposición no es contraria a la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas; por el contrario, aquella amplía el régimen previsto por esta.

Luego, el texto incurre en el error de calificar de inmunidades y privilegios “diplomáticos” a los del personal diplomático e internacional. Al final, el artículo excluye del régimen de beneficio a los familiares del personal técnico y administrativo enviado a prestar servicio en el Uruguay. La omisión es grave porque, en principio, quedan comprendidos en el régimen general de migración, cuando, en función del derecho internacional, del mismo derecho internacional que el Uruguay ratificó, esta categoría de funcionarios posee un estatuto reflejo al del miembro de su familia amparado por el estatuto.

Es decir, que la cónyuge extranjera de un funcionario técnico-administrativo posee el mismo estatuto que su marido, acreditado como funcionario técnico-administrativo.⁵⁸ Ello genera, además, una contradicción con la situación del personal de servicio, por cuanto los cónyuges de los funcionarios técnico-administrativos, quienes, como recién se ha expresado, tienen un estatuto idéntico al de su cónyuge funcionario, no se benefician del estatuto de la ley, mientras sí lo hace el personal de servicio por concesión graciosa del legislador.

Indebido: es el caso del numeral 3⁵⁹ relativo al “personal extranjero con inmunidades y privilegios diplomáticos de organismos internacionales con sede en la República, debidamente acreditados”.

Nótese que la hipótesis prevista no es la del funcionario internacional acreditado ante el Uruguay, sino la del diplomático (por tanto, de país extranjero) acreditado ante una organización internacional con sede en el Uruguay, como la Asociación Latinoamericana de Integración, el Mercosur, la Unión Postal de las Américas España y Portugal o el Instituto Interamericano del Niño.

El error del artículo todo consiste en no prever la hipótesis del funcionario internacional acreditado ante el Uruguay; por ejemplo, el funcionario de Naciones Unidas adscrito a la Representación Permanente del Programa de Naciones Unidas ante el Uruguay, o el funcionario de la Comisión Europea adscrito a la Delegación de la Comisión ante el Uruguay.

⁵⁷ Artículo 37, numeral 3 y 33 de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas.

⁵⁸ Artículo 37, numeral 2 de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas.

⁵⁹ “El personal extranjero con inmunidades y privilegios diplomáticos de organismos internacionales con sede en la República, debidamente acreditados”.

Otro aspecto en el cual el artículo adopta un giro indebido es el numeral 4.⁶⁰ En primer lugar, la constante e innecesaria referencia al personal extranjero: un nacional no está comprendido en las previsiones de una ley migratoria, pues esta regula la situación de los extranjeros; el Estado tiene la obligación de recibir a sus nacionales. En segundo lugar, el artículo refiere al personal técnico y administrativo de las misiones de organismos internacionales. En sentido técnico, una organización internacional no posee una *misión*, sino una *representación*. En tercer lugar, el personal técnico-administrativo de las organizaciones internacionales “enviado a prestar servicios” en sus representaciones sí está comprendido en la ley, mientras que el personal internacional no lo está, en un giro por demás indebido. En cuarto lugar, el personal consular y el funcionariado internacional no gozan de inmunidades y privilegios diplomáticos en sentido propio. Ambas categorías poseen un estatuto particular, que es bastante más limitado que el estatuto diplomático.

Inexplicable: es inexplicable la aclaración de que el funcionario acreditado ante una organización internacional con sede en el Uruguay debe estar *debidamente acreditado* cuando, por el contrario, al personal diplomático y consular no se le exige más que estar *acreditado*.⁶¹ No existe fundamento jurídico alguno para dicho distingo.

Algún numeral es también poco claro, como el segundo, que exceptúa a las “personas que vinieran en misiones oficiales procedentes de Estados extranjeros o de organismos internacionales”.⁶² Nada lo dice, pero la redacción dada parece indicar que la circunstancia prevista es la de la misión por un corto plazo como una misión sanitaria, cultural, científica o militar. Convendría valerse de una interpretación amplia para incluir en este numeral al funcionariado internacional acreditado en el Uruguay a fin de “excluirlo” de la norma, aunque ella no sea la solución técnicamente debida.

Al final, el artículo prevé la exoneración del régimen para todas las categorías de personal protegido cuando esté “en tránsito” por el territorio nacional.⁶³ El artículo podría ser más simple y técnicamente más estricto si dijera: “No se encuentran incluidos en esta ley: 1) Los funcionarios diplomáticos, consulares, internacionales, técnico-administrativos, de servicio, y los miembros de sus familias, acreditados en misión permanente, o en tránsito

⁶⁰ “El personal extranjero técnico y administrativo enviado a prestar servicios en las misiones diplomáticas, consulares o de organismos internacionales, que gocen de inmunidades y privilegios diplomáticos”.

⁶¹ “3) El personal extranjero con inmunidades y privilegios diplomáticos de organismos internacionales con sede en la República, debidamente acreditados” y, “1) El personal diplomático y consular de países extranjeros acreditados en la República”.

⁶² Artículo 5.º, numeral 2.º: “Las personas que vinieran en misiones oficiales procedentes de Estados extranjeros o de organismos internacionales”.

⁶³ “6) El personal diplomático y consular de países extranjeros y de organismos internacionales, en tránsito por el territorio nacional”.

por territorio nacional, así como los enviados en misión oficial. 2) Las personas que el Poder Ejecutivo, por circunstancias especiales y mediante resolución fundada, así determinare”.

ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL. Es evidentemente el territorio patrio, porque la condición de migrante exige el paso de una frontera internacional; en caso contrario, se tratará de una hipótesis de desplazamiento interno u otra. Las previsiones de la ley se aplicarán, pues, al ingreso calificado de extranjeros a territorio oriental.

En cambio, el argumento según el cual la ley es obligatoria solo en el territorio del país, con el evidente resabio kelseniano de la posición, es de aplicación relativa en materia de derechos humanos. La reciente evolución jurisprudencial internacional regional⁶⁴ en la materia exige al Estado respetar los derechos humanos en todos los ámbitos sometidos a su jurisdicción o control, incluso cuando estos se encuentren fuera del territorio nacional.⁶⁵ Es el fenómeno de la aplicación extraterritorial de la ley.

ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL. La ley regulará, normalmente, las situaciones que nazcan luego de su entrada en vigor, como es el caso de la ley n.º 18250. El artículo 82⁶⁶ no es una excepción al artículo 7.º del Código Civil.⁶⁷ Aquel solo otorga a la autoridad administrativa la facultad excepcional “y por única vez” de convalidar la situación de las personas extranjeras que permanecen en territorio oriental en situación ilegal (“irregular”, según el término de la ley) al momento de la promulgación de la ley.⁶⁸ La convalidación no se produce *ipso facto*, sino que será ejercida, de manera discrecional, por la autoridad competente.⁶⁹ Ello no configura, por tanto, una aplicación retroactiva de la ley, sino una verdadera

⁶⁴ Sobre la cuestión de la aplicación de la norma que impone la protección de derechos fundamentales más allá del territorio del Estado a los *ámbitos sometidos a su jurisdicción o control*, puede consultarse la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en los asuntos: Loizidou c. Turquía, sentencia de 18 diciembre de 1996 (fondo), asunto n.º 15318/89, §§ 16-17; Chipre c. Turquía, sentencia de 10 de mayo de 2001, asunto n.º 25781/94, § 13, 66, 77 et 78 *in fine*; así como Bankovi y otros, c. Ciertos Estados miembros de la OTAN, sentencia de 12 diciembre de 2001, asunto n.º 52207/99, § 59. En el ámbito interamericano, véanse las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los asuntos: Abella v. Argentina, asunto n.º 11.137, Informe n.º 5/97, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997; así como Coard et. al. v. Estados Unidos, Informe n.º 109/99, asunto n.º 10.951, 29 septiembre 1999, §§ 37, 39, 41 et 43.

⁶⁵ Evidentemente, en su territorio, el Estado no solo ejerce la jurisdicción y el control, sino, además, la soberanía.

⁶⁶ Artículo 82: “Excepcionalmente, y por única vez, a las personas extranjeras que hayan ingresado al país y se mantengan en situación irregular al momento de la promulgación de la presente ley, podrá concedérseles la residencia legal en el país, siempre que cumplieren con los requisitos que establezca la reglamentación al efecto”.

⁶⁷ “Las leyes no tienen efecto retroactivo”.

⁶⁸ Sobre el “derecho intertemporal” como regulador de las situaciones, hechos y actos jurídicos regulados diversamente por el derecho en el tiempo. Cf. Isla de Palmas (Países Bajos/Estados Unidos de América), sentencia de 4 de abril de 1928, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, pp. 845, y la resolución del Institut de Droit International, sobre “Le problème intertemporel en droit international public”, de 11 de agosto de 1975, adoptada en su sesión de Wiesbaden, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, vol. 56, p. 536.

⁶⁹ Véase *supra* IV.1 Consideraciones previas; punto 2.

convalidación; es decir, hará válida, en sentido de *legal*, una situación que hasta ese momento no lo ha sido.

2.2.4.3. Derechos y obligaciones de las personas extranjeras

Regulados en el capítulo III de la ley, se enuncian una serie de derechos, generalmente reconocidos en el ámbito internacional: la igualdad de trato, el trabajo, la seguridad social, la vivienda, la educación, el acceso a la justicia, la reunificación familiar y el respeto a su identidad cultural. El artículo 7⁷⁰ declara, además, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona migrante y, por tanto, el respeto fundamental de sus derechos. El artículo tiene el mérito de referirse al migrante como “sujeto de derechos y obligaciones”, y enfatiza que, al igual que el nacional, el migrante integra una comunidad social y, por tanto, es alcanzado por un cúmulo básico de obligaciones hacia su prójimo y hacia la comunidad en sí misma.

El artículo 9⁷¹ establece que la irregularidad migratoria en ningún caso impide el libre acceso a la justicia y a los establecimientos de salud, y establece, para las autoridades de dichos centros, la obligación de implementar los servicios necesarios para brindar a las personas migrantes la información que posibilite su regularización en el país. El órgano judicial o sanitario debe permitir el libre acceso y, al mismo tiempo, el funcionario público debe prestar al migrante la información que le posibilite la regularización, lo cual está amparado en el secreto profesional.

De igual manera, en materia de enseñanza se establece que las instituciones de enseñanza no pueden rechazar la inscripción en mérito a la situación irregular de los progenitores.

El artículo 10⁷² resulta decididamente tímido al no referirse en forma expresa a la familia, que es base de toda sociedad. El artículo apela a la reunificación familiar con padres, cónyuges, concubinos, hijos solteros menores o mayores con discapacidad, de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución política, pero olvida mencionar que el Estado tiene la grave obligación de velar por la familia y “su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”, como el mismo artículo constitucional prevé.

⁷⁰ Artículo 7.º: “Las personas extranjeras que ingresen y permanezcan en territorio nacional en las formas y condiciones establecidas en la presente ley tienen garantizado, por el Estado uruguayo, el derecho a la igualdad de trato con el nacional en tanto sujetos de derechos y obligaciones”.

⁷¹ Artículo 9.º: “La irregularidad migratoria en ningún caso impedirá que la persona extranjera tenga libre acceso a la justicia y a los establecimientos de salud. Las autoridades de dichos centros implementarán los servicios necesarios para brindar a las personas migrantes la información que posibilite su regularización en el país”.

⁷² Artículo 10: “El Estado uruguayo garantizará el derecho de las personas migrantes a la reunificación familiar con padres, cónyuges, concubinos, hijos solteros menores o mayores con discapacidad, de acuerdo al artículo 40 de la Constitución de la República”.

Al momento de aplicar esta norma debe tenerse presente cómo se presentan las circunstancias particulares en el caso concreto, a fin de evitar que puedan beneficiarse de la norma matrimonios o, especialmente, concubinatos de conveniencia, por cuanto el problema parece presentarse más fácilmente en este último caso, al no requerir formalidades ni requisitos especiales. Del mismo modo la posibilidad del migrante poligámico o poliándrico, caso en el que adquieren particular importancia las normas del derecho internacional privado, en respeto al orden público internacional del Uruguay y al principio *prior in tempore potior iure*.

En otro orden, se establece la obligación del Estado de implementar acciones que favorezcan la “integración sociocultural de las personas migrantes en el territorio nacional y su participación en las decisiones de la vida pública”. El criterio adoptado es decididamente jurídico (“territorio nacional” y “vida pública”), aunque el objetivo sea social (“la integración sociocultural”); lo que debe hacerse en el “respeto de la identidad cultural de las personas migrantes y de sus familiares” (artículos 13⁷³ y 14⁷⁴).

El artículo 15⁷⁵ es el único dedicado a los deberes de los migrantes y sus familias. En esta ocasión, el legislador evita toda referencia al principio de igualdad de trato; sin embargo, la igualdad de trato que se aplica para beneficiar al extranjero con respecto al nacional debe también aplicarse, por el elemental principio jurídico de reciprocidad, a los deberes y obligaciones del extranjero con respecto al país que lo acoge y a la sociedad a la que se integra.

2.2.4.4. El trabajo de los extranjeros en el Uruguay

El capítulo IV de la ley regula el trabajo de los extranjeros y comienza por hacer una nueva referencia a la igualdad de trato, referencia por demás innecesaria, puesto que el legislador ya la ha incluido, como un principio general de la ley, en el artículo 1.º, que se aplica a todo el cuerpo legal.

El capítulo busca proteger los derechos del trabajador migrante, sobre la base de su equiparación con el trabajador nacional, independientemente de la situación de regularidad o irregularidad en su permanencia o empleo, tanto en materia laboral (artículo 17⁷⁶) como

⁷³ Artículo 13: “El Estado implementará acciones para favorecer la integración sociocultural de las personas migrantes en el territorio nacional y su participación en las decisiones de la vida pública”.

⁷⁴ Artículo 14: “El Estado velará por el respeto de la identidad cultural de las personas migrantes y de sus familiares y fomentará que estas mantengan vínculos con sus Estados de origen”.

⁷⁵ Artículo 15: “Las personas migrantes deberán respetar y cumplir las obligaciones de la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados, leyes, decretos y reglamentaciones vigentes”.

⁷⁶ Artículo 17: “El Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar que las personas migrantes no sean privadas de ninguno de los derechos amparados en la legislación laboral a causa de irregularidades en su permanencia o empleo”.

de seguridad social (artículo 18⁷⁷). El artículo 17 busca, claramente, proteger a los trabajadores migrantes en sus derechos, frente a irregularidades migratorias. La ley olvida, sin embargo, que estas soluciones derivan de una norma general en la materia, según la cual la decisión sobre la estadia o expulsión de un extranjero no afecta sus derechos y *obligaciones* en materia civil.⁷⁸

Se establece, para el residente permanente y temporario, la libertad de trabajo en relaciones de dependencia o por cuenta propia (artículo 19⁷⁹), y la imposibilidad para el no residente de “ejercer actividad laboral alguna fuera de las específicas en su categoría” (artículo 20⁸⁰).

El artículo 21⁸¹ no hace más que recordar la aplicabilidad territorial de la ley laboral, y el artículo 22 dispone que ningún “empleador podrá contratar laboralmente a personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en el territorio nacional”. La materia laboral y de seguridad social podría ser campo propicio para la aplicación del principio de la reciprocidad; es decir, que el Uruguay proteja mayormente, en temas laborales y migratorios, a los nacionales de los países que otorgan un trato similar a los orientales que se encuentran en su territorio. La solución, en cambio, establece una alternativa que obliga jurídicamente al Uruguay, independientemente del trato que los Estados extranjeros den a los orientales residentes en ellos.

Finalmente, el artículo 23⁸² otorga al Estado la facultad de establecer, en determinadas circunstancias, políticas que determinen categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades.

⁷⁷ Artículo 18: “Las personas migrantes gozarán, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que las nacionales en la medida que cumplan los requisitos previstos en la legislación del Estado uruguayo en la materia y de los instrumentos bilaterales y multilaterales ratificados por el país”.

⁷⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, asunto Maaouia c. Francia, sentencia del 5 de octubre de 2000, Gran Cámara, CEDH 2000-X.

⁷⁹ Artículo 19: “Las personas extranjeras admitidas en la categoría de ‘residente permanente’ podrán desarrollar actividad laboral en relaciones de dependencia o por cuenta propia amparadas en la legislación laboral vigente. En igual sentido el ‘residente temporario’ podrá realizar su actividad laboral en las mismas condiciones durante el período concedido para dicha residencia”.

⁸⁰ Artículo 20: “Las personas extranjeras admitidas en la categoría de ‘no residente’ no podrán ejercer actividad laboral alguna fuera de las específicas en su categoría”.

⁸¹ Artículo 21: “Las personas físicas o jurídicas que en el territorio nacional ocupen trabajadores extranjeros en relación de dependencia deberán cumplir la normativa laboral vigente, tal como se aplica a los trabajadores nacionales”.

⁸² Artículo 23: “El Estado podrá establecer, en determinadas circunstancias políticas que determinen categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades, de acuerdo a la legislación nacional y los instrumentos bilaterales y multilaterales ratificados por el país”.

2.2.4.5. Los organismos competentes en materia migratoria y sus atribuciones

El artículo 24⁸³ crea la Junta Nacional de Migración, y el artículo 26,⁸⁴ el Consejo Consultivo Asesor de Migración, aunque ninguno de los dos hace referencia alguna a la ubicación de estos en la estructura orgánica del Estado.

La Junta Nacional de Migración es competente para proponer las políticas migratorias al Poder Ejecutivo y la reglamentación de la normativa migratoria; implementar instancias de coordinación intergubernamental en la aplicación de dichas políticas; asesorar a los organismos del Estado en materia migratoria; analizar y proponer modificaciones en la normativa migratoria; procurar el relacionamiento multilateral en la materia; promover la adopción de decisiones que favorezcan el proceso de integración regional, en relación con las migraciones intra y extrazona, y la adopción de todas las medidas necesarias para lograr una adecuada aplicación de las disposiciones migratorias; actuar como órgano dinamizador de las políticas migratorias; proponer la implementación de programas de migración selectiva, relativos a la inmigración de personas extranjeras, de retorno de uruguayos, de la vinculación con compatriotas en el exterior y de poblaciones con alta propensión migratoria; implementar cursos de formación y sensibilización; y promover el relevamiento de datos estadísticos sobre el fenómeno migratorio.

Por su parte, al Consejo Consultivo Asesor de Migración compete asesorar a la Junta Nacional de Migración en temas migratorios, en el diseño de políticas migratorias y en el seguimiento del cumplimiento de la normativa en la materia

Al Ministerio del Interior se le atribuyen las competencias fundamentales en la materia: habilitar los puntos de ingreso y salida del país, otorgar y cancelar la residencia definitiva y la expulsión de los extranjeros (artículo 27), facultad que puede delegar en la Dirección Nacional de Migraciones (artículo 28).

⁸³ Artículo 24: “Créase la Junta Nacional de Migración como órgano asesor y coordinador de políticas migratorias del Poder Ejecutivo. Estará integrada por un delegado del Ministerio del Interior, un delegado del Ministerio de Relaciones Exteriores y un delegado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, designados por los jefes de cada uno de los Ministerios. La Presidencia será ejercida en forma rotativa por cada una de las Secretarías de Estado, con una alternancia por períodos no menores a los seis meses, tomándose las resoluciones por consenso. La Junta Nacional de Migración podrá convocar para consulta o asesoramiento a otras instituciones públicas o privadas, representantes de las organizaciones sociales y gremiales, representantes de organismos internacionales y expertos, cuando la temática así lo imponga”.

⁸⁴ Artículo 26: “Créase el Consejo Consultivo Asesor de Migración, integrado por las organizaciones sociales y gremiales relacionadas con la temática migratoria. La reglamentación establecerá la forma de funcionamiento y su integración, la que podrá modificarse en razón de los asuntos que se sometan a su asesoramiento. Compete al Consejo Consultivo Asesor de Migración asesorar a la Junta Nacional de Migración en los temas relativos a la inmigración y emigración de personas, en el diseño de políticas migratorias y en el seguimiento del cumplimiento de la normativa vigente en la materia”.

La ley identifica al Ministerio del Interior, en la Dirección Nacional de Migración, como el órgano competente en materia migratoria; y es correcto que así sea, pues es principio bien establecido de derecho internacional que el Estado tenga el derecho de controlar la entrada, estadía y salida de los extranjeros de su territorio, y ello sin perjuicio de sus compromisos internacionales convencionales o consuetudinarios.⁸⁵

Las competencias de la Dirección Nacional de Migraciones son: fiscalizar el ingreso, la permanencia y la salida de las personas; declarar irregular el ingreso o la permanencia de los extranjeros, cuando no puedan probar su situación migratoria; rechazar, en los casos previstos, a los extranjeros que pretendan ingresar al país; exigir el permiso de viaje a menores de edad, orientales o extranjeros con domicilio o residencia habitual en el país; registrar las entradas y salidas del territorio nacional; controlar la situación migratoria de los extranjeros en el país; otorgar y cancelar el permiso de residencia temporaria y autorizar su prórroga, así como otorgar la prórroga de permanencia a quienes ingresen al país como no residentes; autorizar el cambio de la categoría migratoria y la regularización de la situación migratoria de los extranjeros (artículo 29).

Es necesario recordar que, de la misma manera que el Estado tiene el derecho discrecional de no admitir a cierta categoría de personas, tiene la obligación simétrica de admitir a ciertas otras categorías de personas: los nacionales, los refugiados, los diplomáticos, cónsules y funcionarios internacionales y las tripulaciones;⁸⁶ así como, en los casos de fuerza mayor,⁸⁷ las víctimas de naufragio o pasajeros de un avión que ha practicado un aterrizaje de emergencia.

Finalmente, la ley establece ciertas competencias para el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de sus consulados: recibir, controlar e informar las solicitudes de ingreso al país que se tramiten en el exterior; otorgar visas de ingreso al país en las categorías previstas en la presente ley y su reglamentación y la difusión de las políticas y programas del Estado en materia migratoria (artículo 30).

2.2.4.6. Las categorías migratorias

La ley prevé dos categorías migratorias que autorizan el ingreso y la permanencia en territorio oriental: las de *no residente* y *residente* (artículo 31, párrafo 1.º).

⁸⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, asunto Moustaqim c. Bélgica, sentencia del 18 de febrero de 1991, Cámara, Serie A, n.º 193.

⁸⁶ Guy S. GOOWDWIN-GILL, o. cit., pp. 147-159.

⁸⁷ Richard PLENDER, *International Migration Law*, p. 181, La Haya, 1988.

2.2.4.6.1. Los residentes

Esta categoría se subdivide, a su vez, en la de permanente y temporario (artículo 31, párrafo 2.º).

— Residente permanente es:

La persona extranjera que ingresa al país con el ánimo de establecerse definitivamente y que reúne las condiciones legales para ello [artículo 32].

En este sentido, la situación del residente permanente no se diferencia de la del *domiciliado*, que lo es por tener, real o presuntivamente, el ánimo de permanecer en la residencia.

Por demás extraña es, en cambio, la prescripción del artículo 33, cuya *ratio legis* permanece incomprensible. La norma establece:

Tendrán la categoría de residentes permanentes los cónyuges, concubinos, padres y nietos de uruguayos, bastando para ello acreditar dicho vínculo ante las autoridades de la Dirección Nacional de Migración.

En principio no existe fundamento jurídico para otorgar la residencia permanente a un descendiente, ascendiente, cónyuge o afín de un uruguayo. Las categorías de personas previstas en el artículo 33 carecen de un vínculo jurídico con el Uruguay, ya que no son ni sus ciudadanos ni aun sus nacionales, y su única vinculación con el país es, muy probablemente, histórica. Estos extranjeros se benefician de un régimen más favorable que los otros extranjeros, en virtud de una discriminación creada por el propio texto legal.

En esta materia, también la reciprocidad puede ser un criterio válido. En tal hipótesis, el Uruguay facilitaría la residencia permanente de los nacionales extranjeros, descendientes, ascendientes, cónyuges o afines de uruguayos, siempre que, a su vez, el Estado del cual son nacionales facilite la residencia permanente de los orientales descendientes, ascendientes, cónyuges o afines de sus nacionales. De esta forma se lograría un instrumento efectivo de protección de los nacionales en el exterior.

– Residente temporario es:

La persona extranjera que ingresa al país a desarrollar una actividad por un plazo determinado [artículo 34].

La diferencia fundamental con el residente permanente es la intención de acercamiento del aspirante a residente permanente, que no existe en el aspirante a residente temporario. Como se ha dicho, el residente permanente puede considerarse domiciliado en el Uruguay; en cambio, al residente temporario no se lo considera más que en posesión de su “residencia

habitual” en el Uruguay; y ello a los efectos de un punto de conexión flexible que, lamentablemente, el derecho internacional privado aún no reconoce. En otras palabras, el punto de conexión “domicilio”, no se verifica, *in abstracto*, respecto de esta categoría de migrantes.

El artículo 34⁸⁸ prevé una serie de circunstancias que pueden ser consideradas dentro de la categoría de residente permanente, “sin perjuicio de las que se puedan establecer mediante la correspondiente reglamentación”. Estas categorías son: los trabajadores migrantes; científicos, investigadores y académicos; profesionales, técnicos y personal especializado; estudiantes, becarios y pasantes; personas de negocios, empresarios, directores, gerentes y consultores; periodistas, deportistas, artistas y religiosos, así como sus cónyuges, hijos menores y padres, en los casos que así corresponda.

También se benefician del estatuto de residente temporario las personas que ingresen al país por razones humanitarias y aquellas que sean autorizadas por el Poder Ejecutivo por resolución fundada. Sus cónyuges, hijos menores y padres, en cambio, no se benefician, pues la ley sitúa al personal humanitario y a los extranjeros autorizados por el Poder Ejecutivo en los literales *b* y *c* del tercer párrafo del artículo 34, mientras que la extensión reflejo del estatuto a los “cónyuges, hijos menores y padres de las personas mencionadas en los literales anteriores del presente artículo” se encuentra en el literal *a* del mismo párrafo.

El párrafo final del artículo establece que:

Los ciudadanos de los Estados miembros del Mercosur y Estados asociados tendrán también esta categoría cuando así lo soliciten.

No establece para ello ningún requisito; basta que el migrante ingrese al país a fin de desarrollar una actividad por un plazo determinado.

2.2.4.6.2. Los no residentes

En su artículo 36⁸⁹ la ley califica como no residente a:

⁸⁸ Artículo 34: “Se considera residente temporario la persona extranjera que ingresa al país a desarrollar una actividad por un plazo determinado. Podrán ser consideradas dentro de esta categoría las siguientes actividades sin perjuicio de las que se puedan establecer mediante la correspondiente reglamentación: A) Trabajadores migrantes. B) Científicos, investigadores y académicos. C) Profesionales, técnicos y personal especializado. D) Estudiantes, becarios y pasantes. E) Personas de negocios, empresarios, directores, gerentes y consultores. F) Periodistas. G) Deportistas. H) Artistas. I) Religiosos. Asimismo estarán comprendidos: A) Cónyuges, hijos menores y padres de las personas mencionadas en los literales anteriores del presente artículo. B) Personas que ingresen al país por razones humanitarias. C) Aquellos que sin estar comprendidos en los literales anteriores del presente artículo fueran autorizados por el Poder Ejecutivo por resolución fundada. Los ciudadanos de los Estados miembros del Mercosur y Estados asociados tendrán también esta categoría cuando así lo solicitan”.

⁸⁹ Artículo 36: “Se considera no residente a la persona extranjera que ingresa al país sin ánimo de permanecer, en forma definitiva ni temporaria, en el territorio nacional. Integran esta categoría migratoria: 1) Turistas. Las personas extranjeras que ingresan al país con fines de recreo, esparcimiento o descanso. 2) Invitados por entes públicos o privados en razón de su profesión o arte. 3) Negociantes. 4) Integranes de espectáculos públicos, artísticos o culturales. 5) Tripulantes de los medios de transporte internacional. 6) Pasajeros en tránsito. 7) Personas en tránsito vecinal fronterizo.

La persona extranjera que ingresa al país sin ánimo de permanecer, en forma definitiva ni temporaria, en el territorio nacional.

En este caso, la referencia a la condición de extranjero no es del todo justificada, ya que también los nacionales pueden ser no residentes. En otras palabras, la ley hace la ficción de considerar que los orientales *domiciliados* en el exterior mantienen su residencia en el país, en un giro irreal que fuerza la realidad.

¿Es residente en el Uruguay un uruguayo establecido en el exterior y que vuelve al Uruguay para descansar o visitar a sus familiares? Al momento de presentarse en el punto de ingreso, ¿posee ánimo de permanecer en forma definitiva en el territorio nacional? Por tanto, ha de considerarse no residente a toda persona, nacional o extranjera, que ingresa al país sin ánimo de permanecer en forma definitiva ni temporaria en él.

De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 36, son no residentes las personas indicadas que ingresan al Uruguay en las condiciones mencionadas *supra*, cuando sean turistas; invitados, por entes públicos o privados, en razón de su profesión o arte; negociantes; integrantes de espectáculos públicos, artísticos o culturales; tripulantes de los medios de transporte internacional; los pasajeros en tránsito, personas en tránsito vecinal fronterizo, tripulantes de buques de pesca; tripulantes que realicen trasbordo en el territorio nacional; las personas que vienen a someterse a tratamiento médico; los deportistas; los periodistas y demás profesionales de los medios de comunicación; así como las personas autorizadas expresamente por la Dirección Nacional de Migración.

El artículo 38 prevé:

[Una vez vencidos los] plazos de permanencia autorizada, las personas extranjeras deberán hacer abandono del país, excepto en aquellos casos en que la Dirección Nacional de Migración, por razones justificadas, prorrogue dicho plazo o que se solicite por aquellas, antes de su vencimiento, el cambio de categoría migratoria.

El artículo 39⁹⁰ prevé la posibilidad de solicitar el cambio de una categoría migratoria a otra.

8) Tripulantes de buques de pesca. 9) Tripulantes que realicen trasbordo en el territorio nacional. 10) Personas que vienen a someterse a tratamiento médico. 11) Deportistas. 12) Periodistas y demás profesionales de los medios de comunicación. 13) Todas aquellas personas que sin estar incluidas en los numerales anteriores fueran autorizadas expresamente por la Dirección Nacional de Migración”.

⁹⁰ Artículo 39: “Las personas extranjeras admitidas en alguna de las categorías descriptas, podrán solicitar el cambio de una categoría migratoria a otra, siempre que cumplan con las exigencias que la reglamentación fije al efecto”.

2.2.4.7. El control de ingreso y egreso

El artículo 40⁹¹ prevé, al igual que lo ha hecho la legislación anterior, dos requisitos para el ingreso y el egreso del territorio nacional: uno, que se haga por los puntos específicamente determinados a dicho efecto; otro, la acreditación de la identidad.

De acuerdo con el texto legal, las personas que ingresen y egresen del país deben estar “munidas de la documentación que la reglamentación determine” (artículo 40). El artículo siguiente establece que son:

Documentos hábiles de viaje el pasaporte y los documentos de identidad vigentes, así como todos los que la reglamentación establezca.

Dos apreciaciones a este respecto. La primera: el artículo 41 refiere a los “documentos hábiles de viaje”; evidentemente se está refiriendo a los mismos documentos a que hace mención el artículo 40. En otras palabras, el artículo 41 es, materialmente, la reglamentación del artículo 40, ya que el primero hace referencia a una categoría y el segundo establece el contenido de dicha categoría.

Sin embargo, en una redacción un tanto sinuosa, el artículo 41 señala, al final, “así como todos los que la reglamentación establezca”, con lo cual da un sentido elíptico. La segunda apreciación es relativa a la expresión *documento de viaje*. Este es el género dentro del cual se ubican las diversas especies de documentos de viaje internacional. De ellos, el más conocido es el pasaporte,⁹² pero también lo son la visa, los *laissez-passer* y los otros documentos oficiales de viaje.

También constituyen documentos de viaje válidos, a los efectos legales, los documentos de identidad vigentes. El texto no es claro, ya que por tales bien puede entenderse la cédula de identidad (extremo válido para los países con los cuales el Uruguay ha celebrado acuerdos de autorización de ingreso y egreso con este documento, como es el caso de la Argentina),⁹³ o bien otros documentos de identidad vigentes *stricto sensu*, como pueden ser el carné policial, el carné militar, el carné diplomático, etcétera.

La legislación hace solo una referencia genérica a que basta la presentación de documentos vigentes, es decir, el curso temporal y territorial de validez, pero estos documentos de identidad no parecen suficientes para un viaje internacional. Si bien pueden, eventualmente,

⁹¹ Artículo 40: “El ingreso y el egreso de personas al territorio nacional deberá realizarse por los lugares habilitados, munidas de la documentación que la reglamentación determine”.

⁹² El pasaporte no es título atributivo de nacionalidad, sino prueba de ella. En sí, este documento posee cuatro funciones: i) ser documento de viaje; ii) ser documento de identidad; iii) ser prueba de la nacionalidad; y iv) legitimar a su titular a solicitar la protección consular y diplomática.

⁹³ Convenio sobre facilitación del turismo, celebrado entre la nación Argentina y la República Oriental del Uruguay, en Montevideo, el 19 de diciembre de 1980, y ratificado por decreto ley 15203.

permitir la autorización de salida del territorio nacional, pueden carecer de validez extraterritorial, o bien los Estados extranjeros exigen otro documento (como el pasaporte), con lo cual el titular no podrá ser admitido en país extranjero con la sola presentación de este “documento de identidad vigente”, como dice la ley.

En suma, habría sido suficiente y preferible que el artículo se refiriera solamente a “documentos de viaje” y, eventualmente, ofreciera el ejemplo del pasaporte, entre otros.

2.2.4.8. El desembarco condicional

El ingreso condicional al Uruguay está previsto en dos situaciones:

1. Cuando exista “duda sobre la situación legal o documentaria” del extranjero, en cuyo caso la autoridad retendrá la documentación de viaje, “elevando los antecedentes a la Dirección Nacional de Migración o a la justicia penal, cuando así correspondiere”. Si no se corrobora la ilegalidad de la situación del extranjero o la irregularidad del documento de viaje, el ingreso condicional se transformará en ingreso simple, y se deberá proceder a la restitución del documento.⁹⁴
2. Cuando el extranjero no reúna los requisitos exigidos para el ingreso al Uruguay pero existan “razones excepcionales de índole humanitaria, interés público, o en cumplimiento de compromisos internacionales”. Es claramente el caso de personas que escapan urgentemente de su país de residencia y no portan consigo documentación, o de naufragos que no tengan, al momento de su ingreso a territorio nacional, forma de acreditar su identidad.⁹⁵

2.2.4.9. Los impedimentos al ingreso y a la permanencia

El capítulo IX regula dos hipótesis distintas, en sendas secciones: los impedimentos al ingreso y los impedimentos a la permanencia en territorio oriental.

Los impedimentos al ingreso en territorio nacional son las “causales de rechazo al ingreso” que la ley considera en la sección I del capítulo. Un extranjero es rechazado, en la terminología migratoria clásica que la ley sigue, por:

- a. carecer de documentación de viaje;

⁹⁴ Artículo 43: “En caso de duda sobre la situación legal o documentaria de personas extranjeras se podrá autorizar, con carácter condicional, el ingreso al territorio nacional, reteniéndose la documentación presentada, elevando los antecedentes a la Dirección Nacional de Migración o a la Justicia Penal, cuando así correspondiere”.

⁹⁵ Artículo 44: “Asimismo, se podrá autorizar el ingreso condicional al país de las personas que no reúnan los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamentación, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o en cumplimiento de compromisos internacionales”.

- b. haber incurrido o participado en actos de gobierno, o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad, o cualquier acto violatorio de los derechos humanos, establecido como tal en los instrumentos internacionales ratificados por el país.

La causa sigue un loable objetivo que parece, tristemente, diluirse en el texto. El literal parece estar inspirado en el párrafo primero del artículo 5 del estatuto de la Corte Penal Internacional,⁹⁶ como la expresión de las conductas antijurídicas de mayor gravedad internacional. En segundo lugar, la ley intercambia, indistintamente, los términos *crimen* de guerra y *delito* de lesa humanidad. No hay fundamento jurídico para la distinción; por el contrario, se trata en los dos casos de crímenes, al ser violaciones sistemáticas y a gran escala de las normas más fundamentales en materia de derechos humanos y de los conflictos armados.

En tercer lugar, y con respecto a la responsabilidad del extranjero en la comisión del ilícito penal, la legislación no lo especifica, pero en atención al principio de presunción de inocencia, solo puede impedirse el ingreso a territorio nacional en virtud de condena pasada en autoridad de cosa juzgada, puesto que el texto habla de “haber incurrido o participado”, expresiones que denotan certeza jurídica en la atribución de responsabilidad.

Asimismo, es necesario que la reglamentación delimite qué debe entenderse por “cualquier acto violatorio de los derechos humanos, establecido como tal en los instrumentos internacionales ratificados por el país”, pues, tal como está redactado el literal, la legítima discrecionalidad de la autoridad migratoria puede, fácilmente, transformarse en arbitrariedad. No obstante la evidente intención del legislador de pretender rechazar a determinadas personas que han incurrido o participado en actos violatorios de derechos humanos, parece que no puede establecerse una prohibición de este tipo (prohibir el ingreso al territorio de un Estado) por una causa genérica.

En otras palabras, y llevando el ejemplo al máximo, tal como está redactado el literal, debe ser rechazada una persona que impide la entrega de correspondencia, o que en el pasado escribió un artículo periodístico sobre un tercero y por ello fue condenada por injerencia en la vida privada, o, en fin, si se trata de un periodista, que haya sido condenado por un delito contra la dignidad y el honor.⁹⁷

⁹⁶ “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión”.

⁹⁷ Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Todos estos son ejemplos de lo que el legislador calificó, genéricamente, como “acto violatorio de los derechos humanos, establecido como tal en los instrumentos internacionales ratificados por el país”.

Los dos literales siguientes del artículo 45 establecen como causales de rechazo al ingreso:

Haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso al país y la medida no haya sido revocada.

Haber sido objeto de condena por delitos relacionados al tráfico y trata de personas, lavado de activos, tráfico de estupefacientes y tráfico de armas, en el país o fuera de él.

En este sentido, se repite lo dicho *supra*.⁹⁸ Se podría haber incluido, como causal de rechazo, a los condenados por delitos contra la persona y la moralidad, como reos de prostitución infantil, pedofilia y otros delitos igualmente bestiales y repugnantes a la conciencia humana.

Los tres literales últimos establecen, como causal de rechazo al ingreso:

Haber intentado ingresar al territorio nacional eludiendo el control migratorio.

Razones de orden público de índole sanitaria, en concordancia con lo establecido en el Reglamento Sanitario Internacional vigente.

Razones de orden público o de seguridad del Estado, determinadas por el Poder Ejecutivo.

Esta causal de rechazo recoge la solución generalmente admitida,⁹⁹ en el sentido de que un Estado tiene el derecho de expulsar a los extranjeros que representen un peligro para la convivencia social y para el Estado mismo. Ella, así como el rechazo, debe ser hecha “en defensa de un peligro que amenace a la comunidad”.¹⁰⁰

Como dice el profesor VERDROSS:

[Debe tratarse de] hechos de los que se desprenda que el comportamiento o la condición del extranjero constituye una perturbación o un peligro serio para el Estado de residencia.¹⁰¹

La previsión del inciso final está destinada a excluir como causal de rechazo al extranjero que intente ingresar sin documentación, si manifiesta “su intención de solicitar refugio”.

⁹⁸ *Supra*, p. 18.

⁹⁹ Cf. Ian BROWNLIE, o. cit., p. 522; Maurice KAMTO, “Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros”, párr. 17. Documento A/CN.4/554, síntesis en Informe Preliminar del de la Comisión de Derecho Internacional en su 57º período de sesiones, 2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005, Documento A/60/10; Shigeru ODA: o. cit., p. 462; Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, p. 675, Paris, 2002; Alfred VERDROSS, o. cit., p. 295. En igual sentido, la modificación introducida el 8 diciembre de 2004 en la United States Immigration and Nationality Act, por la que se catalogan como no admisibles a los extranjeros que hayan cometido, ordenado, incitado, asistido o, de otra manera, participado en la comisión de actos de tortura, homicidio o abusadores de las libertades religiosas, en *American Journal of International Law*, vol. 99, n.º. 2, p. 502, Washington DC, 2005.

¹⁰⁰ Franz VON LISZT, *Derecho internacional público*, Madrid, 1929, p. 163.

¹⁰¹ Alfred VERDROSS, o. cit., p. 296.

La sección II regula las causales de denegatoria de residencia,¹⁰² por:

1. Haber sido procesadas o condenadas por delitos comunes de carácter doloso cometidos en el país o fuera de él, que merezcan según las leyes de la República la aplicación de penas privativas de libertad mayores a los dos años.

En este caso, el legislador extiende la aplicación de la causal incluso al caso en que medie solo semiplena prueba, contrariamente a las causales de rechazo, en las que no hace ninguna aclaración, fuera del hecho de “haber incurrido”.

2. Registrar una conducta reiterante en la comisión de delitos [dentro de los cinco años de realizar la solicitud, plazo que será] computado a partir de la condena.

2.2.4.10. La cancelación de la residencia y de la permanencia,

El capítulo se divide en dos secciones: la primera, relativa a los roles del Ministerio del Interior en la cancelación de la residencia y de la permanencia, y la segunda, relativa a las causales de expulsión.

Roles del Ministerio del Interior

El artículo¹⁰³ prevé que el Ministerio del Interior podrá cancelar la residencia que ha otorgado, con la consecuencia propia, que es la expulsión del extranjero. Las causales para decretar la cancelación de la residencia y la consecuente expulsión del extranjero son:

1. la obtención simulada o fraudulenta de la propia categoría migratoria;
2. la comisión de delito doloso y su condena con pena de penitenciaría, o si registra una conducta reiterante en la comisión de delitos;
3. la ausencia del país por un plazo superior a tres años;

¹⁰² Artículo 46: “Son causales de denegatoria de la residencia de las personas: 1) Haber sido procesadas o condenadas por delitos comunes de carácter doloso cometidos en el país o fuera de él, que merezcan, según las leyes de la República, la aplicación de penas privativas de libertad mayores a los dos años. 2) Registrar una conducta reiterante en la comisión de delitos. Para que dichas personas puedan gestionar su residencia deberá haber transcurrido un término de cinco años sin haber cometido nuevo delito computado a partir de la condena. A tales efectos, deberá descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciese privado de su libertad a raíz de la detención preventiva o por el cumplimiento de la pena”.

¹⁰³ Artículo 47: “El Ministerio del Interior podrá cancelar, en todos los casos, la residencia que hubiese otorgado y disponer su consecuente expulsión cuando: A) La persona extranjera que, mediante hechos o actos simulados o fraudulentos, hubiere logrado obtener la categoría migratoria pertinente. B) La persona extranjera que en el territorio nacional cometiere delito de carácter doloso y fuera condenado con pena de penitenciaría o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos, excepto los refugiados. C) La persona con residencia permanente que se ausentare del país por un plazo superior a tres años. D) La persona con residencia permanente o temporaria que haya ingresado al país a través de un programa subvencionado por el Estado uruguayo o haya sido exonerado del pago de impuestos, tasas o contribuciones y no cumpliere con las condiciones que dieron origen a la subvención o exoneración. E) La persona con residencia permanente o temporaria que realizare alguna de las conductas previstas en los literales B) y D) del artículo 45 de la presente ley. F) La persona con residencia que cometiere, en el país o fuera de él, actos de terrorismo o cualquier acto violatorio de los derechos humanos, establecido como tal en los instrumentos internacionales ratificados por el país”.

4. el ingreso al país a través de un programa subvencionado por el Estado, o que haya sido exonerado del pago de los tributos, y el incumplimiento de las condiciones que dieron origen a la subvención o exoneración;
5. si se descubre que el residente ha incurrido o participado “en actos de Gobierno o de otro tipo que constituyan genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad o cualquier acto violatorio de los derechos humanos, establecido como tal en los instrumentos internacionales ratificados por el país”; o si ha sido condenado “por delitos relacionados al tráfico y trata de personas, lavado de activos, tráfico de estupefacientes y tráfico de armas en el país o fuera de él”;
6. la comisión, “en el país o fuera de él, de actos de terrorismo o cualquier acto violatorio de los derechos humanos, establecido como tal en los instrumentos internacionales ratificados por el país”.

Con criterio, la ley dispone que las causales 2 y 3 no se apliquen a los refugiados. Sin embargo, es necesario realizar dos aclaraciones. La primera, aunque parezca obvia, es que la ley se refiere a “los refugiados”, es decir, las personas beneficiarias del referido estatuto y que, por tanto, han presentado una solicitud en ese sentido y esta ha sido objeto de una decisión favorable. Interpretar el término *refugiado* en el sentido de incluir también a los solicitantes de refugio que no han obtenido aún el referido estatuto constituye una interpretación extensiva que, por una parte, sobrepasa el texto claro de la ley y, por otra, opera una especie de autoexclusión a favor de los propios solicitantes, quienes por un acto propio burlarían la ley, mientras esta los beneficia excluyéndolos del régimen de expulsión.¹⁰⁴

La segunda precisión es que el estatuto de refugiado no concede impunidad al beneficiario, quien debe respetar el ordenamiento jurídico e institucional del país, así como las buenas costumbres y el orden público. En fin, en relación con los numerales 5 y 6 valen las mismas consideraciones realizadas.¹⁰⁵

También se prevé la cancelación de la residencia temporaria o del plazo de permanencia para el no residente cuando este ha desnaturalizado las “razones que motivaron su concesión”, cuya consecuencia lógica es la expulsión de territorio nacional (artículo 50).

La constitución de familia en el país es causal de justificación para la no cancelación de la residencia (artículo 48), con lo cual la legislación busca proteger a la familia, “base de nuestra sociedad”, según el artículo 40 de la Constitución.

¹⁰⁴ Admitiendo la posibilidad de expulsar a los solicitantes de asilo, y en el ámbito de la Corte Europea de Derechos Humanos, v. Asunto *Vilvarah* y otros c. Reino Unido, sentencia de 30 de octubre de 1991, Cámara, Serie A, n.º. 215.

¹⁰⁵ *Supra*, p. 73.

En lo que respecta a la expulsión, el artículo 49¹⁰⁶ no hace más que recordar que, como acto administrativo, queda sujeta a las previsiones pertinentes en materia de recursos.

2.2.4.10.1. Causales de expulsión

El artículo 51 prevé la expulsión de un extranjero cuando:

- a. ha ingresado al país por punto no habilitado o eludiendo el control migratorio;
- b. ha sido objeto de desembarco condicional (el artículo no lo aclara, pero es evidente que la causal se configura cuando se confirman las razones que motivaron el desembarco condicional);
- c. permanece en el país una vez vencido el plazo de permanencia autorizado;
- d. ha ingresado al país mediante documentación material o ideológicamente falsa o adulterada, en los casos en que así lo disponga la justicia competente;
- e. se ejecute la cancelación de la residencia temporaria o del plazo de permanencia autorizado al no residente; o,
- f. luego de ingresar legítimamente al país, se compruebe que la persona ha incurrido o participado “en actos de Gobierno o de otro tipo que constituyan genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad o cualquier acto violatorio de los derechos humanos, establecido como tal en los instrumentos internacionales ratificados por el país”; o si fue condenado “por delitos relacionados al tráfico y trata de personas, lavado de activos, tráfico de estupefacientes y tráfico de armas en el país o fuera de él”.

La ley prevé un tratamiento favorable para las tres primeras causales, en atención a la relación de parentesco con un oriental o a las condiciones personales y sociales del migrante. En estos casos, la Dirección Nacional de Migración debe, previamente, intimar al extranjero la regularización de su situación migratoria, bajo apercibimiento de expulsión. Es necesario que la reglamentación ofrezca criterios claros de interpretación y aplicación de esta disposición, a fin de evitar una interpretación discrecional.

El artículo 55¹⁰⁷ busca salvar los derechos adquiridos del migrante trabajador cuya expulsión ha sido declarada. Con todo, su inclusión parece reiterativa si se recuerda que el

¹⁰⁶ Artículo 49: “La resolución administrativa que dispone la cancelación podrá ser impugnada por el régimen de recursos previsto en el artículo 317 de la Constitución de la República, demás disposiciones legales y concordantes y tendrán efecto suspensivo”.

¹⁰⁷ Artículo 55: “En ningún caso la medida de expulsión menoscabará, por sí sola, los derechos adquiridos por las personas extranjeras a recibir o demandar el pago de sus salarios u otras prestaciones que le pudieran corresponder”.

artículo 8 ya protege su derecho al trabajo y el 9, el acceso a la justicia, independientemente de la condición migratoria.

En fin, el artículo 56¹⁰⁸ recibe, en derecho interno, la norma internacional que prohíbe la expulsión colectiva. Sin embargo, es necesario precisar, como no hace el legislador, que no toda expulsión colectiva de extranjeros está prohibida, pues bien puede darse el caso, por ejemplo, de un grupo de terroristas establecido en el país. De hecho, la jurisprudencia regional en materia de derechos humanos define la expulsión colectiva prohibida como toda medida de coerción dispuesta sobre los extranjeros, en cuanto grupo, de abandonar el país.¹⁰⁹ Pero excluye de ella la medida de ejecución de una decisión, producto de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que integran dicho grupo.¹¹⁰

2.2.4.11. El control de la salida

La salida del territorio nacional está regulada en el artículo 57,¹¹¹ que prevé todo un procedimiento, fácilmente comprensible de la lectura del artículo y que no merece mayores apreciaciones. Se establecen dos impedimentos para la salida del territorio patrio: la falta de la documentación migratoria y el cierre de fronteras dispuesto por la autoridad judicial.

El cierre de fronteras está regulado por el artículo y no merece mayores aclaraciones, salvo una que la ley no hace: el cierre de fronteras dispuesto por la autoridad nacional no afecta la categoría de personas previstas en los numerales 1, 2, 3 y 5 del artículo 5 de la ley, pues las inmunidades, incluso si se trata de los crímenes más graves, solo caen ante la renuncia expresa del titular, es decir, del sujeto internacional, cuando el oficial ha cesado en sus funciones o ante la jurisdicción de un tribunal internacional.¹¹²

¹⁰⁸ Artículo 56: “Queda prohibida la expulsión colectiva de migrantes”.

¹⁰⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *onka v. Belgium*, n.º 51564/99, sentencia de 5 de febrero de 2002.

¹¹⁰ *Asunto onka v. Belgium*, p. 59.

¹¹¹ Artículo 57: “La autoridad migratoria deberá impedir la salida del país de toda persona que no se encuentre en posesión de la documentación migratoria que al efecto fije la reglamentación de la presente ley. Tampoco se permitirá la salida cuando exista cierre de frontera dispuesto por la autoridad judicial competente. Los impedimentos de salida del país de personas mayores de edad dispuestos por los tribunales jurisdiccionales caducarán al cumplir los cinco años, contados a partir de la fecha del auto que lo dispuso. En caso de personas, a cuyo respecto se haya decretado el cierre de fronteras por parte de la Justicia Penal, el plazo de prescripción de la pena del delito determinará la finalización del mismo. Si transcurridos los cinco años la sede jurisdiccional competente estimara necesario mantener el cierre dispuesto oportunamente, así lo hará saber a la autoridad migratoria. Los impedimentos de salida del país dispuestos por los tribunales jurisdiccionales con respecto a los menores de edad, caducarán al cumplir la mayoría de edad. En los oficios o comunicaciones dirigidos a las autoridades encargadas de llevar a la práctica los impedimentos deberán establecerse los nombres y apellidos, nacionalidad, fecha de nacimiento y número de documento de identidad o de viaje. En caso de carecer de algún dato imprescindible para la correcta identificación de la persona impedida, las repeticiones a las que van dirigidas no estarán obligadas a dar trámite a la medida dispuesta hasta tanto sea subsanada la omisión. Los impedimentos de salida dispuestos a personas mayores de edad con anterioridad a la promulgación de la presente ley, caducarán a partir de los ciento ochenta días de la vigencia de esta, siempre que hayan transcurrido cinco años desde el auto que lo dispuso”.

¹¹² *Asunto relativo al mandato de arresto de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo c. Bélgica*, sentencia, *CJJ Recueil*, 2002, § 61.

La falta de documentación migratoria, por el contrario, sí merece algunas serias consideraciones. Si para el ingreso a territorio nacional se exige la acreditación de la identidad por medio de documento hábil de viaje, a fin de que la autoridad migratoria pueda registrar el ingreso, también al momento de salir del territorio nacional la persona debe acreditar su identidad por medio de documento hábil de viaje.

Es correcto que la categoría prevista por el artículo 57 sea “toda persona” y no “la persona extranjera”, como lo hacen los artículos 34 y 36. Toda persona, nacional o extranjera, residente o no, deberá acreditar su identidad al ingreso y al egreso del país. El no cumplimiento de este verdadero requisito determinará la obligación de la autoridad migratoria de impedir la salida de la persona.

Sin embargo, este artículo no es coherente con el artículo que regula los requisitos para el ingreso al país. El artículo 57 menciona la “salida del país”, mientras que el artículo 40¹¹³ habla de “egreso de personas del territorio nacional”. La ley no establece una diferencia entre ambas expresiones, con lo cual el sentido natural y obvio permite concluir que han sido empleadas como sinónimos.

Ahora bien, según el artículo 40, interpretado textual y sistemáticamente con el artículo 41,¹¹⁴ para el “egreso” se requiere la presentación de un documento hábil de viaje, que puede ser el pasaporte, el documento de identidad u otro.

Luego, según el artículo 57:

La autoridad migratoria deberá impedir la salida del país de toda persona que no se encuentre en posesión de la documentación migratoria que, al efecto, fije la reglamentación.

El punto que se quiere destacar es que la reglamentación no puede establecer menos que el pasaporte o “los documentos de identidad vigentes”, puesto que el artículo 41 así lo establece. La consecuencia no es teórica ni baladí, puesto que una reglamentación que establezca un requisito más exigente —por ejemplo, solo el pasaporte— sería violatoria de los artículos 40 y 41 y, por tanto, ilegal.

En suma, según la redacción actual de la ley, nada impediría a una persona abandonar el territorio nacional con solo el documento de identidad, entendiendo por tal la cédula de identidad. La autoridad migratoria solo está autorizada a:

¹¹³ Artículo 40: “El ingreso y el egreso de personas al territorio nacional deberá realizarse por los lugares habilitados, munidas de la documentación que la reglamentación determine”.

¹¹⁴ Artículo 41: “Serán documentos hábiles de viaje el pasaporte y los documentos de identidad vigentes, así como todos los que la reglamentación establezca”.

Impedir la salida del país de toda persona que no se encuentre en posesión de la documentación migratoria que, al efecto, fije la reglamentación de la presente ley.

Pero, como se ha explicado, el artículo 41 establece que el documento de identidad, es decir, la cédula de identidad, es un documento de viaje hábil; por tanto, la “reglamentación de la presente ley” no puede fijar un estándar más elevado que la propia ley sin con ello violar el texto que pretende reglamentar.

2.2.4.12. Las empresas de transporte internacional

Reguladas en el capítulo XII, se establece una serie de normas para las empresas de transporte internacional, sus agentes o representantes, intermediarios o comisionistas:

1. la obligación de inscribirse en la Dirección Nacional de Migraciones;
2. la responsabilidad solidaria por el transporte y la custodia de pasajeros y tripulantes, hasta la superación de la inspección de control migratorio;
3. la obligación de reconducir, a su cargo y bajo forma de carga pública, a su país de origen o procedencia, o fuera del territorio nacional, al extranjero rechazado en el control migratorio. Igual obligación se establece, genéricamente, para todas las empresas respecto de los extranjeros expulsados.

También se prevé la obligación, para los tripulantes y el personal de un medio de transporte internacional, de contar con la documentación hábil que acredite su identidad y condición.

Finalmente, se prevé la facultad, para la Dirección Nacional de Migración, de autorizar a las empresas de transporte internacional o a las agencias de turismo, sus agentes o representantes, intermediarios o comisionistas, el desembarco de los pasajeros de los buques, aeronaves u otros medios de transporte que hagan escala en puertos o aeropuertos nacionales por razones de emergencia.

2.2.4.13. Sanciones administrativas y exoneraciones

El artículo 69¹¹⁵ faculta a la Dirección Nacional de Migración a aplicar multas pecuniarias, de entre 4 y 400 unidades reajustables, a las empresas de transporte

¹¹⁵ Artículo 69: “La Dirección Nacional de Migración queda facultada para aplicar multas de carácter pecuniario, las que serán fijadas por la reglamentación correspondiente, entre un mínimo de 4 UR (cuatro unidades reajustables) y un máximo de 400 UR (cuatrocientas unidades reajustables). Serán pasibles de aplicación de sanciones y multas las empresas de transporte internacional terrestres, marítimas, fluviales o aéreas que no cumplan las disposiciones migratorias vigentes”.

internacional terrestres, marítimas, fluviales o aéreas que no cumplan las disposiciones migratorias vigentes.

El segundo y último artículo del capítulo¹¹⁶ prevé la facultad, para la Dirección Nacional de Migraciones, de exonerar del pago de “la tasa correspondiente a sus servicios” a las personas en situación de pobreza, previa justificación fehaciente de su condición; así como a los solicitantes de refugio y a los ya refugiados.

2.2.4.14. Los uruguayos en el exterior

La ley dedica su capítulo XIV a los uruguayos en el exterior, con lo que trata de establecer una política de acercamientos a la diáspora. El capítulo contiene, por un lado, disposiciones de carácter programático y, por otro, disposiciones que establecen derechos para los ciudadanos.

Con respecto al primer aspecto, el artículo 71¹¹⁷ establece la obligación del el Estado de:

[Fomentar] la suscripción de convenios con los Estados en los que residen nacionales uruguayos, a los efectos de garantizarles la igualdad de trato con los nacionales de esos Estados.

La ley recibe, finalmente, el principio de reciprocidad, y en el artículo siguiente establece que:

El Poder Ejecutivo podrá suspender los beneficios que otorga la presente ley a los nacionales de los Estados que dicten normas o reglamentos que dispongan restricciones a los uruguayos que se encuentren en el territorio de dichos Estados, con ánimo de permanencia, en tanto se afecte el principio de reciprocidad.¹¹⁸

En segundo lugar, se podría interpretar el artículo 73¹¹⁹ en el sentido de fijar una política de vinculación con la diáspora. Sin embargo, difícilmente pueda arribarse a una conclusión material en este sentido, puesto que el artículo pertinente se limita a practicar una referencia de orden sumamente general, sin establecer verdaderamente cuáles serán los

¹¹⁶ Artículo 70: “La Dirección Nacional de Migración podrá exonerar del pago de la tasa correspondiente a sus servicios a aquellas personas que se encuentren en situación de pobreza. Dicha situación deberá justificarse fehacientemente, entendiéndose como tal, a quien presente carencias críticas en sus condiciones de vida. Asimismo, y en igualdad de condiciones, podrá exonerar de la tasa correspondiente a sus servicios a aquellas personas que sean solicitantes de refugio o refugiadas”.

¹¹⁷ Artículo 71: “El Estado uruguayo fomentará la suscripción de convenios con los Estados en los que residen nacionales uruguayos, a los efectos de garantizarles la igualdad de trato con los nacionales de esos Estados”.

¹¹⁸ Artículo 72 de la ley.

¹¹⁹ Artículo 73: “El Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección General para Asuntos Consulares y Vinculación, tendrá a su cargo la coordinación de la política nacional de vinculación y retorno con la emigración. Planificará, programará y ejecutará dicha política en el exterior a través del Servicio Exterior de la República, el que considerará especialmente las sugerencias que al efecto emitan los Consejos Consultivos en cuanto fuera pertinente”.

principios relativos que inspirarán la vinculación de la patria con sus hijos dispersos por el mundo: los *orientales residentes en el exterior*.

No se establecen ni principios ni derechos en materia de vinculación. Se evita, por ejemplo, toda referencia a temas verdaderamente importantes para la diáspora y para el país, como la seguridad social, la doble nacionalidad, derechos políticos (por ejemplo, la reglamentación de las circunstancias en las cuales el oriental residente en el exterior puede presentarse y ser electo a un cargo público), la expedición de una *cédula de identidad consular* como es de uso en otros países, la creación de un registro consular y el deber de todo oriental residente en el exterior de inscribirse en él. También en otros aspectos, como las manifestaciones de orden cultural representativos de las diversas manifestaciones del universo cultural, pero, también, social y científico; por ejemplo, la creación de un sistema de intercambio para los hijos de orientales residentes en el exterior a fin de poder beneficiarse de un período de intercambio estudiantil en el Uruguay, y viceversa; finalmente, un sinnúmero de posibilidades que entrarían en lo que la ley llama *vinculación*.

En consecuencia, la ley ha obviado infinidad de posibilidades, y, como se trata de una ley migratoria, estos temas merecen una ley especial. Como instrumento de aplicación de esta vinculación “en sus más diversas manifestaciones”, se crean los consejos consultivos.

Con respecto al segundo aspecto, es decir, la creación de derechos para los nacionales, se establece en el artículo 75¹²⁰ una norma de derecho consular que permite la “declaración de los nacimientos de hijos de padre o madre oriental ocurridos en el exterior”, ante los agentes consulares.

El artículo siguiente crea el derecho subjetivo a la exoneración tributaria para el nacional “con más de dos años de residencia en el exterior que decida retornar al país”, para “introducir, libres de todo trámite cambiario y exentos de toda clase de derechos de aduana, tributos o gravámenes”, sus bienes de uso personal. Difícil es encontrar una *ratio* jurídica a esta norma, que no busca favorecer el regreso de los expatriados para poder introducir, libres de impuestos, sus bienes de uso personal. Por el contrario, esta norma es el mínimo privilegio de gracia que el país puede dar a los uruguayos que decidan repatriarse, pero de ningún modo puede inscribirse dentro de una política de vinculación.

¹²⁰ Artículo 75: “La declaración de los nacimientos de hijos de padre o madre oriental ocurridos en el exterior, podrá hacerse ante los Agentes Consulares de la República con jurisdicción. El Ministerio de Relaciones Exteriores difundirá a través de sus sedes en el exterior la disposición que antecede”.

2.2.4.15. Delitos migratorios

En una manifestación de la progresiva *descodificación* del derecho penal uruguayo, el penúltimo capítulo de la ley se intitula “De los delitos”, y contiene una enunciación de dos delitos relativos a la materia reglada por la ley. En realidad, el capítulo debería haberse denominado “De los delitos migratorios”, porque se trata de delitos generados en ocasión del paso de una persona por frontera internacional.

El capítulo XV se subdivide en sendas secciones para los dos delitos previstos, y una tercera sección para las circunstancias agravantes especiales.

En la sección I, el delito previsto es el *tráfico de personas*,¹²¹ y para su configuración son necesarios varios requisitos acumulativos: promover, gestionar o facilitar (verbos nucleares) de manera ilegal el ingreso o egreso de personas del territorio nacional, con la finalidad de obtener un provecho para sí o para un tercero.

Como se puede apreciar, el tráfico de personas es necesariamente un delito de tipo doloso, en el cual la intención es el beneficio o provecho, propio o ajeno, derivado del ingreso o la salida del territorio nacional. El artículo es un verdadero tipo penal, y establece el margen de penas para dicha conducta, la que oscilará entre los seis meses de prisión y los tres años de penitenciaría.

El artículo 77 termina por equiparar el tráfico *stricto sensu* con la conducta de aquellas personas que, sin promover, gestionar o facilitar, favorezcan la permanencia del extranjero en territorio nacional. Sin embargo, no se trata de cualquier tipo de ayuda prestada al extranjero ilegal, sino solo aquella que se motive por las mismas razones que el tráfico de personas en sentido estricto, es decir, que quien se favorece debe tener por finalidad “obtener un provecho, para sí o para un tercero”.

La sección II contiene tres artículos y regula la *trata de personas*. Hay una diferencia fundamental entre el *tráfico* y la *trata*, y es que, en esta última categoría, el beneficio es obtenido a partir de un abuso físico de la dignidad de la persona del extranjero. Es decir, mientras que en el tráfico el beneficio se obtiene por el ingreso o egreso de territorio nacional, en la trata el ingreso o egreso de territorio nacional es instrumental a la obtención de otro beneficio, que se produce por un abuso tanto corporal como de la dignidad de la persona del extranjero; por ello, es una modalidad delictiva particularmente repugnante a la conciencia humana.

¹²¹ Artículo 77: “Quien promoviere, gestionare o facilitare de manera ilegal el ingreso o egreso de personas al territorio nacional por los límites fronterizos de la República, con la finalidad de obtener un provecho para sí o para un tercero, será castigado con una pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría. Con la misma pena será castigada toda persona que, en las mismas condiciones, favoreciera la permanencia irregular de migrantes dentro del territorio uruguayo”.

El tipo penal es, en consecuencia, más amplio que el tráfico, y no se limita a “promover, gestionar o facilitar” o favorecer la permanencia ilegal, sino que comprende a quien, “de cualquier manera o por cualquier medio, participare en el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida o el recibo de personas”.

La manifestación típica de la trata consiste en la afectación corporal o de la dignidad, y por ello el legislador ha establecido que el objetivo debe ser:

El trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación sexual, la remoción y extracción de órganos o cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana.

Las características propias de este delito justifican, por tanto, una pena más elevada, que oscilará “de cuatro a dieciséis años de penitenciaría”.

El artículo 79¹²² es una norma penal de carácter residual, que establece, como tipo penal, la conducta de la persona que favorezca o facilite la entrada, el tránsito interno o la salida de personas, y prevé una pena que oscilará entre dos y ocho años de penitenciaría.

Finalmente, la sección tercera del capítulo XI fija las circunstancias agravantes especiales, comunes al tráfico y a la trata de personas, que producen el efecto de incrementar de un tercio a la mitad las penas respectivas cuando:

- a. de las conductas típicas resulte peligro para la salud o la integridad física de los migrantes;
- b. la víctima sea un niño, un adolescente o un incapaz;
- c. el agente sea funcionario policial o tenga a su cargo la seguridad, custodia o el control de las cuestiones relativas a la migración de personas;
- d. el tráfico o la trata de personas se efectúe con violencia, intimidación o engaño, o abusando de la inexperiencia de la víctima;
- e. el agente haga de tales conductas su actividad habitual.

2.2.4.16. Disposiciones especiales

El capítulo XVI contiene tres artículos: 83, 84 y 85.

El artículo 83¹²³ establece una excepción al régimen general establecido en la ley y, al mismo tiempo, no es una excepción al principio de irretroactividad de la ley. La norma

¹²² Artículo 79: “Quien, fuera de los casos previstos en el artículo 78 de la presente ley y con los mismos fines, favorezca o facilite la entrada, el tránsito interno o la salida de personas del país, será castigado con una pena de dos a ocho años de penitenciaría”.

¹²³ Artículo 83: “Las disposiciones de la presente ley en lo que refiere a la admisión, ingreso y permanencia de las personas extranjeras al territorio nacional, deberán interpretarse y aplicarse de modo compatible con el Derecho

establece una excepción, pues autoriza a la autoridad administrativa a conceder la residencia legal a las personas que, al momento de entrada en vigor de la ley, se encuentran en situación de ilegalidad migratoria. El único requisito para ello es que el extranjero cumpla con los requerimientos para la obtención de la residencia legal. Es decir, el artículo produce el efecto de excluir la consideración de cómo el extranjero ingresó al país, pero para que le sea concedida la residencia deberá cumplir con los requisitos que ella exige.

El artículo 83, que figura en el capítulo “Disposiciones finales”, trata en realidad de un principio de interpretación, por lo cual parecería más lógico que el legislador la situara en el capítulo de principios generales. El artículo establece que, en la “admisión, ingreso y permanencia de las personas extranjeras al territorio nacional”, las normas deben:

Interpretarse y aplicarse de modo compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados y, especialmente, con las disposiciones de la ley n.º 18076, de 19 de diciembre de 2006, sobre el estatuto del refugiado.

Por innovador que el artículo pueda parecer, en realidad no dice nada nuevo, pues el intérprete debe siempre tener presentes las disposiciones pertinentes de derecho internacional. Si este es de fuente convencional, ratificado y en vigor respecto de su Estado, por poseer fuerza jurídica en su territorio; si es de fuente consuetudinaria, porque este tipo de normas se aplican directamente en los ordenamientos internos, sin necesidad de transformación o incorporación alguna. El derecho internacional de fuente consuetudinaria penetra directamente los ordenamientos nacionales.

Por otra parte, el artículo se refiere al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, pero omite la referencia al derecho internacional público *tout court*. La omisión es lamentable, pues las referencias hechas son a ramas del derecho internacional público, las que, en líneas generales, siguen los principios generales del derecho internacional público en materia de creación normativa, interpretación y aplicación. La existencia misma de los llamados *self-contained regimes* es por demás dudosa, por decir lo mínimo.¹²⁴

Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados y, especialmente, con las disposiciones de la ley n.º 18076, de 19 de diciembre de 2006, sobre el Estatuto del Refugiado”.

¹²⁴ V., en primer lugar, “Conclusion of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law 2006”, en *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two. También: H. P. AUST, “Through the Prism of Diversity. The Articles on State Responsibility in the Light of the ILC Fragmentation Report”, en *German Yearbook of International Law* 2006, vol. 49, pp. 165-200; C. J. TAMS, “Unity and Diversity in the Law of State Responsibility”, en *Unity and Diversity in International Law*, A. Zimmermann et H. Rainer ed., pp. 437-460. Berlin, 2006; B. SIMMA et D. PULKOWSKI, “Of

Por último, el artículo 84 deroga expresamente las leyes 2096, de 19 de junio de 1890; 8868, de 19 de julio de 1932; y 9604, de 13 de octubre de 1936; y tácitamente las “demás normas que se opongan a la presente ley”.

3.

CONSIDERACIONES FINALES

Desde sus orígenes a la vida independiente, el Uruguay ha adoptado siempre una actitud de apertura a los extranjeros; ha facilitado no solo su acercamiento en el país, sino especialmente su integración social, política y jurídica.

En lo que respecta al régimen de nacionalidad y ciudadanía, este debería ser objeto de alguna modificación, a fin de dotarlo de mayor perfeccionamiento, ora a un nivel constitucional, ora a uno legal. Del mismo modo, la interpretación hecha por la doctrina del artículo 81 de la Constitución política del Uruguay debería tener presente la doctrina y los instrumentos internacionales en la materia, y reconocer el derecho a la renuncia.

Finalmente, en lo que respecta al régimen de la ley 18250, este actualiza la materia, aunque con algunas faltas de precisión en relación con la técnica legislativa y de fondo, como la de incluir derechos subjetivos como principios generales o calificar de una no inclusión como exclusión. En lo que respecta a la diáspora, una ley migratoria no parece el ámbito apropiado para tratar la materia como merece ser tratada la cuestión de los orientales residentes en el exterior.

Planets and the Universe: Self-Contained-Regimes in International Law”, en *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, pp. 483-529. En la jurisprudencia internacional, pueden consultarse los asuntos: “Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran”, *Cour internationale de Justice Recueil* 1980, § 83 et 86 ; “Gabcikovo-Nagymaros Project”, *International Court of Justice Reports* 1997, § 47, 89, 98 et 101. También el laudo arbitral en el asunto “Rainbow Warrior”, Tribunal que presidiera nuestro excelentísimo compatriota, el profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda c. Francia, laudo del 30 de abril de 1990, en *Report of International Arbitral Awards*, vol. XX, 1990, § 74 y 75.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES PRIMARIAS

Jurisprudencia

1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

“Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán”, Estados Unidos de América c. Irán, *CIJ Recueil*, 1980, p. 3.

“Proyecto Gabikovo-Nagymaros”, Hungría/Eslovaquia, sentencia, *ICJ Report*, 1997, p. 7.

“Asunto relativo al mandato de arresto de 11 de abril de 2000”, República Democrática del Congo c. Bélgica, sentencia, *CIJ Recueil*, 2002, p. 3.

2. TRIBUNALES ARBITRALES

“Isla de Palmas”, Países Bajos/Estados Unidos de América, sentencia de 4 de abril de 1928, en *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II.

“Rainbow Warrior”, Nueva Zelanda c. Francia, sentencia del 30 de abril de 1990, en *Report of International Arbitral Awards*, vol. XX, 1990.

“Asunto Boffolo et Oliva”, Comisión Mixta de Reclamaciones Italo-venezolana, en *Report of International Arbitral Awards*, vol. X, 1903.

3. TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS

■ Sistema europeo

“Bankovi y otros, c. ciertos Estados miembros de la OTAN”, sentencia de 12 diciembre de 2001, asunto n.º 52207/99.

“Chipre c. Turquía”, sentencia de 10 de mayo de 2001, asunto n.º 25781/94.

“Loizidou c. Turquía”, sentencia de 18 diciembre de 1996 (fondo), asunto n.º 15318/89.

“Maaouia c. Francia”, sentencia de 5 de octubre de 2000, CEDH 2000-X.

“Moustaquim c. Bélgica”, sentencia de 18 de febrero de 1991, Cámara. Série A, n.º 193.

“Slivenko c. Letonia [GC]”, sentencia de 9 de octubre de 2003, asunto n.º 48321/99.

“Vilvarah y otros c. Reino Unido”, sentencia de 30 de octubre de 1991, Cámara, Série A, n.º 215.

■ Sistema interamericano

“Abella v. Argentina”, asunto n.º 11.137, Report n.º 5/97, *Annual Report of the Inter American Commission of Human Rights*, 1997.

“Coard et. al. v. United States”, asunto n.º 10.951, Report n.º 109/99, *Annual Report of the Inter American Commission of Human Rights*, 1999.

Estudios

Annuaire de l'Institut de Droit International, 1975, vol. 56.

“Conclusion of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law 2006”, en *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, part two.

FUENTES SECUNDARIAS

ARTEAGA, Juan José, *Uruguay. Breve historia contemporánea*, México, 2000.

AUST, H. P., “Through the prism of diversity. The articles on State responsibility in the light of the ILC fragmentation report”, en *German Yearbook of International Law* 2006, vol. 49, pp. 165-200.

BLENGIO VALDÉS, Mariana, *El derecho al reconocimiento de la dignidad humana*, Montevideo, 2007.

BLUNTSCHLI, Gaspar, *Le Droit international codifié*, París, 1870.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2002.

CALIER, Jean-Yves, y SAROLEA, Sylvie (ed.), *Droit des étrangers et nationalité*, Bruselas, 2005.

CALOZ-TSCOPP, Maire-Claire, y DASEN, Pierre, *Mondialisation, migration et droits de l'homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté. Globalization, migration and Human Rights: a new paradigm for research and citizenship*, Bruselas, 2007.

- CONFORTI, Benedetto, *Diritto Internazionale*, Nápoles, 2002.
- CORREA FREITAS, Ruben, *Derecho constitucional contemporáneo*, Montevideo, 1993.
- DAILLIER, Patrick, y PELLET, Alain, *Droit international public*, París, 2002.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, 2001.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “Los nacionales de la República Oriental del Uruguay según la ley 16021”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. V, n.º 30, Montevideo, 1991.
- *Derecho constitucional II*, s/d, s/l.
- “Extranjeros que obtuvieron de la Asamblea General la gracia especial por servicios notables o méritos relevantes, generadora del derecho a la ciudadanía legal”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. VI, n.º 36.
- GOODWIN-GILL, Guy S., *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford, 1978.
- JENNINGS, Sir Robert, y WATTS, Sir Arthur, *Oppenheim’s International Law*, vol. 2, Essex, 1992.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, Montevideo, 1988.
- “Significación del vocablo ‘uruguayo’”, en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, t. 55, n.º 1-2.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, “Deberes internacionales de los estados respecto de los extranjeros”, en AA. VV., *Derecho internacional público*, obra dirigida por Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, 1991.
- KAMTO, Maurice, “Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros”, Documento A/CN.4/554.
- LAMBERT, Pierre, y PETTITI, Christophe (ed.), *Les mesures relatives aux étrangers à l’épreuve de la convention européenne des droits de l’homme*, Bruselas, 2003.
- LAUTERPACHT, Hersch, *Oppenheim’s International Law, A Treatise*, vol. 2, 8.ª ed., Londres, 1955.
- ODA, Shigeru, “El individuo en el derecho internacional”, en *Manual de derecho internacional público*, Max Sørensen ed., México, 2000.
- OTEIZA, Enrique, y PELLEGRINO, Adela, “Globalisation, Migration and Human Rights in Argentina and Uruguay (The River Plate South American Countries)”, en *Mondialisation, migration et droits de l’homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté. Globalization, migration and Human Rights: a new paradigm for research and citizenship*,

- (Maire-Claire CALOZ-TSCOPP y Pierre DASEN eds.), vol. I, pp. 415, 418, Bruselas, 2007.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, 2003.
- PÉREZ PÉREZ, Alberto: “Los ciudadanos legales no son extranjeros”, en *La Justicia Uruguaya*, t. CXI.
- PLENDER, Richard, *International Migration Law*, La Haya, 1988.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed., Madrid, 2001.
- RISSO FERRAND, Martín, *Derecho constitucional*, Montevideo, 2005.
- SIMMA, B., y PULKOWSKI, D., “Of Planets and the Universe: Self-Contained-Regimes in International Law”, en *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, pp. 483-529.
- TAMS, C. J., “Unity and Diversity in the Law of State Responsibility”, en *Unity and Diversity in International Law*, A. ZIMMERMANN y H. RAINER eds., pp. 437-460, Berlín, 2006.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, 1972.
- VIRALLY, Michel, “Le rôle des ‘principes’ dans le développement du droit international”, en *Le droit international en devenir: essais écrits au fil des ans*, París, 1990.
- VON LISZT, Franz, *Derecho internacional público*, Madrid, 1929.

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.** La *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales inéditos arbitrados; b) otra de reseñas; 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 tamaño 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 y mínima de 8 líneas; b) un sumario del trabajo, y c) en la parte final del artículo se deben referenciar 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 página de la primera hoja (con asterisco) se debe indicar la institución a la cual pertenece el autor y sus grados académicos.

3.5. Las citas de libros 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:

- A) RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, editorial..., ciudad..., año..., pág....
- B) RODRÍGUEZ PEÑA, María, “El Pacto de San José de Costa Rica”, en *Revista...*, número..., editorial..., ciudad..., fecha..., pág....

3.6. Las referencias de las citas se consignarán a pie de página y su enumeración será 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. Sólo podrán ser evaluadores aquellos docentes que tengan el grado de Profesores Titulares 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 (www.ucu.edu.uy)
7. Proceso de evaluación. Una vez recibido el artículo, el Consejo de Redacción designará un evaluador de la lista considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad del evaluador. El evaluador contará con un plazo de treinta días para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo exhibe 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, y se someterá el artículo a una segunda revisión. En casos excepcionales en que el Consejo de

Redacción lo juzgue conveniente, podrá solicitar una segunda 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 le permita identificar al autor. De la misma forma, si el autor solicita ver la evaluación, no se comunicará quién ha sido el evaluador.

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 de una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. Consejos. La *Revista* contará con dos 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*.

El Consejo Asesor Nacional será convocado a una reunión anual en la que se analizarán y evaluarán los números de la *Revista* aparecidos 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 (www.ucu.edu.uy).

Montevideo, 12 de setiembre de 2006.

